

PROCRIAR DEPOIS DE MORTO: ANÁLISE CRÍTICA À NORMA POSTA PORTUGUESA DA INSEMINAÇÃO *POST MORTEM*

REPRODUCING AFTER DEATH: A CRITICAL ANALYSIS OF THE PORTUGUESE LAW REGARDING POSTHUMOUS ASSISTED REPRODUCTION

HUGO CUNHA LANÇA

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Professor Adjunto do Instituto Politécnico de Beja e Professor Auxiliar Convocado do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes – ISMAT (Portugal). Investigador Doutorado Integrado no Centro de Estudos Avançados em Direito – CEAD Francisco Suárez. hdlanca@gmail.com

Recebido em: 03.08.2022
Aprovado em: 14.11.2022

ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Direitos Humanos; Família e Sucessões

RESUMO: Neste artigo pretendemos realizar uma análise crítica à norma posta portuguesa que expressamente permite a reprodução *post mortem*. Aprovada no final do ano passado, precedida de uma petição popular (e de uma enorme pressão mediática), procurou garantir os direitos reprodutivos da mulher cujo marido ou unido de facto faleceu, ignorando muitas das aporias suscitadas pela problemática. Porque as perguntas nos entusiasma muito mais do que as respostas, neste texto partilhamos as nossas dúvidas e inquietações. A metodologia de pesquisa utilizada assenta na combinação de três eixos teórico-metodológicos, consubstanciando-se na (i) pesquisa dogmática, no que concerne ao recurso da doutrina, jurisprudência e legislação coeva, (ii) na pesquisa sociojurídica, procurando identificar e analisar as incoerências do sistema jurídico relacionando-o com outras ciências como a ética, a medicina e a psicologia, *inter alia*, e (iii) na pesquisa epistemológica, alicerçada no

ABSTRACT: This paper intends to perform a critical analysis of the Portuguese law which recently allowed *post mortem* reproduction. In this sense, such legislation was passed by the Portuguese legislators at the end of 2021, having been preceded by a popular petition and relevant media pressure, with the aim to ensure the reproductive rights of women whose husband or partner previously died, while disregarding many of the issues caused by such provision. In this paper the authors share their doubts and concerns of the subject, since the questions that arise shall be even more interesting than their answers. The research methodology used is based on the combination of three theoretical-methodological systems, consisting of (i) research involving the analysis of contemporary legal thought, precedents and the Portuguese legislation, (ii) socio-legal research, in order to identify and analyze the deviations in the legal system while relating such deviations to other sciences

estudo do sistema jurídico no seu todo e das normas jurídicas e dos conceitos jusfilosóficos que o compõem.

PALAVRAS-CHAVE: Procriação medicamente assistida – Reprodução *post mortem* – Consentimento – Direitos de personalidade – Bioética.

(eth ics, medicine and psychology, *inter alia*), and (iii) epistemological research, based on the study of the Portuguese legal system as a whole, its legal norms and the legal-philosophical concepts included therein.

KEYWORDS: Medically assisted reproduction – *Post mortem* reproduction – Consent – Personality rights – Bioethics.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Um breve tutorial sobre o regime jurídico português de procriação medicamente assistida. 2. A hermenêutica da norma posta que legitima a procriação *post mortem*. 3. Análise crítica ao regime da inseminação *post mortem*. Conclusão. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Os impressionantes avanços científicos das últimas décadas permitiram que o impensável seja hoje uma realidade e aquilo que há poucas anos era qualificado como ficção científica seja hoje trivial.

Especificamente no que respeita à temática que nos propusemos dissecar, os avanços científicos no contexto da reprodução humana tornaram possível a criopreservação dos embriões e do material genético, permitindo que, mesmo depois da morte do dador, estes possam ser utilizados para concretizar uma gravidez.

Mas, como enfatizam os cultores da bioética, à qual compete colmatar a falta e a insuficiência de respostas jurídicas¹, *nem tudo o que é tecnicamente possível é eticamente aceitável*, pelo que o Jurista não pode abdicar de “uma abordagem reflexiva sobre as implicações éticas decorrentes da investigação científica sobre os seres humanos, resultante do progresso médico e biológico”².

Em diferente perspetiva, todos nós escutámos nos bancos da universidade e repetimos no nosso ensino que *a República Portuguesa é um Estado de direito democrático*, mas importa nunca esquecer que existe uma permanente tensão entre a soberania popular e a defesa dos direitos e liberdades fundamentais, uma dialética entre a vontade das massas expressa democraticamente e a defesa intransigente do Estado de Direito que, *prima facie*, é a mais nobre função dos Juristas.

1. Assim, RAPOSO, Vera Lúcia e DANTAS, Eduardo. Aspetos Jurídicos da Reprodução Post-Mortem..., cit. em Perspectiva Comparada Brasil – Portugal. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, a. 7, n.º 14 (Julho-Dezembro 2010), p. 82.
2. GOMES, Joaquim. Os novos desafios da Bioética e do Biodireito – ou o que resta da Ética (?!). *Revista Julgar*, n.º 4 (2008), pp. 125.

Pessoalmente, temos poucas dúvidas que, impelidos pela emoção e pelo sentimentalismo mais primário, a maioria dos portugueses está disponível para cautelar uma norma que permita a reprodução *post mortem*; mas a vontade geral sobre a qual dissertou Rousseau tem de passar pelo crivo axiológico dos princípios e da axiologia constitucional.

Dessarte, a circunstância de a atual norma posta permitir a procriação após a morte não nos obriga a renunciar ao pensamento crítico e ao espírito desconstrutivista, porquanto a reprodução para além da morte suscita uma plethora de questões éticas que os Juristas³ não podem menosprezar, desde logo, questionar se “a programação consciente da vinda de um filho que nascerá já órfão de pai representa uma secundarização do interesse da criança relativamente ao interesse dos progenitores”⁴. Assim, se pela natureza das coisas, sempre nasceram e sempre nascerão crianças cujo progenitor⁵ (ou progenitores) já faleceu, o que indagamos neste contexto é aquilatar da axiologia de um morto procriar.

Em defesa da inseminação *post mortem* pode alegar-se que se trata do direito fundamental de constituir família⁶, do primado do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, da tutela do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar⁷, de permitir uma “liberdade fundamental, a de procriar⁸, que é, e deve ser, assegurada por constituições e leis ordinárias”⁹. Porque “a morte chega sempre demasiado cedo [...] a reprodução *post mortem* não consiste na satisfação de um mero capricho, mas a continuação

-
3. Nesse sentido, recordamos as objeções de ASCENSÃO, José de Oliveira. A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida. *Revista da Ordem dos Advogados*, a.67, n. 3, p. 983.
 4. PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. 3ª Ed. Lisboa, AAFDL, p. 217, em diálogo com Eloy AZEVEDO.
 5. Bem como, de uma morta reproduzir, como sublinham GODINHO, Inês e COUTO, Diana. O admirável mundo da(s) mãe(s) incubadoras(s): nem a morte (n)os separa. *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da ULP*, n. 12 (2019), pp. 158-167.
 6. Cuja subsunção à situação sub *judice* não é incontrovertida. Com efeito, “a questão que nos interessa agora é, porém, diferente: é a de saber se um casal sem filhos tem o direito constitucional de procriar através do recurso às novas técnicas biomédicas” (OLIVEIRA, Guilherme de. *Aspectos jurídicos da Procriação Medicamente Assistida*. In: *Temas de Direito da Medicina*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 6).
 7. Assim, OLIVEIRA, Guilherme de. *Aspectos jurídicos da Procriação...*, *cit.*, p. 7.
 8. Sendo que reconhecer o direito a procriar a um falecido poderá ser um salto lógico inadmissível, considera que a personalidade jurídica cessa com a morte, nos termos do art.68º do Código Civil Português.
 9. CAMPOS, Diogo Leite. A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o Sigilo Sobre o Dador – Ou a Onnipotência do Sujeito. *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 66, (vol. III, 2006), p. 1030.

de fortes sentimentos de amor, e frequentemente concretiza de alguma forma o comum desejo de o casal constituir família”¹⁰.

Nesta senda, os partidários da reprodução *post mortem* convocam o primado do respeito pela vontade das pessoas já falecidas que em vida manifestaram o desejo de concretizar um projeto parental, ainda que este apenas se concretize após a sua morte.

