U.PORTO

MESTRADO EM DIREITO
CIÊNCIAS JURÍDICO-PRIVATÍSTICAS

O enquadramento jurídico da vocação sucessória da «criança-que-há-de-ser» concebida com recurso à Procriação Medicamente Assistida *Post Mortem* – Uma reflexão à luz do regime introduzido pela Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro

Marta Branco Ribeiro

M

2024

O texto que aqui se publica comporta correções introduzidas posteriormente à realização das provas públicas

O enquadramento jurídico da vocação sucessória da «criança-que-há-de-ser» concebida com recurso à Procriação Medicamente Assistida *Post Mortem*

Uma reflexão à luz do regime introduzido pela Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro

Marta Branco Ribeiro

Sob a orientação da Professora Doutora Rute Teixeira Pedro

Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Porto, julho de 2024

Aos meus pais.

RESUMO

Nesta dissertação de mestrado propomo-nos analisar diversas questões jurídico-sucessórias associadas ao nascimento de um filho póstumo, através da utilização das técnicas de Procriação Medicamente Assistida *post mortem*, sem nunca perder de vista que a utilização destas técnicas vem a traduzir-se no nascimento de um novo ser humano, cuja dignidade enquanto pessoa terá que ser tida em consideração, porventura mais do que a de qualquer outro interveniente no estudo que apresentamos. Procuramos analisar as soluções legislativas atuais, situando-as no contexto evolutivo que levou à sua implementação, considerando, para isso, as contribuições da doutrina e da jurisprudência sobre o tema.

Iremos abordar, em primeiro lugar, a Procriação Medicamente Assistida em termos gerais, analisando as técnicas disponíveis, os seus requisitos de admissibilidade e benificiários. Passaremos, depois, a uma análise do regime legal vigente, destacando as recentes alterações à Lei da Procriação Medicamente Assistida, introduzidas pela Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro, e os efeitos por estas produzidos, que se sentiram ao nível dos diferentes institutos familiares e sucessórios há muito consolidados no nosso ordenamento.

No decurso deste estudo, analisaremos também outras questões relacionadas com o seu objeto primordial, tais como o direito de dispor do material genético, a natureza deste material e o estatuto jurídico do embrião.

Palavras-chave: Procriação Medicamente Assistida; *post mortem*; Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro; Inseminação Artificial *post mortem;* vocação sucessória;

ABSTRACT

In this dissertation, we aim to analyze the various legal and succession issues associated with the birth of a posthumous child through the use of *post mortem* Medically Assisted Procreation, while never losing sight of the fact that the use of these techniques concerns the birth of a new human being who must be considered above all others. We seek to examine the current legislative solutions, placing them within the evolutionary context that led to their implementation, considering contributions from both doctrine and case law on the subject.

First, we will address Medically Assisted Procreation in general terms, analyzing the available techniques, their admissibility requirements, and beneficiaries. We will then proceed to an analysis of the current legal regime, highlighting the recent amendments to the Law on Medically Assisted Procreation introduced by Law no. 72/2021, of November 12th, and the effects these amendments have had on the well-established family and succession law institutes in our legal system.

During this study, we will also examine other related issues, such as the right to dispose of genetic material, the nature of this material, and the legal status of the embryo.

Keywords: Medically Assisted Procreation; *post mortem*; Law no. 72/2021, of November 12th; *post mortem* Artificial Insemination; succession call.

ÍNDICE

RESUMO **3**

ABSTRACT **4**

ÍNDICE **5**

LISTA DE ABREVIATURAS **6**

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS **7**

CAPÍTULO I **8**

OBSERVAÇÕES GERAIS SOBRE O ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA EM PORTUGAL 8

1.1. O relevo crescente da Procriação Medicamente Assistida 8

1.2. A PMA e o Direito reprodutivo como um direito fundamental 9

1.3. Breve resenha da evolução histórica do regime jurídico aplicável à PMA, em especial à Lei n.º 32/2006 14

1.4. Técnicas de Procriação Medicamente Assistida e seus beneficiários 16

CAPÍTULO II **20**

A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM* 20

2.1. Enquadramento jurídico da PMA *post mortem* 20

2.2. A admissibilidade das técnicas de PMA *post mortem* 21

2.3. A inseminação artificial, a fertilização in vitro e a transferência de embrião *post mortem* 25

2.3.1. O estatuto jurídico do material genético *post mortem* e do embrião 25

2.3.2. Os requisitos jurídicos da legítima utilização do material genético *post mortem* 31

2.3.3. Transferência do embrião *post mortem* 33

CAPÍTULO III **35**

O RELEVO SUCESSÓRIO DAS PESSOAS NASCIDAS POR PMA *POST MORTEM* 35

3.1. Os pressupostos da vocação sucessória no direito sucessório português 35

3.1.1. A vocação Sucessória dos nascituros e concepturos 39

3.2. A aferição dos pressupostos da vocação sucessória quanto a pessoas nascidas por PMA *post mortem* 43

3.3. A partilha da herança quando concorra à herança uma pessoa nascida por PMA *post mortem* 46

OBSERVAÇÕES CONCLUSIVAS **51**

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS **53**

LISTA DE ABREVIATURAS

al./als. – alínea/alíneas

API – Associação Portuguesa da Infertilidade

art./arts. – artigo/artigos

CC – Código Civil

Cfr. – conferir

CNECV - Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CNPMA - Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

CRP – Constituição da República Portuguesa

DGPI - diagnóstico genético pré-implantação

DL – Decreto-Lei

Ed. – edição

FIV – fertilização *in vitro*

IA – inseminação artificial

ICSI – injeção intracitoplasmática de espermatozoides

LPMA – Lei da procriação medicamente assistida

n.º – número

OA – Ordem dos Advogados

OMS – Organização Mundial da Saúde

p./pp. – página/páginas

PMA – procriação medicamente assistida

ss. – seguintes

vol. – volume

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O desenvolvimento da Procriação Medicamente Assistida (de ora em diante PMA) trouxe consigo novos desafios e oportunidades no campo da medicina reprodutiva, alterando profundamente a forma como a sociedade compreende e lida com a reprodução humana. Em Portugal, a legislação relativa à PMA tem sofrido várias alterações ao longo dos anos, refletindo, não só a evolução das práticas médicas como, também, as perceções sociais sobre a existência, ou não, de um direito reprodutivo.

A Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, estabeleceu o enquadramento jurídico inicial para a utilização das técnicas de PMA, designadamente a fertilização *in vitro*, a inseminação artificial e a transferência, após a morte, dos embriões criopreservados, vedando, no entanto, o uso do sémen conservado. A mencionada lei não se pronunciava quanto aos efeitos filiais e sucessórios da criança que nascesse através da transferência de um embrião após a morte do seu pai, tomando, unicamente, posição relativamente à inseminação artificial *post mortem* (malgrado ser proibida), determinando que a criança que nascesse por esta via devia ser tida como filha do falecido. Foi, apenas, com a Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro, que se introduziu a admissibilidade da PMA *post mortem*, permitindo que as mulheres pudessem recorrer à inseminação artificial utilizando o material genético do cônjuge ou parceiro falecidos ou os embriões que tenham formado com o seu material genético, desde que cumprindo os requisitos legalmente estabelecidos.

Esta alteração legislativa levanta uma série de questões complexas que se interligam tanto do ponto de vista ético como jurídico, destacando-se, dentro destas, o desafio apresentado pela necessidade de adaptar o direito sucessório por forma a acomodar a possibilidade do nascimento de um filho póstumo.

Permitimo-nos dividir o presente estudo em três partes: na primeira, tratamos da PMA propriamente dita, dos seus requisitos de admissibilidade e técnicas reprodutivas decorrentes da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho; na segunda, analisamos as alterações legislativas que abrem caminho à PMA homóloga *post mortem* e questões que se levantam relativamente ao estatuto e disposição do material genético usado nestas técnicas; na terceira parte, desenvolvemos os aspetos sucessórios da PMA homóloga *post mortem*, refletindo, nomeadamente, sobre a aferição dos pressupostos da vocação sucessória quanto a pessoas nascidas através destas técnicas e sobre a partilha da herança quando estas a ela concorram.

CAPÍTULO I

OBSERVAÇÕES GERAIS SOBRE O ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA EM PORTUGAL

1.1. O relevo crescente da Procriação Medicamente Assistida

Definida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), como uma "doença do sistema reprodutor masculino ou feminino, traduzida na incapacidade de alcançar uma gravidez após 12 meses ou mais de relações sexuais regulares e desprotegidas"[1], a infertilidade afeta cerca de 15% dos casais em idade reprodutiva[2].

Ora, se é verdade que a infertilidade, ou incapacidade para conceber um filho, constitui um tema que sempre preocupou a Humanidade, não o é menos que, hoje em dia, fruto de diversos fatores culturais e sociais, este tema acarreta ainda mais relevância no panorama nacional e internacional, abandonando-se a ideia de que a reprodução humana é um fenómeno completamente natural e biológico, dependente exclusivamente da relação sexual entre o homem e a mulher, e concluindo-se que, para a sua concretização, se mostra necessária a verificação concomitante de um conjunto de fatores que se interligam entre si e que, não estando todos reunidos, obstam à procriação.

Os progressivos avanços na ciência e tecnologia, com consequência direta na biomedicina, têm permitido ao ser humano a superação de problemas de infertilidade através da criação de métodos e da aplicação de técnicas de Procriação Medicamente Assistida.

Como é consabido, a união de um ovócito com um espermatozoide marca o início da formação de uma nova vida humana. Os problemas suscitam-se quando, subjacente a esse processo, surge um conjunto de fatores, externos ou internos, que impossibilitam ou dificultam a reprodução, como é o caso da esterilidade e da infertilidade[3].

A verdade é que, estatisticamente, poder-se-á dizer que o próprio processo reprodutivo é surpreendentemente ineficaz, estimando-se que a fecundação ocorre apenas "(...) em 25% dos ciclos genitais de casais considerados fecundos e nos quais não é assumida qualquer prática

[1] "*Infertility is a disease of the male or female reproductive system defined by the failure to achieve a pregnancy after 12 months or more of regular unprotected sexual intercourse*" Cfr. Definição disponível em: https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/infertility;

[2] BARROS, ALBERTO, "Procriação medicamente assistida: novos direitos, novos desafios", *in Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018, pp. 7-8;

[3] BARROS, ALBERTO, "Procriação Medicamente Assistida" *in Direito da Saúde: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira, Vol. IV, Genética e Procriação Medicamente Assistida*, Almedina, 2016, pp. 107 e ss.;

contracetiva (...)" e, ainda "(...) que uma em cada três gestações alcançadas acaba por se perder espontaneamente, muitas vezes sem verificação de uma causa clínica evidente (...)"[4].

Atualmente, as causas determinantes da falência reprodutiva do casal são relativamente bem conhecidas, relacionando-se com uma multiplicidade de fatores[5], dentre os quais se destacam a idade cada vez mais avançada com que os casais, por razões sociais e profissionais, começam a ter filhos, os defeitos na estrutura do útero e/ou dos ovários, ou, ainda, as alterações ou desregulamentos hormonais.

Foi, então, da ambição humana de ultrapassar o que a natureza por vezes não permite, que surgiram as técnicas de PMA como "o conjunto de técnicas destinadas à formação de um embrião humano sem a intervenção sexual"[6].

Estas técnicas, cuja definição e procedimento aprofundaremos mais adiante, envolvem a manipulação de gâmetas (óvulos e espermatozoides) ou embriões fora do corpo humano e podem incluir diversas abordagens, como a fertilização *in vitro* (FIV), inseminação artificial (IA), entre outras.

1.2. A PMA e o Direito reprodutivo como um direito fundamental

Da grande maioria das uniões resulta um desejo de procriar como parte do projeto de felicidade e de realização pessoal do casal, com a consequente frustração pessoal e social quando tal não se concretiza. É com base nesta premissa que DIOGO LEITE DE CAMPOS entende que o direito de procriar consubstancia mesmo uma "necessidade fundamental de muitos seres humanos, de uma liberdade fundamental, a de procriar, que é, e deve ser, assegurada por constituições e leis ordinárias" [7].

Vistos como direitos assegurados constitucionalmente, os direitos fundamentais exigem do Estado uma verdadeira obrigação de tutela, ou seja, um dever de proteção na sua aplicação

[4] SANTOS, AGOSTINHO DE ALMEIDA / RENAUD, MICHEL / CABRAL, RITA AMATAL, *Relatório: Procriação Medicamente Assistida*, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Julho de 2004, p. 5;
[5] MARIO CAVAGNO, "Infertilidade conjugal e tratamento com técnicas de reprodução assistida" in *Direito e Medicina*, Coord. Ana Cláudia Silva Scalquette e Carlos Eduardo Nicoletti Camillo, Editora Atlas, 2015, Brasil, pp. 164 e ss.;
[6] PINHEIRO, JORGE DUARTE, *Direito da Família Contemporâneo*, Gestlegal, 8.ª Edição, 2023, p. 211. *Vide*, ainda, definição dada pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), a PMA traduz-se num conjunto de técnicas e tratamentos que visam obter uma gravidez em casais inférteis ou com fertilidade reduzida, ou em mulheres sem parceiro masculino, cfr definição do CNPMA disponível em: www.cnpma.org.pt ;
[7] CAMPOS, DIOGO LEITE DE, "A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o Sigilo sobre o Dador – ou a Omnipotência do Sujeito. Coimbra 2008 (*Separata de Estudos de Direito da Bioética*) p. 85; No mesmo sentido *vide* também: SILVA, PAULA MARTINHO DA / COSTA, MARTA, *A Lei de Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar),* Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 35 e ss.;

e concretização, exigindo, pois, uma garantia processual efetiva, de modo a que, a um direito fundamental corresponda sempre um correspondente dever de proteção do Estado[8].

Apesar de a Constituição da República Portuguesa (CRP) listar alguns direitos fundamentais, não existe um *numerus clausus* de dimensões de tutela existindo, isso sim, um catálogo aberto de direitos fundamentais, estabelecido por uma cláusula geral no artigo 16.º da CRP [9]. A este respeito, diz-nos JORGE MIRANDA, a interpretação do texto da constituição deve afastar-se do princípio "*inclusio unius alterius est exclusio*"[10], e, portanto, "não deve ser visto como um elenco taxativo dos direitos fundamentais, mas sim como uma enumeração aberta"[11].

Seguindo esta linha de raciocínio, entendemos que uma determinada posição jurídica pode estar implicitamente protegida dentro do escopo da norma a que se refere. Pode assim afirmar-se que, no nosso ordenamento jurídico, resulta comummente aceite o recurso a uma interpretação extensiva para reconhecer a existência de determinada proteção legal dentro de uma norma que se relaciona com um direito fundamental, através de uma construção hermenêutica cuidadosa[12].

Aqui chegados, no âmbito do presente estudo importa sublinhar que, apesar de, na listagem de direitos fundamentais mencionada *supra,* não constarem normas específicas relativas à reprodução ou a procriação medicamente assistida, facto é que algumas das suas disposições enlaçam direitos indissociáveis ao tema, como será o caso do direito ao livre desenvolvimento da personalidade ou ainda do direito à constituição de família, previstos, respetivamente, nos artigos 26.º e 67.º, ambos da CRP [13].

Na verdade, o direito à reprodução encontra-se intrinsecamente ligado ao direito à procriação biológica, abarcando tanto a reprodução pela via sexual como a procriação através de técnicas de PMA (homóloga), configurando-se, em qualquer caso, como um "direito de meios" e não como um "direito de resultados", por garantir apenas a criação de condições

[8] MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. I, 10.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014;
[9] Artigo 16.º da CRP: "1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional";
[10] Máxima jurídica latina que significa "a inclusão de um implica a exclusão de outro";
[11] MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional, Vol. II – tomo IV: Direitos Fundamentais*, 9.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 153;
[12] MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. I, 10.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014;
[13] NETO, LUÍSA, "O (novo) regime da procriação medicamente assistida: possibilidades e restrições"*, in Debatendo a procriação medicamente assistida*, Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018, p. 83;

favoráveis à superação dos obstáculos naturais à procriação, e não, naturalmente, que todos os beneficiários serão bem-sucedidos no processo [14].

