



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Alguns Problemas de Direito das Sucessões
no quadro da
Procriação Medicamente Assistida

Ana Catarina Brandão Fonseca de Paiva

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) na área de especialização em ciências Jurídico-Forenses, sob orientação do Senhor Professor Doutor João Paulo Remédio Marques.

Coimbra, 2014

“Tudo o que faço ou medito
Fica sempre pela metade,
Querendo, quero o infinito.
Fazendo, nada é verdade.”

(Fernando Pessoa)

Agradecimentos

Aos meus pais, José Armando e Maria da Conceição, pela confiança depositada, sem eles esta dissertação não existiria.

Ao meu irmão Pedro.

À mãe Quina e pai Zé que em criança fizeram de mim quem hoje sou e do céu guiam o meu caminho.

A toda a minha família pelo amparo, em especial à minha tia Maria e Carina. Ao tio Alberto. Às minhas queridas primas. Aos meus avós maternos.

Aos meus padrinhos Paulo e Rosa.

A ti, Marcus, pelo apoio, pelo carinho diário, pelo companheirismo, por teres acreditado e por me teres dado a mão nos momentos mais difíceis.

A todos os meus amigos. Às companheiras de luta, Cristina, Catarina e Tânia.

Ao meu orientador, João Paulo Remédio Marques, pelos conselhos. A Rabindranath Capelo de Sousa, Rosa Cândido Martins e Rita Alfaiate, a quem devo o gosto pelo do Direito das Sucessões.

À Sala de Revistas, Sala do Catálogo e Sala de Leitura da Faculdade. À Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pelo crescimento intelectual e pessoal.

Abreviaturas

A.	- Autor(a)
AAFDL	- Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
Ac.	- Acórdão
Art.	- Artigo número
BoFD	- Boletim da Faculdade de Direito
CC	- Código Civil
Cfr.	- Confira
CNECV	- Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
CRP	- Constituição da Republica Portuguesa
DL	- Decreto-Lei
E.g	- <i>Exempli gratia</i>
FIVETE	- Vitro Fertilization and Embryo Transfer
GIFT	- Gamete Intrafallopian Transfer
IA	- Inseminação Artificial
ICSI	- Intracytoplasmic Sperm Injection
N.º	- Número
Op. cit.	- <i>Opus citatum</i>
PMA	- Procriação Medicamente Assistida
RLJ	- Revista de Legislação e Jurisprudência
SUZI	- Subzonal Insemination
TC	- Tribunal Constitucional
Vol.	- Volume
ZIFT	- Vitro Fertilization and Embryo Transfer

Introduzindo

No presente estudo dispõe-se sobre a abordagem de alguns problemas resultantes do chamamento sucessório do filho nascido mediante técnicas de Procriação Medicamente Assistida.

Trataremos do início e do fim da vida, do nascer e do morrer. Dois fenómenos responsáveis pelo começo e término, respectivamente, da Personalidade Jurídica, suscitando por isso, diversas questões jurídicas.

O interesse pelo tema nasceu do gosto pelo Direito das Sucessões e por todos os problemas que este possa levantar. Unir na sua investigação o Direito Médico, emergiu como trilho tumultuoso mas de grande proveito. Assim, como o caminho mais simples, nem sempre é o que nos fascina, nasceu o projecto desta investigação.

A questão da PMA voltou à actualidade com o pedido de revisão da Lei 32/2006, de 26 de Julho, discute-se a maternidade de substituição, ou seja, as barrigas de aluguer.¹ Quiçá amanhã, poder-se-á discutir a procriação *post-mortem* ou a revisão dos artigos do nosso Código Civil, que teimam em ignorar alguns dos filhos resultantes destas técnicas.

É nosso objectivo analisar essa mesma Lei, o Livro V do Código Civil, e entender o pensamento doutrinário de vários Autores, a fim de apreender a evolução da sociedade, do espírito e do ordenamento jurídico.

Relativamente à Jurisprudência, esta não é uma temática fonte de problemas, ainda não são conhecidos casos deste género nos Tribunais portugueses. A discussão dá-se mais na esfera doutrinal, no plano teórico. Não obstante isto, acreditamos que esse poderá ser o amanhã dos nossos Tribunais.

A análise, que nos propomos realizar, será dividida em três grandes capítulos.

¹ Notícia do Jornal Público, <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/deputados-e-medicos-reclamam-revisao-da-lei-da-pma-e-fim-da-proibicao-das-barrigas-de-aluguer-1629126>, consultada em 22 de Março de 2014.

No primeiro capítulo, tratar-se-á da Procriação Medicamente Assistida, os métodos utilizados, as condições de admissibilidade, o consentimento para a sua realização e a PMA *post mortem*. Como pano de fundo estará sempre a Lei 32/2006, de 26 de Julho.

No segundo capítulo, trataremos da aquisição da Personalidade Jurídica, que segundo o art. 66º CC, dá-se no momento do nascimento completo e com vida. Subsiste no nosso ordenamento jurídico a controvérsia quanto à interpretação a dar a este artigo e quanto ao real momento de aquisição da personalidade jurídica. Esta análise procura, também, dar resposta aos direitos que devem assistir ao nascituro e concepturo. Abrindo, destarte, a porta para a análise da sua vocação sucessória.

No terceiro capítulo, tratar-se-á apenas do Direitos das Sucessões, do que é este direito e do chamamento dos não concebidos e dos concebidos. Procuraremos, também, encontrar soluções para a partilha, quando não houver certeza do número de herdeiros a serem chamados.

O método utilizado será a pesquisa bibliográfica, maioritariamente portuguesa, assim, a referência feita a outros ordenamentos jurídicos não tem intenção comparativista.

Capítulo I

A Procriação Medicamente Assistida

1. Introdução ao tema

A procriação enquanto desejo elementar da humanidade existe desde que a conhecemos como tal.

Uma atitude altruísta ou egoísta? Ambas ou simplesmente um instinto? A dúvida ainda não se encontra esclarecida.

Através da procriação aspira-se à continuidade, ao perpetuar do nome familiar e ao assegurar do património.

Foi da ambição humana de ultrapassar o que a natureza às vezes não permite, do duelo entre o sonho e o alcançável, que surgiram as técnicas de PMA. Estas são, nas palavras de Guilherme de OLIVEIRA, um processo para “resolver o problema da esterilidade do marido sem ofender a tradição de fidelidade judaico-cristã e respeitando a intimidade da família conjugal moderna”.² A hipótese de recurso a estas técnicas tem que ser antecedida por um diagnóstico de infertilidade.^{3 4}

Sufragamos o entendimento do autor *supra* mencionado quando se pronuncia sobre o termo Procriação Artificial. O adjectivo artificial é conotado com “um sentido

² In *Critério jurídico da paternidade*, Livraria Almedina, Coimbra 1998, p. 352

³ N.º 2 do art. 4 da Lei 32/2006, de 26 de Julho. Segundo a *World Health Organization*, a infertilidade é uma doença do sistema reprodutivo que se traduz em 12 meses ou mais de tentativas em engravidar, estudos desta mesma organização demonstram que em 2009 a percentagem de mulheres inférteis em Portugal era de 1.4%. Informações recolhidas de <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/definitions/en/> e http://www.who.int/whosis/whostat/EN_WHS2011_Full.pdf?ua=1 p. 154 e 155, acedidos em 18 de Março de 2014. Esta categorização como doença é também seguida pelo parecer 44/CNECV/2004 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, disponível em: <http://www.cneqv.pt/pareceres.php?search=44/CNECV/2004>, acedido em 10 de Janeiro de 2014.

⁴ O art. 64º da CRP determina no seu n.º 2/a que “O direito à protecção da saúde é realizado: a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito” e no n.º 3/a torna como prioridade do Estado: “Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação”. Da junção do artigo com a classificação de infertilidade como doença, resulta para MELO, Helena Pereira de, que o direito à protecção da saúde justifica o recurso aos métodos de PMA como solução para esta doença, in “Problemas Jurídicos suscitados pela inseminação artificial com recurso a dador de gâmetas”, in *Genética e Reprodução humana*, , Coordenação de Rui Nunes e Helena Melo, Serviço de Bioética e Ética Médica, Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, Gráfica de Coimbra, 2000, p. 188

depreciativo: o seu mero uso desvaloriza as práticas médicas a que se refere”.⁵ Assim, no presente estudo servir-nos-emos sempre do termos “assistida”.

Louise Brown foi a primeira criança a nascer por meio de fertilização *in vitro*, no ano de 1978, em Inglaterra⁶. Volvidos nove anos, a 25 de Fevereiro de 1987, nasce em Portugal o primeiro bebé proveta.⁷

Necessidades prementes de regulação mais específica nesta matéria levaram à criação da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que, antecedida pela Proposta n.º 135/VII e pelo Decreto 415/VII, estabelece a regulação da procriação medicamente assistida. Este diploma legal, que continua em vigência, vem dar concretização à alínea e), do número 2, do artigo 67º da CRP⁸,

⁵ “Legislar sobre procriação assistida”, in *Procriação assistida, Colóquio interdisciplinar (12-13 de Dezembro de 1991)*, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1993, p. 73 - 74.

⁶ Informação no site: <http://www.webmd.com/infertility-and-reproduction/guide/in-vitro-fertilization>, acedido a 19 de Março de 2014.

⁷ COSTA, J. Pinto da, “Um problema médico-legal actual: procriação artificial”, in *Revista de Investigação Criminal*, n.º 24, Novembro, 1987, p. 6.

⁸O artigo determina que: “ Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família: e) Regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”. Para mais desenvolvimentos ver: CANOTILHO, J.J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da Republica Portuguesa Anotada*, artigos 1º a 107º, Volume I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 859 – 860.

2. As Técnicas de PMA

Hoje, 35 anos após o nascimento do primeiro bebé proveta, muito mudou no mundo da ciência. Houve progresso no uso e nas técnicas à disposição dos utentes.

O Parecer sobre Reprodução Medicamente Assistida (3/CNE/93) do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida e o art. 2º da Lei 32/2006, de 26 de Julho, enumeram como técnicas de PMA a inseminação artificial (IA)⁹, a transferência intratubária de zigotos (ZIFT)¹⁰, a transferência intratubária de gâmetas (GIFT)¹¹ e a

⁹ “Pela IA dá-se a transferência mecânica de espermatozóides, previamente recolhidos e tratados, para o interior do aparelho genital feminino.” Definição presente no Parecer 3/CNE/93 do Conselho Nacional para as Ciências da Vida. O esperma utilizado pode ser do elemento masculino do casal (IA homóloga) ou de um dador (IA heteróloga). RAPOSO, Vera Lúcia, “Direitos Reprodutivos”, *Lex Medicinæ*, ano 2, n.º 3, 2005, p. 118 enuncia problemas quanto ao recurso a esperma de um dador. Segundo ZANELATO, Marco António, “Fertilização artificial: efeitos jurídicos”, in Revista Lusíada, Direito, Universidade Lusíada Editora, Porto, n.º 1 e 2, 2003, p. 218, a inseminação diz-se *in vivo* por esta se dar no organismo da mulher, e não, *in vitro*, ou seja, *extra corpore*. O sémen nestes casos é obtido por masturbação e não por biópsia testicular; “a biópsia testicular é utilizada no caso de espermatozóides com baixa concentração e mobilidade, para os quais a única técnica possível é a ICSI”. De acordo com a mesma A., in *Direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Dissertação de Doutoramento em ciências Jurídico-políticas, Vol. I, Coimbra, 2012, p. 277, nota 1190.

¹⁰ *In vitro Fertilization and Embryo Transfer*, “Por meio da 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.” Definição presente no Parecer 3/CNE/93 do Conselho Nacional para as Ciências da Vida.

¹¹ *Gamete Intrafallopian Transfer*, “através da GIFT os dois tipos de gâmetas (espermatozóides 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*.” Definição presente no Parecer 3/CNE/93 do Conselho Nacional para as Ciências da Vida. Segundo RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, p. 273 nota 1172: “ (...) é um procedimento invasivo, agressivo e bastante dispendioso, pois só se consegue chegar às trompas através de laparoscopia. (...) não sendo praticamente praticada hoje em dia.”

fertilização *in vitro* seguida de transferência de embriões (FIVETE)¹² e a injeção intracitoplasmática de esperma (ICSI)¹³.

A SUZI, inseminação subzonal, também ela uma técnica de PMA consiste em injectar o esperma no ovócito embora não directamente no seu citoplasma mas na área entre a zona pelúciana e a membrana externa.¹⁴

2.1. O Acesso às Técnicas

A possibilidade de usufruir das técnicas supracitadas não está ao alcance de qualquer pessoa. A nossa lei impõe limites de acesso, destarte, só casais heterossexuais¹⁵, maiores de idade¹⁶, unidos de facto ou casados poderão, após um

¹² *In vitro Fertilization and Embryo Transfer*, “No caso da FIVETE, o zigoto ou zigotos continuam a ser incubados *in vitro* no mesmo meio em que surgiram, até que se dê a sua segmentação. O embrião ou embriões resultantes (no estágio de 2 a 8 células) são então transferidos para o útero ou para as trompas.” Definição presente no Parecer 3/CNE/93 do Conselho Nacional para as Ciências da Vida.

Neste caso releva a problemática dos embriões excedentários, ou seja, a criação de embriões que excedem os necessários para os progenitores. A questão preocupa principalmente quem vê vida humana no momento da concepção.

¹³ *Intracytoplasmic Sperm Injection*; é uma técnica recente (usada pela primeira vez em 1992), útil na infertilidade masculina, especialmente nos casos de espermatozóides com mobilidade e ou morfologia anormal, estes serão injectados artificialmente no ovócito. Comporta maiores riscos, de nascimento de crianças com anomalias congénitas. Para mais desenvolvimentos: ARCHER, Luís, *Da genética à bioética*, Gráfica de Coimbra 2, 2006, p. 225 - 226; ZANELATO, Marco António, *op. cit.*, p. 220; RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, p. 280 – 281.

¹⁴ Técnica não referida no Parecer, é descrita por RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, p. 272 - 273; REIS, Rafael Luís Vale e, *O Direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra Editora, 2008, p. 335 – 336.

¹⁵ O relatório da “comissão para o enquadramento legislativo das novas tecnologias”, já previa o acesso só a casados ou em união de facto (art. 6º), a fim de salvaguardar o superior interesse da criança, *in Comissão Para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias*, p. 26 e 27.

A Lei 31/2010, de 31 de Maio, veio permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, sendo, no entanto, expressamente proibida a adopção no seu art. 3º. Para CORTE-REAL, Carlos Pamplona, não se vislumbram razões jurídicas convincentes para um tal entendimento, já que as famílias monoparentais proliferam, in “Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida”, *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I, Direito Privado e Vária, Livraria Almedina, 2002, p356.

O acesso à procriação assistida por casais homossexuais é controversa. Julgamos que a anuência da sua submissão, implicaria a retirada do critério da subsidiariedade das técnicas, além da exigência de infertilidade. Provocaria a revisão da maternidade de substituição, das técnicas de PMA e da sua admissibilidade. Nova lei e novos princípios seriam, desta forma, necessários.

COELHO, F.M. Pereira, retira dos art.s 67º e 68º da CRP a protecção da criança em ordem ao seu desenvolvimento integral numa estrutura familiar; afirma o A. a importância da criança ter mãe e pai, duas pessoas de sexo diferente, in “Procriação assistida com gâmetas do casal”, *in Procriação assistida*,

diagnóstico de infertilidade, junto de um centro médico especializado submeterem-se a uma das técnicas disponíveis, a fim de obter o desejado embrião.¹⁷ O material usado poderá ser dos dois, óvulo e sêmen dos futuros progenitores, ou de um terceiro.

A procriação com intervenção médica é um modo subsidiário, e não alternativo, de reprodução¹⁸. O princípio da subsidiariedade das técnicas de PMA é um dos princípios norteadores da lei, que resulta de forma expressa no facto de o n.º 2 do art. 4º da Lei 32/2006, de 26 de Julho, impor a verificação de uma (ou mais) de três hipóteses: diagnóstico de infertilidade; necessidade de tratamento de doença grave; risco de transmissão de doença genética, infecciosa ou outras.

Para Amélia COSTA aceitar a tese de que um casal estéril tem “direito a ter filhos” deveria levar a que, por uma questão de coerência, o mesmo direito fosse reconhecido a casais homossexuais ou mães solteiras.¹⁹ A A. conclui, no entanto, que o cerne da questão encontra-se na forma de encarar as técnicas de PMA, destarte, “as técnicas de procriação assistida devem, na nossa óptica, ser encaradas unicamente como um meio de resolver o problema dos casais heterossexuais estéreis, o que implica considerar a procriação assistida como uma forma de ultrapassar o problema da infertilidade e nunca como um método alternativo de procriação.”²⁰

Colóquio interdisciplinar (12-13 de Dezembro de 1991), Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 1993, p. 17 e 18.

RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, p. 286 refere a TGIVF (*Fertilização In vitro Trigâmética*), refere a *Partenogénese*; em que através da junção de ovócitos de duas mulheres, gera-se uma criança fruto destes dois ADN's, extrai-se o ADN do esperma de forma a lhe inserir o ADN de um ovócito.

A ciência e a ordem jurídica caminham para a admissibilidade da prática de técnicas de PMA a casais homossexuais.

¹⁶ É criticado, na doutrina, a não imposição de um limite máximo de idade.

¹⁷ N.º2 do Art. 4º, art. 5º e art. 6º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

¹⁸ Tal resulta do n.º 1 do art. 4º da Lei em apreço, sob a epígrafe “Condições de admissibilidade”.

¹⁹ COSTA, Amélia, *Perspectiva jurídica de um acto de amor*, Universidade Autónoma de Lisboa, 2000, p. 50.

²⁰ COSTA, Amélia, *op. cit.*, p. 51.

3. O consentimento na PMA

O acordo do casal para submissão às técnicas de procriação medicamente assistida é o primeiro passo para a sua realização.

À aquiescência interior deverá seguir-se uma exterior, sob a forma escrita, uma vez que, tal procedimento só é possível com recurso a centros médicos especializados. A importância do consentimento do nosso estudo está no facto de o concedente se investir no estatuto de pai ²¹, uma vez que, sem consentimento não se considera juridicamente fixada a filiação.

Atentando no art. 14.º da Lei 32/2006²², o consentimento dos beneficiários das técnicas de PMA deve ser “livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável”. ²³ A obrigação de informar precede o consentimento, assim, a sua omissão determina a nulidade do consentimento (artigos 294º; 340º e 81º ambos do CC).