Os seus sequazes alegam ainda que o generoso regime legal do dador heterólogo¹¹, já possibilitava que, aquando da inseminação, aquele tivesse falecido (*mutatis mutandis* para a utilização dos ovócitos criopreservados após a morte da mulher), pelo que a modernidade do regime legal é mais aparente do que real, mas, como no célebre adágio, *uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa e quando as duas coisas se encontram, nem sempre dá boa coisa: in casu*, em debate está a axiologia de conscientemente gerar uma criança cujo pai está morto, condenando-a, previamente à fecundação, à orfandade¹².

Com efeito, urge questionar se “o planeamento deliberado da conceção ou do nascimento de um filho nestas circunstâncias traduziria uma secundarização do superior interesse da criança em benefício dos interesses dos progenitores e, portanto, em certa medida uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana (sobretudo na modalidade de proibição da “coisificação” do ser humano)”¹³. Porque, é insofismável, *in casu* estamos a “criar deliberadamente um filho sem pai”¹⁴. Por outro lado, como já enfatizou o Conselho Nacional para a Ética e Ciência da vida, urge questionar se está eventualidade não traz “consigo um empobrecimento da matriz cultural da família e a desvalorização do impacto que tem sobre o desenvolvimento da criança”¹⁵.

Consequentemente, importa ter presente que não estamos perante uma dialética, em que se procuram conciliar os interesses de um homem a quem *lhe foi passado um atestado de óbito* e uma mulher que deseja ser mãe do seu filho ainda que postumamente, mas uma tríade na qual o superior interesse da criança deverá ser devidamente

-
10. RAPOSO, Vera Lúcia e DANTAS, Eduardo. *Aspetos Jurídicos da Reprodução... cit.*, p. 81.
 11. Profusamente criticada por alguns AA. que alegam a instrumentalização da vida humana e o princípio da dignidade da pessoa humana, v.g., CAMPOS, Diogo Leite de. *A Procriação Medicamente Assistida...*, *cit.*, pp. 1017 e ss.
 12. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito e bioética. Revista da Ordem dos Advogados*, a.51 (Jul.1991), pp. 436. Muito crítico, o A. considera que a vontade da viúva “não prevalece sobre o direito de todo o novo ser ter quanto possível uma vida familiar normal” (*Ibidem*).
 13. SILVA, Paula e COSTA, Marta. *A lei da procriação medicamente assistida anotada (e legislação complementar)*. Coimbra, Coimbra Editora, 2011. p.119.
 14. Tiago DUARTE, *apud*: NOGUEIRA, Daniela. *O Regime Jurídico da Procriação Medicamente Assistida Post Mortem e as suas implicações no direito sucessório português*. [Tese de Mestrado]. Braga: Universidade do Minho, p. 33).
 15. Parecer 112/CNECV/2020, do Conselho Nacional de Ética e Ciências da Vida (Relatores: Rita Lobo Xavier, Ana Sofia Carvalho, Filipe Almeida e Luís Duarte Madeira).

mesurado e “valorizar-se a condição do ser que irá nascer que, pela natureza e vulnerabilidade, é quem é mais carecido de proteção”¹⁶.

Até porque as motivações de uma pessoa para procriar de alguém que já faleceu são controvertidas. Se os discípulos de Rousseau alegam que se trata do “desejo da mulher prolongar a família perdida com a morte do marido”¹⁷, os mais hobessianos convocam uma eventual avidez desta mulher e recordam que o primordial motivo poderá ser obter “uma fonte adicional de subsistência derivada dos bens do defunto marido por via de um filho que funcione como sua derradeira fonte de rendimento, dado o papel central que este poderá desempenhar em termos de distribuição de bens”¹⁸ ou, ser motivada por narcisismo, pelo desejo de fugir da solidão, pela procura da imortalidade, ou repriminatar, pelo recurso a um filho, o amor que se perdeu¹⁹, razões que são suscetíveis de colocar em perigo o saudável desenvolvimento emocional psíquico da criança.

José Eduardo Agualusa, no seu magnífico *Rainha Ginga* oferece-nos a deliciosa história de um macaco que, enquanto garbosamente pulava de galho em galho, vê ao longe um peixe num grande e belo lago. Num ataque de solicitude, com todo o seu desvelo e coragem, lança-se sobre a água, resgata o peixe e ampara-o para a margem. Ao ver o peixe a saltar, batalhando com uma réstia de força pela vida, sente-se orgulhoso de si mesmo e comenta com os seus pensamentos: o peixe ficou tão feliz por eu o ter salvo, que está aos pulos... Trazemos a história à colação, com receio de a mesma seja uma infeliz analogia.

1. UM BREVE TUTORIAL SOBRE O REGIME JURÍDICO PORTUGUÊS DE PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA²⁰

A procriação (ou reprodução) medicamente assistida, definida como “o conjunto de técnicas destinadas à formação de um embrião humano sem a intervenção do acto sexual”²¹, está (esteve) intimamente conxionada com a infertilidade²² (com a dor indizível de não conseguir engravidar ou levar uma gravidez até ao fim, sumptuosamente

16. Parecer 112/CNECV/2020, do Conselho Nacional de Ética e Ciências da Vida (Relatores: Rita Lobo Xavier, Ana Sofia Carvalho, Filipe Almeida e Luís Duarte Madeira).

17. RAPOSO, Vera Lúcia e DANTAS, Eduardo. *Aspetos Jurídicos da Reprodução... cit.*, p. 85.

18. RAPOSO, Vera Lúcia e DANTAS, Eduardo. *Aspetos Jurídicos da Reprodução... cit.*, pp. 84/85.

19. Semelhantemente, Stela BARBAS refere que a “mulher que é inseminada com o esperma do marido defunto, vê na criança a “herança espiritual e física”, o perpetuar de uma vida conjugal (fisicamente já inexistente). O filho é laço, o elo de ligação entre a existência real, concreta, material (física) da mulher e a inexistência do marido na vida terrena” (BARBAS, Stela. *Direito ao Património Genético*. Coimbra, Almedina, 1998, p. 129.

20. *Brevitatis causa*, apenas afloramos as temáticas com interesse para os fundamentos que infra iremos dissecar.

21. PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo, cit.*, p. 233.

retratada pelo pincel sofrido de Frida KAHLO) e encontra-se expressamente regulada em Portugal²³, através da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho²⁴⁻²⁵ (LPMA)²⁶.

De acordo com a norma posta *podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual*, desde que tenham mais de 18 anos de idade e não exista uma sentença de acompanhamento que vede o recurso a tais técnicas (art. 6.º).

Inobstante o teor literal da norma legal referir que as técnicas de procriação medicamente assistida são *um método subsidiário de procriação* em situações de infertilidade, importa ter presente que hoje são cumulativamente um meio alternativo de procriação. Com efeito, quer pelo facto de *ab initio* também se aplicaram *para tratamento*²⁷ *de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras*²⁸ (art. 4.º), quer, sobretudo, porque atualmente todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade podem recorrer às técnicas de procriação

-
22. Que devemos interpretar amplamente, como refere RAPOSO, Vera Lúcia. Direitos Reprodutivos: homossexualidade, celibato, parentalidade. In: *Família, consciência, secularismo e religião*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 75. Nesse sentido, o conceito foi reconstruído e hoje deve entender-se como “a disease characterized by the failure to establish a clinical pregnancy after 12 months of regular, unprotected sexual intercourse or due to an impairment of a person’s capacity to reproduce either as an individual or with his/ her partner” (The International Glossary on Infertility and Fertility Care, 2017).
 23. Caminho que não se trilhou sem críticas, v.g., Fernando ARAÚJO, que ferozmente se opôs à legiferação relativamente à PMA, considerando que cabe ao indivíduo fazer uma ponderação dos valores envolvidos. (ARAÚJO, Fernando. *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*. Coimbra, Almedina, 1999, p. 17)
 24. Para um cotejo histórico da legislação portuguesa sobre procriação medicamente assistida, vide NOGUEIRA, Daniela. *O Regime Jurídico da Procriação...*, cit., pp. 8 e ss.
 25. N.A.: sempre que neste texto existirem referências legislativas, sem invocação da fonte, referimo-nos à lei da procriação medicamente assistida.
 26. E, deixamo-lo escrito, com palavras que furtámos a outros, que estamos perante um enorme avanço civilizacional, uma “verdadeira revolução no processo histórico da humanidade: o controlo pela ciência do sector da reprodução humana, produzindo uma alteração sobre o carácter natural da vida, isto através do domínio da biologia humana que conduziu a uma dissociação entre a reprodução e a sexualidade, traduz um marco apenas comparável à descoberta do fogo pelo homem primitivo ou à invenção da escrita em termos de divisão do tempo histórico” (OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*. Coimbra, Almedina, 1999, pp.11 e 12).
 27. A expressão é assertivamente criticada por ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Lei n.º 32/06...*, cit., p. 978. Dessarte, “não se supera a situação de doença de um genitor”!
 28. Cujas conformidade com o texto constitucional foi expressamente declarado no Ac. do Tribunal Constitucional 101/2009, 3 de Março de 2009 (tendo por relator Carlos Fernandes Cadilha).

medicamente assistida, é um logro insistir em qualifica-las como tão somente um meio subsidiário de procriação. Enfatizamos a premissa porquanto o cerne das nossas cogitações é a procriação *post mortem* que não pressupõe infertilidade, pelo que não poderá ser qualificado como um processo terapêutico.