No que às várias técnicas de PMA e aos direitos por elas salvaguardados diz respeito, importa começar por distinguir em razão da proveniência das células reprodutoras. Assim, quando os espermatozoides e os ovócitos são ambos provenientes do próprio casal, falamos em PMA homóloga, ao passo que quando os espermatozoides não provêm do casal, tendo havido recurso a um dador, ou seja, a um terceiro, a procriação diz-se heteróloga [15].

Atendendo ao objeto da presente exposição, falaremos apenas de PMA homóloga, ou seja, de situações em que é utilizado exclusivamente o material genético do casal, pois só nestes casos se poderá defender que está em causa um verdadeiro direito reprodutivo[16]. Nos casos de procriação heteróloga, a verdade é que, pelo menos, uma das partes não se está a reproduzir biologicamente, pelo que estaremos, diferentemente, a falar do exercício do direito da parte a constituir família.

A República Portuguesa assenta, entre outros princípios, na dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da CRP), delegando na lei ordinária a tarefa de estabelecer garantias para prevenir e combater quaisquer comportamentos que possam atentar contra essa dignidade (n.º 2 do artigo 26.º da CRP)[17].

No capítulo referente à família, no n.º 1 do artigo 67.º, a CRP reconhece-a como "elemento fundamental da sociedade" e, como tal, merecedora da proteção do Estado e, bem assim, da "efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros". Por sua vez, no seu n.º 2, são enumeradas as incumbências do Estado para a proteção da família[18], cabendo-lhe indiscutivelmente, não só o dever de regulamentar a procriação medicamente assistida [alínea e)], como também o dever de o fazer de forma a salvaguardar a dignidade da pessoa humana[19].

Este princípio, como se disse, está na base de muitos dos direitos fundamentais, de entre os quais, atendendo ao objeto do presente trabalho, destacamos, agora, o direito ao

[14] RAPOSO, VERA LÚCIA, *O Direito à Imortalidade*, *(O Exercício de Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro)*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 47 -48;
[15] RAPOSO, VERA LÚCIA, "Direitos Reprodutivos" in *Lex Medicinae,* 2.º ano, n.º 3, 2005, p. 19;
[16] RAPOSO, VERA LÚCIA, *O Direito à Imortalidade, (O Exercício de Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro)*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 47 e 48;
[17] MONDLANE, ARNALDO ABÍLIO, "Breve estudo sobre a procriação medicamente assistida no ordenamento jurídico português – Uma primeira aproximação ao tema", *in O Direito n.º 154 III*, sob a direção de Jorge Miranda 2022, pp. 530 -531;
[18] PINHEIRO, JORGE DUARTE, *O Direito da Família Contemporâneo*, Gestlegal, 8.ª Edição, 2023;
[19] CRORIE, BENEDITA MAC, "O princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida" in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, FDUP, Porto, 2017, pp. 55-56;

desenvolvimento pessoal, tido como o direito ao desenvolvimento da personalidade[20], que se encontra inserido nos direitos de personalidade a alude o art,º 26.º da CRP, garantindo a "liberdade do indivíduo escolher o caminho que quer tomar como pessoa e a conformar-se a si próprio, de acordo com as opções que fizer"[21].

A este respeito, atendemos aos ensinamentos de PAULO MOTA PINTO[22], que explicita que tal liberdade se traduz num direito de agir livremente segundo opções próprias, cujas restrições carecem de uma justificação com base constitucional, impondo-se como necessárias e proporcionais. Contempla, assim, a formação livre da identidade de cada um, sem intervenção estatal, de acordo com a liberdade de ação e conforme as aspirações pessoais de cada um.

Inserida no direito ao livre desenvolvimento da personalidade destaca-se, entendemos, a liberdade de ter ou não ter filhos [23], levantando-se, depois, a questão de saber se essa liberdade constitui um direito fundamental (direito reprodutivo), no âmbito do direito à formação da personalidade e realização pessoal.

Em Portugal, é possível distinguir duas dimensões deste direito ao desenvolvimento da personalidade: por um lado, a não ingerência e a proteção do que já existe; e, por outro, a liberdade de ação, de procurar o que lhe é intrínseco e necessário à formação pessoal (sem nunca perder de vista os limites de ordem constitucional e moral)[24].

Resta notório que, se é verdade que os princípios constitucionais e direitos fundamentais devem ser aplicados e observados de forma a regerem as novas relações jurídicas que surgem com o aparecimento de novas tecnologias, não o é menos que, como bem se entende, nenhuma norma constitucional terá sido elaborada com o propósito inicial específico de abranger as técnicas de PMA. Tal não obsta, no entanto, a que seja possível e até imperativo, aferir, à luz de tais disposições da lei fundamental, da sua concordância com os métodos de reprodução assistida.

---

[20] CANOTILHO, J. J. GOMES e MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 200;
[21] RAPOSO, VERA LÚCIA, *O Direito à Imortalidade (O Exercício de Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro)*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 244;
[22] PINTO, PAULO MOTA*, O direito ao livre desenvolvimento da personalidade,* Portugal-Brasil – Ano 2000, *Studia Iuridica*, n.º 40, Coimbra, Coimbra Editora, 2000;
[23] OLIVEIRA, GUILHERME DE, "Direitos fundamentais à Constituição da Família e ao Desenvolvimento da Personalidade", *in: Revista Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Centro de Direito da Família*, Ano 9, n.º 17 e 18 (duplo), 2012, Coimbra, Coimbra Editora, 2014;
[24] RAPOSO, VERA LÚCIA, *O Direito à Imortalidade (O Exercício de Direitos Reprodutivos Mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião In Vitro)*, Coimbra, Almedina, 2014;

Remontando, agora com mais detalhe, ao mencionado princípio da dignidade humana, sublinhar que o Estado tem o dever de salvaguardar a ideia de que a pessoa, como sujeito dotado de direitos e deveres, nunca poderá ser instrumentalizada e, consequentemente, alienada do seu valor intrínseco[25].

A regulamentação nacional da PMA encontra-se estritamente vinculada a este princípio, como, aliás, resulta claro do já aludido artigo 67.º, n.º 2, alínea e), nos termos do qual, esta temática terá sempre que respeitar a dignidade humana, ficando por demais evidente a preocupação do legislador em impor a intangibilidade e inviolabilidade do valor da pessoa, como limite expresso à utilização das técnicas de manipulação de fertilidade[26].

A presença deste princípio associado à PMA na respetiva regulamentação é visível, nomeadamente, pelo, caráter subsidiário[27] das técnicas reprodutivas, sendo, a este respeito, conveniente mencionar os ensinamentos da doutrina que aqui trazemos nas palavras de JORGE DUARTE PINHEIRO, de acordo com as quais o " (...) princípio da dignidade da pessoa humana, adverso à instrumentalização do ser humano e da sua faculdade reprodutiva, opõe-se à utilização da procriação assistida como um processo normal, incondicionalmente alternativo à procriação através de relações sexuais."[28].

Este princípio age como vigilante e protetor da honra e dignidade de todo e qualquer ser humano, impondo sobre o Estado, a este respeito, a proibição de práticas que tenham por finalidade "a seleção de pessoas (...), alteração da dignidade genética do ser humano mediante clonagens reprodutivas do ser humano e tráfico de seres humanos."[29].

Nesse sentido, como nem se aventa que pudesse ser outro, entendeu, ainda, o Tribunal Constitucional, tendo, a este respeito, concluído que: "Ao remeter para a dignidade da pessoa humana, o artigo 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição da República, pretende, por conseguinte, primariamente, salvaguardar os direitos das pessoas que mais diretamente poderão estar em causa por efeito da aplicação de técnicas de procriação assistida, e, em especial, o direito à

[25] MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional, Vol. II – tomo IV: Direitos Fundamentais*, 9.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012;
[26] CRORIE, BENEDITA MAC, "O princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida" *in Debatendo a Procriação Medicamente Assistida,* Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2017, pp. 55-56. *Vide*, ainda, PINHEIRO, JORGE DUARTE, *O Direito da Família Contemporâneo*, Gestlegal, 8.ª Edição, 2023, pp. 171 e ss.;
[27] Subsidiariedade esta, como veremos adiante, eliminada, ou pelo menos, posta em causa com as recentes alterações à Lei da Procriação Medicamente Assistida.
[28] PINHEIRO, JORGE DUARTE, "Procriação Medicamente Assistida", *in Jorge Miranda, Luís de Lima Pinheiro e Dário Moura Vicente (coord.), Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, volume* I, Lisboa, Edições Almedina, 2005, p. 769
[29] CANOTILHO, J. J. GOMES e MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 200;

integridade física e moral (artigo 25.º), o direito à identidade pessoal, à identidade genética, ao desenvolvimento da personalidade e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26.º), o direito a constituir família (artigo 36.º), e, ainda, o direito à saúde (artigo 64.º). Sem ignorar, nesse plano, que no universo subjetivo de proteção da norma estão não apenas os beneficiários e as pessoas envolvidas como participantes no processo, mas também as pessoas nascidas na sequência da aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida. (...)"[30].

Flui do exposto que a existência de um direito reprodutivo decorre do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, assumindo, a nosso ver, por esta via, e sempre salvo o devido respeito por melhor opinião, a natureza de direito fundamental.

Ora, enquanto direito fundamental, impõe-se que os meios legais se mostrem adequados à sua plena concretização, por forma a lograr obter, eficazmente, a coincidência entre o vínculo jurídico e o biológico, não podendo, em nenhuma circunstância ou de forma alguma, desassociar-se ou sobrepor-se ao princípio da dignidade humana, que se rege pela não instrumentalização da vida humana.

Concluímos assim, que a dignidade da pessoa humana enquanto garantia da irredutibilidade e insubstituibilidade de todo e qualquer ser humano, faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado e, como tal, constitui pressuposto inultrapassável no âmbito das técnicas de reprodução assistida, verificando-se uma verdadeira interdição constitucional a quaisquer tipos de práticas ou alterações legislativas que o questionem.

1.3. Breve resenha da evolução histórica do regime jurídico aplicável à PMA, em especial à Lei n.º 32/2006

Em Portugal, o primeiro "bebé proveta" - conhecido jogador de futebol Carlos Miguel Mondim Saleiro - nasce a 25 de fevereiro de 1986, tendo sido responsável pelo processo reprodutivo o médico e antigo professor catedrático da Universidade de Medicina de Lisboa, António Pereira Coelho.

Este avanço na medicina foi, como não podia deixar de ser, acompanhado pelo surgimento de diversas questões relacionadas com a existência de regulação e o modo de intervenção que o Direito deve ter na procriação medicamente assistida.

A necessidade de intervenção legislativa para a regulação da matéria de procriação medicamente assistida é aceite de forma pacifica, o que se justifica, nas palavras de GUILHERME DE OLIVEIRA, o reconhecimento dos próprios médicos como "incapazes de

[30] Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, publicado em Diário da República, 2.ª série, de 1 de Abril de 2009, disponível em www.dgsi.pt;

encontrar sozinhos os limites da sua arte (...) numa época em que se difunde a responsabilização penal e civil dos atos médicos (...) têm a consciência de que já não basta uma ética corporativa para legitimar a prática científica (...)"[31], não se satisfazendo, compreensivelmente, com a deontologia ou com a sua consciência profissional, reconhecendo ao Direito *a* função última de definir, com a possível segurança, o que é lícito e o que é ilícito.

Todo este circunstancialismo, levou, num primeiro momento, à criação, pelo Despacho n.º 37/86 de 14 de abril, da Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, de cujo labor resultou o primeiro diploma dedicado especificamente ao tema, o Decreto-Lei n.º 317/86, de 25 de setembro, sobre a "procriação artificial humana", com apenas três artigos que versavam a PMA heteróloga.

Em 1997, procedeu-se à alteração da CRP pela Lei n.º 1/97, de 20 de setembro, passando a prever-se, na sua alínea e) do número 2 do artigo 67.º, o Estado como protetor da família, designadamente, no que toca à regulamentação da procriação medicamente assistida, em termos que salvaguardem a dignidade humana.

No entanto, a verdade é que, em Portugal, apesar de, como se disse já, o primeiro bebé-proveta ter nascido em 1986, as PMA apenas foram objeto de um diploma legal em 2006.

Dentre as várias iniciativas dos partidos políticos e pareceres do CNECV, chegou mesmo a constar, no início de 2006, um Projeto de Resolução com vista à realização de um referendo nacional sobre as questões da PMA.

Foi, pois, neste contexto político-social, que veio a ser promulgada a Lei da Procriação Medicamente Assistida (de ora em diante LPMA), Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, e, por exemplo, criada a Associação Portuguesa da Infertilidade (API) e, ainda, composto o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA).

Desde então, a LPMA tem sido alvo de diversas alterações legislativas no sentido de estender o seu âmbito de aplicação objetivo e subjetivo, algumas das quais aprofundaremos ao longo do presente estudo. Nesta fase, todavia, importará apenas mencionar que o diploma sofreu oito alterações, possuindo, até à data, nove versões: a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, a Lei n, º 58/2017, de 25 de julho, a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, a Lei n.º 48/2019, de 8 de julho, a Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro e a Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro.

[31] OLIVEIRA, GUILHERME DE, *Legislar sobre Procriação Assistida*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 127, Coimbra, 1994, p. 79;

As principais alterações sofridas pela LPMA prendem-se com a preocupação em garantir a igualdade de género no acesso às técnicas de procriação assistida, com o acesso à gestação de substituição, o destino do material genético e a própria confidencialidade do dador.

O presente estudo focar-se-á na 8.ª versão da LPMA, a Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro, que determina a admissibilidade da utilização de técnicas de PMA *post mortem*, por ser um tema indiscutivelmente atual, que continua a gerar controvérsia e em torno do qual têm surgido cada vez mais debates.

1.4.Técnicas de Procriação Medicamente Assistida e seus beneficiários

A Lei da Procriação Medicamente Assistida contempla, no seu artigo 2.º, seis técnicas de reprodução assistida, saber; a inseminação artificial (IA); a fertilização *in vitro* (FIV); a injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI); a transferência de embriões, gâmetas (GIFT) ou zigotos (ZIFT); e o diagnóstico genético pré-implantação (DGPI).

Atendendo, no entanto, à circunscrição do objeto do presente trabalho, faremos apenas uma breve referência à multiplicidade de técnicas contidas neste diploma legal.

Por inseminação artificial entende-se a "transferência mecânica de espermatozoides, previamente recolhidos e tratados, para o interior do aparelho genital feminino"[32], processando-se, por meio da estimulação da ovulação da mulher. Por sua vez, é através da GIFT que os espermatozoides e ovócitos - previamente isolados - são "transferidos para o interior das trompas uterinas de modo que só aí se dê a sua fusão. A fecundação tem lugar *in vivo*."[33], i.e., no aparelho reprodutor feminino.

Com reporte, agora, à chamada fertilização *in vitro*, podemos avançar que esta ocorre por meio da união dos gâmetas, feminino e masculino, em laboratório e da posterior transferência dos embriões gerados para o útero da beneficiária, processando-se através da recolha dos gâmetas femininos, também aqui, por meio de estimulação ovárica e, ainda, à recolha e tratamento dos espermatozoides, ocorrendo a fertilização em laboratório e não dentro do aparelho reprodutor feminino.

Na ZIFT, "ambos os tipos de gâmetas são postos em contacto *in vitro* em condições apropriadas para a sua fusão. O zigoto ou zigotos resultantes são transferidos para o interior das trompas uterinas"[34]. Aqui, embora o processo inicial em muito se assemelhe ao da fertilização *in vitro*, a transferência ocorre logo após a fecundação, momento em que o chamado "produto

[32] Parecer 3/CNECV/93 do Conselho Nacional para as Ciências da Vida, p.2, in www.cnecv.pt;
[33] Parecer 3/CNECV/93 do Conselho Nacional para as Ciências da Vida, p.2, in www.cnecv.pt;
[34] Parecer 3/CNECV/93 do Conselho Nacional para as Ciências da Vida, p.2, in www.cnecv.pt;

da fertilização" ainda se encontra na fase de zigoto, sendo transferido para a trompa de Falópio e não para o útero.

A injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) é tida como a técnica de procriação medicamente assistida mais adequada para o tratamento da infertilidade masculina. Neste caso, a fecundação resulta da extração e seleção do espermatozoide mais adequado ao tratamento a partir de uma amostra de sémen ou de uma biópsia testicular que depois será introduzido no interior do ovócito (citoplasma oocitário), possibilitando a fertilização.