²¹PINHEIRO, Jorge Duarte, considera que a situação cria discriminação de filho concebido por acto sexual, por exemplo, na união de facto, a paternidade pode ser determinada por reconhecimento judicial ou perfilhação, enquanto que na PMA há mais um modo: presunção atípica, *in* “A necessidade da lei de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho)”, *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, volume I, 2008, p. 213.

²² É uma concretização da alínea c) do art. 12.º da mesma Lei, uma vez que, é direito do beneficiário, ser correctamente informados sobre as implicações médicas, sociais e jurídicas prováveis dos tratamentos propostos.

²³ Para efeitos do consentimento em formulários, considera o paciente um “consumidor de serviços médicos” que se apresenta perante um profissional, sendo vantajoso submeter as cláusulas ao DL n.º 446/85, de 25 de Outubro, PEREIRA, André Gonçalo Dias, “O consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico”, *in BFD*, vol. LXXVI, Coimbra, 2000, p. 457 - 466. Segundo LOUREIRO, João Carlos, “sujeitos do consentimento são os dadores de gâmetas, o mesmo valendo para os dadores de embriões, sendo, neste último caso, exigido o consentimento de ambos; no que toca a eventuais aplicações clínicas, é exigível o consentimento informado do paciente. A extensão da informação está intrinsecamente ligada às finalidades – investigação, aplicações biomédicas, desenvolvimento de processos e produtos panteados – a prosseguir. (...) modo de consentimento, exige-se que seja expresso, apontando as legislações existentes para um consentimento escrito. Afirma-se também a sua livre revogabilidade”, *in* “Células Estaminais”, *Lex Medicinæ*, ano 2, n.º 4, 2005, p. 17 e 18. Para MANSO, Luís Duarte Baptista, “O Dever de Esclarecimento e o Consentimento Informado em Diagnóstico Pré-Natal e Diagnóstico Genético Pré-Implantação”, *in Lex Medicinæ*, ano 8, n.º 16, 2011, p. 138. Segundo CORTE-REAL, Carlos Pamplona, ao consentimento não livre e não esclarecido, devemos aplicar por analogia o art. 1860º CC de forma a conseguir anular o estabelecimento da paternidade, *in op. cit.*, p. 357.

Para além disso, a informação prestada “deverá estar voltada directamente para aquele paciente defronte ao médico, com a sua realidade, personalidade e *modus vivendi* específicos”²⁴, posição acolhida pela doutrina em Portugal.

Segundo Patrícia GONÇALVES, “é inequívoco que a informação deve abranger as vantagens e inconvenientes do tratamento proposto. Porém, a medicina não é uma ciência exacta e é praticamente impossível fazer previsões que antevêm todas as possibilidades e intercorrências resultantes de um determinado tratamento ou da aplicação de certa técnica.”²⁵

O Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida possui, actualmente, 23 tipos de consentimento²⁶.

Analisados os 23 documentos, constatamos que todos possuem informação clínica exaustiva sobre benefícios e riscos resultantes da utilização de técnicas de PMA, mas poucos e de forma sumária fazem alusão às implicações éticas, sociais e jurídicas do recurso à PMA.

Para a *A. supra* citada, se o n.º 2 do art. 14 da Lei da PMA exige a informação dessas implicações, “é de rezear que todos os consentimentos prestados nesta matéria possam vir a ser declarados inválidos. E se assim for, resta saber quais as consequências desta invalidade, particularmente, no que respeita à filiação estabelecida.”²⁷

²⁴ MANSO, Luís Duarte, *op. cit.*, p. 141

²⁵ “Consentimento (des)informado na PMA heteróloga?”, in *Lex Medicinæ*, ano 8, n.º 15, 2011, p. 131 - 132

²⁶ Disponíveis em http://www.cnpma.org.pt/profissionais_modelos.aspx, consultados em 21 de Fevereiro de 2014, são consentimentos para: Fertilização *in vitro* ou microinjeção intracitoplasmática de espermatozóides; Fertilização *in vitro* ou microinjeção intracitoplasmática para diagnóstico genético pré-implantação; Fertilização *in vitro* ou microinjeção intracitoplasmática de espermatozóides com espermatozóides de dador; Fertilização *in vitro* ou microinjeção intracitoplasmática de espermatozóides com doação de ovócitos; Fertilização *in vitro* ou microinjeção intracitoplasmática de espermatozóides em portadores de vírus; Doação de espermatozóides; Doação de ovócitos; Criopreservação de espermatozóides; Criopreservação de ovócitos; Criopreservação de embriões; Inseminação artificial intraconjugal; Inseminação artificial com espermatozóides de dador; Inseminação artificial intraconjugal em portadores de vírus; Transferência de embriões criopreservados; Transferência de embriões criopreservados doados; Recolha cirúrgica de espermatozóides para microinjeção intracitoplasmática; Manutenção da criopreservação de espermatozóides; Manutenção da criopreservação de ovócitos; Fertilização *in vitro* ou microinjeção intracitoplasmática de espermatozóides; Consentimento Informado específico para a criopreservação em pré-zigoto; Criopreservação de pré-zigotos; Transferência de embriões após criopreservação de pré-zigotos; Manutenção da criopreservação de embriões (ou pré-zigotos).

²⁷ GONÇALVES, Patrícia, *op. cit.*, p. 132 - 133

Para uma maior compreensão das consequências a nível do consentimento, urge a análise dos artigos da Secção III do Livro IV²⁸ do C.C. Uma das formas de estabelecimento da filiação²⁹ é por presunção de *Pater is est quem nuptiae demonstrat*, presente no n.º 1 do art. 1826.º do CC. Porém, tal presunção pode ser ilidida por acção de impugnação da paternidade, o mesmo resulta dos números 1 e 2 do art. 1839º CC: cabe ao autor demonstrar que, de acordo com as circunstâncias, a paternidade do marido da mãe é manifestamente improvável.

O n.º 3 deste mesmo artigo ressalva a impugnação nos casos de consentimento em inseminação artificial³⁰.

O artigo não distingue os casos de IA homóloga da heteróloga³¹, mas claramente que tal acção só poderia vingar na IA heteróloga, já que nesta, o esperma usado pode não pertencer ao marido da mãe: a filiação não responderia ao biologismo, mas alicerçar-se-ia no consentimento.

Para Joana Cabral PEREIRA³² e LIMA/ Pires de / VARELA, Antunes³³, mesmo que os pais hajam consentido na IA heteróloga, o filho poderá impugnar a paternidade, segundo o n.º1 e alegando os termos do n.º 2.

²⁸ Livro do Direito da Família, Secção relativa ao estabelecimento da paternidade, compreende as disposições dos artigos 1826.º a 1873.º

²⁹ Relação jurídica familiar que une pais e filhos, torna-se, após o nascimento, um vínculo jurídico originário de diversos deveres e direitos. Sobre a filiação *vide*: MENDES, João Castro de / SOUSA, Miguel Teixeira de, *Direito da Família*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa 1990/1991, p. 214; PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família contemporâneo*, reimpressão, 3ª edição, AAFDL 2011, p. 131; GOMES, Carla Amado, “Filiação, adopção e protecção de menores – quadro constitucional e notas de jurisprudência”, in *Lex Familiae*, ano 4, n.º 8, 2007, p. 20 e 21.

³⁰ Para OLIVEIRA, Guilherme de, o artigo visa a protecção dos estados adquiridos, in “Procriação com dador, Tópicos para uma intervenção”, *Procriação assistida, Colóquio interdisciplinar (12-13 de Dezembro de 1991)*, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 1993, p.39. Para PEREIRA, Joana Cabral, o legislador deu um “pontapé no princípio da verdade biológica”, verdadeira excepção ao biologismo que inspirou a reforma, pois o marido é forçado a manter o estatuto de pai sem ser o progenitor do filho”, in “Considerações sobre o artigo 1839º n.º3 do Código Civil (implicações ético-jurídicas da inseminação artificial heteróloga)”, in *Scientia Iuridica*, tomo LI, 2002, p. 155. Para Antunes VARELA, resulta do preceito o sentido de a ordem jurídica não adoptar uma concepção absolutamente biológica ou genética da filiação, in “A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro”, *RLJ* n.º 3849, p. 359.

³¹ Quanto à origem dos gametas, para maior desenvolvimento *vide*: RAPOSO, Vera Lúcia, *Direito à imortalidade, op. cit.*, vol. I, p. 274ss

³² PEREIRA, Joana Cabral, *op. cit.*, p. 156.

Tal compreensão merece a nossa crítica, seguindo os passos de Guilherme de OLIVEIRA³⁴ e José Oliveira ASCENSÃO³⁵, se a paternidade estabelecida por consentimento do cônjuge não pode por ele próprio ser impugnada, também não o poderá ser por mais ninguém; o filho fruto de uma IA heteróloga impugnar a paternidade carregaria problemas de impossível resolução, já que o dador nunca poderia ser considerado o pai (art. 21º do diploma em apreço).

No mesmo sentido que Joana Cabral PEREIRA³⁶ e Guilherme de OLIVEIRA³⁷ encaramos a possibilidade de impugnação da paternidade com base em IA heteróloga como um abuso de direito³⁸, na vertente de *venire contra factum proprium*.

Releva em sede de consentimento os vícios da vontade, e.g., se o marido permitiu a inseminação com firme convicção que o sémen usado seria o seu e não de um dador, aqui já deverá ter lugar a impugnação da paternidade.³⁹

O consentimento não poderá ser *ad aeternum*, a faculdade de revogação é tipificada no n.º 4 do art. 14º da Lei 32/2006, de 26 de Julho, mas o artigo encerra em si algumas dúvidas, nomeadamente no que concerne à expressão “até ao início dos processos terapêuticos da PMA” no caso do sexo masculino.

³³ LIMA/ Pires de / VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Volume V, (artigos 1796º a 2023º), Coimbra Editora, 1995, p. 188, os AA manifestam-se contra o artigo, defendendo que, em caso de impugnação, a criança deve ser registada como “sem pai”.

³⁴ In “Critério Jurídico da Paternidade”, *op. cit.*, p. 356 – 358. Para o A., da mesma forma que a mãe não pode invocar o não biologismo para a retirada do estatuto, também o pai não o deve fazer, tal constituiria abuso de direito, devendo assentar a relação familiar em boa-fé e respeito, in “O Estabelecimento da Filiação mudança recente e perspectivas”, *BFD*, vol. LXI, 1985, p. 82.

³⁵In “Procriação assistida e direito”, *op. cit.*, p.660 - 664, conclui o A. que a terceira forma de vínculo de paternidade (além da natural e da adoptiva) será a por inseminação artificial consentida pelo cônjuge. No mesmo sentido DUARTE, Tiago, *In vitro veritas? A procriação medicamente assistida na constituição e na lei*. Almedina, Fevereiro, 2003, p. 57ss.

³⁶ “Considerações sobre o artigo 1839º n.º3 do Código Civil (implicações ético-jurídicas da inseminação artificial heteróloga)”, in *Scientia Jvridica*, tomo LI, 2002, p. 174. Para ASCENSÃO, José de Oliveira, in “Procriação assistida e direito”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, Vol. I, Almedina, 2000, p. 664, a justificação é inaceitável, “o epicentro do preceito está na própria aceitação de um vínculo de novo tipo de paternidade. Este uma vez admitido, não pode mais ser recusado, mas isto por força da vinculatividade que é contrapartida normal da autonomia privada”.

³⁷ in “O Estabelecimento da Filiação mudança recente e perspectivas”, *Boletim da FDUC*, vol. LXI, 1985, p. 82

³⁸ Art. 334º CC

³⁹ Seguimos o entendimento de Gonçalves, Patrícia, “Consentimento (des)informado na PMA heteróloga?”, in *Lex Medicinæ* ano 8, n.º 15, 2011, p.133; PEREIRA, Joana Cabral, *op. cit.*, p. 156, esta última A., refere inclusive, a hipótese de responsabilidade médica por informações insuficientes ou incorrectas.

Na mulher, o consentimento da beneficiária das técnicas de PMA, poderá ser sempre revogável, “não se concebe obrigá-la a transferir um embrião para o seu útero e se submeter física e emocionalmente ao tratamento se não pretende levar adiante uma gravidez”.⁴⁰

No caso do homem, na esteira de Sandra Marques Magalhães⁴¹, acreditamos dever-se entender por “início dos procedimentos” a transferência do embrião para o útero materno. O consentimento poderá ser revogado, quando, também o próprio processo o possa ser, ou seja, até ao último acto capaz de causar a gravidez.

⁴⁰ Segundo MAGALHÃES, Sandra Marques, “não se concebe obrigá-la a transferir um embrião para o seu útero e se submeter física e emocionalmente ao tratamento se não pretende levar adiante uma gravidez...”, in *Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homologa post mortem*, Coimbra Editora, 2010, p. 124.

⁴¹ *Ibidem*.

4. Anonimato do Dador⁴²?

Não é nossa intenção tratar de forma completa a questão do anonimato do dador, faremos uma breve introdução/esclarecimento da temática, uma vez que, surge-nos impensável o tratamento da PMA sem menção a este tema tão controvertido.

A IA heteróloga levanta o problema do anonimato de quem cedeu o sémen, a discussão gravita na controvérsia de saber se a criança nascida em virtude desta técnica deve conhecer a identidade do dador ou tal informação permanecer confidencial?

Reflectindo sobre o artigo 15º da Lei 32/2006, aferimos o anonimato dos participantes. No entanto, este não parece ser absoluto, podendo subsistir informações de natureza genética (n.º 2 do art. 15º) e impedimentos a casamento (n.º 3 do art. 15º). Para Paula Martinho da SILVA e Marta COSTA⁴³, a consagração do anonimato pode ser visto numa dupla perspectiva: proteger a intimidade e privacidade dos intervenientes e garantir a não comercialização nem a coação à dação.

A maioria da doutrina propugna o anonimato do dador⁴⁴, ainda assim, há quem lute contra essa condição^{45 46}; uma nova corrente preconiza uma linha intermédia, atende a outros interesses, como a defesa da paz familiar.⁴⁷

⁴² Usaremos em toda a dissertação o termo dador e não doador, sufragamos na plenitude o entendimento de REIS, Rafael Vale e, *op. cit.*, p. 332, nota de rodapé n.º 760. Segundo ASCENSÃO, José Oliveira, “fala-se em dação para exprimir genericamente qualquer causa voluntária, sem qualificar mais precisamente o acto”, *in* “Procriação assistida e direito”, *op. cit.*, p. 656.

⁴³ *In A lei da Procriação Medicamente Assistida anotada (e legislação complementar)*, Coimbra Editora, 2011, p. 90.

⁴⁴ COELHO, F.M Pereira, *et al.*, defende o anonimato uma vez que o dador não participou no projecto parental. A paternidade é estabelecida quanto ao marido/unido de facto da mãe, *in* “Relatório da comissão para o enquadramento legislativo das novas tecnologias”, *Comissão Para o enquadramento legislativo das novas tecnologias, utilização das técnicas de Procriação Medicamente Assistida (Projectos)*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1990, p. 23. A Directiva 2004/23/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, publicada no Jornal Oficial da União Europeia, de 7 de Abril de 2004 (L 102/48), ponto 18 e 29 consagra, igualmente, o anonimato do dador.

⁴⁵ A questão chegou até ao Tribunal Constitucional, uma vez que há quem defende o direito do filho ao conhecimento das origens genéticas, como uma manifestação do direito à identidade pessoal (Ac. n.º 101/2009, Processo n.º 963/06). O Tribunal confirmou a constitucionalidade do art. 15º da Lei 32/2006, de 26 de Julho.

Contra o anonimato: CAMPOS, Diogo Leite de, “A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador - ou a onipotência do sujeito”, *in Revista Ordem do Advogados*, ano 66, Vol. III,

A favor invoca-se, de entre outros argumentos, a defesa da paz familiar, a estabilidade psicológica da criança e a possibilidade da identificação diminuir o número de dadores⁴⁸

Numa perspectiva psicológica, Eduardo SÁ questiona-se: “(...) é-se filho de alguém por causa do código genético, ou apesar disso? Obviamente, apesar disso. Daí que, num plano psicológico, falar-se duma filiação genética representa uma falsidade porque apelando ao rigor ético, filiação é uma experiencia relacional e afectiva e, em circunstância alguma exclusivamente biológica (...) é ter uma visão reducionista da relação e desprezar a função que ela desempenha no modo como um ser humano a utiliza para se reconhecer nos seus ascendentes.”⁴⁹

Dezembro de 2006, p. 1028; OTERO, Paulo, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional*, Almedina, 1999, p.71; Duarte, Tiago, *op. cit.*, p.44ss. O [Parecer sobre a Procriação Medicamente Assistida \(44/CNECV/2004\)](#), disponível em: http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273057172_P044_ParecerPMA.pdf, acessado a 10 de Janeiro de 2014, reitera a ideia de que o conhecimento não pode implicar qualquer reivindicação de direitos do filho contra o pai.

⁴⁶ Para CARDOSO, Augusto Lopes, “Os desafios do direito face às actuais questões da reprodução humana assistida”, in *Cadernos de Bio-ética*, n.º 17, Novembro de 1998, p. 45. Segundo MELO, Helena Pereira de, o “direito do filho a ‘ter pais’, a saber a sua origem, deve superar o de os ‘pais terem filhos”, deve-se respeitar o direito à verdade biológica, *in op. cit.*, p. 190.

⁴⁷ REIS, Rafael Luís Vale e, constrói um modelo alternativo, no qual vigora o direito ao conhecimento das origens genéticas, que só seria paralisado em casos reconhecidos judicialmente. Não se pode abolir o anonimato, mas a lei pode ser ligeiramente alterada, permitir a ponderação de interesses: à partida pode-se conhecer a identidade a não ser que o dador invoque razões atendíveis; propugna o A., um equilíbrio do ónus da prova, in *O Direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra Editora, 2008, p. 471; 483 e 494; opinião também proferida em “Procriação medicamente assistida – Aspectos médicos e éticos”, Conferência de 27 de Março de 2014, na Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra. De relevo é, também, a notícia do Jornal Público citando o ilustre professor, *vide*: <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/os-filhos-de-dadores-de-esperma-e-ovocitos-tem-direito-a-conhecer-as-suas-origens-1632241> acessado a 24 de Abril de 2014.

⁴⁸ Entre outros, SILVA, Paula Martinho da / COSTA, Marta, *op. cit.*, p. 92.

⁴⁹ SÁ, Eduardo, “Problemas psicológicos da fecundação com esperma do dador”, *Colóquio interdisciplinar (12-13 de Dezembro de 1991)*, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 1993, p.46.

5. Reprodução *Post mortem*

É relatada pela primeira vez na mitologia egípcia, quando Isis procura e reconstitui os restos mortais de Osíris para com eles se fecundar.

