



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

Camila Belo Maciel da Costa Mestre

**REPRODUÇÃO *POST-MORTEM*: A APLICAÇÃO DE  
MEDIDAS DE SUPORTE VITAL EM GESTANTE EM  
MORTE CEREBRAL**

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de mestre), na área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, orientada pelo Professor Doutor André Gonçalo Dias Pereira e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Julho de 2020



9 0

FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE  
COIMBRA

Camila Belo Maciel da Costa Mestre

Reprodução *Post-mortem*: a Aplicação de Medidas de Suporte Vital  
em Gestante em Morte Cerebral

*Post-mortem* Reproduction: the Implication of Life-support  
Measures on a Brain-Dead Pregnant Woman

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de  
Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-Forenses*

*(conducente ao grau de mestre).*

**Orientador:** Professor Doutor André Gonçalo Dias Pereira

Coimbra, 2020

*“E se um dia hei de ser pó, cinza e nada,  
que seja minha noite uma alvorada,  
que eu saiba me perder para me encontrar...”*

(Florbela Espanca)

## **Agradecimentos**

À minha mãe, Graciete Belo Maciel, responsável pela pessoa que sou hoje e por ter permitido que este sonho se realizasse.

Aos meus avós, Ana Belo Maciel e Eduíno Maciel, pelo apoio incondicional.

Ao Professor Doutor André Dias Pereira, a quem devo o gosto pelo Direito Médico e pela orientação constante.

À Faculdade de Direito de Universidade de Coimbra, pela formação académica eximia e crescimento pessoal.

À minha família e amigos, pelas palavras de incentivo.

## **Resumo**

Recentemente a sociedade jurídica, médica e ética portuguesa foi confrontada com uma única e intrincada problemática: tendo sido declarada a morte cerebral de uma gestante, deveriam os médicos aplicar medidas de suporte vital, de modo a permitir o nascimento do feto?

Em Portugal, o regime da Procriação Medicamente Assistida encontra-se regulado na Lei nº 32/2006, de 26 de julho, nomeadamente no que diz respeito à reprodução *post-mortem*. Porém, este trabalho legislativo não contempla a solução a dar ao caso em estudo, uma vez que apenas se foca nas situações onde há morte paterna.

Uma vez que a dúvida subsiste, torna-se essencial discutir os vários interesses em causa, nomeadamente do pai, da mãe e do feto bem como os diversos problemas que advêm da aplicação de medidas de suporte vital à gestante em morte cerebral, de modo a que a decisão tenha em conta a situação única em apreço, sendo este o objeto de estudo deste trabalho.

## **Palavras-chave**

Reprodução *post-mortem*, gestante em morte cerebral, medidas de suporte vital

## **Abstract**

Recently, the legal, medical and ethical Portuguese society was faced with a unique and intricate problem: with a pregnant woman having been declared brain-dead, should medical personnel employ life support measures in order to allow the fetus to be born?

In Portugal, the practice of Medically Assisted Procreation is regulated by the 32/2006 Law, of July 26th, specifically when it concerns *post-mortem* reproduction. However, this legislative work does not consider a proper solution to this issue, seeing as the focus is exclusively on the cases where paternal death has occurred.

With this doubt remaining, it is of the essence to discuss the many interests at play, specifically the father's, mother's and fetus' as well as the issues that arise from the employment of life support measures in the case of brain death in a pregnant woman and making sure this delicate situation has been thoroughly considered before a decision is made, which is the focus of the study presented in this work.

## **Keywords**

*Post-mortem* reproduction, brain-death pregnant woman, life-support measures

## **Siglas e Abreviaturas**

**Al.:** alínea

**Art.:** artigo

**CC:** Código Civil

**Cf.:** Conferir

**CEDH:** Convenção Europeia dos Direitos do Homem

**CNECV:** Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

**CP:** Código Penal

**CRP:** Constituição da República Portuguesa

**ComEDH:** Comissão Europeia dos Direitos Humanos

**CDHBio:** Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina

**DUDH:** Declaração Universal dos Direitos Humanos

**Lei nº 32/2006, de 26 de julho:** Lei da PMA

**Nº:** Número

**V.:** *Vide*

**Vol.:** Volume

**p.:** Página

**CES do CHSJ e FMUP:** Comissão de Ética para a Saúde do Centro Hospital Universitário de São João e da Faculdade de Medicina da Universidade do Porto

**PMA:** Procriação Medicamente Assistida

**TC:** Tribunal Constitucional

**TEDH:** Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

## Índice

<b>Introdução .....</b>	<b>8</b>
<b>Capítulo I – Formulação do problema: a aplicação de medidas de suporte vital em gestante em morte cerebral.....</b>	<b>10</b>
<b>Capítulo II – Entre o embrião e o cadáver .....</b>	<b>13</b>
1. O cadáver .....	13
2. O embrião .....	17
<b>Capítulo III – Reprodução <i>Post-mortem</i> .....</b>	<b>32</b>
1. A Lei da PMA.....	32
2. Inseminação e fertilização <i>in vitro post-mortem</i> .....	33
3. Transferência <i>post-mortem</i> de embriões.....	35
4. Argumentos contra a reprodução <i>post-mortem</i> .....	37
5. <i>Case studies</i> na jurisprudência europeia.....	40
<b>Capítulo IV – Aplicação de medidas de suporte vital em gestante em morte cerebral .....</b>	<b>44</b>
1. Aplicação das medidas de suporte vital: quem decide?.....	44
2. Morte digna.....	48
3. Direito à família .....	50
4. Consequências fetais.....	51
5. Interesses do Hospital .....	53
6. O crime de aborto no âmbito da aplicação de medidas de suporte vital.....	53
<b>Conclusão.....</b>	<b>55</b>
<b>Bibliografia .....</b>	<b>57</b>



## Introdução

Foi, primeiramente, em 2016 e, mais tarde, em 2018, que a comunidade médica, jurídica e ética portuguesa lidou com a problemática da reprodução *post-mortem*, no que diz respeito à aplicação de medidas de suporte vital em caso de gestante em morte cerebral. Em ambos os casos estávamos perante mulheres grávidas com um feto viável que, devido a circunstâncias trágicas, se encontravam em morte cerebral e, portanto, clinicamente mortas.

É perante este cenário que se equaciona a hipótese de se recorrer às técnicas de suporte vital para a manutenção das funções vitais maternas, de modo a permitir o nascimento de um bebé.

A Ciência, no campo da Procriação Medicamente Assistida, nomeadamente da reprodução *post-mortem*, encontra-se em ascensão, tornando-se desafiante ao Direito acompanhar o seu progresso. Entre nós, o regime da Procriação Medicamente Assistida encontra-se na Lei nº 32/2006, de 26 de julho. A intervenção legislativa constituiu um avanço necessário em nome da segurança jurídica, ainda que houvessem vozes que defendiam uma total liberdade científica, argumentando, nomeadamente, a rápida desatualização do diploma e a inexistência de consenso relativo às matérias que se pretendia regular.

A Procriação Medicamente Assistida adquire outras proporções quando se trata de reprodução *post-mortem*. Estamos perante técnicas reprodutivas onde se gera um embrião após a morte paterna (inseminação *post-mortem* e fertilização *in vitro post-mortem*) ou este já se encontra criopreservado aquando a morte do pai, mas só é colocado no ventre materno posteriormente a esta (transferência de embriões *post-mortem*). Ainda que a Lei nº 32/2006 só regule estes casos, há disposições que têm afinidades com a reprodução *post-mortem* em caso de gestante em morte cerebral.

A temática que a presente dissertação propõe tratar é dotada de grande complexidade, desde logo porque a lei portuguesa é omissa quanto ao poder de decisão de aplicação das medidas de suporte vital. Desta forma, torna-se essencial que haja comunicação constante entre uma equipa multidisciplinar onde se afiguram juristas, médicos e Conselhos de Ética Hospitalares. Estes chegarão a um acordo que, tendo em conta as circunstância do caso concreto, melhor satisfar-se-á os interesses de todas as partes.

Cumpra equacionar esta situação no seio da ordem jurídica portuguesa, demonstrando, por um lado, a sua atualidade e quais os problemas que daí possam surgir e, por outro lado, definindo os interesses em causa, bem como as possibilidades de resolução.

A aplicação de medidas de suporte vital num cadáver, permitindo o nascimento de um feto, reside, essencialmente, em dois polos em estados dispares, isto é, a mãe que é agora cadáver e o feto que se encontra vivo, tornando-se fundamental discorrer sobre o seu estatuto jurídico. Neste âmbito, há uma grande divergência doutrinal e uma abundante jurisprudência não só portuguesa como estrangeira.

A Lei da Procriação Medicamente Assistida é merecedora de atenção, nomeadamente os artigos 22º e 26º que dizem respeito à inseminação *post-mortem*, transferência de embriões *post-mortem* e fertilização *in vitro post-mortem*. Por isso, far-se-á uma breve descrição de cada uma das técnicas de reprodução *post-mortem* e destacar-se-á os principais argumentos contra a admissibilidade da reprodução *post-mortem* como possibilidades de resposta aos obstáculos criados. Recorrer-se-á, a este propósito, a jurisprudência europeia para explicar, de modo prático, esta problemática.

Por fim, situar-nos-emos na aplicação de medidas de suporte vital na gestante em morte cerebral, onde é fulcral discutir não só quem tem o poder de decisão no que diz respeito à aplicação das referidas técnicas como os vários interesses em causa. É, neste campo, que se irá evidenciar as diversas dúvidas que surgem se se decidir pela aplicação das medidas de suporte vital e ainda o que acontecerá se a decisão for a da não aplicação.

## Capítulo I – Formulação do problema: a aplicação de medidas de suporte vital em gestante em morte cerebral

A reprodução *post-mortem* em caso de gestante em morte cerebral<sup>1</sup> configura uma situação de difícil resolução, na medida em que temos dois organismos autónomos, ainda que funcionalmente ligados, onde um deles, a mãe, se encontra morta e outro, o feto, vivo.

Tendo sido declarada morte cerebral à gestante, somos confrontados com a questão de saber se devemos socorrer-nos das medidas de suporte vital, de modo a manter as funções vitais maternas estáveis, para que seja possível o nascimento de um feto<sup>2</sup> ou se, prescindindo destas, tendo como desfecho inevitável a morte do mesmo.

Estas situações, ainda que raras, suscitam uma enorme discussão e exigem um diálogo multidisciplinar permanente entre médicos, juristas e Conselhos de Ética, onde o papel da família não deve ser descurado, em particular o do pai da criança.

A comunidade portuguesa não é estranha a estes casos. Em 2018, uma mulher grávida de 12 semanas deu entrada no Hospital de São João, no Porto, com um ataque de asma, tendo sido declarada morte cerebral pouco tempo depois<sup>3</sup>. Após conversação com a Comissão de Ética para a Saúde do Hospital de São João e a família da mesma, foi tomada a decisão de manter a gestante em medidas de suporte vital para que pudesse dar à luz o bebé, o que acabou por ocorrer ao fim de 25 semanas de gestação. Esta foi a segunda criança a nascer em Portugal com uma gestante em morte cerebral. O primeiro nasceu em 2016, no Hospital de São José, em Lisboa, depois da respetiva Comissão de Ética, Direção Clínica e família da criança ter concordado manter a mãe ligada às máquinas até às 32 semanas de gravidez<sup>4</sup>. Neste caso, o feto sobreviveu 15 semanas na barriga da mãe que estava em morte cerebral depois de ter sofrido uma hemorragia intracerebral.

Estes casos trouxeram à discussão os vários problemas que advêm do facto de se recorrer a medidas de suporte vital para manter uma mulher grávida em morte cerebral em condições que permitam o nascimento de um bebé.

---

<sup>1</sup> Cf. Vera RAPOSO, *Até que a Morte Nos Separe. Breves Notas sobre a Reprodução Post-mortem no Caso de Gestante em Morte Cerebral in Lex Medicinæ*, Ano 15, nº 29, 2018.

<sup>2</sup> A questão não se coloca se o feto se encontrar em idade gestacional suficiente e seja possível provocar o parto.

<sup>3</sup> Cf. Artigo do Jornal Observador, *Mãe em Morte Cerebral Vai Dar à Luz um Bebé no Hospital de São João*, disponível em <https://observador.pt/>, consultado a 5 de março de 2020.

<sup>4</sup> Cf. Artigo do Jornal Público, *Bebé de Mãe que Deu à Luz em Morte Cerebral está Bem de Saúde*, disponível em <https://www.publico.pt/>, consultado a 5 de março de 2020.

Perante esta intrincada problemática, a Lei nº 32/2006, de 26 de julho (doravante Lei da PMA) que consagra o regime da Procriação Medicamente Assistida (doravante PMA) tem um especial interesse. Esta lei refere-se, no art. 22º e art. 26º, à reprodução *post-mortem*, no que concerne à inseminação, transferência de embriões e fertilização *in vitro post-mortem*. Porém, a Lei da PMA só menciona os casos onde há morte paterna e por isso, não faz alusão à situação em apreço, onde o elemento ausente é a mãe.

Assim, a dúvida permanece: deverão os médicos aplicar as medidas de suporte vital para permitir o nascimento do feto? E, se sim, quem tem o poder de decisão?

A ponderação da proteção a dar ao feto e à mãe terá de ser distinta, pois, para além de serem organismos distintos, encontram-se em estados opostos, isto é, a mãe está morta enquanto que o feto está vivo.

Quanto à proteção do feto, destaca-se o art. 1878º nº 1 do Código Civil (doravante CC). Porém, a complexidade da questão prende-se com a solução a dar à mãe.

Na maioria dos casos, a gestante não equaciona esta hipótese e, portanto, torna-se um desafio para os médicos, juristas e Conselhos de Ética saber como proceder. Mas, se na excecional circunstância de a gestante ter previsto esta situação e tendo manifestado a sua vontade mediante uma diretiva antecipada da vontade, será esta válida?

É vital questionarmo-nos acerca do comportamento dos médicos, na medida em que só estes detêm o conhecimento científico necessário para ponderar os interesses do feto e da gestante e perceber se, no caso concreto, a aplicação de medidas de suporte vital é viável. Porém, se houver objeção da família no sentido da não aplicação das referidas medidas, terão os médicos de respeitar esta decisão?

A decisão pela aplicação de medidas de suporte vital não é isenta de críticas.

Questiona-se, a este propósito, a instrumentalização da mãe e (in)dignidade da sua morte. Será esta uma mera incubadora humana?

Por outro lado, o bem estar do feto não deve ser ignorado e portanto, a viabilidade do seu nascimento sem sequelas também deverá ser debatida.

Por fim, torna-se relevante perceber como é que o Hospital lida com este tipo de situações, uma vez que os recursos humanos são escassos e os custos de manter um cadáver em suporte vital, sem qualquer finalidade terapêutica, são elevados. Não estaremos perante um exibicionismo médico e científico por parte do Hospital e da restante comunidade médica que os aplica?

Como se percebe, a problemática subjacente em torno da reprodução *post-mortem* em caso de gestante em morte cerebral é de difícil resolução. Torna-se, desde modo, fundamental fazer uma ponderação dos vários interesses em causa (interesse do pai, da mãe, do Hospital, do feto) e dar uma resposta que esteja de acordo com a ordem jurídica vigente.

## Capítulo II – Entre o embrião e o cadáver

A problemática da reprodução *post-mortem* no caso de gestante em morte cerebral gravita em dois polos: o cadáver e o embrião.

A questão central que se coloca é: haverá uma prevalência da proteção do embrião em detrimento da do cadáver?

Independentemente da resposta que se dê, partimos da premissa que a mãe e o feto são organismos diferentes, embora com uma singular ligação.

Assim sendo, e para que se possa tomar uma decisão adequada à circunstância única, que é a aplicação de medidas de suporte vital a gestante em morte cerebral, torna-se imprescindível indagar sobre o regime jurídico do cadáver e do embrião.

### 1. O cadáver

A determinação da morte de alguém permite concluir quando é que este deixou de ser pessoa e passou a ser cadáver, estando sujeito, por isso, a um regime jurídico distinto.

Atualmente<sup>5</sup>, nos termos do art. 2º da Lei nº 141/99, de 28 de Agosto, o critério declarativo de morte é o da morte cerebral<sup>6</sup>, estabelecendo que “*a morte corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral*”.

#### 1.1. Estatuto jurídico do cadáver

Dispõe o art. 2º al. i) do Decreto-Lei nº 411/96, de 30 de dezembro que o cadáver corresponde ao “*corpo humano após a morte, até estarem terminados os fenómenos de destruição da matéria orgânica*”. Contudo, a dúvida permanece: será o cadáver uma pessoa ou uma coisa?

