

# ASPETOS SUCESSÓRIOS DA PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA – ALGUMAS REFLEXÕES EM TORNO DOS NOVOS ARTIGOS 22º E SS. DA LEI DA PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA (NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 72/2021, DE 12 DE NOVEMBRO)

Cristina Dias\*

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.97.14>

## 1. Notas prévias – a apresentação do problema

A regulamentação legal da procriação medicamente assistida em Portugal encontra consagração na Lei nº 32/2006, de 26 de julho, com alterações introduzidas pelas Leis nº 59/2007, de 4 de setembro, nº 17/2016, de 20 de junho, nº 25/2016, de 22 de agosto, nº 58/2017, de 25 de julho, nº 49/2018, de 14 de agosto, nº 48/2019, de 8 de julho, nº 72/2021, de 12 de novembro, e nº 90/2021, de 16 de dezembro. A Lei da Procriação Medicamente Assistida (LPMA) sofreu alterações sucessivas nos últimos

---

\* Professora Catedrática da Escola de Direito da Universidade do Minho – [cdias@direito.uminho.pt](mailto:cdias@direito.uminho.pt).

tempos, desde o alargamento do leque de beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida (PMA), a admissibilidade da gestação de substituição em certos casos, entretanto, afastada pela declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, resultante do acórdão do Tribunal Constitucional nº 225/2018, de 24 de abril<sup>1</sup>, e a sua mais recente admissibilidade (com a Lei nº 90/2021, de 16 de dezembro), à possibilidade de recurso a técnicas de PMA *post mortem*.

A utilização das técnicas de reprodução medicamente assistida gera vários problemas jurídicos, não sendo evidentemente possível analisá-los a todos neste estudo. Dedicar-nos-emos a uma breve reflexão de alguns aspetos sucessórios da PMA.

O artigo 2º, nº 1, da LPMA, apresenta como técnicas de PMA a inseminação artificial, a fertilização *in vitro*, a injeção introcitoplasmática de espermatozoides, a transferência de embriões, gâmetas ou zigotos, o diagnóstico genético pré-implantação e outras técnicas laboratoriais de manipulação genética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias<sup>2</sup>. Acrescenta depois o nº 2 do mesmo artigo, introduzido pela Lei nº 25/2016, de 22 de agosto (que regulou o acesso à gestação de substituição), que a presente lei se aplica ainda às situações de gestação de substituição previstas no seu artigo 8º.

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 (artigo 6º, nº 1, da LPMA).

A lei parte do princípio de que só uma mulher pode gerar uma criança e, por isso, só admite o recurso às técnicas de PMA às mulheres (sós ou casadas ou unidas de facto com pessoa de sexo diferente ou do mesmo sexo). Admitir que um homem só possa recorrer a tais técnicas implicaria uma diferente forma de regular e admitir a gestação de substituição, o que não foi pretendido pelo legislador.

---

<sup>1</sup> Publicado em *Diário da República*, 1.ª série, nº 87, de 7 de maio de 2018.

<sup>2</sup> Os artigos 3º a 18º da referida lei aplicam-se a todas as técnicas. Só são reguladas especificamente a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* e o diagnóstico genético pré-implantação, determinando o artigo 47º a aplicação das normas da fertilização *in vitro* às restantes técnicas.

Poderá discutir-se a compatibilidade do acesso a técnicas de PMA a todas as mulheres com o princípio da subsidiariedade dos métodos de PMA, previsto no artigo 4º, nº 1, da LPMA. Na verdade, e atendendo aos beneficiários previstos no artigo 6º, mais do que um método subsidiário o recurso a técnicas de PMA configura um método complementar de procriação.

A regulação da PMA exigiu uma resposta jurídica do legislador a várias questões, muitas polémicas e com implicações éticas. Além das já mencionadas podemos destacar

os problemas decorrentes do recurso a métodos heterólogos (do ponto de vista do estabelecimento da filiação e repercussões sucessórias daí resultantes) e a técnicas *in vitro* (o problema dos embriões excedentários).

Na impossibilidade de analisarmos todas estas matérias, propomo-nos analisar alguns problemas sucessórios que se colocam pelo facto de ter havido recurso a técnicas de PMA. O tema central a abordar cingir-se-á à solução recentemente encontrada pelo legislador, nos artigos 22º e ss. da LPMA, quanto à inseminação *post mortem*.

Para contextualizar, convém lembrar que a sucessão pode ser legal ou negocial. O autor da sucessão poderá contemplar, por testamento ou pacto sucessório (nos casos admitidos por lei), quem quiser, dispondo da totalidade dos seus bens ou, tendo herdeiros legitimários, da sua quota disponível. Tentaremos analisar neste ponto a possibilidade de o autor da sucessão contemplar, por testamento ou pacto sucessório, como seu herdeiro o filho que virá a nascer por recurso a técnicas de PMA, já concebido (embrião) ou mesmo concepturo. Analisaremos esta questão em articulação com a capacidade para suceder.