Destarte, se na sua versão originária a norma portuguesa (que já sofreu oito alterações) era moderadamente conservadora (tão conservadora com a novidade da questão o permite), cingindo-se a casais heterossexuais casados ou unidos de facto e mediante diagnóstico de infertilidade (ou para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras), o atual regime é muito mais generoso.

Assim, uma mulher sozinha pode recorrer às técnicas de procriação medicamente assistida, bem como os casais de mulheres, casadas ou em união de facto, como o legislador expressamente permite a maternidade de substituição (a que eufemisticamente chama de gestação de substituição), e a inseminação *post mortem* (que estavam vedadas no regime originário). Acresce que, se na redação original, o recurso a dador heterólogo só poderia *verificar-se quando, face aos conhecimentos médico-científicos objectivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através de inseminação com sémen do marido ou daquele que viva em união de facto com a mulher a inseminar*, na redação coeva é permitida a inseminação com sémen de um dador quando não puder obter-se a gravidez de outra forma (art. 19.º), o que indicia um regime jurídico mais permissivo, sob pena de a intervenção legislativa ter sido inócua e prolixa.

Permitir que uma mulher sozinha recorra às técnicas de procriação medicamente assistida²⁹ mais do que uma modificação no caleidoscópio é uma verdadeira mudança de paradigma³⁰. Com efeito, sucumbindo à *espuma dos dias* e a pressões mediáticas, o legislador lusitano legalizou-se a existência de “filhos de pai anónimo”³¹, cuja dimensão

29. Em defesa das famílias monoparentais através do recurso às técnicas de procriação medicamente assistida pronuncia-se RAPOSO, Vera Lúcia. *Direitos Reprodutivos...*, cit., pp. 68 e ss.

30. Os seus defensores alegam que a opção está em linha com a possibilidade de uma mulher conceber ser revelar a identidade do pai (ou desconhecer a identidade do progenitor) e a reconhecimento legal da adoção singular, o que nos parece um paralelismo inadequado, porquanto neste caso já existe uma criança carente de proteção. Semelhantemente alega-se que “ora, no caso da adoção já existe uma criança que merece uma situação familiar estável, vigora aqui o critério do mal menor, enquanto, no caso da PMA, está-se deliberadamente a conceber uma criança, que à partida não vai ter uma família completa à sua espera” (NOGUEIRA, Daniela. *O Regime Jurídico da Procriação...*, cit., p. 26).

Um contra-argumento, será defender que também no caso da inseminação *post mortem* com recurso à transferência de um embrião se está a proteger um embrião já formado que, de outro modo, seria destruído.

31. Como criticamente refere PEREIRA, André Dias. Filhos de Pai Anónimo no século XXI. In: *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Coord. NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira.

axiológica não pode ser escamoteada, nomeadamente cogitar se o projeto de maternidade independente, o legítimo direito de uma mulher querer ser mãe, não colide com o superior interesse da criança de nascer numa família biparental³². Porque, enfatizamo-lo, não se trata apenas de não ter pai: esta criança vai nascer sem avós, tios e primos paternos, sendo decapitada da parte significativa das relações familiares mais significativas.

Sublinhamo-lo porque este é um argumento recorrentemente utilizado pelos defensores da procriação *post mortem*: se o ordenamento jurídico permite que uma criança nasça sem saber a identidade do pai, por maioria de razão, deverá permitir que seja filha de alguém que faleceu antes de ser concebida, mas que por ter sido casado ou vivido em união de facto com a sua mãe, tem uma história conhecida e cognoscível, como todo o lastro familiar paterno. Dessarte, “seria incongruente que uma mulher pudesse aceder a

Actas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”. Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 41-54. Igualmente incisiva, Rute Teixeira PEDRO questiona “como se pode aceitar este resultado – crianças, necessariamente, só com a parentalidade estabelecida quanto a um progenitor – nos tempos em que vivemos: em que, por um lado, se reconhece um relevo acrescido ao conhecimento das origens genéticas, à historicidade pessoal e em que, por outro lado, em homenagem aos direitos fundamentais da integridade pessoal, do livre desenvolvimento da personalidade e da constituição da família, mercedores de proteção constitucional segundo os artigos 25.º, 26.º e 36.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa, e da tutela oferecida genericamente à personalidade à luz do artigo 70 do Código Civil, o legislador e o julgador vão desembaraçando de peias temporais o direito a estabelecer ou a impugnar os vínculos de filiação” (PEDRO, Rute Teixeira. Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida. In: *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Coord. NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira. Actas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”. Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 162/163).

32. Que alguns autores sustentam ter proteção constitucional, como recorda NOGUEIRA, Daniela. *O Regime Jurídico da Procriação...*, cit., p. 25, em diálogo com Pereira COELHO, Jorge Pinheiro DUARTE e Lopes CARDOSO.

Em sentido contrário, alega-se: “é, desde logo, questionável a existência de um direito da criança a uma família biparental – será fundado num pretensão Direito Natural? Mesmo que se aceitasse a existência desse direito, sempre seriam múltiplas as situações em que o mesmo não seria respeitado e que são consideradas legítimas pela nossa sociedade: aquelas em que o pai morre durante a gestação, ou em que a mãe se recusa a revelar a identidade do homem com quem teve relações sexuais. Acresce ainda que tem vindo a aumentar no nosso país o número de famílias monoparentais em consequência do aumento ocorrido na última década na taxa de divórcio, da maternidade adolescente e do número de mulheres que optam por ter um filho fora de qualquer relação duradoura” (BELEZA, Teresa Pizarro e MELO Helena Pereira de. Discriminação e contra-discriminação em razão da orientação sexual no direito português. *Rev. Ministério Público*, n. 123 (jul/set 2010), p. 51).

uma técnica de PMA com recurso a dador e não lhe fosse lícito recorrer à inseminação com recurso ao sémen recolhido pelo seu marido entretanto falecido”³³.

No que concerne à maternidade de substituição³⁴, também evoluímos [involuímos!] de um estado em que eram *nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição* e a mulher que suportasse *uma gravidez de substituição de outrem era havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que viesse a nascer*, para uma neorealidade, introduzida pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, na qual estes negócios são lícitos, ainda que sujeitos a um conjunto de requisitos, nomeadamente: apenas podem ser celebrados a título gratuito³⁵ [afastando-se o estigma das *barrigas de alu-guer*³⁶]; exige-se uma autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, que deverá ser precedida de audição da Ordem dos Médicos; apenas são admissíveis em casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem; é obrigatório que sejam utilizados os gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários e é proscrito que a gestante de substituição possa ser a dadora de qualquer ovócito usado no procedimento em que é participante; por fim, exige-se ainda que os beneficiários prestem o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável.

Porque esta norma não passou no crivo do Tribunal Constitucional, gerando um limbo jurídico no qual a maternidade de substituição era permitida mas não se podia realizar, o legislador, através da Lei n.º 90/202, de 16 de dezembro, estreitou os requisitos legalmente exigidos para a admissibilidade da gestante de substituição (pelo que, de acordo com a norma em vigor, a gestante de substituição *deve ser, preferencialmente, uma mulher que já tenha sido mãe*, e exigiu-se que, cumulativamente com a Ordem dos Médicos, fosse ouvida a Ordem dos Psicólogos), e, no que concerne ao consentimento

33. Como refere o Parecer 112/CNECV/2020, do Conselho Nacional de Ética e Ciências da Vida (Relatores: Rita Lobo Xavier, Ana Sofia Carvalho, Filipe Almeida e Luís Duarte Madeira).