---

<sup>5</sup> Sobre a evolução histórica do critério declarativo de morte, cf. João GERALDES, *Finis Vitae ou Ficta Mortis?* in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 70, 2010.

<sup>6</sup> Sobre a adoção do critério da morte cerebral, cf. Parecer nº 10/CNECV/95 sobre o Critério de Morte, disponível em [www.cneqv.gov.pt](http://www.cneqv.gov.pt), consultado a 4 de fevereiro de 2020.

A dificuldade de qualificação do cadáver prende-se com conceções não só jurídicas, mas religiosas e morais que se encontram enraizadas na sociedade. Pense-se a este propósito dos ritos funerários ou cívicos, que se prendem também, com o respeito devido ao cadáver<sup>7</sup>.

Deste modo, não se afigura estranha a qualificação do cadáver como pessoa outrora defendida pelos tribunais portugueses, designadamente na sentença de 1ª instância em 1874, afirmando que “*os restos mortais de qualquer indivíduo juridicamente não podem ter-se como coisas para as tornar suscetíveis de apropriação e propriedade, (...) mas sim como pessoa, embora destituída de vida*”<sup>8</sup>.

Atualmente, a questão doutrinal prende-se em saber se o cadáver é considerado uma coisa e, caso o seja, se está dentro ou fora do comércio jurídico, ou se é visto como uma pessoa passada ou um resíduo da pessoa falecida onde emerge uma personalidade jurídica *post-mortem*.

Gomes da Silva, com uma acentuada visão cristã, entende que o cadáver não pode ser qualificado como uma coisa. O autor explica que, embora o cadáver seja *per si*, terra, pó e cinza, há ainda a presença da dignidade da pessoa que outrora foi e por isso, deve ser respeitado<sup>9</sup>. Deste modo, o cadáver encontra-se “*subordinado a fins intrínsecos, próprios das pessoas, e só pode ser tomado pelo direito como acessório ou extensão de pessoas*”<sup>10</sup>.

Nas palavras de Oliveira Ascensão, “*morta a pessoa, resta o cadáver*”<sup>11</sup>. O autor refere que o cadáver não pode ser qualificado como pessoa e “*se não é pessoa, o cadáver só pode ser coisa. Mas o cadáver não é coisa nem bem, porque indissociável da personalidade de que foi suporte*”<sup>12</sup>.

Pedro Vasconcelos faz apelo ao valor sagrado do cadáver e, nesse sentido, o seu estatuto jurídico só pode ser compreendido a partir do estatuto social e moral do cadáver<sup>13</sup>. Deste modo, não o qualifica como pessoa nem como coisa, mas revela que há “o

---

<sup>7</sup> Constituiu crime a profanação de cadáver ou de lugar fúnebre bem como o impedimento ou perturbação de cerimónia fúnebre (v. art. 254º e art. 253º do Código Penal).

<sup>8</sup> Cf. André DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes...*, p. 271.

<sup>9</sup> Cf. GOMES da SILVA, *Colheita de Órgãos e Tecidos nos Cadáveres, Scientia Iuridica*, Livraria Cruz, 1970, p. 117.

<sup>10</sup> Cf. GOMES da SILVA, *Colheita de Órgãos...*, p. 119.

<sup>11</sup> Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2000, p. 58.

<sup>12</sup> Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, p. 58.

<sup>13</sup> Cf. Pedro VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª Edição, Almedina, 2019, p. 82.

*prolongamento da dignidade da pessoa depois de morta e a sua sepultura constituiu muitas as vezes o suporte da memória do defunto*<sup>14</sup>.

Para Ellen Stroud não há dúvidas que o cadáver é uma coisa, mas será uma coisa peculiar, com características muito específicas, pois *“it is also my father, and my friend, perhaps my child, and some day, me. For even the most secular among us, a dead human body is at the least a very peculiar and particular kind of thing*”<sup>15</sup>.

Menezes Cordeiro afirma que, embora o cadáver seja uma coisa, tem moldes específicos e encontra-se fora do comércio jurídico. Refere que *“o cadáver comum (...), não sendo pessoa, terá de ser reconduzido ao universo das coisas: sê-lo-á, mesmo, forçosamente se, por coisa, se entender simplesmente tudo o que não é pessoa*”<sup>16</sup>. Acrescenta ainda o autor que *“o cadáver desfruta de um tratamento especial, mais moldado sobre a pessoa do que sobre o objeto inanimado*”<sup>17</sup>, conferido pelo Direito através da tutela *post-mortem* dos direitos de personalidade.

## **1.2. Tutela *post-mortem* dos direitos de personalidade**

A consequência basilar da morte é o termo da personalidade jurídica<sup>18</sup>, nos termos do art. 68º nº 1 do CC. Na fórmula de André Dias Pereira *“afigura-se inequívoco que, no momento da morte, a pessoa perde a sua aptidão para ser sujeito de relações jurídicas, perde os direitos e deveres da sua esfera jurídica - deixa, em suma, de ser pessoa*”<sup>19</sup>.

Contudo, o Direito reconhece ao cadáver uma proteção que se estende após a sua morte. A este propósito, dispõe o art. 71º do CC que os *“direitos de personalidade*<sup>20</sup> *gozam igualmente de proteção depois da morte do respetivo titular*”.

Há um grande debate doutrinal no que diz respeito ao conteúdo do art. 71º do CC e de como este se relaciona com o art. 68º nº 1 do CC.

---

<sup>14</sup> Cf. Pedro VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil...*, p. 82.

<sup>15</sup> Cf. Ellen STROUD, *Law and the Dead Body: Is a Corpse a Person or a Thing?*, disponível em <https://www.annualreviews.org/>, consultado em 2 de julho de 2020.

<sup>16</sup> Cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IV, Pessoas, Almedina, 2019, 5ª Edição, p. 588.

<sup>17</sup> Cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Vol. IV, Pessoas, p. 589.

<sup>18</sup> Sobre o conceito de personalidade jurídica, v. C. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 2005, 4ª Edição, p. 193.

<sup>19</sup> Cf. André DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, 2012, p. 270.

<sup>20</sup> Sobre o conceito de direitos de personalidade, v. C. MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 100.



Antunes Varela e Pires Lima entendem que a personalidade jurídica não se extingue na sua totalidade com a morte, havendo direitos que ainda se consideram protegidos (art. 71º do CC). Assim, a proteção conferida aos direitos de personalidade após a morte é considerada um desvio ao art. 68º do CC<sup>21</sup>.

Oliveira de Ascensão afirma que a personalidade cessa com a morte e, por isso, o que está em causa não são direitos de personalidade, mas a memória do falecido<sup>22</sup>.

Capelo de Sousa opina que, não obstante a cessação da personalidade jurídica com a morte, isso não é impeditivo que “*haja bens de personalidade física e moral do defunto que continuam a influir no curso social e que, por isso mesmo, perduram no mundo das relações jurídicas e como tais são autonomamente protegidos*”<sup>23</sup>. Fala-se, assim, de uma “*tutela geral da personalidade do defunto*”<sup>24</sup>.

Segundo Mota Pinto trata-se de proteger as pessoas que se encontram abrangidas pelo art. 71º nº 2 do CC contra atos ofensivos à memória do falecido<sup>25</sup>.

No mesmo sentido e revelando que há uma simbiose do direito objetivo e direito subjetivo de personalidade no art. 71º do CC, Pedro Vasconcelos refere que pretende-se proteger “*objetivamente o respeito pelos mortos, como valor ético e subjetivamente a defesa da inviolabilidade mortal dos seus familiares e herdeiros*”<sup>26</sup>. Assim, os familiares e herdeiros têm a faculdade de exigir uma indemnização pelos danos morais e materiais causados pelas ofensas à dignidade dos seus parentes falecidos<sup>27</sup>.

Menezes Cordeiro, referindo-se à tutela *post-mortem*<sup>28</sup> dos direitos de personalidade, afirma que “*o legislador encontrou uma fórmula cómoda para exprimir essa complexa riqueza; referiu os direitos de personalidade do próprio falecido, procurando regular o direito ao respeito da sua memória. Esse respeito traduz-se na tutela de bens de personalidade que este teve e teria, se fosse vivo*”<sup>29</sup>.

---

<sup>21</sup> Cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Coimbra Editora, 2010, 4ª Edição, p. 102-103, 105.

<sup>22</sup> Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, p. 101.

<sup>23</sup> Cf. R. CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995, p. 189.

<sup>24</sup> Cf. R. CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral...*, p. 193.

<sup>25</sup> Cf. C. MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 205.

<sup>26</sup> Cf. Pedro VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 2019, p. 51.

<sup>27</sup> Cf. Pedro VASCONCELOS, *Teoria Geral...*, p. 51, onde o autor relembra que “*a difamação ou a injúria de um familiar já falecido, a ofensa ao seu bom nome ou à sua imagem, ou à privacidade, podem afectar gravemente a dignidade dos seus parentes ou herdeiros que lhe sobreviverem e podem causar-lhes sofrimento e afronta grave*”.

<sup>28</sup> Sobre as construções jurídicas da tutela *post-mortem*, v. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Vol. IV, Pessoas, p. 598-599.

<sup>29</sup> Cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Vol. IV, Pessoas..., p. 606.

Na ótica de André Dias Pereira, os valores, interesses e dimensões espirituais ligadas ao cadáver e à memória dos defuntos encontram-se salvaguardados mediante a proteção dos direitos objetivos<sup>30</sup>.

Ainda que a personalidade jurídica cesse com a morte, há certas dimensões inerentes ao cadáver que carecem de proteção. O autor demonstra que, no âmbito do Direito Criminal, o enquadramento sistemático dos tipos legal de crimes do art. 253º (Impedimento ou perturbação de cerimónia fúnebre) e do art. 254º (Profanação de cadáver ou de lugar fúnebre), ambos do Código Penal (doravante CP), no Título IV (Dos crimes contra a vida em sociedade) do Capítulo I (Dos crimes contra a família, os sentimentos religiosos e o respeito devido aos mortos) é ilustrativo que a proteção dos direitos de personalidade ligados ao cadáver faz-se através de uma proteção objetiva<sup>31</sup>.

Observa-se, assim, uma proteção intensa por parte da ordem jurídica que, por um lado, prescreve um tipo legal de crime que tem por objetivo a salvaguarda de um bem jurídico supra-individual, isto é, os sentimentos religiosos e o respeito devido aos mortos e, por outro lado, a inserção deste na categoria de crimes públicos, nos termos do art. 241º do Código de Processo Penal.

## **2. O embrião**

Pergunta-se: a partir de que momento podemos dizer que estamos perante vida humana?

O embrião tem o seu começo na fecundação. Esta corresponde à junção de um espermatozoide (gâmeta masculino) com um óvulo (gâmeta feminino) que, neste momento, deixam de existir enquanto células autónomas e formam uma única célula individualizada com um património genético único e distinto dos restantes (zigoto).

### **2.1. Conceito de pré-embrião**

Há quem proceda à distinção entre embrião e pré-embrião, sendo este último o material genético correspondente aos 14 dias após a fecundação do óvulo, quando ocorre a

---

<sup>30</sup> Cf. André DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes...*, p. 276.

<sup>31</sup> Cf. André DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes...*, p. 276 e 277.

nidação (implantação do zigoto na parede uterina) e verifica-se a formação da linha primitiva.

Os países que fazem esta distinção, como é o caso de Espanha<sup>32</sup>, pretendem conferir uma maior proteção ao embrião do que ao pré-embrião. Em Portugal, bem como na Alemanha, esta distinção não é feita, havendo mesmo quem considere que se trate de “*um malabarismo jurídico (...), criando assim um estágio de existência embrionária que aspira a ser um “no protection land”*”<sup>33</sup>.

Argumentam os autores a favor da designação “pré-embrião” que, antes da nidação, ainda não há verdadeiramente um embrião, pois faltam as características de unidade e unicidade, uma vez que aquele ser pode dar origem a dois ou mais seres com o mesmo material genético<sup>34</sup>.

Além disso, não só a própria existência do “pré-embrião” é muito incerta, pois 60 a 80% dos casos conduzem a um abortamento natural antes da fase da nidação como o produto da fecundação é questionável, podendo constituir um aglomerado de células com inúmeros erros genéticos que dificilmente conduzirá a uma pessoa humana<sup>35</sup>.

Por estes motivos, compreende-se que a proteção conferida nesse espaço de tempo é mais frágil, isto é, nos 14 dias após a fecundação do óvulo do que após a nidação, uma vez que, à medida que se dá o desenvolvimento do processo embrionário, mais certeza há quanto à existência de pessoa humana. É neste prisma que se compreende a utilização da pílula do dia seguinte, do dispositivo intra-uterino e ainda a permissão da interrupção voluntária da gravidez, nos termos do art. 1402º nº 1 al. e) do CP.

Porém, ainda que não se faça a distinção entre “pré-embrião” e embrião, cumpre referir que, por um lado, o produto do óvulo fecundado não corresponde a um mero aglomerado de células onde tudo é permitido e que, por outro lado, não seja dada a devida importância à nidação, pois é a partir desta fase que se verificam etapas significativas no

---

<sup>32</sup> A Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana assistida, define o pré-embrião como “*al embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde*”.

<sup>33</sup> Cf. Vera RAPOSO, *O Direito à Imortalidade: Exercício dos Direitos Reprodutivos mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião in vitro*, Vol. I, Coimbra, 2012, p. 295.

<sup>34</sup> Cf. Vera RAPOSO, Catarina PRATA, Isabel OLIVEIRA, *Human Rights in Today's Ethics: Human Rights of the Unborn (Embryos and Foetus)?*, disponível em <https://scholar.google.pt/>, consultado a 8 de junho de 2020, p. 96.

<sup>35</sup> Cf. Vera RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, Vol. I, p. 296.

desenvolvimento do embrião, como o desenho da linha primitiva e a obtenção das características da unidade e unicidade.

## 2.2. O estatuto jurídico do embrião

Como ponto de partida, há que ter em conta que os conceitos “pessoa”, “ser humano” e “personalidade jurídica” não são coincidentes.

Cabe à Embriologia, ciência que estuda o desenvolvimento de um ser vivo a partir de uma célula, determinar quando é que estamos perante o início da vida humana.

Será que, a partir da fecundação, estamos já perante um ser humano ou, pelo contrário, será apenas um amontoado de células com múltiplos erros genéticos que não pode ser assim qualificada? Ou seja, não será mais correto referir que é a partir da nidação que há vida humana?

Ainda que o desenvolvimento do conceito de “ser humano” seja do âmbito da Embriologia, o embrião é um ser vivo de natureza humana, pois é composto por células vivas e tem o ADN humano.

Enquanto que o conceito de “ser humano” remete-nos para a natureza biológica do embrião, o conceito de “pessoa” diz respeito à natureza jurídica deste. Assim, será o embrião uma pessoa ou uma coisa?

O art. 202º do CC estipula o conceito de coisa. Coisa em sentido jurídico são “*bens (ou os entes) de carácter estático, desprovidos de personalidade e não integradores do conteúdo desta, susceptíveis de ser objecto de relações jurídicas*”<sup>36</sup>.

Reduzir o embrião a uma coisa é admitir que este possa ser objeto do direito de propriedade, não tendo em consideração qualquer valor ou dignidade do mesmo. Por isso, será de rejeitar este entendimento.

É pessoa jurídica todo aquele que é titular de direitos fundamentais, sendo certo que todo o ser humano nascido é uma pessoa. Este é um conceito que remete para a personalidade<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Cf. C. MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 342.

<sup>37</sup> Sobre as teorias da personalidade, cf. Vera RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, Vol. I, p. 340-350.

Os adeptos da teoria embrião-pessoa<sup>38</sup> partem do pressuposto que a proteção dada ao embrião tem início na fertilização, ou seja, na concepção. A partir desse momento, estamos perante um novo ente com informação genética autónoma capaz de desenvolvimento mediante um processo de multiplicação celular.

João Loureiro admite ser uma tutela (quase) total *ab initio*, pois “*ab initio temos a vida humana, sendo o único elemento de não parificação com a vida humana nascida prende-se com a possibilidade de, no caso dos embriões in útero, se poderem verificar conflitos de posições jurídicas que não ocorrem após o nascimento (exemplo típico e limite: grave perigo para a vida da mãe)*”<sup>39</sup>.