Quanto à sucessão legal, impõem-se algumas considerações, já que os descendentes e os ascendentes são herdeiros legais (legítimos e legitimários) uns dos outros. Ora, o recurso a técnicas de PMA exige a resposta a algumas questões face às soluções sucessórias apresentadas pela lei.

## **2. Inseminação artificial ou fertilização *in vitro post mortem* (homóloga) – uma análise dos novos artigos 22º, 22º-A e 23º da LPMA e dos artigos 2033º e 2046º do Código Civil**

A inseminação artificial *post mortem* está prevista nos artigos 22º, 22º-A e 23º da LPMA<sup>3</sup>. De referir que as normas aplicam-se também à fertilização *in vitro*, por força do artigo 26º da mesma lei.

Para melhor compreensão da matéria impõe-se um olhar à anterior redação dos artigos 22º e 23º da LPMA.

Dispunha o artigo 22º da LPMA que, 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, ainda que este tivesse consentido no ato de inseminação. O sémen que, com fundado receio de futura esterilidade, fosse recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem vivesse em união de facto seria destruído se aquele viesse a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen.

Havendo violação da referida proibição, e daí resultasse gravidez da mulher inseminada, a criança que viesse a nascer seria havida como filha do falecido. Mas se, à data da inseminação, a mulher tivesse contraído casamento ou vivesse há pelo menos dois anos em união de facto com homem que, nos termos do artigo 14º da LPMA, desse o seu consentimento a tal ato, seria este considerado como pai da criança, aplicando-se ao caso o disposto no nº 3 do artigo 1839º do Código Civil.

Já seria, porém, lícita a transferência *post mortem* de embrião para permitir a realização de um projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que fosse o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão (artigo 22º, nº 3, da LPMA).

---

<sup>3</sup> Repare-se que, tal como refere Paulo NASCIMENTO, “Procriação medicamente assistida *post mortem*: efeitos familiares e sucessórios”, in AAVV, *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*, Porto Alegre, Magister Editora, 2008, p. 222 e nota 10, a questão discute-se a propósito da inseminação *post mortem* face ao progenitor masculino, uma vez que, senão impossível, são raríssimas as situações de nascimento de filho após a morte do progenitor feminino. Reporta o autor o caso de Susan Torres, nos EUA: estando grávida de 17 semanas, foi-lhe diagnosticado um cancro cerebral e considerada “cerebralmente morta” pela equipa médica. A manutenção artificial das suas funções vitais permitiu o nascimento de uma criança do sexo feminino.

Eram essencialmente os casos previstos nos artigos 23º, nº 1, e 22º, nº 3, da LPMA, que levariam ao nascimento de uma criança em que o pai era o falecido, que podiam colocar alguns problemas sucessórios.

Importaria considerar duas situações distintas, consoante houvesse ou não concepção.

Se já houvesse concepção, havendo embrião, aplicar-se-ia o artigo 22º, nº 2, da LPMA, admitindo a transferência para o útero. Sendo, assim, a criança que viria a nascer teria a sua maternidade e paternidade estabelecida nos termos gerais e nos termos da LPMA. Estando a filiação estabelecida, e preenchidos os pressupostos da vocação sucessória, tendo capacidade sucessória enquanto nascituro, haveria produção de efeitos sucessórios legais e, eventualmente, se fosse o caso, testamentários.

Na verdade, aberta a sucessão, serão chamados à titularidade das relações jurídicas do falecido aqueles que gozam de prioridade na hierarquia dos sucessíveis, desde que existam e tenham a necessária capacidade. São, por isso, pressupostos da vocação: 1) a titularidade pelo chamado da designação sucessória prevalente no momento da morte; 2) a sua existência; 3) a sua capacidade sucessória<sup>4</sup>.

O segundo pressuposto da vocação sucessória é o da existência do chamado, ou seja, exige-se uma existência posterior do chamado (o chamado deve sobreviver ao *de cuius*, ainda há de existir no momento da morte do autor da sucessão) e uma existência anterior do chamado (o chamado já há de existir no momento da morte do *de cuius*)<sup>5</sup>.

Quanto à sucessão de nascituros já concebidos, o artigo 2033º, nº 1, do Código Civil, equipara-os às pessoas nascidas, chamando-as à sucessão (legitimária, legítima, testamentária e contratual). É evidente que tal vocação sucessória fica dependente da condição legal suspensiva do seu nascimento. De facto, os nascituros já concebidos têm uma certa existência jurídica, ainda

<sup>4</sup> Quanto aos pressupostos da vocação sucessória, v., entre outros, Cristina DIAS, “Comentário ao artigo 2032º”, in Cristina Dias (coord.), *Código Civil Anotado, livro V, Direito das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 31 e ss.

