



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

**ASPECTOS SUCESSÓRIOS DA PMA *POST MORTEM*: UMA BREVE ANÁLISE NA
PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Oziel Francisco de Sousa

Orientadoras: Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas e Professora
Doutora Bárbara Natália Lages Lobo

Número do candidato: 20161168

Setembro de 2022

Lisboa

DEDICATÓRIA

Impossível esquecer a sua risada estrondosa, a sua alegria contagiante, o seu esforço para nos reunir aos domingos, as nossas viagens de última hora, o seu abraço sempre apertado. É engraçado como o sinto, ainda hoje, tão perto, tão presente. Sinto, também, uma saudade imensa, que só se abranda pela certeza de que um dia estaremos novamente juntos. Esta dissertação é dedicada a você, pai.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela vida, pelas bênçãos recebidas, pela saúde, pela família e pelos amigos.

Agradeço aos docentes da Universidade Autónoma de Lisboa *Luís de Camões* pelas lições, reflexões e debates propiciados durante o curso de Mestrado em Direito.

Agradeço, em especial, às minhas orientadoras, as Professoras Doutoras Stela Marcos de Almeida Neves Barbas e Bárbara Natália Lages Lobo, cujas lições levarei por toda a vida. Muito obrigado pelo apoio e presença constantes.

Agradeço à Zu, amor da minha vida, pela cumplicidade e pela companhia em todas as aulas do mestrado.

Agradeço aos meus pais, Aurelino (*in memorian*) e Oraci pelos valores transmitidos e por tudo que representam para mim.

Agradeço aos amigos da grande família da Turma 12 da UAL, pelos debates, pelas trocas de ideias e pela convivência.

RESUMO

A evolução das ciências e o desenvolvimento tecnológico devolveram a inúmeras famílias a esperança na realização de seus projetos de felicidade, apresentando alternativas para os casos de infertilidade de um dos cônjuges ou companheiros. Para além de revolucionar o tratamento da infertilidade, as modernas técnicas de procriação medicamente assistida estabeleceram um novo marco na compreensão da filiação e de diversos outros institutos do direito de família. Mas não foi apenas no âmbito da relação filial e do direito de família que as novas técnicas de procriação medicamente assistida trouxeram grandes impactos, a demandar alterações legislativas e novas releituras nos conceitos básicos da ciência jurídica. O direito sucessório também sofreu esse impacto em praticamente todos os países que admitem o uso dessas técnicas, inclusive em Portugal. Com o aumento no número de pessoas que passaram a fazer uso da procriação medicamente assistida, logo se percebeu a necessidade de se encontrar respostas sobre quais técnicas de procriação medicamente assistida poderiam ser adotadas depois da morte do titular do material genético e também sobre os direitos sucessórios das pessoas concebidas ou nascidas depois da morte de seu progenitor. Nesse contexto, os direitos fundamentais assumiram grande relevância na compreensão do fenômeno, porque se constituem no alicerce sobre o qual deve se pautar toda a compreensão e aplicação das normas do direito sucessório no caso concreto, especialmente nas hipóteses em que o herdeiro venha a nascer depois do falecimento do seu progenitor.

Palavras-chave: direitos fundamentais; PMA *post mortem*; direito sucessório; pessoas concebidas ou nascidas após a morte de seu progenitor.

ABSTRACT

The evolution of science and technological development has given back hope to countless families in realizing their happiness projects, presenting alternatives for cases of infertility of one of the spouses or partners. In addition to revolutionizing the treatment of infertility, modern techniques of medically assisted procreation have established a new milestone in the understanding of filiation and several other institutes of family law. But it was not just within the scope of the filial relationship and family law that the new medically assisted procreation techniques generated significant impacts, demanding legislative changes and further readings of the basic concepts of legal science. Succession law also suffered this impact in virtually all countries that allow these techniques, including Portugal. With the increase in the number of people who started to use medically assisted procreation, it was soon realized, in Lusitanian lands, the need to find answers regarding which medically assisted procreation techniques could be adopted after the death of the holder of the material genetic, as well as on the inheritance of people conceived or born after the death of their parent. In this context, fundamental rights assume great importance in understanding the phenomenon since they constitute the foundation on which the entire understanding and application of the norms of inheritance law in the concrete case must be based, especially in the hypotheses on which the heir comes to be born after the death of his parent.

Keywords: *fundamental rights; PMA post-mortem; inheritance law; persons conceived or born after the death of their parent.*

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| 1. INTRODUÇÃO | 7 |
| 2. REFLEXÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 9 |
| 2.1 Breves considerações sobre a origem dos direitos fundamentais | 11 |
| 2.2 Conceito e características dos direitos fundamentais | 16 |
| 2.3 As dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais | 29 |
| 2.4 Direitos reprodutivos e direitos fundamentais: uma breve análise | 36 |
| 3. BREVES NOTAS SOBRE OS PROCEDIMENTOS DE PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA..... | 44 |
| 3.1 Anotações sobre a ciência genética | 46 |
| 3.2 Paternidade e filiação: a superação do critério puramente biológico no quadro dos procedimentos de procriação medicamente assistida..... | 54 |
| 3.3 O acesso aos procedimentos de procriação medicamente assistida | 61 |
| 3.4 Os procedimentos de reprodução medicamente assistida <i>post mortem</i> | 71 |
| 4. A SUCESSÃO DO NASCITURO CONCEBIDO NO QUADRO DOS PROCEDIMENTOS DE PMA <i>POST MORTEM</i> | 76 |
| 4.1 Sucessão legal: sucessão legítima e sucessão legitimária..... | 80 |
| 4.2 Sucessão voluntária: sucessão testamentária e sucessão contratual..... | 88 |
| 4.3 O fenômeno sucessório e as pessoas nascidas no quadro da PMA <i>post mortem</i> | 92 |
| 4.4 A partilha da herança do nascituro concebido no quadro da PMA <i>post mortem</i> | 98 |
| 5 Conclusão | 106 |
| 6. REFERÊNCIAS | 112 |
| 6.1 Fontes documentais | 112 |
| 6.2 Referências bibliográficas..... | 114 |

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADA – Gene da desaminase da adenosina
ART – Artigo
CC – Código Civil
CFM – Conselho Federal de Medicina
CNPMA - Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida
CREMESP – Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo
CRP – Constituição da República Portuguesa
DGPI – Diagnóstico genético pré-implantação
DNA - Ácido Desoxirribonucleico
DRD2 – Gene para receptor de dopamina
FIV – Fertilização *in vitro*
HUGO – Human Genome Organisation
IA – Inseminação artificial
IIE – Injeção intracitoplasmática de esperma
LCA – Amaurose Congênita de Leber
LPMA – Lei da Procriação medicamente assistida
OMS – Organização Mundial de Saúde
ONU – Organização das Nações Unidas
PMA – Procriação medicamente assistida
RNA– Ácido ribonucleico
SUS – Sistema Único de Saúde
TIG – Transferência intratubária de gametas
tRNA – RNA de transferência ou solúvel
UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura

1. INTRODUÇÃO

A evolução das ciências e o desenvolvimento tecnológico trouxeram a inúmeras famílias a esperança da realização de seus projetos de felicidade, apresentando alternativas para os casos em que um dos cônjuges ou companheiros padece de infertilidade.

Para além de revolucionar o tratamento da infertilidade e permitir que muitas pessoas pudessem vivenciar a maternidade e/ou a paternidade, as modernas técnicas de procriação medicamente assistida adotadas em vários países do mundo ocidental estabeleceram um novo marco na compreensão da filiação e de diversos outros institutos do Direito de Família.

Não foi apenas no âmbito da relação filial e do Direito de Família que o uso das novas técnicas de procriação medicamente assistida geraram grandes impactos, a demandar alterações legislativas e novas releituras nos conceitos básicos da ciência jurídica.

O direito sucessório também sofreu grande impacto em razão da evolução tecnológica dos métodos reprodutivos em praticamente todos os países que as admitem, o que ocorreu também em Portugal.

Com o aumento no número das pessoas que passaram a fazer uso das novas técnicas em Portugal, logo se percebeu a necessidade de se encontrar respostas a respeito de quais técnicas de procriação medicamente assistida poderiam ser adotadas depois da morte do titular do material genético e quais as condições de acesso a esses procedimentos.

Da mesma forma, passou a ser necessário enfrentar diversas questões relativas aos direitos hereditários das pessoas concebidas ou nascidas depois da morte de seu progenitor, isto é, daquele que deixou seu material genético posteriormente utilizado na procriação medicamente assistida da qual nasceu aquele herdeiro.

O uso das técnicas de procriação medicamente assistida em Portugal está regulamentado pela Lei nº 32/2006, de 26 de Julho, que já sofreu diversas alterações com a finalidade de acompanhar a evolução das relações sociais.

O artigo 22º da referida lei prevê algumas regras relativas à procriação medicamente assistida *post mortem*, regulando, dentre outras questões relevantes, o destino do material genético e do embrião excedentário.

Apesar de ter previsto alguns aspectos da procriação medicamente assistida *post mortem*, a Lei nº 32/2006, de 26 de Julho, não havia regulado expressamente os direitos sucessórios da pessoa nascida mediante o uso dessas técnicas, havendo necessidade, conforme observa Stela Barbas (2006, p. 134), de que se legislasse com rigor nessa seara, a fim de

prevenir todas as hipóteses possíveis, o que só ocorreu muito recentemente, no final de 2021, conforme se verá no decorrer do presente trabalho.

A abertura da sucessão ocorre com a morte do autor da herança, momento em que os bens deste são transferidos aos seus herdeiros, que o sucederão em todas as suas relações jurídicas, conforme a definição contida no artigo 2024º do Código Civil Português.

O processo sucessório decorre da morte real ou presumida do titular de direitos ou relações jurídicas, conforme dispõe o artigo 2030º do Código Civil Português, momento em que aqueles que se encontram na ordem da vocação sucessória são chamados para se habilitar na herança do falecido. Um dos pressupostos da vocação sucessória é a existência jurídica do chamado à habilitação no momento da abertura da sucessão.

A personalidade jurídica necessária para o reconhecimento da vocação sucessória só é reconhecida ao ser humano que nasce com vida, nos termos do artigo 66.º do Código Civil, sendo que somente depois desse fenômeno é que a pessoa, de uma maneira geral, adquire aptidão para adquirir direitos, inclusive sucessórios.

A problemática se instala porque, por exemplo, no caso das pessoas nascidas de técnica de procriação medicamente assistida realizada depois da morte do progenitor, o herdeiro ainda não tinha nascido com vida no momento da abertura da sucessão do autor da herança, faltando-lhe os requisitos da existência do chamado e da personalidade jurídica.

Nesse contexto, mesmo sendo filho ou filha biológica de seu progenitor, essa pessoa concebida no quadro de um procedimento de procriação medicamente assistida *post mortem* não se encaixaria perfeitamente às disposições normativas acima citadas, o que levanta uma série de discussões a respeito de sua condição de herdeiro.

No entanto, à luz dos direitos fundamentais, essas questões não podem ser encaradas de forma simplista, uma vez que da dimensão objetiva dos direitos fundamentais se podem extrair, dentre outros efeitos, o da vinculação dos poderes aos seus preceitos e o de demandar as prestações necessárias para a sua tutela.

Discorrer sobre a herança das pessoas que nascem no quadro de um procedimento de procriação medicamente assistida *post mortem*, é, pois, bastante estimulante e desafiador.

No decorrer deste trabalho, será adotado o método de abordagem dedutivo. Os métodos de procedimentos, por sua vez, serão o histórico e o analítico. A técnica a ser utilizada será a pesquisa documental e pesquisa bibliográfica de obras especializadas em Direito, monografias, teses, dissertações, artigos, normas constitucionais, leis e atos normativos, dentre outros.

2. REFLEXÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As interações entre as pessoas e os povos sempre foram complexas, mesmo antes de os seres humanos criarem as civilizações e formarem as sociedades organizadas como ambientes propícios para seu desenvolvimento.

Por outro lado, no decorrer da história da humanidade, vislumbra-se que muitas atrocidades foram cometidas sem qualquer consideração à condição humana, as quais foram praticadas em busca da sobrevivência de grupos e pessoas, em razão da disputa pelo poder ou por motivos religiosos.

Apesar de se ter registro de direitos e garantias contra a atuação do Estado em tempos mais remotos, até o advento do Cristianismo e do Iluminismo pouco se falava sobre a necessidade de tutelar os direitos essenciais à existência digna do ser humano.

Após a Segunda Guerra Mundial, a sociedade internacional deparou-se com essa nova realidade, reconhecendo a imprescindibilidade não só de reconhecer direitos de caráter universal que reconhecessem ou tutelassem a dignidade da pessoa humana como princípio e valor máximo a ser observado no plano mundial, mas também de estabelecer mecanismos para que esses direitos fossem legitimamente tutelados.

Assim, diante do contexto social do pós-guerra, cada Estado passou a buscar o equilíbrio da sociedade com base no ideal de valorização humana e, por conta disso, positivaram em suas constituições algumas garantias mínimas para a existência dos seres humanos essenciais para o reconhecimento e o exercício de sua dignidade enquanto tal.

Atualmente, muito se debate sobre a forma pela qual os direitos fundamentais são efetivados em cada país, pois com o passar dos anos, as sociedades vêm se tornando cada vez mais complexas.

As reflexões sobre os direitos fundamentais, assim como a respeito de sua crise de efetividade, tem sido estudado e debatido em praticamente todos os países do mundo ocidental, pois o seu reconhecimento e evolução representam grandes conquistas dessas sociedades.

Nesse contexto, os direitos fundamentais foram inicialmente reconhecidos tão somente para delimitar um espaço de proteção do indivíduo frente à atuação do Estado. O surgimento dos direitos fundamentais ocorreu exatamente em razão da necessidade de impor

um não fazer estatal, estabelecendo uma esfera de direitos ao indivíduo dentro do qual o Estado não poderia agir.

Posteriormente, com a evolução das sociedades e com o reconhecimento dos direitos coletivos, os direitos fundamentais passaram a ser entendidos não somente em sua dimensão subjetiva, mas também por um aspecto objetivo, conforme será abordado a seguir.

Da mesma forma, ao se estudar as funções desempenhadas pelos direitos fundamentais, percebe-se que esses direitos deixaram de ter uma função meramente negativa ou de direito de defesa e passaram a assumir uma função ativa.

As sociedades passaram a exigir do Estado que não mais se limitasse a uma postura passiva frente à efetivação dos direitos fundamentais, no sentido de não interferir no espaço de decisão individual. Mais do que isso, os direitos fundamentais passaram a demandar do Estado uma atuação positiva, a partir do reconhecimento de que a ele cabia, para além de um dever de não intervenção, um papel ativo, garantidor de prestações positivas, que poderia ser de natureza fática (ou material) ou de natureza jurídica (ou normativa).

Essa evolução na conformação dos direitos fundamentais é sobremodo abrangente, alcançando inclusive temas relacionados à família, filiação, paternidade, maternidade e sucessões, por exemplo.

Aliás, temas como filiação e parentalidade, além de outros ligados à estrutura familiar das pessoas, sempre foram entendidos como relevante expressão dos direitos da personalidade.

O desenvolvimento social e tecnológico, no entanto, de tempos em tempos tem exigido uma releitura desses direitos, reclamando uma nova compreensão sobre as relações familiares e sobre os temas que lhes são correlatos.

No direito de família romano, por exemplo, tinha-se que a maternidade era sempre certa, enquanto a paternidade era presumida em favor de quem era o cônjuge da mãe. Nesse período, o vínculo biológico entre pais e filhos não tinha nenhuma relevância no estabelecimento da filiação – ressalta-se que os filhos “ilegítimos”, “adulterinos” ou “incestuosos”, ainda que fossem filhos biológicos, não tinham a paternidade jurídica reconhecida. Para ocorrer o reconhecimento, era necessário comprovar a existência de um casamento válido.

Esse descolamento da correspondência entre a filiação biológica e a filiação jurídica estava em conformidade com os valores vigentes à época, em que se aceitava uma paternidade ficta, independentemente da realidade biológica.

Com o avanço das ciências e da descoberta do DNA em 1953, passou a ser possível saber, com alto grau de precisão, quem era o pai biológico do filho, tornando obsoletas as conclusões baseadas em presunções de quaisquer outras naturezas.

A partir de então, o critério meramente jurídico perde importância e o critério biológico passa a prevalecer para a definição da paternidade, que agora era informada pela busca da verdade real, significando uma importante releitura dos direitos no contexto da estrutura familiar.

As legislações começam a se adequar a essa nova realidade social imposta pela evolução da ciência e a ideia de igualdade entre filhos legítimos e “ilegítimos” acabou se consolidando, passando a ser intolerável qualquer espécie de discriminação entre filhos nascidos dentro ou fora da relação de casamento. Assim, a relação biológica parental torna-se, pois, o núcleo essencial na definição dos temas ligados à paternidade e filiação, que, em última análise, tem reflexo na incidência das regras do direito das sucessões.

Atualmente, assim como ocorreu no último século, a evolução das ciências e o desenvolvimento tecnológico estão trazendo diversos debates e atualizações em várias áreas de conhecimento, como no campo da medicina e do direito, de modo a preservar os direitos fundamentais dos indivíduos e a promover a dignidade das pessoas.

Com efeito, as novas técnicas de procriação medicamente assistida, especialmente a que se dá mediante o uso de material genético de um membro do casal depois de sua morte, estão fomentando novas discussões e compreensões, especialmente considerando os reflexos nas normas do direito de família e, principalmente, no direito das sucessões.

É nesse contexto que se pretende abordar o tema da procriação medicamente assistida *post mortem* e os seus reflexos sucessórios, à luz dos direitos fundamentais.

2.1 Breves considerações sobre a origem dos direitos fundamentais

Há cerca de três mil anos antes de Cristo, os direitos individuais eram discutidos no Egito antigo e na Mesopotâmia, dando início às aparições do instituto dos direitos fundamentais. Àquela época, já havia a previsão de alguns mecanismos de proteção dos direitos individuais em face da atuação do Estado.

Apesar disso, uma das primeiras codificações a conter direitos comuns dos indivíduos, tais como o direito à propriedade, à organização familiar e à dignidade, entre outros, foi o Código de Hamurabi.

Posteriormente, surgiram alguns questionamentos na Grécia sobre a necessidade de se reconhecer a liberdade e a igualdade das pessoas como um valor relevante. Nessa mesma época, difunde-se a crença em um direito natural que era superior à lei escrita.

Contudo, foi em Roma que se estabeleceu um complexo de institutos jurídicos que buscavam tutelar os direitos individuais em relação à vontade estatal. Surge, então, a ideia da existência de direitos que poderiam, de certa forma, ser opostos ao soberano, limitando suas investidas sobre a propriedade e sobre os próprios indivíduos.

Apesar disso, pode-se afirmar que foi o Cristianismo que deu o impulso mais relevante para o acolhimento das ideias de dignidade dos seres humanos e que isso ensejava uma proteção especial. O dogma de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus imprimiu à natureza humana um alto valor que deveria ser protegido pelo próprio Direito (MENDES, 2007, p. 222), o que até então era deixado de lado.

Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 39) observa que apesar de os direitos fundamentais terem surgido mais modernamente, isto é, depois da antiguidade, é imprescindível reconhecer que o mundo antigo deixou um legado de valores e ideais que posteriormente tiveram grande e significativa influência na construção e no desenvolvimento do pensamento jusnaturalista. Isso se fez sentir significativamente na afirmação de que o ser humano é titular de alguns direitos naturais, indisponíveis e inalienáveis, pelo simples e suficiente motivo de se tratar de um ser humano.

No que diz respeito ao direito de igualdade, Bárbara Lobo (2009, p. 32) menciona que a permissão dada aos cidadãos atenienses para tomar parte nas decisões políticas da *pólis* pode ser lembrada como um dos primeiros registros sobre o reconhecimento de um direito fundamental de igualdade no mundo ocidental.

J. J. Gomes Canotilho (2018, p. 380-381), por sua vez, aponta que a ideia de direitos fundamentais existente na antiguidade clássica tinha origem no pensamento sofisticado, construído a partir da origem biológica comum de todos os indivíduos, num conceito semelhante à igualdade natural.

Para esse autor, os estóicos colocavam a igualdade numa posição de maior relevância dentro do pensamento da época, sendo essa construção baseada na premissa de que todos os homens pertenciam a um só Estado, do qual emergia o poder político essencial para garantir a existência da sociedade (CANOTILHO, 2018, p. 380-381).

Na construção da ideia básica do direito natural, estava a busca por princípios e valores mais amplos que pudessem ser aplicados a todos os povos e em todos os tempos, sendo-lhe atribuído um certo caráter de generalidade e universalidade (LOBO, 2009, p. 15).

Apesar de inicialmente ser defendido e sustentado com fundamento na metafísica, esse pensamento posteriormente adentrou e se alojou nos domínios da razão humana em virtude da crença de que os humanos formavam uma grande comunidade universal (LOBO, 2009, p. 16).

Discorrendo sobre a origem histórica dos direitos fundamentais, o constitucionalista português Jorge Miranda (2016, p. 231) destaca a existência de uma relação de contrariedade entre o Estado detentor do poder político e os seus cidadãos, embora, por outro lado, se estabeleça entre eles também uma relação de interdependência, numa sinergia constante entre autoridade e individualidade. De acordo com o autor, os direitos fundamentais surgem para mediar as relações frequentemente contraditórias entre o Estado e os indivíduos e se fortalecem na necessidade de se compatibilizar os interesses institucionais de um com as necessidades essenciais dos outros.

Na Idade Média, mesmo diante da rígida organização feudal da época, na qual se distinguia clara e expressamente o *suserano* e os *vassalos* em uma sociedade marcada por um forte sistema de subordinação, diversos documentos jurídicos reconheciam direitos atribuídos aos indivíduos, que foram construídos com a finalidade de limitar o poder estatal.

Na Inglaterra, foram criados vários documentos de grande importância no que tange aos direitos fundamentais, por exemplo, a *Magna Carta Libertatum* (1215), a *Petition of Right* (1628), o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) e a *Bill of Rights* (1689).

Posteriormente, a revolução nos Estados Unidos teve papel fundamental na evolução histórica dos direitos fundamentais.

Com efeito, depois do movimento revolucionário ocorrido na América do Norte foram reconhecidos direitos fundamentais aos indivíduos que podiam ser opostos ao Estado, podendo ser lembrado a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776); Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776); e a Constituição dos Estados Unidos da América (1787).

Na França, em meados do ano de 1789, diversas garantias fundamentais foram reconhecidas pela Assembleia Nacional na promulgação da Declaração de Direitos dos Direitos do Homem e do Cidadão. As Constituições Francesas de 1791 e de 1793 promulgadas nos anos seguintes também trouxeram significativos avanços no reconhecimento e na consolidação dessas garantias.

Posteriormente, o ideário transcendeu o território francês e ecoou em diversos outros países europeus e até mesmo em outros continentes.

Assim, o reconhecimento desses direitos prosseguiu durante o liberalismo ou constitucionalismo liberal do século XIX, com a promulgação, por exemplo, da Constituição espanhola (1812), da Constituição Portuguesa (1822), da Constituição Belga (1831) e da Declaração Francesa (1848).

Por sua vez, o início do século XX foi marcado por uma forte preocupação social, revelando as grandes tensões e os grandes problemas ideológicos e sociais que se faziam sentir no cenário mundial da época. Nesse contexto foram elaborados os seguintes textos constitucionais: Constituição Mexicana (1917), Constituição Soviética (1918), Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (1918), Constituição de Weimar (1919) e Carta do Trabalho (1927).

Enquanto a Constituição do México de 1917 garantia os direitos individuais com uma forte e marcante tendência social, a Constituição de Weimar previa os direitos individuais relacionados à religião, educação, vida, economia, privacidade, liberdade de pensamento, igualdade entre os sexos, proteção da maternidade, igualdade entre os filhos “legítimos” e os havidos fora do casamento, entre outros de grande magnitude no contexto social da época.

Analisando historicamente, é possível afirmar, na linha de Pedro Trovão do Rosário (2017, p. 121), que o reconhecimento dos direitos individuais e seu reconhecimento como direitos fundamentais foram desde logo representados pelo respeito ao direito à vida, o direito à integridade física e moral, o direito à liberdade e à reserva da intimidade da vida privada, a proteção da honra, da imagem, dentre outros.