A reprodução *post-mortem* poderá assumir a forma de inseminação, fertilização ou transferência embrionária⁵⁰, sendo que, no nosso ordenamento jurídico, as duas primeiras são proibidas e a última permitida.

Tema muito controvertido, a IA *post mortem* foi discutida pela primeira vez em França, em 1984 com o caso *Affair Parpalaix*.

O membro masculino do casal ao descobrir que sofria de cancro nos testículos e afigurando-se a possibilidade de se tornar infértil, recorreu a um banco de esperma, a fim de depositar o seu sémen para um futuro uso. Após o seu falecimento a esposa decide recorrer ao banco para se submeter a uma inseminação artificial; alegando o vazio legal, o banco recusou-se e o caso chegou aos Tribunais.

O tribunal de “Grande Instancia Créteil” considerou que havia em tal comportamento uma autorização tácita para o seu uso *post-mortem*, o depósito do sémen seria uma manifestação do desejo de conceber uma criança ordenando, assim, o centro a devolver o esperma. O tribunal autorizou a inseminação *post-mortem*, no entanto, esta não foi bem conseguida.⁵¹

⁵⁰ A Lei 32/2006, de 26 de Julho, trata da inseminação no n.º 1 e 2 do seu art. 22º, da transferência de embriões *post mortem* no n.º 3 do art. 22º e da fertilização no art. 26º.

⁵¹ Entre outros, ver ALMEIDA, Antónia Lisania, “O direito à sucessão dos embriões”, texto disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4809, consultado a 22 de Março de 2014; SILVA, Paula Martinho da / COSTA, Marta, *op. cit.*, p. 115 a 117; COSTA, Amélia, *op. cit.*, p. 78 – 79; MONGE, Marina Pérez, *La Filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, 2002, p. 266 – 267. Para RAPOSO, Vera Lúcia / DANTAS, Eduardo, “outra interessante questão debatida neste caso prende-se com a qualificação jurídica do contrato em causa. O Tribunal entendeu que não se identificava nem o contrato de depósito (pois o esperma não é uma *res* que pudesse ser objecto de semelhante contrato), nem o contrato de doação de órgãos (obviamente que não é de um órgão que se trata), mas sim de um contrato *sui generis* de finalidades terapêuticas”, in “Aspectos Jurídicos da Reprodução *post mortem*, em perspectiva comparada Brasil-Portugal”, *Lex Medicinæ*, ano 7, n.º 14, 2010, p. 85 – 86.

O mesmo Tribunal pronunciou-se em 1995 sobre o contrato entre o banco de esperma e o dador, como sendo um depósito, negando, no entanto, a sua entrega à esposa do falecido.⁵²

Outro caso de relevo nesta temática é o de *Diane Blood*, em 1995.

O senhor *Blood* havia iniciado um tratamento reprodutivo com a esposa quando subitamente entrou em coma, em face disso a esposa ordenou a extracção do sémen para futura fertilização, processo que carecia do prévio consentimento livre e esclarecido do dador.

Foi negada quer a realização da inseminação *post mortem* numa clínica inglesa, quer que o esperma fosse levado para outro país.

O caso chegou ao “High Court” Inglês, onde a senhora *Blood* invocou o regime comunitário da livre prestação de serviços⁵³ e a livre circulação de mercadorias⁵⁴ para fundamentar o pedido de realizar o tratamento na Bélgica, onde o consentimento escrito não era exigido.

A senhora *Blood* tem hoje dois filhos resultantes desse processo.⁵⁵

Para Jaime Vidal MARTINEZ a liberdade de procriar deveria terminar com a morte da pessoa, já que, esta não pode admitir ou rejeitar o projecto parental, “la practica de la fecundación *post mortem* se há tratado de justificar en algunos casos apoyada en los beneficios psicologicos que ello pueda suponer para la terapia de enfermedades terminales o susceptibles de producir infertilidad. Sin embargo también puede ser utilizada com finalidades, mucho más dudosas desde el punto de vista ético.”⁵⁶

Partindo do princípio da proibição da IA e FIV *post-mortem*, a Lei portuguesa reconheceu a necessidade de conceder protecção jurídica à “expectativa de vida” do embrião, devendo-se distinguir os casos em que não tenha havido ou apenas tenha

⁵² RAPOSO, Vera Lúcia / DANTAS, Eduardo, *op. cit.*, p. 86

⁵³ Cfr: Art. 49ºss do Tratado de Roma.

⁵⁴ Cfr: Art. 28º ss do Tratado de Roma.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 86; RAPOSO, Vera Lúcia, *Direito à imortalidade*, *op. cit.*, vol. I, p. 262 e 263; SILVA, Paula Martinho da / COSTA, Marta, *op. cit.*, p. 117; WATT, Helen, “The Diane Blood Case”, disponível em <http://www.linacre.org/Diane%20blood.pdf> consultado a 22 de Março de 2014.

⁵⁶ MARTINEZ, Jaime Vidal, “Derechos Inherentes en la reproducción asistida”, in *La Humanidad in vitro*, Biblioteca de derecho y ciencias de la vida, Granada, 2002, p. 288 e 290

havido recolha de material biológico do defunto, dos casos em que o processo de procriação assistida estava tão avançado que já se havia concebido um ou mais embriões. Na primeira hipótese: após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sémen do falecido, ainda que este haja consentido no acto de inseminação (n.º 1 do art. 22º).

O n.º 2 esclarece que “o sémen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem viva em união de facto é destruído se aquele vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen”, é assim, “lícita a transferência *post mortem* de embrião para permitir a realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão” (n.º3). Esta é uma solução que se compreende à luz do “interesse do embrião”, sendo de realçar que o legislador não quis que a mulher tomasse decisões precipitadas, pelo que exigiu um prazo de reflexão adequado.⁵⁷

O n.º 2 do art. 23.º da lei 23/2006, de 26 de Julho, prevê que, no caso da violação do disposto do artigo precedente, existindo após a morte do marido ou homem com quem vivia em união de facto, a inseminação da mulher com sémen do falecido, a criança que nascer é havida como filha do falecido, salvo quando, à data da inseminação, a mulher seja casada ou viva há pelo menos 2 anos em união de facto com homem, e que nos termos do art. 14º do diploma em apreço, tenha dado consentimento a tal acto. Para Jorge Duarte PINHEIRO, trata-se de uma concretização da filiação por consentimento não adoptivo.⁵⁸

Ausente esse consentimento, mesmo que a mulher tenha contraído casamento ou viva em união de facto, a filiação deve ser estabelecida quanto ao *de cuius* (art. 23 n.º1), tanto para prosseguir a vontade de procriar, apresentada em vida, quanto para conferir maior protecção à criança que vier a nascer, cujo melhor interesse, aliado ao valor do consentimento do ser genitor, norteia a opção por essa interpretação. Ninguém deve ser investido no estatuto de pai sem o consentir/desejar.

⁵⁷ 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)”, in *Lex Medicinæ*, ano 3, n.º 6, 2006, p.102

⁵⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família contemporâneo*, op. cit., p. 279; em sentido contrário CORTE-REAL, Carlos Pamplona, / PEREIRA, José Silva, *Direito da Família, Tópicos para uma reflexão crítica*, 2ª Edição, AAFDL, 2011, p. 207.

Carlos Pamplona CORTE-REAL, em 2002, já aludia ao facto de que não sendo explícito o consentimento na inseminação *post-mortem*, o mesmo poderá admitir a forma testamentária ou escritura pública, pois, “tal consentimento acaba por traduzir-se indirectamente na instituição virtual de um herdeiro (ou mais)”⁵⁹, cremos assim, que o A. se inspirou no ordenamento jurídico espanhol⁶⁰, uma vez que, este admite a fecundação *post mortem*, bastando uma qualquer aprovação escrita.

Destarte, o testamento escrito, assinado e cerrado pode ser um meio idóneo de expressar este consentimento.

O Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida possui um modelo de consentimento para a “criopreservação de espermatozóides ou tecido testicular”⁶¹, o mesmo refere que só ao dador é permitido o uso do material genético, no entanto, deixa um espaço em branco para com um “Sim” ou “Não” o outorgante responder à questão: “Consinto no uso dos meus espermatozóides para os tratamentos de PMA, mesmo na minha ausência”.

É esta afirmação que prende a nossa estranheza. No caso de responder afirmativamente, que tratamentos poderão ser estes, uma vez que, o Diploma em apreço, proíbe no seu n.º 1 do artigo 22º a inseminação e no artigo 26º a fertilização *in vitro*, em caso de morte do futuro progenitor.

Apesar do n.º 2 art. 22º da Lei 32/2006, de 26 de Julho, referir a destruição do material biológico em caso de falecimento, no modelo de consentimento analisado nada é referido.

A grande questão a que pretendemos chegar é se um casal, após o consentimento, seguros à ideia de que após o falecimento do marido a esposa poderia usar o sémen para se inseminar, ao tomar conhecimento da sua destruição poderá responsabilizar a clínica por falha de informação?

Mesmo que o consiga, interessa reflectir que a hipótese de procriar com o *de cujus* foi totalmente anulada.

⁵⁹ CORTE-REAL, Carlos Pamplona, *op. cit.*, p. 360.

⁶⁰ Art. 9º da Lei 14/2006 de 26 de Maio; SAPINA, Rafael Gomes-Ferrer, “Técnicas de reproducción assistida humana y derecho de sucesiones”, in *Revista Jurídica del Notariado*, Enero – Marzo 1995. p. 193

⁶¹ Disponível em http://www.cnpma.org.pt/Docs/Profissionais_CI_CrioEZ.pdf, acedido em 23 de Março de 2014.

Argumento invocado por vários autores e que nos parece bastante válido e digno de reflexão, é de que a muitas crianças falece o pai durante a gravidez da mãe e tal não constitui motivo de interrupção de gravidez não punível, nem é necessário um consentimento escrito para que a mãe possa continuar a gerar a criança. A igualdade entre filhos nascidos mediante técnicas e PMA e pelo método natural de procriação é um dos princípios subjacentes à nossa Lei 32/2006, de 26 de Julho, no entanto em sede de material genético tal igualdade parece não existir.

5.1. **Transferência *Post-mortem* de embriões**

A temática levanta manifestações contra e a favor. Não nos debateremos na análise das várias correntes, uma vez que a lei autoriza a sua prática.⁶²

O legislador distingue claramente o embrião do simples material genético: após a morte do dador esse material deve ser destruído, enquanto que, ao embrião é dada a possibilidade de transferência para a mulher. Tudo isto denota o estatuto que o legislador quis atribuir ao embrião.

A transferência *post-mortem* é admitida sob alguns requisitos⁶³: i) fundar-se na vontade expressa do falecido, a qual deve ser manifesta por escrito; ii) praticar-se dentro de um prazo determinado a contar da morte do cônjuge ou companheiro (n.º3 do art. 22º do diploma em apreço).

⁶² Atendendo à importância da liberdade humana na procriação, de as famílias monoparentais não serem sinónimo de insucesso familiar além de que na procriação dita “normal”, não há garantias do crescimento da criança com os dois progenitores; opção contrária não seria viável, já que se regista, actualmente, um aumento exponencial dos divórcios. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, faz paralelo entre adopção e PMA, criticando a proibição que havia no “projecto para a utilização de técnicas de procriação assistida da comissão para o enquadramento legislativo de novas tecnologias”, o “direito da criança a uma família biparental não é absoluto, sob pena de se negar à própria criança o direito à existência em casos específicos de intenso desejo de gerar por parte de ambos os progenitores, mas em que a procriação natural surja dificultada por causa alheia à vontade destes”, in *O Direito Geral da Personalidade*, Coimbra Editora, 1995, p. 215/216, nota de rodapé n.º 427. Para OLIVEIRA, Guilherme, o argumento não basta para permitir o acesso de mulheres sós a estas técnicas de procriação, in “Procriação com dador. Tópicos para uma intervenção”, *op. cit.*, p. 34. Para RAPOSO, Vera Lúcia, “A verdade é que se as famílias “unipessoais” começam a gozar de algum reconhecimento social e jurídico...”, in “Em nome do pai (... da mãe, dos dois pais, e das duas mães)”, *Lex Medicinæ*, ano 4, n.º 7, 2007, p. 41.

⁶³ RAPOSO, Vera Lúcia / DANTAS, Eduardo, *op. cit.*, p. 85

A posição da recomendação “Warnock”⁶⁴ é a de que no caso de morte de um dos membros do casal o direito de usar o embrião passe para o sobrevivente e no caso da morte de ambos esse direito seja da clínica onde o mesmo está.

5.1.1. O Consentimento na Transferência *post mortem* de embriões

Resulta do n.º 3 do art. 22º da Lei 32/2006, de 26 de Julho, que para a transferência *post mortem* de embriões é necessário que o pai, antes do falecimento, deixe por escrito o projecto parental.

A norma na sua aceção, levanta algumas questões: devemos optar pela via estrita do consentimento expresso e escrito, numa busca de maior segurança; ou devemos seguir a via que melhor satisfaça os interesses dos envolvidos, até de quem eventualmente não consiga consentir?⁶⁵ Inclino-nos mais pela segunda opção, invocando o direito a constituir família e o facto de a boa-fé e a confiança mútua não necessitarem de documento assinado por ambas as partes.

A posição da Associação Portuguesa de Bioética é de que, “com efeito, a implantação num útero constitui a única forma de permitir o ulterior desenvolvimento embrionário e o facto de o pai ter falecido não justifica que não se proceda à mesma (...) parece-nos que mais vale nascer sem pai do que não nascer. E deixar o embrião morrer, pelo facto de o seu progenitor biológico ter falecido, seria atentar contra a vida humana embrionária”, tal posição, concluem, é justificada “na dignidade do embrião e não na autonomia do falecido pai que justificamos a licitude da implantação *post mortem*.”⁶⁶

⁶⁴ Ponto 10.12

⁶⁵ RAPOSO, Vera Lúcia / DANTAS, Eduardo, *op. cit.*, p. 85.

⁶⁶ Relatório/Parecer n.º P/03/APB/05 sobre procriação medicamente assistida, relatores: Rui Nunes e Helena Melo, Associação Portuguesa de Bioética, de 6 de Dezembro de 2005, disponível em http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802564441136379873procriacao_assistida_parecer_03.pdf acedido a 23 de Março de 2014. p. 24 – 25.

Capítulo II

Os Nascituros e a Aquisição da Personalidade Jurídica

6. A Personalidade Jurídica

Impera, no nosso ordenamento jurídico, a negação da personalidade jurídica⁶⁷ aos nascituros.⁶⁸ Na medida em que esta, nos termos do n.º 1 do art. 66º do CC,⁶⁹ ⁷⁰ só se adquire no nascimento completo e com vida, que é, segundo alguns autores, com o corte do cordão umbilical⁷¹, correspondente ao momento em que se dá a separação dos corpos, mãe e filho. Será este corte a figura de uma autonomia, de uma divisão de seres e existência? A primeira inalação de oxigénio traz consigo a bênção da personalidade jurídica?

O estudo da aptidão para se ser titular autónomo de relações jurídicas, revela para a compreensão do Capítulo seguinte em que trataremos do Direito das Sucessões, já que, é indispensável a personalidade jurídica do sucessível titular da designação sucessória prevalente.⁷² A regra importa, no entanto, exceções.

⁶⁷ Para Carlos Mota PINTO, a personalidade jurídica traduz-se na “aptidão para ser titular autónomo de relações jurídicas. Esta aptidão é nas pessoas singulares uma exigência de direito ao respeito e da dignidade que se deve reconhecer a todos os indivíduos”, in *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2005, p. 193. Sobre a história do surgimento do conceito *vide*: CAMPOS, Diogo Leite de, “Lições de Direitos de Personalidade”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXVII, 1991, p. 138ss.

⁶⁸ Atribuímos ao conceito um sentido *lato*, de acordo com os ensinamentos de CHORÃO, Mário Emílio Bigotte, “O problema da natureza e tutela jurídica do embrião humano à luz de uma concepção realista e personalista do direito”, in *O Direito*, ano 123º, 1991, vol IV, (Outubro-Dezembro), p. 74, “(...) costuma incluir-se no *conceptus nondum natus* ou embrião humano, utilizando este termo em sentido amplo, de modo a abranger, genericamente, o produto da concepção nas várias fases da vida pré-natal (zigoto, mórula, blástula, embrião – antes e depois de implantado -, feto). Está em causa tanto o *conceptus in vivo* ou *in útero*, como *in vitro*. Trata-se, noutros termos, da condição jurídica do nascituros.”

⁶⁹ Ditava o art. 6º do Código de Seabra: “A capacidade jurídica adquire-se pelo nascimento, mas o indivíduo, logo que é procreado, fica debaixo da protecção da lei, e tem-se por nascido para os efeitos declarados no presente código” (*sic*). A mudança operou-se quanto à exigência de figura humana, que era prevista no art. 110º do mesmo código.

⁷⁰ No Acórdão do TC n.º 357/2009 levantou-se a constitucionalidade do art. 66º do CC e a indemnização do dano morte de um feto. Releva o voto de vencido de João Cura Mariano, que considera inconstitucional o art. por violação do art. 2º e 24º da CRP. Na ciência penal, o início do trabalho de parto separa o crime de aborto do crime de homicídio.

⁷¹ FIGO, Tiago, *A tutela Juscivilística da vida pré-natal, o conceito de pessoa revisado*, Coimbra Editora, 2013, 1ª edição, p. 24. MANSO-PRETO, José Alfredo Soares, *Estudos sobre a situação jurídica dos nascituros e concepuros no domínio da sucessão testamentária*, Tese de licenciatura em ciências jurídicas na faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1947, p. 29.

⁷² “A capacidade sucessória é, no fundo, a personalidade jurídica ou a capacidade de gozo (activa) de adquirir o direito de suceder *mortis causa* a outrem”, LIMA/ Pires de / VARELA, Antunes, in *Código Civil Anotado*, Volume VI, artigos 2024º a 2334º, Coimbra Editora, 1998, p. 33

Destarte, no que pese o art. 66º do CC, a controvérsia está longe de ser pacífica, podendo apontar-se como linhas de raciocínio, os que defendem que o nascimento traz consigo a personalidade jurídica e os que rejeitam por completo este início de personalidade, atribuindo-o à concepção, uma tutela “*ab initio*”.

Na primeira corrente encontramos autores que atribuem crucial importância à letra do art. 66º CC, assim, se o legislador não atribuiu personalidade ao nascituro, foi porque não quis⁷³. São conhecidas como correntes natalistas.⁷⁴

Carneiro da FRADA enquanto defensor de a personalidade jurídica se iniciar com o nascimento, cria uma nuance à doutrina sufragando que “o legislador de 1966 não terá querido responder com o art. 66, n.º 1, ao problema da tutela do nascituro contra lesões à vida ou à integridade física.”⁷⁵

Para Silmara Chinelato ALMEIDA a corrente baseia-se na errónea convicção que o embrião no direito romano não era sujeito de direitos.⁷⁶

Entre os pensadores que rejeitam o preceito e a atribuição da personalidade ao nascimento temos Diogo Leite CAMPOS e Bigotte CHORÃO.