O embrião não é um mero objeto de proteção. É um ser titular de direitos fundamentais, como o direito à vida, o direito à integridade pessoal e à proteção da saúde, o direito à identidade pessoal e ao conhecimento das origens genéticas<sup>40</sup>.

O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (doravante CNECV) também tomou esta posição, no Parecer nº 44/CNECV/2004, ao referir que “*todo o embrião humano tem direito à vida e ao desenvolvimento, no corroborar do princípio universal de que todo o existente requer existir (...)*”<sup>41</sup>.

Há ainda quem rejeite a clássica dicotomia pessoa e coisa e integre o embrião numa categoria intermédia, qualificando-o como algo que padece de especial respeito em função da sua potencialidade de se tornar pessoa<sup>42</sup>.

Vera Raposo classifica-o como *tertium genus* e confere-lhe “*uma proteção jurídica que vai para além da proteção concedida a uma coisa, mas que ainda não equivale à proteção prevista para a pessoa humana*”<sup>43</sup>.

Esta posição foi defendida no caso *Davis v. Davis*<sup>44</sup> onde se pretendia decidir o futuro de embriões criopreservados. Nesta decisão, o *Supreme Court* debruçou-se sobre a

---

<sup>38</sup> Cf. João LOUREIRO, *Tomemos a Sério os Direitos do Embrião e do Feto in* Cadernos de Bioética, nº 14, Ano 1997, p. 27, 111 e 117.

No mesmo sentido, cf. Paulo OTERO, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: um Perfil Constitucional da Bioética*, Almedina, 1999, p. 36-37.

<sup>39</sup> Cf. João LOUREIRO, *Dignidade e Direitos do Embrião in* Cadernos de Bioética, nº 39, Ano 2005, p. 397-398.

<sup>40</sup> Para mais desenvolvimentos acerca dos vários direitos que o embrião goza, cf. João LOUREIRO, *Tomemos a Sério...*, p. 27-46.

<sup>41</sup> Cf. Parecer nº 44/CNECV/2004 sobre a Procriação Medicamente Assistida, disponível em <https://www.cnecv.pt/>, consultado a 8 de junho de 2020.

<sup>42</sup> Cf. Vera RAPOSO, Catarina PRATA, Isabel OLIVEIRA, *Human Rights...*, p. 97.

<sup>43</sup> Cf. Vera RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, Vol. I, p. 337.

<sup>44</sup> *Davis v. Davis* (1992), disponível <https://embryo.asu.edu/>, consultado a 24 de janeiro de 2020.

classificação jurídica do embrião. Concluiu que este não é uma pessoa, pois falta-lhe as características que o qualifiquem como tal, nem uma coisa, sendo merecedor de mais respeito em virtude da sua potencialidade em se tornar pessoa. Ainda assim, o embrião carece de proteção e, nesse sentido, qualificou-o como “*interim category that entitles them to special respect because of their potential of human life*”.

### 2.3. O embrião no Direito Civil

Nos termos do art. 66º nº 1 do CC, a “*personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida*”.

A partir deste momento, são pessoas jurídicas e podem ser titulares de direitos e de deveres.

Havendo a separação do filho do ventre materno, há o nascimento. Mas, para que este seja completo, é necessário mais algum requisito, nomeadamente o corte do cordão umbilical?

Menezes Cordeiro, ainda que considere que, em termos rigorosos, só há nascimento completo após o corte do cordão umbilical, refere que, muitas das vezes, este dá-se após a expulsão da placenta e que o bebé começa a respirar a partir do momento em que há a libertação do corpo da mãe<sup>45</sup>. Logo, basta que o feto tenha saído completamente do ventre materno.

André Dias Pereira discorda, argumentando, nomeadamente, que o corte do cordão umbilical confere certeza jurídica e uma maior segurança na determinação de que o nascimento está completo<sup>46</sup>.

O estatuto do embrião no seio do Direito Civil não adquire unanimidade na doutrina.

Mota Pinto entende que os direitos do embrião são direitos sem sujeito. Na visão do autor, até ao nascimento não se pode dizer que há um titular de poder subjacente ao lado ativo da relação jurídica<sup>47</sup>.

Há quem defenda que o embrião configura um bem juridicamente protegido. Capelo de Sousa explica que é “*inegável a existência de vida humana no nascituro concebido, uma vez que ele, desde a concepção, emerge como um ser dotado de uma estrutura e de uma*

---

<sup>45</sup> Cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Vol. IV, Pessoas, p. 377.

<sup>46</sup> Cf. André DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes...*, p. 249-250.

<sup>47</sup> Cf. C. MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, p. 196-198.

*dinâmica humanas autónomas, embora funcionalmente dependentes da mãe. Pelo que, não só a nível de garantias constitucionais, mas também no âmbito das relações entre particulares, por força da eficácia civil daquela norma, dever-se-á considerar o ser do nascituro como um bem juridicamente protegido, tanto mais que o legislador constitucional não distinguir no art. 24º a vida humana extra-uterina da uterina, aquela depende desta e a razão de ser da lei a ambas abrange, no respeito das correlativas especificidades”<sup>48</sup>. Acrescenta ainda que há uma tutela da personalidade física e moral do nascituro prevista no art. 70º do CC, uma vez que “se o legislador civil quisesse circunscrever a tutela geral da personalidade às pessoas jurídicas singulares nascidas e com vida mais razoavelmente utilizaria no art. 70º do Código Civil, em vez do abrangente termo “indivíduos”, a expressão “personalidades jurídicas singulares” ou equivalentes”<sup>49</sup>.*

#### **2.4. O embrião no Direito Constitucional**

No âmbito do Direito Constitucional, o art. 24º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) indica que “*a vida humana é inviolável*”.

Uma vez que a norma não faz distinção entre vida humana extra-uterina e intra-uterina, impõe-se, em primeiro lugar, saber se a última está incluída.

Rejeitamos o modelo dualista<sup>50</sup>, no qual apenas a vida extra-uterina estaria incluída no âmbito da norma. Uma vez que o que está em causa é o bem jurídico vida, ambas estão incluídas, dado que o embrião também partilha esta característica<sup>51</sup>, independentemente da sua consideração ou não como pessoa.

Partindo da premissa que o embrião está incluído no âmbito da norma, pergunta-se a partir de que momento essa proteção tem início e se o desenvolvimento embrionário terá ou não influência na dita proteção.

A doutrina que defende a teoria do embrião-pessoa considera que a proteção do embrião terá início na fertilização, pois a partir desse momento estamos perante um organismo diferenciado dotado de certo programa genético e que carece de tutela por parte

---

<sup>48</sup> Cf. R. CAPELO de SOUSA, *O Direito Geral...*, p. 155-156.

<sup>49</sup> Cf. R. CAPELO de SOUSA, *O Direito Geral...*, p. 160.

<sup>50</sup> Sobre a teoria dualista, v. João Loureiro, *Tomemos a sério...*, p. 22.

<sup>51</sup> Existindo consenso na doutrina, cf. Vera RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, Vol. I, p. 392, cf. Paulo OTERO, *Personalidade e Identidade...*, p. 37-38 e ainda cf. João LOUREIRO, *Tomemos a sério...*, p. 13.

do Direito. Esta proteção tem o seu começo na concepção e o seu término na morte. Por isso, são de rejeitar as teorias de uma proteção escalonada<sup>52</sup>.

Por outro lado, há quem entenda que o embrião é um ser em devir, o que significa que a sua posição jurídica encontra-se em constante desenvolvimento, sendo que esta ficará cada vez mais forte quanto mais se aproxima o nascimento<sup>53</sup>. É neste sentido que, durante o desenvolvimento embrionário, se destacam alguns momentos relevantes, atribuindo diferentes graus de proteção. São estes a fecundação, que marca o início da jornada da vida humana e confere-lhe a dignidade que lhe é subjacente, a nidificação, que demarca um avanço substancial na proteção conferida ao embrião, pois estamos perante a vida humana individualizada, e o nascimento, que forma a pessoa humana e aquisição de direitos<sup>54</sup>. Esta é a teoria gradualista de proteção do embrião.

Cumprindo ainda responder à questão de saber se a tutela embrionária é meramente objetiva ou subjetiva, isto é, se a proteção conferida ao embrião é apenas quanto ao bem jurídico ou se lhe são reconhecidos direitos fundamentais.

Quem defende a teoria embrião-pessoa, reconhece ao embrião uma tutela subjetiva, sendo, por isso, titular de direitos fundamentais<sup>55</sup>.

Porém, reconhecer ao embrião a titularidade de direitos fundamentais, é admitir a existência de direitos sem sujeito e, não havendo uma pessoa que possa servir como substrato, não há direitos fundamentais<sup>56</sup>.

Ainda assim, segundo João Loureiro, a negação da tutela subjetiva ao embrião, não significa a recusa de proteção, reconhecendo-o uma tutela objetiva, pois a vida humana ainda que não nascida é considerada um bem jurídico-constitucional<sup>57</sup>.

Logo e de acordo com a doutrina majoritária<sup>58</sup>, a vida do embrião, ainda que não seja pessoa, tem de ser protegida, em virtude da sua potencialidade de se tornar uma. Por esse motivo, o Estado tem o dever de a proteger bem como assegurar a sua efetiva proteção. No

---

<sup>52</sup> Cf. João LOUREIRO, *Tomemos a Sério...* p. 18, 25-27.

<sup>53</sup> Cf. Vera RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, Vol. I, p. 371.

<sup>54</sup> Cf. Vera RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, Vol. I, p. 373.

<sup>55</sup> Cf. João LOUREIRO, *Estatuto do Embrião in Novos desafios à bioética*, Porto Editora, 2001, p. 117.

<sup>56</sup> Cf. Vera RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, Vol. I, p. 395.

<sup>57</sup> Cf. João LOUREIRO, *Constituição e Biomedicina: Contributo para uma Teoria dos Deveres Bioconstitucionais na esfera da genética humana*, Vol. II, 2003, p. 734.

<sup>58</sup> Cf. Vera RAPOSO, Catarina PRATA, Isabel ORTIGÃO, *Human Rights...*, p. 100-101.

No mesmo sentido, cf. André DIAS PEREIRA, *Gene Editing: a Challenge for Homo Sapiens in Medicine and Law: World Association for Medical Law*, Vol. 36, nº 4, 2017, p. 9.



fundo, “*não existe um direito a nascer, mas sim um direito à existência física e psicológica*”<sup>59</sup>.

O Tribunal Constitucional (doravante TC) vai de encontro a esta posição, negando a existência de uma proteção subjetiva, uma vez que o embrião não é pessoa e só estas são titulares de direitos fundamentais. Adota ainda a teoria da proteção progressiva do embrião, em concordância com a doutrina maioritária.

Esta ideia encontra-se presente nas várias decisões proferidas pelo TC em sede de aborto, nomeadamente no Acórdão n.º 85/85, de 29 de Maio<sup>60</sup>, que dispõe que “*por um lado, entende-se que a vida intra-uterina compartilha da protecção que a Constituição confere à vida humana enquanto bem constitucionalmente protegido (isto é, valor constitucional objectivo), mas que não pode gozar da protecção constitucional do direito à vida propriamente dito — que só cabe a pessoas —, podendo portanto aquele ter de ceder, quando em conflito com direitos fundamentais ou com outros valores constitucionalmente protegidos*”, no Acórdão n.º 617/2006, de 15 de Novembro<sup>61</sup>, onde se pode ler que “*da inviolabilidade da vida humana como fórmula de tutela jurídica não deriva, desde logo, que a protecção contra agressões postule um direito subjetivo do feto ou que não seja de distinguir um direito subjetivo à vida de uma protecção objetiva da vida intra-uterina, como resulta da jurisprudência constitucional portuguesa e de outros países europeus. O facto de o feto ser tutelado em nome da dignidade da vida humana não significa que haja título idêntico ao reconhecido a partir do nascimento*” e ainda no Acórdão n.º 101/2009<sup>62</sup>, onde o TC determina a proteção indireta do embrião a partir do princípio da dignidade humana “*na estrita medida em que o embrião poderia dar origem a uma vida humana se fosse viável e viesse a ser utilizado num projecto parental*”.

O Tribunal Constitucional alemão segue o mesmo entendimento. No caso *Abortion I*, BVerfGE, 39, 1 (1975), este considera que já há vida humana após, pelo menos, a nidação e, por isso, esta carece de proteção jurídica autónoma. O Estado tem competência para dirimir um conflito existente entre o direito de autodeterminação da mulher e a proteção do

---

<sup>59</sup> Cf. Vera RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, Vol. I, p. 395.

<sup>60</sup> Cf. Acórdão do TC n.º 85/85, de 29 de Maio, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/>, consultado a 20 de Abril de 2020.

<sup>61</sup> Cf. Acórdão do TC n.º 617/2006, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/>, consultado a 20 de Abril de 2020.

<sup>62</sup> Cf. Acórdão do TC n.º 101/2009, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>, consultado a 6 de maio de 2020.

ser não nascido. Nesta tarefa, este tem o dever de adotar as medidas que considere adequadas, mobilizando o direito penal se tal se demonstrar necessário. Adota também a tese da proteção progressiva do embrião. Desta forma, o legislador ordinário não tem qualquer obrigação de conferir a mesma proteção à vida nascida e à vida não nascida<sup>63</sup>.

Mais tarde, com a decisão BVerfGE 88, 203 (1993), o Tribunal Constitucional alemão reiterou que o Estado tem de proteger a vida embrionária, não só não atacando esta vida, mas também protegendo-a de agressões ilícitas. Referiu ainda que, sendo o direito penal um mecanismo de *ultima ratio*, não há a obrigatoriedade da sua mobilização para proteger a vida não nascida, estando sujeito a um princípio de proporcionalidade<sup>64</sup>.

Em 1985, a Jurisprudência espanhola foi confrontada com o mesmo problema e, na decisão nº 53/1985, o tribunal entendeu que a vida humana tem o seu começo com a gestação. Ainda que o embrião seja um bem juridicamente tutelado pelo art. 15º da Constituição espanhola, o mesmo não tem o direito à vida. Este foi um entendimento reafirmado pela decisão nº 116/1999, onde foram negados ao embrião direitos fundamentais<sup>65</sup>.

## 2.5. O embrião no Direito Internacional

No contexto da ordem jurídica internacional, o embrião e respetivo estatuto jurídico é referido apenas de forma pontual. Isto deve-se ao facto de esta matéria gerar uma grande discordância por parte dos Estados devido às diferentes perspetivas éticas, jurídicas e religiosas de cada um, o que torna um verdadeiro desafio a existência de uniformização deste tema.

O grande obstáculo diz respeito à tradução dos textos internacionais para as línguas nacionais de cada país. O que acontece, não raras as vezes, é a utilização de designações diferentes para denominar a mesma expressão. Porém, as formulações mobilizadas nem sempre significam o mesmo, tornando-se indispensável recorrer às técnicas interpretativas para descortinar o seu sentido.

Esta discrepância é nítida no que diz respeito ao direito à vida do embrião, como se pode ver no art. 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (doravante DUDH), no

---

<sup>63</sup> Cf. Vera RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, Vol. I, p. 403-404.

<sup>64</sup> Cf. Vera RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, Vol. I, p. 404-405.

<sup>65</sup> Cf. Vera RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, Vol. I, p. 405-406.

art. 6º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, mas principalmente no art. 2º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante CEDH).

O art. 2º da DUDH<sup>66</sup> refere que “*everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration (...)*”. A expressão “everyone” tem como tradução em português “todos os seres humanos” e tem como intenção a inclusão do embrião. Isto porque ao longo do texto internacional há a referência ao ser humano e, tanto o ser nascido como o não nascido, são vidas humanas.

Dispõe o art. 6º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos<sup>67</sup> que “*every human being has the inherent right to life*”, pretendendo incluir o embrião. Porém, a tradução portuguesa utiliza a expressão “pessoa”, demonstrando a incompatibilidade das traduções.

A CEDH<sup>68</sup> é o documento internacional mais complexo e o que gera mais dificuldades interpretativas. Este refere, no art. 2º nº 1, que “*everyone’s right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law*”.

Primeiramente, há que ter em conta que o direito à vida expresso na norma refere-se a todo o ser humano, independentemente das características e condições pessoais. Está em causa um direito a não ser morto e não um direito a que o Estado mantenha uma pessoa viva, ou seja, “*é um direito, liberdade e garantia (direito à abstenção do Estado, quase uma obrigação passiva universal para o Estado) e não um direito económico, social e cultural (um direito a prestações por parte do Estado)*”<sup>69</sup>.