Assim, é possível perceber que a interminável luta pelo reconhecimento e efetivação dos direitos fundamentais coincide com a busca pela evolução e consolidação dos assim chamados Estados Democráticos (SARLET, 2000, p. 12).

José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira observam que a adjetivação “democrática” incluída em diversas constituições não é vazia de conteúdo e não significa apenas o acréscimo desse termo ao Estado definido nas Cartas Constitucionais anteriores dos inúmeros países que a adotam.

Referidos autores apontam que a qualificação do Estado de Direito como um Estado Democrático de Direito que carrega a intenção de não permitir que ele adote um conceito puramente formal, acolhendo um sentido neutro em relação ao conceito de democracia ou até mesmo implantando regime antidemocrático.

Importante considerar que a adoção de um modelo de Estado Democrático de Direito não afasta os elementos próprios do Estado de Direito tradicionalmente reconhecido. Significa que os valores e princípios deste determinado Estado passam a ser orientados por uma noção de democracia material, não apenas formal, a exigir um olhar fundamentado no primado da igualdade, o qual, por sua vez, pressupõe a existência de ações positivas prestadas pelo Estado.

O Estado liberal clássico, como tradicionalmente conhecido, estava a serviço dos dogmas do liberalismo. A passagem para o modelo de Estado social democrático passou a exigir deste uma postura ativa, comprometida com a elaboração e a execução da política social.

Neste sentido, o Estado abandona a sua postura passiva e assume uma posição ativa, buscando sempre a realização dos direitos fundamentais, transportando-se de um papel de observador para o de agente transformador da sociedade.

Assim, esse constitucionalismo de viés democrático e social tem por finalidade a implementação efetiva dos direitos fundamentais, objetivando que a Constituição passe do discurso dos direitos individuais para o da efetiva garantia e realização de tais direitos.

Peter Häberle (2014, p. 184) anota que na Alemanha a evolução da compreensão dos direitos fundamentais é obra resultante de diversas gerações dos teóricos, desde G. Jellinek, e que o desenvolvimento da ciência constitucional tem contribuído enormemente para o surgimento de novas interpretações dadas pelo Tribunal Constitucional alemão.

O constitucionalismo de viés liberal era baseado praticamente na ideia de que o Estado deveria respeitar alguns direitos do cidadão, podendo este se opor à interferência daquele. No constitucionalismo contemporâneo, é preciso ir além do reconhecimento dessas liberdades individuais, impondo-se o reconhecimento de que os indivíduos podem exigir do Estado determinadas prestações positivas.

O Estado liberal, em sentido tradicional, tinha o seu foco especialmente voltado para a proteção dos direitos civis, isto é, nos direitos de liberdade, enquanto o Estado contemporâneo (Estado social e Estado democrático de direito) tem os seus olhos voltados para os assim chamados direitos sociais, econômicos e culturais, bem como aos direitos difusos e coletivos. No entanto, ainda assim, os Estados contemporâneos tem tido o cuidado de não apenas manter a previsão dos direitos negativos, como até mesmo ampliar o seu âmbito de proteção.

De acordo com Robert Alexy (2002, p. 418), os direitos fundamentais passam a incorporar mandados de proteção contra o Estado ou ordens para que este faça algo.

Em alguns casos, os mandados de proteção contra o Estado são solenemente ignorados, em postura de violação dos direitos humanos. Com efeito, ainda hoje nos deparamos com um grande volume de pessoas excluídas do processo democrático, ultrapassando fronteiras em busca de proteção e garantia de direitos mínimos em outros países, uma vez que tiveram atacadas a sua vida, o seu lar, a sua honra e a sua dignidade.

Pedro Trovão do Rosário (2017, p. 02), a propósito, destaca que em casos como esses há violação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual dispõe que ninguém estará “sujeito a interferências em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Assegura, também, que todo ser humano tem direito à proteção da lei contra interferências ou ataques a esses valores”.

Embora muito já se construiu, há, ainda, um longo caminho a ser percorrido em busca da efetividade dos direitos fundamentais. Os Estados geralmente definem em suas Constituições qual dos seus diversos órgãos será o responsável pela defesa das normas constitucionais e dos direitos fundamentais, tema esse que trataremos, conjuntamente com outros, no tópico seguinte.

2.2 Conceito e características dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais foram originariamente construídos no contexto do ideal burguês de sociedade. Daqueles tempos até hoje, no entanto, o conceito de direitos fundamentais sofreu grandes e significativas modificações, fruto do intenso debate e da grande preocupação dos teóricos e dos aplicadores do Direito Constitucional (SILVA, 2015, p. 177-178).

No paradigma do Estado Liberal, direitos fundamentais eram apenas aqueles relacionados ao direito à vida, à liberdade e à propriedade, dentre outros, os quais podiam ser traduzidos como direitos negativos, porque representavam a delimitação de um campo de liberdade individual no qual o Estado não poderia interferir.

Ao longo da história esse conceito foi ampliado e até mesmo modificado. Essas alterações sempre foram controvertidas e até os dias de hoje ainda não se tem uma definição uniforme e precisa do instituto, o que, certamente, não se poderá alcançar, salvo pela via da nem sempre desejável normatização constitucional (MIRANDA, 2016, p. 231-233).

Alguns constitucionalistas, no entanto, trazem importantes contribuições para a teoria constitucional dos direitos fundamentais, apresentando conceitos ao mesmo tempo precisos e abrangentes. Gomes Canotilho (1993, p. 393), por exemplo, afirma que “direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”.

Para Jorge Miranda (2016, p. 229), por sua vez, direitos fundamentais são “posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição”. Para o autor, esse conceito cobre uma variada categoria de sujeitos e objetos, mas implica, necessariamente, em três pressupostos ou condições firmes.

Em primeiro lugar, esses direitos não existiriam sem um reconhecimento da autonomia das pessoas sobre o poder político; em segundo lugar, os sujeitos devem estar em relação imediata com esse poder, não existindo segregação em razão de grupos ou instituições. Por fim, não haveria direitos fundamentais sem uma Constituição (MIRANDA, 2016, p. 229).

Por sua vez, José Afonso da Silva (2015, p. 180) afirma que os direitos fundamentais são uma “limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem”.

Luiz Carlos Forghieri Guimarães (2015, p. 73) assinala que os direitos fundamentais são aqueles direitos que a Constituição do Estado escolhe como essenciais com o objetivo de promover a dignidade da pessoa humana e de limitar o poder estatal, embora não sejam esses os únicos critérios geralmente adotados.

Importante salientar que atualmente os direitos fundamentais não podem ser confundidos com outros institutos ou figuras que lhe são correlatos, por exemplo, os direitos naturais, os direitos humanos, direitos individuais e os direitos subjetivos públicos, entre outros termos, ainda que estes, em algum momento da história, tenham sido utilizados para identificar, no todo ou em parte, o que hoje conhecemos como direitos fundamentais.

Segundo José Afonso da Silva (2015, p. 178), a diferença entre direitos fundamentais e direitos naturais reside na circunstância de que, enquanto os primeiros decorrem da vontade popular e geralmente são previstos nos textos constitucionais por livre opção dos seus cidadãos, os segundos decorrem da natureza das coisas, da razão humana, emergindo da condição natural da vida, sem qualquer consideração, relevante ou não, à vontade soberana de um povo em um certo tempo e lugar.

Os direitos fundamentais também possuem conotação distinta e não se confundem necessariamente com a expressão direitos humanos.

Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 29), procurando estabelecer a distinção entre esses dois termos, observa que direitos fundamentais são aqueles direitos essenciais do ser humano reconhecido e positivado no catálogo constitucional de certo e determinado Estado, cuja abrangência tem os mesmos limites da sua soberania nacional, enquanto direitos humanos são aqueles previstos em documentos internacionais e se referem ao status jurídicos do ser humano enquanto tal, independentemente de sua sujeição a uma ordem constitucional. São, portanto, direitos individuais dotados de valor universal, reconhecidos a toda e qualquer pessoa, em qualquer momento e lugar.

Em outras palavras, enquanto os chamados direitos humanos são frutos da sua simples natureza ou condição humana, os direitos fundamentais são valores assentados na Constituição de um país, sendo estruturantes de sua ordem jurídica e geralmente possuem as dimensões objetiva e subjetiva (COSTA, 2013, p. 9).

Direitos individuais também é uma expressão que não se confunde com a atual compreensão de direitos fundamentais.

Isto porque os direitos fundamentais se tornaram mais abrangentes do que os direitos individuais. Inicialmente, o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e dos direitos individuais era o mesmo, por isso se admitia que os conceitos confundissem.

Hoje, no entanto, os direitos individuais compreendem apenas os direitos fundamentais da chamada primeira dimensão, formados basicamente pelos direitos negativos, como o direito à vida, à liberdade e à propriedade. Os direitos fundamentais, por sua vez, são bem mais amplos e abrangentes, abarcando os direitos de outras dimensões de direitos fundamentais.

Jorge Miranda (2016, p. 239) apresenta a diferença, ainda, entre direitos públicos subjetivos e direitos fundamentais, construindo a sua argumentação basicamente pela maior completude, integridade e abrangência destes últimos.

O mencionado autor afirma que os direitos públicos subjetivos podem levar à ideia de existência de direitos do indivíduo contra o Estado, baseado em normas de direito público, em oposição aos direitos subjetivos privados, isto é, direitos que um indivíduo pode deduzir em face de outro indivíduo, com fundamento no direito de natureza privada (MIRANDA, 2016, p. 239).

Por outro ângulo, os direitos fundamentais estão isentos dessa comparação, pois gozam de assento constitucional, e, assim, albergam posições jurídicas que se enquadram

ora no direito público, ora no direito privado, tornando menos relevante uma distinção dessa natureza, em razão do maior alcance de que são dotados esses tais direitos.

Outra figura afim que não se confunde com direitos fundamentais são as garantias constitucionais, havendo traços distintivos claros entre eles.

De acordo com Paulo Joaquim Anacleto Costa (2013, p. 10), as garantias constitucionais, apesar de serem associadas e estarem umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais, dizem respeito aos instrumentos constitucionalmente previstos para a salvaguarda destes.

As garantias constitucionais, com efeito, possuem um traço predominante de instrumentalidade ou processualidade, dos quais se extraem efeitos e consequências diferentes dos direitos fundamentais, não se confundindo, portanto, com eles.

Desta maneira, pode-se afirmar que as garantias são maneiras ou caminhos de se concretizarem os direitos fundamentais. É por intermédio das garantias constitucionais que os cidadãos podem exigir do Estado os recursos e as ferramentas necessários para a proteção jurídica dos seus direitos fundamentais.

Os chamados direitos da personalidade também não apresentam uma total identidade com os direitos fundamentais, havendo traços distintivos entre eles.

Jorge Miranda (2016, p. 241), para acentuar essa distinção, pontua que nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade, citando como exemplo o próprio direito fundamental de acesso à Justiça, que apesar de ser instrumento para a realização destes, possui conotação diferente e com ele não se confunde, porque tem caráter instrumental ou procedimental, servindo como meio para a defesa de todos os demais direitos fundamentais.

A teoria dos direitos fundamentais e a teoria da norma fundamental se distinguem das outras exatamente pelo fato de construir todo o seu fundamento e abordagem sobre uma norma positiva de um determinado sistema jurídico. Isso, no entanto, não quer significar que os direitos fundamentais sejam desprezíveis para os demais ramos das Ciências Sociais (ALEXY, 2002, p. 29).

Robert Alexy (2002, p. 27-47), por exemplo, lembra que os direitos fundamentais também podem ser explicados pelas teorias históricas e filosóficas, além da teoria jurídica, esclarecendo que para alguém possuir um direito fundamental, necessariamente preexistirá uma norma fundamental que assegure esse direito, ou seja, para a existência de um direito fundamental se pressupõe a existência de uma norma constitucional válida, sem prejuízo de outras repercussões em outras áreas do conhecimento humano.

Na linha defendida pelo referido autor, a terminologia norma fundamental não se limita ao seu significado literal, não abrange apenas um sentido jurídico como a emissão de um mandamento, uma regra ou um mandato, mas sim, um sentido mais amplo, como exemplo, o sociológico, o filosófico e o moral.

Os direitos fundamentais possuem algumas características que os distinguem dos outros tipos ou espécies de direitos, cabendo fazer aqui algumas observações.

Primeiramente, cumpre notar que os direitos fundamentais não são direitos absolutos, pois em determinado momento poderão sofrer relativizações, reduções, compatibilizações e até mesmo deixarem de serem aplicados completamente.

Os direitos fundamentais e as garantias são interdependentes, pois as normas que os estabelecem estão ligadas em seu objetivo de satisfação da dignidade humana, por isso que, por exemplo, o direito à liberdade de locomoção está vinculado intimamente ao *habeas corpus*, a revelar o vínculo sistêmico da interdependência entre eles.

Por outro lado, os direitos fundamentais têm a característica da complementariedade. São direitos complementares, pelo simples fato de que sempre devem ser lidos e interpretados em conjunto, buscando a efetiva satisfação dos objetivos da norma constitucional, colocando-se sempre na posição de auxiliar na complementação e realização do todo (MORAES, 2007, p. 6).

Outra característica inerente aos direitos fundamentais é a universalidade. Os direitos fundamentais são universais porque o alcance e abrangência de suas normas abrangem todos os indivíduos de um determinado Estado, sem qualquer discriminação, ou seja, sem qualquer consideração quanto ao seu sexo, credo, raça, cor, nacionalidade, religião, partido político ou outro fator.

A inviolabilidade também compõe o rol de característica dos direitos fundamentais. Diz-se que os direitos fundamentais são invioláveis porque se agrega umbilicalmente ao valor intrínseco que constitui o objeto de especial proteção escolhido pela norma. Com isso, fica vedado o vilipêndio aos direitos fundamentais por parte do poder público e pelos particulares.

Além disso, os direitos fundamentais não podem ser renunciados, vendidos ou negociados, nem se sujeitam a prazo prescricional, daí o afirmar-se que se tratam de direitos irrenunciáveis, inalienáveis e imprescritíveis. A proteção dos direitos fundamentais é tão relevante e essencial por estar intimamente conectado com a defesa da dignidade do indivíduo, que nem mesmo ele, o próprio titular de tais direitos, pode renunciá-lo, dispor dele ou perdê-lo pelo transcurso do tempo.

Os direitos fundamentais possuem também a característica da historicidade – conforme já exposto neste capítulo. Esta marca da historicidade revela que os direitos fundamentais representam a busca dos indivíduos e da sociedade pela conquista de seus direitos, tratando-se de conquista gradual, cuja evolução remonta aos tempos mais longínquos da história da humanidade.

Por fim, temos a característica da efetividade dos direitos fundamentais, de acordo com a qual as normas que veiculam direitos fundamentais exigem do poder público o dever de garanti-los e protegê-los, sendo obrigação do Estado prever os mecanismos preventivos ou coercitivos para garantir que sejam eles respeitados (direitos negativos) e implementados (direitos positivos).

Não foi por acaso que esta característica foi deixada mais para o final deste subcapítulo. A efetividade dos direitos fundamentais tem suscitado questões de grande relevância na teoria constitucional moderna, inclusive a respeito da jurisdição constitucional.

Não faria sentido algum falar em superioridade normativa das normas constitucionais se fosse possível ao legislador infraconstitucional modificar ou distorcer os seus preceitos sempre que assim lhe conviesse.

Na linha de que apenas o detentor do poder constituinte, isto é, o povo, pode instaurar uma nova ordem constitucional, é imprescindível, no atual desenvolvimento do Estado constitucional que se institua um órgão a quem será atribuída a função de guardião do texto constitucional e dos direitos fundamentais.

Importante notar que da dimensão objetiva dos direitos fundamentais emerge para o Estado o dever de promover ações ou prestações positivas em prol dos indivíduos. Uma destas prestações positivas exigíveis diretamente do Estado é exatamente a criação de um mecanismo de defesa para qualquer violação dos direitos fundamentais.

Colocado em outros termos, o reconhecimento dos direitos fundamentais impõe ao Estado a criação de normas, procedimentos e órgãos capazes de tutelar esses mesmos direitos fundamentais dos seus cidadãos, conferindo-lhes plena eficácia.

Quando se fala em efetividade dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional, é sempre pertinente trazer à tona o sempre lembrado debate travado entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, ocorrido entre os anos 1920 e 1930.

No centro desse debate, está a questão de se saber qual órgão ou poder do Estado reúne melhores condições de zelar pela defesa da Constituição: enquanto Kelsen defendia que o guardião da Constituição deveria ser o Tribunal Constitucional, Schmitt sustentava que ninguém melhor do que o Chefe de Estado para desempenhar essa função.

Antes mesmo de travar esse célebre debate com Hans Kelsen, Schmitt (2009, p. 19-45) já afirmava que as decisões dos Tribunais, quando decidia questões relativas ou em confronto com normas constitucionais, possuíam natureza eminentemente política. Para ele, a política estaria presente em toda e qualquer análise jurídica e em sua análise, o exame dos institutos relacionados ao Estado, ao povo e à soberania realizada pelos juristas e pelos cientistas políticos se entrelaçavam, havendo uma íntima conexão entre esses dois campos do conhecimento.

Sem chegar a apresentar um conceito de política, Schmitt (2009, p. 19-45) afirmava que ela só fazia sentido se estudada de forma conexa com o Estado, que era o seu pressuposto, embora a verificasse a partir da distinção de outros termos que lhe eram correlatos, como economia, direito e governo. Segundo ele, a política era melhor entendida por intermédio de instituições sociais, como a família e a escola, por exemplo. Isto é, o seu ponto de partida era os fenômenos não-políticos.

Partindo disso, Schmitt (2009, p. 19-45) aponta a existência de quatro diferentes formas de se ver a Constituição: absoluta, relativa, positiva e ideal.

No conceito de Constituição absoluta, o autor afirma que ela pode ser diferenciada em Constituição como o modo de ser do Estado e Constituição como o próprio Estado.

Por outro lado, o conceito de Constituição relativa pressupõe a existência de um conjunto de leis e diplomas esparsos, o que estaria ligado a uma ideia de Constituição formal. É neste ponto que o autor atribui uma força superior às normas constitucionais, marcada por maior estabilidade que, para ser alterada, exigia um processo legislativo diferente e mais rigoroso do que o processo necessário para a modificação das leis que não tinham a natureza de preceitos constitucionais.

No conceito de Constituição positiva, o autor incorpora o aspecto político, defendendo a existência de diferença teórica relevante entre lei constitucional e Constituição, esta entendida como documento escrito oriundo do exercício do poder constituinte, cuja vontade é o fundamento do Estado.

Por fim, o autor germânico menciona a Constituição ideal, que, para ele, representava a dignidade de alguma luta do povo, por exemplo, aquela que levou a burguesia a lutar contra a monarquia.

Importante destacar que em todos os modelos de Constituição apresentados por Carl Schmitt a existência de um texto constitucional aparece como elemento central, cujas

normas, por representar a vontade do poder constituinte inicial, precisam ser defendidas contra qualquer ataque.

A função de guardião das normas constitucionais, para ele, significava precipuamente a tarefa de interpretá-las e dar um veredicto final a qualquer disputa que as envolvesse, e essa função de zelo, em sua ótica, não poderia, em hipótese alguma, ser atribuída a um órgão jurisdicional, pois sua natureza era exclusivamente política.

Uma das principais críticas de Schmitt à Kelsen, que defendia tese contrária à sua, era a de que o seu oponente visava apenas à defesa dos ideais da burguesia e que as suas ideias não eram movidas por concepções jurídicas ou políticas.

Partindo do pressuposto de que a função de guarda da Constituição é uma atribuição política, e não jurídica, Carl Schmitt não admitia outra forma de atuação judicial que não fosse a aplicação das leis, pelo único critério da subsunção do fato à norma.

Para ele, não havendo leis aplicáveis ao caso concreto, o juiz não poderia decidir, porque o Judiciário não pode exercer a guarda da Constituição, sendo admitida uma única exceção: quando se estivesse diante de uma situação que violasse as prerrogativas do próprio Poder Judiciário, aí sim, poderia ele defender-se contra agressões não autorizadas de outros poderes, fazendo, apenas e exclusivamente nesse caso, a função de defensor das normas constitucionais.

Para Schmitt, o exercício da guarda da Constituição pelo Judiciário criaria um desequilíbrio entre os Poderes do Estado, colocando os juízes em uma posição superior à dos parlamentares, sendo inteiramente condenável o ativismo judicial.

A partir da premissa de que lei e sentença são institutos completamente diferentes e com fundamentos de validade igualmente distintos, Schmitt negava a possibilidade de que o Poder Judiciário fosse além da subsunção dos fatos às leis, negando-lhe de forma categórica a possibilidade de interpretação das normas constitucionais (SCHMITT, 2007, p. 56).

Assim como combatia ferrenhamente a possibilidade de o Poder Judiciário ser o guardião da Constituição, Schmitt também era refratário da ideia de que o parlamento também o fosse. Para ele, era inconcebível que o órgão que criava as leis fosse, ele próprio, fazer juízo sobre a sua validade ou não.

Não acreditando na imparcialidade dos Congressistas, o autor alemão afirma ser inconcebível que o controle da Constituição fique nas mãos do próprio órgão que a violou, agindo além ou contra os seus desígnios. Assim, para Schmitt restava apenas o Poder Executivo em condições de exercer a função de guardião da Constituição.

Concebido como um órgão neutro, colocado ao lado das funções essenciais do Estado, Schmitt defendia que o Chefe de Estado ou monarca eram os únicos com reais condições de conferir estabilidade à ordem constitucional, os quais atuariam como garantidores do Estado como um todo.

Fica claro na obra de Schmitt que o principal motivo para se reconhecer ao Chefe de Estado o papel de guardião da Constituição é a sua posição política estratégica de independência e neutralidade que a ele era conferida pela própria Constituição.

Contraopondo-se aos principais argumentos de Schmitt, Hans Kelsen (2007, p. 180) o acusa de praticar um verdadeiro atentado contra o Estado Constitucional e contra a República, por veicular em sua tese uma verdadeira apologia aos valores próprios da ideologia monárquica.

Segundo Kelsen (2007, p. 180), a legalidade constitucional, a separação dos poderes e a participação do povo na vontade da nação eram negligenciados e indiretamente negados por Schmitt, cujo esforço era direcionado à tentativa de resgatar os valores vigentes anteriormente ao novo regime.

De acordo com o autor, na monarquia constitucional está pressuposta e subentendida a prevalência do Governo sobre o Parlamento, e, dessa forma, a atribuição de guarda da Constituição ao Chefe de Estado e não ao Tribunal Constitucional seria apenas uma fórmula muito bem engendrada para permitir a volta do regime absolutista, no qual o monarca concentrava em si o monopólio do poder do Estado.

Nessa altura, Kelsen defende, de forma intransigente, que o monarca ou Chefe de Estado está completamente impossibilitado de exercer a defesa da Constituição, pelo simples fato de ele não possuir a neutralidade necessária para o desempenho dessa importante função institucional.

Segundo ele, é inadmissível que se entregue a função de guarda da Constituição justamente a quem tem a oportunidade jurídica e o estímulo político para violentá-la (KELSEN, 2007, p. 240), situação que implicaria no retorno ao regime monárquico velho e ultrapassado.

Um ponto bastante sensível presente na exposição de Kelsen é a sua tentativa de demonstrar que a atividade dos magistrados é uma forma de atuação política, isto é, busca evidenciar que os juízes, quando julgam, estão a fazer política, tal qual o legislador faz quando aprova leis.

Para o jurista austríaco, política é uma forma de se exercitar o poder e esse poder se manifesta em toda e qualquer função estatal. Quando o juiz decide um caso, seu ato é

representativo de uma autêntica manifestação de poder, implicando, portanto, que ao julgar, os magistrados estão fazendo política.

Esse exercício do poder é conferido ao juiz pelo legislador, que lhe define os limites e a forma da manifestação política do magistrado, ficando bastante evidente, aqui, a diferença de perspectiva entre Schmitt e Kelsen.