Por último, importa chamar a atenção que o Diagnóstico Genético Pré-Implantação (DGPI), não consubstancia uma técnica propriamente dita, mas antes um meio de seleção dos embriões a serem implantados no útero da mulher beneficiária, de forma a evitar a transmissão de doenças genéticas dos progenitores para o embrião, permitindo, ainda, a identificação do sexo do embrião.

O capítulo V da Lei da Procriação Medicamente Assistida dedica-se, exclusivamente, ao diagnóstico genético pré-implantação, abordando, por um lado, nos artigos 28.º e 29º, as situações em que DGPI é permitido, e por outro, no seu artigo 37.º, as situações em que a sua utilização é contrária à lei, punindo-a com pena de prisão até 2 anos ou de multa até 240 dias. O artigo 30º do mesmo diploma legal instituiu o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) como entidade reguladora deste setor, impondo-lhe a responsabilidade de, ainda que genericamente, se pronunciar "sobre as questões éticas, sociais e legais da PMA".

Em 2006, numa tentativa de impedir o uso imoderado das tecnologias reprodutivas, o legislador português começou por consagrar a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida como um método subsidiário [35] e não alternativo de procriação, reservado "às pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto, ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos", e proibindo a inseminação *post mortem*.

Ora, volvida uma década sobre a publicação da primeira versão da LPMA, o leque de beneficiários destas técnicas foi aumentando, optando o legislador por alargar o recurso ás técnicas de reprodução assistida a todas as mulheres, independentemente do diagnóstico de infertilidade[36] (artigo 4.º da LPMA) e, ainda, nos termos do artigo 6.º da LPMA, aos "casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam

[35] Sujeitando todo o acesso a estas técnicas a um diagnóstico de infertilidade:
[36] PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, "Filhos de Pai anónimo no século XXI", *in Debatendo a procriação medicamente assistida,* Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018, pp. 41, ss.;

em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual".

Neste sentido, atendendo ao alargamento do acesso à PMA às mulheres fora de um cenário de infertilidade em sentido estrito, mal se compreendem as hesitações do legislador na redação conferida ao n.º 1 do artigo 4.º da LPMA, de acordo com qual "as técnicas de PMA são um método subsidiário, e não alternativo, de procriação", pois num plano estritamente técnico e independentemente de sufragarmos ou não, esta opção legislativa, a verdade é que, estando, como se disse, fora de um cenário de infertilidade, a PMA deixou de ser, para estas beneficiárias, um método subsidiário de procriação, tornando-se uma verdadeira alternativa à procriação natural, devendo, por isso e a nosso ver, o primeiro número do normativo enunciado ser eliminado.

Assim, a escolha do legislador corresponde, na verdade, a uma alteração radical de paradigma, devendo, como tal, ser assumida expressamente no texto legal, ainda que se nos afigure razoável e sensato que o legislador estabeleça critérios claros que permitam atribuir, objetiva e efetivamente, prioridade aos tratamentos de casais inférteis, em detrimento de casos em que o recurso a estas técnicas é uma pura opção reprodutiva [37].

O acesso às tecnologias reprodutivas é ainda restrito àqueles que não cumpram com o requisito previsto no n.º 2 do artigo 6.º da LPMA, ou seja, que não tenham, pelo menos, 18 anos de idade, não impondo, porém, qualquer limite máximo de idade.

O tema da ausência de limite máximo de idade para os beneficiários das técnicas de PMA já foi abordado, discutido e decidido pelo Tribunal Constitucional no acórdão n.º 101/2009, de 03 de março[38]. A decisão analisou a constitucionalidade do n.º 2 do artigo 6.º da LPMA, tendo considerado que, quanto à ausência de delimitação de idade máxima para os beneficiários das técnicas aqui em questão, o legislador terá adotado um limite implícito, equivalente ao final do período fértil, pois, tendo em conta que na época o acesso à PMA dependia, ainda, de um diagnóstico de infertilidade, só estariam em causa os candidatos que se encontrasse dentro da janela de fecundidade.

Ora a Lei 72/2021, de 12 de novembro, introduziu alterações significativas à LPMA, passando a admitir a inseminação *post mortem* da viúva, com o material genético do cônjuge ou unido de facto falecido. No presente trabalho, vamos focar-nos nestas alterações legislativas,

[37] PINHEIRO, JORGE DUARTE*, O Direito da Família Contemporâneo*, Gestegal Editora, 8.ª Edição, 2023, pp. 224 e ss.;
[38] Tribunal Constitucional, acórdão no 101/2009, de 03 de março;

analisando as suas implicações jurídicas e sociais no contexto da reprodução assistida em Portugal.

CAPÍTULO II

A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM*

2.1. Enquadramento jurídico da PMA *post mortem*

Após uma introdução geral ao tema da PMA, focar-nos-emos nos aspetos jurídicos da PMA homóloga *post mortem*, isto é, nas técnicas de PMA em que são somente utilizados gâmetas do próprio casal beneficiário, e em que, durante o procedimento, o membro masculino do casal falece[39]. A evolução legislativa da procriação medicamente assistida em Portugal reflete uma adaptação progressiva às necessidades e desafios contemporâneos, tornando-se cada vez mais difícil para o legislador acompanhar a velocidade galopante dos avanços científicos nesta área.

A Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro, modifica várias disposições da Lei n.º 32/2006, que originalmente estabeleceu o quadro legal para a PMA em Portugal, destacando-se, como já adiantamos, o facto de introduzir e regular a possibilidade de realizar a inseminação com sémen após a morte do dador, permitindo que um projeto parental, previamente consentido, possa prosseguir, mesmo após a morte de um dos progenitores [40].

A inseminação artificial *post mortem* é uma técnica de PMA, em que se faz o uso do sémen de um homem para fertilização, seja *in vitro*, seja *in vivo*[41], cuja aplicação, até 2021, se encontrava formalmente interdita pela legislação, obrigando à destruição do sémen do homem se este falecesse durante o período de conservação, mesmo existindo o consentimento do falecido.

Esta proibição não era, no entanto, assegurada por qualquer reação penal ou contraordenacional, e, apesar de a lei nada dizer a respeito do fenómeno sucessório, existia, no seu artigo 23.º, uma solução relativamente aos vínculos de filiação da criança que viesse a nascer por meio desta prática, naquela altura, *contra legem*. Assim, mesmo antes de ser

[39] Falamos especificamente do membro masculino do casal, uma vez que, como é consabido, se o membro feminino falecer, a procriação só poderá seguir em frente recorrendo à gestação de substituição. Ademais, os homens, individualmente considerados, não fazem sequer parte dos beneficiários das técnicas de PMA.

[40] RIBEIRO, ANA RAQUEL, "Aspetos Jurídicos da Procriação Medicamente Assistida *Post Mortem*", Doutoramento e Mestrados (Estudos), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020, pp. 10, ss.;

[41] RIBEIRO, ANA RAQUEL, "Aspetos Jurídicos da Procriação Medicamente Assistida *Post Mortem*", Doutoramento e Mestrados (Estudos), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020, pp. 10, ss.;

aprovada a inseminação artificial *post mortem*, a criança gerada que resultasse de inseminação artificial pós-morte era havida como filha do falecido.

A crescente atenção mediática a casos específicos e a sua subsequente cobertura intensiva pelos meios de comunicação social, mantiveram aceso o debate sobre este tema. Em França, em 1984, ocorreu o conhecido caso *Parpalaix*[42]. Depois, destaca-se o caso *Blood*, que se desenrolou tanto na Inglaterra como na Bélgica[43]. Mais recentemente, em 2020, em Portugal, surgiu o caso de *Ângela e Hugo*[44].

Eis que surge a já mencionada Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro, que trouxe as grandes alterações nesta matéria, a maior sendo, naturalmente, a admissibilidade desta técnica, desde que verificados determinados requisitos e parâmetros[45].

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

O regime disposto para a realidade vinda de descrever[46] contempla, na ordem jurídica portuguesa, três procedimentos distintos: a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* e a transferência de embriões. Restringindo, em qualquer um dos casos, as suas soluções apenas à hipótese de morte paterna[47].

Assim, falamos em inseminação artificial *post mortem* quando, para fertilizar um óvulo dentro do aparelho reprodutor feminino, se utiliza o sémen de um homem já morto. Na fertilização *in vitro*, por sua vez, o embrião já se encontra formado e criopreservado aquando da morte de quem forneceu o gâmeta masculino, sendo posteriormente transferido para o útero da mulher com quem o falecido era casado ou vivia em união de facto[48].

São muitas as questões que se levantam relativamente à admissibilidade, ou não, das técnicas de reprodução assistida *post mortem*, questões estas que resultam, inegavelmente, da necessária ponderação dos interesses da "criança que há-de ser", do homem que faleceu, da mulher, sobreviva, futura mãe, e, ainda, daqueles a quem são conferidos direitos sucessórios.

---

[42] VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, "A inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro", *in Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 127, pp. 267, ss, e, ainda, SILVA, PAULA MARTINHO DA / COSTA, MARTA, *A lei da procriação medicamente assistida anotada: (e legislação complementar)*, Coimbra Editora, 2011, pp. 115 e ss.;

[43] SILVA, PAULA MARINHO DA / COSTA, MARTA, *A lei da procriação medicamente assistida anotada: (e legislação complementar*), Coimbra Editora, 2011, pp. 117 e ss.;

[44] Reportagem TVI - "Amor Sem Fim": o que é feito de Ângela, a mulher que emocionou o país?", 2020;

[45] Consulte-se o Artigo 5.º da Lei n.º 72/202, de 12 de novembro;

[46] À qual se referem os artigos 22.º a 27.º da LPMA;

[47] RAPOSO, VERA LÚCIA, "Até que a morte nos separe. Breve nota sobre a reprodução *post mortem* no caso de gestante em morte cerebral", in *«Lex Medicinae» Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, 15/29, 2018 pp. 71, ss.;

[48] MAGALHÃES, SANDRA MARQUES, *Aspetos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Coimbra Editora, 2010;

É nosso entendimento que o interesse da criança que vai nascer, ou que se espera que nasça, deve ser valorizado acima de todos os demais interesses envolvidos, o que não significa, necessariamente, uma abrupta e absoluta oposição à admissibilidade desta prática, significando, isso sim, a adoção de uma posição cautelosa e, acima de tudo, orientada às características particulares de cada situação, família e pessoa.

Neste contexto, numerosos autores[49] opõem-se à ideia de permitir a PMA *post mortem*, argumentando primordialmente com base no direito da criança à "biparentalidade", dado que se está a conceber intencionalmente um ser que, sabe-se desde o início, nunca terá a oportunidade de conhecer o seu progenitor e que será, deliberadamente, órfã de pai, o que, como afirma JORGE DUARTE PINHEIRO[50] " (...) representa uma secundarização do interesse da criança relativamente ao interesse dos progenitores (...)*",* defendendo que "Apenas a entidade familiar bilinear, portanto, teria sua formação por meio de PMA protegida pelo art.º 36, n.º 1, da Constituição da República, porque somente nessa família estaria resguardada o melhor interesse da criança (...)" [51].

O nosso foco deverá ser, como já se disse, a proteção das crianças concebidas através das técnicas de procriação medicamente assistida *post mortem*, visto que, entendemos, são elas, não só a parte mais vulnerável, como, também, a mais diretamente impactada neste contexto, sendo, logo à partida, privadas de uma parte de si mesmas, isto é da relação com o pai.

De facto, para os defensores desta posição, na PMA homóloga *post mortem*, está-se a privar deliberadamente a criança de conviver com o seu pai, mesmo que este tenha prestado consentimento, colocando-se em perigo o saudável desenvolvimento psíquico da criança[52].

---

[49] LUÍS ARCHER opõe-se à admissibilidade desta prática por entender que se viola o direito da criança a uma família biparental. Cfr. ARCHER, LUÍS, "Procriação Medicamente Assistida: evolução do pensamento ético de 1986 a 1999", *in Genética e Reprodução Humana,* NEVES, Rui / MELO, Helena (Coord.), Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2000, pp. 41 e ss. Como é, também, o caso de, por exemplo, OTERO, PAULO,, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da Bioética*, pp. 72 e ss.; e de XAVIER, RITA LOBO, "A Lei da PMA e inseminação *post mortem* – questionamento ético", *Especial Procriação Medicamente Assistida - Portal dos Jesuítas em Portugal*, 22 de março 2021, disponível em: https://pontosj.pt/especial/lei-da-pma-e-inseminacao-post-mortem-questionamento-etico/;

[50] PINHEIRO, JORGE DUARTE, *O Direito da Família Contemporâneo*, Gestegal Editora, 8.ª Edição, 2023, p. 253;

[51] MAGALHÃES, SANDRA MARQUES, *Aspetos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Coimbra Editora, 2010;

[52] Este argumento é utilizado por JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO: para este autor a PMA homóloga *post mortem* é uma "(...) *situação anómala no plano do estabelecimento da filiação e do direito sucessório. Pode a ocorrência, estar ligada à vontade de uma pessoa de se prolongar para além da morte, ou à vontade da viúva de gerar um filho do marido falecido. Tende-se porém a considerar que, eticamente, tal vontade não prevalece sobre o direito de todo o novo ser a ter quanto possível uma vida familiar normal.*" Cfr. ASCENÇÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, "Direito e Bioética" in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 51.º 1991, pp. 429 e ss.;

Também para STELA NEVES BARBAS[53], o consentimento dado pelo homem só pode ser considerado como um reforço da sua responsabilidade parental. Este consentimento nunca deve ser interpretado como uma renúncia à paternidade ou como um abandono precoce. Segundo a autora, a criança tem o direito à presença de ambos os pais, conforme estabelecido nos artigos 68º e 69º da Constituição da República Portuguesa, ou seja, é mais benéfico para a criança crescer com a presença de um pai e uma mãe.

Por outro lado, PAULA MARTINHO DA SILVA e MARTA COSTA destacam que o exercício da liberdade de procriar está intrinsecamente ligado ao cumprimento das responsabilidades parentais. Essas responsabilidades traduzem-se numa série de deveres e direitos de natureza personalíssima em relação à criança, os quais não podem ser assumidos por uma pessoa falecida. Isso implica que a " (...) criança concebida por *inseminação post-mortem* estaria inevitavelmente privada da oportunidade de conviver com um dos seus progenitores (...)" e que "(...) o planeamento deliberado da conceção ou do nascimento de um filho nestas circunstâncias traduziria uma secundarização do superior interesse da criança em benefício dos interesses dos progenitores e, portanto, em certa medida uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana (sobretudo na modalidade de proibição da "coisificação" do ser humano) (...)" [54].

Porém, atenta a proliferação das famílias monoparentais, nelas incluídas as consequentes de morte prematura de um dos progenitores, os argumentos invocados *supra* caem por terra. VERA LÚCIA RAPOSO afirma que "(...) ainda não nos foi demonstrado que a paternidade ou a maternidade singulares ou homossexuais acarretem prejuízos para a criança assim nascida (...)"*[55],* ou seja, o bem-estar da criança, não é irremediavelmente comprometido pela circunstância de nascer sem pai.

Assim, ainda que a não promoção de famílias monoparentais possa ter sido uma preocupação inicial do legislador, -- o que decorria da exigente redação inicial do artigo 6.º da Lei 32/2006, de 26 de julho, em que os únicos beneficiários da técnicas de PMA eram as pessoas casadas, não separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivessem em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos --, não pode olvidar-se que, por exemplo, com a alteração contida no n.º 1 do artigo 6.º na

[53] BARBAS, STELA MARCOS DE ALMEIDA NEVES, *Direito ao Património Genético*, Coimbra, Almedina, 2006;
[54] SILVA, PAULA MARTINHO DA / COSTA, MARTA, *A lei da procriação medicamente assistida anotada: (e legislação complementar)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 118 e ss.;
[55] 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;

redação conferida pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, as mulheres passaram a poder, sozinhas, recorrer a estas técnicas.

Nesse sentido, RAFAEL VALE E REIS, diz-nos que "(...) se o legislador fez uma opção pela possibilidade de acesso à PMA pelas mulheres, isoladamente, não lhe restava opção que não passasse pela inexorável criação de famílias monoparentais, ainda que tal escolha legislativa possa ser criticável"[56].