O presente documento opta pela expressão “everyone”, tendo a vantagem de permitir uma maior margem de manobra estadual, mas a dúvida permanece se o embrião se encontra ou não incluído, uma vez que este termo parece referir-se a alguma subjetividade.

A questão complica-se quando, na tradução portuguesa, é utilizada a expressão “pessoa”. Assim, há que ponderar este assunto sob dois pontos de vista. Se o que estiver em causa no art. 2º nº 1 da CEDH é proteger o direito à vida enquanto valor objetivo, então o

---

<sup>66</sup> Cf. Declaração Universal dos Direitos Humanos, disponível em <https://www.un.org/>, consultado a 2 de maio de 2020.

<sup>67</sup> Cf. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, disponível em <https://www.ohchr.org/>, consultado a 2 de maio de 2020.

<sup>68</sup> Cf. Convenção Europeia dos Direitos do Homem, disponível em <https://www.coe.int/>, consultado a 2 de maio de 2020.

<sup>69</sup> Cf. Vera RAPOSO, *O Direito à Vida na Jurisprudência de Estrasburgo in Jurisprudência Constitucional*, nº 14, 2007, p. 60.

embrião está incluído, uma vez que a partir do processo de fecundação, há vida humana. Se, contrariamente, se optar por uma perspectiva subjetiva, há, em primeiro lugar, que tecer algumas considerações no que respeita ao estatuto jurídico do embrião e concluir pela inclusão no presente art. só se o embrião for qualificado como pessoa<sup>70</sup>.

Devido às várias divergências interpretativas do art. 2º nº 1 da CEDH, este é frequentemente invocado em sede judicial, nomeadamente em sede de aborto.

No caso *X v. Reino Unido*<sup>71</sup>, o pai do feto abortado intentou uma ação contra o Estado Britânico, alegando que, para além deste ter permitido o aborto efetuada pela mulher ao abrigo do Abortion Act de 1967, tinha o direito de ter sido consultado sobre o mesmo.

A Comissão Europeia dos Direitos Humanos (doravante ComEDH) começou por mencionar que o art. 2º não tinha sido violado, pois o aborto ocorreu por motivos de saúde. Porém, absteve-se de pronunciar de forma clara sobre o âmbito de aplicação da norma, referindo que o nascituro não goza de proteção absoluta e que, no caso em apreço, havia um condicionamento do direito à vida da própria mãe. Fez, ainda, alusão ao art. 8º da presente Convenção que diz respeito à vida familiar e à privacidade da mulher.

Foi ainda neste caso que a ComEDH analisou as expressões “everyone” e “life” presentes no art. 2º. Relativamente à primeira, considerou que o embrião e o feto encontraram-se excluídos do seu âmbito, havendo, no entanto, exceções. No que diz respeito à segunda, formulou três hipóteses de resposta: o direito à vida referido no art. 2º não inclui o embrião, englobando apenas a vida humana nascida; o art. 2º inclui a vida embrionária, mas tem determinadas limitações; o embrião goza de um direito absoluto à vida, nos termos do art. 2º. A Comissão apenas se pronunciou sobre a última hipótese, referindo que o embrião não tem um direito à vida absoluto. Se assim fosse, o aborto tinha de ser proibido, mesmo nas situações onde há um risco de vida ou saúde da mãe<sup>72</sup>.

Por fim, teceu algumas considerações à pretensão do pai, no que diz respeito a ser consultado quanto ao ato abortivo. A ComEDH entendeu que quer o pai, quer a mãe têm um interesse legítimo na proteção da vida privada, isto é, o pai pretende que o Estado lhe deixe ser pai e a mãe pretende que o Estado lhe deixe não ser mãe. Todavia, a posição jurídica do

---

<sup>70</sup> Cf. Vera RAPOSO, *O Direito à Vida...*, p. 76.

<sup>71</sup> Cf. *X v. Reino Unido*, nº 18416/79, decisão de 13 de Maio de 1980, Comissão (Plenário), disponível em <https://www.globalhealthrights.org/>, consultado a 22 de janeiro de 2020.

<sup>72</sup> Cf. Vera RAPOSO, *O Direito à Vida...*, p. 78.

pai não pode anular a da mãe, situação que ocorreria se o pai tivesse o direito a ser consultado sobre a manutenção da gravidez da mulher e decidir de forma vinculativa.

Outro caso relevante foi o caso *Vo v. França*<sup>73</sup>, onde uma mulher intentou uma ação contra o Estado Francês por este não punir de forma adequada o aborto, uma vez que o mesmo foi praticado sem o seu consentimento. Tratou-se de um médico que confundiu duas pacientes por estas terem o mesmo apelido. Assim, em vez de ter realizado uma consulta de rotina na paciente grávida, procedeu à remoção do dispositivo intra-uterino, pretendido pela paciente que não estava grávida. Desta ação resultou um aborto, ainda que o bebé estivesse em bom estado de saúde e esta desejasse continuar com a gravidez.

A requerente recorreu ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante TEDH), pois não teve decisão favorável junto dos tribunais franceses. Assim sendo, esta acusou o Estado de ter violado o art. 2º da CEDH, dado que o médico não foi punido ao abrigo do crime de homicídio, uma vez que o feto não é abrangido neste tipo legal de crime, nem ao abrigo do crime de aborto, dado que o ordenamento jurídico francês (à semelhança do que acontece na ordem jurídica portuguesa) não pune o aborto negligente,.

Mais uma vez, o TEDH não afirmou se o feto tem ou não o direito à vida, mas referiu que o Estado Francês protegia de forma adequada o feto. Este faz-se por via indireta através da mãe mediante o crime de ofensa à integridade física negligente. Acrescentou ainda que o feto só gozava de proteção autónoma em caso de conflito de interesses com a vida materna, o que não sucedia no caso em questão.

A requerente argumentava, ainda, que proteger a vida fetal implicaria mobilizar a ação penal, o que não estava previsto pelo aborto negligente no Estado Francês. O tribunal retorquiu, referindo que, embora o art. 2º da CEDH imponha ao Estado uma proteção eficaz da vida do feto, não há qualquer obrigatoriedade de recorrer ao direito criminal. Aliás, o TEDH alegou que a requerente “*could have brought an action for damages in the administrative courts which would have had fair prospects of success. Such an action would have enabled the applicant to prove the doctor’s medical negligence and to obtain full redress for the resulting damage. There had therefore been no need to institute criminal proceedings*”<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Cf. *Vo v. França* (GC), nº 53924/00, decisão de 8 de Julho de 2004, TEDH, disponível em <https://www.echr.coe.int/>, consultado a 22 de janeiro de 2020.

<sup>74</sup> Cf. *Vo v. França* (GC), nº 53924/00, decisão de 8 de Julho de 2004, TEDH, disponível em <https://www.echr.coe.int/>, consultado a 22 de janeiro de 2020.

O art. 2º da CEDH foi ainda mencionado em sede de PMA, designadamente na sequência de um procedimento de fertilização *in vitro*, no caso *Evans v. United Kingdom*<sup>75</sup>.

Movidos pela vontade de ter filhos e após ter descoberto que tinha cancro nos ovários, a requerente e o seu companheiro iniciaram um procedimento de fertilização *in vitro*, de onde resultaram seis embriões que foram criopreservados. Porém, após o término do relacionamento, o ex-companheiro pretendeu retirar o seu consentimento para posterior transferência daqueles embriões para o útero da requerente. A Sra. Evans, prevendo a interrupção do procedimento reprodutivo e conseqüente destruição dos embriões, ofereceu resistência por considerar que aquela era a última oportunidade de utilizar os seus óvulos. Neste sentido e tendo esgotados os mecanismos de direito inglês, esta recorreu ao TEDH, alegando a violação dos art. 2º (direito à vida), 8º (direito à privacidade) e 14º (princípio da proibição da discriminação) do CEDH.

O Tribunal, em primeiro lugar, mencionou que os Estados têm uma certa margem de manobra no que concerne à atribuição ou não do direito à vida ao feto. Dado que o Estado Britânico não concede ao embrião o direito à vida, nos termos do art. 2º da CEDH, por considerar que este só se aplica à vida nascida, não houve violação deste preceito.

O TEDH referiu-se também ao art. 8º da CEDH, concluindo que existiam dois interesses divergentes, isto é, o da requerente que pretendia ser mãe e o do ex-companheiro que não pretendia ser pai. Tendo em consideração o princípio da primazia do consentimento e o princípio da segurança jurídica, o Tribunal concluiu que a pretensão da requerente não tinha mais valor que a do seu ex-companheiro que não tinha dado o seu consentimento e, assim, não pretendia ter filhos com uma pessoa que não tinha qualquer vínculo afetivo.

Por fim, o Tribunal invocou o art. 14º da presente Convenção, concluindo pela prevalência do direito a não procriar e a eventual direito à vida dos embriões criopreservados.

Denota-se, ao longo das várias decisões judiciais proferidas pelo TEDH, uma certa relutância em proferir uma posição clara e objetiva relativamente ao estatuto jurídico do embrião porque “*subjaz-lhe certa prudência em não ferir sensibilidades nem entrar em conflito aberto com os Estados, que diz respeito a uma série de mundividências éticas, morais, religiosas, filosóficas, científicas e jurídicas*”<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> Cf. *Evans v. United Kingdom* (GC), nº 6339/05, decisão de 10 de Abril de 2007, TEDH, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int>, consultado a 22 de janeiro de 2020.

<sup>76</sup> Cf. Vera RAPOSO, *O Direito à Vida...*, p. 81.

Por fim, ressalva-se a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (doravante CDHBio)<sup>77</sup>. Esta foi assinada em Abril de 1997, em Oviedo (Espanha), criada pelo Conselho da Europa e com carácter vinculativo<sup>78</sup> para os Estados que a ratificaram. Esta Convenção entrou em vigor na nossa ordem jurídica a 1 de dezembro de 2011.

A CDHBio acentua o respeito pela dignidade humana, como é exposto no preâmbulo, fazendo a sua menção três vezes: “*recognising the importance of ensuring the dignity of the human being*”, quando relembra que “*misuse of biology and medicine may lead to acts endangering human dignity*” e, por fim, quando admite recorrer às medidas necessárias para “*safeguard human dignity and the fundamental rights and freedoms of the individual with regard to the application of biology and medicine*”.

O art. 1º, que versa sobre o objeto e a finalidade da presente Convenção, baseando-se na dignidade humana, carece de algumas notas explicativas. Este art. refere-se, por um lado, à “*dignity and identity of all human beings*” e, por outro, “*guarantee everyone (...) integrity and other rights and fundamental freedoms*”. A CDHBio não definiu com precisão os termos “seres humanos” e “pessoas” e, por isso, deixou a dúvida se são sinónimos ou não, havendo uma certa ambiguidade deliberada do texto jurídico. Assim, caberá aos Estados a tarefa de definir estes conceitos, uma vez que não há consenso sobre o estatuto jurídico do embrião.

Como a Convenção não faz qualquer menção ao estatuto jurídico ou moral do embrião, pergunta-se se a dignidade humana referida abrange apenas os seres humanos nascidos ou se também abarca os não nascidos. Abrangerá tanto a vida humana nascida como a não nascida, uma vez que o conceito de “dignidade humana” assenta no ser humano e ambas partilham esta característica<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> Sobre a criação da CDHBio, cf. Roberto ANDORNO, *The Oviedo Convention: A European Legal Framework at the Intersection of Human Rights and Health Law*, disponível em <https://www.researchgate.net/>, consultado a 22 de janeiro de 2020, p. 133-134.

<sup>78</sup> Distingue-se, assim, das Recomendações que têm carácter meramente indicativo, ainda que influenciem fortemente as legislações nacionais. Destaca-se, a este propósito, a Recomendação 1046, de 1986, sobre a utilização de embriões e fetos humanos com fins diagnósticos, terapêuticos, científicos, industriais e comerciais, e ainda a Recomendação 1100, de 1989, sobre a utilização de embriões e fetos humanos na pesquisa científica.

<sup>79</sup> Cf. Roberto ANDORNO, *The Oviedo Convention...*, p. 137, relembra o autor que “*Mrs Johanna Kits Nieuwen- kamp, former member of the draft commission, reminds that it was decided “to tie up the notions of dignity and identity with the concept of ‘human being’, that is from conception, and the notion of integrity with the concept of ‘everyone’, i.e. born persons*”.

O art. 18º da referida Convenção é a norma mais controversa deste documento internacional, traduzindo uma solução bastante liberal no diz respeito à experimentação de embriões. O art. 18º nº 1 não procede à distinção entre experimentação terapêutica e não terapêutica em embriões, permitindo a sua prática, desde que o Estado ofereça “adequada proteção”. Nas palavras de Vera Raposo, “o adjetivo “adequada” refere-se à relação de congruência existente entre os perigos que a experiência poderá comportar e os benefícios que dela advirão”<sup>80</sup>.

O nº 2 do presente art. confere o limite à experimentação referida no nº anterior: proibição de criação de embriões para fins de experimentação científica.

A CDHBio representa um marco importante, pois permitiu a união de vários Estados numa matéria sensível, como a pesquisa biomédica e conseqüente prática. Essa união só foi possível porque baseada nos direitos humanos e na dignidade humana.

---

<sup>80</sup> Cf. Vera RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, Vol. I, p. 466.



### Capítulo III – Reprodução *Post-mortem*

A vontade de ter filhos corresponde a uma das mais antigas pretensões do ser humano. Devido aos crescentes casos de infertilidade, a Ciência sentiu a necessidade de desenvolver técnicas de procriação medicamente assistida que consubstanciam procedimentos que têm por objetivo fundir um espermatozoide com um óvulo e consequente desenvolvimento do seu produto no útero materno. Fala-se, portanto, de reprodução sem sexo.

Não há dúvidas que “*a procriação desprende-se do sexo e a fecundação autonomizou-se da gestação, permitindo o “milagre científico” de criar vidas humanas em laboratório*”<sup>81</sup>.

Se, por um lado, estas técnicas satisfazem os desejos de muitos casais, permitindo o nascimento de uma criança que, de outro modo, não seria possível, por outro lado, levantam-se dúvidas jurídicas e éticas, sendo necessário traçar uma nítida fronteira no que é permitido e proibido.

#### 1. A Lei da PMA

Ainda que não houvesse um diploma específico relativo à PMA, o Estado Português não tinha uma total desconsideração por esta matéria, como é patente no art. 67º nº 2 al. e) da CRP e art. 1839º do CC.

Contudo, o primeiro Projeto de Lei relativo à PMA<sup>82</sup> só surge em 1986 e fracassou devido a divergências políticas, éticas e ideológicas. Assim, em 1999, o Governo apresentou a Proposta de Lei nº 135/VII que foi convertida no Decreto nº 415/VII, embora tenha sido vetada pelo Presidente da República. Como destacam André Dias Pereira e Vera Raposo, é de louvar a atuação dos médicos e restantes profissionais de saúde que, “*na ausência de lei, conseguiram “auto-regular-se” num domínio tão sensível, não tendo sido conhecidas*

---

<sup>81</sup> Cf. Vera RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, Vol. II, 2012, Coimbra p. 270.

<sup>82</sup> Cf. Marta COSTA, Paula SILVA, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida – Anotada (e Legislação Complementar)*, Coimbra Editora, 2011, p. 9-12, onde sublinham que este Projeto de Lei teve como impulsor a Recomendação nº 1046 sobre a utilização de embriões e fetos humanos para fins de diagnóstico, terapêuticos, científicos, industriais e comerciais, da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa. Esta sugeriu aos Estados-Membros a definição dos termos a respeitar no que concerne à aplicação das técnicas de PMA.

*graves infrações às regras éticas e deontológicas durante estas duas décadas de prática em Portugal*<sup>83</sup>.

Em 2006, houve o surgimento da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho que tem por objetivo regular a PMA em Portugal. Esta lei consubstancia uma posição de equilíbrio entre as várias pretensões da comunidade médica, jurídica, ética e ainda das bancadas políticas.

O art. 2.º da Lei da PMA enumera as várias técnicas de PMA: inseminação artificial, fertilização *in vitro*, injeção intracitoplasmática de espermatozoides, transferência de embriões, gâmetas ou zigotos, diagnóstico genético pré-implantação e, ainda, outras técnicas laboratoriais de manipulação ou embrionária equivalentes ou subsidiárias.