<sup>5</sup> R. Capelo de SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª ed. renovada, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 284, destaca o facto de se falar da existência do chamado e não da sua personalidade jurídica. A personalidade jurídica só se adquire, de acordo com o artigo 66º, nº 1, do Código Civil, com o nascimento completo e com vida, e, de acordo com o artigo 2033º do mesmo código, a vocação sucessória tem lugar não apenas quanto a seres dotados de personalidade jurídica mas também relativamente a nascituros já concebidos e até em relação a concepturos (nascituros não concebidos).

que não tenham uma personalidade jurídica plena. Tal decorre não só do artigo 66º, nº 2, mas também de outras normas que conferem alguns direitos aos nascituros, como o artigo 1885º (o nascituro pode ser perflhado). Os nascituros já concebidos são chamados à sucessão, detendo uma espécie de personalidade jurídica limitada, não se tratando de qualquer exceção ao pressuposto da existência da vocação sucessória.

Se não houvesse concepção, a inseminação e a fertilização eram proibidas pelo nº 1 do artigo 22º da LPMA, mas, havendo violação de tal proibição, o artigo 23º da mesma lei determinava a forma de estabelecer a paternidade. Tal criança teria, assim, a sua filiação estabelecida.

Em consequência, e a não ser que se admitisse a divisibilidade do estado de filho (e, se assim fosse, não haveria efeitos sucessórios, violando-se, além do princípio da unidade do estado, o princípio da igualdade entre os filhos), haveria efeitos sucessórios legais (contra o disposto na anterior redação do artigo 2033º do Código Civil, em matéria de capacidade sucessória dos concepturos).

Na verdade, os nascituros ainda não concebidos podem vir a ser chamados na sucessão testamentária ou contratual [artigo 2033º, nº 2, al. *a*), do Código Civil]. A admissibilidade da sucessão de concepturos na sucessão testamentária e contratual visa respeitar o princípio da liberdade negocial e testamentária e satisfazer as eventuais motivações do autor da sucessão (p. ex., o desejo do testador de afastar certas pessoas da sucessão por razões pessoais, mas já pretenda contemplar os filhos delas, por tais razões não se manterem em relação a eles, ou de evitar desigualdades entre filhos nascidos e concebidos, por um lado, e concepturos, por outro lado, quando estes últimos sejam prováveis e o testador pretenda beneficiar todos os filhos de certa pessoa)<sup>6</sup>.

Para que os nascituros não concebidos venham a ser chamados, na sucessão testamentária ou contratual, é necessário que, nos termos do artigo 2033º, nº 2, al. *a*), do Código Civil, sejam filhos de pessoa(s) determinada(s), viva ao tempo da abertura da sucessão.

O chamamento de nascituros não concebidos parece uma exceção ao requisito da existência, uma vez que não há aqui uma realidade biológica,

---

<sup>6</sup> V., Pereira COELHO, *Direito das Sucessões*, lições policopiadas ao curso de 1973-1974, Coimbra, 1992, pp. 195-197, e R. Capelo de SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, op. cit., p. 287, nota 724.

como acontece com os nascituros já concebidos. Contudo, e apesar de serem mais limitados os casos em que assumem relevância jurídica, e muito embora não tenham personalidade jurídica, parece que cabem no artigo 66º, nº 2, do Código Civil, e, portanto, a sua vocação fica também dependente da condição suspensiva do seu nascimento.

Sendo assim, a possibilidade que o artigo 23º, nº 1, da LPMA, admitia, e o estabelecimento da paternidade a favor do marido ou do companheiro da mãe que consentiu no ato de inseminação (artigo 22º, nº 1, da LPMA), permitiria, uma vez estabelecida a filiação, o chamamento à sucessão legal de alguém que não estava ainda concebido no momento da abertura da sucessão, contra o disposto no referido artigo 2033º, nº 2, alínea *a*), com as consequências daí decorrentes para a estabilidade das relações jurídicas sucessórias (a sucessão futura do concepturo abalaria os vínculos sucessórios entretanto constituídos a favor de outros sucessíveis prioritários numa fase inicial. Por exemplo, o nascimento do concepturo ao tempo da abertura da sucessão afastaria a sucessão e partilha dos bens entretanto realizada a favor dos ascendentes do *de cuius*).

Por outro lado, no caso de o marido da mãe deixar testamento em que contemplava o filho a conceber, tal disposição seria nula por atentar contra o disposto no então artigo 22º, nº 1, da LPMA. Mas mesmo que se admitisse a sua validade, se a proibição fosse violada e a criança fosse concebida, a disposição testamentária teria de respeitar o artigo 2033º do Código Civil: filho de pessoa determinada viva ao tempo da abertura da sucessão.