34. Para uma análise sobre o regime português da gestação de substituição, *vide* LANÇA, Hugo Cunha. Pelos trilhos da(s) lei(s) da procriação medicamente assistida: desconstrução e análise crítica. *Jurismat*, n.º 15 (2022), pp. 311-347. Para uma análise comparativa entre o regime português e brasileiro, *vide* LANÇA, Hugo Cunha e CHAVES, Marianna. Gestação de Substituição. In: *Estudos de Direito Lusófono Comparados II*. Lisboa: CEAD, 2021, pp. 299-336.

35. E, não deixa de ser peculiar, que as atividades para as quais se sugere a generosidade e gratuidade seja atividades femininas, como enfatiza PEREIRA, Maria Margarida Silva. Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição. *Julgar Online*, Janeiro 2017, p. 3, em diálogo com Lori Andrews).

36. Sendo que, mesmo na doutrina lusitana, não faltam as vozes que defendem a disposição onerosa do útero para terceiros, *v.g.*, RAPOSO, Vera Lúcia. *De Mãe para Mãe: Questões legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 67.

(o âmago da decisão de inconstitucionalidade) estatui este *é livremente revogável, por vontade da gestante, até ao registo da criança nascida*, sendo que, neste caso, a criança que nascer é tida como filha da gestante (n.º 9, do art. 8.º, *a contrario sensu*), que, como esta não pode, *em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante*, será mãe de um filho que geneticamente não é seu.

2. A HERMENÊUTICA DA NORMA POSTA QUE LEGITIMA A PROCRIAÇÃO *POST MORTEM*

Na versão originária da lei portuguesa da procriação medicamente assistida, após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não era lícito à mulher ser inseminada com sémen do falecido, devendo este ser destruído aquando da sua morte.

No entanto, era, *lícita a transferência post mortem de embrião para permitir a realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão* (art. 22.º, que deveria ter como epígrafe transferência embrionária *post mortem*), num regime que gerava “perplexibilidade”³⁷.

Assim, a norma posta, mormente pelo disposto nos artigos 22.º e 23.º, proibia a realização de inseminação artificial *post mortem*, mas autorizava a transferência *post mortem* de embrião criopreservado. A opção legislativa, aparentemente contraditória, partia da premissa que o embrião já existia e “apenas” iria ser transferido para o útero da mãe, após a morte do pai, sendo que a alternativa era seria a sua destruição (que suscita pertinentes questões axiológicas), pelo “que permitir a sua transferência é a solução que permite o nascimento e, deste modo, mais respeita a vida”³⁸, permitir que seja doado a terceiros (que suscita questões ainda mais complexas)³⁹.

Controversa era a cominação legal para as situações em que uma criança nascia através da inseminação *post mortem* com fraude à lei (v.g., através do recurso ao turismo de inseminação): *se da violação da proibição a que se refere o artigo anterior resultar gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido* (anterior redação do art. 23.º).

37. O adjetivo pertence a CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica*. 2ª Ed. Lisboa: AAFDL, 2011.

38. RAPOSO, Vera Lúcia e DANTAS, Eduardo. *Aspetos Jurídicos da Reprodução... cit.*, p. 89.

39. A narrativa de que esta transferência assegura os direitos reprodutivos da mãe sobreviva parece-nos um argumento mais débil. Em sentido contrário, RAPOSO, Vera Lúcia e DANTAS, Eduardo. *Aspetos Jurídicos da Reprodução... cit.*, p. 89.

No início do ano de 2021, na sequência de uma petição pública (e de uma campanha mediática em defesa da alteração do preceito legal), o Parlamento português aprovou o Decreto n.º 128/XIV, que visava alterar a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, no sentido de permitir o recurso a técnicas de procriação medicamente assistida, através da inseminação com sémen após a morte do dador, nos casos de projetos parentais expressamente consentidos, alargando, deste modo, o âmbito da inseminação *post mortem*. No entanto, o Presidente da República devolveu sem promulgação o Decreto para a Assembleia da República alegando que “a questão da inseminação *post mortem*, suscita, no entanto, questões no plano do direito sucessório que o Decreto não prevê, uma vez que não é acompanhada da revisão, nem assegurada a sua articulação, com as disposições aplicáveis em sede do Código Civil, o que pode gerar incerteza jurídica, indesejável em matéria tão sensível”⁴⁰. Subscrevemos a posição do Presidente da República: “a possibilidade de se conceber um ser humano após a morte do seu progenitor contraria todas as regras do direito sucessório português”⁴¹, pelo que só por impreparação ou desatenção se poderá legislar sobre a primeira questão e ignorar a segunda. Com efeito, é insofismável que a chamada à sucessão de um inesperado herdeiro recém-criado e que apenas vai nascer muito depois do óbito do autor da sucessão introduz uma álea de insegurança jurídica profusamente perigosa, sendo que, afastá-lo da sucessão implicaria uma discriminação entre filhos constitucionalmente proscrita⁴².

Assim, foi necessário esperar pelo Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro, que veio permitir o recurso a técnicas de procriação medicamente assistida através da inseminação com sémen após a morte do dador. Pela sua pertinência, convocamos o texto legal, com negritos que denunciam as nossas dúvidas e inquietações:

1 – De forma a concretizar um *projeto parental claramente estabelecido e consentido*, e decorrido o prazo *considerado ajustado à adequada ponderação da decisão*, é lícito, após a morte do marido ou do unido de facto:

- a) *Proceder à transferência post mortem de embrião;*
- b) *Realizar uma inseminação com sémen da pessoa falecida.*

2 – O estabelecido no número anterior é aplicável aos casos em que o sémen seja recolhido, com base em fundado receio de futura esterilidade, para fins de inseminação da mulher com quem o *homem esteja casado ou viva em união de facto* e o dador vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen.

40. Sítio da Internet da Presidência da República, disponível em: <https://www.presidencia.pt/atualidade/toda-a-actualidade/2021/04/inseminacao-pos-morte-presidente-da-republica-solicita-ao-parlamento-que-reveja-disposicoes-sucessorias/> [consult. 25 de julho de 22].

41. NOGUEIRA, Daniela. *O Regime Jurídico da Procriação...*, cit., p. 81.

42. Conforme sublinham RAPOSO, Vera Lúcia e DANTAS, Eduardo. *Aspetos Jurídicos da Reprodução...* cit., p. 84.

3 – O sémen recolhido com base em fundado receio de futura esterilidade, sem que tenha sido prestado consentimento para a inseminação *post mortem*, é destruído se a pessoa vier a falecer durante o período estabelecido para a respetiva conservação.

4 – O prazo referido no n.º 1 *não deve ser inferior a seis meses*, salvo razões clínicas ponderosas devidamente atestadas pelo médico que acompanha o procedimento.

5 – Os procedimentos *devem iniciar-se no prazo máximo de três anos* contados da morte do marido ou unido de facto, podendo realizar-se um número máximo de tentativas idêntico ao que está fixado para os centros públicos.

6 – A inseminação com sémen do marido ou do unido de facto, bem como a implantação *post mortem* de embrião, só pode ocorrer para a *concretização de uma única gravidez* da qual resulte nascimento completo e com vida.

7 – É assegurado, a quem o requerer, *acompanhamento psicológico* no quadro da tomada de decisão de realização de uma inseminação *post mortem*, bem como durante e após o respetivo procedimento.

A primeira ilação que podemos inferir do texto legal é que o legislador procurou condicionar o recurso à procriação *post mortem* a um apertado conjunto de requisitos, tendo esta uma natureza excepcional⁴³.

Dessarte, esta apenas é lícita quando exista um projeto parental claramente estabelecido e apenas para pessoas casadas ou que vivam em união de facto (há mais de dois anos, porque apenas estas são reconhecidas pela lei portuguesa⁴⁴), não sendo bastante que o sémen do falecido tenha sido recolhido, ainda que com base em fundado receio de futura esterilidade⁴⁵, sendo que, neste caso, deverá ser destruído).

Assim, exige-se consentimento expresso por parte do dador, sendo que este deve ser reduzido a escrito (que pode constar do documento em que é prestado o consentimento informado) ou registado em videograma, após lhe terem sido prestada informação quanto às suas consequências jurídicas da inseminação. Adicionalmente, o

43. No mesmo sentido, o Parecer 112/CNECV/2020, do Conselho Nacional de Ética e Ciências da Vida (Relatores: Rita Lobo Xavier, Ana Sofia Carvalho, Filipe Almeida e Luís Duarte Madeira).