Há reprodução *post-mortem* quando se mobilizam as técnicas de PMA com o objetivo de permitir o nascimento de uma criança após a morte dos seus progenitores. Estas estão previstas nos art. 22.º e art. 23.º da LPMA, referindo-se a 3 procedimentos distintos: a fertilização *in vitro*, a inseminação artificial e a transferência uterina.

A Lei da PMA, no entanto, apenas se refere aos casos onde ocorre a morte paterna, não oferecendo resposta quando ocorre a morte materna.

## **2. Inseminação e fertilização *in vitro post-mortem***

A inseminação e fertilização *in vitro post-mortem* referem-se às situações onde o embrião é gerado após a morte masculina, podendo acontecer com espermatozoides retirados do seu corpo antes da morte ou logo após tal acontecer ou ainda com espermatozoides previamente retirados e criopreservados posteriormente.

Estas técnicas encontram-se proibidas, nos termos do art. 22.º n.º 1 e do art. 26.º (norma remissiva ao art. 22.º) da LPMA, no que diz respeito à inseminação e à fertilização *in vitro post-mortem* respetivamente.

O grande problema suscitado pela fertilização/inseminação *post-mortem* prende-se com o consentimento, uma vez que, não tendo havido qualquer indicação, seja implícita, seja explícita, a autorizar a recolha *post-mortem* do sêmen e consequente utilização, esta é, no mínimo, problemática, pois viola os direitos do homem falecido.

---

<sup>83</sup> Cf. André DIAS PEREIRA, Vera RAPOSO, *Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamentada Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho) in Lex Medicinæ*, Ano 3, n.º 6, 2006, p. 89.

Ainda assim, há quem defenda a admissão destas técnicas de PMA *post-mortem*<sup>84</sup>, mediante a verificação de dois pressupostos cumulativos: declaração expressa do marido consentindo tal prática e realização da técnica num período limitado após a sua morte. Esta declaração deverá ser semelhante às *living wills* onde, à semelhança do que acontece com a fertilização/inseminação *post-mortem*, se questiona a atualidade do consentimento.

As *living wills* ou as diretivas antecipadas da vontade são “*um documento escrito por uma pessoa maior e capaz, geralmente na presença de testemunhas e que contém directivas a respeito dos testamentos nos últimos momentos de vida e tendo em vista situações de incapacidade de tomar decisões por e sobre si próprio*”<sup>85</sup>.

Relativamente ao requisito de forma<sup>86</sup>, há ordenamentos jurídicos que exigem que a diretiva seja reduzida a escrito, existindo outros que impõem a presença de testemunhas e ainda quem exija que o documento seja lavrado perante o notário.

Paulo Otero repugna a admissibilidade da inseminação/fertilização *post-mortem* sob qualquer circunstância, pois considera que o consentimento prestado não é válido. Deste modo, será nula qualquer cláusula testamentária que permita a utilização de qualquer uma destas técnicas para a criação de um novo ser humano, sob pena de violar a cláusula dos bons costumes e a própria ordem axiológica da CRP<sup>87</sup>.

Contrariamente ao que sucede na nossa ordem jurídica, o ordenamento jurídico espanhol permite a fertilização e a inseminação *post-mortem*, exigindo consentimento prévio e por escrito do falecido<sup>88</sup>, sendo que estas técnicas devem ser executadas nos 12 meses após a sua morte, para que não hajam dúvidas acerca do seu consentimento<sup>89</sup>.

No entanto, em Portugal, parece haver vontade por parte das bancadas parlamentares, nomeadamente pelo Partido Socialista<sup>90</sup>, no sentido de alteração do art. 22º nº 1 da Lei da PMA, permitindo a inseminação *post-mortem*.

---

<sup>84</sup> Cf. Vera RAPOSO, *Direitos Reprodutivos in Lex Medicinæ*, Ano 2, nº 3, 2005, p. 124.

<sup>85</sup> Cf. André DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudos de Direito Civil*, Coimbra Editora, 2004, p. 240.

<sup>86</sup> Sobre as exigências das diretivas antecipadas, v. André DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado...*, p. 246-250.

<sup>87</sup> Cf. Paulo OTERO, *Personalidade e Identidade...*, p. 76-78.

<sup>88</sup> Este regime tem na sua base o alargamento das formas de manifestação da vontade que, anteriormente, eram apenas o testamento vital ou escritura pública, mas agora pode constar de documento de consentimento referido na lei.

<sup>89</sup> V. Art. 9º nº 2 da Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción humana assistida.

<sup>90</sup> Cf. Projeto de Lei nº 137/XII, disponível em <https://www.parlamento.pt>, consultado a 3 de julho de 2020 e Projeto de Lei nº 752/XII, disponível em <https://www.parlamento.pt>, consultado a 3 de julho de 2020, onde o Partido Socialista em 2012 e 2015, respetivamente, já pretendia proceder à alteração do referido art., embora ambos os Projetos de Lei tenham sido chumbados.

A (in)admissibilidade da presente técnica veio na sequência de uma Petição<sup>91</sup> que deu entrada no Parlamento, em fevereiro de 2020, onde se refere que “*afigura-se de extrema crueldade e discriminação que uma mulher que inicie um processo de PMA, durante a doença do seu marido ou companheiro, tendo crio-preservado o seu sémen e com consentimento prévio assinado, não possa dar continuidade ao desejo do casal e a um projeto de vida ponderado cuidadosamente e conjuntamente*”. Porém, como acrescenta, “*esta mulher, poderá no entanto, recorrer a material genético de dador desconhecido, que pode estar vivo ou morto, porque se por um lado, não existe qualquer mecanismo de controle para aferir da sobrevivência daquela pessoa, por outro lado todos os dados referentes a dadores são confidenciais, sendo assim esta medida contraditória e desajustada*”.

A este propósito, surge o Projeto de Lei nº 223/XIV<sup>92</sup>, apresentado pelo Partido Socialista, que tem por objetivo a alteração do art. 22º nº 1 da Lei da PMA, permitindo que, mediante consentimento do dador e havendo um projeto parental comum, se possa gerar um embrião e proceder posteriormente à sua transferência para o útero materno.

Dado a proibição destas técnicas de PMA, ainda que haja o consentimento do falecido, o nº 2 do art. 22º e o art. 26º da Lei da PMA determina a destruição do sémen recolhido. Apesar disso, não há qualquer sanção penal ou contra-ordenacional em caso de violação dos referidos preceitos.

### **3. Transferência *post-mortem* de embriões**

Na transferência *post-mortem* de embriões, estes já estão criados, embora criopreservados, antes da morte paterna, mas a sua implantação no útero materno só ocorre após a sua morte.

Esta técnica reprodutiva *post-mortem* é mais aceite que as anteriores, uma vez que não há dúvidas quanto ao seu consentimento, no que diz respeito à recolha e posterior utilização de sémen, dado que já ocorreu a fecundação e os embriões já se encontram criopreservados.

---

<sup>91</sup> Cf. Petição nº 28/XIV/1, disponível em <https://peticaopublica.com>, consultado a 3 de julho de 2020. Esta petição surge após a primeira subscritora da mesma, Ângela Ferreira, ter sido impedida de recorrer à inseminação *post-mortem*, após a morte do marido, mesmo depois deste ter dado o seu consentimento para a recolha do esperma e consequente utilização.

<sup>92</sup> Cf. Projeto de Lei nº 223/XIV, disponível em <https://www.parlamento.pt>, consultado a 3 de julho de 2020.

Verifica-se, assim, um certo paralelismo entre esta técnica de PMA *post-mortem* e o caso da aplicação de medidas de suporte vital em gestante em morte cerebral. A gestante manifestou de forma válida a sua vontade reprodutiva, pelo menos após ter decorrido o prazo para a interrupção voluntária da gravidez nos termos do art. 142º nº 1 do CP.

O art. 22º nº 2 da Lei da PMA considera admissível 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 ajustado à adequada ponderação da decisão*”.

É notória a posição conferida ao embrião e à sua proteção jurídica, tendo o direito a ser implantado e à sua gestação. Se o embrião não for implantado, o seu destino é a destruição, a não ser que haja a doação dos mesmos e, por isso, há a valorização da vida do embrião<sup>93</sup>.

A Associação Portuguesa de Bioética apoia esta posição, referindo que “*a licitude desta implantação parece-nos inquestionável*”, uma vez que o embrião tem direito à implantação no útero materno para permitir o seu desenvolvimento. Defende que a morte paterna não invalida a sua implantação, pois “*ainda que se considere ser a situação “ideal” para a criança a nascer ter dois progenitores parece-nos que mais vale nascer sem pai do que não nascer*”. Por fim, apela ao princípio da dignidade humana do embrião, uma vez que “*deixar o embrião morrer, pelo facto de o seu progenitor biológico ter falecido, seria atentar contra a vida humana embrionária*”<sup>94</sup>.

Para além da existência de um embrião, é também necessário a existência de um “projecto parental claramente estabelecido por escrito” anterior à morte paterna. Denota-se que legislador atribuiu relevo ao consentimento prestado pelo defunto, ainda que este não seja atual.

Porém, o consentimento prestado por este refere-se à utilização do seu sémen para a criação do embrião e não à transferência do mesmo para o ventre materno após a sua morte. É que, de facto, existe uma diferença entre o consentimento para ser pai e o consentimento para ser pai após a sua morte<sup>95</sup>. Não havendo qualquer declaração do falecido quanto à transferência de embriões, cabe à parte sobrevivente decidir quanto ao destino destes.

---

<sup>93</sup> Cf. Marta COSTA, Paula SILVA, *A Lei da Procriação...*, p. 119.

<sup>94</sup> Cf. Relatório/Parecer nº P/03/APB/05 sobre Procriação Medicamente Assistida, disponível em [www.apbioetica.org](http://www.apbioetica.org), consultado a 24 de janeiro de 2020.

<sup>95</sup> Cf. Vera RAPOSO, *Até que a Morte...*, p. 75.

Durante a criação dos embriões, a mãe alimentou legítimas expectativas de maternidade que continuam a existir apesar da morte paterna. Para que haja a tomada de uma decisão consciente, desmotivada de sentimentos de minimização da dor da morte do companheiro através do nascimento de um filho<sup>96</sup>, o legislador fixou a exigência de observância de um prazo de reflexão<sup>97</sup>. Encontra-se mais uma semelhança entre a transferência *post-mortem* de embriões e o caso da aplicação de medidas de suporte vital em gestante em morte cerebral, no sentido em que o pai do feto também fundou legítimas expectativas no nascimento do mesmo, até porque este já se encontra em fase gestacional mais avançada que o embrião.

Assim se percebe que esta é a técnica de PMA *post-mortem* que mais se assemelha com a reprodução *post-mortem* de gestante em morte cerebral. Porém, este cenário tem outros contornos porque, por um lado, o elemento ausente é a mãe e, por outro lado, o seu corpo, agora cadáver, terá um envolvimento direto.

#### **4. Argumentos contra a reprodução *post-mortem***

A nível ético, questiona-se se será admissível violar o princípio da obediência da natureza e do seu ritmo, provocando uma gestação concebida de forma artificial<sup>98</sup>. A resposta é indubitavelmente afirmativa, desde logo porque o papel da Humanidade é o de mobilizar a Ciência, em particular, a Medicina, de modo a conseguir ultrapassar as adversidades que encontra.

Discute-se também a inserção de outros elementos no foro da reprodução humana, consubstanciando uma interferência no direito à intimidade e à reserva da vida privada. Assim, a relação bilateral associada à reprodução estende-se a outros protagonistas, como o médico, as mães de substituição, os dadores de espermatozoides, entre outros. Inevitavelmente a atividade caracterizadora do médico, isto é, garantir os cuidados de saúde, alarga-se a outras, como o criador de uma nova vida<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> Cf. Vera RAPOSO, André DIAS PEREIRA, *Primeiras Notas...*, p. 102.

<sup>97</sup> Para tal, o legislador mobilizou um conceito indeterminado (“prazo ajustado considerado ajustado à adequada ponderação da decisão”).

<sup>98</sup> Cf. Maria PATRÃO NEVES, Walter OSSWALD, *Bioética Simples*, 2ª Edição, Verbo, 2014, 2ª Edição, p. 160-161.

<sup>99</sup> Cf. Paulo OTERO, *Personalidade e Identidade...*, p. 14-17.

Como referido em momento anterior, o principal argumento contra a reprodução *post-mortem* é a violação dos direitos da pessoa falecida. Considera-se que há violação do direito à integridade física e moral do homem falecido porque, na maior parte dos casos, este é um dador involuntário de esperma, uma vez que não deu autorização expressa para a sua recolha e posterior utilização<sup>100</sup>.

Deste modo, a realização destas técnicas *post-mortem* vai contra a ordem jurídica, nomeadamente o art. 5º da CDHBio e as boas práticas médicas pois, para a realização de qualquer intervenção no corpo humano, é necessário o consentimento livre e informado da pessoa em questão.

A solução a dar poderia ser a de exigir o consentimento por escrito do marido ou companheiro, nos termos anteriormente descritos. Porém, como adverte Vera Raposo, na maior parte dos casos, as pessoas morrem por razões imprevisíveis, sem nunca terem considerado a situação em apreço. Daí que a autora revele que basta o consentimento feito por via oral, por melhor satisfazer os interesses de quem se encontra impossibilitado de consentir, desde que seja forte, ainda que o documento escrito forneça uma maior segurança jurídica<sup>101</sup>.

O segundo grande obstáculo da reprodução *post-mortem* prende-se com a violação dos direitos da criança que vier a nascer a partir das referidas técnicas. Neste âmbito, argumenta-se que a criança encontra-se sujeita a uma “orfandade intencional” ou “monoparentalidade desejada”.

As vozes contra a PMA *post-mortem*<sup>102</sup> referem que há uma “secundarização dos interesses da criança relativamente aos interesses dos progenitores”<sup>103</sup>. Isto é, se por um lado, a mulher pretende ter um filho do falecido companheiro concretizando o projeto parental definido por ambos, por outro lado, a criança vê-se inevitavelmente e deliberadamente privada da convivência com o pai.

Este argumento parte de uma premissa bastante questionável, ou seja, admite que a criança nascida a partir destas técnicas estará sujeita a uma estrutura familiar diferente, o que poderá ter influência no desenvolvimento da sua personalidade e qualidade de vida. Porém,

---

<sup>100</sup> Cf. Vera RAPOSO, *Direito à Imortalidade...*, Vol. II, p. 127.

<sup>101</sup> Cf. Vera RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, Vol. II, p. 121.

<sup>102</sup> Cf. Marta COSTA, Paula SILVA, *A Lei da Procriação...*, p. 118 e 119.

No mesmo sentido, cf. Paulo OTERO, *Personalidade e Identidade...*, p. 77.

<sup>103</sup> Cf. Jorge Duarte PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, AAFDL Editora, 2018, 6ª Edição, p. 191.

a sociedade atual integra cada vez mais famílias monoparentais, como é o caso das resultantes de divórcio ou dos casos onde o pai falece inesperadamente durante a gravidez.

Este é um problema que ocorre não só nas técnicas de reprodução *post-mortem* referidas no art. 22º e no art. 26º da Lei da PMA, como ainda no caso da aplicação de medidas de suporte vital na gestante em morte cerebral, onde a criança se encontra impossibilitada de desenvolver qualquer relação afetiva com a mãe, pois, aquando da sua gestação, esta faleceu.

André Dias Pereira considera que há uma diferença significativa entre a inseminação *post-mortem* e a transferência de embriões *post-mortem*, tendo como efeito necessário a sua diferença de tratamento. Enquanto que na primeira há uma quebra entre a “*fronteira entre a vida e a morte, permitindo a concepção de um embrião quando já não há vida*”<sup>104</sup>, não sendo, assim, permitida na nossa ordem jurídica, na transferência *post-mortem* há a proteção de um embrião previamente concebido e é por esse motivo que é admissível nos termos do art. 22º nº 3 da Lei da PMA.

Por fim, há que ter em consideração qual a motivação da mãe ao recorrer às técnicas de PMA, pois existe o risco de conduzir a uma “*forma despersonalizada de transmissão de vida e instrumentalização da existência de um novo ser humano ao capricho da vontade de um morto*”<sup>105</sup>.

Na generalidade dos casos, o que move a mãe a recorrer às técnicas de reprodução *post-mortem* é o amor que tinha pelo companheiro. Só assim se compreende o motivo pela qual esta abarca nesta jornada que, para além de longa, tem múltiplos obstáculos, gerando elevados níveis de *stress*. Não se trata, assim, de uma “imortalização” da pessoa falecida através do nascimento de um filho ou de um ato de ganância por parte desta<sup>106</sup>, mas o continuar de um desejo – vontade de ter filhos – que era partilhado por ambos.