Schmitt defende que a atuação do juiz deve ser absolutamente restrita à letra da lei, sendo-lhe vedada a extração de elementos de convicção para além do texto legal. Por outro lado, Kelsen entende que o juiz exerce uma atividade política que corresponde exatamente à escolha da lei aplicável ao caso e que todo conflito jurídico contém nele imbricado uma controvérsia de poder, de natureza eminentemente política, concluindo que a função criadora dos juízes corresponde a uma importante atividade política.

No continente europeu, a questão da supremacia do Poder Judiciário ou do Parlamento para dar a última palavra nas questões constitucionais não é um tema pacificado.

Na França, nos períodos seguintes à revolução oitocentista, reconheceu-se a soberania do legislador como o único e legítimo representante do povo, o qual exercia um controle do Poder Executivo, como forma de garantia da consolidação da liberdade individual em face do monarca.

O Judiciário, cuja função era a de mero aplicador das leis, também se sujeitava à hegemonia do legislador soberano, que tratou de criar um Tribunal de Cassação, que era um braço do Poder Legislativo, cuja função principal era ao mesmo tempo proteger a lei e controlar os juízes.

Essa construção pós-revolução foi tão marcante no ideário francês que até nos dias de hoje, mesmo depois do movimento de reforma constitucional empreendida no ano de 2008, é vedado aos juízes apreciar a constitucionalidade das leis, cabendo-lhes apenas a sua fiel aplicação.

Atualmente, existe na França um Conselho Constitucional, que é o órgão competente para promover o controle da constitucionalidade. Esse Conselho Constitucional é um órgão autônomo que não integra nenhum dos Poderes e que exerce a função de controle da constitucionalidade depois da votação pelo Legislativo e antes da promulgação das leis. O Conselho Constitucional não integra o Poder Judiciário e tem funções completamente distintas das competências constitucionalmente atribuídas ao Tribunal de Cassação, com o qual não pode ser confundido.

No entanto, depois de aprovadas e promulgadas as leis, não é mais possível qualquer discussão a respeito de sua constitucionalidade, devendo todos os Poderes do Estado Francês, inclusive o Poder Judiciário, dar-lhe plena e fiel aplicação.

Esse sistema só foi modificado recentemente, quando a Lei Orgânica 1.523, de 10 de dezembro de 2009, ao regulamentar os Artigos 61 e 62 da Constituição Francesa instituiu a chamada questão prioritária de constitucionalidade, de acordo com a qual qualquer pessoa pode sustentar a inconstitucionalidade de uma lei, mesmo após o controle prévio do Conselho Constitucional, desde que demonstre a ofensa a direitos e garantias fundamentais.

Se a violação a direitos fundamentais for suscitada num processo administrativo ou judicial, o juiz, que continua não podendo apreciar as questões e matérias constitucionais, o remeterá ao Conselho Constitucional, que, se for o caso, derrogará o dispositivo questionado, com caráter geral e devolverá o processo para que se prossiga no julgamento, observando, neste caso, a inaplicabilidade da norma declarada inconstitucional.

Vale notar que nesse incidente processual o Poder Judiciário não faz o exame de constitucionalidade, tarefa essa que continua sendo do Conselho Constitucional. Apenas passou a ter a possibilidade de se fazer um controle de compatibilidade posterior, isto é, depois da aprovação da lei, mediante a inclusão de uma exceção ao sistema de controle político e prévio adotado na França.

Embora esse seja lembrado pela doutrina como um importante caso de Supremacia do Parlamento, a mais alta expressão desse modelo encontra-se no sistema inglês, onde há mais de 600 anos se reconhece ao Parlamento a função de guardião da Constituição.

Depois da promulgação da “*Bill of Rights*”, atribuiu-se à Câmara dos Comuns e à Câmara dos Lordes a função de apreciar, com exclusividade, as questões constitucionais, cabendo a essas duas Casas do Parlamento Inglês o julgamento das petições originárias do Poder Judiciário. Posteriormente, essa função foi retirada da Câmara dos Comuns e deixada exclusivamente nas mãos da Câmara dos Lordes.

Em 1876 criou-se na Inglaterra a figura dos Lordes de Apelação, que são juízes experientes e altamente qualificados vinculados ao Parlamento que se dedicavam também às questões jurisdicionais. No passo seguinte, esses juízes deixaram de participar das votações no Parlamento, e, embora tenham permanecido como membros desse Poder, passaram a se dedicar exclusivamente à função jurisdicional, formando a Comissão de Apelação da Câmara dos Lordes (*Apellate Committee*).

Tradicionalmente, portanto, na Inglaterra sempre coube ao Parlamento a guarda da Constituição, que fazia o papel de uma Corte Constitucional, cujas decisões

possuíam efeitos vinculantes e obrigatórios para todos os demais juízes e tribunais do país. O Poder Judiciário nunca tomou parte nesse tipo de decisão, sendo-lhe atribuído simplesmente o papel de aplicador da lei, podendo até mesmo interpretá-la, porém sem poder declarar a sua inconstitucionalidade.

Essa situação só se modificou em 2004, quando, em substituição à Comissão de Apelação da Câmara dos Lordes foi criada a Suprema Corte, desvinculada do Parlamento, que se tornou o mais alto tribunal do Reino Unido. Por intermédio dessa alteração legislativa, o Judiciário inglês foi reestruturado e os juízes passaram a ter independência em relação ao Parlamento.

Cabe mencionar que a criação da Suprema Corte no Reino Unido não retirou a supremacia do Parlamento na apreciação das questões constitucionais, apenas estabeleceu um controle parcial dos atos do Poder Legislativo por um órgão que lhe é externo.

Esse controle, que já existia costumeiramente desde 1998, foi consolidado no ordenamento jurídico inglês, ficando reconhecido ao Poder Judiciário a possibilidade de declarar que uma determinada lei ou ato normativo encontra-se em desconformidade com os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Contudo, essa declaração de incompatibilidade da lei com os direitos fundamentais reconhecidos legitimamente, que pode ser feita pelos Tribunais Superiores ou pela Suprema Corte, não implica a nulidade da lei examinada, gerando apenas um constrangimento político no Poder Legislativo, equivalente à simples declaração de que existe uma violação da Constituição, ficando cientificado o Parlamento para revogar ou modificar a norma declarada incompatível com a Constituição, se e quando entender pertinente.

Embora a manifestação da Suprema Corte tenha apenas o condão de alertar o Parlamento de que foi constatada uma situação de incompatibilidade, a sua criação retirou do Parlamento o poder de decidir, em última instância, a respeito de questões constitucionais, cabendo-lhe tão somente a decisão política sobre revogação ou modificação das leis já declaradas inconstitucionais.

O grande avanço está no fato de que com a criação da Suprema Corte os demais órgãos do Poder Judiciário não estão mais subordinados ao Parlamento, assim como não mais terão seus atos revistos pelo Poder Legislativo.

Pode-se afirmar assim que o Reino Unido passou a contar com um Judiciário independente e autônomo, na linha do direito comunitário da União Europeia. Em outras palavras, embora mantendo a prerrogativa exclusiva de derrogar as leis vigentes, o

Parlamento deixa de ser o órgão responsável pela apreciação das questões constitucionais, com caráter vinculante para os demais juízes e tribunais.

Apesar de passar a ter um Judiciário independente, a Supremacia do Parlamento continua sendo reconhecida no Reino Unido, pois, como visto, ainda é o Poder Legislativo o responsável pela revogação das normas declaradas incompatíveis com as normas constitucionais.

Nas democracias mais modernas, no entanto, prevalece a Supremacia dos Tribunais como órgãos responsáveis pela guarda da Constituição.

Alheios à pressão popular e longe da pressão dos demais poderes, o Poder Judiciário, apesar das críticas que até hoje lhe são feitas, é o que mais tem condições de atuar como guardião da Constituição.

Nos Estados Unidos, desde a célebre decisão no caso *Marbury versus Madison*, proferida em 1803, a Suprema Corte, em voto conduzido pelo seu então Presidente, o Juiz John Marshall, avocou para si, de forma inédita, a competência para averiguar a compatibilidade das leis com a Constituição, dando origem ao chamado controle difuso de constitucionalidade, no qual todo e qualquer juiz pode declarar a inconstitucionalidade das leis quando, no exame do caso concreto, deparar-se com tal questão.

No modelo norte-americano, a decisão opera efeitos apenas entre as partes do processo, mas por efeito do *stare decisis*, quando essa decisão, pela via recursal, chegar até a Suprema Corte, a decisão por ela tomada obriga a todos os juízes e tribunais do país.

A Supremacia dos Tribunais também se faz sentir no sistema austríaco, cujo modelo foi construído por influência da obra de Hans Kelsen. No modelo adotado pela Áustria, com efeito, diferentemente do que se verifica no modelo americano, a função de guardião da Constituição é atribuída a um órgão de cúpula do Poder Judiciário, daí falar-se no sistema concentrado. Nele não se tem como pressuposto a violação de um direito subjetivo, mas um controle de constitucionalidade das leis realizado num processo objetivo, instaurado mediante provocação de certos órgãos previamente definidos e quem define os legitimados a tanto é a própria Constituição.

Na origem desse modelo, está a necessidade de se proteger os direitos e liberdades fundamentais contra agressões e arbitrariedades provocadas pelo Estado. O controle das leis deve ser realizado por um órgão diverso daquele que as criou, de modo a garantir um exame isento e imparcial quanto à questão constitucional invocada (KELSEN, 2007, p. 240).

Em Portugal, a guarda da Constituição também está reservada a um órgão do Poder Judiciário, o Tribunal Constitucional, a quem cabe dar a última palavra a respeito da compatibilidade das leis infraconstitucionais com as normas previstas na Constituição da República Portuguesa, conforme dispõem os seus Artigos 277.º e ss., em perfeita consonância com os cânones adotados pelos sistemas democráticos mais maduros e consolidados do mundo.

2.3 As dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

Antes de tratarmos diretamente das dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, é pertinente analisar, ainda que sucintamente, a classificação dos direitos fundamentais de acordo com as funções por eles exercidas.

No que diz respeito à classificação funcional dos direitos fundamentais, são várias as concepções apresentadas pelos teóricos do direito constitucional. Inicialmente, é possível classificá-los em dois grandes grupos: a) direitos fundamentais com funções de defesa; e b) direitos fundamentais com funções de prestações positivas.

As funções de defesa estão ligadas diretamente à esfera subjetiva dos direitos fundamentais, isto é, aos direitos fundamentais que demandam uma prestação negativa do Estado. O reconhecimento dessa função de defesa exige do Poder Público uma abstenção estatal, um não agir, ou seja, por esta ótica, os direitos fundamentais têm a função de impor ao Estado e a terceiros um dever de abstenção.

Dentro dessa função de defesa, podemos ainda desdobrar os direitos fundamentais em outros três diferentes tipos de direitos, quais sejam: a) direitos à não afetação; b) direitos ao não impedimento de ações; e c) direitos à não eliminação de posições jurídicas.

O direito à não afetação indica que o Estado tem o dever incontestável de não interferir na propriedade ou nas relações pessoais do titular do direito. O direito ao não impedimento, por sua vez, possibilita ao seu titular o direito de gozar de prerrogativas fundamentais, vetando ao Estado a possibilidade de promover a censura do exercício de tais faculdades.

E, por sua vez, o direito à não eliminação de posições jurídicas, implica a vedação ao Poder Público de eliminar posições jurídicas concretas, ou seja, impede ao Estado

de retirar aquele bem jurídico fundamental que já foi assegurado e conquistado pelo indivíduo, incorporando-se ao seu patrimônio jurídico.

Para além dos direitos fundamentais que exercem essas funções de defesa do indivíduo contra o Estado, existem aqueles que possuem funções de prestações positivas.

Os direitos fundamentais com funções de prestações positivas tem por objetivo assegurar que o Poder Público atue de forma ativa, abandonando o papel puramente abstencionista. Ou seja, os direitos fundamentais com funções de prestações positivas determinam ao Estado que este forneça meios para que os seus titulares possam exercê-los em toda a sua plenitude e inteireza.

Dentro dessa perspectiva de direitos a prestações positivas, surgem espécies de direitos fundamentais de grande relevância, sendo os dois principais os seguintes: a) direito a prestações jurídicas ou normativas; e b) direito a prestações fáticas ou materiais.

O direito a prestações normativas impõe ao Estado o dever de criar todas as leis, regulamentos e atos legislativos necessários para fruição dos direitos fundamentais. Por este viés, o Estado passa a ser obrigado a criar e emitir as normas jurídicas que forem necessárias para assegurar, no âmbito formal, os bens jurídicos fundamentais outorgados aos indivíduos pelo texto constitucional.

Por outro lado, na perspectiva do direito a prestações materiais, esses tais direitos implicam a obrigação do Estado de atuar de forma positiva, concreta, devendo fornecer todos os meios materiais necessários para eliminar as desigualdades sociais e promover o bem de todos.

Essa análise da função dos direitos fundamentais dividindo-os em direitos de defesa e direitos a prestações positivas do Estado apresenta-se de grande importância.

Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 162-163) pondera que essa divisão é suficiente para se ter uma adequada compreensão do fenômeno, acrescentando que as duas funções podem se reunir na mesma norma consagradora de direitos fundamentais, ainda que nem sempre e nem todas ao mesmo tempo.

Peter Häberle (2014, p. 185-186), nesse sentido, esclarece que no direito germânico a tutela desses direitos encontram-se ao abrigo da teoria dos deveres de proteção desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão.

De acordo com essa teoria, o Estado Constitucional tem um dever natural de proteção em relação aos seus cidadãos, independentemente de qual seja a posição do indivíduo na sociedade, o que já se encontra sedimentado na jurisprudência do Tribunal

Constitucional, como já acontece em grande parte dos países do mundo ocidental, nos quais já se tem por pressuposto a defesa e a tutela dos chamados direitos negativos ou de defesa.

Com efeito, no dizer do constitucionalista Pedro Trovão do Rosário (2015, p. 715), o papel do Poder Judiciário sofreu grandes transformações no âmbito dos sistemas políticos ocidentais, deixando de ser entendido como um mero intérprete e aplicador da lei para assumir um protagonismo na vida pública das sociedades contemporâneas.

Isso evidencia que o maior desafio do constitucionalismo nos países democráticos do mundo ocidental continua sendo a efetiva concretização ou efetivação dos direitos fundamentais.

De todo modo, conforme já mencionado acima, é importante observar que os direitos fundamentais inicialmente estavam ligados mais à proteção dos direitos dos indivíduos em face do Estado, numa noção muito próxima ao dos direitos meramente subjetivos, embora ambos não possam ser confundidos.

Num primeiro momento, os direitos fundamentais apresentavam-se como a delimitação de um espaço de liberdade do indivíduo dentro do qual o Estado não poderia interferir. Essa dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, baseada na construção de barreiras ou limites à atuação do Estado, pode ser traduzida como a imposição de um dever de abstenção ou a imposição de um não fazer estatal, com viés de direitos de natureza negativa.

No entanto, a partir do momento que se reconhece que as Constituições e os direitos fundamentais consubstanciam os valores de uma certa e determinada comunidade, percebem-se os reflexos coletivos da instituição de tais direitos.

José Juan Anzures Gurría (2017, p. 81) reconhece a existência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que corresponde aos princípios e valores de todo o ordenamento jurídico e que pode ser reconhecida como o conteúdo axiológico ou valorativo sobre a qual se baseia todo o estado de direito constitucional democrático.

Reconhece-se, então, que uma leitura puramente individualista dos direitos fundamentais não apresenta elementos suficientes para entendê-los em sua totalidade. Assim, além da dimensão puramente subjetiva dos direitos fundamentais, importa visualizá-los pelo viés dos valores comunitários neles inscritos, os quais apresentam outra conotação, desta vez de dimensão objetiva.

Dito de outra forma, embora continue a ocupar uma posição de destaque na compreensão dos efeitos dos direitos fundamentais, a dimensão subjetiva se apresenta insuficiente para explicar todas as consequências jurídicas desses tais direitos. Dessa forma, o reconhecimento da existência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é essencial para

se acolher os efeitos e consequências que escapam ou não encontram respostas em sua dimensão subjetiva.

A respeito da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 149) pondera que esses direitos não se limitam à função precípua de se consistirem nos direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra os atos do poder público, indo além disso para constituírem decisões valorativas da Constituição, dotado de eficácia em todo o sistema jurídico e aptos a fornecer diretrizes para os órgãos legislativos, executivos e judiciários.

No entendimento desse autor, a todo direito fundamental de natureza subjetiva de defesa do indivíduo contra o Estado, há o correspondente direito fundamental de viés objetivo, de normas de competência negativa para os poderes públicos, havendo apenas uma mudança de paradigma: o que foi concedido ao indivíduo fica retirado da esfera de competência do Estado.

Além desse caráter negativo, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais produz outros efeitos jurídicos autônomos, propiciando o surgimento de novos direitos fundamentais, como um reforço de sua eficácia normativa, do que decorrem inúmeras consequências.

A primeira dessas consequências é a eficácia irradiante dos direitos fundamentais. A partir do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, deles se extraem diretrizes para a aplicação e interpretação das leis infraconstitucionais, numa espécie de interpretação conforme os direitos fundamentais.

A segunda consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 149) diz respeito à eficácia horizontal, baseada no pressuposto central de que os direitos fundamentais irradiam também os seus efeitos nas relações entre os particulares.

Na dimensão objetiva, é possível reconhecer elementos fundamentais que justificam a sua caracterização como verdadeiros institutos jurídicos, que não são necessariamente ligados à dimensão subjetiva, já que uma regra sobre direitos fundamentais constitui um direito objetivo, independentemente da viabilidade da subjetivação.

E é, com efeito, assim que se consagra a sua eficácia radiante, pois "os direitos fundamentais servem de guia para a interpretação e aplicação do sistema jurídico. Associada ao efeito radiante dos direitos fundamentais está a sua eficácia na esfera privada, a 'eficácia horizontal' dos direitos fundamentais" (SILVA; STRADA, 2006, p. 56).

A terceira consequência relevante é que da dimensão objetiva dos direitos fundamentais surge o dever de proteção do Estado em relação a estes direitos, impondo-lhe uma atuação no sentido da proteção desse direito, preventiva ou repressivamente, colocando-os a salvo não só do próprio Estado, mas também de ataques de outros indivíduos e até mesmo de outros Estados.

Por fim, um quarto e especialmente importante efeito emerge da dimensão objetiva dos direitos fundamentais: o dever do Estado de realizar as prestações fáticas e normativas necessárias para a concretização do direito fundamental subjetivo reconhecido pela norma.

A questão que se coloca é a de saber se, cabendo ao Estado a realização de uma tarefa constitucionalmente imposta, tem o cidadão o direito de ver essa mesma tarefa cumprida, na forma de prestações positivas, de natureza fática (material) ou jurídica (normativa) e se, em caso de omissão, poderia o Poder Judiciário concretizá-lo ou determinar a sua efetivação, partindo do pressuposto de que em Portugal a função de guardião da Constituição foi atribuída ao Tribunal Constitucional.

De acordo com Jorge Reis Novais (2006, p. 196), não há um regime constitucional próprio e privilegiado dos direitos, liberdades e garantias constitucionais, e um outro regime próprio, de menor magnitude, dos direitos fundamentais sociais. Sustenta o referido autor que essa distinção aparente não existe, prevendo a Constituição da República em Portugal um único regime dos direitos fundamentais, o regime próprio do Estado de Direito.

Fixada essa premissa e usando o direito fundamental à proteção da saúde como exemplo, o questionamento é se o Estado tem a obrigação de garantir as condições materiais necessárias, inclusive com cirurgias e medicamentos de alto valor, para que um determinado indivíduo que deles precise tenha o seu direito fundamental à saúde assegurado.

A resposta está no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, pois sendo eles bens jurídicos constitucionalmente tutelados, tem o Estado a obrigação não apenas de se abster de intervir em seu exercício, mas também de protegê-los em face de lesões e ameaças proveniente de terceiros e, ainda, de agir positivamente de modo a garanti-los aos seus cidadãos.

No exemplo do direito fundamental à proteção da saúde, o Estado deve não apenas abster-se de disseminar doenças ou envenenar pessoas, mas também impedir que terceiros o façam, além de fornecer, em determinados casos, a assistência material com hospital e medicamentos que os indivíduos necessitem.

Trata-se da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que impõem ao Estado um dever de proteção, determinando a adoção de medidas fáticas ou normativas para a tutela dos direitos fundamentais.

O dever estatal de proteção está presente no exercício da função administrativa, legislativa e jurisdicional, em razão da eficácia irradiante e vinculante oriunda da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Tal dever pode acabar por gerar um fenômeno de exacerbada judicialização dos direitos fundamentais, pois sendo eles bens jurídicos constitucionalmente tutelados, poderá o seu titular demandar por sua proteção e por recursos que garantam seu devido exercício.

A partir disso, é possível perceber que nos Estados Democráticos de Direito, o Poder Judiciário assume um papel fundamental na tomada de decisões acerca dos direitos fundamentais que ultrapassa sua esfera meramente subjetiva, a demonstrar a prevalência, ao menos no ocidente, da tese de Kelsen sobre quem deve ser o guardião da Constituição.

Nesse cenário, o Poder Judiciário assume o papel de agente transformador da sociedade, conferindo maior concretização dos direitos fundamentais contidos nas constituições desses países.

Sobre o tema, Alinne Cardim Alves e Juliana Cristina Borcat (2015, p. 27) sustentam que “a atuação do Poder Judiciário, nessa seara, mostra-se plausível e aceitável quando se verifica a omissão dos demais Poderes da República em concretizar os direitos fundamentais assegurados pelo texto constitucional”.

De acordo com essas autoras, o fenômeno da judicialização dos direitos fundamentais não parte de uma premissa puramente intervencionista, baseada no interesse ilegítimo do Poder Judiciário de assumir uma função que não lhe cabe, partindo, ao contrário, do pressuposto de que é seu dever atuar como guardião das normas constitucionais (ALVES; BORCAT, 2015, p. 27).

Dessa forma, nota-se que a função jurisdicional não cria novas políticas públicas, mas busca tornar concretos os direitos fundamentais já existentes, dando ao seu titular o poder de demandar por sua proteção e por recursos que garantam o seu pleno exercício.

Não se trata, evidentemente, de um ativismo puramente voluntário. Ao desempenhar esse papel, o Poder Judiciário não faz nada mais do que cumprir a sua missão constitucional de, obedecendo a vontade soberana do povo, reconhecer a obrigação do Estado de dar cumprimento à dimensão objetiva dos direitos fundamentais e promover as ações materiais e normativas necessárias para a tutela desses direitos.

É possível afirmar, portanto, que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe ao Estado, dentre outras tarefas, o dever de proteção que pode se constituir na obrigação de realizar as prestações materiais fáticas necessárias para a tutela desses direitos ou na obrigação de criar as leis, órgãos e procedimentos necessários para tal.

Sobre o tema, Jorge Miranda (2016, p. 281) explana que além de estabelecer os direitos fundamentais, cabe ao Estado organizar seus órgãos e sistemas internos de modo a assegurar a sua efetivação, e que a ele cabe não apenas atuar em conformidade com as normas jurídicas, mas também criar as condições necessárias para a concretização dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, sempre que o Estado deixar de cumprir o seu papel e desrespeitar os efeitos oriundos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário, por força da eficácia irradiante dos direitos fundamentais e de sua função de guardião dos valores constitucionais, deve intervir e restabelecer o necessário para a tutela do direito fundamental violado, dentro, obviamente, de certos limites e presentes certas condições.

É cabível a anotação de Jorge Miranda (2016, p. 311) de que "porque as pessoas vivem em conjunto na mesma comunidade e também porque os direitos pertencem ao mesmo sistema, os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos das outras pessoas".

Embora esses limites e condições não sejam objetos deste trabalho, é importante lembrar que os direitos fundamentais carregam uma estrutura normativa baseada não apenas em regras, mas também, em princípios orientadores do direito.

As regras são mandamentos concretos que estabelecem um direito ou regulamentam um comportamento, enquanto os princípios são normas mais abrangentes e vinculantes, aptas a orientar a criação, a aplicação e a interpretação das normas infraconstitucionais (GUIMARÃES, 2015, p. 59-61).