Há, ainda, quem tema que a mulher possa ter no dinheiro a principal força motriz para recorrer a estas técnicas, vendo no filho uma possível fonte de rendimento[57]. No entanto, importa a este propósito referir que não seria por meio da sucessão que a mãe iria obter uma qualquer vantagem económica, uma vez que, a existência de um filho vivo ou concebido aquando da abertura da sucessão, afasta apenas os ascendentes na concorrência com o cônjuge, ao abrigo do n.º 1 do artigo 2133.º do Código Civil. Ademais, no caso de se tratar de unida de facto, a mãe não é herdeira legal, beneficiando de proteção sucessória limitada, nomeadamente, quanto à casa de morada de família e ao direito a requerer alimentos da herança do falecido.

Por sua vez, há autores que defendem a viabilidade da aplicação destas técnicas, comparando, inclusivamente, o uso do sémen do falecido à utilização dos seus órgãos, ou, ainda, afirmando que estas situações em tudo se equiparam àquelas em que o pai morre enquanto a mulher está grávida[58].

Ao abrigo do n.º 1 do art.º 22.º-A da LPMA, na sua nova redação, surge ainda um outro fundamento a favor da admissibilidade destas técnicas: o respeito pelos desejos da pessoa falecida[59]. Nos termos do mencionado normativo legal, a admissibilidade destas técnicas de PMA *post mortem* é justificada pela exigência do consentimento prévio e esclarecido, devendo "*ser reduzido a escrito ou registado em videograma*", entendendo que é a partir dele que se retira a manifestação da vontade do homem de ser pai, e que, por isso, nem a morte deve interromper o processo de reprodução medicamente assistida. Neste caso, "(...) o direito a

[56] REIS, RAFAEL VALE E, *A Procriação Medicamente Assistida - Gestação de Substituição, Anonimato do dador e outros problemas*, Gestlegal, 2022;
[57] RAPOSO,VERA LÚCIA/ DANTAS, EDUARDO, "Aspetos Jurídicos da Reprodução *Post Mortem* em perspetiva comparada Brasil – Portugal", *in Separata de Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra Editora, Ano 7, n.º 14, Julho/Dezembro 2010, p. 84: "teme-se a avidez da viúva, que espera conseguir uma fonte adicional de subsistência derivada dos bens do defunto marido por via de um filho que funcione como sua derradeira fonte de rendimento, dado o papel central que este poderá desempenhar em termos de distribuição de bens";
[58] OLIVEIRA, GUILHERME DE, "Transformações do Direito da Família", *in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra Editora, 2004, p. 775;
[59] 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;

procriar pertenceria de um lado da relação jurídica, a uma pessoa morta, pelo que dificilmente seria tutelável um seu eventual direito subjetivo a procriar, numa ordem jurídica como a portuguesa, em que a personalidade jurídica cessa com a morte"[60].

Um outro argumento, invocado por quem defende a admissibilidade destas técnicas de procriação medicamente assistida *post mortem,* prende-se com o chamado "direito reprodutivo da mulher sobreviva". No entanto, tal argumentação não se nos afigura razoável, pois, a verdade é que, nas situações aqui em causa, a mulher não fica impossibilitada de exercer o ser direito reprodutivo, mas sim, só e apenas, de o fazer com o companheiro falecido.

2.3. A inseminação artificial, a fertilização in vitro e a transferência de embrião *post mortem*

A inseminação artificial *post mortem* é, como já foi aqui referido, uma técnica de procriação medicamente assistida *post mortem* em que se faz o uso do sémen de um homem para fertilização, seja *in vitro*, como *in vivo*. A recolha do sémen para a aplicação desta técnica pode ser de um homem já falecido[61], antes deste falecer[62], bem como através do uso do esperma criopreservado, que foi cedido em vida pelo falecido, sendo, em qualquer uma das hipóteses, necessário, nos termos do número 1 do artigo 22.º da LPMA, que o falecido tenha sido cônjuge ou unido de facto da beneficiária.

A transferência de embrião criopreservado *post mortem* é, por sua vez, uma técnica utilizada quando o falecimento do homem ocorre após a fertilização *in vitro*, mas antes da transferência uterina do embrião, ou seja, já existem embriões formados e criopreservados, mas a sua transferência só vai ocorrer após a morte do elemento masculino do casal interessado. Ao contrário do que acontece na inseminação *post mortem*, aqui, não estamos perante material genético, mas sim um embrião já formado.

2.3.1. O estatuto jurídico do material genético *post mortem* e do embrião

A classificação jurídica do sémen tem sido palco de inúmeros debates, inexistindo, até à data, uma posição consensual na doutrina portuguesa. A este respeito, questiona-se a sua

[60] SILVA, PAULA MARTINHO DA / COSTA, MARTA, *A lei da procriação medicamente assistida anotada: (e legislação complementar),* Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 118;
[61] Atendendo ao facto de ser possível recolher sémen *post mortem, cfr.* RIBEIRO, ANA RAQUEL, "Aspetos Jurídicos da Procriação Medicamente Assistida *Post Mortem*", i*n Estudos Doutoramento & Mestrado*, pp. 10 e ss.;
[62] No caso de, por exemplo, das doenças terminais;

capacidade para ser "*objeto de relações jurídicas*" nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 202.º do Código Civil[63].

A questão que aqui se levanta é de enorme relevância, pois, consoante a posição que se adote, o destino do material genético será sempre diferente. Há autores que entendem que se trata de uma coisa, porquanto o sémen se encontra destacado do corpo da pessoa, podendo, portanto, ser objeto de relações jurídicas. Outros consideram que o material genético possui um caráter personalíssimo, por ser parte da pessoa, ainda que separado do seu corpo. Por fim, há ainda quem o considere um *tertius genus* (algo entre a pessoa e a coisa)[64].

LUÍS ARCHER[65] critica o estatuto de coisa para os gâmetas isolados, pois entende 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 recetor (nem com a do dador), os gâmetas são precisamente as células que especificam a identidade da eventual pessoa vindoura".

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO[66] defende que as partes do corpo não são coisas, que estas têm dignidade e esta é "(...) acrescida quando essas partes se mostram aptas a desempenhar uma função (...)", a qual no caso dos ovócitos e do sémen, se traduz na "(...) potência de vida que contêm (...)". Assim, este autor acredita que não é possível caracterizar o material genético como coisa, propriedade de alguém, pois ainda que não aceite que se trate de uma pessoa "(...) devem reconhecer que são da ordem das pessoas (...)", portanto, não podem ser tratados como se fossem coisas.

Diferentemente, GUILHERME DE OLIVEIRA considera que o material genético do ser humano, concretizado *in casu*, no sémen, deve classificar-se, em termos jurídicos, enquanto coisa nos termos do artigo 202.º, n.º 1, do Código Civil. Para este autor, não existe motivo para que "se não use o conceito de propriedade e de coisa com as devidas e consideráveis

[63] RIBEIRO, ANA RAQUEL "Aspetos Jurídicos da Procriação Medicamente Assistida *Post Mortem*", i*n Estudos Doutoramento & Mestrado,* Maio 2020;
[64] RIBEIRO, ANA RAQUEL "Aspetos Jurídicos da Procriação Medicamente Assistida *Post Mortem*", i*n Estudos Doutoramento & Mestrado,"* Maio 2020;
[65] ARCHER, LUÍS, "Procriação Medicamente Assistida: evolução do pensamento ético de 1986 a 1999", in *Genética e Reprodução Humana*, NEVES, Rui / MELO, Helena (Coord.), Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2000, p. 41;
[66] ASCENÇÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, "Direito e Bioética" in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 51.º 1991, p. 448;

adaptações"[67], porquanto o sémen, ao encontrar-se destacado do corpo da pessoa, torna-se objeto de relações jurídicas, e por isso, suscetível de livre disposição por parte do seu titular.

VERA LÚCIA RAPOSO, por sua vez, modera a sua posição nos entendimentos de GUILHERME DE OLIVEIRA e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, defendendo que, apesar do material genético possuir a capacidade de dar origem a um ser humano, este não o consegue fazer por si só, logo não se pode afirmar que seja pessoa, mas também não pode ser considerado coisa em sentido jurídico. Desta forma, reconhece que o seu titular possui um direito de propriedade sobre ele e, consequentemente, faz parte do ser acervo patrimonial: "o titular dos gâmetas possui um direito de propriedade sobre os mesmos, apesar de se reconhecerem limitações a este direito tendo em conta a complexidade da coisa"[68].

Concluímos, portanto, que a classificação jurídica do material genético extraído do membro masculino do casal é complexa e multifacetada, envolvendo considerações legais, éticas, práticas e religiosas. A discussão continua a evoluir à medida que novas tecnologias emergem e a sociedade se adapta a mudanças nas perceções sobre o corpo humano e seus componentes, e, neste sentido, a abordagem legal deve visar atingir um equilíbrio entre a proteção da dignidade humana e a necessidade de promover avanços científicos e médicos responsáveis.

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

Aqui chegados, impõe-se a questão de saber se esse direito de disposição se mantém mesmo após a morte da pessoa, a fim de definir se no âmbito da procriação medicamente assistida se justifica o uso do material genético *post mortem*.

Pese embora a personalidade jurídica cesse com a morte, subsiste, como dita o artigo 71.º do CC, uma "permanência genérica dos direitos de personalidade do defunto após a sua morte". Nas palavras de ANA RAQUEL RIBEIRO, existe uma "(...) tutela geral da personalidade do defunto, mesmo que limitada e, consequentemente, a sua vontade objetivada

[67] 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, 2006;
[68] RAPOSO, VERA LÚCIA, *O Direito à Imortalidade - O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 744;

pode continuar a influenciar certas relações jurídicas mesmo após a morte, como será o caso das vontades e interesses do falecido expressas num testamento."[69].

Acompanhamos o entendimento segundo o qual não existe razão para se negar eficácia à disposição *post mortem* do próprio sémen, desde que devida e expressamente consentida e que a sua utilização se restrinja à esposa ou unida de facto do *de cujus*, afigurando-se-nos evidentemente necessária a exigência de limitações legais estritas em razão da especial natureza do material genético, mas que, ainda assim, não desvirtuem a autonomia da vontade do seu titular.

Atualmente, decorre da nossa LPMA[70] que o homem tem direito a dispor do seu material genético após a sua morte, mas apenas mediante o consentimento informado e de certos requisitos que mais à frente analisaremos.

Quando o falecimento ocorre após a inseminação artificial, em laboratório, isto é, após o encontro de gâmetas feminino e masculino fora do corpo da mulher, mas antes da transferência do embrião já formado para o útero materno, impõe-se a questão de descortinar a natureza jurídica desses embriões ainda não transferidos, e da proteção jurídica que lhes deve ser proporcionada.

A ciência permite-nos compreender quando se inicia a vida humana, contudo, determinar o início da "*pessoa humana*" é uma questão diversa e, muitos dirão, mais complexa, que a ciência não consegue resolver com a mesma clareza. Assim, a natureza jurídica do embrião é alvo de intenso debate, especialmente no que concerne ao seu estatuto como pessoa ou coisa e, muito embora a biologia indique que, desde a fertilização, existe vida humana, distinguindo-se assim o embrião como ser humano, os conceitos de pessoa e ser humano são distintos.

Existem, de resto, várias posições divergentes, sendo que alguns defendem que o embrião é uma pessoa desde a fecundação, outros após a nidação, outros, ainda, após o 30.º dia, outros após a 8ª semana e há ainda quem defenda que só se é pessoa após o nascimento.

É, pois, fundamental analisar sob que condições o embrião pode ser considerado sujeito de direitos e a extensão da proteção legal que lhe é devida. As principais correntes de pensamento dividem-se essencialmente em duas vertentes: uma que atribui ao embrião, desde

[69] RIBEIRO, ANA RAQUEL "Aspetos Jurídicos da Procriação Medicamente Assistida *Post Mortem*", i*n Estudos Doutoramento & Mestrado*, maio 2020;
[70] *Vide a n*ova redação do artigo 22.º, conferida pela Lei n. 72/2021 de 12 Novembro;

a conceção, uma natureza pessoal que deve ser respeitada[71], e outra que o considera um ser vivo biológico que gradualmente adquire características humanas, inicialmente merecendo uma proteção relativa e que apenas adquire natureza e proteção plenas, de pessoa, com o nascimento[72].

Pela leitura do artigo 66.º do CC entende-se que antes do nascimento "completo e com vida" a personalidade jurídica não existe, relegando-se o início desta para o momento do nascimento[73]. Além disso, o referido artigo 66.º, no seu n.º 2, estipula que "os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento". Dessa forma, teoricamente, o ordenamento jurídico português reconhece direitos aos nascituros, ainda que condicionados ao seu nascimento. Essencialmente, são direitos sucessórios, já que o artigo 2033.º concede capacidade sucessória aos nascituros. Além disso, de acordo com o n.º 1 do artigo 952.º, sempre do CC, os nascituros podem adquirir por doação[74].

Embora reconheçamos que, para o legislador português, o nascituro não possui personalidade jurídica, pois esta é adquirida apenas com o nascimento, a verdade é que o

[71] Entre aqueles que defendem a natureza pessoalíssima do embrião desde a conceção destacam-se: NEVES, MARIA DO CÉU PATRÃO, "O começo da vida humana", *in Bioética, coord. Luís Archer, Jorge Biscaia, Walter Osswald,* Verbo, Lisboa, 1996, pp 165 e ss., quando diz, "*Descrito brevemente o processo de fecundação e gestação, confirma-se que estamos em presença de uma nova vida humana desde a junção das duas células, masculina e feminina.*". Temos ainda CAMPOS, DIOGO LEITE DE, "O Estatuto Jurídico do Nascituro", *in Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 56, III, 1996, p.881 e ss. E, ainda, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, em "Direito e Bioética" in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 51.º 1991, que 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 coisas, sendo um centro autónomo de interesses;

[72] Acolhe esse posicionamento, por exemplo, VERA LÚCIA RAPOSO, com as devidas limitações, expressando, em *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, que "*o embrião não é uma pessoa atual, mas meramente uma pessoa potencial; (...) tão-pouco é uma coisa. (...) atribuindo-se-lhe o qualificativo de tertium genus, que, embora não lhe conceda a mesma proteção legalmente garantida à pessoa humana, providencia-lhe indubitavelmente uma proteção jurídica substancialmente superior daquela outra prevista para as coisas*".

[73] A abordagem adotada pelo Código Civil português no artigo 66.º baseia-se na chamada *teoria natalista* sustenta que a personalidade jurídica começa apenas com o nascimento com vida, que o embrião ou feto não possui direitos plenos até o momento do nascimento. Embora possa haver proteção jurídica para o nascituro (por exemplo, em casos de herança ou direitos patrimoniais condicionados ao nascimento com vida), a plena titularidade de direitos e deveres só se concretiza após o nascimento. Há, no entanto, outras posições sobre este tema, entre as quais se destacam a chamada *teoria concepcionista* nos termos da qual personalidade jurídica começa no momento da concepção. O embrião é considerado sujeito de direitos desde a concepção, mas esses direitos estão condicionados ao nascimento com vida. E, ainda, a *teoria condicionalista*, entendendo que a personalidade jurídica começa com a concepção, mas que os direitos do embrião são condicionados ao seu nascimento com vida. Durante a gestação, o embrião tem uma proteção relativa, que se torna plena apenas com o nascimento;

[74] VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, "A condição jurídica do embrião humano perante o direito civil", *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Coimbra, Almedina, Vol. I., 2000, pp. 620, ss.;

ordenamento jurídico português proporciona ao embrião um sistema de proteção, conferindo-lhe, em determinadas circunstâncias, uma certa tutela jurídica[75].

A este respeito, explica MÁRIO BIGOTTE CHORÃO, o entendimento é que "(...) seja o embrião pessoa, potencialidade ou bem, deve-se a ele uma proteção especial, o respeito condizente com a dignidade que deve ser reconhecida àquilo ou a quem pode se tornar um ser humano, ou que já se encontra em meio ao processo necessário para sê-lo."[76]. Portanto, considerando que se preconiza uma certa expectativa de vida para o embrião, e que, ao nascer, lhe será atribuída personalidade jurídica, é imperativo reconhecer-lhe dignidade, pois, independentemente da sua classificação atual, o embrião possui a potencialidade de se tornar um ser humano e está em processo de desenvolvimento para tal.

O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) posicionou-se 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."[77].

De facto, até agora não temos um estatuto jurídico claro para o embrião em Portugal. A versão inicial da LPMA determinava que, embora a regra fosse a proibição da inseminação artificial *post mortem*, a transferência de embriões *post mortem* era permitida. Isto indica que, já então, o nosso ordenamento jurídico conferia ao embrião um certo estatuto, reconhecendo-lhe direitos específicos, como o direito a ser implantado e a sua gestação, mesmo sem ser reconhecido como pessoa[78].