---

<sup>104</sup> Cf. André DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes...*, p. 315.

<sup>105</sup> Cf. Paulo OTERO, *Personalidade e Identidade...*, p. 77.

<sup>106</sup> Cf. Dantas RAPOSO, Vera RAPOSO, *Legal Aspects of Post-mortem Reproduction: a Comparative Perspective of French, Brazilian and Portuguese Legal Systems*, disponível em <https://www.researchgate.net/>, consultado a 6 de maio de 2020, p. 185, sublinham que isto ocorre porque a criança concorrerá com os restantes herdeiros à herança e portanto, há o risco de a mãe ver o filho como uma fonte adicional de rendimento.



## 5. *Case studies* na jurisprudência europeia

O primeiro grande caso relativo à inseminação *post-mortem* foi nos anos 80, com o célebre caso *Affair Parpalaix*,<sup>107</sup> em França.

A requerente e o seu companheiro tinham depositado o esperma deste num banco de sémen (CECOS) para uma posterior utilização, uma vez que este tinha sido diagnosticado com cancro dos testículos, tornando-o estéril. Casaram pouco tempo depois e, após a sua morte, a requerente pediu o esperma do marido ao banco onde este se encontrava depositado para que pudesse recorrer à técnica de PMA *post-mortem*. O CECOS recusou o seu pedido, alegando que o esperma lhe pertencia, que este não era comerciável por consubstanciar material genético e que, segundo a lei, era necessário o consentimento de ambos os cônjuges.

A requerente intentou uma ação em tribunal, referindo que, nos termos do art. 1939º do Código Civil Francês, os herdeiros (cônjuge e pais) tornaram-se proprietários do esperma do seu marido e que o banco de esperma tinha violado o contrato ao não entregar o mesmo. Argumentou ainda que, apesar de o marido não ter deixado um documento escrito onde expressava a sua vontade reprodutiva, a sua intenção era que esta usasse o esperma do mesmo para poder conceber um filho.

O *Tribunal de Grande Instance de Créteil*<sup>108</sup> alegou que o contrato celebrado entre o banco de sémen e o defunto era um contrato *sui generis* com finalidades terapêuticas, uma vez que este não poderia ser considerado um contrato de depósito (o esperma não pode ser considerado uma coisa) nem um contrato de doação de órgãos (o esperma não pode ser considerado um órgão).

Este Tribunal decidiu a favor da requerente e impôs que o CECOS procedesse à entrega do esperma criopreservado, sob pena de aplicação de sanção pecuniária. Esta decisão teve na sua base a intenção do defunto que demonstrou o seu desejo em ter filhos com a requerente, casando com ela poucos dias antes de falecer e ainda pelo apoio dos pais deste a esta.

No entanto, a inseminação *post-mortem* falhou, uma vez que os espermatozoides perderam a sua capacidade de fecundar.

---

<sup>107</sup> Cf. Marta COSTA, Paula SILVA, *A Lei da Procriação...*, p. 115-116.

Para uma análise mais detalhada, cf. E. Donald SHAPIRO, Benedene SONNENBLICK, *The Widow and the Sperm: the Law of Post-Mortem Insemination in Journal of Law and Health* 229, 1986.

<sup>108</sup> *Tribunal de Grande Instance de Créteil*, decisão de 1 de agosto de 1984.

Anos mais tarde, um Tribunal de Toulouse<sup>109</sup> pronunciou-se de novo sobre esta matéria, embora a decisão tenha sido oposta.

O caso é similar ao anterior, na medida em que o marido da requerente após ter descoberto um tumor nos testículos, depositou o seu sémen num banco de esperma. Após a morte deste, a requerente pediu ao banco que devolvesse o esperma do marido, mas o banco recusou-se a entregar. Assim sendo, a requerente recorreu aos meios judiciais.

A grande diferença com o caso *Affair Parpalaix* é que, no caso em apreço, o marido assinou um documento onde referia que o seu esperma só podia ser utilizado na sua presença e com o seu consentimento.

Assim, e apesar de ter seguido a classificação do contrato celebrado anteriormente proposta pelo Tribunal de Créteil, o *Tribunal de Grande Instance de Toulouse* decidiu contra a requerente e não permitiu a inseminação *post-mortem* devido à existência da referida cláusula.

Distinto dos anteriores é o caso da “Viúva de Toulouse”, ocorrido na França, nos anos 90, pois a decisão recaiu sobre a transferência *post-mortem* de embriões.

Neste caso, uma viúva solicitou ao hospital, onde ela e o seu marido tinham criopreservado os seus embriões, a entrega dos mesmos para realizar uma transferência de embriões *post-mortem*.

Devido à recusa do Hospital, a viúva recorreu aos tribunais franceses<sup>110</sup> que negaram o pedido da requente e exigiram a destruição dos embriões. Esta decisão fundou-se não só no contrato de PMA celebrado que referia que estes só podiam ser transferidos mediante o consentimento e presença de ambos, como ainda no estado emocional da viúva, argumentando que esta se encontrava numa situação de stress devido à morte do marido, o que poderia prejudicar o ambiente familiar da criança resultante da referida técnica de PMA.

Atualmente, vigora no ordem jurídica francesa o art. L2141-2 do Code de la Santé Publique<sup>111</sup>, que exige que os beneficiários da inseminação, bem como da transferência de embriões estejam vivos e consintam a sua prática.

---

<sup>109</sup>*Tribunal de Grande Instance de Toulouse*, decisão de 26 de março de 1991. Sobre o caso, cf. Vera RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, Vol. II, p. 123.

<sup>110</sup> *Tribunal de Grande Instance de Toulouse*, decisão de 11 de maio de 1993; *Cour d'Appel de Toulouse*, decisão de 18 de abril de 1994.

Para mais desenvolvimentos sobre o caso, cf. Vera RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, p. 124-125.

<sup>111</sup> Art. L2141-2 do Code de la Santé Publique: (...) L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple (...).

Apesar de o ordenamento jurídico francês conter a maior parte das decisões judiciais sobre este tema, a ordem jurídica inglesa também já se pronunciou sobre a inseminação *post-mortem* no caso *Blood*, em 1995<sup>112</sup>.

Na sequência de uma meningite e estando em coma, a Sra. Blood pediu que extraíssem amostras do sêmen do marido com o objetivo de recorrer a uma futura inseminação. Após a morte do Sr. Blood, a sua mulher exigiu à *Human Fertilisation and Embryology Authority* (doravante HFEA), entidade reguladora da PMA no Reino Unido, a devolução do esperma. Contudo, a colheita do sêmen não obedeceu aos requisitos legais exigidos, uma vez que esta exige uma decisão voluntária e informada. De acordo com a lei inglesa, no que diz respeito às intervenções médicas, apenas admite que estas sejam realizadas em pessoas que não estão em condições de consentir e se forem necessárias para a melhoria do seu estado de saúde, o que não se verificava no caso. Logo, a HFEA recusou não só praticar a técnica *post-mortem* pretendida, como transportar o esperma para outro país onde esta é permitida, por considerar uma fraude à lei nacional.

O *High Court* demonstrou alguma relutância a que as regras de direito comunitário pudessem permitir a procedência de uma ato expressamente proibido na lei nacional. Porém, o *Court of Appeal* entendeu que a argumentação não era satisfatória o suficiente que permitisse ir contra as regras de direito comunitário e do mercado (art. 49º e seguintes do Tratado de Roma), nos termos do qual qualquer cidadão europeu pode receber tratamentos médicos em qualquer território da União Europeia. Assim sendo, a requerente transportou o esperma do seu falecido marido, tendo sido inseminada na Bélgica em 1998.

Estas decisões pertencentes à jurisprudência europeia demonstram-nos a importância dada ao consentimento prestado pelo defunto.

Enquanto que o ordenamento jurídico inglês exige que a recolha do esperma se baseie numa decisão voluntária e informada, o ordenamento jurídico francês entende que o consentimento prestado em vida perde o seu valor após a morte e por isso, não permite a realização das técnicas de PMA *post-mortem*.

---

<sup>112</sup> Cf. *Regina v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood* (1997) 2 AllER687, *Court of Appeal*.

Para um comentário com maior detalhe, cf. Emily JACKSON, *Medical Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, 2010, p. 779-778.

Há, assim, que reconhecer a relevância destas decisões, dado que trouxeram à discussão os vários problemas jurídicos e éticos inerentes às técnicas de PMA *post-mortem* como, por exemplo, o facto de uma criança nascer numa família monoparental.

## **Capítulo IV – Aplicação de medidas de suporte vital em gestante em morte cerebral**

A aplicação de medidas de suporte vital em gestante em morte cerebral leva-nos a ponderar os vários interesses em causa: da mãe, do feto, do pai, do Hospital.

As medidas de suporte vital permitem o funcionamento dos órgãos em pacientes que se encontram em coma ou em morte cerebral. Estas técnicas são frequentemente utilizadas para permitir o transplante de órgãos, mas as gestantes em morte cerebral podem também beneficiar do seu uso para que o feto nasça com segurança.

### **1. Aplicação das medidas de suporte vital: quem decide?**

No que diz respeito ao feto, aplica-se o art. 1878º nº 1 do CC que refere que os pais são os representantes legais dos filhos, ainda que nascituros. Uma vez que a mãe encontra-se morta, a decisão caberá ao pai.

Quanto à mãe, tratando-se de uma intervenção médica, e uma vez que esta não pode consentir a sua aplicação, perguntar-se-á se não valerá o consentimento presumido<sup>113</sup>, nos termos do art. 39º e art. 156º nº 2, ambos do CP.

Nestes casos, estamos perante intervenções médico-cirúrgicas onde não é possível obter o consentimento efetivo do paciente. Assim, os médicos são guiados pela vontade hipotética do paciente e não pelo que eles consideram ser o seu melhor interesse, pelo que, em caso de conflito, valerá o primeiro. Porém, a situação complica-se quando estamos perante situações de prolongamento da vida através, por exemplo, do recurso a medidas de suporte vital.

A resposta terá de ser negativa, dado que, no caso em apreço, a pessoa está morta e o consentimento presumido só vale para as pessoas vivas.

---

<sup>113</sup> Sobre o consentimento presumido nas intervenções médico-cirúrgicas arbitrários, v. Manuel COSTA ANDRADE, *Anotação ao art. 156º in Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, p. 615-628.

Pode ainda ser questionada a ínfima hipótese da situação em que a mãe, prevendo a situação em questão, manifesta a sua vontade. Esta questão foi discutida no caso *Marlise Muñoz*<sup>114</sup>, ocorrido no Texas, EUA, em 2013.

Marlise Muñoz estava grávida de 14 semanas quando teve uma embolia pulmonar, tendo sido declarada a sua morte cerebral quando chegou ao Hospital. Uma vez que ela e o marido eram profissionais de saúde, já haviam discutido como proceder em caso da morte materna, e decidiram que, caso tal infortúnio ocorresse, esta não seria mantida em suporte vital.

Contudo, a lei texana estabelece a proibição de interrupção de medidas de suporte vital em gestantes e, assim sendo, os médicos mantiverem as referidas medidas, ainda que contrariasse a vontade da família desta.

Nestes termos, a família intentou uma ação em tribunal onde pediu para que estas fossem retiradas, alegando que, para além da gestante não ter concordado com a sua aplicação e de o feto apresentar anomalias graves, a lei não se aplicava ao caso, pois esta refere-se a grávidas em coma e não grávidas em morte cerebral<sup>115</sup>. O tribunal foi de encontro às pretensões da família e desligou as máquinas de suporte vital às 22 semanas de gestação.

E se no caso da mãe tiver deixado uma diretiva antecipada da vontade, manifestando a sua vontade, esta será válida? A resposta é negativa pois, de acordo com o disposto no art. 2º nº 1º da Lei nº 25/2012, de 16 de julho, que consagra o regime jurídico das diretivas antecipadas da vontade, o objeto das mesmas refere-se aos cuidados de saúde que pretende ou não pretende receber, quando estiver incapacitada para tal<sup>116</sup>.

Tendo em conta que a pessoa já se encontra morta aquando da aplicação das medidas de suporte vital, estas não são consideradas “cuidados de saúde” e, por isso, não é possível manifestar a sua vontade através das mesmas.

Assim sendo, valerá o disposto no Decreto-Lei nº 411/98, de 30 de dezembro, que estabelece o regime jurídico da remoção, transporte, inumação, exumação, transladação e

---

<sup>114</sup> Cf. Jeffrey ECKER, *Death in Pregnancy - An American Tragedy*, disponível em <https://www.nejm.org/>, consultado a 4 de fevereiro de 2020.

<sup>115</sup> Há, de facto, uma diferença entre coma e morte cerebral. No primeiro, a pessoa encontra-se num estado de perda de consciência profundo, podendo ser reversível e estando legalmente viva. No segundo, a pessoa encontra-se legalmente morta, uma vez que se as funções do tronco cerebral encontram-se num estado irreversível.

<sup>116</sup> Sobre o art. 2º da Lei nº 25/2012, de 16 de julho, v. Sérgio DEODATO, *Direito da Saúde – Colectânea de Legislação Anotada*, Almedina, 2012, p. 216-218.

cremação de cadáveres, bem como de alguns desses atos relativos a ossadas, cinzas, fetos mortos e peças anatômicas e, ainda, da mudança de localização de um cemitério.

O art. 3º deste Decreto-Lei diz respeito à legitimidade de prática dos atos a que se refere o art. 1º e, assim sendo, o poder de decisão caberá, pela ordem de prioridade, ao testamentário, em cumprimento de disposição testamentária, ao cônjuge sobrevivente, à pessoa que vivia com o falecido em condições análogas às dos cônjuges, a qualquer herdeiro, a qualquer familiar e a qualquer pessoa ou entidade.

Não há como negar o papel fulcral dos médicos na aplicação das medidas de suporte vital, pois estes detêm os conhecimentos científicos necessários para saber se estas medidas devem ou não ser aplicadas. Contudo, o papel do pai da criança não pode ficar descurado e este deve decidir, juntamente com os médicos, a aplicação destas técnicas.

O art. 64º da CRP consagra o direito à saúde. Um dos corolários desse direito é o direito aos cuidados apropriados ao estado de saúde<sup>117</sup>, nascendo, deste modo, um dever de cuidado por parte dos profissionais de saúde.

É à luz desse dever que recai sobre os médicos que estes podem intervir quando considerem que determinada decisão paternal não é a mais adequada aos interesses da criança<sup>118</sup>. Mas será que esse dever de proteção se estende quanto ao feto? A resposta a dar a esta questão dependerá do estatuto jurídico do embrião.

Assim, se entendermos que o embrião não é uma pessoa, não há um interesse que mereça proteção nem um direito a ser salvaguardado, onde se enquadra o direito à vida. Ainda assim “*existe um dever de cuidado face ao não-nascido, que cabe aos pais, mas também ao médico (no fundo, face a uma gestante o médico tem dois pacientes, cabendo-lhe cuidar dos dois)*”<sup>119</sup>, sendo possível, ainda que, contestável a existência de um princípio *in dubio pro vita*.

Por seu turno, se reconhecermos que o embrião é uma pessoa, não há dúvidas que recai sobre o médico um dever de proteção, uma vez que este tem o direito à vida.

---

<sup>117</sup> Sobre o direito aos cuidados apropriados ao estado de saúde, v. Sérgio DEODATO, *Direito da Saúde...*, p. 175.

<sup>118</sup> Como sublinha o art. 27º do Regulamento de Deontologia Médica (Regulamento nº 707/2016), “*O médico deve usar de especial solicitude e cuidado para com o menor, o idoso, o deficiente ou pessoa particularmente indefesa quando verificar que os seus familiares ou outros responsáveis não são capazes ou cuidadosos para tratar da sua saúde ou assegurar o seu bem-estar. 2 - Sempre que o médico, chamado a tratar um menor, um idoso, um deficiente, um incapaz ou pessoa particularmente indefesa, verifique que estes são vítimas de sevícias, maus-tratos ou assédio, deve tomar as providências adequadas para os proteger, nomeadamente alertar as autoridades competentes*”.

<sup>119</sup> Cf. Vera RAPOSO, *Até que a Morte...*, p. 77.

Havendo um conflito de interesses quanto à decisão a aplicar entre os médicos e o pai da criança<sup>120</sup>, a intervenção dos tribunais torna-se necessária, onde deve ouvir as partes bem como o Conselho de Ética Hospital.