Relacionado com esta questão está o problema da validade do consentimento do *de cuius* para o ato da inseminação. Uma vez que o artigo 22º da LPMA proíbe qualquer utilização do sémen do falecido, não teria qualquer eficácia um eventual consentimento deste para utilização do mesmo. Na verdade, a proibição da inseminação *post mortem* aplicava-se quer tivesse existido ou não tal consentimento (referia a lei que a proibição existia ainda que o falecido tivesse consentido).

A existência de um eventual consentimento poderia apenas relevar para efeitos do estabelecimento da paternidade, nos termos do artigo 23º, nº 1, da LPMA. Como refere Paulo Nascimento, se o marido ou o uni-do de facto pré-falecido não tivesse manifestado a sua vontade no que toca à inseminação, não faria sentido associar a este caso a consequência do

artigo 23º, nº 1, da LPMA, e “a paternidade não deverá ser estabelecida quando não há consentimento”<sup>7</sup>. Assim, “a paternidade fundada na inseminação homóloga *post mortem* é a que foi consentida, tendo em vista um projecto de paternidade futuro”<sup>8</sup>.

O consentimento a que nos referimos não é um consentimento expressamente *post mortem*. Das informações a prestar para obtenção do consentimento dos beneficiários constava a necessária destruição do sémen em caso de morte. Assim, um consentimento para utilização de tal material genético nessas circunstâncias, a existir, seria ineficaz. O que relevava é que existisse consentimento para a técnica de PMA escolhida e não tivesse sido revogado (v., artigo 14º da LPMA).

O artigo 18º do Decreto nº 415/VII (aprovado em 1999 pela Assembleia da República e depois vetado pelo Presidente da República)<sup>9</sup> considerava que não era lícito à mulher, após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, fazer-se inseminar com esperma do falecido, salvo se este tivesse consentido na inseminação e esta tivesse lugar nos três meses seguintes ao falecimento. A opção legislativa inicial seguiu caminho diferente.

Um outro problema que a inseminação *post mortem* podia colocar, e que aquele artigo 18º também tentava resolver, tinha a ver com a inexistência de um prazo para a utilização do sémen ou para a transferência do embrião. A lei referia apenas a existência de um prazo considerado ajustado à tomada da decisão no caso de transferência de embrião.

O nascimento do filho após a morte do pai pode ocorrer muito tempo depois desta e da consequente abertura da sua sucessão. Ora, o estabelecimento da filiação, nos termos do artigo 22º, nº 3, e sobretudo do artigo 23º, nº 1, implica uma série de consequências jurídicas que resultam do estado de filho e, de entre elas, e para o que aqui nos importa, efeitos sucessórios. Assim,

<sup>7</sup> Paulo NASCIMENTO, “Procriação medicamente assistida *post mortem*: efeitos familiares e sucessórios”, *op. e loc. cit.*, p. 227.

<sup>8</sup> Paulo NASCIMENTO, “Procriação medicamente assistida *post mortem*: efeitos familiares e sucessórios”, *op. e loc. cit.*, p. 228. No mesmo sentido, v., Sandra MAGALHÃES, *Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 118 e ss. É o que acontece no ordenamento jurídico espanhol que, proibindo a inseminação *post mortem*, considera como pai, em caso de violação da proibição, o marido ou unido de facto falecido se este tiver deixado declaração expressa no sentido dessa utilização e apenas nos 12 meses após a sua morte.

<sup>9</sup> V., *Diário da Assembleia da República*, II Série – A, nº 80, de 16 de julho de 1999, pp. 2296-2301.

o facto de ser filho de alguém implica que seja também seu herdeiro (legal). O nascimento do filho nas condições aqui em análise acarretaria insegurança e instabilidade das relações jussucessórias e a possibilidade de o filho poder, mediante o instituto da petição da herança, requerer a parte que lhe caberia na herança contra os sucessores originariamente chamados.

Só assim não seria se, admitindo-se a divisibilidade do estado de filho, não existissem quaisquer outros efeitos do artigo 23º, nº 1, da LPMA, que não o estabelecimento da paternidade. A questão que se coloca é a de saber se será possível o estabelecimento da paternidade, reconhecendo-se o vínculo da filiação e a verdade biológica, salvaguardando-se, assim, o direito constitucional à identidade pessoal e ao conhecimento da ascendência biológica, separando-se das consequências patrimoniais do mesmo reconhecimento e, em especial, da eventual obtenção de benefícios sucessórios. Pode alguém ser filho apenas para determinados efeitos e não para outros, como, por exemplo, os sucessórios?

Já tivemos oportunidade de expressar a nossa opinião quanto a esta questão<sup>10</sup>. Julgamos que sempre se poderia assegurar o direito do filho ao conhecimento da sua origem genética, afastando-se os benefícios sucessórios e o estatuto patrimonial resultante do estado de filho, e protegendo-se os eventuais e prévios herdeiros que legitimamente foram chamados à sucessão.