Para o primeiro A.,⁷⁷ o nascimento é apenas um passo e não o grande acontecimento que a lei parece mostrar, toda a vida pré-natal é ignorada em prol de um pequeno momento. Segundo Bigotte CHORÃO a situação reflecte um “*deficit* personalista no direito da codificação civil”. O A. baseia-se no facto de a ciência já ter provado que o embrião é deste a concepção um indivíduo com genética própria.⁷⁸

⁷³ FIGO, Tiago, *op. cit.*, p. 114.

⁷⁴ PINTO, Carlos Mota, *op. cit.*, p. 201ss; FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol.I, Introdução, Pressupostos da Relação Jurídica, 6ª Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, p. 204 e 223.

⁷⁵ Frada, Manuel A. Carneiro da, "A Protecção juscivil da vida pré-natal- sobre o estatuto jurídico do embrião", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 70, Vol. I/IV, 2010.

⁷⁶ In “Direitos do Nascituro no Sistema Jurídico Brasileiro”, in *O Direito*, ano 129º, 1997, I-II, (Janeiro – Junho), p. 60.

⁷⁷ CAMPOS, Diogo Leite de, in “Lições de Direitos de Personalidade”, *op. cit.*, p. 160.

⁷⁸ CHORÃO, Mário Emílio Bigotte, in “O problema da natureza e tutela jurídica do embrião humano à luz de uma concepção realista e personalista do direito”, *op. cit.*, p. 75 a 83.

Comparação bastante interessante, que se insere nesta linha de raciocínio, é a de ALLGEMEINER,⁷⁹ segundo o qual, a personalidade jurídica, à semelhança do que acontece com a maioridade, é um fenómeno de formação continuada, gradual, do organismo humano, que se processa durante os curtos meses que medeiam entre a fecundação do óvulo e o nascimento da criança. O A. defende que a personalidade começa com a concepção.

Especialmente na Escola de Lisboa é reconhecida a personalidade jurídica desde a concepção, de onde se destaca, entre outros, Carneiro da FRADA, para o A. não persistem dúvidas, é manifesto que “se há lesões provocadas ou ocorridas na e durante a vida intra-uterina que devem ser reparadas, parece que constitui uma exigência dogmática o reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro”, até porque se não há sujeito, não há violação a ser reparada (art. 483º CC).⁸⁰

Importa ter presente que o art. 66º do CC provém do DL n.º 47344 66, de 25 de Novembro, não tendo sofrido, até hoje, nenhuma alteração. Bigotte CHORÃO⁸¹ em escritos de 1998, defendia uma reformulação das normas civis relativas à aquisição de personalidade do nascituro e os seus direitos de personalidade. Seguiu-se Diogo Leite CAMPOS em 2006, concluindo que “as normas contidas na maioria das legislações que vinculam o início da personalidade ao nascimento, estão portanto, naturalmente gastas e ultrapassadas.”⁸²

Pais de VASCONCELOS ao criticar a redacção dada ao art. 66º CC, adverte, no entanto, que não nos devemos prender à sua letra, mas entende-lo como uma referência à capacidade de gozo. “A personalidade jurídica inicia-se com a vida, não devendo ficar dependente da lei”⁸³.

⁷⁹ LARENZ, Allgemeiner, *Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, II, p. 79, *apud*, VARELA, Antunes, “A condição Jurídica do embrião humano perante o Direito Civil”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, Vol. I, Almedina, 2000, p. 631 e 632.

⁸⁰ FRADA, Manuel António Carneiro da, “A protecção juscivil da vida pré-natal sobre o estatuto jurídico do embrião”, in *Colóquio Internacional em Homenagem a Mário Emílio Forte Bigotte Chorão: Verdade, pessoa humana e ordem político-jurídica*, vol. especial 2008, p. 140.

⁸¹ In “Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro”, *O Direito*, ano 130, 1998, I-II (Janeiro – Junho), p. 87.

⁸² CAMPOS, Diogo Leite de, “A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista)”, in *Pessoa Humana e Direito*, Coordenação de Diogo Leite Campos e Silmara Juny Chinellato, Almedina, 2009, p. 49.

⁸³ VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2006, p. 107 – 108.

O primeiro esforço para disciplinar o estatuto jurídico do embrião, no âmbito da PMA, foi o “Projecto para a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida”, elaborado pela Comissão para o Enquadramento legislativo de novas tecnologias⁸⁴.

Em jeito de reflexão, concluímos com as palavras de João Carlos LOUREIRO: “todos os seres humanos são pessoas e a todas as pessoas humanas deve ser reconhecida – e não concebida! – personalidade jurídica.”⁸⁵

7.1.As Teorias Concepcionistas

Como *supra* exposto, são vários os autores que se manifestam contra a atribuição do estatuto de pessoa em exclusivo ao recém-nado, defendendo que o nascimento enquanto um fenómeno de passagem do meio intra-uterino para o mundo exterior não deve ter a importância que a maioria das legislações lhe atribui. Dentro destas teorias que atribuem direitos ao concepturo, não é pacífico o entendimento sobre em que momento tais direitos devam ser reconhecidos, uma vez que, o estágio de desenvolvimento do embrião na primeira semana não é nem similar ao desenvolvimento do oitavo mês. Equaciona-se ainda, se o embrião com baixa viabilidade deve ter iguais direitos ao feto prestes a nascer.

Foi a esta pergunta que as seguintes teorias tentaram responder.

7.2. Teoria da Fecundação

O seus defensores consideram o genoma⁸⁶ um elemento básico e identificador do ser humano. O genoma forma-se na fecundação, logo, considera-se o embrião humano (na forma natural ou *in vitro*), nesse momento, uma pessoa.

⁸⁴ Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1990.

⁸⁵ LOUREIRO, João Carlos, “Dignidade e Direitos do Embrião”, *in* Cadernos de Bioética, ano XVI, n.º 39 Dezembro de 2005, p. 390.

Biólogos e geneticistas já demonstraram que após a fecundação a carga genética do novo ser é completamente diferenciada da do pai ou mãe.⁸⁷

7.3. Teoria da Nidação

Estudos demonstram que é por volta do 20º dia que se dá a fixação do zigoto ao útero. Segundo esta doutrina será nesse dia que teremos uma pessoa, em consonância com a aquisição das características de unidade⁸⁸.

Defendida por Silmara ALMEIDA, ajuíza a A. que como consequências jurídicas deste entendimento teremos: a) Responsabilidade civil, indemnização por danos morais e não morais, sendo dela beneficiários os pais genéticos, em principio, ou aqueles a quem os embriões tenham sido destinados; b) Possibilidade de herdar, através do testamento; c) Possibilidade de ser beneficiário de *fideicomisso*; d) Possibilidade de ser curador; e) Possibilidade de ser adoptado ainda *in vitro*.⁸⁹

A legislação espanhola emprega o termo “preembrión”⁹⁰ para os embriões com menos de 14 dias de vida; e “embriones” para aqueles com mais de 14 dias de vida. Apesar de adoptar uma Teoria Natalista, uma vez que no art. 30º do Código Civil dispõe que “só se reputará nascido o feto que tiver figura humana e viver 24h

⁸⁶ Código genético composto por toda a informação hereditária, é indispensável ao desenvolvimento do novo ser.

⁸⁷ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato “Bioética e Direitos de Personalidade do nascituro”, in *Scientia Iuris*, vol. 7/8, 2003/2004, disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11105/9819>, acessado a 17 de Abril de 2014, p. 14.

⁸⁸ O tempo que medeia entre a fecundação e a nidação varia de mulher para mulher, estimando-se que ocorra entre 5 a 12 dias. A nidação, ou seja, a fixação do embrião ao útero dá-se, aproximadamente, em 13 dias.

⁸⁹ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato, in “Direitos do Nascituro no Sistema Jurídico Brasileiro”, *op. cit.*, p. 64 - 65.

⁹⁰ Pretende-se com este novo termo, nas palavras de Roberto ZURRIARÁIN, significar uma “realidad prehumana que no merece el respeto debilo a los sere humanos y, por ende, se justifica su uso y muerte como medio necessário para fines terapêuticos o de investigaciín”, In “La progresiva desprotección jurídica de la vida humana embrionária en espanã: de la ley 35/1988 a las leyes 14/2006 y 14/2007”, *Cuadernos de Bioética*, nº69, vol. XX, 2ª 2009, p. 175.

inteiramente desprendido do ventre materno”, na pratica aponta grande importância à nidação.

7.4. Teoria da Aparição da Actividade Cerebral

Se a vida de uma pessoa se finda com o cessar da actividade cerebral⁹¹, a *contrario*, a mesma deverá iniciar com o surgimento dessa actividade⁹², o que ocorre aproximadamente na 8ª semana de gestação.

7.5. Teoria da Forma Humana

A personalidade coincide com os traços físicos que permitem reconhecer o embrião como pessoa, o que ocorre entre a 12ª e 16ª semana. Seguindo Vera Lúcia RAPOSO⁹³, se a aparência humana tivesse verdadeiro significado, deveríamos rejeitar o estatuto de pessoa a indivíduos que, em virtude de patologias, pouco se assemelham a um ser humano.

7.6. Teoria da Viabilidade

Existirá pessoa quando o embrião tem possibilidade de vida, aptidão para sobreviver fora do útero materno. O que tradicionalmente se entende acontecer após as vinte e quatro semanas.

Conforme Vera Lúcia RAPOSO, “a viabilidade é um critério que depende da tecnologia disponível para manter ou não o feto fora do útero”. Aponta a A. que levar demasiado a sério o critério, conduziria a não considerar pessoas os recém-nascidos, os idosos e os acamados.⁹⁴

⁹¹ Art. 2º da Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, “a morte corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral”.

⁹² LÓPEZ, Pedro J. Femenía, *Status Jurídico civil del embrión humano, com especial consideración al concebido in vitro*, Madrid, 1999, p. 8.

⁹³ *In Direito à imortalidade...*, Vol. I, *op. cit.*, p. 346.

⁹⁴ *Ibidem, loco citato.*

7.7. Teoria da Percepção das Sensações

O que confere personalidade é a capacidade de o novo ser experimentar sensações de forma consciente. Uma vez que, a mais primitiva das sensações conscientes é a dor, seria este o sinal da personalidade. No entanto, não é possível determinar com exactidão as primeiras percepções de dor. Estudos demonstram que o neocortex humano começa a formar-se por volta da oitava semana de gestação e por volta da vigésima semana está completo.

É com base neste princípio que se estabeleceu o tempo de gestação em que pode decorrer a interrupção voluntária da gravidez, já que antes das vinte e quatro semanas o embrião humano não sente dor.⁹⁵

7.8. Reflexão Crítica

Reconhecer a desadequação das leis que nos regem é um primeiro passo para que mudanças significativas possam operar.

O art. 66º do CC é fruto do DL n.º 47 334, de 25 de Novembro de 1966. À época a vida intra-uterina ainda era um mistério a desvendar, a ultrassonografia, enquanto primeiro mecanismo de conhecimento do *fetus*, foi implementada em 1970 nos hospitais Britânicos.⁹⁶

É inteligível que aquando da redacção das normas civilísticas o desconhecimento e mistério da vida embrionária, leva-se a atribuir crucial importância ao nascimento, ao momento em que se conhecerá o sexo e aspecto da criança, circunstância em que o desconhecido se começava a desvendar.

Mas se a ciência evoluiu, se a sociedade acompanhou a progresso, falta a ordem jurídica dar os passos tão aguardados.

⁹⁵ “As descobertas sugerem que abortos conduzidos dentro das 24 semanas não resultam em sofrimento do feto. Isso seria porque há evidências que o ambiente químico no útero induz "uma inconsciência permanente como sono ou sedação"”, in <http://veja.abril.com.br/noticia/saude/feto-humano-nao-sente-dor-antes-de-24-semanas>, acessado a 17 de Abril de 2014.

⁹⁶ “5 Fascinating Facts About Fetal Ultrasounds” <http://www.livescience.com/32071-history-of-fetal-ultrasound.html>, acessado a 15 de Abril de 2014.

No seguimento do entendimento de Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA defendemos que “a protecção da vida intra-uterina não tem que ser idêntica em todas as fases do desenvolvimento, desde a formação do zigoto até ao nascimento.”⁹⁷

Capelo de SOUSA faz apelo à necessidade de reconhecer “no concebido uma entidade parcialmente dotada de força jurisdicção, pois podem existir lesões e ilícitos juscivilmente tutelados nos casos em que o concebido morra antes do nascimento”, sendo mais harmonizável a existência de uma personalidade jurídica parcial.⁹⁸

Não almejamos, assim, a consideração de personalidade jurídica ao embrião de duas semanas, mas sim, que seja graduada uma protecção crescente dos seus direitos, uma salvaguarda a começar da décima semana atingindo o auge com o corte do cordão umbilical. É no pensamento destes ilustres professores, supracitados, que revemos o nosso entendimento.

No que pesa a reflexão e as Teorias Concepcionistas, estamos cientes que a consideração do embrião humano como pessoa implica reescrever as normas do Código Civil e do Código Penal e da própria Constituição da República Portuguesa.⁹⁹

⁹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, artigos 1º a 107º, Volume I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 449.

⁹⁸ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O Direito Geral da Personalidade*, Coimbra Editora, 1995, p. 363 – 364; *Idem*, *Lições de Direito das Sucessões*, Volume I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2000, p. 285 – 286.

⁹⁹ *Vide* Raposo, Vera Lúcia, *Direito à imortalidade...*, vol I, *op. cit.*, p. 359.

Capítulo III

Direito das Sucessões

8. Introdução ao Tema

“Sucessão vem do latim *successio*, substantivo correspondente ao verbo *succedere*, resultante da justaposição do prefixo *sub* e do verbo *cedere*, e que à letra quer dizer caminhar para debaixo de, colocar-se sob algo”.¹⁰⁰

Começando a nossa análise pelo direito romano, constatamos que a sucessão nos poderes do “*pater familias*” não era a sucessão “natural”, mas antes, a nomeação por testamento de um novo soberano no grupo familiar. O novo “*pater*” não estaria, necessariamente, vinculado por laços de sangue aos membros da sua nova família. Só mais tarde se estabeleceu uma quota do valor da herança para os parentes mais próximos (legítima).¹⁰¹

O termo *sucessão* é amplo, abrangendo a sucessão «mortis causa» e a sucessão em vida. É sobre a *sucessão mortis causa* que almejamos debruçarmo-nos no presente capítulo.¹⁰²

A morte, enquanto facto jurídico involuntário extintivo da personalidade jurídica (art. 68 n.º 1 CC), é a causa ou concausa¹⁰³ da abertura da sucessão. Este processo de abertura é tendente à ingressão nas relações jurídicas transmissíveis do *de cuius*.¹⁰⁴ Pode suceder-se por lei¹⁰⁵, testamento¹⁰⁶ ou contrato¹⁰⁷. A existência do fenómeno justifica-se

¹⁰⁰ TELLES, Inocêncio Galvão, “Algumas considerações sobre o conceito jurídico de sucessão”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1965, ano XIX, p. 93.

¹⁰¹ CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2012, 2ª Edição Revista e Actualizada, 5ª Reimpressão de Edição de 1997, Almedina, p. 456. PINTO, Carlos Alberto Mota, *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, p. 169 – 170. Para mais desenvolvimentos sobre a história e tipologia do Direito Sucessório, vide SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, in *Lições de Direito das Sucessões*, Volume I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2000, p. 87ss

¹⁰² *Ibidem*, p.27.

¹⁰³ Terminologia utilizada por Pereira COELHO.

¹⁰⁴ É um sistema profundamente associado ao direito de propriedade privada (art. 62º CRP).

¹⁰⁵ Sucessão legítima (art. 2131º a 2155º CC) e legitimária (art. 2156º).

¹⁰⁶ Negócio jurídico unilateral, singular e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles, é assim, essencialmente um acto de disposição patrimonial (art. 2179º n.º 2 CC), havendo sucessíveis legitimários, só poderá versar quanto à quota disponível. É tratado no Título IV do Livro V do CC.

nas expectativas dos familiares do *de cuius*¹⁰⁸ em poderem continuar a usufruir do património deste, “por outro lado, é sem dúvida, esta devolução a parentes mais próximos a que corresponderá melhor à vontade do autor da sucessão”.¹⁰⁹

O conceito amplo de sucessão abrange tanto a transmissão em vida como a que tem lugar por morte, “designa uma relação entre *prius* e um *posterius*”¹¹⁰. O conceito restrito abrange só a sucessão por morte.

8.1. Teses sobre a concepção da sucessão¹¹¹

Com a morte, os direitos e obrigações que integram o património deixam de ter titular, o que, em princípio, leva à sua extinção uma vez que não sobrevivem sem titular. Na esfera jurídica dos sucessíveis dá-se a criação de novos direitos. Posição doutrinária defendida por CARNELUTTI, WINSCHIED e KUNZE. Contra esta tese opõem-se 2 argumentos, a saber:

- 1) A ser admitida tornar-se-ia inaceitável a cessação de créditos, instituto pelo qual o titular de um crédito, o cede a terceira pessoa.
- 2) Sendo os direitos dos sucessíveis em tudo idênticos aos do sucessor, a tese é meramente teórica.

¹⁰⁷ Contrato feito em vida do *de cuius*, correntemente denominado de *pacto sucessório*, é admitido excepcionalmente nos casos previstos na lei (n.º 2 do art. 2028º do CC).

¹⁰⁸ A palavra provém da expressão latina “*is de cuius hereditate agitur*”.

¹⁰⁹ CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, *op. cit.*, p. 466 – 467, o autor não ignora o facto de actualmente os filhos pouco usufruírem do património dos pais, com uma saída mais precoce de casa, questiona-se se “ainda hoje, há um real fundamento para a sucessão necessária”.

¹¹⁰ COELHO, F.M. Pereira, *op.cit.*, p. 7.

¹¹¹ Seguimos de perto PROENÇA, José João Gonçalves, *Direito das Sucessões*, 3ª Edição, Quid Juris, Lisboa, 2009, p.12 – 13.

Os direitos manteriam a mesma identidade objectiva, as mesmas características, diferindo só quanto ao sujeito. Segundo Pereira COELHO¹¹² os direitos subjectivos que integram o património do autor da sucessão, devem ser encarados como estruturas objectivas.