Assim, podemos concluir que o legislador português, embora não reconheça o embrião como pessoa, atribui-lhe, isso sim, um "estatuto jurídico", conferindo-lhe determinados direitos, tanto no Código Civil como na LPMA. Dessa forma, o embrião recebe uma proteção jurídica reforçada, com critérios rigorosos, especialmente em relação à experimentação científica. Esta proteção é evidenciada, nomeadamente, pela permissão de adoção por outros

[75] RIBEIRO, ANA RAQUEL "Aspetos Jurídicos da Procriação Medicamente Assistida *Post Mortem*", i*n Estudos Doutoramento & Mestrado*, maio 2020;
[76]CHORÃO, MÁRIO EMÍLIO F. BIGOTTE, "O nascituro e a questão do estatuto do embrião humano no direito português", *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Vol. 1, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 635 e ss.;
[77] CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. Presidência do Conselho de Ministros. Relatório - Parecer Sobre Reprodução Medicamente Assistida (3/CNE/93);
[78] SILVA, PAULA MARTINHO DA / COSTA, MARTA, A lei da procriação medicamente assistida anotada: (e legislação complementar), Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 118 e ss.;

casais[79] e pela possibilidade de implantação *post mortem*[80], maximizando assim a sua "expectativa de vida"[81].

Como resultado, impõe-se a questão de saber quem tem legitimidade para decidir o destino dos embriões. Inicialmente, diríamos que são os beneficiários das técnicas, conforme previsto no artigo 25.º da LPMA, debatendo-se se se trata de um direito de propriedade[82] ou de outro tipo de direito, para o qual o nosso ordenamento jurídico ainda não tem resposta.

Em qualquer caso, na falta dos beneficiários, a decisão recai sobre o tribunal, uma entidade pública com competências específicas, como o CNPMA, ou o centro hospitalar responsável pela criopreservação dos embriões. No caso de transferência de embriões *post mortem*, se o falecido tiver deixado autorização prévia, a decisão final será da parte sobrevivente do casal, que poderá decidir prosseguir o processo ou não, ou fazê-lo quando já casada com outra pessoa, com as consequências previstas na LPMA[83]. Na ausência de vontade expressa do falecido, a decisão cabe às entidades mencionadas e já não à viúva.

2.3.2. Os requisitos jurídicos da legítima utilização do material genético *post mortem*

Até 2021 a Lei da Procriação Medicamente Assistida proibia a inseminação artificial *post mortem*. Esta técnica só passa a ser admitida com a promulgação pelo Presidente da República do projeto de lei que propunha alterações à Lei n.º 32/2006, tendo entrado em vigor, a 12 de novembro de 2021 a Lei n.º 72/2021. A partir desta data, a utilização da mencionada técnica tornou-se admissível, desde que preenchidos determinados requisitos, com efeitos retroativos de acordo com o disposto no seu artigo 5.º "*A possibilidade de inseminação post mortem com sémen do marido ou do unido de facto é aplicável aos casos em que, antes da entrada em vigor da presente lei, se verificou a existência de um projeto parental claramente consentido e estabelecido, de forma livre e esclarecida quanto a todos os seus efeitos*"[84].

Atualmente, a alínea b), do n.º1 do art.º 22.º da LPMA, na redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 72/2021 de 12 de novembro, dispõe que "*é lícito, após a morte do marido ou do unido de facto realizar uma inseminação com sémen da pessoa falecida*". Neste sentido, sempre

[79] Consulte-se artigo 10.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho;
[80] Consulte-se artigo 22.º, n.º 1 al. a) da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho;
[81] VERA LÚCIA RAPOSO, ANDRÉ DIAS PEREIRA, "Primeiras notas sobre a lei portuguesa de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho)", i*n Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 3, n.º 6, 2006, pp. 91 e ss.;
[82] VERA LÚCIA RAPOSO, ANDRÉ DIAS PEREIRA, "Primeiras notas sobre a lei portuguesa de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho)", i*n Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 3, n.º 6, 2006, pp. 91 e ss.;
[83] Aplicando-se neste caso o artigo 1839.º n.º 3 do CC, conforme o que vem previsto no artigo 23.º n.º 3 da LPMA;
[84] Lei n.º 32/2006, de 26 de julho;

que se observe "*um projeto parental claramente estabelecido e consentido, e decorrido o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão*", é admissível a inseminação artificial *post mortem*, concluindo-se que, desde que preenchidos os requisitos estipulados, o falecido tem verdadeiramente poder para dispor do seu material genético. Além disso, este artigo, no seu n.º 2, especifica que esta técnica é apenas admissível nos "*casos em que o sémen seja recolhido, com base em fundado receio de futura esterilidade, para fins de inseminação da mulher com quem o homem esteja casado ou viva em união de facto e o dador vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen.*".

Nesta senda, os requisitos para a admissibilidade da técnica de procriação assistida em questão incluem; a necessidade de um projeto parental claramente estabelecido e consentido; que o consentimento seja limitado à inseminação da mulher com quem o falecido era casado ou vivia em união de facto (e não qualquer outra);, e a realização da técnica dentro de um prazo considerado adequado.

Relativamente à definição do que possa ser, *in casu*, um "*prazo adequado*", o n.º 4 do mesmo artigo 22.º, esclarece que não deve ser inferior a 6 meses, "*salvo razões clínicas ponderosas devidamente atestadas pelo médico que acompanha o procedimento*", e o n.º 5 estipula que também não deve ser superior a 3 anos a contar da morte do marido ou unido de facto. Assim, há um intervalo de tempo para a realização da técnica, entre seis meses e três anos. Os seis meses visam garantir uma decisão ponderada em situação de luto, enquanto os três anos pretendem evitar situações de incerteza jurídica, especialmente em relação aos efeitos sucessórios.

O n.º 6 da nova redação do artigo 22.º da LPMA determina que a inseminação só pode ser utilizada para uma única gravidez, que resulte no nascimento completo e com vida. Assim, fica estabelecido que esta técnica não pode ser aplicada para gerar mais do que uma gravidez, sendo limitada ao nascimento de apenas uma criança.

Há, no entanto, certos aspetos em que a lei não é tão clara assim, levantando-se questões como a de saber se o legislador, permitindo a inseminação *post mortem*, está apenas a referir-se à inseminação *per si*[85], ou seja, a introdução de uma amostra de sémen do falecido no útero da esposa ou unida de facto sobrevida, ou se, para além disso, permite, ainda, a utilização do esperma criopreservado para levar a cabo outras técnicas, para além da, já permitida, transferência de embriões.

[85] Que tem uma taxa de sucesso de apenas 20%;

A questão que se coloca prende-se com o alcance de expressão "inseminação" utilizada na redação da Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro, questionando-se se a expressão "inseminação com sémen", utilizada no artigo 1.º da Lei 72/2021, de 12 de novembro, deve ser interpretada literalmente, cabendo somente na letra da lei a inseminação artificial (al. a), do n.º 1, do art. 2.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho), ou se, porventura nesta caberá igualmente a fertilização *in vitro* (al. b), do n.º 1, do art.º 2.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho) e /ou, ainda, a injeção intracitoplasmática de espermatozoide (al. c), do n.º 1, do art.º 2.º da Lei n.º 32/2006 de 26 de julho)[86].

O CNPMA, confrontado com esta questão, esclareceu que o material genético do falecido só poderia ser utilizado, após a sua morte, para efeitos da inseminação *post mortem* propriamente dita. Ora, esta interpretação da lei levou o CNPMA a pedir um esclarecimento à Assembleia da República.

Em resposta, a Comissão da Saúde esclareceu que, com a alteração da LPMA o legislador visou permitir a conceção de um filho *post mortem,* sem restringir as técnicas que poderão ser utilizadas, ou seja, que não só poderá ser utilizada a técnica da inseminação *post mortem* e transferência de embriões, como também se poderá, para esse efeito, lançar uso de técnicas como a fertilização *in vitro* e a injeção intracitoplasmática de espermatozoide[87].

2.3.3. Transferência do embrião *post mortem*

A transferência de um embrião *post mortem* para o útero da mulher com quem o falecido era casado ou vivia em condições análogas às dos cônjuges, constitui uma técnica de procriação medicamente assistida *post mortem* permitida desde a redação inicial da LPMA (cfr. n.º 3 do artigo 22.º da Lei n.º 32/2006 de 26 de julho), desde que existisse um "*projeto parental claramente estabelecido antes do falecimento do pai*" e, ainda, que ocorresse um "prazo considerado ajustado"[88].

Com a alteração da LPMA, nos termos da Lei n.º 72/2021, de 12 de Novembro, esta técnica continua a ser admissível, exigindo-se, de igual forma, o projeto parental claramente estabelecido e consentido e o decurso de um prazo considerado ajustado, especificando, desta vez, que o procedimento deve-se iniciar num prazo máximo de três anos e mínimo de 6 meses a contar da morte do beneficiário, prevendo-se, do mesmo modo, que a utilização desta técnica

[86] Ata n.º 47/III do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, Carla Rodrigues, 21/01/2022, disponível aqui: https://www.cnpma.org.pt/cnpma/Documents/Reunioes/Mandato_III/CNPMA_ATA47-III.pdf;
[87] A este respeito ver, por exemplo: https://expresso.pt/sociedade/2022-06-23-Inseminacao-post-mortem-mulheres-ja-podem-engravidar-atraves-de-todas-as-tecnicas-disponiveis-fc863223;
[88] *Vide* o artigo 22.º, n.º 3 da Lei 32/2006, de 26 de julho;

só poderá ocorrer para a concretização de uma única gravidez, da qual resulte um nascimento completo e com vida[89].

[89] Nos termos do artigo 22.º n.º 1, "*de forma a concretizar um projeto parental claramente estabelecido e consentido, e decorrido o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão, é lícito, após a morte do marido ou unido de facto: a) proceder à transferência post mortem de embrião*";

CAPÍTULO III

O RELEVO SUCESSÓRIO DAS PESSOAS NASCIDAS POR PMA *POST MORTEM*

3.1. Os pressupostos da vocação sucessória no direito sucessório português

A personalidade jurídica adquire-se, como vimos, a partir do nascimento completo e com vida e extingue-se com a morte[90]. Ora, a morte é o fator extintivo de algumas relações jurídicas de que o *de cujus* era titular e que não possam subsistir com a morte do seu autor. Muitas outras relações permanecem, apesar dessa morte, sendo necessário tratar juridicamente da sua titularidade, identificando quem sucederá na mesma. Nas palavras de PEREIRA COELHO "(…) essas relações desligam-se do seu primitivo sujeito, à morte deste, e até que se liguem a novo sujeito é necessário que ocorra uma série de atos que se encadeiam num processo mais ou menos longo. O complexo desses atos ou factos é comummente designado por fenómeno sucessório ou fenómeno da sucessão por morte (…)"[91].

De grosso modo, podemos dizer que o objeto da sucessão[92] é, então, a herança composta pelas situações jurídicas que permaneciam na titularidade do *de cujus* no momento da sua morte (e que não se extinguiram pela sua ocorrência), dado o princípio da transmissibilidade dos direitos patrimoniais.

O fenómeno sucessório é constituído por um conjunto de fases e requisitos, pressupondo, em primeiro lugar, a morte (real ou presumida) do *de cujus*, momento em que se considera aberta a sua sucessão e em que se procede ao chamamento (vocação sucessória) dos seus sucessíveis. Aqui chegados, a herança fica em situação de jacência (herança jacente[93]), até que seja aceite ou repudiada pelos chamados.

O fenómeno sucessório pode, no entanto, não se encerrar com a aceitação da herança, podendo, por exemplo, dar-se o caso de os bens a serem transferidos estarem na posse de um terceiro, obrigando o herdeiro a reivindicar a herança do herdeiro aparente (petição de herança)[94]. Além disso, a herança pode estar onerada com dívidas ou podem existir múltiplos

[90] *Vide a*rtigo 68.º do Código Civil;
[91] PEREIRA COELHO, FRANCISCO*, Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992, p.3;
[92] Artigo 2024.º do CC, "*diz-se sucessão o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a esta pertenciam.*";
[93] Artigo 2046.º do CC: "*Diz-se jacente a herança aberta, mas ainda não aceita nem declarada vaga para o Estado*";
[94] Artigo 2075.º, n.º 1, do Código Civil: "*O herdeiro pode pedir judicialmente o reconhecimento da sua qualidade sucessória, e a consequente restituição de todos os bens da herança ou de parte deles, contra quem os possua como herdeiro, ou por outro título, ou mesmo sem título*";

herdeiros, requerendo administração até à partilha. A administração[95], liquidação[96] e partilha[97] são etapas que prolongam o fenómeno sucessório e impedem que este finde com a aceitação, terminando, na maior parte dos casos, com a partilha da herança.

A vocação sucessória vem prevista no artigo 2032.º do CC, ao se determinar que "aberta a sucessão, serão chamados à titularidade das relações jurídicas do falecido aqueles que gozam de prioridade na hierarquia dos sucessíveis, desde que tenham a necessária capacidade". Diz-nos a doutrina[98] que o termo "vocação sucessória", ou chamamento sucessório, traduz-se na atribuição do direito de suceder. Assim, não mais será que o chamamento dos sucessíveis à herança, para que os mesmos possam exercer o seu direito potestativo de aceitar ou repudiar a herança ou legado[99].

A vocação ou o chamamento sucessório pressupõe o preenchimento de certos requisitos. A doutrina portuguesa não segue sempre a mesma "arrumação"[100] desta matéria. Há autores[101] que desconsideram autonomamente a personalidade, e reduzem estes requisitos à titularidade de uma designação prevalente (ou prioritária) à existência (ou sobrevivência) e à capacidade. Há outros, porém, que consideram que, a respeito do requisito da titularidade de uma designação prevalente, não podem deixar de ser analisadas matérias relativas à personalidade[102].

O primeiro pressuposto enumerado pelo legislador no n.º 1 do artigo 2032.º do CC é a designação sucessória prevalente[103]. Deste modo, ainda que, tanto a lei como o autor da sucessão, designem várias pessoas para suceder, apenas serão chamadas aquelas que sejam titulares de uma designação sucessória prevalente (ou prioritária), ou seja, que estejam no topo da hierarquia sucessória.

---

[95] Regulada nos artigos 2079.º e seguintes do Código Civil;
[96] Prevista nos artigos 2097.º e seguintes do Código Civil;
[97] Regulada pelos artigos 2101 e seguintes do Código Civil;
[98] A título de exemplo: CARVALHO, PEDRO PITTA E CUNHA NUNES DE, Direito das Sucessões – Lições, Exercícios, Jurisprudência, Reimpressão, Almedina Editora, Coimbra, Abril 2021, pp. 80 e ss.;
[99] MAGALHÃES, SANDRA MARQUES, *Aspetos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 96 e ss.;
[100] Nas palavras de CARVALHO FERNANDES, LUÍS A., em *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª, Edição Revista e Atualizada, Lisboa, Quid Juris Editora, 2012;
[101] PEREIRA COELHO, FRANCISCO, *Direito das Sucessões,* Coimbra, 1992 pp. 172 e ss.; CORTE-REAL, CARLOS PAMPLONA, *Curso de Direito das Sucessões,* Quid Juris, Março 2012 pp. 192 e ss.; CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões – Volume I*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2013 pp. 282 e ss.;
[102] Como é o caso de CARVALHO FERNANDES, LUÍS A em *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª, Edição Revista e Atualizada, Lisboa, Quid Juris Editora, 2012 pp 156 e ss.; e de OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ DE, *Direito Civil, Sucessões*, 5.ª Ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2000 pp. 123 e ss.;
[103] Quando, no artigo 2032.º, do CC, diz que "*aberta a sucessão, serão chamados à titularidade das relações jurídicas do falecido aqueles que gozam de prioridade na hierarquia dos sucessíveis (…)*";

Nos termos do artigo 2026.º do Código Civil, será necessário que tal *status* seja conferido "*por lei, testamento ou contrato*", pelo que entramos no âmbito da sucessão legal (legítima ou legitimária) e voluntária (contratual ou testamentária) do sistema sucessório português.