Lembra a constitucionalista Bárbara Lobo (2013, p. 28), ao analisar a teoria normativa elaborada por Ronald Dworkin, que os princípios constitucionais não operam da mesma forma, porque não estão no mesmo plano. Segundo a teoria principiológica analisada pela autora, os princípios não produzem o efeito de gerar consequências a serem seguidas de forma automática, pois são espécies de normas que podem ser aplicáveis em um caso, mas não o serem em outro, ainda que nas mesmas condições de lugar e tempo, sem, contudo, que percam a sua validade. As regras, por sua vez, por serem aplicáveis no estilo "tudo-ou-nada", acabam por criar obrigações e prever as exceções para a sua própria aplicação.

A referida autora observa, ainda, que Ronald Dworkin apresenta uma outra diferença entre princípios e regras na situação em que as normas entram em conflito: uma antinomia de regras resolve-se pelos critérios de especialidade, cronologia e generalidade, sendo uma delas declarada inválida e excluída do ordenamento jurídico. O mesmo não ocorre com os princípios, dada a sua dimensão de peso, devendo ser analisado o caso concreto (LOBO, 2013, p. 28).

Ao se deparar com o conflito aparente de normas de direito fundamental, o intérprete se utiliza, dentre outros critérios hermenêuticos, do princípio da concordância prática e da harmonização, combinando os bens jurídicos em conflito, evitando sacrifício total de um perante o outro (MORAES, 2007, p. 27).

Por fim, não se pode olvidar que nem tudo que se pratica no exercício da autonomia da vontade encontra amparo no âmbito de proteção dos direitos fundamentais (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 331), sendo importante salientar, ainda, que o princípio da universalidade, característico dos direitos fundamentais, não é incompatível com o fato de que nem todos os sujeitos serão titulares de todos os direitos num determinado sistema jurídico (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 416-417).

São esses, enfim, os contornos principais das dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, os quais assumem papel de grande relevância na compreensão dos direitos sucessórios do nascituro concebido no quadro de uma procriação medicamente assistida *post mortem*.

2.4 Direitos reprodutivos e direitos fundamentais: uma breve análise

Desde que existe, o ser humano se reproduz, sendo que, nos seus primórdios, a procriação era considerada um fenômeno natural, à semelhança do que acontecia com os animais.

Com o avanço da ciência, da medicina e da comunicação, passou-se a se entender que as questões relacionadas ao processo reprodutivo interessava, também, como fenômeno social relevante repleto de indagações e possibilidades, a outros ramos do saber, como a ciência jurídica e à sociologia, dentre outros.

Transportada para a ciência jurídica, essa problemática passou a ser discutida sob as vestes de direitos reprodutivos. Por essa razão, por se tratar de assunto relevante para o

presente trabalho, no presente capítulo abordaremos os direitos reprodutivos e os direitos fundamentais.

Obviamente não se pretende esgotar o assunto, mas apenas apresentar em algumas linhas a discussão se os direitos reprodutivos são, efetivamente, direitos fundamentais e, em caso afirmativo, qual a sua natureza e a sua fundamentação normativa.

Apesar de serem inúmeras as possibilidades de abordagem a respeito do tema, opta-se por analisar os direitos reprodutivos e seu enquadramento ou não como direitos fundamentais, porque o que se pretende é analisar se e em que medida o ordenamento jurídico deve tutelar a vontade das pessoas de terem filhos gerados por PMA e, mais adiante, quais as consequências e a posição desses filhos no direito sucessório quando a técnica tenha sido aplicada depois da morte do seu genitor.

Embora alguns autores defendam a existência de traços distintivos entre reprodução e procriação, por exemplo, Mariano Bianca (2000, p. 22-225), para quem na reprodução ocorre uma cópia do material genético dos genitores e na procriação há uma genuína e autêntica criação de um ser, neste trabalho adotam-se esses dois termos como sinônimos, sem qualquer distinção.

A reprodução, a maternidade e a paternidade, desde o início dos tempos, eram construídas exclusivamente por laços biológicos, fruto da relação sexual entre o homem e a mulher. A ligação entre sexo e procriação era tão forte que não se admitia procriação sem sexo nem sexo sem procriação, e essa vinculação era tida como algo natural e divino (JUNGES, 1999, p. 147-148).

Como salienta José de Oliveira Ascensão (2010, p. 70), desde os tempos mais remotos a fecundidade significava benção e riqueza e a infertilidade maldição e castigo. Nessa época, a impossibilidade de gerar filhos para o casal era considerado um fato atribuível unicamente à mulher.

Na mesma linha, Raise Mandja Ranzoni (2017, p. 17) afirma que desde os tempos primitivos, a responsabilidade pela infertilidade era atribuída exclusivamente à mulher, situação que teria perdurado até o início do século XVII.

Durante esse período, a mulher podia, por causa disso, ser humilhada publicamente e até mesmo repudiada pelo seu marido, o qual tinha, inclusive, o direito de pedir a anulação do casamento sob o fundamento da infertilidade.

Somente depois das descobertas e da sistematização das pesquisas laboratoriais ocorridas no século XVII é que ficou demonstrado que a esterilidade não era uma

característica apenas da mulher, passando-se a admitir que o impedimento para a procriação também podia ter por causa fatores ligados ao sexo masculino.

A relação entre o divino e o maldito no que tange à fertilidade só começou a ser melhor compreendida quando as questões sexuais passaram a ser estudadas, o que ocorreu com o advento do movimento feminista. A partir daí, passou-se a entender que a reprodução era o resultado de uma relação sexual bem sucedida e que nem de toda relação sexual nasceria um filho.

A evolução da ciência, por outro lado, permitiu conhecer e desmistificar o processo reprodutivo, reconhecendo que a prática sexual também tinha como finalidade a geração do prazer e não apenas a criação de prole.

Com o rompimento da relação de dependência que se tinha por certa entre procriação e relação sexual, passou-se a compreender que a decisão de ter filhos ou não era uma decisão racional, uma vez que a gravidez não desejada podia ser evitada com o uso de anticoncepcionais e outros métodos contraceptivos.

Além disso, o desenvolvimento da medicina permitiu a descoberta de novas técnicas de auxílio à procriação, dando esperanças às pessoas que em razão de esterilidade, infertilidade ou em virtude da sua orientação sexual não conseguiam gerar filhos pelo método natural.

Conforme exposto anteriormente, os direitos fundamentais evoluíram ao longo do tempo, representando as lutas, os anseios e os valores da sociedade e a sua relação com o Estado. Nos tempos atuais, vivemos uma autêntica era dos direitos fundamentais, na qual parece que assumimos os nossos desejos mais íntimos e secretos como verdadeiros direitos dotados do caráter de fundamentalidade, embora não seja necessariamente assim (RAPOSO, 2014, p. 63).

Embora os direitos fundamentais sejam um catálogo aberto e não previstos em *numerus clausus*, dado o seu caráter histórico e evolutivo, eles sempre visam ao atendimento de uma necessidade humana.

Esses direitos podem ou não estar escritos formalmente num texto constitucional, uma vez que podem ser implícitos e até situarem-se fora do catálogo constitucional, valendo lembrar que a própria Constituição da República Portuguesa reconhece, em seu Art. 16, 1, a existência de direitos fundamentais para além daqueles nela constantes expressamente.

Em decorrência do aspecto histórico e evolutivo dos direitos fundamentais, é possível separá-los em diferentes gerações ou dimensões desses direitos, que não se excluem

e nem se substituem, mas se somam e se intercomunicam, permitindo a preservação contínua das conquistas sociais.

Com a única finalidade de contextualizar em qual delas se situam os temas relacionados aos direitos reprodutivos e às técnicas de procriação medicamente assistida, faremos brevíssimos apontamentos sobre as dimensões dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão decorrem da concepção liberal e formal de Estado, como já assinalamos anteriormente, possuindo pretensão de abstração e universalidade e tendo o individualismo como traço marcante, porque definidor de um espaço de autodeterminação exigível diretamente (NOVAIS, 2010, p. 148).

Enquadrados como direitos de liberdade, além da abstração, universalidade e individualidade, caracterizam-se também por serem intransmissíveis, permanentes, não passíveis de expropriação e possuírem caráter não patrimoniais, representando um direito subjetivo do indivíduo e uma obrigação imposta ao Estado exigível imediatamente e de aplicação direta.

Em razão disso, Gomes Canotilho (2018, p. 399) identifica três critérios claros para a identificação dos direitos de primeira dimensão: o da subjetividade, o da natureza negativa ou defensiva e o da determinação constitucional de seu conteúdo. Dentre os clássicos direitos dessa dimensão, podemos mencionar o direito ao devido processo legal, o direito à livre manifestação e o direito ao voto.

Aos direitos de liberdade da primeira dimensão dos direitos fundamentais, somam-se os direitos de igualdade, que representam os direitos fundamentais de segunda dimensão. Essa nova camada de direitos fundamentais tem natureza coletiva, de caráter socioeconômico, porém com titular que pode ser identificado individualmente, como a criança, a pessoa com deficiência, o trabalhador, para cuja implementação se exige a prestação do Estado, de quem se espera a tutela existencial de modo igual para todos (PINTO; CAMPOS, 2003, p. 506).

Jorge Miranda (2016, p. 105) destaca que os direitos de segunda dimensão não correspondem apenas à prestação de natureza material do Estado, mas também normativa. Esses direitos demandam investimentos econômicos e alocação de recursos públicos, razão pela qual estão sujeitos à “reserva do possível”, a demonstrar que a sua satisfação está condicionada à existência de disponibilidades financeiras (PINTO; CAMPOS, 2003, p. 507).

Há de se mencionar, ainda, que diferentemente dos direitos fundamentais de primeira dimensão, que são concretizados de forma imediata pelo texto constitucional, ainda que em níveis diferentes de densidade (ANDRADE, 2007, p. 187), os direitos sociais de

segunda dimensão tem sua aplicabilidade geralmente condicionada à legislação ordinária e dependem da disponibilidade de recursos que podem variar a cada momento e que são sempre escassos (ALEXANDRINO, 2006, p. 240).

Quanto aos direitos de terceira dimensão, Luño (2006, p. 206/210) menciona que podem ser considerados como tais o direito à paz, à qualidade de vida e à liberdade de informática e de acesso às novas tecnologias, aos quais podem ser acrescentados o direito ao desenvolvimento, o direito ao genoma humano como patrimônio da humanidade, o direito à proteção ao meio ambiente e o direito à sobrevivência da espécie, entre outros.

Os direitos de terceira dimensão se fundam em diferentes valores, tais como na solidariedade, na segurança das gerações futuras e na diversidade, e são marcados pelo que José Carlos Vieira de Andrade (2007, p. 65) nomeou de “direitos circulares” ligados à proteção de bens imateriais e dotados de grande horizontalidade, apesar de também poderem ser usufruídos individualmente. São direitos que apresentam grau de eficácia fortemente dependente de intervenções legislativas posteriores para sua efetiva concretização.

Os direitos fundamentais de quarta dimensão, por sua vez, na linha desenvolvida por Vera Lúcia Raposo (2014, p. 102), são aqueles, que “em termos cronológicos apareceram ontem, fruto de desenvolvimentos tecnológicos, particularmente relacionados com a medicina e com a genética”.

Esses recentes direitos entrelaçam indissolúvelmente o direito e a bioética, dando origem ao que se conhece como biodireitos fundamentais, dos quais podem ser destacados o direito à não manipulação do patrimônio genético (UNESCO, 2001), o direito à privacidade genética, o direito à morte digna e o direito ao conhecimento da origem genética (RAPOSO, 2014, p. 102).

Apesar de se aproximarem bastante dos direitos de liberdade e de mesclarem elementos das dimensões anteriores, os direitos fundamentais de quarta dimensão possuem como características o caráter multidimensional, a titularidade difusa com pretensão individual, a tutela de valores universais e vinculação a deveres correlatos.

Conforme exposto, para esta dissertação entende-se que os direitos reprodutivos são direitos fundamentais de quarta dimensão, uma vez que se encontram fortemente incrustados na interseção entre o direito e a bioética, geralmente associados a uma pretensão individual e, além disso, apresentam forte vinculação aos deveres de proteção do embrião, do feto e da criança.

Os direitos reprodutivos, no dizer de Miriam Ventura (2009, p. 19) e em conformidade com a Organização Mundial de Saúde, são construídos por regras e princípios

de direitos humanos que asseguram exercício livre e responsável dos direitos à reprodução e sexualidade, incluindo o direito subjetivo de cada indivíduo decidir sobre a quantidade de filhos que quer ter, o intervalo entre o nascimento de um filho e outro, se o projeto parental incluir mais de um filho e o acesso aos meios necessários para o exercício de sua autonomia reprodutiva, sem qualquer discriminação, violência ou restrição.

No dizer da referida autora, a atual compreensão dos direitos reprodutivos vão além da simples tutela da procriação humana como manifestação da preservação da espécie e compreende um conjunto de direitos individuais e sociais que estabelecem a igualdade nas relações pessoais e coletivas. Em 1942, ao decidir o caso *Skinner x Oklahoma*, a Suprema Corte norte-americana reconheceu que o direito à procriação era um dos direitos civis mais importantes para a espécie humana, independentemente da forma adotada, se pela reprodução natural ou artificial.

Vera Lúcia Raposo (2014, p. 119) sustenta que a reprodução humana expressa um dos mais importantes desejos da humanidade, que é a perpetuação da espécie, transmitindo os seus conhecimentos e o seu próprio sangue às próximas gerações, como forma de combater a mortalidade.

A autora pondera que o reconhecimento da reprodução como direito é de vital importância, especialmente para certos grupos de indivíduos que, em razão de sua posição social, desconhecem as técnicas alternativas disponíveis para que essa finalidade seja alcançada, sendo pertinente a intervenção do Estado no exercício das funções legislativas e administrativas como decorrência da dimensão objetiva desse direito fundamental. Afirmar que a reprodução é um direito não implicará, necessariamente, na obrigação de que se procrie, porém permitirá que os indivíduos que assim desejarem e que não têm condições biológicas alcancem o seu objetivo (RAPOSO, 2014, p. 114).

Ressalta a autora, ainda, que o direito fundamental à reprodução pode ser exercido tanto pelo ato sexual quanto pelo uso das técnicas de procriação medicamente assistidas. A reprodução sexual garante o direito das pessoas manterem ou não relação com quem quiserem, quando quiserem e do jeito que quiserem para gerar ou não descendência. Por outro lado, nenhuma pessoa pode ser obrigada a fazer a esterilização ou a adotar qualquer outro método contraceptivo. No que diz respeito à reprodução com o recurso ao apoio médico, o indivíduo tem o direito de escolher livremente as técnicas reprodutivas que lhe for mais convenientes e adequadas (RAPOSO, 2014, p. 157).

Sabendo disso, vários questionamentos se apresentam sobre o direito fundamental à reprodução: esse direito se esgota no fato de não ser impedido de ter um filho

de forma natural, isto é, pela via da relação sexual? Será que esse direito permite algo além da procriação pelo ato sexual, especialmente mediante o uso dos recursos científicos, quando os recursos naturais falham ou não são suficientes? A própria autora menciona que o direito à reprodução compreende a decisão de procriar ou não, quando procriar, quantos filhos se quer ter, e a escolha dos meios que serão utilizados, quando não for possível a procriação pelos meios naturais (RAPOSO, 2014, p. 160).

Pode-se afirmar que o direito fundamental implícito à reprodução compreende tanto a reprodução pelo ato sexual quanto pelo uso das técnicas reprodutivas, sendo que ambas as formas se equiparam em seus efeitos jurídicos, de modo que tudo que se reconhece em favor de um, aplica-se também ao outro modo de geração de filhos. A reprodução humana tem, portanto, caráter de direito fundamental, não apenas para o coletivo, mas também para cada indivíduo (RANZONI, 2017, p. 30).

Referindo-se ao sistema português, Vera Lúcia Raposo (2014, p. 373) afirma que a Constituição da República Portuguesa consagra o direito à reprodução, o qual deriva indiretamente do princípio da dignidade humana, e, de forma mais direta e objetiva, do direito ao desenvolvimento da personalidade e do direito a constituir família.

A mencionada autora menciona que a dignidade da pessoa humana jamais pode ser utilizada para restringir escolhas reprodutivas, devendo, ao contrário, reforçar o reconhecimento dos direitos reprodutivos: “a única compreensão possível da dignidade é a que a identifica com a autonomia, a qual se deverá estender a todos os campos da vida, inclusive a reprodução humana, onde intromissões do Estado que visem proteger o indivíduo de suas escolhas se devem ter por inadmissíveis.” (RAPOSO, 2014, p. 373).

A autora sustenta, ainda, que “no que respeita ao direito de constituir família, embora o direito à reprodução não se encontre textualmente explicitado no art. 36.º, 1, da CRP, deve considerar-se implícito no respectivo âmbito normativo. Há ainda a considerar do direito ao desenvolvimento da personalidade, onde o direito à reprodução está igualmente implícito (RAPOSO, 2014, p. 373).

Na mesma direção, Daniella Aloise Borges (2014, p. 13) aponta que o direito fundamental à reprodução se assenta sobre o art. 36.º, 1, da Constituição da República Portuguesa. Segundo a autora, o direito constitucional de constituir família previsto na norma alberga também o direito fundamental de construir relações familiares e de gerar filiação, independentemente da técnica ou mecanismo que vier a ser adotado.

Jorge Miranda e Rui Medeiros (2005, p. 399), apontam que o artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa não se limita ao reconhecimento do direito a constituir

família, sendo esse direito fundamental suficientemente amplo para abarcar o direito ao reconhecimento da parentalidade.

Vale lembrar, ainda, que o direito à reprodução também está previsto em diversos instrumentos internacionais de direitos humanos, inclusive na Europa continental, o que justificaria, também, a sua recepção por força do art. 16.º, 1, da Constituição da República Portuguesa.

Ao se falar em direitos reprodutivos como direitos fundamentais, o direito à procriação não necessariamente assegurará a todas as pessoas o acesso às técnicas reprodutivas que estiverem ao seu alcance. O direito ao acesso às técnicas reprodutivas não pode ser ilimitadamente exercido, como não o pode nenhum direito fundamental, dado que inexistem direitos fundamentais que tenham caráter absoluto.

Ana María Vega Gutiérrez (1995, p. 694-695), destaca que *“sin embargo, misión del derecho es individuar normas justas para regular las intervenciones sobre la procreación humana. Resta decir que tales normas deben, en cualquier caso, respetar los derechos fundamentales de la persona y contribuir al bien común de la sociedad.”*

Apesar de alguns países, por exemplo, o Brasil, terem estabelecido políticas de promoção à procriação medicamente assistida de caráter universal a serem executadas pelo sistema público de saúde (Sistema Único de Saúde – SUS), daí não decorre que o Estado deve promover esse direito, mas assegurará as condições materiais para o acesso.

Isso ocorre porque a gestão orçamentária sempre se coloca como realizador do bem comum e este, ao tutelar ou privilegiar a concretização de outros direitos fundamentais, serve de limite para o direito à procriação medicamente assistida.

Assim, sempre que o Estado oferecer condições para o livre exercício do direito fundamental à procriação pela via sexual e esta não for suficiente, deverá garantir a prestação positiva de natureza normativa para que tal direito seja exercido por intermédio da procriação medicamente assistida.

Isso, no entanto, não quer dizer que do Estado se pode exigir prestação fática material consistente no fornecimento gratuito das técnicas de procriação medicamente assistida, sempre que essa decisão implicar na violação de outros direitos fundamentais ou o bem comum, os quais podem ser bem traduzidos na obrigação de respeito à reserva do possível.

3. BREVES NOTAS SOBRE OS PROCEDIMENTOS DE PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA

A evolução das ciências e o desenvolvimento tecnológico, especialmente na área médica, trouxeram a inúmeras famílias a esperança da realização de seus projetos de felicidade, apresentando importantes alternativas e possibilidades para os casos em que um dos cônjuges ou companheiros é diagnosticado com esterilidade ou infertilidade.

A revolução no tratamento da infertilidade, permitindo que muitas pessoas pudessem realizar o sonho de serem mães ou pais pelo uso das modernas técnicas de procriação medicamente assistida, impôs um novo marco na compreensão de diversos institutos da ciência jurídica.

A própria discussão a respeito da existência de um direito fundamental à reprodução pode ser lembrada como um efeito dessa evolução. Além disso, conceitos já consolidados, como a parentalidade, a filiação e até mesmo alguns institutos do direito sucessório foram impactados pelo surgimento dessas novas tecnologias.

Ao se admitir a formação de um ser humano a partir de procedimentos médicos e de forma diferente dos métodos naturais, por exemplo, a fertilização *in vitro* com gametas do próprio casal ou de um doador, não se pode negar que essa realidade estabelece significativas mudanças nas estruturas do Direito, sendo necessário o estabelecimento de novo paradigma para a compreensão e enfrentamento das questões originadas desse novo estado de coisas.

Nesse novo momento, cada vez mais se dá maior importância ao elo emocional entre pais e filhos, e o Direito, por sua vez, encampando esses valores e fortalecendo uma visão pluralista e inclusiva, passa a conferir maior ênfase nas relações de afeto.

O próprio ato de consentimento pessoal exigido para o uso das técnicas de procriação medicamente assistida já contém em si mesmo uma clara e inequívoca manifestação de afeto, capaz de criar uma maternidade ou paternidade voluntária para toda a vida e até para depois dela, uma vez que os reflexos dessa decisão são irrevogáveis e produzirão efeitos também nos direitos sucessórios.

A compreensão da maternidade, da paternidade, da filiação e do poder filial são conceitos que ao longo da história sentiram os efeitos das transformações culturais e sociais. O que antes se fundava basicamente na ligação entre filhos e pais pelos laços do casamento, pelo sangue ou pela genética, atualmente se constrói a partir do afeto e da responsabilidade assumida voluntariamente.

Em outras palavras, a evolução da sociedade e o desenvolvimento tecnológico determinaram uma releitura de conceitos que historicamente estavam consolidados no âmbito do Direito, reclamando uma nova compreensão sobre as relações familiares¹ e sobre outras categorias jurídicas.

No direito de família romano, por exemplo, tinha-se como pressuposto que *semper este certa mater* (a maternidade é sempre certa), enquanto a paternidade era presumida em favor de quem era o marido da mãe, pois *pater este quem nuptiae demonstrant*² (BARROS, 2005, p. 57).

Assim, os filhos que não eram havidos do casamento eram considerados “ilegítimos” e daí resultavam várias consequências, dentre elas o fato de não poder levar o nome do pai em seus registros pessoais e o de não poder participar de sua sucessão, se ele fosse casado.

Nesse período histórico, a instituição do casamento tinha grande importância na definição da paternidade. O vínculo biológico entre pai e filho tinha pouca ou nenhuma relevância no estabelecimento da filiação, bastando lembrar que os filhos “ilegítimos”, “adulterinos” ou “incestuosos”, ainda que fossem filhos biológicos de um homem, não tinham a paternidade jurídica formalmente estabelecida, porque o seu reconhecimento exigia a existência de um casamento válido.

Essa falta de correspondência entre a filiação biológica e a filiação jurídica estava em plena conformidade com os valores e as normas vigentes à época, que, sob o influxo do estado liberal, aceitavam amplamente a paternidade ficta, independentemente da verdade biológica (MORAES, 2011, p. 22-23).

Com o avanço das ciências e principalmente com a descoberta do DNA ocorrida em 1953, passou a ser possível identificar, com alto grau de precisão e certeza, a ligação biológica entre pais e filhos, tornando superada a realidade então dominante que sustentava a filiação nas presunções oriundas do casamento.

A partir da segurança do resultado dos exames de DNA, o critério meramente jurídico, baseado na presunção quase absoluta da paternidade pela existência do vínculo matrimonial perde a sua importância e o critério biológico, de caráter mais técnico e científico, passa a ser o modo determinante para a definição da paternidade e da maternidade.

¹ Maricruz Gomes de la Torres Vargas (1993, p. 104) observa que “*por siempre había un elemento común: la necesidad de la existencia de relaciones sexuales para la procreación*”.