A tese é sufragada por José PROENÇA, que entende que os direitos não podem deixar de existir, mesmo que estejam algum tempo sem titular¹¹³.

¹¹² *In Direito das sucessões, op. cit.*, p. 7ss.

¹¹³ *In Direito das Sucessões*, Quid Juris, Lisboa, 2009, p.13 – 14.

9. A Capacidade Sucessória¹¹⁴

O processo sucessório inicia-se com a abertura da sucessão (art. n.º 2031º CC) que abarca os bens que o *de cuius* era titular no momento do decesso¹¹⁵, à titularidade destes bens serão chamadas as pessoas com vocação sucessória, ou seja, com capacidade para suceder¹¹⁶. A capacidade sucessória é a regra¹¹⁷, esta deverá ser apreciada no momento da abertura da sucessão.

Examinaremos a capacidade sucessória passiva, ou seja, a aptidão de um indivíduo para ser chamado a suceder após o decesso do *de cuius* (art. 2033º do CC), corresponde a uma situação de legitimidade. Serão designados de sucessíveis, como explica Eduardo dos SANTOS: “os que podem suceder, os sucessores são os que sucedem. De maneira que a designação é tão-só a atribuição da qualidade de sucessível”¹¹⁸.

A existência é um dos pressupostos da sucessão hereditária, comum às modalidades de sucessão legal e voluntária e tem como fundamento a exigência de que alguém assuma a posição jurídica do *de cuius*, ingressando nas relações jurídicas que ele participava; a existência, desdobra-se em duas formas: *ainda existir* (o chamado deve ter existência ainda após a morte do *de cuius*) e *já existir* (há-de já ter personalidade jurídica no momento da abertura da sucessão).¹¹⁹

¹¹⁴ Tratada na Secção II do Livro V do Código Civil.

¹¹⁵ Morte civil por contraste com a morte natural ou presumida (art. 114º e ss CC). A morte natural é factor de perda da personalidade jurídica, assim, só ela pode fundamenar o início do processo sucessório. A determinação deste momento é importante para a verificação dos sucessíveis, um sucessível só tem direito à sucessão se sobreviver ao autor dela (art. 68 n.º 2). O lugar de abertura é o ultimo domicilio do de cuius.

¹¹⁶ Segundo o artigo art. 2032º CC que determina que “têm capacidade sucessória, além do Estado, todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, não exceptuadas por lei.”, quanto à sucessão testamentaria contratual têm ainda capacidade “os nascituros não concebidos que sejam filhos de pessoa determinada viva ao tempo da abertura da sucessão.”

¹¹⁷ A excepção é a Incapacidae por Indignidade, consagrada no art. 2034º do CC.

¹¹⁸ *in Direito das Sucessões, op. cit.*, p.73. No mesmo sentido, *vide*: ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil, Sucessões*, 5ª Edição, Coimbra Editora, 2000, p. 38.

¹¹⁹ COELHO, Francisco Manuel Pereira, *Direito das sucessões, op. cit.*, p. 182 a 184

Pereira COELHO reconhece, no entanto, que tal pressuposto é susceptível de levantar incertezas nos casos de nascituros já concebidos ou ainda não concebidos, devendo a sua capacidade aferir-se em momento ulterior.¹²⁰

¹²⁰ *Ibidem*, p.185; 206 – 208.

10. A Vocação Sucessório do Concepturo

A capacidade sucessória do não concebido   circunscrita, pela nossa lei,   forma contratual ou testamentária.

  exigência da alínea a) do n.  2 do art. 2033  CC que os concepturos sucessíveis sejam filhos de pessoa determinada e viva¹²¹ ao tempo da abertura da sucessão.

O Código de Seabra, de 1868, determinava como válida, no seu art. 1777 , a “disposi o a favor dos nascituros, descendentes em primeiro grau de certas e determinadas pessoas vivas ao tempo da morte do testador, posto que o futuro herdeiro ou legatário venha à luz f ra do praso dos trezentos dias” (*sic*). Cremos que esta seria uma disposi o a prever o chamamento dos concepturos   sucessão testamentária e contratual.

A capacidade sucessória sofre restri es no caso dos não concebidos, já que, a mesma, não se verifica aquando da morte do *de cuius*, assim, explica Diogo Leite CAMPOS, que “no caso de a institui o de herdeiro ou legatário estar sujeita a condi o suspensiva, a capacidade sucessória deverá existir em dois momentos: no momento da morte do *de cuius* e no da verifica o da condi o. É o que resulta do n.  2 do art. 2035  CC, que revela um princípio geral.”¹²² Para o A.¹²³, não se vislumbra a voca o sucessória antes da concep o, período no qual o testamento será “um negócio em vias de forma o completando-se no momento da concep o; momento no qual surgiria a voca o (actual)”.

José de Oliveira ASCENSÃO entende, igualmente, que a voca o se produzir  no momento posterior à abertura da sucessão, dependendo o direito de suceder do nascimento, até l  o que existe são “meras reservas objectivas estabelecidas por lei”.¹²⁴

¹²¹ A indica o da ascendência, tem em vista atenuar a d vida subjacente ao largo período de tempo que pode mediar entre a abertura da sucessão e o nascimento de uma criança.

¹²²In *Li es de Direito da Família e das Sucessões*, 2  Edi o Revista e Actualizada, 5  Reimpressão de Edi o de 1997, Almedina. 2012, p. 519 – 520.

¹²³ *Ibidem*, p. 515.

¹²⁴In *Direito civil, Sucessões*, *op. cit.*, p. 156-157.

Nesta hipótese de herdeiro ou legatário não concebido, ao tempo da abertura da sucessão, a administração da herança ou legado incumbe à pessoa ou pessoas que administram os bens se o chamado já tivesse nascido; é o que discorre do n.º 2 do art. 2240º CC.

Para Tiago FIGO “(...) é lícito afirmar que o direito com que o nascituro é beneficiado, por via sucessória ou contratual, pode ser um direito de crédito ou direito real. E, mesmo dentro desta última categoria, o direito que lhe é atribuído não tem de ser, forçosamente o direito real máximo, pleno e exclusivo, i.é, a propriedade. Pode ser um direito real menor (*ius in re aliena*)”¹²⁵.

No entendimento de Oliveira ASCENSÃO, a alínea a) do n.º 2 do art. 2033º CC literalmente não abrange o ser nascido posteriormente em consequência de criopreservação de gâmetas do próprio testador. Entende o A. que há uma lacuna e que a analogia da situação impõe o mesmo regime.¹²⁶

Com a devida vénia, entendemos não ser necessário recorrer à figura da analogia, é ponto assente que quanto a questões de PMA, a nossa legislação é lacunosa, mas isso não é condição para, em preceitos mais abstractos, apelarmos peremptoriamente à analogia. Não determinando o artigo como devem ser concebidos esses futuros herdeiros, se o fizesse cairia no risível, não devemos nós criar distinções; ver no artigo uma diferenciação na forma de concepção só criará violações ao princípio da igualdade. Assim, se o testador determinar que “X bens devem ser entregues ao primeiro filho que vier a nascer da sua actual esposa”, e se a esposa lhe sobreviver, tal disposição é válida e insere-se na letra do artigo em apreço sem ser necessária qualquer interpretação.

¹²⁵ In *A tutela Juscivilística da vida pré-natal...*, op. cit., p. 54.

¹²⁶ In *Direito Civil, Sucessões*, p. 129.

11. A Vocação Sucessória do Nascituro

Nos primeiros tempos do direito romano, em que a sucessão era vista como a tomada de posição familiar, o chamamento de um nascituro não era possível. Com a evolução do pensamento jurídico e assumindo a sucessão carácter patrimonial tornou-se lógico admitir a sua vocação, surgindo a máxima “*insfans conceptus pro nato habetur quoties de commodis eius agitur*”¹²⁷

Como explanado no capítulo anterior, a aquisição da personalidade jurídica d -se no nascimento completo e com vida, todavia, há certos interesses do *fetus*, nomeadamente sucessórios, com protecção legal antes do nascimento¹²⁸. Num plano não patrimonial, dispomos do n.  1 art. 1878  do CC que atribui aos pais o poder de representar os filhos nascituros, e dos artigos 1847 ; 1854  e 1855  ambos do CC que permitem a perfilhação de nascituro. Em termos sucessórios, a nossa lei equipara às pessoas nascidas às concebidas (n.  1 do art. 2033 ), chamando-as todas as espécies de sucessão, ficando os seus direitos dependente do nascimento, de acordo com o n.  2 do art. 66  CC.

Para Maria Dionísia MACHADO “a vocação de nascituros   futura e não actual, e por isso, pressupondo embora a existência de um sujeito, não esbarra com a carência de personalidade do nascituro, porque só surge no preciso momento em que este nasce.”¹²⁹

Não obstante o contributo da autora, subsiste, ainda, a questão de saber que título, são atribuídos alguns direitos ao embrião. Numa tentativa de simplificação e compreensão desta condição, surgiram várias teorias.¹³⁰ Exporemos as que prenderam o nosso reparo.

¹²⁷ MANSO-PRETO, José Alfredo Soares, *In Estudos sobre a situação jurídica dos nascituros...*, *op. cit.*, p. 17.

¹²⁸ Direitos nomeadamente de ordem patrimonial. Sobre o tema *vide*: CHORÃO, Mário Emílio Bigotte, “Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro”, *op. cit.*, p. 75.

¹²⁹ *In* “Vocação de nascituros e concepturos”, *op. cit.*, p. 109.

¹³⁰ Algumas posições doutriniais têm uso, igualmente, na protecção pré-natal da personalidade.

11.1. Teoria da antecipação da personalidade

Os nascituros concebidos à data da abertura da sucessão têm capacidade sucessória geral, n.º 1 do art. 2033 do CC, o que significa que podem ser chamados a todas as espécies de sucessões: legítima, legitimária, testamentária e contratual. No entanto, a eficácia da vocação fica dependente do seu nascimento (n.º 2 do art. 66 CC).¹³¹

Segundo SÁBAG haverá uma antecipação da personalidade, “a criança concebida não é uma pessoa futura; ela é já dotada de vida e o direito considera-a como nascida na medida em que o seu interesse o exige”, “a criança concebida é um sujeito de direito sob condição de que nasça viva e viável”.¹³²

Na linha destas teorias, defende Diogo Leite CAMPOS a plena capacidade sucessória do embrião, assim, se falecer antes de nascer, os seus bens devem ser transmitidos aos herdeiros¹³³.

Na esteira de Tiago FIGO¹³⁴, e com o devido respeito, discordamos que se possa atribuir plena capacidade sucessória ao nascituro. O A. anota algumas questões pertinentes à teoria de Diogo Leite CAMPOS, a saber: “pode herdar do nascituro a grávida que cometa um crime de aborto (ou deverá considerar-se o seu afastamento da sucessão, por indignidade ao abrigo do art. 2034º al. a)? Podem os pais vir a adquirir bens cuja administração se encontrem excluídos na pendência legal do nascimento? E suponha-se ainda que A designa como sucessível o nascituro B, por entender que as relações jurídicas patrimoniais sejam continuadas por aquela estirpe, mas não querendo beneficiar directamente os seus progenitores; a autonomia privada não sofreria uma entorse, caso B não nascesse e ainda assim fosse considerado herdeiro ou legatário,

¹³¹ SANTOS, Eduardo dos, *Direito das Sucessões*, *op. cit.*, p. 86.

¹³² SÁBAG, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, *apud* ARAÚJO, Maria Dionísia Machado de, “Vocação de nascituros e concepturos”, *op. cit.*, p. 107.

¹³³ CAMPOS, Diogo Leite de, “A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista)”, *op. cit.*, p. 24 – 54. *Idem*, *Lições de direito da família e sucessões*, *op. cit.*, p. 513 - 514. Segundo o A., “assente na biologia, na essência do homem que é a vida, o Direito reconhece o início da personalidade jurídica no começo da personalidade humana- na concepção”.

¹³⁴ *In Tutela juscivilística da vida pré-natal*, p. 130.

transmitindo-se para os seus ascendentes os bens que lhe tinham sido deixados por A.”¹³⁵

11.2. Teoria da Vocação Condicional

Os defensores desta Tese propugnam a capacidade sucessória do nascituro desde a concepção mas condicionada ao seu nascimento completo e com vida¹³⁶.

Reconhecer capacidade sob condição suscita a dúvida se a mesma deverá ser tratada como suspensiva ou resolutiva¹³⁷. No caso de uma condição (imprópria) suspensiva, o feto não tem personalidade jurídica antes do nascimento, mas, se antes de nascer lhe forem atribuídos bens por doação ou sucessão e ele vier a nascer com vida, reconhece-se a personalidade desde a data da aquisição¹³⁸. Se a aquisição for anterior à concepção, tem-se a personalidade, como adquirida, no momento da concepção.

Na condição (imprópria) resolutiva, a personalidade adquire-se na concepção e extingue-se com a morte, conseqüentemente se a morte ocorrer antes do nascimento, é retroactivamente desconsiderada a personalidade.

Manuel Carneiro da FRADA sustenta não resultar do art. 66º do CC uma condição *sine qua non* da aquisição da personalidade, “o preceito só impõe que o nascimento seja tido como condição suficiente da personalidade”. Para o A. antes do nascimento há sempre capacidade, mesmo que limitada ao direito à vida e à integridade física, “a tutela indemnizatória do nascituro por lesões intrauterinas que provoquem o nascimento com deficiência impõe, não apenas a personalidade, mas ainda capacidade jurídica do nascituro”. Propugna, assim, que devemos proceder a uma reinterpretação do

¹³⁵ *Ibidem*, p. 131.

¹³⁶ Como defensores deste corrente doutrinária encontramos, entre outros, GONÇALVES, Luiz da Cunha, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Volume I, 1929, p. 180-181; CORTE-REAL, Carlos Pamplona, *Curso de Direito das Sucessões*, Quid Juris, Lisboa, 2012, p. 197

¹³⁷ Na explicação seguimos de perto VASCONCELOS, Pedro Pais, *Direito de Personalidade*, *op. cit.*, p.109-110.

¹³⁸ Para Diogo Leite de CAMPOS, no caso de a instituição de herdeiro ou legatário estar sujeita a condição suspensiva, a capacidade sucessória deverá existir em dois momentos: no da morte do «de cuius» e no da verificação da condição, *in Lições de Direito da família e das Sucessões*, *op. cit.*, p. 520.

artigo atentando que o mesmo se refere à verificação da prova do suposto facto subjacente ao reconhecimento da personalidade jurídica.¹³⁹

Segundo Diogo Leite CAMPOS, mesmo a existência de uma vocação condicional é questionável, contudo “a existência de uma vocação (condicional) assente no facto de a designação produzir alguns efeitos desde o momento da morte do «de cuius»: o sucessor condicional pode aceitar desde o momento da abertura da sucessão; e verificam-se os efeitos previstos no art. 2238º CC”.¹⁴⁰

11.3. Teoria do Fideicomisso

Tese defendida maioritariamente em Itália, mas claramente de rejeitar. Alguns autores classificam a vocação dos concepturos como um fideicomisso¹⁴¹. A herança seria entregue ao administrado com a obrigação de a entregar ao concepturo quando ele nascesse. Mas no fideicomisso há uma dupla vocação, a do fiduciário e a do fideicomissário.¹⁴²

11.4. Teoria dos Direitos Sem Sujeito

Como explica Mota PINTO, a relação jurídica traduz-se num poder e numa vinculação conexas com um sujeito, todavia, nas situações de doação ou sucessão *mortis causa* de um nascituro ou concepturo, “parece existir um direito sem titular

¹³⁹ In “A protecção juscivil da vida pré-natal sobre o estatuto jurídico do embrião”, *op. cit.*, p. 151 a 153. No mesmo sentido, ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato, in “Direitos do Nascituro no Sistema Jurídico Brasileiro”, *op. cit.*, p. 62; *idem* “Estatuto jurídico do nascituro: O direito brasileiro”, in *Colóquio Internacional em Homenagem a Mário Emílio Forte Bigotte Chorão: Verdade, pessoa humana e ordem político-jurídica*, volume especial 2008, p. 170 - 171. A A. reconhece a possibilidade de a capacidade estar sujeita a condição, mas rejeita a submissão da aquisição da personalidade à verificação de uma condição.

¹⁴⁰ In *Lições de Direito da família e das sucessões*, *op. cit.*, p. 520.

¹⁴¹ Art. 2286º CC.

¹⁴² SANTOS, Eduardo dos, *Direito das Sucessões*, *op. cit.*, p. 91. COELHO, F.M. Pereira, *Direito das Sucessões*, *op. cit.*, p 194, nota 166.

activo entre o momento da doação ou da morte e o nascimento do beneficiário, pois neste momento é que surge uma pessoa jurídica.”¹⁴³

Existem autores que negam a possibilidade de direitos sem sujeito, com o argumento de que o poder terá sempre de pertencer a alguém. Para José MANSO-PRÊTO “o sujeito é elemento do próprio conceito de direito subjectivo. Tal figura padece, pois, de uma contradição interna”.¹⁴⁴

11.5. Tese da Expectativa de Aquisição de Direitos

Doutrina professada por Antunes VARELA, para o A. a atribuição de bens a nascituros é um processo aquisitivo de poderes escalonados por graus, ao tempo da atribuição o que há é um direito em formação sucessiva, em estado embrionário. O herdeiro que ainda não tenha nascido no momento da abertura da sucessão não goza, em bom rigor, de um direito subjectivo, mas antes de uma expectativa no seu ulterior chamamento à titularidade da herança. A verificação da situação jurídica está dependente do nascimento completo e com vida.

A mesma ideia, já vigorava no Código de Seabra, com a adesão de Luiz da Cunha GONÇALVES¹⁴⁵.

¹⁴³ *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, p. 196. Segue no mesmo sentido FIGO, Tiago, *A tutela Juscivilística da vida pré-natal, op. cit.*, p. 228. Releva para a compreensão da doutrina, o voto de vencido de Mário Cruz no Ac. do STJ de 17/02/2009, processo n.º 08A2124, Ac. que recusou a atribuição do dano morte a um nascituro.

¹⁴⁴ *In Estudos sobre a situação jurídica dos nascituros...*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁴⁵ *In Tratado de direito civil em comentário ao código Civil Português*, vol I, *op. cit.*, p. 179.

12. O Embrião Criopreservado

Subsiste, ainda, para alguns pensadores, a dúvida se deverá o embrião criopreservado ser diferenciado do embrião intra-uterino. Devemos atender ao facto de um estar a 37º graus positivos e outro a 196º graus negativos, de um nascer no prazo máximo de 9 meses e outro poder demorar anos, para diferenciar juridicamente os direitos a serem atribuídos?