Questiona-se, ainda, se a decisão que a mãe tomou relativamente à doação de órgãos não valerá para esta situação, isto é, consentindo a mãe na doação de órgãos, isso significaria que esta autorizaria a aplicação das medidas de suporte vital na situação em estudo.

Os defensores desta posição afirmam que há uma analogia entre as duas situações, sendo que, no caso da aplicação de medidas de suporte vital em gestante em morte cerebral, há a doação do seu corpo e, conseqüentemente, dos seus órgãos para o desenvolvimento do feto<sup>121</sup>.

Esta posição foi reafirmada no Parecer da Comissão de Ética para a Saúde do Centro Hospital Universitário de São João e da Faculdade de Medicina da Universidade do Porto (doravante Parecer da CES do CHSJ e FMUP)<sup>122</sup>. Este legitima a aplicação de medidas de suporte vital como meio para atingir a manutenção da gravidez, possibilitando o nascimento de um feto. Este fim será alcançado mediante a doação do corpo da mãe. Ou seja, *“trata-se não de uma doação de/dos órgão/órgãos da doente, mas de uma doação de si mesma, possibilitando a viabilidade do filho. Não se perspetiva a doação de órgão vivo mas de uma vitalidade biológica sustentada que a permita. Encarna assim um desígnio de doação, sendo “doadora” de si mesma para que o filho viva”*.

A Lei nº 12/93, de 22 de abril, sobre o regime jurídico da colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana, consagra o modelo da oposição ou dissentimento<sup>123</sup>, no art. 10º nº 1, o que significa que qualquer cidadão é potencial dador, a não ser que tenha demonstrado a sua oposição mediante inscrição no Registo Nacional de Não Dadores.

Creemos que a analogia não pode ser feita, pois correspondem a situações significativamente distintas. A decisão de não doar órgãos não afetará uma pessoa em

---

<sup>120</sup> Cf. Jorge Duarte PINHEIRO, *Limites ao Exercício das Responsabilidades Parentais em Matéria de Saúde da Criança – Vida e Corpo da Criança nas Mãos de Pais e Médicos?*, Gestlegal, 2020, p. 61-63, onde o autor explica que os pais podem opor-se à prática de um ato médico por razões não médicas: razões filosóficas, religiosas, convicção pessoal.

<sup>121</sup> Cf. James FINNERTY, *Cerebral Arteriovenous Malformation in Pregnancy: Presentation and neurologic, obstetric, and ethical significance*, disponível em <https://www.sciencedirect.com>, consultado a 6 de fevereiro de 2020.

<sup>122</sup> Cf. Parecer da Comissão de Ética para a Saúde do CHUSJ e da FMUP, disponibilizado pelo Presidente da respetiva Comissão, Filipe Almeida. Este parecer surgiu aquando o caso da gestante em morte cerebral em 2018.

<sup>123</sup> Sobre o modelo da oposição, cf. André DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes...*, p. 296-300.



específico enquanto que a decisão de não aplicação das medidas terá como efeito necessário a morte de um feto que se encontra viável<sup>124</sup>.

## 2. Morte digna

Toda a pessoa tem o direito a morrer com dignidade. Ainda que este direito não seja claro, uma vez que o próprio conceito não o é, uma morte digna implica que não haja a aplicação de medidas fúteis. Consideram-se medidas fúteis aquelas que não vão melhorar o bem-estar do paciente ou que têm como fim o bem-estar de terceiros.

A aplicação de medidas de suporte vital na gestante em morte cerebral é considerada uma medida fútil, pois não terá qualquer finalidade terapêutica para a paciente, dado que a morte cerebral é irreversível e não há qualquer possibilidade de recuperação.

Considerado tal facto, só se pode recusar a aplicação das medidas de suporte vital num cadáver se considerarmos que estas intentam contra a dignidade humana, que a dignidade humana se estende após a morte ou que há uma dignidade do cadáver<sup>125</sup>.

Sabendo que o cadáver goza de um tratamento especial devido ao profundo respeito que tem de existir para uma coisa que foi outrora uma pessoa, questiona-se: a aplicação das medidas de suporte vital consubstancia o crime de profanação de cadáver ou de lugar fúnebre, consagrado no art. 254º nº 1 al. b) do CP? A resposta é negativa. A conduta típica deste tipo legal de crime consiste em profanar o cadáver, praticando atos ofensivos do respeito aos mortos<sup>126</sup>. Trata-se assim de um “sentimento de piedade para com os defuntos” e não de uma dignidade do cadáver.

O Parecer da CES do CHUSJ e da FMUP defende que a aplicação de medidas de suporte vital não consubstancia um desrespeito pelo cadáver. Revela que *“a decisão de prossecução de apoio vital ao cadáver justificar-se-á na mira de cumprir a protecção do único ser vivo, o feto, aqui na experiência da mais radical vulnerabilidade. Na sua concretização, esta decisão não aviltará o respeito devido ao cadáver materno: outorgar-lhe-á, porventura, a possibilidade de realização da última das suas potencialidades - a de levar a bom termo um projecto de que esta mãe foi fatora no seu despontar”*<sup>127</sup>.

---

<sup>124</sup> Cf. Vera RAPOSO, *Até que a morte...*, p. 77.

<sup>125</sup> Cf. Vera RAPOSO, *Até que a Morte...*, p.

<sup>126</sup> Cf. DAMIÃO CUNHA, *Anotação ao art. 185º in Comentário Conimbricense...*, p. 657.

<sup>127</sup> Cf. Parecer da Comissão de Ética para a Saúde do CHUSJ e da FMUP, disponibilizado pelo Presidente da respetiva Comissão, Filipe Almeida.

A questão da dignidade do cadáver foi o epicentro da discussão que se colocou no caso *Erlanger Baby*<sup>128</sup>, ocorrido na Alemanha, em 1993. Este foi dos primeiros casos que se conhece onde a comunidade médica, jurídica e ética foi confrontada com esta problemática.

Marion Ploch estava grávida de 13 semanas quando sofreu um acidente e foi-lhe declarada a morte cerebral pouco depois de estar internada no Hospital. Dado que o paradeiro do pai da criança era desconhecido, os pais de Marion tinham o poder de decisão no que respeita à aplicação das medidas de suporte vital. Assim, foram informados que o feto encontrava-se estável e tinha fortes possibilidades de sobreviver se estes decidissem pela aplicação das ditas medidas.

Sendo a lei alemã omissa quanto a este ponto, entendiam os médicos, bem como os juristas que manter as funções maternas estáveis mediante a aplicação das medidas de suporte vital era válido pois havia a prevalência do direito à vida do feto, em detrimento do respeito do cadáver da gestante. Contudo, advertiam que esse direito à vida não é absoluto, devendo desligar-se as máquinas se o feto apresentasse anomalias graves.

Este caso não foi recebido de forma positiva na sociedade alemã devido à controvérsia subjacente. Para a comunidade, estava em causa uma instrumentalização/objetivação da gestante e o tratamento desta enquanto incubadora humana, o que não compadecia com a dignidade do cadáver.

No caso português mais recente, a Comissão de Ética defendeu que, havendo um confronto entre dois seres, um morto com viabilidade orgânica e um vivo com uma boa taxa de viabilidade, “*a que merece protecção, porque dela pode beneficiar efectivamente, é a do feto vivo*”<sup>129</sup>.

Temos a crer que, ainda que não se veja o embrião enquanto pessoa, ele tem a potencialidade de se tornar uma e, por esse motivo, havendo um conflito entre a mãe, agora cadáver e o feto, deverá prevalecer este último. Só não será assim se da manutenção da gravidez resultar anomalias graves para o feto.

---

<sup>128</sup> Cf. Christoph ANSTOTZ, *Should A Brain-Dead Pregnant Woman Carry Her Child To Full Term? The Case Of The “Erlanger Baby”*, disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com/journal/14678519>, consultado a 4 de fevereiro de 2020.

<sup>129</sup> Cf. Parecer da CES do CHUSJ e da FMUP, p. 3.

### 3. Direito à família

Define o art. 36º nº 1 1ª parte da CRP que “*todos têm o direito de constituir família*”<sup>130</sup>. Embora este preceito não se aplique às crianças, dado que estas não podem constituir uma família, como correlativo, verifica-se que toda a criança tem o direito a nascer numa família que lhe preste os cuidados básicos bem como garanta a sua educação. Assim sendo, torna-se um dever de a sociedade assegurar a sua efetivação, uma vez que toda a criança tem o direito a ter uma família.

Há quem diga a este respeito que, no caso em questão, a criança ficou privada de parte de si mesma, ou seja, de ter uma relação afetiva com a mãe<sup>131</sup>, <sup>132</sup>. A autora suporta a seu entendimento na jurisprudência do TEDH. Assim, quando o Tribunal afirma que toda a criança tem direito a uma “vida familiar normal” está a considerar os casos em que esta nasce no seio de uma família biparental. Logo, sendo privado de algum destes membros, estamos perante uma violação da proteção conferida às crianças pela CEDH.

Ora, na sociedade em que nos inserimos, o conceito de “família normal”, composta por um pai, uma mãe e, eventualmente, um filho, é uma ideia redutora e antiquada. Aliás, nem a própria CRP obriga a que assim seja, pois, apesar de sublinhar que os “*pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos*”, nos termos do art. 36º nº 5, não menciona quem são os “pais” ou se tem de ser dois ou apenas um.

A formação da família tem vindo a ser alterada, sendo cada vez mais frequente haver mães/pais solteiras/os, seja porque houve a morte de um dos progenitores, seja porque houve um divórcio ou mesmo a inseminação de mulheres sem o companheiro, e isso não significa que a vida familiar se encontre comprometida ou que esta estrutura familiar venha a afetar de forma negativa a criança.

---

<sup>130</sup> Cf. F. PEREIRA COELHO, Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Introdução, Direito Matrimonial*, Vol. I, Imprensa da Universidade de Coimbra, 5ª Edição, p. 137-138 que admitem a existência de dois direitos: direito a procriar e direito a estabelecer as correspondentes relações de paternidade e maternidade.

<sup>131</sup> Cf. Marie MAULDERS-KLEIN, *Le Droit de L'enfant face au Droit à L'efant et les Procréations Médicalement Assistées in Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 645-673 *apud* Vera RAPOSO, *Até que a morte...*, p. 79-80.

<sup>132</sup> Cf. Marta COSTA, Paula SILVA, *A Lei da Procriação...*, p. 118, onde as autoras defendem, no âmbito da inseminação *post-mortem*, mas que vale igualmente para a aplicação de medidas de suporte vital em gestante em morte cerebral que “*as responsabilidades parentais, instituto que engloba um conjunto de poderes-deveres, de natureza pessoalíssima, em relação à criança, e que, de facto, não podem ser exercidos por uma pessoa morta, pelo que a criança nascida de uma inseminação post-mortem se veria necessariamente privada da convivência com um dos seus progenitores*”.

Assim, se se decidir pela não aplicação das medidas de suporte vital, a única alternativa é a morte da criança, ponderando-se se será melhor não nascer a nascer numa família monoparental<sup>133</sup>.

Em todo o caso, a situação da gestante em morte cerebral comporta recortes muito específicos pois, aquando da conceção da criança, ambos os progenitores estavam vivos, mas devido a uma alteração significativa das circunstâncias, há a morte de um progenitor.

Assim sendo, torna-se relevante um acompanhamento psicológico à família, principalmente ao pai. Neste sentido, adverte o Parecer da CES do CHUSJ e da FMUP que torna-se fulcral para “*alcançar um desfecho positivo para o desenvolvimento deste feto, avaliar as capacidades familiares de apoio a este filho, aí inserta, certamente, a capacidade de suprir o défice de influência afectiva que uma gestação num corpo inerte/morto necessariamente comporta. É, pois, indispensável uma abordagem sensível com o pai deste feto*”<sup>134</sup>.

#### 4. Consequências fetais

Ainda que a aplicação de medidas de suporte vital em gestante em morte cerebral seja considerada uma medida fútil, certo é que é a única forma de possibilitar o nascimento do feto. Mas acarretará essa ação consequências para o feto e conseqüente desenvolvimento do mesmo?

Quando esta situação ocorre, os médicos têm de tomar uma decisão com base em vários fatores, sendo um dos mais importantes a idade gestacional fetal.

O limite mínimo de viabilidade, ainda que este não reúna unanimidade entre a comunidade médica, é o das 24 semanas de gestação. Por isso, se o feto ultrapassar esta fase gestacional, há uma forte probabilidade de nascimento, se forem aplicadas as medidas de suporte vital.

Assim, um feto com 24, 28 e 32 semanas tem uma possibilidade de sobrevivência que ronda os 30%, 80% e 98%, respetivamente, com probabilidade de desenvolver problemas neurológicos de 40%, 10% e 2%, respetivamente<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> Cf. Vera RAPOSO, *O Direito à Imortalidade...*, Vol. II, p. 127.

<sup>134</sup> Cf. Parecer da CES do CHUSJ e da FMUP, p. 3.

<sup>135</sup> Cf. Majid ESMAEILZADEH, *One Life Ends, Another Begins: Management of a Brain-dead pregnant mother – a Systematic Review*, disponível em <https://www.researchgate.net/>, consultado a 8 de junho, p. 6.

Porém, este fator não é absoluto. Se os médicos forem confrontados com uma situação em que o feto ainda não atingiu o limite mínimo de viabilidade, estes têm de considerar qual a melhor decisão a tomar, uma vez que não faz sentido aplicar as medidas de suporte vital e a respetiva manutenção da gravidez, permitindo o nascimento da criança, se os médicos tiverem uma grande certeza que esta será portadora de doença ou anomalia grave<sup>136</sup>. Contudo, não devem excluir essa hipótese numa primeira fase, pois há casos de sucesso onde a idade gestacional era inferior a 24 semanas.

Um estudo<sup>137</sup> realizado em 2010, sobre os casos de aplicação de medidas de suporte vital em gestantes em morte cerebral, entre 1982 e 2008, demonstra que, dos 19 casos estudados, 11 tiveram parto bem sucedido através de cesariana. Revela ainda que 11 casos do estudo em apreço, a idade gestacional aquando a aplicação das medidas de suporte vital, era inferior a 24 semanas e 5 deles nasceram com sucesso.

A manutenção das funções maternas numa pessoa clinicamente morta é um desafio, uma vez que a gestante, ao longo do tempo, desenvolve graves doenças como, por exemplo, pneumonia, hipertensão, anemia, diabetes, entre outras. Por isso, os médicos têm o papel acrescido de, não só monitorizar as funções vitais da mãe, como zelar pelo bem estar do feto, certificando-se, dentro do possível, que este não é afetado de forma significativa, nomeadamente causando a sua morte. Daí que *“deverá a equipa multidisciplinar reunir com periodicidade razoável, de modo a tomar as decisões que melhor assegurem o cumprimento do melhor bem para este feto que, na protecção do respeito pelo cadáver materno, é certamente o escopo mais elevado de uma intervenção clínica de cariz extraordinário”*<sup>138</sup>.

A própria causa de morte pode ter influência no desenvolvimento fetal, isto é, se esta envolveu uma hipoxia ou um insulto metabólico, a probabilidade de o feto ter sido afetado no seu sistema nervoso central é grande. Há ainda que ter em conta a medicação ministrada na mãe antes de ter sido declarada a morte cerebral, uma vez que pode ter afetado de forma negativa o feto<sup>139</sup>.

Por fim, os médicos têm de ponderar qual o melhor momento para desligar as máquinas, pois, não raras as vezes, a sua continuação poderá comprometer o desenvolvimento do feto, implicar doenças neurológicas ou mesmo a sua morte. Assim se

---

<sup>136</sup> Cf. Vera RAPOSO, *Até que a Morte...*, p. 82.

<sup>137</sup> Cf. Majid ESMAEILZADEH, *One Life Ends...*, p. 4-5.

<sup>138</sup> Cf. Parecer da CES do CHUSJ e da FMUP, p. 4.

<sup>139</sup> Cf. Vera RAPOSO, *Até que a Morte...*p. 82.

percebe que, na maior parte dos casos, a criança nasce prematuramente, sendo transferida para uma unidade de neonatologia e de cuidados intensivos.

## **5. Interesses do Hospital**

A partir do momento em que é declarada a morte cerebral à gestante e se decide pela aplicação das medidas de suporte vital, a constante monitorização das funções vitais maternas exige uma vigilância permanente por parte de uma equipa médica multidisciplinar, englobando a neonatologia, a obstetria, a enfermagem, os cuidados intensivos, a cardiologia, radiologia, entre outras especialidades.