44. Enfatizamos este ponto, porque é muito criticável a incoerência de, no mesmo diploma, se utilizarem as expressões “união de facto” (art. 22.º) e “pessoas que vivam em condições análogas às dos cônjuges” (art. 6.º), como se de diferentes realidades se tratassem.

45. Como refere Sandra MAGALHÃES, estamos perante “enredos nunca antes imagináveis, como o do soldado que, previamente à sua partida para a guerra, deixa amostra de seu sémen para que sejam concebidos filhos geneticamente seus, ainda que morra em combate; do doente grave que, ciente da iminência de seu fim, autoriza que suas células germinais sejam usadas em inseminação artificial mesmo depois de sua morte; do casal que falece de forma trágica, deixando embriões criopreservados que desejava ver nascer como seus filhos” (MAGALHÃES, Sandra Marques. *Aspetos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*. Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 150/151).

consentimento é comunicado ao Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida para efeitos do seu registo centralizado. O consentimento é *livremente revogável até ao início dos processos terapêuticos de PMA* (n.º 4, do art. 14.º).

Numa opção controversa e controvertida [como infra analisaremos], é lícito, após a morte do dador, proceder à transferência *post mortem* de embrião (na esteia do regime anterior), bem como realizar uma “inseminação” com sémen da pessoa falecida⁴⁶. No entanto, esta apenas poderá acontecer, em regra, seis meses após o falecimento, para permitir à mulher uma adequada ponderação da decisão⁴⁷, porquanto é axiomático que no fervor do luto e da perda a mesma não tem as ferramentas emocionais e psicológicas que lhe permitem uma decisão refletida⁴⁸.

Por razões científicas (e jurídicas⁴⁹) o procedimento deve iniciar-se no prazo máximo de três anos após o falecimento do marido ou unido de facto e, por razoabilidade clínica, é genericamente consensual que depois de quatro transferências de embriões sem êxito, a probabilidade de tratamentos adicionais resultarem em gravidez é muito reduzida. Assim, nos centros públicos, a beneficiária tem direito a efetuar três inseminações artificiais⁵⁰. Por outro lado, o recurso à inseminação *post mortem* só é lícito para a concretização de uma única gravidez da qual resulte um nascimento completo e com vida.

-
46. Refira-se que, do ponto de vista técnico, nada obsta que a recolha do material genético ocorra após o falecimento do dador, como recorda NOGUEIRA, Daniela. *O Regime Jurídico da Procriação...*, cit., p. 51.
47. Num sentido que sufragamos, Oliveira ASCENSÃO escreve que se procuram obviar a decisões emocionais (ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Lei n.º 32/06...*, cit., p. 982).
48. Razão pela qual se assegura acompanhamento psicológico no quadro da tomada de decisão. Com efeito, “no contexto do luto não só existem várias fases como também várias vivências paradoxais, que nem sempre permitem ter em consideração a perspetiva do real interesse em fases ulteriores da própria vida. Decidir ter um filho é uma decisão com repercussões enormes na vida e merece ser tomada em clareza e tranquilidade de consciência. Em segundo lugar, existe a possibilidade de a decisão da mãe surgir de um luto patológico sendo fundamental que tal decisão não o agrave ou perpetue – impedindo-a de reconstruir uma nova fase de vida com outros projetos individuais ou mesmo integrando uma nova família. Finalmente, desconhece-se o impacto da solução proposta no desenvolvimento psicológico na criança que vier a nascer (1) da vivência de nascer em luto de uma família ou (2) construir a sua narrativa em face a este luto e a noção de que foi concebida depois de o pai ter falecido” (Parecer 112/CNECV/2020, do Conselho Nacional de Ética e Ciências da Vida (Relatores: Rita Lobo Xavier, Ana Sofia Carvalho, Filipe Almeida e Luís Duarte Madeira)).
49. Dessarte, é “impensável que uma pessoa que provenha geneticamente de outra nasça depois dos bisnetos desta última...” (Sandra MAGALHÃES, *Apud*: NOGUEIRA, Daniela. *O Regime Jurídico da Procriação...*, cit., p. 81). Igualmente crítico, Oliveira ASCENSÃO convoca “a confusão de gerações, a indefinição da situação sucessória e, sobretudo, o menosprezo do interesse do novo ser” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Lei n.º 32/06...*, cit., p. 983).
50. Conforme as FAQs do Conselho Nacional para a Procriação Medicamente Assistida, disponíveis em: <https://www.cnpma.org.pt/cidadaos/Paginas/faqs.aspx> [consult. 21 de julho de 22].

Se, em virtude da inseminação realizada nos termos previstos na norma, resultar uma gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido. Mais controversa, foi a opção, que já decorria do regime anterior, de se atribuir a paternidade ao falecido, mesmo nos casos em que a inseminação *post mortem* ocorrer com preterição dos requisitos legais⁵¹ (exceto se, à data da inseminação, a mulher tiver contraído casamento ou viver há pelo menos dois anos em união de facto com homem que, nos termos do artigo 14.º da LPMA, dê o seu consentimento a tal ato, caso em que se aplica o disposto no n.º 3 do artigo 1839.º do Código Civil, sendo que, *in casu*, o de cujus transmuta-se de dador homólogo para dador heterólogo, e deixa de ser pai do seu filho em virtude do casamento da viúva e do consentimento do novo cônjuge).

Para dissuadir as fraudes à lei, o legislador cominou como crime quem, com a intenção de obter ganho próprio ou de causar prejuízo a alguém, participar em ato de inseminação com sêmen do marido ou do unido de facto após a morte deste, bem como à transferência *post mortem* de embrião, sem o consentimento devido, punido com pena de prisão até 2 anos ou multa de 240 dias (art. 42.º-A, da LPMA).

Por fim, esta é uma lei que tem efeitos retroativos, na medida em que é aplicável aos casos em que, antes da entrada em vigor da presente lei, se verificou a existência de um projeto parental claramente consentido e estabelecido, de forma livre e esclarecida quanto a todos os seus efeitos (art. 5.º, da Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro), pelo que poderá ser apelidada de Lei Ângela⁵².

51. “Note-se porém que a posição tomada é teleologicamente contraditória com a que se adopta em matéria de gestação para outrem, pois como veremos aí a mulher que perfaz a gestação quem é considerada juridicamente mãe”, de acordo com a norma originária (ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Lei n.º 32/06...*, cit., pp. 983/984).

52. Ângela Ferreira é uma ativista que lutou para mudar a lei portuguesa da inseminação pós-morte para conseguir ter um filho do marido, Hugo, que morreu em 2019. Com efeito, foi a primeira signatária da Petição, com mais de 100 mil subscritores, que despoletou a alteração legislativa (<https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f-764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a566b786c5a7939555a58683062305a-70626d46735547563061574e765a584d765a546b785a6d5a6a4d5755745a6a566d4d7930304d-4459794c546b794e5745744d3255774f545a6c4e6a4a6c4f5755794c6e426b5a673d3d&fich=e91ffc1e-f5f3-4062-925a-3e096e62e9e2.pdf&Inline=true>). O efeito retroativo permite a infeliz interpretação de que o Parlamento quis premiar o seu esforço.

Também em sentido crítico, convocamos o Parecer da Ordem dos Advogados (Relatora: Prof. Doutora Catarina Monteiro Pires): “os diplomas em apreço parecem visar a respetiva aplicação a situações passadas, isto é, a consentimento passado. Ora, parece-nos que uma tal aplicação pode suscitar problemas do ponto de vista da tutela das expectativas dos cidadãos e da necessária segurança jurídica e confiança legítima. Quer dizer, a ser aprovada, a lei parece dever valer apenas para o futuro, para situações a iniciar no futuro, para consentimentos a emitir no futuro, após a respetiva entrada em vigor. Trata-se de uma lei que versa sobre o exercício de direitos, liberdades

3. ANÁLISE CRÍTICA AO REGIME DA INSEMINAÇÃO *POST MORTEM*

Porque é axiomático que a possibilidade de procriar depois de morto é uma questão delicada o legislador procurou o *ponto de Arquimedes*, mas, tememos, que tal como no *conflito de Troia*, o legislador não tenha conseguido nem *alegrar os gregos nem satisfazer os troianos*.