Acreditamos que não. A protecção do embrião apoia-se numa expectativa de futuro, no que este se poderá tornar, quer o embrião criado *in vitro*, quer o de resultado natural, não obstante a diferente zona de formação, podem culminar num nascituro. “Não existe um estatuto jurídico-constitucional do embrião não implantado, sendo questionável a sua subjectividade e aceitável a sua protecção jurídica”.¹⁴⁶

Sobre os embriões excedentários, escreveu Rabindranath Capelo de SOUSA que “não são uma coisa, nem um produto destacado embora indissociável dos corpos dos progenitores. Têm autonomia biológica e jurídica, (...) têm personalidade jurídica parcial, sendo seus representantes legais os progenitores biológicos (art. 1878º n.º 1 CC) ou as pessoas colectivas públicas ou particulares, a quem forem doados os respectivos gâmetas, sem prejuízo dos poderes do Ministério Público nos termos gerais”.¹⁴⁷ Propugnamos não existirem razões atendíveis para não aplicar o mesmo raciocínio aos embriões criopreservados.

É notório no n.º 3 do art. 22º da lei 32/2006, de 26 de Julho, a dignidade e importância atribuída ao embrião criopreservado, ao permitir a Lei a sua transferência *post-mortem*, não obstante a proibição de fertilização e a inseminação. Na esteira de

¹⁴⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da Republica Portuguesa Anotada, op. cit.*, p. 449

¹⁴⁷ *in O Direito Geral da Personalidade, op. cit.*, p. 362, nota de rodapé n.º 362.

João Carlos LOUREIRO, defendemos que a diferente localização do embrião não justifica uma “diferenciação constitucional de tratamento”.¹⁴⁸

Não há, assim, motivo verosímil para afastar o embrião criopreservado da sucessão testamentária¹⁴⁹, uma vez que, a ideia de prole eventual contida na alínea a) do n.º 1 do artigo 2033º CC, “pode perfeitamente abranger quaisquer filhos da pessoa certa designada pelo testador, da maneira por ele indicada, estejam aqueles já nascidos, por nascer ou por ser concebidos no momento da abertura da sucessão.”¹⁵⁰

A *contrario sensu*, mas na mesma linha de raciocínio apresentada no ponto sobre a vocação de nascituros, José Oliveira ASCENSÃO entende que o artigo *supra* citado só incluirá os filhos do próprio testador, nascidos por via de criopreservação de gâmetas, se recorrermos à analogia¹⁵¹. Relativamente ao embrião criopreservado, defende que a lei permite uma dilação, na situação anterior, por os pressupostos estarem determinados. No entanto, a criopreservação estende-se para além desse domínio.¹⁵²

O raciocínio do ilustre Professor é lógico se partirmos da premissa que a primeira situação só estará prevista no artigo por meio da analogia. No entanto, já afastamos essa via. Uma vez mais, acreditamos que pela letra do preceito em análise, se poderá incluir os filhos resultantes de IA ou FIV *post mortem*; de igual modo, propugnamos a inclusão dos embriões criopreservados neste domínio. No nosso entender, não existe argumentação suficientemente válida, para se tratar de forma diferente o que é igual.

Na esteira de João Remédio MARQUES entendemos que “a criança que nasça da transferência *post mortem* de um embrião (...) será *sucessível legal* (herdeira legitimária e legítima) do falecido, pois, *na data da abertura da sucessão*, já se encontrava concebida”.¹⁵³ Alerta o ilustre A. para a possibilidade de perfilhação do embrião, “por

¹⁴⁸ In “Dignidade e Direitos do Embrião”, Cadernos de Bioética, ano XVI, n.º 39 Dezembro de 2005, p. 391.

¹⁴⁹ Nascimento, Paulo, procriação medicamente assistida post mortem..., *op. cit.*, p. 240.

¹⁵⁰ MAGALHÃES Sandra Marques, *Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida...*, *op. cit.*, p. 165.

¹⁵¹ In *Direito Civil, Sucessões*, p. 129.

¹⁵² *Idem*, “Procriação assistida e direito”, *op. cit.*, p. 673.

¹⁵³ MARQUES, J. P. Remédio, “O Regime Jurídico da Procriação Medicamente Assistida em Portugal e a Utilização dos Embriões – Notas Breves”, Editora Voxlegem, Florianópolis, Santa Catarina, e coordenada

*termo lavrado em juízo ou por declaração prestada perante o funcionário do registo civil, nos termos dos artigos 1853º e 1855º, ambos do Código Civil português.”*¹⁵⁴

O n.º 1 do art. 2033º CC é obra do DL n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966, tempo em que o legislador português não admitia a hipótese de procriação medicamente assistida. “Daí que não seja inteiramente descabida um interpretação restritiva do preceito, que exclua a qualidade de sucessível legal do filho resultante de uma transferência póstuma de embriões, já existentes no momento da abertura da sucessão, quando o respectivo nascimento não tiver ocorrido dentro dos 300 dias subsequentes à abertura da sucessão”¹⁵⁵

pela Dra. Ivone M. C. Coelho de Souza, disponível em <https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=3753>, acedido a 17 de Outubro de 2013. p. 13

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 11

¹⁵⁵ Pinheiro, Jorge Duarte, A necessidade da lei de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006 de 26 de Julho), p. 211, de igual forma Ascensão, José Oliveira, Procriação assistida e direito, p. 672.

13. Vocação Sucessória do filho nascido por meio de Inseminação Artificial ou Fertilização *in vitro post mortem*

Debruçamo-nos no ponto 5 do Capítulo I sobre a IA e a FIV *post mortem*, apreendemos que resulta dos artigos 22º e 26º da Lei 32/2006, de 26 de Julho, a rejeição das suas práticas no nosso ordenamento jurídico. Contudo, a mesma Lei determina que, se da violação da proibição resultar uma gravidez, o recém-nado é tido como filho do falecido (n.º 1 do art. 23º). Destarte, decidimos versar este ponto sobre a vocação sucessória dos nascituros gerados com recurso a estas práticas.

Na esteira de Carlos Pamplona CORTE-REAL, perfilhamos o entendimento de que, quando à sucessão testamentária, se pode incluir na alínea a) do n.º 2 do art. 2033º CC a capacidade sucessória do concepturo, filho do dador falecido, nascido por PMA *post mortem*, porém, tal pressupõe a indicação da mãe beneficiária e a aplicação dos princípios de sucessibilidade dos concepturos.¹⁵⁶

A problematidade da questão prende-se quanto à sucessão legítima ou legitimária, uma vez que, a Lei só atribui vocação a “pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão.”¹⁵⁷ Não é possível incluir no preceito a ideia de concepção com sémen criopreservado, já que, nem um estágio embrionário existe. Todavia, estamos a falar de um filho, a atribuição dos seus direitos sucessórios deve decorrer do simples facto de o ser, atribuindo-lhe a lei esse estatuto, seria incoerente negar-lhe o direito de suceder como tal.

“A atribuição de um *estatuto sucessório diferenciado* ao filho nascido da *inseminação póstuma* com o sémen do falecido terá de resultar expressamente da lei, como, aliás, se constata com alguns restrições expressas ao *princípio da unidade* ou da *indivisibilidade do estado das pessoas*”.¹⁵⁸

¹⁵⁶ In “ Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida”, *op. cit.*, p. 361.

¹⁵⁷ N.º 1 do art. 2033º do diploma em apreço.

¹⁵⁸ MARQUES, J. P. Remédio, “O Regime Jurídico da Procriação Medicamente Assistida em Portugal e a Utilização dos Embriões – Notas Breves”, *op. cit.*, p. 14. No mesmo sentido *vide*: RAPOSO, Vera Lúcia

José Oliveira ASCENSÃO defende que o filho nascido, em virtude de PMA, após 300 dias da morte do *de cuius*, não poderá ser chamado a suceder de forma legítima. Toda a dinâmica da sucessão está arquitetada para um desenlace a curto prazo. Receia o A. que admitindo esta sucessão nunca seria possível a fixação de um mapa de herdeiros, sujeitando a partilha a diversas alterações.¹⁵⁹

Sufragamos que atribuindo-se um prazo legal adequado a uma ponderada decisão de prosseguir com a IA ou FIV, a indefinição e indivisão da herança, que tantas preocupações suscita, em pouco tempo poderia estar solucionada.¹⁶⁰

No entanto, como já referido neste estudo, as normas do CC não estão adequadas a esta nova realidade. A Lei 32/2006, de 26 de Julho, admitindo como filho do *de cuius* a criança que nascer de IA *post mortem*¹⁶¹, abriu a janela a novos problemas que o nosso Código Civil não estava preparado para resolver e será na resolução deste problemas, na verificação no caso concreto das consequências e soluções, que se abrirá a porta para a admissão da PMA *post mortem*.

/DANTAS, Eduardo, “Aspectos Jurídicos da Reprodução post-mortem, em perspectiva comparada Brasil-Portugal”, *op. cit.*, p. 84.

O Código Civil da Catalunha prevê no artigo 442º - 1 n.º 2 que “Los hijos que nazcan en virtud de una fecundación asistida practicada de acuerdo con la ley después de la muerte de uno de los progenitores tienen capacidad para suceder al progenitor premuerto.”

¹⁵⁹ In “Procriação assistida e direito”, p. 672. *Idem* Direito civil – sucessões, p. 128 e 129. No mesmo sentido, *vide*: PINHEIRO, Jorge Duarte, “Procriação Medicamente assistida”, *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Volume I, Almedina 2005, p. 785.

¹⁶⁰ Se a Lei permitisse um prazo de três meses para a tomada da decisão, somando-se-lhe os nove meses de gestação, no prazo de um ano seriam conhecidos todos os sucessíveis.

¹⁶¹ N.º 1 do art. 23º.

14. Aceitação da Herança

Designa-se por “herança jacente” a situação da herança no período imediatamente subsequente à abertura da sucessão, este estado perdurará até à aceitação¹⁶² ou repúdio da mesma por parte dos sucessíveis, ou da sua declaração como vaga por parte do Estado (art. 2046º do CC). O estado da herança como jacente caduca após 10 anos do conhecimento do sucessível de ter sido chamado à sucessão (art. 2059º do CC), pretende-se com este prazo evitar o seu perecimento.

Os efeitos da aceitação da herança retrotraem-se ao momento da abertura da sucessão, em convergência com a regra enunciada no n.º 2 do art. 2050. É uma ficção jurídica que visa evitar hiatos na titularidade das relações hereditárias, dando relevo aos frutos da herança ou legado (art. 276º CC e art. 2242º CC).¹⁶³

A figura da aceitação da herança atinge a sua complexidade quando é feito o chamamento de quem está impossibilitado de a receber, é o caso do nascituro ou concepturo. A deixa a favor do nascituro, mesmo que já concebido, só pode ser aceite pelo seu representante legal (n.º 1 do art. 1878º, CC), depois de o chamado ter nascido (n.º 2 art. 66 do CC).¹⁶⁴

Creemos que no caso dos nascituros ainda não concebidos, poderá valer a mesma regra, se vierem a ser concebidos.

¹⁶² A aceitação é a forma de aquisição da posse dos bens (art. 2050º n.º 1 CC), pode ser pura e simples (sob a forma expressa ou tácita, art. 2056º n.º 1 CC) ou a benefício de inventário (art. 2052º CC). Uma vez prestada, a aceitação é irrevogável (art. 2061º CC).

¹⁶³ FIGO, Tiago, *A tutela Juscivilística da vida pré-natal*, *op. cit.*, p. 51 – 52.

¹⁶⁴ VARELA, Antunes, “A condição Jurídica do embrião humano perante o Direito Civil”, *op. cit.*, p.628; em sentido contrário, defendendo a aceitação antes do nascimento: FIGO, Tiago, *A tutela Juscivilística da vida pré-natal*, *op. cit.*, p. 49.

15. A Partilha

Disciplinada no Capítulo X do Livro V do Código Civil português. É um acto destinado a fazer cessar a indivisão do património. Cada um dos herdeiros¹⁶⁵ dispõe de uma parte ideal da herança, com a partilha o direito concretiza-se em bens certos e determinados.¹⁶⁶

Dispõe o n.º 1 do art. 2101º do CC que qualquer herdeiro pode exigir a partilha. Discute-se na doutrina se a partilha tem carácter *declarativo* ou *constitutivo*. Na esteira de Abílio NETO perfilhamos a primeira opção, uma vez que, atribuímos a esta divisão um carácter certificativo materializado em bens outrora indeterminados.¹⁶⁷

O estudo desta divisão e a forma como ela deve operar releva em matéria de PMA, uma vez que, não obstante o decesso do progenitor, sobrevive sempre a hipótese de nascerem mais herdeiros, em virtude da criopreservação de sémen ou de embriões.

Sendo muitas das nossas normas sucessórias resultado do Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966, ao tempo da sua redacção a hipótese de nascerem herdeiros após os 300 dias da morte do *de cuius*, não era viável. Actualmente é possível, e foi na tentativa de resolver o problema da chegada de herdeiros legítimos após realizada a partilha, que a nível doutrinal surgiram diversas soluções, a saber:

15.1. Comunhão temporária obrigatória

Existindo a incerteza do número de sucessíveis, defendem alguns AA a não realização de qualquer partilha, mantendo-se a herança ou legado sob administração até que seja assente a impossibilidade de haver mais nascituros. Os bens devem permanecer

¹⁶⁵ Os legatários não podem exigir a partilha. É legatário quem sucede em bens ou valores determinados. É herdeiro quem sucede na totalidade ou numa quota do património do falecido. Conforme o n.º 2 do art. 2030º do CC.

¹⁶⁶ NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 17ª Edição, Ediforum Edições Jurídicas, Lda, 2010, p. 1479.

¹⁶⁷ NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 17ª Edição, Ediforum Edições Jurídicas, Lda, 2010, p. 1479.

em comunhão indivisa para garantir que o último herdeiro a nascer não fique sem património.¹⁶⁸

A maioria da doutrina rejeita esta concepção invocando o n.º 1 do art. 1412º do CC, dita o preceito que “nenhum dos comproprietários é obrigado a permanecer na indivisão (...)”. Defendem alguns AA que no caso em apreço a indivisão seria por tempo indeterminado, colidindo forçosamente com o regime da administração da herança, o que acarreta diversas desvantagens económicas.¹⁶⁹

Segundo Jorge Duarte Pinheiro “a partilha não pode ficar indefinidamente por fazer, nem pode ficar sujeita a ser resolvida sempre que nasça uma pessoa. A designação do nascituro deve ser equiparada a um acordo de indivisão pelo prazo de cinco anos a contar da abertura da sucessão (Art. 2101º CC), pelo que a partilha não pode ser feita antes desse período”.¹⁷⁰

15.2. Partilha dos bens sob condição resolutiva

Realiza-se a partilha mas com a condição de serem retroactivamente destruídos os seus efeitos se um ou mais herdeiros vierem a nascer. Estes poderão reivindicar a sua

¹⁶⁸ Defensores desta doutrina encontramos Santos, Eduardo dos, *Direito das Sucessões*, p. 89; Vitali, Vittore, *Sucessione*, vol. I, apud Manso-Preto, José Alfredo Soares, *Estudos sobre a situação jurídica dos nascituros e concepuros no domínio da sucessão testamentaria*, p. 143. CARDOSO, João António Lopes, *Partilhas Judiciais*, vol. I, 5ª edição, Almedina, 2006. Corte-Real, Carlos Pamplona, defende que esta é a solução que resulta da nossa lei em virtude de esta comparar o regime das deixas a concepturos ao das deixas institutivas de herdeiros sob condição suspensiva, in *Curso de Direito das Sucessões*, p. 200

¹⁶⁹ Pereira Coelho, *Direito das Sucessões*, Lições ao curso de 1973-1974, p. 198. GONÇALVES, Luiz da Cunha, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Volume IX, Coimbra Editora, 1934, p. 709. Figo, Tiago, *A tutela Juscivilística da vida pré-natal*, p. 52 e 53, rejeitando também a doutrina exposta avoca o abalo das legítimas expectativas dos co-herdeiros depositadas na aquisição sucessória.

¹⁷⁰ In *Direito da Família e das Sucessões, parte geral dinâmica da abertura da sucessão à partilha, Parte especial: a sucessão legítimária*, vol. IV, p. 19

parte, ainda que esta se encontre nas mãos de terceiros, ficando os sucessores obrigados a recompor o quinhão hereditário dos herdeiros que forem nascendo.¹⁷¹

João Lopes CARDOSO propugnando esta doutrina, afirma que “quis o testador que todos os nascituros fossem contemplados à medida que nascessem; e não forçar os já nascidos à indivisão enquanto não se verificasse o nascimento de todos os instituídos.”¹⁷²

Francisco Pereira COELHO alerta para a necessidade de a condição resolutiva, a que se sujeita a partilha, ser registada como um ónus real, a fim de protecção dos interesses dos concepturos.¹⁷³

À proposta em análise é apontado como desvantagens a multiplicidade de partilhas a que uma herança pode ser sujeita, o que configura uma forma de propriedade resolúvel¹⁷⁴; e o risco de dissipação dos bens, não se conseguindo, uma verdadeira defesa dos direitos do nascituro.¹⁷⁵

Destarte, para combater o fundado receio de dissipação dos bens, apontam-se dois mecanismos legais, além do registo da condição suspensiva, capazes de assegurar, *ab initio*, os interesses dos nascituros.¹⁷⁶ :

- 1) Prestação de caução (2236º CC)
- 2) Possibilidade do representante legal ou curador especial no inventário de compor, nos termos do 2240º CC, a deixa dos nascituros, ficando

¹⁷¹ Doutrina defendida por, entre outros: SANTOS, Eduardo dos, *Direito das sucessões*, *op. cit.*, p. 89 - 90. MANSO-PRETO, José Alfredo Soares, *Estudos sobre a situação jurídica dos nascituros...*, *op. cit.*, p. 146ss. FIGO, Tiago, *A tutela Juscivilística da vida pré-natal*, *op. cit.*, p. 53. REIS, Alberto dos, *Processos Especiais*, Volume II, Coimbra Editora, 1956, p. 364.

¹⁷² CARDOSO, João António Lopes, *Partilhas Judiciais*, vol. I, 5ª edição, Almedina, 2006, p. 126 - 127

¹⁷³ *In Direito das Sucessões*, p. 200-201, nota 161.

¹⁷⁴ (art. 119º e 1307º). Sobre o tema *vide*: COELHO, F. M. Pereira, *Direito das Sucessões*, *op. cit.*, p. 142. CORTE-REAL, Carlos Pamplona, *Curso de Direito das Sucessões*, *op. cit.*, p. 200.