² No Código de Napoleão Bonaparte, o filho que fosse concebido durante o matrimônio tinha como pai o marido da mãe, pois se entendia que “*L’enfant conçu ou né pendant le mariage a pourpre elemari*”. A presunção, portanto, era de que pai é aquele que o prova pelo contrato nupcial.

A busca da filiação, então, passou a ser orientada pela busca da verdade real lastreada em critérios científicos, em detrimento da ficção jurídica que se assentava basicamente na existência do casamento, o que permitiu, dentre outros efeitos, que se pusesse fim à diferença injustificável entre filhos “legítimos” e “ilegítimos”.

Atualmente, praticamente todos os países do mundo ocidental reconhecem a segurança e o avanço dessa nova realidade científica e a igualdade entre os filhos encontra-se pacificada, sendo que alguns Estados até mesmo incluíram esse direito de igualdade formalmente em seu texto constitucional.

Nenhuma espécie de discriminação entre filhos nascidos dentro ou fora da relação de casamento passou a ser admitida, revelando que as questões relativas à filiação e ao poder paternal ganharam autonomia e independência em relação ao casamento.

O desenvolvimento das técnicas de reprodução medicamente assistida permitiu grande evolução, mas também trouxeram consigo muitas preocupações, polêmicas e discussões relacionadas à “experimentação humana, transplantes de órgãos, fecundação artificial e manipulação embrionária, clonagem, alteração do patrimônio genético, gravidez por substituição etc.” (VENTORINI, 2014, p. 13).

De qualquer forma, é importante reconhecer que o atual estágio de desenvolvimento está exigindo, mais uma vez, que o Direito e as demais áreas do conhecimento humano atualizem os seus conceitos e revisem os seus pressupostos relativos ao conceito de família, parentalidade, filiação e direitos sucessórios, de modo a concretizar os direitos fundamentais dos indivíduos e a dignidade da pessoa humana na maior medida possível.

3.1 Anotações sobre a ciência genética

A personalidade, materializada pelas características físicas e psíquicas do ser humano, são construídas sobre o suporte do genoma (BARBAS, 2016, p. 12). No dizer da referida autora, o genoma humano pode ser conceituado como sendo as várias combinações de DNA organizadas no espaço e no tempo que possibilitam a diversidade e a evolução genética da espécie humana, constituindo-se no conjunto de genes nucleares responsáveis pela transmissão das características hereditárias contidas nos cromossomos de um indivíduo, possuindo caráter tão íntimo e personalíssimo que está nos recônditos dos cromossomos e das células.

Para a citada autora portuguesa, o genoma é o grande Livro da Vida, uma vez que nele está contido tudo o que se refere à história da espécie humana e de seus antepassados históricos, representando um acervo construído ao longo de muitas gerações. Embora possam ser lembradas algumas diferenças conceituais entre genoma humano e patrimônio genético é importante ressaltar que ambos despertam enorme interesse da ciência genética³, pelas implicações que geram (BARBAS, 2016, p. 13-14).

Podemos entender a genética como o ramo da ciência que trata das questões relacionadas à variação hereditária do ser humano. Serve, pois, de base e, ao mesmo tempo, fornece os princípios necessários à compreensão do fenômeno hereditário. Em outras palavras, é a parte da ciência que busca compreender as características e as propriedades do material genético, o DNA (ALARCON, 2004, p. 101).

Por sua vez, a bioética “tem como fim proteger a vida humana, garantindo a autonomia e a liberdade da pessoa frente a qualquer experimentação biológica e biotecnológica” (BARBAS, 2016, p. 13).

A descoberta do genoma, por sua vez, alterou significativamente a compreensão e o comportamento do ser humano, destacando Stela Barbas (2006, p. 203) que, em razão disso, “passa a ser possível conhecer o amanhã: a sina, o destino que se lia na palma da mão com todo o seu cortejo de inverosimilhanças passa a verdade científica quando se investiga a profundidade do genoma”.

Para a referida autora, com o domínio do genoma humano, seria possível a realização de situações até então inimagináveis, por exemplo, o controle ou a cura de doenças hereditárias até então tidas como desconhecidas ou incuráveis e a identificação do tempo de vida restante dos clientes de uma companhia de seguro.

Por essa razão, qualquer que seja a motivação e a técnica da manipulação do genoma humano, ela deve ser realizada de forma moderada e com finalidades específicas, seguindo estritamente as normas de caráter geral e especial, a fim de se evitar que a ciência seja utilizada para fins desastrosos ou de segmentação de pessoas em razão de determinadas características biológicas, desencadeando novas formas de eugenismo e de racismo, como a história nos relata já ter ocorrido (BARBAS, 2006, p. 205).

Em outras palavras, se, por um lado, a possibilidade de manipulação genética pode permitir a realização de diagnósticos precoces, a ponto de revelar a existência ou a possibilidade de um indivíduo desencadear esta ou aquela doença e em qual momento de sua

³ Sobre a importância da genética para o conhecimento humano, Stela Barbas (2006, p. 37) observa que “a genética é a ciência do século XXI, tal como a física o foi do século XX e a química do século XIX”.

vida, por outro, pode criar um ambiente propício à segmentação e marginalização de pessoas que possuam certas e determinadas características.

A problemática da ontogênese, ligada ao desenvolvimento do indivíduo, encontra-se sob os domínios da genética. Originariamente, foram os gregos quem trouxeram as primeiras contribuições nessa área da ciência. Os primeiros registros podem ser vistos no século V Antes de Cristo, nos livros do médico grego Hipócrates, considerado o Pai da Medicina, que iniciou os estudos e investigações a respeito da embriologia. Posteriormente, tem-se o registro de uma obra de Galeno tratando do embrião e seu crescimento, sendo que os seus estudos compreendiam também uma análise do que hoje conhecemos e denominamos como feto (BARBAS, 2006, p. 27).

Aristóteles esboçou uma teoria sobre a formação dos seres vivos, chamada epigênese. Para esse filósofo, o desenvolvimento da vida estava ligado a um processo gradativo orientado por impulsos originados do coração, ao qual era agregado outro princípio que conferiria ao ser vivo uma forma final. Tempos depois, Malpighi apresentou uma conclusão diferente da aristotélica, dando a conhecer a sua teoria pré-formista, segundo a qual os órgãos dos seres vivos eram formados previamente no óvulo, sob a forma de estaminas ou filamentos, e cada um deles estava ligado à existência e ao desenvolvimento de certo e determinado órgão. Posteriormente, Gaspar F. Wolff, em 1759, defende que a geração dos organismos animais tem como causa uma ação própria da natureza, sendo a sua tese sustentada em observações microscópicas desenvolvidas em laboratórios (ALARCON, 2004, p. 102).

A dicotomia entre os adeptos das teorias da epigênese e pré-formistas é intermediada, posteriormente, por Immanuel Kant, que reconhecia a existência de um elemento teleológico na formação dos seres vivos. Na visão kantiana, apresentada por Pietro de Jesus Lora Alarcón, existiam apenas duas correntes para se explicar o surgimento da vida: a) o ocasionalismo, que afirmava que Deus sempre atuava de forma direta, concreta e objetiva na formação de todo e qualquer ser vivo, que era feito à sua imagem e semelhança; e o b) prestabilismo, cuja ideia principal se assentava na premissa básica de que um ser orgânico vivo, pelas suas próprias características e funções, é capaz de produzir um outro igual a ele (2004, p. 102).

O monge austríaco Johann Gregor Mendel, influenciado por suas origens, adquire uma grande curiosidade sobre as questões ligadas à evolução. As inquietações a respeito da formação da espécie e de sua diversidade levaram Mendel a cruzar e enxertar diversas espécies de verduras e vegetais, tal como fizera seu pai em sua juventude, buscando

descobrir a natureza dos híbridos que ele criava com essa prática (COHEN; LEPOUTRE, 1988, p. 48-49), vindo a criar, pela primeira vez, os pressupostos da hereditariedade.

A partir do estudo do resultado do cruzamento de ervilhas puras, Mendel elabora alguns pressupostos, que podem ser considerados os precedentes da genética, que ficaram conhecidas como as leis de Mendel.

Os pressupostos estabelecidos por Mendel podem ser resumidos da seguinte forma: a) lei da herança particulada, segundo a qual há ausência de mistura dos caracteres dos genitores, que podem aparecer na primeira prole ou subseqüentemente nas outras gerações; b) lei da segregação, a dizer que dois distintos componentes de um par de genes não podem ser encontrados no mesmo gameta, porque eles são inevitavelmente separados e integram estruturas (gametas) diferentes; c) lei da distribuição independente, isto é, os integrantes de pares de genes invariavelmente dividem-se e direcionam-se para gametas independentes, havendo, em regra, uma recombinação dos cromossomos do pai e da mãe nos gametas, formados de modo totalmente aleatório (ALARCON, 2004, p. 104).

As leis de Mendel dão, portanto, origem a novos paradigmas na construção e na evolução das ciências ligadas à origem da vida.

A partir de 1869, Frederick Miesch começava, de forma incipiente, a estudar e apresentar a existência do DNA. Por outro lado, lembra Pietro de Jesus Lora Alarcón que em 1944, depois de segregar e transportar o DNA de um organismo para uma bactéria, Avery confirma e solidifica a conclusão de que as características hereditárias podem ser transportadas, chegando então a uma descoberta essencial: os genes, que se encontram no DNA, são, indubitavelmente, os fatores que determinam a hereditariedade dos seres vivos (2004, p. 107).

A partir da constatação de que os genes constantes no DNA são determinantes para a definição das características hereditárias de um indivíduo, seguem-se outras descobertas relevantes.

Destaca Pietro de Jesus Lora Alarcón que em 1953 a estrutura molecular do DNA foi descoberta e em seguida, o código genético foi elucidado pela comunidade científica. Alguns anos depois, em 1956, o genoma humano passa a ser estudado e acompanhado. Posteriormente, o seqüenciamento do DNA humano é realizado, permitindo-se identificar a forma pela qual a anormalidade dos cromossomos pode gerar problemas reprodutivos, físicos e mentais dos indivíduos. Com isso, descobre-se que o ser humano possui 46 cromossomos e, ainda, que a síndrome de Down tem como causa a existência de uma cópia adicional do 21.º cromossomo (2004, p. 107).

Na década de 70, o mapeamento de genes humanos se consolida como fato científico e duas décadas depois já se tinha uma nova genética, em franco e crescente progresso e evolução, fornecendo soluções e influenciando no campo de atuação de outras ciências, inclusive na jurídica.

Conforme destaca Stela Barbas, em maio de 1988 P. Schimmel e Ya-Ming-Hou anunciam o descobrimento do “segundo código genético”, que evidencia um momento particular na sintetização das proteínas nas células. Essa descoberta permitiu que fossem decifrados os tipos de transmissão das características hereditárias, mediante instruções capazes de definir qual o aminoácido deve ser conduzido ao local de síntese. Antes mesmo dessa descoberta, em 1971, Paul Berg, combinando o DNA de dois organismos, criou uma molécula artificial recombinada, mediante a técnica da segregação, *in vitro* do DNA de um vírus cancerígeno encontrado freqüentemente em macacos e outro de uma bactéria que vive no aparelho digestivo humano.

A partir de 1972 descobriu-se que era possível manipular *in vitro* o DNA de um ser humano e que esse mesmo DNA poderia, posteriormente, alterar uma porção do genoma, mediante a sua introdução nas células do organismo. Posteriormente, no ano de 1984 ocorrem dois acontecimentos relevantes: foi criado o primeiro exame de identificação genética em um ser humano e se desenvolve o método de identificação do DNA, o chamado “código de barras” que marca cada indivíduo. Nos anos seguintes, frutos dessa descoberta, são produzidos animais transgênicos e se descobre também que a partir do sequenciamento do DNA humano era possível entender e combater células cancerígenas (BARBAS, 2016, p. 45-60).

A evolução da genética permitiu a descoberta de alguns desequilíbrios na ligação com os genes no cromossomo. Descobriu-se, também, que a disfunção em alguns cromossomos contribuía para o surgimento da esquizofrenia e da psicose maníaco-depressiva e que a dopamina tinha ligação genética com o alcoolismo, a toxicodependência, a síndrome de Tourett, o autismo e a hiperatividade infantil.

Thalita Rosado Ventorini (2014, p. 13) afirma que “sem aprofundar nos impactos negativos decorrentes do uso da ciência na vida humana, o bom uso da tecnologia a favor do homem dependerá de sua sabedoria”, destacando que com o avanço da medicina e da biologia, as questões médicas passam a interessar a toda a sociedade, não sendo mais restrita à relação médico-paciente.

A autora resume a evolução da ciência genética em três fases. A primeira delas compreende o período que vai de 1960 a 1977, marcada pelo surgimento, debate e

consolidação do termo “bioética”. Foi nesse período que surgiram as principais instituições dedicadas estudo da reprodução humana, como o *Kennedy Institute for Human Reproduction and Bioethics*, vinculado à Universidade de Georgetown, nos Estados Unidos da América, e o *Institut Borja de Bioèthica*, sediado em Barcelona, na Espanha, cujo objetivo principal era delimitar os objetivos, os limites e as características da ciência genética e o seu impacto na vida das pessoas.

De acordo com a citada autora, a segunda etapa vai de 1978 a 1997, quando além da consolidação dos avanços até então alcançados e da divulgação dos princípios da bioética no chamado Relatório de Belmont, ocorreu a primeira fecundação *in vitro*, fato que impactou fortemente o mundo científico (VENTORINI, 2014, p. 14 e ss.).

O Relatório de Belmont foi produzido por uma comissão de notáveis em resposta às barbaridades cometidas contra os judeus sob a justificativa de se tratarem de experimentos médicos durante a Segunda Guerra Mundial. Na elaboração do relatório, os especialistas apresentaram os princípios essenciais que deveriam nortear a atuação médica, sendo eles o princípio da autonomia ou respeito à pessoa humana, pelo que o paciente tem o direito de decidir se quer ou não se submeter a determinado procedimento; o princípio da beneficência, no sentido de que os profissionais da área da saúde sempre devem agir em benefício das pessoas; e o princípio da justiça, impondo aos médicos o dever de agir com imparcialidade e equidade, sem discriminação de qualquer espécie.

A esses três, posteriormente foi acrescentado um quarto, o princípio da não-maleficência, que impõe aos médicos e profissionais da saúde o dever de não causar de forma intencional nenhum dano ou sofrimento ao paciente e também os impede de tirar a vida das pessoas voluntariamente, quer na prática médica, quer na realização de experiências científicas.

Outro marco relevante dessa segunda fase foi o nascimento de Louise Brown, ocorrido em 25 de julho de 1978, considerado o primeiro bebê de proveta oriundo do método da fertilização *in vitro*.

Depois disso, vários laboratórios do mundo começaram a realizar fertilizações, tornando o procedimento mais popular. No entanto, ao mesmo tempo em que se disseminava a FIV, também surgiam preocupações éticas e jurídicas sobre o tema, pois se tratava, acima de tudo, do surgimento de uma nova vida por métodos artificiais.

Por fim, a terceira fase da evolução da ciência genética teve início em 1998 e perdura até os dias atuais. Nesse período, as pesquisas científicas realizadas em instituições privadas ganharam força e o genoma humano foi decifrado, dando origem a soluções até

então inimagináveis a diversas doenças. Além disso, a clonagem de animais e as técnicas de procriação medicamente avançam e vários países criam normas para regulamentá-las, dentre outros incontáveis avanços e retrocessos que podem ser lembrados (RANZONI, 2017, p. 19-20).

O estudo do genoma humano perpassou, portanto, a segunda e a terceira fase da evolução da ciência genética, sendo, ainda hoje, um dos temas de maior relevância.

No ano de 1988, o Departamento de Energia e a direção dos Institutos de Saúde dos Estados Unidos da América decidiram criar um subcomitê conjunto, que ficou responsável pela criação de um Plano Nacional do Genoma, em cumprimento da solicitação realizada pelo Congresso Nacional americano.

Nesse mesmo ano, como resultado do primeiro encontro sobre o mapeamento e o seqüenciamento do genoma humano foi criada a *Human Genome Organization* (HUGO), organização de caráter internacional que reunia 42 cientistas de 17 países e que hoje congrega mais de 2.000 membros de mais de 92 países.

A Organização do Genoma Humano exerceu papel fundamental na coordenação da cooperação internacional em torno do projeto genoma humano (BARBAS, 2016, p. 49), organizando os esforços colaborativos dos diversos países no estudo sobre o tema e obtendo vitórias importantes para o desenvolvimento humano, especialmente no que diz respeito às implicações médicas e interação com a indústria farmacêutica e de biotecnologia.

As novas descobertas na área genética permitiram o desenvolvimento de tratamentos para doenças até então tidas como incuráveis. Além disso, permitiram a identificação dos genes ligados a algumas doenças, propiciando resultados muito positivos na prevenção de anomalias ligadas à predisposição genética.

Em 1990, nos Estados Unidos da América, uma equipe médica atendeu uma criança de 04 anos que não produzia anticorpos suficientes por causa de uma deformação no gene da desaminase da adenosina (ADA), o que a deixava em constante perigo de morte em razão de infecções tidas como normais. Com a introdução de genes saudáveis nas células da criança e o uso de técnicas de DNA recombinante, a equipe clínica conseguiu suplementar os seus genes disfuncionais, e a paciente apresentou melhoras depois desse tratamento, inaugurando a terapia gênica, que a partir daí passou a ser utilizada experimentalmente para o tratamento de diversas enfermidades (BARBAS, 2016, p. 50-51).

A base da terapia gênica é o uso das técnicas de DNA recombinante para complementar, suprimir, substituir ou modificar o gene ou a célula deficiente, por intermédio

da inclusão de uma ou mais réplicas do gene terapêutico, nome dado para os genes saudáveis. O uso dessas técnicas são conhecidas, também, como engenharia genética, que na reprodução medicamente assistida pode se dar pela aplicação de material genético com a finalidade de substituir ou anular genes defeituosos ou para alterar a informação genética existente nos gametas dos progenitores (RAPOSO, 2014, p. 966-967).

Rafael Lindem (2010, p. 34) anota que não se pode confundir terapia celular, células-tronco e terapia gênica, esclarecendo que nas terapias celulares se empregam células inteiras no combate da doença, sem o necessário envolvimento de manipulação genética, como ocorrendo o tratamento da leucemia. Por outro lado, as terapias genéticas se fundamentam basicamente na introdução ou modificação de genes, que podem ser realizadas *in vivo*, isto é, sem usar, necessariamente, células inteiras de terceiros doadores ou do próprio portador da enfermidade.

O referido autor menciona que graças à evolução da terapia gênica, tem se realizado experiências bem sucedidas no tratamento da hemofilia, uma doença monogênica tratada com a introdução do gene saudável em células do paciente, com o propósito de que elas passem a produzir a proteína faltante, na quantidade necessária para o restabelecimento da saúde e pelo maior tempo possível, preferencialmente por toda a vida do paciente (LINDEM, 2010, p. 44).

O câncer tem sido outra doença que tem sido objeto de estudo na terapia gênica. De acordo com Rafael Lindem (2010, p. 48), objetivo do tratamento consiste em provocar a morte das células tumorais, que se multiplicam muito rapidamente, evitando os graves efeitos adversos da quimioterapia, com o uso da apelidada “técnica dos genes suicidas”. O mal de Parkinson, uma doença neurodegenerativa caracterizada pela lentidão de movimentos, rigidez nos músculos e tremor de repouso, também é citado pelo autor como objeto de estudo da terapia gênica.

Com a publicação do primeiro trabalho de sequenciamento do genoma humano e divulgado para vários países pelas revistas “*Science*” e “*Nature*”, foi possível conhecer com alguma segurança o mapa do código genético humano, o que contribuiu muito para o aceleração dos estudos e pesquisas nessa área (BARBAS, 2016, p. 56).

O êxito do projeto, com o completo sequenciamento do genoma humano, trouxe novas perspectivas para a saúde da população mundial, o que continua em construção até os dias atuais, (VENTER, 2001, p. 1304-1351 *apud* LINDEM, 2010, p. 49), trazendo incontáveis benefícios e esperanças, especialmente àqueles que padecem de doenças de origem genética com tratamento até então desconhecidos.

Além do tratamento de inúmeras doenças, a evolução das ciências gênicas propiciou também a consolidação e a descoberta de novas técnicas de procriação medicamente, permitindo inclusive a sua realização *post mortem*, demandando novas compreensões sobre alguns institutos como filiação, paternidade e herança.

3.2 Paternidade e filiação: a superação do critério puramente biológico no quadro dos procedimentos de procriação medicamente assistida

A filiação sempre foi entendida como a relação de parentesco que liga um ser humano aos seus progenitores e representa, ainda hoje, relevante expressão dos direitos da personalidade, daí a sua indisponibilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade.

A evolução da sociedade, das ciências e o desenvolvimento tecnológico, no entanto, tem determinado, de tempos em tempos, uma releitura desses conceitos, reclamando uma nova compreensão sobre as relações familiares⁴.

Como já mencionamos, no direito de família romano, a maternidade é sempre certa, enquanto a paternidade era presumida em favor de quem era o marido da mãe (BARROS, 2005, p. 57).

Assim, os filhos havidos fora do casamento, para os romanos e para muitos outros povos, eram considerados filhos “ilegítimos” e, portanto, não podiam ser registrados em nome do pai se ele fosse casado com outra mulher, pelo simples fato de não fazer do núcleo familiar matrimonial.

Nesse período, o vínculo biológico ou a relação sanguínea entre pai e filho não tinha relevância no estabelecimento da filiação. A reforçar essa assertiva, basta lembrar que os filhos “ilegítimos”, “adulterinos” ou “incestuosos”, ainda que fossem filhos biológicos, não tinham a paternidade jurídica estabelecida, uma vez que o reconhecimento desse atributo pressupunha a existência de um casamento válido.

A falta de correspondência entre a filiação biológica e a filiação jurídica estava em conformidade com os valores vigentes àquela época em que os valores do estado liberal propugnavam uma paternidade ficta, independentemente da verdade biológica (MORAES, 2011, p. 22-23).

⁴Maricruz Gomes de la Torres Vargas (1993, p. 104) observa que “*pelo siempre había un elemento común: la necesidad de la existencia de relaciones sexuales para la procreación*”.

Com o avanço da ciência gênica e a descoberta do DNA, passou a ser possível saber, com alto grau de precisão, quem era o pai biológico de uma criança, tornando obsoleta uma conclusão baseada em presunções.

As legislações começam a se adequar a essa nova realidade e a ideia de igualdade entre filhos “legítimos” e “ilegítimos” se solidificou, passando a ser intolerável, nas sociedades modernas, qualquer espécie de discriminação entre filhos nascidos dentro ou fora da relação de casamento.

Consolidou-se, portanto, o critério biológico, restando superada a primazia da filiação jurídica fundada em presunções legais. A relação biológica entre pai e filho tornou-se, pois, o núcleo essencial na definição da filiação, dela extraíndo-se um amplo feixe de direitos, obrigações e responsabilidades.

Desde então, a filiação passou a ser entendida como a ligação biológica ou genética existente entre pais e filhos, especialmente depois da segurança que os testes de DNA passaram a propiciar, passando a haver coincidência entre o estado jurídico e os vínculos naturais, conforme observa Tiago Manuel da Silva Cunha Carreiras (2015, p. 20).

De acordo com o referido autor, no que diz respeito à mãe, “a filiação resulta do facto do nascimento”⁵, havendo uma relação direta entre a mãe biológica e a maternidade jurídica⁶. Quanto ao pai, este “presume-se em relação ao marido da mãe”⁷. E se ambos não forem casados, a paternidade é estabelecida pelo instituto da perfilhação, regulado no artigo 1849º do Código Civil português.

Na mesma linha, Guilherme de Oliveira (2001, p. 8) afirma que a regra geral é a aplicação do critério biológico para a definição da maternidade e da paternidade, existindo perfeita coincidência entre o estado jurídico e os vínculos naturais dos genitores.

Dentro desta lógica, sempre que houver dúvida ou incerteza sobre o vínculo biológico, pode-se impugnar a maternidade ou a paternidade pelos meios legais e mediante a aplicação de testes seguros poder-se-á afirmar ou afastar a filiação, extraíndo-se de tais circunstâncias todas as implicações jurídicas previstas no ordenamento jurídico.