A questão tem sido discutida, na doutrina e na jurisprudência, a propósito do prazo de caducidade das ações de investigação da paternidade (ou maternidade). À luz do artigo 1817º do Código Civil, pode discutir-se se o prazo vale para todos os efeitos resultantes da filiação ou se o prazo de caducidade apenas se aplica aos efeitos patrimoniais, admitindo-se a cindibilidade do estatuto pessoal e do patrimonial e a divisibilidade do estado<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> “Investigação da paternidade e abuso do direito. Das consequências jurídicas do reconhecimento da paternidade – anotação ao ac. do STJ, de 9.4.2013, Proc. 187/09”, *Cadernos de Direito Privado*, nº 45, janeiro-março, 2014, pp. 32-59.

<sup>11</sup> A defesa da não existência de um prazo de caducidade foi apresentada pela Provedoria de Justiça, na Recomendação nº 36/B/99, de 22 de dezembro de 1999, e no Projeto de Lei nº 92/IX, de 2002, do partido Os Verdes – <http://www.osverdes.pt/pages/posts/projecto-de-lei-nordm.-92ix-investigacao-da-paternidadematernidade-alteracao-de-prazos-3857.php> [20.12.2013] –, desde que o pretense filho renunciasse aos eventuais direitos sucessórios decorrentes do estabelecimento do vínculo. Referia Guilherme de OLIVEIRA, “Caducidade das ações de investigação”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 1, nº 1, 2004, p. 13, nota 19, que esta alteração causaria mais dificuldades do que as que existem. De facto, se se tratasse da possibilidade de renúncia, por parte dos pretendidos filhos, aos efeitos patrimoniais passariam a existir duas classes de filhos, o que seria claramente inconstitucional por violação do artigo 36º, nº 4, da Constituição da República Portuguesa. Por outro lado, se se considerasse que a ação de investigação só poderia prosseguir havendo renúncia à produção dos efeitos patrimoniais, teria de aceitar-se

Tal como Jorge Duarte Pinheiro, interrogamo-nos se esta será uma solução razoável à luz do princípio da indivisibilidade ou unidade do estado<sup>12</sup>. O reconhecimento da filiação e do estatuto de filho implica a produção de um conjunto de efeitos, “a atribuição de um todo complexo”. Seguindo o autor citado, a lei permite algumas derivações, devidamente justificadas, do princípio da indivisibilidade do *status familiae*, tais como as previstas nos artigos 1603º e 1856º do Código Civil, que tornam, assim, viável um desvio da regra da unidade do estado no âmbito da ação de investigação e reconhecimento da filiação. Também Paulo Nascimento, pronunciando-se a propósito da possibilidade de o filho concebido postumamente por recurso a técnicas de procriação medicamente assistida não ser herdeiro, admite que o vínculo da filiação, ainda que reconhecido, possa não trazer associados alguns efeitos, nomeadamente, sucessórios<sup>13</sup>. Admite, portanto, exceções ao princípio da unidade ou indivisibilidade do estado das pessoas, das quais destaca os artigos 1819º, nº 2, e 1856º do Código Civil. Decorre do artigo 1819º, nº 2, que, se o investigador não demandar também os herdeiros e legatários cujos direitos sejam atingidos pela procedência da ação, poderá vir a ser declarado filho da falecida, mas a qualidade sucessória daqueles herdeiros e legatários não é afetada. Por seu lado, o artigo 1856º permite a perfilhação posterior à morte do filho, mas a mesma só produz efeitos em favor dos descendentes do perfilhado, restringindo-se os efeitos sucessórios do ato de perfilhação.

Assim sendo, e uma vez que desta forma se assegura o direito fundamental do filho em ver estabelecidas as suas relações de filiação, parece-nos ser de defender a possibilidade de cindir os efeitos do reconhecimento da paternidade, afirmando o direito pessoal, o estatuto da filiação, e recusando o direito patrimonial/sucessório, a propósito da anterior solução dos artigos 22º, nº 3, e 23º, nº 1, da LPMA. Mas muito provavelmente não terá sido esta a ideia pensada pelo legislador ao apresentar aquela solução legislativa.

---

que o estatuto de filho tem um conteúdo disponível. Finalmente, sempre se teria de determinar se a exclusão dos efeitos patrimoniais se limitava aos direitos sucessórios ou abrangeria também uma eventual prestação de alimentos (do filho em relação ao progenitor ou deste em relação ao filho).

<sup>12</sup> Jorge Duarte PINHEIRO, “Inconstitucionalidade do artigo 1817º, nº 1, do Código Civil – anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional nº 23/2006, de 10.1.2006”, *Cadernos de Direito Privado*, nº 15, julho-setembro de 2006, p. 52.

<sup>13</sup> Paulo NASCIMENTO, “Procriação medicamente assistida *post mortem*: efeitos familiares e sucessórios”, *op. e loc. cit.*, pp. 234-237.