Dessarte, os sequazes do recurso à inseminação *post mortem* alegam que o regime é demasiado sibilino. Nesse sentido, é lapidar a posição do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida que, não apenas se queixou da ambiguidade e da falta de orientação sobre a aplicação da lei, como alertou para a falta de regulamentação⁵³, tendo dirigido ao Parlamento um pedido de interpretação autêntica, para clarificar o sentido da norma. *In casu*, a querela de compreender se apenas é legítimo o recurso à inseminação artificial (IA) ou é lícito o recurso às restantes técnicas⁵⁴, nomeadamente a fertilização *in vitro* (FIV).

A dissensão resulta do facto de o legislador ter expressamente consagrado que *é lícito, após a morte do marido ou do unido de facto [...] realizar uma inseminação com sémen da pessoa falecida*, ignorando olímpicamente todas as restantes técnicas, pelo que, pelos cânones da interpretação literal, da pletora das técnicas de PMA, apenas seria possível o recurso à inseminação artificial⁵⁵.

e garantias de cidadãos (artigo 18.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa) e que prevê condições de validade de uma situação não abstraindo do facto que o origina (o consentimento), pelo que a sua aplicação a atos (consentimentos passados) pode afigurar-se criadora de ficções jurídicas e de atentados à liberdade de autodeterminação de quem consentiu, sem referir expressamente a sua intenção quanto a inseminações *post-mortem*, não parecendo que exista um interesse público que deva ditar solução distinta”.

53. ASCENSÃO, Joana. Inseminação ‘post mortem’ aprovada. Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida diz que a lei está “inaplicável”. *Jornal Expresso*, 25 de março de 21. Disponível em: <https://expresso.pt/sociedade/2021-03-25-Inseminacao-post-mortem-aprovada.-Conselho-Nacional-de-Procriacao-Medicamente-Assistida-diz-que-a-lei-esta-inaplicavel-4c2dd2af>.
54. Como decorre da lei pátria (e do elenco oferecido pelo Conselho Nacional para a Procriação Medicamente Assistida), as técnicas de procriação medicamente assistidas permitidas são: i) a inseminação artificial (que consiste em transferir, para a cavidade uterina, os espermatozoides previamente recolhidos e processados, com a seleção dos morfologicamente mais normais e móveis.); ii) a fertilização *in vitro* (consiste na união do espermatozoide com o ovócito em ambiente laboratorial (*in vitro*)); iii) a injeção intracitoplasmática de espermatozoides (que é em tudo semelhante à FIV no que diz respeito às diferentes fases do processo, com exceção para a técnica utilizada para a fecundação dos ovócitos, para a qual é selecionado um espermatozoide para injeção direta no ovócito); iv) a transferência de embriões criopreservados (que consiste em transferir para o útero materno embriões que anteriormente foram previamente congelados); v) e a gestação de substituição (comumente designada por barriga de aluguer e que se alicerça em outras técnicas para permitir a fecundação).

Enfatize-se que a questão tem enorme pertinência prática, dado que a taxa de sucesso de inseminação artificial é muitíssimo reduzida (cerca de os 10%, por cada tentativa, e de 15%, quando se recorre a espermatozoides doados, cuja licitude, neste contexto, é controvertida), mormente quando comparada com a fertilização *in vitro* que ronda os 25% a 30%.

Porque não acreditamos que o legislador tenha pretendido criar um logro e *deixar sair pela janela o que introduziu quando abriu a porta* para a inseminação *post mortem*, não temos a tentação de uma hermenêutica ab-rogante e consideramos que a *lex minus dixit quam voluit* e interpretamos a norma extensivamente de molde a subsumir ao seu âmago a possibilidade de recurso à fertilização *in vitro*⁵⁶.

Sucede que, esta posição convoca novas aporias, nomeadamente, qual o fundamento jurídico e axiológico para permitir o recurso a esta técnica e vedar o recurso às restantes técnicas de procriação medicamente assistida admitidas na lei.

Dessarte, quando *Zeus* criou a *caixa de Pandora* com a recomendação de que esta jamais fosse aberta tinha austeras razões e o nosso receio é que o legislador ao permitir a inseminação *post mortem* tenha encarnado a curiosidade de *Epimeteu* e aberto a possibilidade a situações que não mesurou. Explicamos:

- i) é lícito recorrer também à injeção intracitoplasmática de espermatozoides?
- ii) é lícito recorrer a dadores heterónomos?
- iii) é lícito recorrer à gestação de substituição?

No que concerne à primeira questão, a resposta será forçosamente idêntica à que oferecemos para o recurso à fertilização *in vitro*, porquanto o processo é profundamente semelhante (até porque a importância prática é menos substancial, porquanto a sua taxa de sucesso é tendencialmente inferior à FIV). A opção por um ou outro método é

55. Muito crítico, são lapidares as palavras de Eurico REIS (ex-Presidente da CNPMA): “esta interpretação é aberrante, é completamente aberrante” (MONTEIRO, Emanuel. Inseminação pós-morte: lei está em vigor, mas as mulheres só podem recorrer a uma técnica com taxa de sucesso abaixo dos 20%. *CNN-Portugal*. Disponível em: <https://cnnportugal.iol.pt/angela-ferreira/inseminacao-artificial/inseminacao-pos-morte-lei-esta-em-vigor-mas-mulheres-so-podem-recorrer-a-tecnica-com-taxa-de-sucesso-abaixo-de-20/20220427/6269af350cf2ea367d38b6-bc>. Conclui o desembargador que “O espírito do legislador é que se faz tudo, utilizando as técnicas com melhores taxas de sucesso para atingir o fim que é o nascimento de uma criança com vida”.

56. E, foi nesse sentido que se pronunciou a Comissão de Saúde do Parlamento respondendo que nunca teve o objetivo de restringir o recurso a quaisquer técnicas reprodutivas, mas apenas permitir que uma mulher possa engravidar num cenário em que o cônjuge já tenha falecido. Tendo em conta a resposta dos deputados, o CNPMA procedeu ao alargamento dos formulários de consentimento incluindo fecundações *in vitro* e microinjeções intracitoplasmáticas de espermatozoides, técnicas que aumentam as hipóteses de uma gravidez bem-sucedida.

exclusivamente clínica e relaciona-se com a patologia que determina a infertilidade pelo que não existem fundamentos jurídicos para as tratar diferenciadamente.

Muito mais complexa é a eventual licitude de recorrer a um dador heterólogo para concretizar uma inseminação *post mortem*.

Como já deixámos escrito neste texto, o regime jurídico português da procriação medicamente assistida é pródigo no recurso a terceiros, quando a gravidez não possa obter-se de outra forma, pode optar-se por recorrer a um dador heterólogo de forma a concretizar o projeto parental, sendo que *se vier a resultar o nascimento de uma criança, é esta também havida como filha de quem, com a pessoa beneficiária, tiver consentido no recurso à técnica em causa* (art. 20.º). Com base na premissa, cogitemos no seguinte caso: um casal pode optar por recorrer a um dador de forma a concretizar o projeto parental, e, se durante este processo for diagnosticado ao marido ou unido de facto uma doença terminal e este, após a necessária ponderação, decidir consentir, a criança que nascer é havida como sua filha. Pelo que, a pergunta exige-se: se ele falecer antes da concretizada a inseminação, inobstante existir um projeto parental claramente definido, o processo deve ser interrompido, porque a inseminação *post mortem* será concretizada com o sêmen de um terceiro?

Mutatis mutandis para a circunstância da transferência de embrião: se o embrião não tiver o contributo genético do *de cuius*, é ilícito concretizar o projeto parental, aquando do falecimento?

Por outro lado, se defendermos que em ambas as circunstâncias é legítimo continuar o processo, qual o fundamento ontológico para proibir que se faça uma reprodução *post mortem* com recurso a um dador heterólogo, quando o falecido expressamente o desejou e consentiu? A questão torna-se ainda mais premente, num regime jurídico em que se a mulher engravidar do falecido (seja por inseminação artificial ou por transferência do embrião) e no percurso contrariar casamento, a paternidade será do marido ou unido de facto, caso este tenha dado consentimento (n.º 3, do art. 23.º, da LPMA).

Ainda mais intrincada é a suscetibilidade de recorrer à gestação de substituição para concretizar um projeto parental *post mortem*, questão tem sido ignorada por puro preconceito de género. Dessarte, em pleno século XXI, numa sociedade inclusiva, democrática e pluralista ainda olhamos de soslaio para os homens que se realizam através da paternidade e a tónica da procriação após a morte sempre se colocou no feminino, ou seja, na tutela do direito de a mulher viúva engravidar do *de cuius*, olímpicamente ignorando que também quando a mulher ou unida de facto *precisou morrer*⁵⁷, o homem poderá desejar ter um filho da falecida parceira⁵⁸.