Atualmente, no entanto, com a descoberta de novas técnicas de procriação medicamente assistida, mais uma vez se faz necessária uma releitura desses institutos, que passam a demandar a superação da exclusividade do critério biológico para admitir como

⁵ Artigo 1796.º, 1, do Código Civil português.

⁶ Nem em todo o mundo isso acontece. Alguns países, como, por exemplo, a França e a Itália, permitem a dissociação da maternidade biológica da maternidade jurídica, no assim chamado “parto anônimo”.

⁷ Artigo 1796.º, 2, do Código Civil português.

válida, também, a paternidade baseada no afeto e no consentimento esclarecido, que pode ser antecedido ou não de decisão judicial.

É, portanto, sobre a superação do critério puramente biológico para a definição da paternidade e da filiação com o advento das modernas técnicas de procriação medicamente assistida que trataremos neste capítulo.

A procriação medicamente assistida pode ser homóloga ou heteróloga. Se for usado o sêmen do marido ou unido de fato com o ovócito da esposa ou companheira, estaremos diante da procriação medicamente assistida homóloga. Caso a fecundação ocorra com o esperma ou ovócito, ou ambos, fornecido por doador estranho ao casal ou à mulher solteira, teremos a procriação medicamente assistida heteróloga. E esta só deve ser utilizada quando aquela não seja possível (BORGES, 2014, p. 23-25).

Na procriação medicamente assistida do tipo homóloga, a filiação se resolve pelo critério biológico, uma vez que nesse caso o material genético utilizado no procedimento médico pertence aos próprios genitores.

No entanto, quando se está diante da procriação medicamente assistida heteróloga, os institutos da filiação e da parentalidade assumem uma feição especial, para se valer da expressão utilizada por Tiago Manuel da Silva Cunha Carreiras (2015, p. 20), pois um ou ambos os gametas foram fornecidos por terceiros doadores não integrantes do círculo familiar.

A legislação portuguesa permite que se recorra à doação de espermatozoides, ovócitos e embriões doados por terceiro quando não se possa obter uma gravidez saudável com o uso dos conhecimentos médicos e científicos ordinariamente disponíveis no país, desde que sejam asseguradas condições eficientes para garantir a qualidade dos gametas.

Nos casos de procriação medicamente assistida heteróloga, o critério de definição da paternidade há de ser diferente, porque o material genético utilizado no procedimento não pertence aos progenitores da criança.

Em Portugal, para ter acesso às técnicas da procriação medicamente assistida, os interessados precisam outorgar o consentimento livre e esclarecido diretamente ao seu médico assistente.

Essa declaração de vontade precisa ser expressa e formalizada de acordo com o formulário padrão aprovado previamente pelo Conselho Nacional de Procriação Assistida⁸,

⁸ Artigo 14.º, 1, da Lei 32/2006, de 26 de Julho.

podendo o consentimento ser revogado pelas pessoas envolvidas no processo, desde isso seja feito até o momento em que se inicia o procedimento terapêutico.⁹

Sobre o momento limite para o exercício do direito de retratação, tem-se que o consentimento pode ser revogado até o instante em que ocorre a transferência do embrião para o útero da mulher ou então até o último passo anterior à existência da gravidez (PAIVA, 2014, p. 17).

É obrigatório que todas as pessoas que participem do procedimento concedam a sua anuência e, em se tratando de casal, heterossexual ou não, o documento deve contemplar a declaração expressa de ambos, porque se do recurso às técnicas de procriação medicamente assistida vier a nascer uma criança, a filiação será estabelecida em relação a quem deu o consentimento para a realização do tratamento em causa.¹⁰

O Artigo 20.º, 1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, dispõe que se do recurso às técnicas nela previstas vier a resultar o nascimento de uma criança, será esta considerada como filha de quem, juntamente com a pessoa beneficiária, tiver dado o seu consentimento, nomeadamente a pessoa que esteja casada ou unida de fato com ela.

Em outras palavras, determina-se a filiação e a parentalidade pelo consentimento escrito e expresso dos pais (PAIVA, 2014, p. 14-15), sendo irrelevante, nestes casos, a ligação biológica.

Caso no ato de registro não conste os dados da pessoa que deu o seu consentimento, o assento poderá ser retificado para nele se incluir posteriormente o nome da pessoa que consta no documento autorizativo do procedimento.

Com isso, fica estabelecida a filiação, considerando-se pais aqueles concederam a anuência para o procedimento (CORTE-REAL, 2011, p. 239). Mas se o procedimento foi consentido por apenas uma pessoa, nos casos assim permitidos, o registro de nascimento será lavrado apenas com a sua parentalidade estabelecida, dispensado, nesse caso, o processo oficioso de averiguação posterior.

Depois de estabelecida a parentalidade no registro civil, a impugnação só poderá ser feita por pessoa casada ou que viva em união de fato com quem se submeteu às técnicas de procriação medicamente assistida se ficar devidamente provado que não deu o consentimento ou que a criança não nasceu da técnica de procriação para a qual o consentimento foi concedido.

⁹ Artigo 14.º, 4, da Lei 32/2006, de 26 de Julho.

¹⁰ Artigo 20.º, 1, da Lei 32/2006, de 26 de Julho.

Tiago Manuel da Silva Cunha Carreiras (2015, p. 20), afirma nesse que nesse caso, o critério biológico é afastado, uma vez que o doador do material genético não poderá ser considerado como pai da criança, sendo tido como pai quem prestou o consentimento esclarecido para a realização da inseminação *in vitro*.

Na visão do referido autor, embora a realidade biológica seja o critério preferencial, no caso da procriação medicamente assistida heteróloga ele deve ser flexibilizado e substituído pelo critério do consentimento, não se podendo falar em hierarquização entre um e outro critério de estabelecimento da filiação, que deve ser direcionado primordialmente pelo melhor interesse da criança.

O consentimento livre e esclarecido dos beneficiários é um ato provido de alta carga de responsabilidade, pelo potencial de gerar grandes reflexos sociais e jurídicos, possuindo, nesses casos, um importante efeito constitutivo da parentalidade. Trata-se de uma declaração de vontade dotada de força suficiente para afastar, no caso concreto, as normas gerais de filiação baseadas no vínculo biológico.

O efeito constitutivo da paternidade oriundo do consentimento esclarecido é bem captado por Rafael Vale e Reis (2008, p. 444-445). De acordo com o autor, o consentimento livre e esclarecido manifestado na autorização do tratamento para procriação medicamente assistida “não assume singelas vestes de um estrito consentimento para acto médico, apresentando-se verdadeiramente dotado de efeitos ultra constitutivos, com reflexos importantes e directos em matéria de estabelecimento dos vínculos de filiação, espolteando efeitos legais derogatórios das regras gerais”.

E uma vez dado o consentimento para o procedimento, não pode o pai que assumiu voluntariamente o vínculo arrepender-se e invocar a ausência de laços biológicos como fundamento para negar a paternidade ou dela exonerar-se.

Tiago Manuel da Silva Cunha Carreiras (2015, p. 21) anota que o vínculo assumido pelo declarante impede que ele se desfaça de suas responsabilidades paternas sob a alegação de ausência de ligação biológica ou genética com o filho nascido das técnicas de procriação medicamente assistida heteróloga.

Da mesma forma, Tiago Duarte (2003, p. 59-61) sustenta que o consentimento livre e esclarecido regularmente manifestado é indispensável para o estabelecimento da filiação e que “o consentimento prestado pelo marido da mãe representa a pedra de toque para o estabelecimento desta nova forma de filiação. Impugnar a paternidade estabelecida devido a uma inseminação artificial heteróloga consentida, mais do que voltar com a palavra atrás era voltar com a paternidade atrás, ora, essa é uma situação que a lei não pode tolerar”.

Oliveira Ascensão (1991, p. 453) observa que a legislação portuguesa “faz um corte com a família biológica, atribuindo uma paternidade a quem não participou da procriação”, ao mencionar a superação do modelo legal tradicional de filiação e paternidade em relação aos que recorrem ao uso das técnicas de procriação medicamente assistida.

Antunes Varela (1994, p. 453), nessa mesma linha, anota que nos casos de procriação medicamente assistida heteróloga, dá-se à criança “a paternidade do marido da mãe, apesar de se saber, mediante prova cientificamente credenciada, que não foi este que a gerou”, revelando também, de forma bastante clara, a superação do critério puramente biológico.

Discorrendo sobre algumas situações que podem ser criadas por vício, falha ou ausência de consentimento, Tiago Manuel da Silva Cunha Carreiras (2015, p. 22) faz a seguinte provocação: “se, por hipótese, o consentimento não tivesse sido adequadamente prestado ou até se a pessoa que o consentiu não tinha capacidade para o fazer, como deve ser esta questão resolvida?”.

Não tendo havido o consentimento para a realização do tratamento, tendo ele sido defeituoso, concedido por incapaz ou se a criança não nasceu do procedimento para o qual o consentimento foi outorgado, Tiago Duarte (2003, p. 62) defende que o suposto pai tem a possibilidade de impugnar a paternidade que lhe é atribuída, desde que prove que ele não é o pai biológico.

Nesse ponto, Tiago Manuel da Silva Cunha Carreiras se distancia um pouco de Tiago Duarte, por entender que nesse caso a prova que deve ser feita não é a falta de ligação biológica com a criança, mas sim a demonstração cabal de que não houve o consentimento, que o consentimento foi viciado ou que ele foi dado a procedimento diverso.

Ficando provado que o suposto pai não deu o seu consentimento, que não tinha capacidade, que consentiu de forma defeituosa ou que a criança não nasceu do procedimento para o qual o consentimento validamente havia sido concedido, Carla Patrício Pereira de Oliveira (2010, p. 83) afirma que deve ser mantida “a verdade biológica como o critério de estabelecimento da paternidade”.

Uma questão que se coloca, neste ponto, é se nesse caso, seria cabível uma ação de investigação de paternidade contra o doador do material genético.

Ainda que essa seja uma alternativa defensável, há de se lembrar que da disposição normativa contida no artigo 21.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que dispõe expressamente que o doador do material genético não pode ser havido como pai da criança

nascida em razão desse procedimento, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela.

Além disso, a possibilidade de se propor investigação de paternidade em face do doador do material genético poderia violar o direito de intimidade deste, desrespeitando o direito ao anonimato que a lei lhe garante.

Nesse caso, o registro de nascimento será lavrado com a parentalidade estabelecida apenas em relação à pessoa que consentiu em se submeter à técnica de procriação medicamente assistida, não havendo necessidade de se realizar, posteriormente, a investigação oficial para averiguação¹¹.

Assim, nos casos da pessoa nascida com o uso da técnica da procriação medicamente assistida heteróloga, a parentalidade se estabelece no consentimento informado e nos laços de afeto estabelecidos com a criança recém-nascida.

Como afirma Maricruz Gomes de la Torre Vargas (1993, p. 110), há diferença entre pai e progenitor: *“Con esta técnica se produce la diferenciación entre os papeles de padre y progenitor. Padre es aquel que assume voluntariamente dicha función social, aunque genéticamente no lo sea, y progenitor el que aporta el material genético (...)”*.

Assim, é possível afirmar que o critério biológico, apesar de ter representado um importante avanço na ruptura do critério puramente jurídico existente anteriormente, não mais responde a todas as demandas sociais, especialmente no que diz respeito às pessoas nascidas em razão da procriação medicamente assistida heteróloga, para a qual a filiação e a parentalidade são definidas pelo consentimento livre, expresso e esclarecido daqueles que escolheram ser pais (VARGAS, 1993, p. 112).

É importante mencionar, a título de conclusão deste tópico, que o critério puramente biológico não apresenta respostas satisfatórias e deve ser relativizado quando se está diante da parentalidade estabelecida no quadro de um procedimento de procriação medicamente assistida heteróloga, hipótese em que tem cabimento o critério do livre consentimento esclarecido.

No entanto, para o recurso a um procedimento de procriação medicamente assistida não depende exclusivamente da vontade ou das condições financeiras dos pacientes, sendo necessário o preenchimento de alguns pressupostos legais, para que se possa fazer uso desse tipo de tratamento médico, que não pode ser realizado em qualquer lugar.

¹¹ Artigo 20.º, 3, da Lei 32/2006, de 26 de Julho.

No tópicos seguintes trataremos de quem pode recorrer aos procedimentos médicos da procriação medicamente assistida, quais são as técnicas previstas no ordenamento jurídico português e onde elas podem ser feitas.

3.3 O acesso aos procedimentos de procriação medicamente assistida

A esterilidade e a infertilidade humana existem desde os primórdios da civilização, constituindo-se, desde então, motivo de preocupações, não apenas no que tange à preservação da espécie, mas também como fator determinante para o bem estar das pessoas. O que antes se resolvia com chás, simpatias e orações, passou a ser objeto de estudo de cientistas de diversas áreas do conhecimento humano.

Com a evolução da ciência genética, o tratamento para diversas doenças ganhou novas perspectivas, dentre elas a infertilidade e a esterilidade, que passaram a ser tratados com modernas técnicas de procriação medicamente assistida.

Não é, no entanto, toda e qualquer pessoa que a elas podem se socorrer, conforme sua livre vontade, mas apenas algumas pessoas, dentro de certas condições objetivas e subjetivas, conforme observa Vera Lúcio Raposo e André Dias Pereira (2006, p. 92).

Isto porque em solo lusitano vigora o princípio da subsidiariedade no acesso a essa tecnologia, previsto no artigo 4.º, 1, da Lei 32/2006, de 26 de Julho, no que essa política está alinhada à maioria dos países europeus e aos limites estabelecidos pelo Tribunal Constitucional português.

Ana Catarina Brandão Fonseca de Paiva (2014, p. 12) ressalta que o princípio da subsidiariedade no acesso às técnicas de procriação medicamente assistida é um importante pilar do sistema português. No entendimento da autora, apesar de a lei ser aparentemente discriminatória, por não permitir o acesso amplo e irrestrito das pessoas às técnicas de procriação medicamente assistida, a escolha do legislador já validada pela Corte Constitucional foi por introduzir a temática como meio de tratamento para a infertilidade, e não apresentar um método alternativo de procriação, de livre escolha dos seus beneficiários (PAIVA, 2014, p. 12).

Ainda sobre a subsidiariedade na adoção das técnicas de procriação medicamente assistidas, Daniela Alexandra Ribeiro Nogueira (2016, p. 20) observa que o fato

de tais técnicas serem admitidas nos casos de infertilidade não quer dizer que elas serão recomendadas para toda e qualquer impossibilidade ou dificuldade na geração de filhos.

Assim, em razão do acolhimento do princípio da subsidiariedade, as técnicas de procriação medicamente assistida não podem ser usadas como uma simples alternativa à procriação natural.

Da mesma forma, não é uma técnica científica de cunho meramente complementar ou supletiva da procriação natural. O recurso aos procedimentos de procriação medicamente assistida não se trata, pois, de uma faculdade à disposição das pessoas.

Quer-se com isso dizer, em outras palavras, que apenas as pessoas que apresentem algum grau de infertilidade, quando comprovadamente se faça necessária para o tratamento ou moléstia grave ou se houver justo receio de transmissão de doença geneticamente transmitida ou infecciosa, podem fazer uso dessas medidas, conforme disposição contida nos n.º 1 e 2 do artigo 4.º da n.º Lei 32/2006, de 26 de julho.

Dada a necessidade de comprovação da infertilidade, cabe notar que esta ocorre, de acordo com a OMS - Organização Mundial de Saúde, quando verificada a ausência de gravidez natural depois de um prazo mínimo de 02 anos de relações sexuais sem a adoção de nenhum método contraceptivo. Por outro lado, fica a critério dos pesquisadores nessa área do conhecimento humano a definição do que vem a ser doença grave e geneticamente transmissível.

Outra condição objetiva de admissibilidade da procriação medicamente assistida é a idade mínima e a inexistência de sentença de acompanhamento que impeça a pessoa de recorrer a tais técnicas. Inicialmente, na redação original da lei acima citada, para ter acesso às técnicas de procriação medicamente assistidas de caráter subsidiário era necessário que a pessoa interessada tivesse 18 (dezoito) anos de idade completos e não se encontrasse interditado ou inabilitado doença de natureza psíquica.

A partir da promulgação da Lei n.º 49/2018, de 08 de Julho, passou-se a permitir que a pessoa interdita, portadora de moléstia psíquica ou com discernimento reduzido tenha acesso às técnicas de procriação assistida, bastando que na decisão judicial que tenha reconhecido a necessidade de acompanhamento e assistência não seja vedado expressamente essa possibilidade.

Com essa alteração legislativa, foi introduzido no Código Civil português o instituto do maior acompanhado, modificando o sistema de incapacidade, em linha com as normas internacionais sobre a proteção das pessoas portadoras de deficiência, especialmente

com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo datado de 30 de março de 2007.

Importante observar, no que diz respeito ao requisito da idade mínima de 18 (dezoito) anos, que sobre tal exigência não pairam quaisquer discussões. E quanto à idade máxima para que se possa fazer uso das técnicas de procriação medicamente, existe alguma restrição vigente atualmente em Portugal?

Em vários países há o estabelecimento de limite máximo para se submeter a esse tipo de tratamento, como na Áustria (40 anos), Luxemburgo (40 anos), Bélgica (42 anos) e Dinamarca (45 anos).

Em Portugal, embora a idade máxima não conste na Lei 32/2006, de 26 de Julho, de acordo com o CNPMA (Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida), para mulheres o limite máximo de idade é de 50 (cinquenta) anos, não havendo limite máximo para o parceiro masculino.

Apesar de ser permitido o acesso a esses procedimentos até 50 (cinquenta) anos de idade, apenas as mulheres que iniciem o tratamento antes dos 40 (quarenta) anos podem fazer uso de financiamento público, se se tratar de fertilização *in vitro* ou microinjeção intracitoplasmática de espermatozóides, ou antes de completar 42 (quarenta e dois) anos de idade, se o procedimento médico recomendado por a inseminação artificial.

João Loureiro (2009, p. 41) entende ser injustificada a ausência na lei de limite máximo para o acesso às técnicas de procriação medicamente assistida.

No entanto, enfrentando a alegação de inconstitucionalidade por omissão da legislação portuguesa, o Tribunal Constitucional concluiu que o silêncio normativo não viola a Constituição. Na decisão, entendeu-se que o uso das técnicas de procriação medicamente assistida encontra limite máximo de idade implícito na ordem natural das coisas¹².

O uso das técnicas de procriação medicamente assistida tem por pressuposto a infertilidade, e esta, por sua vez, uma idade potencialmente fértil. Isto porque a Lei n.º 32/2017, de 26 de Julho, impede a violação da dignidade humana, de modo que sempre que esta estiver em risco em razão da idade da pessoa, tem-se aí uma limitação que deve ser respeitada.

Dessa forma, a idade máxima para que a pessoa possa acessar as técnicas de procriação medicamente assistida além de ter sido definida pelo CNPMA (Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida), encontra limite implícito na dignidade humana do

¹² Acórdão n.º 101/2009, do Tribunal Constitucional, de 03 de março de 2009, publicado no Diário da República n.º 64, Série II, p. 12458.

paciente. Havendo qualquer risco para sua integridade e saúde em razão de sua idade, o acesso ao procedimento deve ser negado.

Outro requisito subjetivo trazido pela legislação portuguesa inicialmente era a exigência de que para ter acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, a pessoa deveria ser casada, não se encontrar separada judicialmente de pessoas e de bens, não se encontrar separada de fato ou viver em situação análoga ao casamento há pelo menos dois anos.

Era exigido, também, que as pessoas interessadas fossem de sexo diferente, ou seja, apenas casais heterossexuais podiam ter acesso aos procedimentos medicamente recomendados para o combate da infertilidade.

Esse cenário, no entanto, foi alterado pela Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho, que deu nova redação ao artigo 6.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, ampliou o rol de pessoas que poderiam ter acesso às técnicas de procriação medicamente assistida.

A referida lei permitiu, também, a doação de ovócitos, espermatozoides ou embriões às mulheres, quando comprovadamente elas não pudessem engravidar sem a transmissão de doença genética grave, assim como também instituiu a possibilidade da inseminação artificial heteróloga no procedimento envolvendo casais do sexo feminino ou mulher sem parceiro.

Desde então, além dos casais de sexo diferente, todas as mulheres tiveram reconhecido o direito de acessar as técnicas de procriação medicamente assistida, independentemente da existência de diagnóstico de infertilidade, do seu estado civil ou de sua orientação sexual.

Atualmente, portanto, permite-se que além dos casais de pessoas de sexo diferente, as mulheres, casadas ou não, tenham acesso a essas técnicas, independentemente de sua orientação sexual.

Nesse ponto, alguns autores apontam uma diferença na legislação portuguesa entre filiação decorrente das técnicas de reprodução medicamente assistidas daquela oriunda da adoção, uma vez que a adoção pode ser feita por uma só pessoa, que pode ser homem ou mulher, ou, ainda, por casal homossexual formado por pessoas do sexo masculino ou feminino, sem nenhuma distinção relacionada à orientação sexual do adotante.

Ou seja, os indivíduos masculinos sozinhos ou que formem um casal homossexual podem recorrer à adoção para constituir família e realizar o seu projeto de felicidade, no entanto não teriam acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, uma vez que esta forma de constituição de família foi reservada apenas para as mulheres sem

parceiro e para casais homossexuais formadas por mulheres, conforme dispõe o artigo 6.º da Lei n.º 32/2017, de 26 de Julho, com a redação dada pela Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho, acima citada.

Numa tentativa de justificar essa distinção, Marta Costa e Paula Martinho Silva (2011, p. 32) afirmam que essa divergência se funda no fato de que a adoção tem por objetivo dar uma família ao adotando, de acordo com os seus maiores interesses, pouco importando as opções sexuais dos interessados, com absoluta primazia do interesse do menor. Diversamente, na procriação medicamente assistida, o que teria em mente é encontrar um filho para uma família, em cujo projeto de felicidade está incluído o desejo de deixar descendentes.

Para as referidas autoras, o ponto fundamental que justifica a distinção de tratamento é o sujeito que o instituto visa a tutelar: na procriação medicamente assistida, o sujeito é a família que deseja ter um filho; na adoção, o sujeito é um filho, que precisa de uma família.

Discordamos, no entanto, dessa distinção e entendemos que o artigo 6.º da Lei n.º 32/2017, de 26 de Julho, viola flagrantemente os artigos 13.º e 36.º da Constituição da República Portuguesa, os quais estabelecem, respectivamente, a igualdade de todos os cidadãos perante a lei, garantindo que ninguém seja privado de qualquer direito em razão de estado civil ou de sua orientação sexual, e o direito de constituir família em condições de plena igualdade.

Com efeito, ao reconhecer apenas aos casais homossexuais formados por pessoas do sexo feminino o direito de recorrer às técnicas da procriação medicamente assistida, privando os casais homossexuais formados por pessoas do sexo masculino de realizarem o seu projeto de felicidade tão somente em razão de sua orientação sexual, a referida norma criou uma distinção expressamente vedada no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa.

Da mesma forma, ao reconhecer o direito de acesso a essas técnicas apenas às mulheres sem parceiros, independentemente do seu estado civil, excluindo dessa possibilidade os homens que estejam na mesma situação porque não têm parceira ou parceiro, a referida norma estabeleceu uma distinção baseada unicamente no estado civil das pessoas, o que também é incompatível com o princípio da igualdade e com o direito à não discriminação.

Por outro lado, o artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa garante a todos o direito de constituir família em condições de plena igualdade, proibindo qualquer prática ou designações discriminatórias relativas à filiação, colocando em pé de igualdade os

filhos adotivos e os nascidos no quadro de um procedimento de procriação medicamente assistida.

Vale lembrar que os homens de qualquer estado civil e independentemente de sua orientação sexual podem adotar, e, pelo texto legal acima transcrito, não podem acessar o tratamento para a infertilidade, os quais são impedidos, neste último caso e sem nenhuma justificativa razoável, realizar o seu projeto de felicidade mediante o recurso às técnicas de procriação medicamente assistida.