Como já tivemos oportunidade de referir, a Lei nº 72/2021, de 12 de novembro, trouxe novas respostas para esta matéria. Alterando a LPMA, permitiu 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, e colocou ao lado das pessoas nascidas ou concebidas (nascituros) as pessoas concebidas (ou a conceber), nos termos da lei, no quadro de um procedimento de inseminação *post mortem*. Na verdade, julgamos que o legislador não quis referir-se, na nova redação dada ao artigo 2033º, nº 1, do Código Civil, apenas às pessoas já concebidas (nascituros) no momento da morte do autor da sucessão – o que nenhuma novidade a procriação medicamente assistida traria neste contexto, uma vez que a transferência *post mortem* de embrião já era admitida -, mas também aos nascituros ainda não concebidos e cujo nascimento resultará de uma inseminação com sémen da pessoa falecida (ocorrida depois da abertura da sucessão). Permite-se, portanto, que também os concepturos que venham a ser concebidos por recurso a inseminação *post mortem* sejam chamados à sucessão. Evidentemente que o chamamento destas pessoas concebidas ou a conceber estará sujeito ao previsto na LPMA, em especial nos artigos 22º, 22º-A e 23º.

Assim, determina o artigo 22º que, de forma a concretizar um projeto parental claramente estabelecido e consentido, e decorrido o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão (que não deve ser inferior a seis meses, salvo razões clínicas ponderosas devidamente atestadas pelo médico que acompanha o procedimento – nº 4), 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 (nº 1).

Tal possibilidade 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 (nº 2). O sémen recolhido com base em fundado receio de futura esterilidade, sem que tenha sido prestado consentimento para a inseminação *post mortem* (v., artigos 22º-A e 42º-A LPMA), é destruído se a pessoa vier a falecer durante o período estabelecido para a respetiva conservação (nº 3). 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 (nº 5). 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 (nº 6).

É, ainda, 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 (nº 7).

Existindo consentimento para a possibilidade de inseminação *post mortem*, a herança do progenitor falecido mantém-se jacente durante o prazo de três anos após a sua morte, o qual é prorrogado até ao nascimento completo e com vida do nascituro caso esteja pendente a realização dos procedimentos de inseminação permitidos nos termos do artigo 22º, nº 5, da LPMA (v., artigo 23º, nº 5, da LPMA, e artigo 2046º, nº 2, do Código Civil).

Nestes casos, a herança é posta em administração (artigo 23º, nº 6, da LPMA).

A realização de procedimentos de inseminação *post mortem* sem consentimento do dador e que prejudiquem interesses patrimoniais de terceiros, designadamente direitos sucessórios, faz incorrer os seus autores no dever de indemnizar, sem prejuízo da efetivação da responsabilidade criminal prevista na LPMA.

A solução prevista no artigo 22º, nº 1, al. a), da LPMA, existindo um embrião, e estabelecendo-se a filiação nos termos previstos no Código Civil, está de acordo com a solução prevista no âmbito do direito sucessório.

A questão que, neste ponto, poderá colocar-se tem a ver com o estabelecimento da paternidade no caso do marido da mãe e eventual cessação da presunção se o filho vier a nascer mais de 300 dias depois da morte do marido. Existindo embrião criopreservado e não havendo um prazo para a transferência para o útero materno, existe nascituro para efeitos sucessórios, ou seja, o artigo 2033º do Código Civil apenas exige que a concepção já tenha ocorrido no momento da abertura da sucessão e não que o nascimento ocorra dentro do período de 300 dias após a morte (ainda que tradicionalmente tenha sido essa evidentemente a ideia, numa altura em que não havia concepção por recurso a técnicas de procriação medicamente assistidas). Portanto, havendo

embrião, há nascituro e há sucessível (ainda que venha a nascer muito tempo depois da morte do marido da mãe).

No caso de implantação *post mortem* de embrião já existente no momento da abertura da sucessão, o filho pode nascer decorridos mais de 300 dias contados a partir da morte do pai. Admitindo-se a concepção fora do organismo materno, a qualificação como nascituro dá-se a partir da concepção (seja *in vivo* ou *in vitro*), ainda que o nascimento só ocorra muito depois. Assim, existindo embrião haverá nascituro para efeitos do chamamento sucessório<sup>14</sup>.

Contra este entendimento, e defendendo uma interpretação restritiva, há quem afaste a qualidade de herdeiro legal (legítimo e legitimário) ao filho resultante de uma transferência de embriões *post mortem* (e existentes no momento da abertura da sucessão) e que nasça mais de 300 dias após a abertura da sucessão<sup>15</sup>. Por sua vez, Jorge Duarte Pinheiro considera que o princípio da não discriminação com base no nascimento resultante da utilização de técnicas de PMA afasta “uma interpretação restritiva que negue a qualidade de sucessível legal ao filho, resultante de uma implantação *post mortem* de embrião já existente no momento da abertura da sucessão, só porque nasceu decorridos mais de 300 dias contados a partir da morte do pai”<sup>16</sup>.