¹⁷⁵ José MANSO-PRETO, *Estudos sobre a situação jurídica dos nascituros e concepturos no domínio da sucessão testamentária*, p. 146ss. GONÇALVES, Luiz da Cunha, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Volume IX, Coimbra Editora, 1934, p. 709-710.

¹⁷⁶ SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Lições de direito das sucessões*, p. 141; p. 288, n.º 728; CARDOSO, João António Lopes, *Partilhas Judiciais*, *op. cit.*, p.107ss. Na jurisprudência Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 08.06.1995.

esta sob administração e partilhando-se os demais bens da herança (partilha parcial).

15.3. Partilha judicial aproximativa

Nesta terceira doutrina perfilha-se que a partilha deve realizar-se entre todos: os nascidos e os por nascer. Para tal o juiz deve ter em conta todos os elementos de probabilidade, determinando quantos sucessíveis ainda poderão existir.

Destarte, calculando-se que o casal terá 6 filhos, o primeiro terá 1/6 da herança e o resto continuará em administração. Se o n.º de filhos for superior, far-se-á uma dedução para compor o quinhão hereditário do que falta.¹⁷⁷ O filho que nascer adquire o seu direito à herança, com efeito que retroage ao momento em que se abriu a herança. Tem direito não só aos bens ou ao quinhão da herança, mas também aos respectivos frutos.¹⁷⁸

Para Alberto dos REIS, a grande arbitrariedade presente faz com que a solução não possa ser adoptada.¹⁷⁹

15.4. Reflexão Crítica

Guilherme OLIVEIRA¹⁸⁰ relativamente aos embriões criopreservados,¹⁸¹ reflecte que esse novo filho não poderá recorrer ao instrumento de “petição da herança”¹⁸², uma vez que este visa o chamamento de herdeiros “esquecidos”, o que não é o caso em

¹⁷⁷ GONÇALVES, Luiz da Cunha, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Vol. IX, *op. cit.*, p. 709. COELHO, F. M. Pereira, *Direito das Sucessões*, *op. cit.*, p. 199.

¹⁷⁸ GONÇALVES, Luiz da Cunha, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Volume IX, *op. cit.*, p. 710.

¹⁷⁹ *In Processos Especiais*, Vol. II, *op. cit.*, p. 364.

¹⁸⁰ *In* “O Direito Civil em face das novas técnicas de investigação genética”, in *Anuario de la facultad de derecho de la Universidad autonoma de Madrid*, 2006, p. 160.

¹⁸¹ Tema desenvolvido no ponto *.

¹⁸² Tratada no Capítulo VII do Livro V do CC português, artigos 2075º a 2078º.

apreço. Para o A. este embrião, embora concebido, não tinha à data do decesso do *de cuius*, capacidade sucessória¹⁸³, mas, por outro lado, propugna que “o filho nascido mais tarde não poderia deixar de ser considerado como filho do autor da sucessão, e parece injusto colocá-lo numa posição diferente dos irmãos.” Como solução, o ilustre Professor propõe a regra consagrada no nosso CC (art. 2029º) para o caso do herdeiro que sobrevenha depois de uma “partilha em vida”. Este novo herdeiro poderá reclamar a sua parte em dinheiro, não havendo necessidade de uma nova partilha.

Capelo de SOUSA¹⁸⁴ e João Lopes CARDOSO,¹⁸⁵ apresentam como solução a aplicação analógica de algumas normas que regulam o regime da sucessão testamentária, a saber, art. 2237º, art. 2239º e art. 2240º do CC. Assim, a partilha realiza-se, a herança do concepturo é posta em administração. Se este não nascer, a herança devolve-se aos herdeiros legítimos que o eram ao tempo do decesso do *de cuius*.

As duas concepções, *supra* citadas, são as que merecem o nosso agrado. Da parte das outras doutrinas, com certeza, receberiam a crítica de não haver certeza quanto ao número de herdeiros que se possa esperar. Acreditamos que esse é o ponto fraco das outras teorias, percebem um número ilimitado de herdeiros a nascer anos após a sucessão.

Como referido em ponto anterior, propugnamos a aceitação da realização da PMA *post-mortem*, mas mediante a estipulação de um prazo para a mulher decidir se a quer realizar. Assim, estipulando-se um prazo de 3 meses para a tomada da decisão, somando-lhe os 9 meses de gestação, no prazo de um ano podemos ter a situação resolvida; sendo, perfeitamente aceitável que, por o prazo de um ano se possa manter a herança em indivisão. Mas a sua partilha e a exigência da quota-parte em dinheiro, como defende Guilherme de OLIVEIRA; ou a sua colocação em administração, como

¹⁸³ Embora o n.º 1 do art. 2033º CC atribua capacidade sucessória a todas as pessoas “concebidas ao tempo da abertura da sucessão”, há autores que rejeitam a inclusão, neste preceito, do embrião criopreservado.

¹⁸⁴ *In Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, *op. cit.*, p. 2000.

¹⁸⁵ *In Partilhas Judiciais*, vol. I, *op. cit.*, p. 124.

defende Capelo de SOUSA e Lopes CARDOSO, é também, perfeitamente viável e capaz de resolver a problemática.

Concluindo

O primeiro capítulo da presente Dissertação iniciou-se com a compreensão do surgimento das técnicas de PMA e das existentes na actualidade. O acesso a estas técnicas, enquanto modo subsidiário de procriação, é limitado a casais heterossexuais, com diagnóstico de infertilidade; maiores de idade e casados ou unidos de facto.

À aquiescência interior de submissão a estas técnicas, deverá seguir-se uma exterior, em concordância com os modelos de consentimento disponibilizados pelo Conselho Nacional de PMA. Os modelos relevam, também, enquanto meio de investidura no estatuto de pai.

Tornou-se, destarte, imperativa a análise dos vinte e três tipos de consentimento ao dispor dos beneficiários das técnicas de PMA. Prendemos a nossa análise no consentimento para a “criopreservação de espermatozóides ou tecido testicular”, concluindo pela sua desadequação à lei, pela falta de informação clara e pela susceptibilidade de induzir o dador em erro. Sendo possível que este acredite estar a consentir na utilização dos seus gâmetas para depois da sua morte.

Concluiu-se que, no que concerne ao nº do 2 do art. 14º da Lei 32/2006, de 26 de Julho, os tipos de consentimento, concretizam a informação sobre benefícios e riscos da sua utilização para a saúde, sendo no entanto, lacunosos quanto às implicações éticas, sociais e jurídicas.

Aludimos, ainda dentro deste capítulo, à problemática do anonimato do dador.

Estudamos a PMA *post mortem*, assim, rejeitando a Lei a IA e FIV, admite a transferência *post mortem* de embriões. Prendemo-nos na análise do nº 2 do art. 23º do Diploma em apreço, dispondo o preceito que no caso de a IA ou a FIV *post mortem* ocorrerem, não obstante a proibição, a criança a nascer é tida como filha do *de cuius*.

No segundo capítulo, abrindo a porta para o Direito das Sucessões, iniciamos com o estudo da aquisição da Personalidade Jurídica já que esta é, em princípio, indispensável ao titular da designação sucessória prevalente. Não obstante a existência do art. 66º CC, definindo como momento de aquisição da Personalidade Jurídica o

nascimento completo e com vida, várias são as vozes, que ainda hoje, se levantam contra tal fenómeno. Atribuimos destaque às Teorias Concepcionistas, por dentro destas, não haver unanimidade quanto à fase do estado embrionário em que se deva dar a aquisição da Personalidade.

Concluimos pela desadequação do art. *supra* citado, face à evolução do pensamento jurídico e às necessidades da sociedade. Atendendo ao facto de este ser fruto do DL 47 334, de 25 de Novembro de 1966, cremos que, em face do desconhecimento da vida *intra-uterina*, mais não poderia ser exigido ao legislador. Propugnamos a graduação de uma protecção crescente dos direitos do nascituro, a começar na décima semana de gestação e atingindo o auge com o corte do cordão umbilical. Torna-se claro e receoso, que o entendimento a ser seguido implicaria a reescritura das normas do CC e do Código Penal.

O terceiro capítulo, dedicado ao estudo do Direito das Sucessões, começou com o estudo do conceito “sucessão” e com as concepções sobre o entendimento do fenómeno sucessório. No seguimento da exposição sobre a Personalidade Jurídica desenvolvemos o entendimento da capacidade sucessória, na sua vertente passiva.

Analisando o chamamento sucessório do concepturo, estando previsto na alínea a) do n.º 2 do art. 2240º CC a possibilidade de sucessão testamentária, perfilhamos o entendimento que a sua vocação se dará no momento do nascimento, ficando a administração dos seus bens, a cargo do representante legal.¹⁸⁶ Defendemos ser de inserir neste mesmo art., os filhos provenientes de material genético criopreservado do próprio testador.

Ainda dentro deste último capítulo, debruçamo-nos sobre a vocação sucessória do nascituro, uma vez que a lei lhe reconhece personalidade jurídica no nascimento, questionámo-nos a que título e com que sentido lhe são atribuídos alguns direitos de carácter patrimonial, nomeadamente sucessório. Apresentamos, nesta análise, a Teoria da Antecipação da Personalidade Jurídica; da vocação condicional; do *fideicomisso*; dos direitos sem sujeito e a tese da expectativa de aquisição de direitos. Analisámos, igualmente, as críticas que se tecem a cada uma.

¹⁸⁶ n.º 2 do art. 2240º CC

Uma vez que a nossa Lei 32/2006, de 26 de Julho, como referido no capítulo I, permite a transferência *post mortem* de embriões criopreservados, debatemo-nos, também, sobre que direitos sucessórios poderiam assistir a estes embriões se, aquando da abertura da sucessão, se encontrassem a 196 graus negativos.

Não determinando a Lei a sua destruição no decesso do progenitor, em trilho semelhante, reconhecendo a sua dignidade, avocando o princípio da igualdade e da não discriminação entre filhos, propugnamos o seu chamamento sucessório por Lei e Testamento, desde que implantados.

Já a finalizar, tratámos da vocação sucessória do filho nascido por meio de IA ou FIV *post mortem*, uma vez que, como analisado no primeiro capítulo, mesmo proibidas, se destas práticas resultar o nascimento de uma criança, esta é tida como filha do *de cuius*. Enquanto ser concebido após o decesso, não lhe reconhece a lei quaisquer direitos patrimoniais, uma vez mais, e porque estamos sob a regência de norma de 1966, propugnamos a igualdade no chamamento destes filhos à sucessão legítima e legitimária, não devendo existir diferenciação em virtude da forma de concepção.

Conscientes dos problemas que, em termos de partilha, tal situação pode carrear, expusemos doutrinas numa tentativa de resolução, como foi o caso da Tese da comunhão temporária obrigatória; partilha de bens sob condição resolutiva e partilha judicial aproximativa.

Concluimos que todas podem acarretar desvantagens e inclinamo-nos para os entendimentos dos Ilustres Professores: Guilherme de OLIVEIRA e Capelo de SOUSA.

O primeiro propugna que o novo herdeiro a nascer, deve pedir a sua quota-parte hereditária em dinheiro, ficando obrigados os anteriores sucessores a compor o seu quinhão hereditário.

O segundo A. defende uma partilha entre os nascidos e os por nascer, ficando os bens destes últimos em administração. A solução é análoga ao chamamento de concepturos à sucessão testamentária. Para nós, se no caso resultar a impossibilidade de aplicação de uma das situações, defendemos que a herança pode ficar indivisa, desde que haja determinação legal de um prazo para a tomada de decisão da mulher em se submeter à PMA *post mortem*. Destarte, como defendido no texto principal, se a Lei facultar três meses de reflexão, somando-se os nove meses de gestação. Não percebemos o prazo de um ano como impraticável ou desfavorável para os herdeiros em indivisão, sendo mais desvantajosa uma posterior reposição de bens.

Bibliografia

- AGALLOUPOU, Pénélope, “Les Procréations Médicalement assistées selon le droit Hellénique”, in *Lex Familiae*, ano 5, nº 9, 2008
- AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de, “O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de procriação medicamente assistida”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume XLI, nº 2, Coimbra Editora, 2000.
- ALMEIDA, Antônia Lisania, “O direito à sucessão dos embriões”, 2010, texto disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4809 acessado a 22 de Março de 2014.
- ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato, “Direitos do Nascituro no Sistema Jurídico Brasileiro”, in *O Direito*, ano 129º, 1997, I-II, (Janeiro – Junho).
- “Reprodução Humana assistida: análise do Projecto de lei nº 90/99” do senador Lúcio Alcantara, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 4, vol. 15, Julho/Setembro de 2003
- “Bioética e Direitos de Personalidade do nascituro”, in *Scientia Iuris*, vol. 7/8, 2003/2004, disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11105/9819> acessado a 17 de Abril de 2014.
- “Estatuto jurídico do nascituro: O direito brasileiro”, in *Colóquio Internacional em Homenagem a Mário Emílio Forte Bigotte Chorão: Verdade, pessoa humana e ordem político-jurídica*, volume especial 2008.
- “Estatuto do nascituro: evolução do direito brasileiro”, in *Pessoa Humana e Direito*, coordenação de Diogo Leite Campos e Silmara Juny Chinellato, Almedina, 2009.

- AMARAL, Francisco, “A condição jurídica do nascituro no direito brasileiro”, in *Colóquio Internacional em Homenagem a Mário Emílio Forte Bigotte Chorão: Verdade, pessoa humana e ordem político-jurídica*, volume especial 2008.
- ANDRADE, J.C. Vieira, “Procriação assistida com dador: o problema do ponto de vista dos direitos fundamentais”, in *Procriação assistida, Colóquio interdisciplinar (12-13 de Dezembro de 1991)*, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 1993.
- ARAÚJO, Maria Dionísia Machado de, “Vocação de nascituros e concepturos”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, suplemento XIII, ano 1961.
- ARCHER, Luís, “Procriação Medicamente Assistida, Evolução do Pensamento Ético de 1986 a 1999”, *Genética e Reprodução Humana*, Coordenação de Rui Nunes e Helena Melo, Serviço de Bioética e Ética Médica, Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, Gráfica de Coimbra,
- Da genética à bioética*, Gráfica de Coimbra 2, 2006
- Parecer 22/cnecv/97 sobre a proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a "dispositivos médicos para diagnóstico in vitro"*, 1997, disponível em:
- <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273059127_P022_DiagnosticoInVitro.pdf> acedido em 18 de Março de 2014.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, “Direito e Bioética”, *Direito da Saúde e Bioética*, Lex Edições Jurídicas, Lisboa 1991.
- Direito Civil, Sucessões*, 5ª Edição, Coimbra Editora, 2000.
- “Procriação assistida e direito”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, Volume I, Almedina, 2000 (escrito em Agosto de 1998).
- “A lei nº 32/2006, sobre Procriação Medicamente Assistida”, *Revista Ordem dos Advogados*, ano 67, Dezembro 2007.

AZEVEDO, Luis Eloy, “O Direito da Procriação entre a Ordem e o Caos”, *Revista do Ministério Público*, ano 23, Abril/Junho 2002, nº 90.

BARROSO, Rui, “Impugnação da paternidade do pai presumido: da legitimidade do ministério publico para impugnar a paternidade presumida a todo o tempo do direito do pai natural de ser parte de um processo desta natureza da inconstitucionalidade do prazo de 60 dias previsto no art. 1841º, nº2 do CC”, in *Lex Familiae*, ano 3, nº 6, 2006

BELLVER, Vicente, “El Estatuto Jurídico del Embrión in La Humanidad in vitro”, in *Biblioteca de derecho y ciencias de la vida*, Granada, 2002.

BISCAIA, Jorge, “Novas Paternidades”, in *Cadernos de Bio-ética* nº 21, Dezembro de 1999

“O desejo do filho e a tecnologia”, in *Cadernos de Bioética*, Edição do Centro de Estudos de Bioética, nº 36, Dezembro de 2004.

CAMPOS, Diogo Leite de, “Lições de Direitos de Personalidade”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXVII, 1991.

Nós – estudos sobre o Direito das pessoas, Almedina, 2004.

“A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador - ou a onipotência do sujeito”, in *Revista Ordem do Advogados*, ano 66, Vol. III, Dezembro de 2006.

“ O estatuto jurídico da pessoa depois da morte”, in *O Direito*, ano 139, 2007, vol. II.

Lições de Direito da Família e das Sucessões, 2012, 2ª Edição Revista e Actualizada, 5ª Reimpressão de Edição de 1997, Almedina.

“A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista)”, in *Pessoa Humana e Direito*, Coordenação de Diogo Leite Campos e Silmara Juny Chinellato, Almedina, 2009; também disponível in *Boletim da Ordem dos Advogados*, nº 44, Nov. Dez. 2006.

- CANOTILHO, J.J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da Republica Portuguesa Anotada*, artigos 1º a 107º, Volume I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2007.
- CARDOSO, Augusto Lopes, “Procriação Humana Assistida – alguns aspectos jurídicos”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 51, vol. I, Abril de 1991
- “Os desafios do direito face às actuais questões da reprodução humana assistida”, in *Cadernos de Bio-ética*, nº 17, Novembro de 1998.
- CARDOSO, João António Lopes, *Partilhas Judiciais*, vol. I, 5ª edição, Almedina, 2006
- CHORÃO, Mário Emílio Bigotte, “O problema da natureza e tutela jurídica do embrião humano à luz de uma concepção realista e personalista do direito”, in *O Direito*, ano 123º, 1991, vol IV, (Outubro-Dezembro).
- “Direito e Inovações Biotecnológicas (A pessoa como questão crucial do Biodireito)”, in *O Direito*, ano 126º, 1994, III-IV (Julho - Dezembro)
- “Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro”, in *O Direito*, ano 130, 1998.
- “O nascituro e a questão do estatuto do embrião humano no direito português”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, Volume I, Almedina, 2000.
- COELHO, F.M Pereira / Archer, Luís Jorge Peixoto/ Ferreira, António Ismael Pratas / Marques, Adelino Augusto de Abreu Fernandes / Oliveira, Guilherme Freire Falcao de / Rocha, Manuel António Lopes / Pinto, Ricardo Leite / Leal, M. Ivónia de Freitas, “Relatório da “comissão para o enquadramento legislativo das novas tecnologias””, in *Comissão Para o enquadramento legislativo das novas tecnologias, utilização das técnicas de Procriação Medicamente Assistida (Projectos)*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1990.
- “Procriação assistida com gâmetas do casal”, in *Procriação assistida, Colóquio interdisciplinar (12-13 de Dezembro de 1991)*, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 1993.

Direito das Sucessões, Lições ao curso de 1973 e 1974 actualizadas em face de legislação posterior, Coimbra 1992,

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

/ PEREIRA, José Silva, *Direito da Família, Tópicos para uma reflexão crítica*, 2ª Edição, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2011

Curso de Direito das Sucessões, Quid Juris, Lisboa, 2012.