Perante tal cenário, somos convocados a trazer o conceito de justiça distributiva, de forma a perceber até que ponto estará o Hospital a fazer um uso racional dos recursos médicos em prol do benefício comum<sup>140</sup>.

O problema coloca-se porque os recursos médicos são escassos e a aplicação de medidas de suporte vital num cadáver, de modo a possibilitar o nascimento de uma criança sem qualquer garantia que tal ocorra com sucesso, comporta elevados custos. Deste modo, a questão centra-se em saber se estes recursos não teriam uma melhor utilização para outros fins.

Uma vez que estes casos adquirem um grande mediatismo devido à sua singularidade, o receio é que haja um aproveitamento por parte do Hospital e da comunidade científica que aplica as referidas medidas em tais circunstâncias.

De notar que as medidas de suporte vital só devem ser aplicadas na gestante em morte cerebral se houver uma taxa de sobrevivência elevada da criança e se houver indícios científicos que esta não nascerá com sequelas graves.

## **6. O crime de aborto no âmbito da aplicação de medidas de suporte vital**

O crime de aborto pode ser invocado em duas situações numa situação como a da aplicação de medidas de suporte vital em gestante em morte cerebral.

---

<sup>140</sup> Cf. Vera RAPOSO, *Até que a Morte...*, p. 82.

A primeira diz respeito aos casos onde, para poder salvar a vida da mãe, os médicos vêm-se obrigados a fazer uma interrupção da gravidez, prevista no art. 141º nº 1 al. a) do CP.

Para que a interrupção seja legitimada é necessário estarem reunidos certos pressupostos<sup>141</sup>. Em primeiro lugar, este tem de ser o único meio de tutela dos valores protegidos, estando, desta forma, consagrado o princípio da subsidiariedade. Em segundo lugar, é necessário que este seja indispensável para remover o perigo que tem de ser atual e ser uma lesão grave e irreversível que diz respeito à vida ou ao corpo ou saúde física ou psíquica da gestante.

Contudo, só convocaremos a interrupção da gravidez nos termos do art. 141º nº 1 al. a) do CP se a gestante se encontrar viva, o que significa que não valerá para as situações onde a morte cerebral já foi declarada, pois está clinicamente morta.

A segunda situação é equacionada se a decisão for a de não aplicação das medidas de suporte vital e, na sua sequência, ocorra a morte do feto. Será que, nestes casos, estamos perante o crime de aborto previsto no art. 140º do CP?

O art. 140º do CP pretende proteger a vida intra-uterina. Por isso, se não forem aplicadas as técnicas que permitem a manutenção das funções maternas, estaremos perante um crime de aborto por omissão.

Todavia, é questionável se esta conduta omissiva seja configurada como aborto, uma vez que é duvidoso que este crime possa ser praticado por omissão e o aborto apenas pode ser praticados em gestantes vivas<sup>142</sup>, o que não se verifica na situação em questão.

Somos, assim, de concluir que, caso a decisão seja a de não aplicação das medidas de suporte vital, não estaremos no campo do aborto, o que não quer dizer que a vida intra-uterina não careça de proteção. Simplesmente significa que esta proteção não passa por uma proteção penal.

---

<sup>141</sup> Cf. J. FIGUEIREDO DIAS, *Anotação ao art. 142º in Comentário Conimbricense...*, p. 180-181.

<sup>142</sup> Cf. Vera RAPOSO, *Até que a Morte...*, p. 83.

## Conclusão

A permanente evolução da Ciência, designadamente no campo da Medicina, permite que seja hoje possível manter as funções vitais maternas estáveis de uma gestante em morte cerebral com recurso às técnicas de suporte vital.

A complexidade da questão prende-se em saber até que ponto é admissível recorrer às referidas medidas para permitir o nascimento de um bebé, ou seja, se há ou não uma prevalência da vida do embrião em detrimento do cadáver.

Esta problemática pode ser enquadrada, em termos jurídicos, no âmbito da Lei nº 32/2006, de 26 de julho que regula o regime da PMA. Constituindo um progresso no seio do ordenamento jurídico português, esta lei contempla, no art. 22º e art. 26º, as situações de reprodução *post-mortem*, referindo-se à inseminação, fertilização *in vitro post-mortem* e transferência *post-mortem* de embriões.

Contudo, esta lei não oferece resposta à presente questão, pois foca-se nas situações onde ocorre a morte paterna. Ainda assim, é possível verificar a existência de algumas similaridades da situação da gestante em morte cerebral com a transferência *post-mortem* de embriões.

Se, por um lado, não há dúvidas quanto à vontade reprodutiva da mãe, pelo menos, após o prazo de interrupção voluntária da gravidez, por outro lado, foram criadas legítimas expectativas por parte do pai quanto ao nascimento da criança. Uma vez que a transferência *post-mortem* de embriões é admissível nos termos do art. 22º nº 3 da Lei da PMA, por maioria de razão, a reprodução *post-mortem* em caso de gestante em morte cerebral não só devia ser prevista como deveria ser permitida, até porque, neste caso, o embrião já se encontra numa fase gestacional muito mais avançada, merecendo uma proteção mais forte por parte do Direito.

A grande diferença existente entre esta técnica e a situação em estudo é que, para além do elemento ausente ser a mãe, há o uso direto do seu corpo, uma vez que se recorre a medidas de suporte vital para monitorizar e manter as funções maternas propícias ao nascimento de uma criança.

Assim, e porque o uso das referidas técnicas não comporta qualquer finalidade terapêutica, o único obstáculo à sua aplicação em gestante em morte cerebral seria que esta intentaria com a dignidade do próprio cadáver ou, pelo menos, desrespeitaria esta coisa que



foi anteriormente uma pessoa. Não parece que seja este o caso, uma vez que a sua prática não integra o art. 254º nº 1 al. b) do CP. Além disso, estando perante uma pessoa legalmente morta e por isso, cadáver e um feto, vivo, a proteção deste último prevalecerá, o que não ocorrerá se da manutenção da gravidez este apresentar anomalias graves.

Deste modo, há vários fatores a ter em conta aquando da decisão de aplicação de medidas de suporte vital, nomeadamente a idade gestacional do feto ou a própria circunstância de morte da mãe. Por isso, a decisão deverá ser a da não aplicação das mesmas se o feto tiver uma doença grave ou se esta se desenvolver no decorrer da gravidez em virtude da circunstância única que este se integra.

Os médicos terão assim um papel fundamental nesta decisão, pois compete-lhes dar um parecer acerca da viabilidade da aplicação das medidas de suporte vital no caso concreto.

Na decisão de aplicação das ditas medidas, deverá ter-se ainda em conta o papel do pai do feto, uma vez que é o seu representante legal. Não deverá pesar de forma significativa nesta decisão o facto de a criança nascer numa família monoparental, pois isso não afetará o seu desenvolvimento pessoal. Ainda assim, cumpre referir a relevância de um acompanhamento ao pai da criança durante e após a gravidez, devido à situação única que é de manter as funções vitais maternas propícias de um corpo morto a permitir o nascimento de um bebé.

A comunidade hospital, nomeadamente a Administração do mesmo, tem de fazer uma análise minuciosa no que diz respeito aos recursos humanos e materiais envolvidos nesta situação. Isto acontece porque manter um cadáver ligado às máquinas acarreta um custo muito elevado e há que ponderar até que ponto esta decisão não influenciará a restante gestão dos recursos do Hospital.

Assim se percebe que a aplicação de medidas de suporte vital em gestante em morte cerebral dependerá do caso em concreto. Atendendo à singularidade da situação, neste processo, é essencial haver um diálogo multidisciplinar entre juristas, médicos e Conselhos de Ética Hospital, de modo a que a melhor decisão seja tomada.

## Bibliografia

ANDORNO, Roberto, *The Oviedo Convention: A European Legal Framework at the Intersection of Human Rights and Health Law*, disponível em <https://www.researchgate.net/>, consultado a 22 de janeiro de 2020.

ANSTOTZ, Christoph, *Should A Brain-Dead Pregnant Woman Carry Her Child To Full Term? The Case Of The “Erlanger Baby”*, disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com/journal/14678519>, consultado a 4 de fevereiro de 2020.

Artigo do Jornal Observador, *Mãe em Morte Cerebral Vai Dar à Luz um Bebê no Hospital de São João*, disponível em <https://observador.pt/>, consultado a 5 de março de 2020.

Artigo do Jornal Público, *Bebê de Mãe que Deu à Luz em Morte Cerebral está Bem de Saúde*, disponível em <https://www.publico.pt/>, consultado a 5 de março de 2020.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil - Teoria Geral*, Vol. I, Coimbra Editora, 2000, 2ª Edição.

COELHO, F. Pereira, OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família, Introdução, Direito Matrimonial*, Vol. I, Imprensa da Universidade de Coimbra, 5ª Edição.

CORDEIRO, Menezes A, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IV, Pessoas, Almedina, 2019, 5ª Edição.

COSTA, Marta, SILVA, Paula, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida – Anotada (e Legislação Complementar)*, Coimbra Editora, 2011.

DEODATO, Sérgio, *Direito da Saúde – Colectânea de Legislação Anotada*, Almedina, 2012.

DIAS, Figueiredo (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Parte Especial, 2012, 2ª Edição.

ECKER, Jeffrey, *Death in Pregnancy - An American Tragedy*, disponível em <https://www.nejm.org/>, consultado a 4 de fevereiro de 2020.

EDUARDO, Dantas, RAPOSO, Vera, *Legal Aspects of Post-mortem Reproduction: a Comparative Perspective of French, Brazilian and Portuguese Legal Systems*, disponível em <https://www.researchgate.net/>, consultado a 6 de maio de 2020.

ESMAEILZADEH, Majid, *One Life Ends, Another Begins: Management of a Brain-dead pregnant mother – a Systematic Review*, disponível em <https://www.researchgate.net/>, consultado a 8 de junho.

FINNERTY, James, *Cerebral Arteriovenous Malformation in Pregnancy: Presentation and neurologic, obstetric, and ethical significance*, disponível em <https://www.sciencedirect.com>, consultado a 6 de fevereiro de 2020.

GERALDES, João, *Finis Vitae ou Ficta Mortis?* in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, 2010.

JACKSON, Emily, *Medical Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, 2010.

LIMA, Pires de / VARELA, João Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Coimbra Editora, 2010, 4ª Edição.

LOUREIRO, João, *Constituição e Biomedicina: Contributo para uma Teoria dos Deveres Bioconstitucionais na esfera da genética humana*, Vol. II, 2003.

\_\_\_\_\_, *Dignidade e Direitos do Embrião* in *Cadernos de Bioética*, nº 39, Ano 2005.

\_\_\_\_\_, *Estatuto do Embrião*, in *Novos Desafios à Bioética*, Porto Editora, 2001.

\_\_\_\_\_, *Tomemos a Sério os Direitos do Embrião e do Feto* in *Cadernos de Bioética*, nº 14, Ano 1997.

NEVES, Maria Patrão, OSSWALD, Walter, *Bioética Simples*, 2ª Edição, Verbo, 2014, 2ª Edição.

OTERO, Paulo, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: um Perfil Constitucional da Bioética*, Almedina, 1999.

Parecer da Comissão de Ética para a Saúde do CHUSJ e da FMUP, disponibilizado pelo Presidente da respetiva Comissão, Filipe Almeida.

Parecer nº 10/CNECV/95 sobre o Critério de Morte, disponível em [www.cnecv.gov.pt](http://www.cnecv.gov.pt), consultado a 4 de fevereiro de 2020.

Parecer nº 44/CNECV/2004 sobre a Procriação Medicamente Assistida, disponível em <https://www.cnecv.pt/>, consultado a 8 de junho de 2020.

Petição nº 28/XIV/1, disponível em <https://peticaopublica.com>, consultado a 3 de julho de 2020.

PEREIRA, André Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, 2012.

\_\_\_\_\_, *Gene Editing: a Challenge for Homo Sapiens in Medicine and Law: World Association for Medical Law*, Vol. 36, nº 4, 2017.

\_\_\_\_\_, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudos de Direito Civil*, Coimbra Editora, 2004.

PEREIRA, André Dias, RAPOSO, Vera, *Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n° 32/2006, de 26 de Julho) in Lex Medicinae*, Ano 3, n° 6, 2006.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *Limites ao Exercício das Responsabilidades Parentais em Matéria de Saúde da Criança – Vida e Corpo da Criança nas Mãos de Pais e Médicos?*, Gestlegal, 2020.

\_\_\_\_\_, *O Direito da Família Contemporâneo*, AAFDL Editora, 2018, 6ª Edição.

PINTO, C. Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição por A. PINTO MONTEIRO e Paulo MOTA PINTO, Coimbra Editora, 2005.

Projeto de Lei n° 137/XII, disponível em <https://www.parlamento.pt>, consultado a 3 de julho de 2020.

Projeto de Lei n° 223/XIV, disponível em <https://www.parlamento.pt>, consultado a 3 de julho de 2020.

Projeto de Lei n° 752/XII, disponível em <https://www.parlamento.pt>, consultado a 3 de julho de 2020.

RAPOSO, Vera, *Até que a Morte Nos Separe. Breves Notas sobre a Reprodução Post-mortem no Caso de Gestante em Morte Cerebral in Lex Medicinae*, Ano 15, n° 29, 2018.

\_\_\_\_\_, *Direitos Reprodutivos in Lex Medicinae*, Ano 2, n° 3, 2005.

\_\_\_\_\_, *O Direito à Imortalidade: Exercício dos Direitos Reprodutivos mediante Técnicas de Reprodução Assistida e o Estatuto Jurídico do Embrião in vitro*, Vol. I e Vol. II, Coimbra, 2012.

\_\_\_\_\_, *O Direito à Vida na Jurisprudência de Estrasburgo in Jurisprudência Constitucional*, nº 14, 2007.

RAPOSO, Vera, PRATA, Catarina, OLIVEIRA, Isabel, *Human Rights in Today's Ethics: Human Rights of the Unborn (Embryos and Foetus)?*, disponível em <https://scholar.google.pt/>, consultado a 8 de junho de 2020.

Relatório/Parecer nº P/03/APB/05 sobre Procriação Medicamente Assistida, disponível em [www.apbioetica.org](http://www.apbioetica.org), consultado a 24 de janeiro de 2020.

SHAPIRO, E. Donald, SONNENBLICK, Benedene, *The Widow and the Sperm: the Law of Post-Mortem Insemination in Journal of Law and Health* 229.

SILVA, Manuel Gomes da, *Colheita de Órgãos e Tecidos nos Cadáveres, Scientia Iuridica*, Livraria Cruz, 1970.

STROUD, Ellen, *Law and the Dead Body: Is a Corpse a Person or a Thing?*, disponível em <https://www.annualreviews.org/>, consultado em 2 de julho de 2020.

SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995.

VASCONCELOS, Pedro, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª Edição, Almedina, 2019.

## **Jurisprudência**

Acórdão do TC nº 85/85, de 29 de Maio (Vital Moreira), disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/>, consultado a 20 de Abril de 2020.

Acórdão do TC nº 617/2006 (Maria Fernanda Palma), disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/>, consultado a 20 de Abril de 2020.

Acórdão do TC nº 101/2009 (Carlos Fernandes Cadilha), disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>, consultado a 6 de maio de 2020.

*Cour d'Appel de Toulouse*, decisão de 18 de abril de 1994.

*Davis v. Davis* (1992), disponível <https://embryo.asu.edu/>, consultado a 24 de janeiro de 2020.

*Evans v. United Kingdom* (GC), nº 6339/05, decisão de 10 de Abril de 2007, TEDH, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int>, consultado a 22 de janeiro de 2020.

*Regina v. Human Fertilisation and Embriology Authority, ex parte Blood* (1997) 2 Aier687, *Court of Appeal*.

Tribunal de *Grande Instance de Créteil*, decisão de 1 de agosto de 1984.

Tribunal de *Grande Instance de Toulouse*, decisão de 26 de março de 1991.

Tribunal de *Grande Instance de Toulouse*, decisão de 11 de maio de 1993.

*Vo v. França* (GC), nº 53924/00, decisão de 8 de Julho de 2004, TEDH, disponível em <https://www.echr.coe.int/>, consultado a 22 de janeiro de 2020.

*X v. Reino Unido*, nº 18416/79, decisão de 13 de Maio de 1980, Comissão (Plenário), disponível em <https://www.globalhealthrights.org/>, consultado a 22 de janeiro de 2020.