Ensina a doutrina [104] que, em primeiro lugar, serão chamados os herdeiros legitimários[105], ou seja, aqueles cujos direitos sucessórios decorrem diretamente da lei e que, pela sua imperatividade, não podem ser afastados pela vontade do *de cujus*, nos termos do disposto no artigo 2027.º do Código Civil.

Ora, dentro da primeira categoria hierárquica de títulos revela-se, por sua vez, uma outra hierarquia, a hierarquia de classes dos sucessíveis. Aqui, no âmbito da sucessão legal, vai vigorar o chamado princípio de preferência de classes[106], previsto no artigo 2134.º do CC, nos termos do qual, enquanto existirem elementos de uma classe prioritária, não se passa para a seguinte. Vigora, ainda o princípio de preferência de graus de parentesco (cfr. artigo 2135.º do CC), segundo qual, o sucessível de grau mais próximo prefere ao de grau mais afastado.

Em segundo lugar, surgem os sucessíveis contratuais, designados em pactos sucessórios que se encontrem inscritos em convenções antenupciais, como estipula o n.º 1 do artigo 1700.º e o n.º 2 do artigo 2028.º, ambos do CC. De seguida serão chamados os sucessíveis, que assumem a qualidade de sucessor sobre a quota disponível do autor da sucessão, em virtude de um ato de disposição voluntária unilateral por parte do falecido[107].

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

No que ao requisito da existência (ou sobrevivência[108]) diz respeito, importa realçar que, apesar de não ser possível retirar este pressuposto da letra do artigo 2032.º do CC, o mesmo resulta da sua conjugação com o disposto no artigo 2033.º do mesmo diploma legal, nos termos do qual "têm capacidade sucessória, além do Estado, todas as pessoas nascidas ou concebidas a tempo da abertura da sucessão, não excetuadas por lei, bem como as pessoas concebidas nos

[104] XAVIER, RITA LOBO, *Manual de Direito das Sucessões,* Reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, Fevereiro 2024;
[105] Artigo 2157.º CC, nos termos do qual "*São herdeiros legitimários o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima*.";
[106] Cuja ordem é estabelecida pelo disposto no artigo 2133.º do CC;
[107] XAVIER, RITA LOBO, *Manual de Direito das Sucessões,* Reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, Fevereiro de 2024;
[108] Como CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL o apelida em *Curso de Direito das Sucessões,* Quid Juris, Março 2012 pp. 192 e ss.;

termos da lei, no quadro de um procedimento de inseminação *post mortem.*". Assim, o chamado deve existir antes, ou, pelo menos, no momento da abertura da sucessão e deve continuar a existir para lá desse momento.

O facto de este requisito estar apenas implícito nos artigo 2032.º e 2033.º do CC leva a que, muitas vezes, se fale apenas em capacidade sucessória, quando na verdade, e apesar de se encontrarem intimamente interligados, a distinção entre os dois é essencial, pois, como explica FRANCISCO PEREIRA COELHO, "(…) 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"[109].

Neste sentido, existir como pessoa jurídica pode afirmar-se de duas maneiras[110]: o chamado "já há-de existir" juridicamente, ou seja, deve ter personalidade jurídica no momento da abertura da sucessão; e "ainda há-de existir", isto é, deve continuar a ter personalidade jurídica, nem que seja por um instante, depois da abertura da sucessão[111].

O preenchimento deste pressuposto implica, então, perceber onde começa e termina a existência humana. OLIVEIRA ASCENSÃO entende que "(…) a personalidade jurídica não pode deixar de constituir requisito da vocação, uma vez que desta resulta a atribuição, ao sucessível, de situações jurídicas (…)" [112] e que "(…) só pode ser chamado, só está em condições de receber o direito de suceder, quem tem personalidade jurídica"[113], ou seja, para o chamado existir terá que ter personalidade jurídica, nos termos do já analisado artigo 66.º do CC[114].

Para os autores que, atendendo ao avançar da ciência, reconhecem que existe um ser humano no momento em que este é concebido e que o "*nascimento não é o começo, mas é um passo*" [115], a personalidade verifica-se desde a conceção. No entanto, as dúvidas surgem

[109] PEREIRA COELHO, FRANCISCO, *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992;
[110] PEREIRA COELHO, FRANCISCO, *Direito das Sucessões,* Coimbra, 1992;
[111] 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 cujus*, presume-se que as duas foram simultâneas, nos termos do art. 68.º n.º 2 do CC, de forma que não se concretiza a vocação do sucessível, cfr. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo,* Coimbra, Gestlegal Editora, 5.ª Edição, 2022;
[112] OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ DE, *Direito Civil, Sucessões*, 5.ª Ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2000 pp. 123 e ss.;
[113] OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ DE, *Direito Civil, Sucessões*, 5.ª Ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2000 pp. 123 e ss.;
[114] DIAS, CRISTINA ARAÚJO, *Lições de Direito das Sucessões*, 9.ª Edição, Livraria Almedina, 2024 pp. 116 e ss.;
[115] LEITE DE CAMPOS, DIOGO / MARTINEZ, MONICA, *Lições de Direito das Sucessões*, 5.ª Edição, Coimbra, Livraria Almedina, Março 2024, p. 100;

relativamente ao estipulado na alínea a) do número 2 do artigo 2033.º do CC, onde o legislador revela a intenção de proteger o ser ainda não concebido, conferindo-lhe direitos sucessórios (no caso da sucessão testamentária e contratual) mesmo antes do nascimento completo e com vida, mas dependentes dele.

Assim, fará sentido afirmar que a lei determina que são sucessíveis, na sucessão legal, os que já existam no momento da abertura da sucessão[116] e que, na sucessão voluntária, o pressuposto da existência terá que ser averiguado em momento posterior, atendendo à capacidade sucessória atribuída aos nascituros e concepturos. Contudo, não nos propomos refletir sobre este assunto agora, porquanto o mesmo será alvo de melhor análise no ponto seguinte.

O último pressuposto da vocação é a capacidade sucessória que consiste na "*idoneidade para ser chamado a suceder, como herdeiro ou legatário*"[117], que, nos termos do disposto pelo n.º 1 do artigo 2033.º do CC, serão todas as pessoas singulares ou coletivas que a lei não considere incapazes. Neste sentido, a regra será a capacidade sucessória e a incapacidade será a exceção, sendo incapazes aqueles que a lei determine que, pelo comportamento ou pela vontade presumida do *de cujus*, se tornam indignos de suceder (artigo 2034.º do CC) ou, ainda, aquelas que foram deserdadas (art. 2166.º). Não podemos também esquecer as situações de ilegitimidade testamentária em que a liberdade testamentária pode estar prejudicada (artigos 2193.º a 2195.º, 2197.º e 2198.º do CC), por colidir com interesses de terceiros (artigo 2196.º CC), ou, aquelas situações em que se aplica sanção legal do artigo 1650.º, n.º 2, do CC.

3.1.1. A vocação Sucessória dos nascituros e concepturos

Sabemos já que o fenómeno sucessório se inicia com a morte do *de cujus* e que a vocação sucessória pressupõe o preenchimento de três requisitos, enunciados *supra*. Importa agora analisar se, relativamente aos nascituros e aos concepturos, tais requisitos se encontram preenchidos.

O pressuposto da vocação sucessória que mais nos interessa averiguar relativamente ao chamamento dos nascituros e concepturos é, como bem se alcança, o pressuposto da existência, sendo necessário, para tal, começar por mencionar o n.º 1 do artigo 2033.º do CC, que nos diz que "têm capacidade sucessória, além do Estado, todas as pessoas nascidas ou concebidas a

[116] Sem, no entanto, desconsiderar, a nova redação do n.º 1 do artigo 2033 do CC, que será analisada posteriormente, e nos termos da qual também o serão "as pessoas concebidas, nos termos da lei, no quadro de um procedimento de inseminação *post mortem*";
[117] PEREIRA COELHO, FRANCISCO, *Direito das Sucessões,* Coimbra, 1992 pp. 181 e ss.;

tempo da abertura da sucessão, não excetuadas por lei, bem como as pessoas concebidas nos termos da lei, no quadro de um procedimento de inseminação *post mortem*"[118]. Ora, como vimos, isto significa que, para ser chamado a suceder, a pessoa não só tem que possuir personalidade jurídica no momento da abertura da sucessão, como, também, terá que a manter depois de aberta a sucessão[119].

A personalidade jurídica é, aqui, relevante, uma vez que esta só se adquire, nos termos do número 1 do artigo 66.º do CC, após o nascimento completo e com vida, ou seja, quando há uma separação efetiva do ser do útero materno e que nasça com vida[120].

Ora, apesar de o reconhecimento de uma tutela jurídica e da atribuição de certos direitos sucessórios aos nascituros já se encontrar previsto no direito romano, onde vigorava o princípio *infans conceptus pro jam nato habetur*[121], a verdade é que, desde então, surgiram inúmeras teorias que discordavam da atribuição de direitos sucessórios aos nascituros, nomeadamente porque, como vimos, para suceder, é preciso que o herdeiro tenha personalidade jurídica, o que, nos estritos termos da letra do n.º 1 do artigo 66.º do CC, apenas se adquire com o nascimento.

De acordo com DIOGO LEITE DE CAMPOS, não cabe ao Direito atribuir personalidade jurídica, uma vez que esta existe desde o momento da conceção, baseando a sua posição "(…) na biologia, na essência do homem que é a vida.", logo "(…) o Direito reconhece o início da personalidade jurídica no começo da personalidade humana – na conceção."[122].

Posição oposta é a defendida por INOCÊNCIO GALVÃO TELES[123] e CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL[124], que sustentam que a personalidade jurídica só se adquire no momento do nascimento completo e com vida e não no momento da conceção, pelo que a vocação sucessória só se concretiza no momento do nascimento.

Por sua vez, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, parte do princípio de que "(…) tendo em vista o regime estatuído no art. 66.º, as pessoas singulares adquirem personalidade jurídica no momento do nascimento completo e com vida."[125]. No entanto, tal não impede "

[118] Nos termos da nova redação do n.º 1 do artigo 2033 do CC, que será analisada posteriormente;
[119] FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões,* Coimbra, 1992 pp. 181 e ss.;
[120] HEINRICH EWALD HÖSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil ,*9.ª Reimpressão, Coimbra, Almedina, Novembro 2014, pp 308 e ss.;
[121] SANDRA MARQUES MAGALHÃES, *Aspetos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010;
[122] CAMPOS, DIOGO LEITE DE, "A Capacidade Sucessória do Nascituro (ou a Crise do Positivismo Legalista)", *in Boletim da Ordem dos Advogados,* n.º 44, Novembro-Dezembro*,* 2006;
[123] GALVÃO TELLES, INOCÊNCIO, *Sucessões: Parte Geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 32 e ss.;
[124] PAMPLONA CORTE-REAL, CARLOS, *Direito da Família e das Sucessões, Vol. II Sucessões*, Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1993, pp. 197 e ss.;
[125] CARVALHO FERNANDES, LUÍS A. em *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª, Edição Revista e Atualizada, Lisboa, Quid Juris Editora, 2012 p. 159;

(…) a tutela que os interesses dos nascituros *stricto sensu* devem merecer no Direito, por razões que largamente ultrapassam esta ordem normativa positiva, sendo impostas nomeadamente, por considerações de ordem moral e religiosa, consequentemente, por valores anteriores ao Direito"[126].

A este respeito, bem avança OLIVEIRA ASCENSÃO quando sustenta que a lei, ao atribuir capacidade sucessória às "pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão", refere-se aos nascituros, considerando o próprio legislador que estes são detentores de personalidade jurídica, ainda que os direitos que lhes são reconhecidos apenas se efetivem no momento do nascimento, não se podendo negar a vocação sucessória do nascituro pela simples razão de ter nascido após o falecimento do seu pai[127].

Os nascituros já concebidos[128] podem, então, suceder pela via testamentária ou legal, conforme dispõe o número 1 do artigo 2033.º do CC. Aqui, a lei veio equiparar as pessoas "já concebidas ao tempo da abertura da sucessão" às "pessoas nascidas", na medida em que lhes confere capacidade sucessória, ficando a vocação sucessória dependente do seu nascimento completo e com vida (condição legal suspensiva), nos termos do número 2 do artigo 66.º do CC, que nos diz, como já foi aqui mencionado, que os nascituros possuem certos direitos que estão dependentes do seu nascimento completo e com vida[129]. Neste sentido, os nascituros são chamados à sucessão, tendo uma espécie de "*personalidade jurídica limitada*" [130].

Nestes casos, estaremos perante uma pendência entre a abertura da sucessão e o nascimento completo e com vida do nascituro e, durante este período, que corresponde ao tempo de uma gravidez, a herança ou legado será administrada pela pessoa designada para tal, conforme o artigo 2240.º, n.º 2 do Código Civil, mantendo-se o inventário numa situação de pendência que ocorra o nascimento ou este não seja mais possível.

Aos nascituros não concebidos, de ora em diante referidos como concepturos, a alínea a) do número 2 do artigo 2033.º do CC, confere capacidade sucessória testamentária ou

[126] CARVALHO FERNANDES, LUÍS A., *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª, Edição Revista e Atualizada, Lisboa, Quid Juris Editora, 2012, p. 159;
[127] OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ DE, *Direito Civil, Sucessões*, 5.ª Ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2000 p. 123;
[128] Os nascituros já concebidos são aqueles que venham a nascer nos 300 dias seguintes à data da abertura da sucessão, permitindo-se, no entanto, nos termos do artigo 1800.º do CC que se prove que o período de gestação foi superior cfr. FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões,* Coimbra, 1992 pp. 181 e ss.;
[129] DUARTE PINHEIRO, JORGE, *O Direito das Sucessões Contemporâneo,* Coimbra, Gestlegal Editora, 5.ª Edição, 2022;
[130] ARAÚJO DIAS, CRISTINA, *Código Civil Anotado – Livro V Direito das Sucessões*, Almedina, 2018, pp. 34 e ss.;

contratual desde que sejam "(…) filhos de pessoa determinada e viva ao tempo da abertura da sucessão.".

Ora, o facto de o legislador permitir o chamamento de concepturos à sucessão (testamentária ou contratual) parece constituir uma exceção ao preenchimento do requisito da existência, na medida em que "(…) não há aqui uma realidade biológica, como acontece com os nascituros já concebidos"[131]. A lógica por trás desta opção legislativa terá sido a de "respeitar o princípio da liberdade negocial e testamentária e satisfazer as eventuais motivações do autor da sucessão"[132], impondo, ainda assim, que se encontre preenchido um requisito, nos termos do qual, para que os concepturos sejam chamados a suceder ao *de cujus* têm que ser filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão.

Nestes termos, as questões que surgem quanto ao reconhecimento da personalidade jurídica aos nascituros não são aqui levantadas, porque os concepturos não são, ainda, realidades físicas. A discussão começa, no entanto, no que toca à vocação sucessória destes concepturos, existindo autores que, apesar de a lei atribuir capacidade sucessória aos concepturos, entendem não existir aqui vocação sucessória antes da conceção[133] e que a vocação apenas poderá ocorrer em momento posterior ao da abertura da sucessão, nomeadamente após o nascimento completo e com vida[134].

Ao contrário dos nascituros, os concepturos podem nascer muitos anos após a abertura da sucessão do *de cujus* ou até mesmo nunca vir a nascer. Este aspeto suscita, no âmbito da vocação sucessória, diversos problemas. Nesse contexto, o artigo 2040.º do CC estabelece que a herança deve ser administrada conforme o regime previsto nos artigos 2237.º a 2239.º, ambos do CC, até que os concepturos efetivamente nasçam. Esta administração será realizada de acordo com o artigo 2238.º, n.º 1 do Código Civil.