57. A magnífica expressão pertence a valter hugo mãe, no seu *As mais belas coisas do mundo*.

58. A possibilidade também é elencada por RAPOSO, Vera Lúcia e DANTAS, Eduardo. *Aspetos Jurídicos da Reprodução... cit.*, p. 84, mas os AA. optaram por não se debruçar sobre o tema.

Num contexto jurídico, ainda que em determinadas condições, é lícito o recurso à gestação de substituição, parece-nos paradoxal negá-la na circunstância do falecimento da mulher ou unida de facto, porque se traduz em vedar aos homens o que se admite às mulheres, o que colide irremediavelmente com o primado da igualdade.

Mas, também aqui, uma resposta positiva cogita-nos outras dificuldades, mormente aferir se deverá ser permitido transferir os ovócitos da falecida para o útero da atual companheira deste homem⁵⁹ (em paralelo com o que expressamente está previsto para o caso da mulher cujo marido/unido de facto faleceu e voltou a casar/viver em união de facto).

Igualmente controvertida é a anatomia do consentimento, mormente se o que se exige é o desejo da mulher de engravidar do *de cuius*, se é exigível a existência de projeto parental claramente estabelecido e consentido por ambos ou se é imprescindível o consentimento expresso do agora falecido para a inseminação artificial *post mortem*/ transferência *post mortem* de embrião.

Permitir à mulher a utilização do sémen sem autorização do falecido considera-se atentatória da sua dignidade pelo que, mesmo antes da expressa proibição legal, tais pedidos eram recusados⁶⁰, quer quando em causa estava extrair o esperma do recém-falecido⁶¹ quer quando se procurava reclamar os espermatozoides ou tecido testicular criopreservado. Subscrevemos: o facto de um homem criopreservar o seu sémen, ainda que com base em fundado receio de futura esterilidade, não significa que ele efetivamente deseja a paternidade e, sobretudo, a deseja com a pessoa com quem está atualmente casado ou vive em união de facto.

No que concerne à suficiência da existência de um projeto parental para concluir pela existência de consentimento, sendo axiomático que se o material genético a ser transferido para o útero materno existe porque o dador consentiu, importa não escamotear que, em regra, subjacente a este consentimento está o desejo de concretizar um projeto parental em vida do agora *de cuius*, pelo que importa aferir se este consentimento se manteria caso o homem soubesse que iria falecer em breve⁶².

Uma interpretação literal do disposto no artigo 22-A, da LPMA, parece responder de forma taxativa à questão: o consentimento para a inseminação *post mortem* referido

59. Como assertivamente referem RAPOSO, Vera Lúcia e DANTAS, Eduardo. Aspectos Jurídicos da Reprodução... *cit.*, p. 84. Não acompanhamos o paralelismo tecido pelos AA. com a possibilidade de nova esposa adotar os filhos da falecida (Ibidem, p. 90).

60. Nesse sentido, *vide* NOGUEIRA, Daniela. *O Regime Jurídico da Procriação...*, *cit.*, pp. 53 e ss.

61. Sobre a doação pós-morte de esperma, vide a interessante proposta de HODSON, Nathan e PARKER, Joshua. The ethical case for non-directed postmortem sperm donation. *Journal of Medical Ethics*, v. 46 (2020), pp. 489-492.

62. Como nós, RAPOSO, Vera Lúcia e DANTAS, Eduardo. Aspectos Jurídicos da Reprodução... *cit.*, p. 83.

no n.º 1 do artigo 22.º deve ser reduzido a escrito ou registado em videograma, após prestação de informação ao dador quanto às suas consequências jurídicas, i e., resulta da hermenêutica da norma a exigência de um consentimento específico para a reprodução *post mortem*, sendo insuficiente o consentimento anterior.

Compreendemos a ênfase que o legislador dá ao consentimento. Estamos no âmbito da Bioética e do Biodireito, nos quais a assunção do princípio da autonomia, permitiu transitar de um modelo paternalista, baseada na tradição hipocrática, “para uma conceção antropológica centrada no paciente, ser dotado de razão, consciente da sua dignidade, livre e responsável sobre todos os procedimentos de diagnóstico ou terapêuticos que lhe sejam propostos”⁶³. Mas, este vício desconstrutivista, exige-nos enunciar uma questão: a paternidade reside no âmago da autonomia da vontade. Ou, em sentido contrário, devemos alegar que neste caso o consentimento é irrelevante na mesma medida que se a mulher tivesse engravidado por procriação sexual, o seu falecimento após a fecundação é irrelevante para o prosseguimento, ou não, do projeto parental (tal como, a decisão de interromper a gravidez é exclusivamente feminina, sendo inepta a vontade, ainda que expressa, de o homem não pretender que a criança venha a nascer⁶⁴). Com efeito, ainda que exista o projeto parental claramente estabelecido e que o consentimento do homem seja inequívoco, a mulher poderá sempre escolher não o concretizar, indiciando que “a única justificação encontrada para a licitude da inseminação *post mortem* reside na tutela da liberdade e autonomia da mulher que quer ser mãe e em quem irão ser aplicadas as técnicas de PMA”⁶⁵.

Desenvolvemos o tópico do consentimento, porquanto um pecado venial da norma posta é equiparar o sêmen ao embrião, sujeitando ambas ao mesmo tratamento jurídico; se aceitamos a exigência do consentimento para a inseminação *post mortem*, esta parece-nos manifestamente exagerada para o caso da transferência do embrião.

Por outro lado, acresce a dimensão ontológica do consentimento. Dessarte, quando dialogamos com a neurociência, compreendemos que em qualquer processo de tomada de decisão, o agente baseia-se na informação sensorial (o episódio que vive no presente), na informação mnemónica (episódios vivenciados no passado) e na informação

63. BESSA, Marta. *A densificação dos princípios da bioética em Portugal Estudo de caso: a atuação do CNECV*. Tese de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/71440/2/24891.pdf>, p. 27.

64. A defesa do direito a não assumir a paternidade do filho nascido contra a sua vontade é desenhada por RIBEIRO, Jorge Martins. *O Direito do Homem a Rejeitar a Paternidade de Filho Nascido Contra a sua Vontade. A Igualdade na Decisão de Procriar*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, *passim*. Não subscrevemos.

65. Parecer 112/CNECV/2020, do Conselho Nacional de Ética e Ciências da Vida (Relatores: Rita Lobo Xavier, Ana Sofia Carvalho, Filipe Almeida e Luís Duarte Madeira).

prospetiva (episódios que poderíamos viver no futuro)⁶⁶, pelo que, urge questionar, se, perante a notícia sempre trágica da iminência da morte, o agente reúne os requisitos emocionais e psicológicos para formar uma vontade livre, séria e esclarecida.

Também no que concerne à viúva, que em vida do marido ou unido de facto desejaram a parentalidade, o consentimento também suscita ambiguidades, desde logo porque este não pode converter-se numa “palavra mágica, que sacraliza tudo”⁶⁷. Furtando palavras alheias para que as nossas não fiquem isoladas, o “a) consentimento [pode ser] viciado por pressão familiar (v.g. o exemplo clássico da violação marital); b) consentimento viciado pelo uso da força ou pela ameaça do uso da força (violação, coação sexual); c) consentimento viciado por circunstâncias socioeconómicas, como acontece em situações de assédio sexual no local de trabalho ou na prostituição; d) a irrelevância do consentimento em razão da posição de um dos participantes – menores, animais, pessoas com deficiência); e) a irrelevância do consentimento em função dos atos praticados”⁶⁸, *inter alia*. No caso *sub judice*, importa cogitar se uma mulher que perante um moribundo se comprometeu concretizar o projeto parental, tem a liberdade e as ferramentas emocionais e psicológicas que lhe permitam renunciar ao projeto, ou dito de outra forma, aquilatar se o seu consentimento é verdadeiramente livre.

CONCLUSÃO

Usar a epígrafe conclusão é decetivo. Tal como assumimos na introdução, estamos mais preocupados em colocar perguntas do que em procurar respostas. E o novo regime legal português da procriação *post mortem* foi tecido apressadamente com um amplo conjunto de ambiguidades.

Dessarte, também no caso da norma posta a epígrafe do artigo é decetiva: o legislador denomina-a de inseminação *post mortem*, mas não apenas regula igualmente a transferência *post mortem* de embrião, como hoje é pacífico na doutrina a licitude de recorrer a outras técnicas de procriação medicamente assistida para além da inseminação, mormente a fecundação *in vitro*.