COSTA, Amélia, *Perspectiva jurídica de um acto de amor*, Universidade Autónoma de Lisboa, 2000.

COSTA, J. Pinto da, “Um problema médico-legal actual: procriação artificial”, *Revista de Investigação Criminal*, nº 24, Novembro, 1987.

DIAS, André Gonçalo Dias Pereira, “O consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, ano 76, 2000.

DIAS, Maria Berenice, *Manual de direito das famílias*, 6ª edição, 2010, editora Revista dos Tribunais.

DINIS, José Joaquim de Sousa, “Procriação Assistida: Questões Jurídicas (comunicação proferida no painel de Direito Civil nas 3ªs Jornadas Luso-brasileiras-Porto, 2/10/93)”, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano XVIII, tomo IV, 1993.

DUARTE, Tiago, *In vitro veritas? A procriação medicamente assistida na constituição e na lei*. Almedina, Fevereiro, 2003

FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Lições de Direito das Sucessões*, Quid Juris, Lisboa 2012.

Teoria Geral do Direito Civil, vol.I, Introdução, Pressupostos da Relação Jurídica, 6ª Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012

- FIGO, Tiago, *A tutela Juscivilística da vida pré-natal, o conceito de pessoa revisado*, Coimbra Editora, 1ª edição, 2013,
- FRADA, Manuel António Carneiro da, “A protecção juscivil da vida pré-natal sobre o estatuto jurídico do embrião”, in *Colóquio Internacional em Homenagem a Mário Emílio Forte Bigotte Chorão: Verdade, pessoa humana e ordem político-jurídica*, volume especial 2008; também disponível in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 70, Vol. I/IV, 2010.
- GARCIA, Eduardo Corral, “La desprotección jurídica del embrión humano tras la nueva ley de reproducción humana asistida y la ley de investigación biomédica”, in *Cuadernos de Bioética*, vol. XX, 2009.
- GOMES, Carla Amado, “Filiação, adopção e protecção de menores – quadro constitucional e notas de jurisprudencia”, in *Lex Familiae*, ano 4, nº 8, 2007.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Volume I, 1929
- Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Volume IX, Coimbra Editora, 1934
- GONÇALVES, Patrícia, “Consentimento (des)informado na PMA heterologa?”, in *Lex Medicinae*, ano 8, nº 15, 2011.
- LIMA/ Pires de / VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Volume I, artigos 1º a 761º), 4ª edição, Coimbra Editora, 1987
- Código Civil Anotado*, Volume V, artigos 1796º a 2023º), Coimbra Editora, 1995
- Código Civil Anotado*, Volume VI, artigos 2024º a 2334º, Coimbra Editora, 1998
- LÓPEZ, Pedro J. Femenía, *Status Jurídico civil del embrión humano, com especial consideración al concebido in vitro*, Madrid, 1999.

LOUREIRO, João Carlos, “The Kemp Principles: A Bio-legal Perspective”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol LXXV.,1999.

“Células Estaminais”, in *Lex Medicinae*, ano 2, nº 4, 2005.

“Dignidade e Direitos do Embrião”, in *Cadernos de Bioética*, ano XVI, nº 39 Dezembro de 2005.

“Filho(s) de um gâmeta menor? Procriação medicamente assistida heteróloga”, in *Lex Medicinae*, ano 3 nº6, 2006.

“O nosso pai é o dador nº XXX: a questão do anonimato dos dadores de gâmetas na procriação medicamente assistida”, in *Lex Medicinae*, ano 7, nº 13, 2010.

MACHADO, Joaquim Pinto, “Relatório sobre o projecto de proposta de lei relativa à procriação medicamente assistida”, *Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*, Julho de 1997, disponível em www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1293540615_P023_PMA.pdf, acessido a 20 de Dezembro de 2014.

MADEIRA, Ana Rita Fonseca, “A acção de investigação da paternidade: caducidade versus imprescritibilidade.”, in *Lex Familiae* ano 7 nº 14, 2010.

MAGALHÃES, Sandra Marques, *Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homologa post mortem*, Coimbra Editora, 2010

MANSO, Luís Duarte Baptista , “O Dever de Esclarecimento e o Consentimento Informado em Diagnóstico Pré-Natal e Diagnóstico Genético Pré-Implantação”, in *Lex Medicinae*, ano 8, nº 16, 2011.

MANSO-PRETO, José Alfredo Soares, *Estudos sobre a situação jurídica dos nascituros e concepuros no domínio da sucessão testamentaria*, Tese de licenciatura em ciências jurídicas na faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1947

MARQUES, J. P. Remédio, *O Regime Jurídico da Procriação Medicamente Assistida em Portugal e a Utilização dos Embriões – Notas Breves*, “Parentalidade”, Editora Voxlegem, Florianópolis, Santa Catarina, e coordenada pela Dra. Ivone M. C. Coelho de Souza, disponível em

<https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=3753>, acessido a 17 de Outubro de 2013.

“Investigação da Paternidade – Concubinato Duradouro e Aplicação no tempo da lei nº 21/98 de 12 de Maio (A nova presunção de Paternidade da alínea e) do nº 1 do art. 1871 do CC)” in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol LXXVIII, Coimbra 2002; também disponível em: *Lex Familiae*, ano 1, nº 1, 2004.

“Alguns aspectos processuais da tutela da personalidade humana na revisão do processo civil de 2012”. *Revista Ordem dos Advogados*, ano 72, II/III, abril – Setembro de 2012

MARTINEZ, Jaime Vidal, “Derechos Inherentes en la reproducción asistida”, in *La Humanidad in vitro*, Biblioteca de derecho y ciencias de la vida, Granada, 2002.

MELO, Helena Pereira, “Problemas Jurídicos suscitados pela inseminação artificial com recurso a dador de gâmetas”, in *Genética e Reprodução Humana*, Coordenação de Rui Nunes e Helena Melo, Serviço de Bioética e Ética Médica, Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, Gráfica de Coimbra, 2000.

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

MONGE, Marina Pérez, *La Filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, 2002.

MOURA, Maria da Conceição Dinis Ferreira, “O estatuto do embrião humano: perspectiva das ciências cognitivas”, *Revista Portuguesa de Bioética*, ano XIX, nº 14, junho de 2011.

MOUTINHO, José Lobo, “A questão actual do estatuto jurídico do nascituro”, in *Colóquio Internacional em Homenagem a Mário Emílio Forte Bigotte Chorão: Verdade, pessoa humana e ordem político-jurídica*, volume especial 2008.

NASCIMENTO, Paulo, “Procriação Medicamente assistida post mortem: efeitos familiares e sucessórios”, in *Estudos de direito das famílias, uma perspectiva*

Luso-Brasileira, coordenação Maria Bernice Dias e Jorge Duarte Pinheiro, Magister Editora, 2008.

NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 17ª Edição, Ediforum Edições Jurídicas, Lda, 2010

NUNES, Rui / Melo, Helena, *Relatório/parecer n.º P/03/APB/05 sobre procriação medicamente assistida*, 6 de Dezembro de 2005, disponível em <http://www.apbioetica.org/fotos/gca/12802564441136379873procriacao_assistida_parecer_03.pdf>acedido a 23 de Março de 2014

OLIVEIRA, Guilherme de, “O Estabelecimento da Filiação mudança recente e perspectivas”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXI, 1985.

“Procriação com dador, Tópicos para uma intervenção”, in *Procriação assistida, Colóquio interdisciplinar (12-13 de Dezembro de 1991)*, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 1993.

“Legislar sobre procriação assistida”, in *Procriação assistida, Colóquio interdisciplinar (12-13 de Dezembro de 1991)*, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1993.

Crítério Jurídico da Paternidade, Livraria Almedina, Coimbra 1998.

“O Direito Civil em face das novas técnicas de investigação genética”, in *Anuario de la facultad de derecho de la Universidad autonoma de Madrid*, 2006.

OSWALD, Walter, “As técnicas de procriação medicamente assistida com recurso a gametas estranhos ao casal (fertilização heteróloga)”, in *Cadernos de Bioética*, edição do centro de estudos de bioética, nº 40, Abril de 2006.

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

PEREIRA, André Gonçalo Dias, “O consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXVI, Coimbra, 2000.

- PEREIRA, Joana Cabral, “Considerações sobre o artigo 1839º nº3 do Código Civil (implicações ético-jurídicas da inseminação artificial heteróloga”, in *Scientia Jvridica*, tomo LI, 2002.
- PINHEIRO, Jorge Duarte, “Procriação Medicamente assistida”, *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Volume I, Almedina 2005.
- Direito da Família e das Sucessões, parte geral dinâmica da abertura da sucessão à partilha, Parte especial: a sucessão legitimária*, vol. IV, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2005.
- “A necessidade da lei de procriação medicamente assistida (Lei nº 32/2006 de 26 de Julho)”, *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, volume I, 2008.
- “Critério biológico e critério social ou afectivo na determinação da filiação e da titularidade da guarda dos menores”, in *Lex Familiae*, ano5, nº9, 2008.
- O direito da família contemporâneo*, reimpressão, 3ª edição, AAFDL 2011.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição por António Pinto Monteiro/ Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005.
- PROENÇA, José João Gonçalves, *Direito das Sucessões*, 3ª edição, .Quid Juiris, Lisboa 2009
- RAPOSO, Vera Lúcia / PEREIRA, André Dias, “Primeiras notas sobre a lei portuguesa de procriação medicamente assistida (lei nº 32/2006, de 26 de Julho)”, in *Lex Medicinae*, ano 3, nº 6, 2006
- “Direitos Reprodutivos”, in *Lex Medicinae*, ano 2, nº 3, 2005.
- “Comentário à recente lei espanhola de reprodução assistida”, in *Lex Medicinae*, ano 3 nº 6, 2006.
- “Em nome do pai (... da mae, dos dois pais, e das duas mães)”, in *Lex Medicinae*, ano 4, nº 7, 2007.

/ Dantas, Eduardo, “Aspectos Jurídicos da Reprodução post-mortem, em perspectiva comparada Brasil-Portugal”, in *Lex Medicinæ*, ano 7, nº 14, 2010

Direito à imortalidade: o exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro, Vol. I e II, Dissertação de Doutoramento em ciências Jurídico-Políticas, Coimbra, 2012

RAPOSO, Mário, “Pessoa, ética e direito”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 347, Junho de 1985.

“Procriação Assistida – Aspectos éticos e jurídicos”, *Direito da Saúde e Bioética*, Lex Edições Jurídicas, Lisboa 1991.

“O estatuto do embrião e problemas conexos”, in *Procriação assistida, Colóquio interdisciplinar (12-13 de Dezembro de 1991)*, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 1993.

Parecer sobre Reprodução Medicamente Assistida 3/CNE/93 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 1993, disponível em <http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273059600_P003_PMA.pdf> acedido em 10 de Janeiro de 2014.

REIS, Alberto dos, *Processos Especiais*, Volume II, Coimbra Editora, 1956

REIS, Rafael Luís Vale e, *O Direito ao conhecimento das origens genéticas*, Coimbra Editora, 2008

“Filho depois dos 20...! Notas ao acórdão do Tribunal Constitucional nº 468/2004, de 7 de Julho”, *Lex Familiae* nº3, ano 2, 2005.

RICOU, Miguel, “Inseminação artificial com recurso a dação de gâmetas: Implicações psicológicas”, in *Genética e Reprodução Humana*, Coordenação de Rui Nunes e Helena Melo, Serviço de Bioética e ética médica, Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, Gráfica de Coimbra, 2000.

- ROBERTO, Luciana Mendes Pereira, “Dos aspectos éticos do consentimento informado em reprodução assistida: diagnóstico genético pré-implantacional – legislação brasileira e portuguesa”, in *Lex Medicinae*, ano 5, nº 9, 2008.
- SÁ, Eduardo, “Problemas psicológicos da fecundação com esperma do dador”, *Colóquio interdisciplinar (12-13 de Dezembro de 1991)*, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 1993.
- SANTOS, Eduardo dos, *Direito das Sucessões*, Coleção Vega Universidade, 1998.
- SANTOS, Natália Batituci / Nunes, Lydia Neves Bastos Telles, “Os reflexos Jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga post mortem”, in *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Divisão Jurídica, v. 41, nº 48, Julho a Dezembro de 2007.
- SAPINA, Rafael Gomes-Ferrer, “Tecnicas de reproducciona assistida humana y derecho de sucesiones”, in *Revista Juridica del Notariado*, Enero – Marzo 1995.
- SILVA, Miguel Oliveira / Novais, Jorge Reis, “ 63/cnecv/2012, Parecer n.º 63 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida”, *Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*, Março de 2012, disponível em <http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cnecv-2012-apr.pdf> acedido a 5 de Janeiro de 2014.
- SILVA, Paula Martinho da, “Parecer nº 44 do Conselho Nacional de Ética para as ciências da vida”, disponível em: http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273057172_P044_ParecerPMA.pdf consultado a 10 de Janeiro de 2014.
- / COSTA, Marta, *A lei da Procriação Medicamente Assistida anotada (e legislação complementar)*, Coimbra Editora, 2011.
- SOEIRO, José Manuel Borges, Bioética e Direito (a procriação assistida), Boletim da Associação dos advogados de Macau, ano I, nº 2, 3º trimestre.
- SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de, *O Direito Geral da Personalidade*, Coimbra Editora, 1995.

- Lições de Direito das Sucessões*, Volume I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2000.
- Lições de Direito das Sucessões*, Volume II, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2002.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado/ SALES, Ana Amélia Ribeiro, “Reprodução assistida heteróloga: uma escolha pós-moderna no âmbito do planeamento familiar”, in *Lex Medicinæ*, ano 8, nº 15, 2011.
- TELLES, Inocêncio Galvão, “Algumas considerações sobre o conceito jurídico de sucessão”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1965, ano XIX.
- Sucessão Legítima e Legitimária*, Coimbra Editora, 2004
- Sucessão Testamentária*, Coimbra Editora, 2006.
- VARELA, Antunes, “A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 127 e 128, 1994 e 1995.
- “A condição Jurídica do embrião humano perante o Direito Civil”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, Volume I, Almedina, 2000
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2006.
- WARNOCK, Mary, *Report of the committee of inquiry into human fertilization and embryology*, Julho 1984. Disponível em:
<<http://www.hfea.gov.uk/2068.html>>, acedido em 03-03 de 2014.
- WATT, Helen, *The Diane Blood Case*, disponível em:
<<http://www.linacre.org/Diane%20blood.pdf>> consultado a 22 de Março de 2014
- ZANELLATO, Marco António, “Fertilização artificial: efeitos jurídicos”, in *Revista Lusíada*, Direito, Universidade Lusíada Editora, Porto, nº 1 e 2, 2003.
- ZWART-HENDRIKX, Nicole, “Chilling aspects of procreation”, in *Medicine and Law*, World Association for Medical Law, volume 21 number 3, 2002

ZURRIARÁIN, Roberto Germán, “La progresiva desprotección jurídica de la vida humana embrionaria en español: de la ley 35/1988 a las leyes 14/2006 y 14/2007”, in *Cuadernos de Bioética*, nº69, vol. XX, 2ª 2009

“Técnicas de Reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuárias en el derecho comparado”, in *Cuadernos de Bioética*, nº 75, vol. XXII, 2ª 2011.

Pesquisa online:

<http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/definitions/en/> acedido em 18 de Março de 2014

http://www.who.int/whosis/whostat/EN_WHS2011_Full.pdf?ua=1 acedido em 18 de Março de 2014

<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/feto-humano-nao-sente-dor-antes-de-24-semanas> acedido a 17 de Abril de 2014

<http://www.webmd.com/infertility-and-reproduction/guide/in-vitro-fertilization> acedido a 19 de Março de 2014

<http://www.livescience.com/32071-history-of-fetal-ultrasound.html>, acedido a 15 de Abril de 2014.

Jurisprudência Consultada

Supremo Tribunal de Justiça de 9/11/2004, processo n.º 04A2661.

Tribunal Constitucional nº 101/2009, processo n.º 963/06.

Tribunal Constitucional nº 357/2009, processo n.º 969/08.

Supremo Tribunal de Justiça de 17/02/2009, processo n.º 08A2124.

Tribunal da Relação de Coimbra de 29/01/2013, processo n.º 475/04.9TBANS.C1.

Tribunal da Relação de Lisboa de 08/06/1995, processo n.º 0005856.

Índice

	Págs
Agradecimentos.....	3
Abreviaturas.....	4
Introduzindo.....	5

Capítulo I

A Procriação Medicamente Assistida

1. Introdução.....	8
2. As Técnicas de PMA.....	10
2.1. O Acesso às Técnicas de PMA.....	11
3. O Consentimento na PMA.....	13
4. O Anonimato do Dador.....	18
5. Reprodução <i>Post Mortem</i>	20
5.1. Tranferência <i>Post Mortem</i> de embriões.....	24
5.1.1. Consentimento na Tranferência <i>post mortem</i> de embriões	25

Capítulo II

Os Nascituros e a Aquisição da Personalidade Jurídica

6. A Personalidade Jurídica.....	27
7. As Teorias Concepcionistas.....	30
7.1. Teoria da Concepção.....	30
7.2. Teoria da Nidação.....	31
7.3. Teoria da Aparição da Actividade Cerebral.....	32
7.4. Teoria da Forma Humana.....	32
7.5. Teoria da Viabilidade.....	32
7.6. Teoria da Percepção das Sensações.....	33
7.7. Reflexão Crítica.....	33

Capítulo III

Direito das Sucessões

8. Introdução ao Tema.....	36
8.1. Teses sobre a Concepção da Sucessão.....	37
9. A Capacidade Sucessória.....	39
10. A Vocação Sucessória do Concepturo.....	41
11. A Vocação Sucessória do Nascituro.....	43
11.1. Teoria da Antecipac�o da Personalidade.....	44
11.2. Teoria da Vocação Condicional.....	45
11.3. Teoria do Fideicomisso.....	46
11.4. Teoria dos Direitos sem Sujeito.....	46
11.5. Tese da Expectativa da Aquisição de Direitos.....	47
12. Embrião Criopreservado.....	48
13. Vocação Sucessória do filho nascido por meio de Inseminação Artificial ou Fertilização <i>in vitro post mortem</i>	51
14. A Aceitação da Heranç�a.....	53
15. A Partilha.....	54
15.1. Comunhão Temporária Obrigatória.....	54
15.2. Partilha dos bens sob condição resolutiva	55
15.3. Partilha judicial aproximativa.....	57
15.4. Reflexão Crítica.....	57
Concluindo.....	61
Bibliografia	64