A Lei nº 72/2021, de 12 de novembro, veio 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, que a anterior redação legislativa vedava, como vimos.

Por seu lado, o artigo 23º da LPMA, relativo à paternidade, determina que se, em virtude da inseminação realizada nos termos previstos nos artigos 22º e 22º-A da LPMA, resultar gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido (nº 1). Se a inseminação *post mortem* ocorrer em violação do disposto nos referidos artigos, a criança

<sup>14</sup> Sendo assim, não poderá ter aplicação, nestes casos, a cessação da presunção da paternidade prevista no artigo 1829º do Código Civil.

<sup>15</sup> V., Oliveira ASCENSÃO, “Procriação assistida e Direito”, in AAVV, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martínez*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2000, p. 672.

<sup>16</sup> Jorge Duarte PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 5.ª ed., Lisboa, Gestlegal, 2022, p. 229. No mesmo sentido, v., Tiago DUARTE, “*In vitro veritas?*” – *A procriação medicamente assistida na Constituição e na lei*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 114, nota 237; Paulo NASCIMENTO, “Procriação medicamente assistida *post mortem*: efeitos familiares e sucessórios”, *op. e loc. cit.*, pp. 239 e 240; e Cristina DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, 7.ª ed., reimpressão, Coimbra, Almedina, 2021, p. 115.

que vier a nascer é havida como filha do falecido (nº 2), salvo 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 14º da LPMA, dê o seu consentimento a tal ato, caso em que se aplica o disposto no nº 3 do artigo 1839º do Código Civil (nº 3) ou se verificar o previsto no nº 7 do artigo 23º da LPMA.

Em qualquer caso, não fica prejudicado o direito de conhecimento da identidade genética por parte da criança que vier a nascer (nº 4).

Do ponto de vista sucessório, e acautelando os problemas anteriormente referidos, o artigo 2033º do Código Civil, na redação dada pela Lei nº 72/2021, de 12 de novembro, alarga a capacidade sucessória às pessoas concebidas (ou a conceber), nos termos da lei, no quadro de um procedimento de inseminação *post mortem*.

Por seu lado, dispõe agora o nº 5 do artigo 23º da LPMA que, existindo consentimento para a possibilidade de inseminação *post mortem*, a herança do progenitor falecido mantém-se jacente durante o prazo de três anos após a sua morte, o qual é prorrogado até ao nascimento completo e com vida do nascituro caso esteja pendente a realização dos procedimentos de inseminação permitidos nos termos do nº 5 do artigo 22º da LPMA. Nestes casos, a herança é posta em administração (v. artigo 2046º do Código Civil).

A realização de procedimentos de inseminação *post mortem* sem consentimento do dador e que prejudiquem interesses patrimoniais de terceiros, designadamente direitos sucessórios, faz incorrer os seus autores no dever de indemnizar, sem prejuízo da efetivação da responsabilidade criminal prevista na presente lei (artigo 23º, nº 7, da LPMA).

## 5. Notas finais

Lê-se no sumário da decisão do Tribunal da Comarca de Lisboa, 10.ª vara cível, de 29 de julho de 2014, que “só é admitida a inseminação *post mortem* de embrião desde que vise realizar um projecto parental claramente esclarecido por escrito antes do falecimento do pai. Na sequência de o diagnóstico de leucemia linfóide aguda, o falecido depositou esperma para criopreservação junto do hospital, tendo assinado duas declarações de

consentimento no sentido da manutenção da criopreservação do sémen e expresso por declaração de vontade que o sémen não fosse destruído de forma a poder ser utilizado pela mulher no âmbito do projeto parental de ambos. Após a morte do marido, a mulher solicitou a entrega do sémen, a fim de com ele gerar uma criança. A nível constitucional, a procriação artificial humana é concebida como um direito social cujo exercício se destina a proteger a instituição familiar, pelo que o recurso às técnicas de procriação medicamente assistida apenas é admissível no seio de um casal e na medida em que se revele indispensável para superar uma situação de infertilidade que afete qualquer dos seus membros. Deste modo, os seus fins apenas deverão servir a dignidade da vida humana e o supremo interesse da criança e mesmo quando fundada no consentimento expresso da pessoa, a reprodução *post mortem* gera pessoas que nunca conhecerão o pai genético com violação do seu direito à integridade pessoal e genética, desrespeita os direitos do homem que já faleceu e escapa à finalidade terapêutica primordial que deve guiar estas técnicas. Considerando que o esperma é uma substância que contém o código genético de alguém, apta para contribuir para a criação de um novo ser humano, não é juridicamente uma coisa, mas uma emanção da personalidade da pessoa de quem foi retirado e falecendo a pessoa, extingue-se a personalidade, devendo ser igualmente destruído o seu material genético. Nestes termos, não obstante as autorizações e declarações de vontade emitidas em vida pelo falecido, o material genético objeto de preservação é o esperma e não os embriões, pelo que a inseminação é expressamente proibida por lei”.

