

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 Convitado 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.

(ethics, 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. Aspectos 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.

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 onnipotência 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 concepção 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.