Feita essa ressalva, que requer adequação normativa para eliminar as diferenças baseadas exclusivamente no estado civil e na orientação sexual, pode-se afirmar que em Portugal, para ter acesso aos procedimentos de procriação medicamente assistida em Portugal, a pessoa interessada deve preencher os seguintes requisitos, de ordem objetiva e subjetiva: a) ser infértil, precisar tratar de doença grave ou necessitar eliminar qualquer risco de transmissão de doenças genéticas, dispensada dessa condição a mulher de qualquer estado civil ou orientação sexual; b) possuir a idade mínima de 18 (dezoito) anos e máxima de 50 (cinquenta) anos, se mulher; c) se for sujeito ao regime do maior acompanhado, em razão de especiais condições psíquicas, que a sentença não tenha vedado expressamente o recurso às técnicas de procriação medicamente assistidas; c) ser mulher ou, se homem, formar um casal heterossexual ligado pelo casamento ou pela união de fato.

Cabe analisar, agora, o lugar onde as pessoas que cumprem os pressupostos objetivos e subjetivos podem procurar o atendimento médico necessário para ter acesso aos procedimentos de procriação medicamente assistida.

De início, deve-se registrar que os tratamentos só podem ser realizados nos centros médicos, públicos ou privados, que possuam especial autorização do Ministério da Saúde, conforme dispõe o artigo 5.º, 1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.

A limitação faz total sentido, uma vez que esses estabelecimentos devem se sujeitar a rigorosos controles de qualidade e de capacitação técnica, uma vez que cuidarão de aspectos relacionados à saúde física e emocional das pessoas.

Com efeito, os centros médicos, sejam eles públicos ou particulares, precisam atender as qualificações técnicas exigidas dos integrantes das equipes médicas e de seu pessoal de apoio à saúde. Além disso, precisam se sujeitar a avaliações periódicas, podendo ter a sua autorização de funcionamento revogada e em caso de desconformidade ou perda da qualificação técnica¹³.

¹³ Lei 32/2006, de 26 de Julho, artigo 5.º, 2, “a” a “c”.

Tiago Manuel da Silva Cunha Carreiras (2015, p. 16) anota que a norma tem por objetivo proteger a integridade física dos pacientes, bem como assegurar condições de segurança em todo o processo reprodutivo artificial.

Dessa forma, pode-se afirmar que qualquer procedimento que vier a ser oferecido ou prestado em local que não seja um centro médico credenciado pelo Ministério da Saúde de Portugal é ilícito, colocando não apenas o estabelecimento como também todas as pessoas nele envolvidas à margem da lei e sujeitas às sanções penais e administrativas.

Dáise Maria Sousa de Moraes (2011, p. 15) assevera que as técnicas de reprodução medicamente assistidas são estreitamente ligadas à vertente reprodutiva do direito à saúde, sendo, portanto, inteiramente pertinente a vinculação fiscalizatória dos centros públicos e privados ao Ministério da Saúde.

As técnicas de procriação medicamente assistidas permitidas em Portugal estão previstas no artigo 2.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, sendo elas a inseminação artificial, a fertilização *in vitro*, a injeção intracitoplasmática de espermatozoides; a transferência de embriões, gametas ou zigotos, o diagnóstico genético pré-implantação e outras técnicas laboratoriais de manipulação de gametas ou embriões, além da gestação de substituição.

A inseminação artificial é a técnica mais comum em praticamente todo o mundo e muito possivelmente a mais antiga. Consistente na introdução de sêmen colhido geralmente pela masturbação na cavidade intrauterina com o uso de um cateter, essa técnica geralmente está associada à estimulação medicamentosa e hormonal da produção de ovócitos, embora possa ser também combinada com a ovulação normal da mulher (BORGES, 2014, p. 19).

Na inseminação homóloga, tanto os espermatozoides quanto os óvulos envolvidos pertencem ao próprio casal, podendo ser obtidos mediante processo de indução clínica ou natural. Já na inseminação artificial heteróloga, tem-se a participação de terceiras pessoas, que é o doador do material genético, que pode ser dupla, quando os gametas masculino e feminino são doados, ou simples, que ocorre nos casos em que um deles usa o seu próprio material e a ausência da do outro é suprida pelo do doador (RANZONI, 2017, p. 24).

É importante destacar que na inseminação artificial homóloga ou heteróloga, a fecundação do óvulo pelo espermatozoide ocorre nas trompas de falópio da mulher, sem qualquer intervenção ou manipulação fora do corpo humano.

Por sua vez, na fertilização *in vitro* ou FIV, o ovócito é fecundado pelo espermatozoide num tubo de ensaio especialmente preparado e que reproduz um ambiente em

tudo semelhante ao órgão feminino em que naturalmente ocorre a fecundação. Na fertilização *in vitro*, são extraídos, pelo método científico da punção, tanto os espermatozoides quanto os ovócitos. Depois de fecundado o óvulo ou os óvulos em ambiente externo e controlado, os embriões mais saudáveis são selecionados e transportados para o interior do organismo (BORGES, 2014, p. 19-20).

A adoção desse método permite que os óvulos fecundados sejam da mulher que receberá os embriões ou de uma doadora, indiferentemente, sendo feita a necessária preparação hormonal em qualquer caso. Do mesmo modo, os gametas masculinos utilizados para a corrida da fertilização dos ovócitos também podem ser do próprio integrante do casal ou de um terceiro doador.

Embora tenha sido desenvolvida inicialmente apenas para os casos de diagnóstico comprovado de inexistência, má formação ou obstrução das trompas de falópio, atualmente o uso da fertilização *in vitro* foi expandido para muitos outros casos de infertilidade, especialmente para as causadas pela endometriose, moléstia que acomete grande quantidade de mulheres em idade fértil no mundo todo.

O procedimento preparatório compreende, dentre outras medidas, a estimulação artificial da produção de ovócitos, com o objetivo de criar condições que potencialize a probabilidade de êxito. Resulta disso maiores chances de nascimento de gêmeos e trigêmeos, uma vez que nesses casos geralmente são implantados mais de um embrião fecundado fora do corpo humano (RANZONI, 2017, p. 25).

Além da inseminação artificial e da fertilização *in vitro*, outra técnica de procriação medicamente assistida que pode ser utilizada é a injeção intracitoplasmática de esperma, também identificada com a sigla IIE. Neste método, tal como na fertilização *in vitro*, a fecundação ocorre como resultado do processo científico, fora do corpo humano, ou seja, de forma artificial, e não natural.

Trata-se de uma técnica recomendada para os casos clínicos que apresentam maior complexidade em razão da baixa qualidade do gameta masculino ou até mesmo quando se constata a insuficiência de esperma.

Mais invasiva e arriscada que as alternativas anteriores, na microinjeção citoplasmática ocorre a seleção do espermatozoide que apresenta a melhor condição morfológica e sua aplicação diretamente na região citoplasmática do óvulo (BORGES, 2014, p. 20). Em razão da utilização de um único espermatozoide e da alta precisão, a tecnologia empregada torna essa técnica mais adequada e recomendada quando se está diante

de indivíduos masculinos com baixa produção de espermatozoide e não deseja fazer uso de material genético de terceiros doadores (MATA, 2019, p. 36).

Além desse caso de baixa fertilidade masculina em que o espermatozoide não consegue atingir e/ou penetrar o óvulo feminino sem a intervenção médica, a injeção intracitoplasmática também tem indicação clínica para os casos em que se verifica riscos de transmissão de micropartículas virais de hepatite B e C ou SIDA, dentre outros.

Outra técnica de procriação medicamente assistida a ser lembrada é a transferência intratubária de gametas. Conhecida sob a sigla TIG, ela consiste na preparação prévia em laboratório de espermatozoides e óvulos para as duas ou para uma das trompas de falópio. A preparação do material genético masculino e feminino é feita separadamente e depois da clivagem embrionária ou da fecundação ovocitária faz-se a transferência de zigotos ou embriões (NOGUEIRA, 2016, p. 15).

Por fim, o DGPI ou diagnóstico genético pré-implantação corresponde à realização de testes de natureza genética nos embriões em momento anterior à sua transferência para o órgão reprodutor da mulher.

Utilizando-se de alta tecnologia, o objetivo principal da DGPI é a identificação de doenças de origem genética. Essa técnica permite a escolha dos embriões que apresentam as melhores características e a eliminação dos que apresentam má formação ou qualquer traço negativo. De acordo com Daniela Aloise Borges (2014, p. 21), o uso do diagnóstico genético pré-implantação suscita críticas e debates, porque pode ser usada tanto positiva quanto negativamente, uma vez que permite tanto a prevenção de doenças geneticamente transmissíveis quanto a escolha de seres humanos com características pré-selecionadas (BORGES, 2014, p. 21).

Por essa razão, a referida autora sustenta que o uso dessa técnica deve ser restrita apenas aos casos em que pelo histórico familiar de alterações cromossômicas se pode antever a possibilidade de a criança gerada morrer precocemente ou quando houver riscos fundados de transmissão de moléstias de natureza genética, posicionando-se ela contrária à banalização da DGPI com a sua adoção em todos os casos de transferência embrionária (BORGES, 2014, p. 21).

O artigo 28.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, define como objetivo do diagnóstico genético pré-implantação a identificação dos embriões que não sejam portadores de alguma espécie de anomalia grave, antes de ser transferido para o útero da mulher, ou quando se verifique elevado risco de doença genética ligada ao sexo ou, ainda, quando houver

ponderosa necessidade de se obter antígeno compatível para o tratamento de moléstia grave, como tal definido pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida.

No entanto, a legislação portuguesa não estabeleceu os critérios e nem definiu as doenças genéticas que são suficientemente graves a ponto de permitir a realização do DGPI, deixando essa escolha a critério do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, fundada nas boas práticas médicas, conforme dispõe o artigo 28, 3 e artigo 30, 2, “f”, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho.

Para a realização do DGPI, a referida lei permite que seja realizado, mediante orientação e acompanhamento de médico especialista, o rastreamento de aneuploidias no material genético que será transferido para o útero materno, quando isso for necessário para evitar modificações cromossômicas prejudiciais ou para aumentar as chances de êxito na adoção da técnica de procriação medicamente assistida.

Além disso, o artigo 29.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, especifica que o diagnóstico genético pré-implantação é destinado a pessoas oriundas de famílias com alterações genéticas com potencial de levar à morte ou portadoras de doença grave, sempre que houver risco de transmissão da moléstia aos seus descendentes.

Por fim, vale mencionar que o diagnóstico genético pré-implantação não pode ser utilizado para fins não contemplados pela norma, como a escolha de certas e determinadas características a pessoa que nascerá em razão de sua realização.

Destaca-se que a técnica de DGPI pode ser usada também para a escolha do sexo quando, no caso concreto, ocorrer risco de doença grave ligada ao gênero. Isso, no entanto, não autoriza o uso dessa técnica para a escolha do sexo simplesmente pelo desejo dos pais, o que deve, em qualquer caso, pautar-se na necessidade de se evitar a existência de doença grave a que a criança fique sujeita em seu gênero, conforme enuncia o artigo 28.º, 1, da Lei da PMA.

A referida lei abre ainda a possibilidade de seleção de embrião com o fim de gerar um ser compatível que forneça células estaminais, linfócitos, medula óssea ou órgãos, para tratamento de irmão que seja portador de doenças graves e que não tenha doador compatível.

Daniela Aloise Borges (2014, p. 22), ao discorrer sobre o tema, traz a discussão sobre a legitimidade do uso da técnica para este fim, destacando que, se por um lado, tem-se o direito à vida do irmão doente que não encontra um doador compatível, por outro, não se pode utilizar uma criança como instrumento curativo.

Apesar dessa discussão, cumpre observar que o legislador optou por autorizar o uso da DGPI para esta finalidade, tendo prevalecido o entendimento de que o nascimento de um filho para salvar a vida do seu irmão não produz, por si só, malefício para a criança que vai nascer, trazendo grande benefício para o irmão doente sem grande sacrifício de um em relação ao outro.

Assim, definidos os diferentes métodos de procriação medicamente assistida admitida em Portugal, assim como as exigências objetivas e subjetivas para ter acesso a elas e o lugar em que podem ser realizadas, cabe tratar, no próximo tópico desta dissertação, especificamente da realização desses procedimentos *post mortem*.

3.4 Os procedimentos de reprodução medicamente assistida *post mortem*

A Lei n. 72/2021, de 12 de Novembro, introduziu alterações significativas na Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, destacando-se, dentre elas, inclusão da possibilidade da realização de procedimentos de procriação medicamente assistida *post mortem*.

De acordo com a nova redação do art. 22.º da referida lei, desde que seja para concretizar um projeto de parentalidade estabelecido pelo casal de forma clara e consentida expressamente, é permitida a realização de algumas técnicas de procriação medicamente assistida, mediante o cumprimento de condições previamente estabelecidas.

Tendo origem num plano parental previamente acordado, a mulher pode, depois da morte de seu marido ou do homem com quem mantinha união de fato, usar o seu sêmen para fazer uma inseminação artificial ou, caso esta já tenha sido feita quando ele ainda estava vivo, proceder à transferência do embrião para o seu útero.

Da mesma forma que no procedimento realizado quando o homem é vivo, a procriação medicamente assistida *post mortem* também é um procedimento subsidiário, podendo ser utilizado apenas nas hipóteses em que o falecido tinha fundado receio de que no futuro viesse a ser diagnosticado como infértil ou que o passasse a ser.

A coleta preventiva de sêmen só pode ter sido realizada enquanto o homem estivesse casado ou vivendo em união de fato com a sua parceira e, ainda, desde que ele venha a falecer durante o período estabelecido para a conservação do seu material genético.

No entanto, apenas isso não é suficiente para autorizar o procedimento de procriação medicamente assistida póstumo.

Mesmo que tenha feito parte de um projeto estabelecido de parentalidade e que tenha sido coletado quando estivesse casado ou vivendo em união de fato com a sua mulher, é necessário que o homem tenha registrado o consentimento para o uso de seu material genético especificamente depois de sua morte.

O consentimento específico para uso do seu sêmen ou do embrião *post mortem* deve ser reduzido a escrito, em instrumento público ou particular, podendo também ser registrado de forma eletrônica ou em videograma.

Há, ainda, a necessidade de se demonstrar que antes de dar o seu consentimento específico o homem foi devidamente informado e esclarecido quanto às consequências jurídicas da procriação medicamente assistida *post mortem*, especialmente porque a realização desse procedimento tem potencial para alterar a relação de herdeiros habilitados ao recebimento da herança.

A comprovação do cumprimento desse requisito se dá mediante a remessa do documento no qual o consentimento específico foi outorgado para o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, que manterá registro atualizado das comunicações recebidas, permitindo o controle rigoroso dos prazos e da regularidade dos procedimentos ocorridos no país.

Caso não tendo sido devidamente colhido o consentimento específico para uso depois da morte, o material genético do falecido deve ser destruído, ainda que o óbito tenha ocorrido durante o período previamente estabelecido para a respectiva conservação.

De qualquer modo, a inseminação ou a transferência embrionária *post mortem* não pode ser realizada pela mulher imediatamente depois do falecimento do titular do material genético. A legislação portuguesa, sensível à fragilidade humana depois da perda de um ente familiar, impõe um período mínimo de seis meses dentro do qual o procedimento póstumo não pode ser realizado.

Parece-nos de grande importância a fixação desse prazo, especialmente para que seja possível à família refletir sobre a perda, superar o luto, suplantar as dúvidas e as incertezas que assolam o seu íntimo, possibilitando-se, com o decurso do prazo mínimo acima mencionado, que a decisão seja tomada com clareza e segurança, uma vez que se trata do nascimento de uma criança, que virá ao mundo e morrerá sem nunca ter conhecido o seu pai biológico.

Stela Barbas (2006, p. 129) observa que esse momento é bastante delicado pelas questões e problemas que podem ocorrer sempre que se fala em ultrapassar

artificialmente a existência dos pais biológicos, isso porque se está diante da potencialidade de se ter, desde o início, uma criança que certamente não conhecerá o seu progenitor.

Para a autora, a mulher que é inseminada com o esperma do marido falecido pode ver na criança uma presença espiritual e física do falecido, havendo a possibilidade se encarar esse ser como o elo entre a existência real e concreta da mulher e a ausência definitiva do marido, o que sempre suscita grandes inquietações na mente humana, especialmente logo no início da fase de luto (BARBAS, 2006, p. 129).

Por isso a exigência de se aguardar o transcurso do prazo mínimo de seis meses antes de se dar início à inseminação ou transferência embrionária *post mortem*, que só pode ser dispensado se a mulher apresentar motivos clínicos ponderosos devidamente comprovados que demonstrem a necessidade de se iniciar os procedimentos antes desse período.

Passados seis meses do falecimento do marido ou daquele com quem vivia em união de fato, a mulher tem o prazo máximo de três anos, contados da data do óbito, para iniciar os procedimentos médicos de fertilização ou de transferência embrionária, podendo realizar o mesmo número de tentativas fixadas pelo Ministério da Saúde para os centros públicos de reprodução medicamente assistida.

No entanto, depois do prazo de três anos contados do falecimento do seu marido ou da pessoa com que vivia em união de fato, a mulher não poderá mais iniciar o procedimento, ainda que tenha ele deixado instruções em sentido contrário no documento em que concedeu o consentimento, ressalvada tão somente a conclusão do tratamento que já tenha sido iniciado.

Se entre o sexto e o trigésimo sexto mês do falecimento a mulher iniciou um procedimento médico de procriação que resultou bem sucedido com o nascimento completo e com vida de uma criança ou mais crianças, ela não poderá repetir o tratamento, uma vez que a legislação portuguesa permite uma única gravidez exitosa no tratamento realizado *post mortem*.

Vale mencionar, ainda, que a viúva tem assegurado o direito ao acompanhamento psicológico antes, durante e depois da tomada da decisão pela realização ou não da inseminação ou transferência de embriões *post mortem*. Esses cuidados deverão ser prestados também durante a fase preparatória e depois do procedimento, estendendo-se o acompanhamento aos primeiros anos de vida da criança que eventualmente vier a nascer.

Se da inseminação ou transferência embrionária *post mortem* resultar gravidez da mulher, a criança será considerada como filha do falecido, como efetivamente é, sendo a paternidade estabelecida tanto pelo critério biológico, quanto pelo critério do consentimento.

Mesmo que a procriação medicamente assistida *post mortem* tenha sido realizada com descumprimento dos requisitos legais acima citados, essa circunstância não afetará o estabelecimento da parentalidade, sendo a criança que vier a nascer, para todos os efeitos legais, filha do falecido. Em outras palavras, a falta de cumprimento dos parâmetros formais não afeta os direitos de personalidade da criança, que poderá exercer todos os direitos como filha que é do seu falecido pai, inclusive o direito ao conhecimento de sua identidade genética.

As técnicas de reprodução medicamente assistida *post mortem*, conforme observa Daniela Alexandra Ribeiro Nogueira (2016, p. 31), foram facilitadas pela evolução das ciências e das tecnologias médicas aplicáveis à reprodução humana, tornando absolutamente normal o recurso à criopreservação de embriões e de material genético depois do falecimento dos interessados, quando o quadro clínico recomendar. Desta maneira, prossegue a autora, com a criação dos bancos de esperma conjugada com a técnica de congelamento de sêmen, tornou-se possível a procriação depois da morte de algum dos integrantes do casal, não sendo mais imprescindível o ato sexual.

A criopreservação, com efeito, pode ser definida como o congelamento de sêmen, embriões, óvulos, tecidos ovarianos e espermatozoides a uma temperatura equivalente a 196 graus Celsius negativos, com o objetivo de uso futuro.

Essa técnica é comumente empregada quando a pessoa necessita, por motivos alheios à sua vontade, promover a preservação do seu material genético em razão de impossibilidade imediata ou próxima de exercer o direito à maternidade ou à paternidade (NOGUEIRA, 2016, p. 37).

Trata-se de mecanismo de grande auxílio na aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida, porque permite conservar o material genético em condições adequadas e compatíveis com o uso futuro, o que pode ocorrer inclusive depois da morte do paciente interessado.

Algumas discussões são suscitadas a respeito da natureza jurídica do material genético, apresentando-se diversas correntes a respeito do tema. Uma primeira corrente defende que o material genético do ser humano pode ser considerado como uma coisa, separado e inteiramente desvinculado da pessoa. Outra linha apresentada sustenta que apesar de poder ser separado ou destacado do corpo humano, o material genético possui caráter personalíssimo, estando indissolúvelmente ligado à pessoa como traço relevante de sua personalidade. Por fim, uma terceira construção afirma que o material genético é um *tertium genus* que fica entre pessoa e coisa (BORGES, 2014, p. 48).

Admitir que o material genético de uma pessoa seja uma espécie de “coisa” parece tratar-se de algo de difícil compreensão.

Por outro lado, ainda que se rejeite a ideia de “coisa”, de pessoa ainda não se trata, ainda que se esteja diante de material genético plenamente viável. A viabilidade, com efeito, situa-se no campo das probabilidades, havendo potencialidade para a geração de uma pessoa, se ocorrerem certas condições, porém pessoa ainda não é, uma vez que não houve concepção e nascimento com vida.

Diante disso, parece fazer sentido afirmar que o material genético tem sua natureza situada entre pessoa e coisa, não sendo ainda um ser humano sujeito de direito, mas que em razão de sua potencialidade para tal também não pode ser considerado uma coisa ou objeto. O material genético situa-se no meio do caminho entre um ser e uma coisa, possuindo, portanto, regime jurídico que se diferencia dessas duas categorias.

Daniela Aloise Borges (2014, p. 49) menciona que ovócito e sêmen não se enquadram nem como pessoa e nem como coisa, tratando-se de bens jurídicos integrantes do conjunto de uma certa e determinada pessoa, sobre os quais o seu titular pode exercer alguma forma de domínio, ainda que destituído de caráter material ou patrimonial.

No mesmo sentido, Thalita Rosado Ventorini (2014, p. 66) sustenta que a Constituição da República Portuguesa reconhece o direito fundamental à vida, cuja tutela é garantida não apenas às pessoas nascidas, mas também ao embrião em todos os estágios da sua vida intrauterina, ainda que a sua formação tenha ocorrido *in vitro*.

Ainda que haja divergências quanto à forma e extensão de sua tutela, parece-nos inquestionável que a vida pré-natal é dotada de um valor essencial.

Antes das modificações introduzidas na Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, pela Lei Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro de 2021, muito se discutia sobre a possibilidade do uso do material genético criopreservado para fins de reprodução assistida homóloga *post mortem* em Portugal. Seria possível admitir o uso do material genético criopreservado pela esposa sobrevivente, a fim de realizar o projeto de parentalidade construído conjuntamente com o seu falecido marido ou unido de fato? Até que ponto a viúva teria poder de decisão sobre o uso do material genético do seu falecido marido ou unido de fato para realização do projeto de parentalidade do casal?

No entanto, essas questões foram superadas pelas alterações realizadas em borá hora pela Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro de 2021 na Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, cujos reflexos no Direito das Sucessões serão abordados no capítulo seguinte.

4. A SUCESSÃO DO NASCITURO CONCEBIDO NO QUADRO DOS PROCEDIMENTOS DE PMA *POST MORTEM*

No âmbito das ciências jurídicas, o termo sucessão admite uma série de variações, conforme o ângulo que se o esteja analisando. Na perspectiva do Direito Processual Civil ou do Direito Societário, por exemplo, a palavra sucessão pode assumir significados diferentes do que ela assume no Direito das Sucessões.

De um modo geral, a sucessão pode ser entendida de forma ampla, sinônimo de transferência ou substituição de uma pessoa por outra em uma ou em diversas relações jurídicas. Além disso, pode-se também atribuir à sucessão um sentido mais específico, entendida como o modo especial de transmissão que tem como pano de fundo o fato jurídico em sentido estrito chamado morte.

Ressaltam Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez Campos (2017, p. 17), que a “sucessão, tomada no seu sentido mais lato, designa uma sequência temporal entre dois fenómenos – um dos quais se segue, ‘sucede’, ao outro”.