---

[131] ARAÚJO DIAS, CRISTINA, *Lições de Direito das Sucessões,* 9.ª edição*,* Coimbra, Almedina, 2024, p. 125*;*
[132] PEREIRA COELHO, FRANCISCO, *Direito das Sucessões,* Coimbra, 1992;
[133] Para DIOGO LEITE DE CAMPOS, os concepturos são seres que ainda vão ser concebidos, logo, não possuem personalidade jurídica, considerando que "*antes da conceção não há qualquer vocação sucessória*" cfr. LEITE DE CAMPOS, DIOGO/ MARTINEZ, MONICA, *Lições de Direito das Sucessões*, 5.ª Edição, Coimbra, Livraria Almedina, Março 2024, p. 111;
[134] A este respeito JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO também entende que os concepturos não possuem personalidade jurídica "*(...) pois um não concebido não é sequer algo de realmente existente; é uma potência, captável só mediante um juízo"* cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, JOSÉ DE, *Direito Civil, Sucessões*, 5.ª Ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2000;

3.2. A aferição dos pressupostos da vocação sucessória quanto a pessoas nascidas por PMA *post mortem*

No que diz respeito à vocação sucessória da criança que nasça por alguma das técnicas de PMA *post mortem* que já aqui analisamos, importa mencionar que, apesar de ainda não estar concebida no momento da abertura da sucessão, esta deve ser considerada filha do falecido[135], e, como tal, será titular de uma designação sucessória prevalente na sucessão aberta com o falecimento do seu pai, pelo que estaremos perante uma situação análoga à dos nascituros.

Ora, o n.º 2 do artigo 1796.º do CC prevê o estabelecimento da filiação relativamente ao pai que seja marido da mãe, dispondo que "*a paternidade presume-se em relação ao marido da mãe e, nos casos de filiação fora do casamento, estabelece-se pelo reconhecimento*". Assim, se a mulher estiver casada presume-se que o filho, nascido ou concebido na constância do matrimónio da mãe, tem como pai o marido da mãe[136].

Contudo, é impreterível referir que, a presunção de que é pai o marido da mãe cessa quando deixa de haver coabitação entre o casal, como o é no caso da morte de um dos membros do casal. Assim, o filho tem de estar concebido ao tempo da morte do pai, presumindo-se que a criança foi gerada nos primeiros 120 dias dos 300 que antecederam ao seu nascimento – artigo 1798.º CC –, tratando-se, no entanto, de uma presunção ilidível, conforme o artigo 1800.º CC.

O problema que aqui se coloca prende-se com a questão de, aquando da morte do pai, o filho ainda não ter sido concebido, e o seu nascimento acontecer após os 300 dias contados da morte do progenitor. Por conseguinte, este período de 300 dias que consta no artigo 1829.º/1 CC não pode ser aplicado à hipótese que aqui nos ocupa, porque se assim fosse a criança que viesse a nascer não poderia ser considerada filha do *de cujus*[137].

Por outro lado, importa, ainda, mencionar que a paternidade pode ser estabelecida em situações em que a mãe e o pai da criança não são casados, o que também releva no nosso estudo na medida em que as técnicas de PMA *post mortem,* como vimos, podem inclusivamente ser utilizadas por unidos de facto. Nestes casos, a paternidade pode ser estabelecida, nomeadamente, por perfilhação[138], que, nos termos do artigo 1853.º do CC pode ser feita por testamento, permitindo-se que tal ocorra mesmo que o filho ainda não tenha nascido, mas que

[135] *Vide a*rtigo 23.º da LPMA;
[136] A esta presunção dá-se o nome "*pater is est quem nuptiae demonstrant*" - *vide a*rtigo 1826.º do Código Civil;
[137] ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, "Procriação Assistida e Direito", *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Coimbra, Almedina, Vol. I., 2000, pp 645 e ss;
[138] A perfilhação consiste na "manifestação de um indivíduo que se apresenta como progenitor de um filho que ainda não tem a paternidade estabelecida" e deve ser feita de acordo com o regime estabelecido no artigo 1853.º do CC, sob pena de ser considerada nula cfr. FRANCISCO PEREIRA COELHO, GUILHERME OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família – Volume II, Direito da Filiação*, Tomo I, Coimbra Editora, 2006;

já tenha sido concebido (nascituro)[139], não se aplicando, portanto, às crianças nascidas através de técnicas de PMA *post mortem*, pois estas serão concebidas num período necessariamente posterior à morte de progenitor[140].

Assim, na PMA *post mortem* não é possível que o progenitor reconheça a criança após a sua morte, este falece antes mesmo da sua conceção. Importa, assim, recordar que a constituição da filiação resultante da PMA está sujeita a regras específicas, diferentes das previstas no CC, e que estão delineadas na LPMA.

O estabelecimento da filiação póstuma resulta do artigo 23.º da LPMA, nos termos do qual "*se, em virtude da inseminação realizada nos termos previstos nos artigos anteriores, resultar gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido*". Consentindo a lei que, como se viu já, mesmo que a criança nasça de uma prática *contra legem*, não se preenchendo algum dos requisitos legalmente exigidos, será também tida como filha do falecido. Excecionam-se os casos em que "*à data da inseminação, a mulher tiver contraído casamento ou viver há pelo menos dois anos em união de facto com homem que (...) dê o seu consentimento para tal ato*", sendo, nestes casos, considerada filha do atual cônjuge ou unido de facto da mãe.

Assim, desde que exista o consentimento para a sua aplicação, na PMA, a filiação considera-se estabelecida em relação àquele que forneceu o material genético. Como diz JORGE DUARTE PINHEIRO "a filiação considera-se estabelecida quanto ao pai, em virtude de se conjugarem dois elementos fortes do sistema: o elemento biológico e o elemento volitivo, concretamente correspondente ao desejo de assumir a paternidade de um filho póstumo. E, ainda que falte o elemento biológico (v.g., transferência de embriões com origem noutro casal), chegará o elemento volitivo, se não houver outro candidato à paternidade jurídica"[141].

O consentimento é, assim, a justificação principal para o estabelecimento da filiação no que respeita à PMA, ou seja, é a vontade do pai que faz surgir o vínculo paterno-filial, no entanto, caso a criança nasça sem que o falecido progenitor o tenha consentido, esta será, como já aqui foi mencionado, tida como sua filha, pois não fará sentido penalizar um ser pelos atos da mãe que age contra a vontade do *de cujus*, devendo ter-se sempre em consideração o superior

[139] DUARTE PINHEIRO, JORGE, *Direito da Família Contemporâneo*, Gestlegal, 8.ª Edição, 2023;
[140] O mesmo não se aplica no caso de se admitir que a conceção se dá fora do útero materno, no caso dos embriões criopreservados.
[141] PINHEIRO, JORGE DUARTE, "A necessidade da Lei de Procriação medicamente assistida: Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho", *in Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 29;

interesse da criança, até porque, o *de cujus*, apesar de ser merecedor de tutela e proteção, já não goza de personalidade jurídica[142], ao contrário da criança entretanto nascida.

Ora, se, independentemente do consentimento do pai, a defesa do superior interesse a criança que nasça através da utilização das técnicas de PMA *post mortem* dita que esta deve ser considerada filha do *de cujus*, então, e como tal, não lhe poderá ser negada a titularidade de uma designação sucessória prevalente.

Aqui chegados, importará aferir se, relativamente às pessoas nascidas por PMA *post mortem,* estão preenchidos os restantes pressupostos da vocação sucessória e, portanto, em que termos as normas do artigo 2033.º do CC se aplicam a estas pessoas, para que " (…) a pessoa nascida mediante PMA *post mortem* possa participar da sucessão de quem, embora morto, seja reconhecido juridicamente como seu pai"[143].

O requisito da existência é, como bem se alcança, o requisito da vocação sucessória que, em relação aos nascituros e concepturos, mais discordância gera.

Antes das alterações à lei da PMA em 2021, as principais questões que se colocavam, relativamente ao preenchimento deste requisito no âmbito da PMA *post mortem,* prendiam-se, desde logo, com a classificação do embrião criopreservado ora como um nascituro já concebido e, portanto, como um ser que já existe e a quem é atribuída capacidade sucessória para ser chamado à sucessão legítima e legitimária aberta pelo *de cujus*, ora como um simples concepturo, que, ao tempo da abertura da sucessão, efetivamente, ainda não existe, nem mesmo no estado embrionário por força de ainda não ter sido implantado no útero materno, tendo apenas a capacidade sucessória que lhe é atribuída pelo artigo 2033.º n.º 2, al. a) do CC[144], ou seja, perante a definição legal (no CC) atribuída aos concepturos, apenas lhes são atribuídos direitos sucessórios que advenham e sejam tutelados através de doações e heranças, com recurso a testamentos e/ou contratos, sempre autorizados pelo autor da sucessão[145].

É, no entanto, importante considerar que as normas do nosso Código Civil não foram concebidas com as técnicas de PMA em mente, especialmente as técnicas de PMA *post mortem*. Portanto, quando existe uma legislação específica e atualizada sobre PMA, é a essa legislação

[142] Que, como vimos, se extingue com a morte;
[143] MAGALHÃES, SANDRA MARQUES, *Aspetos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Coimbra Editora, 2010;
[144] Capacidade sucessória na sucessão testamentária ou contratual;
[145] Considere-se que aos concepturos não são atribuídos plenos direitos sucessórios, exatamente por não serem embriões pré-concebidos aquando da morte, para, assim, evitar "desigualdades entre filhos nascidos e concebidos, por um lado, e concepturos, por outro lado, quando estes últimos sejam prováveis", cfr. DIAS, CRISTINA ARAÚJO, *Lições de Direito das Sucessões*, 9.ª Edição, Coimbra, Livraria Almedina, 2024, p. 124;

que devemos recorrer, mesmo que em vários aspetos se desvie das normas gerais de direito civil.

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

Assim, atendendo a que, no artigo *supra* transcrito, não se distingue entre a inseminação *post mortem* e a transferência de embriões *post mortem*, concluímos que são atribuídos direitos sucessórios às crianças nascidas das técnicas de PMA *post mortem*, mesmo que se possa discutir se estas preenchem os requisitos da vocação sucessória exigidos pelo Código Civil.

3.3. A partilha da herança quando concorra à herança uma pessoa nascida por PMA *post mortem*

Após uma breve análise da capacidade e vocação sucessórias, importa, agora, destacar as repercussões da procriação medicamente assistida homóloga *post mortem* na partilha da herança.

Desde logo, estabelecendo-se a filiação tanto relativamente aos concepturos como relativamente aos nascituros, importa clarificar o estado da herança durante o hiato de tempo em que esses filhos são, efetivamente concebidos e/ou nascidos, pelo que cumpre abordar o procedimento atinente à partilha da herança propriamente dita.

Diz-nos a doutrina que a partilha da herança se destina ao preenchimento da quota de cada herdeiro "(…) determinando os bens que lhe cabem ou, preenchendo a sua quota com dinheiro, o valor correspondente ao dos bens que lhe competiam, a receber dos outros herdeiros ou de algum deles (…)"[146]. A partilha ocorre, geralmente, por via de inventário, sendo que "qualquer co-herdeiro ou cônjuge meeiro tem o direito de exigir a partilha quando lhe aprouver"[147]. Portanto, é evidente que a ausência de certos herdeiros no momento da abertura da sucessão e, em particular, durante a partilha, acarreta várias implicações jurídicas e patrimoniais para os demais herdeiros. Isto ocorre, *in casu,* porque nem todos os herdeiros estão presentes para opinar sobre a partilha ou para receber a parte do património do falecido que lhes cabe.

[146] DIAS, CRISTINA, *Lições de Direito das Sucessões*, 9.ª Edição, Coimbra, Livraria Almedina, 2024, pp 98-99;
[147] Artigo 2101.º Código Civil;

O Código Civil estabelece que o património deixado pelo autor da herança pode permanecer indiviso por até cinco anos, período este que pode ser renovado[148]. Durante esse tempo, a herança permanece jacente, ou seja, a herança foi aberta no momento da morte *de cujus*, mas ainda não foi aceite pelos herdeiros nem declarada vaga para o Estado[149]. Entramos, portanto, numa fase transitória de relativa indefinição jurídica no contexto sucessório, sendo que, relativamente à procriação medicamente assistida homóloga *post mortem*, com as alterações à LPMA de 2021, ficou estabelecida a obrigatoriedade deste estado indiviso da herança, pois, como já foi aqui mencionado, "*existindo consentimento para a possibilidade de inseminação post mortem, a herança do progenitor falecido mantém-se jacente durante o prazo de três anos após a sua morte, o qual é prorrogado até ao nascimento completo e com vida do nascituro* (…)"[150].

Assim sendo, enquanto a herança não é aceite ou partilhada, o CC "prevê um regime que assegura a conservação dos bens que compõe aquela herança, prevendo possibilidades de adoção de certas medidas na administração no interesse dos sucessíveis"[151]. Geralmente, a administração da herança é atribuída ao cabeça-de-casal, função que é frequentemente desempenhada pelo cônjuge sobrevivente. No caso da PMA homóloga *post mortem,* a mulher beneficiária, que foi inseminada com o sémen do falecido marido ou submetida ao procedimento de transferência embrionária, será designada como cabeça-de-casal do património deixado por ele[152].

Por outro lado, e nos termos do que viemos de concluir no âmbito do anterior ponto deste terceiro capítulo, mesmo que os requisitos da LPMA não sejam cumpridos, a criança nascida através das técnicas de PMA *post mortem* tem que ser considerada filha do *de cujus* e, como tal, terão de lhe ser reconhecidos efeitos paterno-filiais e, consequentemente, direitos sucessórios. Pode, no entanto, dar-se o caso de, -- não existindo o consentimento prévio de que nos fala o artigo 23.º, n,º 5 da LPMA, ou até se os prazos legais, como os três anos previstos nesse mesmo preceito legal, já tiverem decorrido --, o processo sucessório já se encontrar findo, incluindo a partilha da herança pelos sucessíveis.

---

148 Artigo 2101, n.º 2 do Código Civil;

149 DIAS, CRISTINA, *Lições de Direito das Sucessões*, 9.ª Edição, Coimbra, Livraria Almedina, 2024, pp. 136 e ss;

150 Artigo 23.º, n.º 5 da LPMA.

151 DIAS, CRISTINA ARAÚJO, *Lições de Direito das Sucessões*, 9.ª Edição, Coimbra, Livraria Almedina, 2024, p. 167;

152 RAPOSO, VERA LÚCIA/ DANTAS, EDUARDO, "Aspetos Jurídicos da Reprodução *Post Mortem* em perspetiva comparada Brasil – Portugal", *in Separata de Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra Editora, Ano 7, n.º 14, Julho/Dezembro 2010 pp. 84 e ss.;

Nestas situações, devemos redirecionar-nos para o instituto da petição de herança[153], que consiste num meio judicial através do qual o herdeiro[154] pede ao Tribunal o reconhecimento dessa sua capacidade e a consequente restituição dos bens da herança contra quem os possuir[155].

O instituto da petição da herança foi criado para situações em que, durante ou após o processo sucessório, se constate que algum herdeiro legítimo não foi chamado a participar na sucessão por razões alheias à sua vontade. Nesses casos, o legislador entende que este herdeiro não deve ser prejudicado e, portanto, atribui-lhe este mecanismo legal, que lhe permite reivindicar a sua parte da herança, tratando-se, portanto, de uma ação declarativa de condenação[156].

A petição da herança serve, então, dois objetivos essenciais[157]: primeiro obter o reconhecimento judicial da qualidade de herdeiro , por parte do autor; e segundo, recuperar para o ativo da herança os bens que o demandado[158] detém, independentemente do título a que os possui.

Um dos aspetos relevantes do regime da petição da herança prende-se com o prazo em que esta pode ser proposta, ou seja, atenta a estatuição do n.º 2 do artigo 2075.º, importa atender à relação existente entre este instituto e a aceitação da herança, pois na parte final do mencionado preceito é ressalvada a caducidade do direito de suceder, ao remeter-se para o artigo 2059.º do CC.

Daqui se retira que, apesar de, em princípio, a ação de petição da herança poder ser intentada a todo o tempo, o mesmo não significa que o direito a suceder não caduque se for excedido o prazo referido no artigo 2059.º do CC.