A solução resultava, como vimos, das disposições previstas nos artigos 22º e 23º da LPMA na sua anterior redação. A utilização de técnicas de PMA pode colocar alguns problemas do ponto de vista sucessório. Sem prejuízo de outros que possam surgir, tentámos analisar neste contexto a capacidade sucessória no caso de inseminação artificial ou fertilização *in vitro post mortem*. As soluções apresentadas pela LPMA, nos seus anteriores artigos 22º e 23º, colocavam alguns problemas, como tivemos oportunidade de analisar. A lei distinguia consoante houvesse ou não um embrião já constituído, mas ambas as situações colocavam dúvidas.

A Lei nº 72/2021, de 12 de novembro, trouxe uma nova solução legislativa, permitindo não só a utilização de técnicas de PMA *post mortem* no caso de existir um embrião, bem como com a utilização de sémen criopreservado.

No caso de implantação *post mortem* de embrião já existente no momento da abertura da sucessão (permitida mesmo à luz da anterior redação do artigo 22º da LPMA), o filho pode nascer decorridos mais de 300 dias contados a partir da morte do pai. Admitindo-se a concepção fora do organismo materno, a qualificação como nascituro dá-se a partir da concepção (seja *in vivo* ou *in vitro*), ainda que o nascimento só ocorra muito depois. Assim, existindo embrião haverá nascituro para efeitos do chamamento sucessório.

Se não há concepção, a Lei nº 72/2021, de 12 de novembro, alterou a solução legislativa inicial. A inseminação e a fertilização eram proibidas pelo nº 1 do artigo 22º da LPMA, mas, havendo violação de tal proibição, o artigo 23º da mesma lei determinava a forma de estabelecer a paternidade. Tal criação teria, assim, a sua filiação estabelecida e, em consequência, a não ser que se admitisse uma exceção ao princípio da indivisibilidade do estado de filho, haveria efeitos sucessórios legais (contra o disposto no artigo 2033º do Código Civil, na sua anterior redação, em matéria de capacidade sucessória dos concepturos).

A lei não resolvia também o problema da relevância jurídica de um eventual consentimento do progenitor falecido (que podia interessar para efeitos do estabelecimento da paternidade), nem fixava um prazo para a utilização do sémen ou para a transferência do embrião. Apenas se mencionava a existência de um prazo considerado ajustado à tomada da decisão no caso de transferência de embrião.

Tais soluções legais acarretavam insegurança e instabilidade das relações jussucessórias e a possibilidade de o filho poder requerer a parte que lhe caberia na herança contra os sucessores originariamente chamados, preteridos perante o aparecimento ulterior de um herdeiro prioritário.

A atual solução legislativa considera lícito, de forma a concretizar um projeto parental claramente estabelecido e consentido, e decorrido o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão (que não deve ser inferior a seis meses, salvo razões clínicas ponderosas devidamente atestadas pelo médico que acompanha o procedimento), após a morte do marido ou do unido de facto, a transferência *post mortem* de embrião, bem como a realização de uma inseminação com sémen da pessoa falecida (artigo 22º, nº 1, da LPMA).

Tal possibilidade 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. O sémen recolhido com base em fundado receio de futura esterilidade, sem que tenha sido prestado consentimento para a inseminação *post mortem* (v., artigos 22º-A e 42º-A LPMA), é destruído se a pessoa vier a falecer durante o período estabelecido para a respetiva conservação.

Prevendo a possibilidade de uma inseminação com sémen da pessoa falecida, a LPMA tinha que resolver os problemas sucessórios que elencámos anteriormente, nomeadamente a possibilidade de um filho (mero concepturo no momento da abertura da sucessão) vir exigir a sua parte na herança do progenitor, contra outros sucessores entretanto chamados, gerando grande instabilidade nas relações sucessórias. Considera agora a lei que, existindo consentimento para a possibilidade de inseminação *post mortem*, a herança do progenitor falecido mantém-se jacente durante o prazo de três anos após a sua morte, o qual é prorrogado até ao nascimento completo e com vida do nascituro caso esteja pendente a realização dos procedimentos de inseminação permitidos nos termos do artigo 22º, nº 5, da LPMA (v., artigo 23º, nº 5, da LPMA, e artigo 2046º, nº 2, do Código Civil). Nestes casos, a herança é posta em administração (artigo 23º, nº 6, da LPMA).

As soluções agora encontradas pelo legislador no domínio da LPMA são uma forma de solucionar os eventuais problemas jus-sucessórios decorrentes do recurso a técnicas de PMA *post mortem*. A alteração legislativa é recente e só o tempo permitirá aferir a eficácia de tais soluções.