Mas, a paz doutrinal termina neste quesito: não apenas persistem as vozes que sustentam que procriar depois de morte é atentatório dos direitos da criança que vier a nascer, porque a condena à orfandade, como é muito criticada a equiparação do sêmen ao

66. Conforme, BOTE, Rúben. *Como tomamos as decisões? Os mecanismos neuronais da escolha*. Lisboa: Atlântico Press, p. 44.

67. ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Lei n.º 32/06...*, cit., p. 978.

68. ARAÚJO, António de. *Crimes Sexuais contra Menores: entre o Direito Penal e a Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 372.

embrião, oferecendo a mesma resposta para realidades que são muito diferentes. Efetivamente, quando se legisla por pressão mediática num ambiente emocional, pode faltar racionalidade nas opções legiferantes.

Por outro lado, se aceitarmos como positiva a premissa do primado de que a mulher tem o direito de engravidar do *de cuius*, devemos questionar porque se veda ao homem o mesmo princípio (tendo por premissa um ordenamento jurídico em que a maternidade de substituição é consentida), e, ainda, porque não se pode recorrer a todas as técnicas de procriação medicamente assistida previstas na lei para conseguir concretizar esta gravidez.

Por fim, partilhámos as nossas dúvidas sobre a exigência do consentimento do homem, porque este é espúrio no que concerne à paternidade, mormente no caso da transferência do embrião, como questionámos se o consentimento da mulher é verdadeiramente livre.

BIBLIOGRAFIA⁶⁹

- ARAÚJO, Fernando. *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*. Coimbra: Almedina, 1999.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Lei N.º 32/06, sobre procriação medicamente assistida*. *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 67. Vol. III, pp. 977-1006.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito e bioética*. *Revista da Ordem dos Advogados*, a.51 (Jul.1991), pp.429-507.
- BELEZA, Teresa Pizarro e MELO Helena Pereira de. *Discriminação e contra-discriminação em razão da orientação sexual no direito português*. *Revista do Ministério Público*, n. 123 (Jul/Set 2010), pp. 5-57.
- BESSA, Marta. *A densificação dos princípios da bioética em Portugal Estudo de caso: a atuação do CNECV*. Tese de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/71440/2/24891.pdf>.
- BOTE, Rúben. *Como tomamos as decisões? Os mecanismos neuronais da escolha*. Lisboa: Atlântico Press.
- CAMPOS, Diogo Leite de. *A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a onipotência do sujeito*. *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 66 (2006). Vol. III, pp. 1017-1033.

69. Investigar em tempos de pandemia coloca-nos desafios extraordinários, mormente a dificuldade de aceder a fontes, dados os constrangimentos nas deslocações e no acesso a bibliotecas. Mas, como nos recorda Fernando PESSOA na sua liberdade, se Jesus Cristo, que não sabia nada de finanças, nem consta que tivesse biblioteca, mudou a nossa perceção do mundo, o investigador que apenas pode recorrer à sua biblioteca pessoal apenas poderá desculpar-se por nem todas as fontes citadas serem das mais recentes edições (ou de algumas que ficaram por citar).

- CARDOSO, Augusto Lopes. Procriação Humana Assistida: alguns aspectos jurídicos. *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 51 (1991), pp. 5-27.
- CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica*. 2ª Ed. Lisboa: AAFDL, 2011.
- COSTA, Marta e LIMA, Catarina Saraiva. A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade. *Lusíada. Direito*, n.º 10 (2010), pp. 237-289.
- COUTINHO, Diana. *Um parto difícil. Da (in) constitucionalidade da gestação de substituição*. [Em linha]. Braga. Universidade do Minho. Disponível em: <https://www.direito.uminho.pt/pt/Sociedade/PublishingImages/Paginas/Atualidade-Juridica/Um%20parto%20dif%C3%ADcil%20-%20gesta%C3%A7%C3%A3o%20de%20substitui%C3%A7%C3%A3o.pdf> [consult. 24 fev. 21].
- CROCIE, Benedita Mac. O princípio da dignidade da pessoa humana e a procriação medicamente assistida. In: *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Coord. NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira. Actas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”. Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 55-62.
- ERICKSON, Thereza M., ERICKSON, Megan. What happens to embryos when a marriage dissolves? Embryo disposition and divorce. *William Mitchell Law Review*, v. 35, Issue 2 (2009), pp. 469-488.
- GODINHO, Inês e COUTO, Diana. O admirável mundo da(s) mãe(s) incubadoras(s): nem a morte (n)os separa. *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da ULP*, n. 2(2019), pp. 158-167.
- GOMES, Joaquim. Os novos desafios da bioética e do biodireito – ou o que resta da ética (?!?!). *Revista Julgar*, n.º 4 (2008), pp. 119-131.
- GUIMARÃES, Maria Raquel. A contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento. In: *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Coord. NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira. Actas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”. Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 107-126.
- LANÇA, Hugo Cunha e CHAVES, Marianna. Gestação de Substituição. In: *Estudos de Direito Lusófono Comparados II*. Lisboa: CEAD, 2021, pp. 299-336.
- LANÇA, Hugo Cunha. Pelos trilhos da(s) lei(s) da procriação medicamente assistida: desconstrução e análise crítica. *Jurismat*, n.º 15 (2022), pp. 311-347.
- MELO, Helena Pereira. O embrião gerado in vitro é um sujeito de Direito? *Humanística e Teologia*, n.º 18 (1997), pp. 313-340.
- NETO, Luísa. A revisão do conceito de “ordem pública”? Cinco considerações sobre a legitimidade de intervenção do Direito na relação dos sujeitos consigo mesmo. *Scientia Iuridica*, n.º 326 (2001), p. 331-343.
- NETO, Luísa. O (novo) regime da procriação medicamente assistida: possibilidades e restrições. In: *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Coord. NETO,

- Luísa e PEDRO, Rute Teixeira. Actas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”. Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 83-91.
- NETO, Luísa. *O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo (A Relevância da Vontade na Configuração do seu Regime)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- NOGUEIRA, Daniela. *O Regime Jurídico da Procriação Medicamente Assistida Post Mortem e as suas implicações no direito sucessório português*. [Tese de Mestrado]. Braga: Universidade do Minho.
- OLIVEIRA, Guilherme de. Aspectos jurídicos da Procriação Medicamente Assistida. In: *Temas de Direito da Medicina*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 5-30.
- OLIVEIRA, Guilherme de. O Sangue, os Afectos e a Imitação da Natureza. *Lex Familiar - Revista Portuguesa de Direito da Família*, a. 5, n.º 10 (jul/dez. 2008), pp. 5-16.
- PEDRO, Rute Teixeira. Uma revolução na conceção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida. In: *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Coord. NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira. Actas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”. Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 149-167.
- PEREIRA, André Dias. Filhos de Pai Anónimo no século XXI. In: *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Coord. NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira. Actas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”. Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 41-54.
- PEREIRA, Maria Margarida Silva. Uma gestação inconstitucional: o descaminho da Lei da Gestação de Substituição. *Julgar Online*, janeiro (2017), pp. 1-25.
- PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família Contemporâneo*. 6.º Ed. Lisboa, AAFDL, 2019;
- RAPOSO, Vera Lúcia e DANTAS, Eduardo. Aspetos Jurídicos da Reprodução Post-Mortem, em Perspectiva Comparada Brasil-Portugal. *Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, a. 7, n.º 14 (Julho-Dezembro 2010), pp. 81-94.
- RAPOSO, Vera Lúcia Raposo. A parte gestante está proibida de pintar as unhas”: direito contratual e contratos de gestação. In: *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Coord. NETO, Luísa e PEDRO, Rute Teixeira. Actas do Seminário Internacional “Debatendo a Procriação Medicamente Assistida”. Porto e FDUP, 16 e 17 de Março de 2017, pp. 169-188.
- RAPOSO, Vera Lúcia. *Direitos Reprodutivos: homossexualidade, celibato, parentalidade*. In: *Família, consciência, secularismo e religião*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 61-86.
- RAPOSO, Vera Lúcia. *O direito à imortalidade: o exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião In Vitro*. Coimbra: Almedina, 2014.

RAPOSO, Vera Lúcia. Tudo o que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo do responder). *Revista do Ministério Público*, n. 149 (2017), pp. 9-51.

SILVA, Miguel Oliveira. *Sexualidade e Reprodução em Portugal*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2021.