---

[153] SANTOS, JULIANA MARIA SILVA, *Efeitos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Post-mortem*, Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2022 pp. 69 e ss;

[154] Trata-se de um meio processual exclusivo dos herdeiros. Aos legatórios assistirá, nos termos gerais, o recurso à ação de reivindicação, prevista no artigo 1311.º do Código Civil, cfr. NUNES DE CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha, *Direito das Sucessões – Lições, Exercícios, Jurisprudência*, Reimpressão, Almedina Editora, Coimbra, Abril 2021 pp. 119 e ss.;

[155] NUNES DE CARVALHO, Pedro Pitta e Cunha, *Direito das Sucessões – Lições, Exercícios, Jurisprudência*, Reimpressão, Almedina Editora, Coimbra, Abril 2021 pp. 119 e ss.;

[156] Que recorda a ação de reivindicação, mas que com esta não se confunde, não tendo como objeto todo o património da herança, mas antes, coisas certas e determinadas, cfr. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES em *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª, Edição Revista e Atualizada, Lisboa, Quid Juris Editora, 2012 pp 309 e ss

[157] LEITE DE CAMPOS, DIOGO / MARTINEZ, MÓNICA, *Lições de Direito das Sucessões*, 5.ª Edição, Coimbra, Livraria Almedina, Março 2024, p. 204;

[158] Quanto à legitimidade passiva, decorre do n.º 1 do artigo 2075.º, que esta cabe, genericamente a quem tenha os bens em seu poder, concretizando que nessa posição processual podem encontrar-se o herdeiro aparente, o detentor de bens por qualquer outro título ou, até, quem não tenha qualquer título, cfr. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES em *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª, Edição Revista e Atualizada, Lisboa, Quid Juris Editora, 2012 pp 306 e ss.;

Diz-nos LUÍS A. CARVALHO FERNANDES que a conjugação entre os dois preceitos legais em causa deverá ser feita da seguinte forma, "exercido, em devido tempo, o direito de suceder, mediante a aceitação da herança, a ação de petição pode ser proposta sem limite de prazo. Neste caso só a usucapião do direito relativo a cada uma das coisas possuídas por terceiro impede a procedência dessa ação (cfr. n.º 2 do art. 2075.º). Diz-nos ainda, o mesmo autor que, não havendo aceitação autónoma 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 da petição, que improcederá se já tiver sido ultrapassado o período de tempo estatuído no art. 2059.º "[159].

Pode acontecer, ainda, que o possuidor dos bens da herança já tenha disposto de todos os bens ou parte deles, podendo, nestes termos a ação ser proposta contra o adquirente, nos termos do art. 2076.º do CC. Por último, importa mencionar que a ação de petição de herança não procederá contra um terceiro que haja adquirido "*do herdeiro aparente, por título oneroso e de boa-fé, bens determinados ou quaisquer direitos sobre eles*"[160], sendo apenas responsável o alienante segundo as regras do enriquecimento sem causa. Neste contexto, não consideramos que esteja de má-fé o herdeiro que venda os bens apenas por saber que o falecido deixou embriões ou sémen criopreservados. No entanto, o mesmo não poderemos dizer, no caso de se provar que este sabia que a viúva ou unida de facto já estaria grávida de um filho do *de cujus*[161].

Não nos parece, então, razoável vedar a legitimidade ativa de intentar uma ação de petição da herança, à criança nascida por meio da PMA *post mortem*, atendendo, naturalmente ao princípio da proibição de discriminação entre filhos[162] e ainda ao facto de esta possuir uma capacidade sucessória geral atribuída por lei[163], e não apenas capacidade sucessória testamental e contratual, não devendo ser prejudicada por uma situação na qual não tem qualquer intervenção.

[159] CARVALHO FERNANDES, LUÍS A, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª, Edição Revista e Atualizada, Lisboa, Quid Juris Editora, 2012 p. 308;
[160] *Vide a*rtigo 2076.º, n.º 2 do CC;
[161] MAGALHÃES, SANDRA MARQUES, *Aspetos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Coimbra Editora, 2010 pp. 174 e ss.;
[162] Estatuído através da conjugação entre os artigos 13.º, n.º 1 e 36.º, n.º 4, ambos da CRP;
[163] Como vimos, segundo o artigo 23.º da LPMA e o artigo 2033.º do CC, alterado pela Lei 72/2021 de 12 de Novembro;

OBSERVAÇÕES CONCLUSIVAS

As recentes alterações legislativas em Portugal relativas à PMA *post mortem* representam um avanço significativo no reconhecimento dos direitos sucessórios e paterno-filiais das crianças concebidas após a morte do progenitor. Estas mudanças visam não só responder aos avanços tecnológicos que permitem a preservação de material genético por longos períodos, mas também assegurar que a estas crianças são reconhecidos os mesmos direitos que àquelas que são concebidas de forma convencional.

Antes das alterações introduzidas pela Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro, a LPMA deixava várias questões em aberto quanto aos direitos sucessórios e paterno-filiais das crianças concebidas por estas técnicas, levando a incertezas e debates que careciam de uma resposta clara por parte do legislador.

Com efeito, a Lei de Procriação Medicamente Assistida, em vigor desde 2006 e reformulada em novembro de 2021, passa a admitir a inseminação artificial *post mortem* do cônjuge ou unida de facto sobreviva com o material genético criopreservado do falecido, prevendo-se no seu artigo 22.º que, desde que exista um projeto parental estabelecido e consentido pelo progenitor falecido, é lícito proceder à transferência de embriões ou realizar inseminação artificial com material genético deste.

Por seu turno, tal como previsto no artigo 23.º da LPMA, a criança que nasça nestas circunstâncias será considerada filha do falecido para efeitos sucessórios, garantindo-lhe os mesmos direitos de qualquer outro descendente do falecido. Importa, ainda, realçar que, como vimos, este reconhecimento legal não protege apenas os direitos das crianças que nasçam através de técnicas de PMA *post mortem*, considerando, também, os direitos do falecido progenitor, por forma a assegurar que o seu desejo é respeitado, mesmo após a sua morte.

Consideramos, porém, que apesar dos avanços legislativos nesta matéria, a regulamentação da PMA *post mortem* ainda enfrenta desafios na sua aplicação prática, referindo-se, a título de exemplo o facto de, o artigo 23. apenas prever a inseminação artificial *post mortem*, sem referir a transferência de embriões nestas circunstâncias. Esta lacuna pode gerar interpretações divergentes e necessita de uma clarificação adicional por parte do legislador.

Levantam-se ainda questões relacionadas com a gestão da herança durante o período que antecede o nascimento da criança, não sendo a lei minimamente esclarecedora quanto ao facto de a criança vir a nascer muito para além dos prazos previstos no já mencionado artigo

23.º. A este respeito, propomos a aplicação do instituto da petição de herança como solução. Desta forma, a partilha dos bens poderá ser realizada sem que a herança permaneça em situação de pendência indefinidamente. Caso a criança nasça fora dos prazos previstos, poderá utilizar este mecanismo para reivindicar os seus direitos. Esta abordagem parece-nos a mais equilibrada, pois preserva os direitos sucessórios da criança sem deixar os restantes herdeiros numa situação de incerteza além do período de três anos previsto.

Em suma, as recentes reformas na legislação portuguesa sobre PMA *post mortem* representam um passo significativo na proteção dos direitos das crianças concebidas desta forma e na clarificação dos seus direitos sucessórios. Apesar das complexidades e desafios que ainda subsistem, estas mudanças são essenciais para garantir um quadro jurídico sólido e justo que responda às necessidades das famílias contemporâneas e às novas possibilidades trazidas pelas tecnologias reprodutivas, acautelando sempre, pela via legislativa, os direitos fundamentais das crianças nascidas com recurso a estes métodos alternativos de conceção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARCHER, LUÍS, "Procriação Medicamente Assistida: evolução do pensamento ético de 1986 a 1999", *in Genética e Reprodução Humana,* Coimbra, NEVES, Rui / MELO, Helena (Coord.), Gráfica de Coimbra, 2000, pp. 15 e ss;

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, "Direito e Bioética" in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 51.º, 1991, pp. 429 e ss;

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito Civil, Sucessões,* 5.ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000;

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, "Procriação Assistida e Direito", *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 645 e ss;

BARBAS, STELA MARCOS DE ALMEIDA NEVES, *Direito ao Património Genético*, Coimbra, Almedina, 2006;

BARROS, ALBERTO, "Procriação Medicamente Assistida" *in Direito da Saúde: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira, Vol. IV, Genética e Procriação Medicamente Assistida*, Organização de João Loureiro, Edições Almedina, 2016, pp 107 e ss;

BARROS, ALBERTO, "Procriação medicamente assistida: novos direitos, novos desafios", *in Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018, pp. 7 e ss;

CARVALHO, PEDRO PITTA E CUNHA NUNES DE, *Direito das Sucessões – Lições, Exercícios, Jurisprudência*, Reimpressão, Almedina Editora, Coimbra, Abril 2021;

CAMPOS, DIOGO LEITE DE, "O Estatuto Jurídico do Nascituro", *in Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 56, III, 1996, pp. 881 e ss;

CAMPOS, DIOGO LEITE DE, "A Capacidade Sucessória do Nascituro (ou a Crise do Positivismo Legalista)", *in Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 44, Novembro-Dezembro,* 2006, pp. 24 e ss;

CAMPOS, DIOGO LEITE DE, "A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o Sigilo sobre o Dador – ou a Omnipotência do Sujeito", *in Separata de Estudos de Direito da Bioética*, Coimbra 2008, pp. 73 e ss;

CAMPOS, DIOGO LEITE DE / MARTINEZ, MONICA, *Lições de Direito das Sucessões*, 5.ª Edição, Coimbra, Livraria Almedina, Março 2024;

CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões – Volume I*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2013;

CHORÃO, MÁRIO EMÍLIO F. BIGOTTE, "O nascituro e a questão do estatuto do embrião humano no direito português", *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Vol. 1, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 635 e ss;

COELHO, FRANCISCO PEREIRA*, Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992;

COELHO, FRANCISCO PEREIRA / GUILHERME OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Volume II, Direito da Filiação*, Tomo I, Coimbra Editora, 2006;

CONSELHO NACIONAL PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, Presidência do Conselho de Ministros, Parecer 3/CNECV/93, disponível em: https://www.cnecv.pt/pt/deliberacoes/pareceres/3-cnecv-93 ;

CONSELHO NACIONAL DE PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA, Carla Rodrigues, Presidente do Conselho, 21/01/2022, disponível: https://www.cnpma.org.pt/cnpma/Documents/Reunioes/Mandato_III/CNPMA_ATA47;

CORTE-REAL, CARLOS PAMPLONA, *Curso de Direito das Sucessões,* Quid Juris, Março, 2012;

CRORIE , BENEDITA MAC, "O princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida" in *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018, pp. 55 e ss;

CAVAGNO, MARIO, "Infertilidade conjugal e tratamento com técnicas de reprodução assistida" *in Direito e Medicina, Coord. Ana Cláudia Silva Scalquette e Carlos Eduardo Nicoletti Camillo*, Editora Atlas, 2015, Brasil, pp. 164 e ss.;

DIAS, CRISTINA ARAÚJO, Código Civil Anotado - Livro V, Direito das Sucessões, Cristina Araújo Dias (Coord.), Coimbra, Almedina, 2018;

DIAS, CRISTINA ARAÚJO, *Lições de Direito das Sucessões*, 9.ª Edição, Coimbra, Livraria Almedina, Fevereiro de 2024;

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª, Edição Revista e Atualizada, Lisboa, Quid Juris Editora, 2012;

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2007;

HÖSTER , HEINRICH EWALD, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil ,*9.ª Reimpressão, Coimbra, Almedina, Novembro 2014;MAGALHÃES, SANDRA MARQUES, *Aspetos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010;

MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional, Vol. II - tomo IV: Direitos Fundamentais*, 9.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012;

MIRANDA, JORGE,. *Manual de Direito Constitucional*, Vol. I, 10.ª ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2014;

MONDLANE, ARNALDO ABÍLIO, "Breve estudo sobre a procriação medicamente assistida no ordenamento jurídico português – Uma primeira aproximação ao tema", *in O Direito n.º 154 III*, sob a direção de Jorge Miranda, 2022, pp. 521 e ss;

NETO, LUÍSA, "O (novo) regime da procriação medicamente assistida: possibilidades e restrições"*, in Debatendo a procriação medicamente assistida*, Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018, pp. 83 e ss;

NEVES, MARIA DO CÉU PATRÃO, "O começo da vida humana", *in Bioética, coord. Luís Archer, Jorge Biscaia, Walter Osswald,* Verbo, Lisboa, 1996, pp. 175 e ss;

OLIVEIRA, GUILHERME DE FREIRE FALCÃO DE, "Legislar sobre Procriação Assistida", *in Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 127, Coimbra, 1994, pp. 73 e ss;

OLIVEIRA, GUILHERME DE FREIRE FALCÃO DE, "Transformações do Direito da Família", *in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra Editora, 2004, pp. 763 e ss;

OLIVEIRA, GUILHERME DE 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.* Madrid, 2006, pp. 149 e ss ;

OLIVEIRA, GUILHERME DE FREIRE FALCÃO DE, "Direitos fundamentais à Constituição da Família e ao Desenvolvimento da Personalidade", *in: Revista Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Centro de Direito da Família*, Ano 9, n.º 17 e 18 (duplo), 2012, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 4 e ss;

OTERO, PAULO, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da Bioética*, Almedina, 1999;

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, "Filhos de Pai anónimo no século XXI", *in Debatendo a procriação medicamente assistida,* Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2018, pp. 41 e ss;

PINHEIRO, JORGE DUARTE, "Procriação Medicamente Assistida", *in Jorge Miranda, Luís de Lima Pinheiro e Dário Moura Vicente (coord.), Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, volume* I, Lisboa, Edições Almedina, 2005, pp. 753 e ss;

PINHEIRO, JORGE DUARTE, "A necessidade da Lei de Procriação Medicamente Assistida: Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho", *in Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 29 e ss;

PINHEIRO, JORGE DUARTE, *O Direito das Sucessões Contemporâneo,* Coimbra, Gestlegal, 5.ª Edição, 2022;

PINHEIRO, JORGE DUARTE, *O Direito da Família Contemporâneo*, Gestlegal, 8.ª Edição, 2023;

PINTO, PAULO MOTA*, O direito ao livre desenvolvimento da personalidade,* Portugal-Brasil – Ano 2000, *Studia Iuridica*, n.º 40, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, 149 e ss;

RAPOSO, VERA LÚCIA, "Direitos Reprodutivos" in *Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde,* Coimbra, ano 2.º, n.º 3, 2005, pp. 111 e ss;

RAPOSO, VERA LÚCIA / PEREIRA, ANDRÉ DIAS, "Primeiras notas sobre a lei portuguesa de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho)", i*n Lex Medicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 3, n.º 6*, 2006, pp. 89 e ss;

RAPOSO,VERA LÚCIA/ DANTAS, EDUARDO, "Aspetos Jurídicos da Reprodução *Post Mortem* em perspetiva comparada Brasil – Portugal", *in Lex Medicinae: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra Editora, Ano 7, n.º 14, Julho/Dezembro 2010, pp. 81 e ss;

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

RAPOSO, VERA LÚCIA, "Até que a morte nos separe. Breve nota sobre a reprodução *post mortem* no caso de gestante em morte cerebral", in *Lex Medicinae Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, 15/29, 2018, pp.70 e ss;

REIS, RAFAEL VALE E, *A Procriação Medicamente Assistida - Gestação de Substituição, Anonimato do dador e outros problemas*, Gestlegal, 2022;

RIBEIRO, ANA RAQUEL, "Aspetos Jurídicos da Procriação Medicamente Assistida *Post Mortem*", in *Estudos de Doutoramento & Mestrados*, n.º 11, Série M, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020, pp. 7 e ss;

SANTOS, JULIANA MARIA SILVA, *Efeitos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Post-mortem*, Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2022;SANTOS, AGOSTINHO DE ALMEIDA / RENAUD, MICHEL / CABRAL, RITA AMATAL, *Relatório: Procriação Medicamente Assistida*, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Julho de 2004;

SILVA, PAULA MARTINHO DA / COSTA, MARTA, *A lei da procriação medicamente assistida anotada: (e legislação complementar)*, Coimbra Editora, 2011;

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Direito das Sucessões- Noções Fundamentais*, 6ª ed. rev., Coimbra Editora, 1991;

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Sucessões: Parte Geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004;

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, "A inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro", *in Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 127, n.º 3844, Coimbra, 1994, pp. 194 e ss;

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, "A condição jurídica do embrião humano perante o direito civil", *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, Coimbra, Almedina, Vol. I., 2000, pp. 620 e ss;

XAVIER, RITA LOBO, "A Lei da PMA e inseminação post mortem – questionamento ético", *Especial Procriação Medicamente Assistida - Portal dos Jesuítas em Portugal*, 22 de março

2021, disponível em: https://pontosj.pt/especial/lei-da-pma-e-inseminacao-post-mortem-questionamento-etico/

XAVIER, RITA LOBO, *Manual de Direito das Sucessões,* Reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, Fevereiro de 2024;

FACULDADE DE **DIREITO**