Sendo assim, na visão dos autores, o conceito de sucessão está menos ligado ao fenómeno de causa e efeito do que a uma ideia de sucessão de pessoas no contexto de uma mesma relação jurídica, por exemplo, a transmissão do direito de propriedade ou a transmissão de uma dívida (CAMPOS; CAMPOS, 2017, p. 17).

O direito dos sucessores corresponde exatamente ao mesmo direito que antes pertencia àquele de cuja sucessão se trata, numa espécie de substituição subjetiva da titularidade ativa ou passiva de um acervo patrimonial.

Partindo da ideia de sucessão compreendida como a forma de transmissão pela causa morte, cabe ao Direito das Sucessões o estudo do fenómeno sucessório, cujo objetivo principal é a devolução dos bens, direitos, dívidas e obrigações do falecido a certas e determinadas pessoas, nas mesmas condições que aquele os possuía.

Denota-se, portanto, que a sucessão causa morte possui estreita ligação com o direito fundamental à propriedade privada, estando ambas asseguradas no artigo 62.º da Constituição da República Portuguesa. Todos os bens e direitos que são produtos de uma atividade económica lícita podem ser transmitidos não apenas enquanto o seu titular estiver vivo, mas também quando este vier a falecer.

O Direito das Sucessões envolve preceitos relacionados à família, à propriedade e ao Estado, existindo pelo menos três diferentes modelos de transmissão *causa mortis* sobre os quais esse ramo do direito é construído, o familiarista, o individualista e o coletivista.

No modelo familiarista, nota-se na construção das normas de direito sucessório uma grande valorização da família, predominando as relações de afeto e a ideia de pertencimento do patrimônio a um grupo familiar. Há, neste modelo, o entendimento de que apenas as pessoas integrantes do núcleo familiar do falecido podem herdar, não se admitindo a instituição de herdeiros que não o integre, nem mesmo por designação testamentária, sendo admitido, no máximo, a instituição de legado. As relações sanguíneas são predominantes neste modelo.

O modelo individualista, por sua vez, valoriza a autonomia privada, estabelecendo a plena liberdade de disposição de bens e direitos. O testamento ganha especial relevância nesse contexto, por representar a livre manifestação de vontade do falecido quando este ainda estava vivo. As limitações às designações testamentárias sofrem pequenas ressalvas, muitas vezes apenas com a finalidade de garantir maior segurança e higidez ao instrumento.

Por fim, o modelo coletivista dá maior relevância às questões públicas, reconhecendo ao Estado e à propriedade coletiva um sentido que às vezes sobrepuja o interesse do próprio núcleo familiar. Neste modelo, a transferência da propriedade para os entes públicos e a inclusão de pessoas que mantêm relação de dependência econômica mesmo sem ligação familiar com o falecido assume uma maior relevância.

Difícilmente se adotará um desses modelos de forma pura, sendo comumente adotado um tipo misto, combinando algumas peculiaridades de cada um desses modelos.

No Direito das Sucessões adotado em Portugal, por exemplo, percebe-se a influência do modelo individualista na ligação clara entre transmissão *causa mortis* e propriedade privada constante, assim como no reconhecimento da sucessão voluntária, que pode ser testamentária ou contratual.

Da mesma forma, nota-se também uma vocação familiarista, com a valorização das pessoas integrantes do núcleo familiar, especialmente na sucessão legitimária, na qual tem prevalência os interesses do cônjuge, dos descendentes e dos ascendentes.

Por sua vez, o caráter coletivista, que nos parece de menor presença no contexto atual, pode ser percebido na possibilidade do chamamento dos colaterais até o quarto

grau e do próprio Estado para suceder o falecido em alguns casos. Além disso, os interesses fiscais do Estado também podem ser considerados como expressão do modelo coletivista.

O fenômeno jurídico sucessório no Direito Português recebeu, historicamente, a influência do modelo romano. Na Roma antiga, o direito sucessório era marcadopredominantemente pelos laços de parentesco e por uma considerável hierarquização entre os membros dos grupos familiares.

O modelo de família romano, com efeito, era construído sobre uma estrutura que não se resumia apenas nos laços de afetividade, afinidade e cooperação familiar, mas compreendia, também, uma organização hierárquica de pessoas dominadas e lideradas por um chefe, denominado “*pater familias*”.

O “*pater familias*” possuía amplos poderes sobre o patrimônio familiar. Sua influência não se limitava, porém, às questões patrimoniais, uma vez que ele possuía, igualmente, uma grande influência nas decisões de caráter pessoal e até mesmo nos relacionamentos interpessoais dos integrantes do grupo (CAMPOS; CAMPOS, 2017, p. 19).

A sucessão no exercício dos poderes do “*pater familias*” não seguia uma ordem previamente estabelecida ou um critério lógico dentro do contexto familiar. Em outras palavras, a transferência desses poderes não passava para o familiar mais próximo, dentro de uma ideia de cadeia hereditária. A substituição do líder familiar ocorria por designação do antigo chefe da família, que decidia, segundo o seu livre arbítrio, quem o haveria de suceder no “comando” dos interesses familiares, o que nem sempre recaía sobre um membro de sangue daquele núcleo (CAMPOS; CAMPOS, 2017, p. 19).

O conceito de sucessão *causa mortis* em Portugal está estabelecido no artigo 2024.º do Código Civil, que o define como “o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a esta pertenciam”.

Podem ser apresentadas diversas críticas quanto ao conceito de sucessão estabelecido neste dispositivo legal, que vão desde a falta de uma definição clara de que se está tratando exclusivamente à sucessão pela causa morte, excluindo-se a que se estabelece entre vivos, até a defesa de que seria desejável conferir maior amplitude ao objeto dessa espécie sucessória, de modo a ir além das relações jurídicas de natureza patrimonial.

Não se pretende analisar essas críticas no presente trabalho, cabendo destacar que de acordo com o Código Civil, a sucessão não consistirá simples e automaticamente na transmissão das relações jurídicas de uma pessoa a outra, mas na convocação de uma ou mais

pessoas que se acham habilitadas a assumir a titularidade das relações que integravam o patrimônio jurídico do seu antigo titular, agora falecido.

A abertura da sucessão *causa mortis* ocorre com a morte real ou a morte presumida¹⁴ do titular dessas relações jurídicas, sendo este o instante em que se configuram os efeitos jurídicos decorrentes do fato jurídico morte.

Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez Campos (2017, p. 33) anotam que: “A morte, é, assim, a causa do fenómeno sucessório; como causa, é-lhe estranha, por anterior a este, que só se inicia depois (no instante imediato) dela. Mas inicia-se com referência temporal ao momento da morte que, nesta medida, de pressuposto se transforma em momento do fenómeno sucessório”.

A morte pode ser compreendida como um fato jurídico involuntário, com aptidão para constituir, modificar ou extinguir direitos, que podem ser de ordem patrimonial ou não patrimonial.

Deste modo, a morte poderá constituir novas relações jurídicas, como a indenização pelo dano da morte ou então o direito de exigir o pagamento do capital de seguro contratado pelo próprio falecido em favor de outrem, assumindo o carácter constitutivo.

Será modificativo de direitos na medida em que transportará a titularidade das relações jurídicas deixadas pelo falecido aos seus herdeiros, alterando subjetivamente a posição até então era ocupada pelo *de cuius*.

Por fim, denotando a natureza extintiva de direitos, a morte extinguirá a personalidade jurídica do falecido e as relações jurídicas que por sua própria natureza não sejam passíveis de transmissão pela causa morte, como o poder paternal ou o direito real de usufruto que o extinto exercia até o momento de sua morte (CAMPOS; CAMPOS, 2017, p. 34).

O Direito das Sucessões está consagrado em quatro diferentes títulos do quinto e último livro do Código Civil português. O primeiro título regulamenta as normas gerais do fenómeno sucessório, o segundo título trata especificamente da sucessão legítima, o terceiro da sucessão legitimária e o quarto da sucessão testamentária. Cada título se desdobra em capítulos que, por sua vez, se desdobram em seções, apresentando de forma bastante clara os aspectos mais relevantes de cada uma dessas espécies de sucessão.

¹⁴ A morte presumida ocorre na ausência de uma pessoa pelo tempo estabelecido no artigo 114 e seguintes do Código Civil, produzindo os mesmos efeitos da morte real, conforme o disposto no artigo 115 da mesma codificação.

Baseado no critério da definição da pessoa que vai suceder o falecido em seus direitos e obrigações, o ordenamento jurídico português admite que a sucessão seja voluntária ou legal, conforme observe a livre escolha do falecido, no primeiro caso, ou siga a predeterminação legal, no segundo.

Na sucessão voluntária, o herdeiro pode ser escolhido unilateralmente, mediante a livre declaração de vontade exclusiva daquele de cuja sucessão se trata, observadas as formalidades legais.

Além da designação sucessória unilateral, é admissível, também, a sucessão contratual, que ocorre mediante o concurso da vontade de outras pessoas conjuntamente com a do titular do patrimônio hereditário, sendo uma hipótese de sucessão voluntária bilateral. A sucessão voluntária, portanto, divide-se em sucessão testamentária e sucessão contratual.

Da mesma forma, a sucessão legaltambém pode ser de dois tipos, a sucessão legitimária e a sucessão legítima. Em outras palavras, a sucessão legítima e a sucessão legitimária são espécies da qual a sucessão legal é gênero.

Na sucessão legitimária, a lei determina quem deverá obrigatória e necessariamente ser chamada a suceder falecido em parte de seu patrimônio. Já na sucessão legítima, a lei estabelece quem poderá ser chamado a suceder o autor da herança, de forma subsidiária, quando este não tiver escolhido, voluntariamente, os seus sucessores. Os sucessores legítimos serão chamados a suceder o falecido apenas se este não tiver deixado, em cédula testamentária, que o faça.

No presente capítulo, serão abordadas, sucintamente, a sucessão legítima, a sucessão legitimária, a sucessão testamentária e a sucessão contratual. Além disso, trataremos da capacidade sucessória e da partilha da herança do nascituro concebido no contexto de um procedimento de procriação medicamente assistida *post mortem*.

4.1 Sucessão legal: sucessão legítima e sucessão legitimária

Prevista nos artigos 2.131.º a 2.155.º do Código Civil, a sucessão legítima, como mencionado acima, é uma das modalidades de sucessão legal.

Dá-se a sucessão legítima quando o sucedido não tiver deixado herdeiro designado por ele por ato de disposição de vontade, operando essa espécie sucessória quando o falecido não eleger quem o suceda em suas relações jurídicas.

Trata-se, portanto, de regra sucessória não imperativa, uma vez que para afastar a sucessão legítima, basta que a pessoa disponha válida e eficazmente sobre a totalidade de seu patrimônio, sendo essa manifestação de vontade suficiente para derrogar ou impedir a incidência legal.

O artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa assegura a todos o direito de constituir família e de contrair o matrimônio, reconhecendo a entidade familiar como a base sólida sobre a qual se assenta uma sociedade livre, justa e solidária.

Assim, tendo o autor da herança a liberdade de dispor sobre o seu patrimônio para depois de sua morte e não exercendo esse direito de escolha, o Código Civil prevê o chamamento de seus familiares e parentes o sucederem em suas relações jurídicas, o que ocorre pela sucessão legítima.

Inocêncio Galvão Telles (1996, p. 102) anota que para afastar a sucessão legítima é indispensável que a declaração de vontade do autor da herança tenha sido levada a efeito com o preenchimento de todos os requisitos de validade e eficácia do ato de disposição, sendo que a presença de vício no referido ato jurídico equivale à sua própria inexistência, tendo cabimento, nesse caso, a sucessão legítima.

Dessa forma, apenas se o falecido não tiver disposto no todo ou em parte da parte de seu patrimônio que podia dispor para depois de sua morte é que se abre a sucessão legítima, à qual serão chamados a dizer se aceitam ou se repudiam a herança o cônjuge, os parentes do falecido, primeiros os mais próximos e depois os mais distantes, e, por fim, o próprio Estado.

Com efeito, nos termos do artigo 2133.º, 1, do Código Civil, na sucessão legítima serão chamados, nesta ordem, o cônjuge em concorrência com os descendentes, na primeira classe de herdeiros; o cônjuge em concorrência com os ascendentes, na segunda classe; os irmãos em concorrência com os descendentes deles, na terceira; os demais colaterais até o quarto grau, na quarta classe e, por fim, na última classe, o Estado.

O enquadramento do cônjuge supérstite como sucessível de primeira ou de segunda classe dependerá da circunstância de o autor da herança ter deixado ou não descendentes e ascendentes.

O cônjuge será herdeiro legítimo da primeira classe se o falecido tiver deixado também descendentes que com ele concorram, sendo de segunda classe se existirem apenas ascendentes do autor da sucessão.

Em qualquer caso, o cônjuge não será convocado à sucessão legítima do falecido se estiver divorciado ou separado judicialmente de pessoa e de bens na data da abertura da sucessão deste.

Os sucessíveis da primeira classe têm preferência sobre os da segunda classe, e estes sobre os da terceira, e assim sucessivamente, até se chegar ao Estado. Dentro de cada seguinte há, também, uma preferência baseada no grau de parentesco, de modo que os parentes mais próximos eliminam da sucessão os mais remotos, em ordem com o disposto nos artigos 2.134.º e 2.135.º do Código Civil.

Além disso, na sucessão legítima, os herdeiros sucedem por cabeça, dentro de cada classe, isto é, distribui-se entre a herança entre todos os integrantes daquela classe, em partes iguais, ressalvados o direito de representação e a quota dobrada atribuída aos irmãos germanos quando estes concorrerem com irmãos unilaterais, além de outras exceções legais.

Se a herança for repudiada pelo único ou por todos os herdeiros de uma classe, serão chamados os sucessores imediatos, reputando-se ineficaz o chamamento da classe antecedente.

No entanto, se existirem na mesma classe mais de um herdeiro concorrente e apenas um ou alguns não puderem ou não quiserem receber o seu quinhão na herança, a sua quota-parte será acrescida à dos demais.

O artigo 2139.º estabelece que se a herança for dividida entre o cônjuge e os filhos do falecido, cada um deles receberá uma parte igual, ficando assegurado ao cônjuge, no entanto, o recebimento da quota mínima correspondente a um quarto do acervo hereditário.

Os filhos que não puderem receber ou que repudiarem a herança serão representados pelos netos do falecido, os quais, nesse caso, serão chamados à sucessão legítima limitada ao recebimento da quota que caberia ao seu pai, filho do autor da sucessão, que será distribuída entre eles em partes iguais.

Caso o falecido não tenha deixado herdeiros na linha descendente, mas seus ascendentes forem vivos no momento da abertura da sua sucessão, o cônjuge se desloca da primeira para a segunda classe de sucessíveis para concorrer com aqueles.

Concorrendo apenas com os ascendentes do falecido, o artigo 2142.º assegura ao cônjuge a quota mínima de dois terços da herança, diferentemente do que acontece quando este concorre com os descendentes do *de cujos*, quando se lhe é assegurado um quarto do conjunto patrimonial do sucedido.

Não deixando o falecido descendente nem ascendente, o cônjuge recebe a herança por inteiro, em conformidade com o artigo 2144.º do Código Civil, restando

prejudicada a convocação dos sucessíveis da terceira classe, que são os irmãos do autor da sucessão e os descendentes dos irmãos falecidos.

Porém, se o falecido não for casado ou estiver divorciado ou separado judicialmente de pessoas e de bens no momento da abertura da sucessão e não deixar sucessíveis na linha descendente e nem na linha ascendente, haverá a convocação dos irmãos do falecido e dos descendentes daqueles, recebendo cada um deles igual quinhão.

Em linha com o artigo 2146.º do Código Civil, concorrendo, no entanto, irmãos germanos, filhos do mesmo pai e da mesma mãe, com irmãos consanguíneos ou uterinos do falecido, filhos apenas do pai ou da mãe do autor da herança, receberão aqueles, assim como os seus herdeiros por representação, o dobro do quinhão destes.

A quarta classe de sucessíveis, que serão chamados apenas se o falecido não tiver deixado cônjuge, descendentes, ascendentes ou irmão, são os parentes colaterais até o quarto grau, preferindo-se sempre os mais próximos aos mais distantes.

O patrimônio hereditário será dividido entre os herdeiros da quarta classe por cabeça, ainda que se constate a existência de duplo parentesco entre o sucessor e o sucedido, sendo essa a previsão normativa dos artigos 2147.º e 2148.º do Código Civil.

Por último, conforme estabelecem os artigos 2152.º, 2153.º e 2154.º do Código Civil, se o *de cuius* não tiver deixado cônjuge e nenhum outro parente das classes acima mencionadas, o Estado é chamado a receber a herança.

O Estado sucederá o falecido nas mesmas condições, direitos e obrigações que os herdeiros fariam, se existissem, exceto pela desnecessidade da aceitação da herança, que ocorre automaticamente, e pela impossibilidade de repudiá-la.

Aqui não há necessidade de se proteger os familiares ou parentes do falecido, pelo simples motivo de que eles não existem, sendo o Estado o último a ser chamado, uma vez que a este se reconhece a função de garantidor do cumprimento da função social da propriedade e da tutela da coletividade, cabendo-lhe velar para que os bens do autor da herança não sejam relegados à incúria.

Em linhas gerais, esses são os parâmetros legais dentre os quais ocorrerá a sucessão legítima, que tem cabimento, como mencionado acima, apenas se o autor da sucessão não tiver instituído herdeiro por disposição de vontade.

Por outro lado, a sucessão legitimária, também chamada de sucessão imperativa, forçada ou obrigatória, é uma espécie sucessória inteiramente independente e autônoma, sendo regulamentada nos artigos 2156.º a 2179.º do Código Civil.

É da essência da sucessão legítima a separação de uma parte do acervo patrimonial do falecido que será reservada exclusiva e obrigatoriamente aos seus familiares mais próximos.

A porção patrimonial reservada obrigatoriamente para os familiares mais próximos do falecido não pode ser objeto de disposição voluntária, sob pena de redução das liberalidades até o limite legal.

Neste ponto reside a diferença fundamental entre a sucessão legítima e a sucessão legítima. Enquanto na sucessão legítima os sucessíveis são chamados apenas se o falecido não tiver escolhido quem o sucederia nessa parte disponível, incidindo, portanto, supletivamente na falta de disposição voluntária, na sucessão legítima ocorre exatamente o contrário, ficando reservada uma quota do patrimônio do falecido sobre a qual ele não pode dispor, por integrar a legítima reservada exclusivamente a certas e determinadas pessoas.

A tutela legal, nesse caso, tem por objetivo precípuo proteger essas pessoas de um possível esvaziamento do acervo hereditário do falecido (TELLES, 2004, p. 45).

Deve-se observar que o caráter obrigatório da sucessão legítima alcança apenas o autor da herança, não sendo atingidos pela compulsoriedade os seus sucessíveis, os quais permanecem com a prerrogativa de declarar livremente se aceitam ou repudiam a herança deixada pelo falecido. Isso porque ninguém pode ser obrigado a exercer um direito que não queira (TELLES, 2004, p. 103).

Essa quota patrimonial sobre a qual o falecido não pode dispor porque destinadas aos sucessores legítimos chama-se legítima, conforme acima mencionado. Diz-se, por isso, que a legítima acha-se acobertada pelo manto da intangibilidade.

Cumprir mencionar, agora, quem são os herdeiros legítimos e a forma como a herança é distribuída entre eles.

São herdeiros legítimos o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, os quais são chamados nessa ordem e em conformidade com as regras estabelecidas para a sucessão legítima, já mencionada acima.

Percebe-se que os irmãos do falecido, os filhos deles, os parentes colaterais e o Estado não integram o elenco mais restrito dos herdeiros legítimos previstos no artigo 2157.º do Código Civil.

Acresça-se que na redação original do Código Civil, datada de 1966, o cônjuge não era contemplado no rol dos herdeiros legítimos. A sua inclusão só ocorreu em 1977, no contexto da reforma da legislação civil portuguesa promovida pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de

25 de novembro, que deu ao artigo 2157.º a redação atual. Desde então, o cônjuge é mencionado em primeiro lugar tanto na sucessão legítima como na sucessão legitimária.

A legítima reservada a cada herdeiro legitimário vem estabelecida no artigo 2158.º do Código Civil, cabendo ao cônjuge sobrevivente a metade da herança, caso ele não concorra com descendentes nem com ascendentes do falecido.

A outra metade compõe a parte disponível do autor da herança que pode ser objeto de testamento e outras disposições, no âmbito da sucessão testamentária ou contratual, e, não havendo ato de disposição ou não sendo ele válido e eficaz, essa outra metade integra o acervo a ser partilhado na sucessão legítima, exposta acima.

Tendo o falecido deixado cônjuge e filhos, a legítima sofre um acréscimo, correspondendo a dois terços da herança, de modo a permitir uma melhor proteção jurídica a esse núcleo familiar, remanescendo, para o cumprimento da livre disposição do falecido, apenas um terço.

No entanto, se o falecido tiver deixado apenas filhos, porque não era casado no momento da abertura da sucessão ou era divorciado ou separado judicialmente de pessoas e de bens, a legítima sofre uma variação que leva em conta a quantidade de filhos habilitados.

Se um único filho foi deixado, a legítima deste corresponderá à metade dos bens do *de cuius*; se forem dois ou mais os filhos sucessíveis, a porção indisponível da herança será elevada para dois terços, que será distribuída entre eles em conformidade com as regras da sucessão legítima, sendo garantido o direito de representação nas mesmas condições que caberia ao herdeiro representado se vivo estivesse para exercer o seu direito de aceitar ou repudiar a herança.

Na eventualidade de o autor da herança não ter deixado filhos, apenas cônjuge sobrevivente e ascendentes, a legítima destes últimos corresponderá a dois terços da herança, que será distribuída entre eles em conformidade com as regras da sucessão legítima.

No entanto, se o falecido não tiver deixado descendentes nem cônjuge sobrevivente, a legítima dos ascendentes será de metade se eles forem o pai e ou a mãe do autor da herança. Agora se os sucessíveis forem avós ou bisavós do falecido, a legítima será de um terço da herança.

Percebe-se, neste caso, a diminuição da proteção jurídica dos avós e demais ascendentes na medida em que estes se distanciam do *de cuius*, verificando-se um aumento da parte disponível na mesma proporção, que passará a ser de dois terços do seu acervo hereditário.

Na linha do que já foi mencionado neste capítulo, se não houver ato de disposição patrimonial válido e eficaz no contexto da sucessão voluntária, essa quota-parte de dois terços da porção disponível passará a integrar a sucessão legítima, habilitando-se a recebê-la ou recusá-la os irmãos, os sobrinhos que eventualmente os representem, os demais colaterais até o quarto grau e o Estado.

O cônjuge será o único herdeiro legitimário, quando o autor da sucessão não tiver deixado descendentes nem ascendentes, caso em que adjudicará para si a legítima por inteiro, a qual corresponderá, como assinalado acima, à metade da herança.

No cálculo da legítima reservada aos legitimários deverá ser levado em conta o valor dos bens que estiverem no patrimônio do autor da herança na data da sua morte, além do valor dos bens doados por ele em vida, às despesas, dívidas, obrigações e encargos da herança, excluindo-se o valor dos bens que não se sujeitam à colação, em conformidade com o disposto no artigo 2162.º, 1 e 2, do Código Civil.

No exercício do direito de livre disposição da fração disponível de seu patrimônio, o testador além de não poder avançar sobre a legítima, não pode onerá-la com encargos convencionais nem mesmo especificar previamente quais bens deverão ser transferidos em pagamento da herança dos legitimários, salvo com a expressa concordância destes.

Por outro lado, se o autor da herança tiver instituído usufruto ou pensão vitalícia para terceiros que se sobreponham à legítima, os herdeiros legitimários podem, por força da cautela sociana prevista no artigo 2164.º do Código Civil, escolher entre cumprir o disposto a deixa como previsto no ato de disposição de vontade ou entregar ao beneficiário apenas os direitos que respeitem os limites da porção disponível.

A cautela sociana, cuja construção se atribui ao jurista Socino, por volta do século VI, assume um importante papel de proteção ao atributo da intangibilidade da legítima, pois atribuiu ao herdeiro legitimário o direito de escolha entre o cumprimento da vontade do autor da sucessão ou a sua limitação dentro dos limites legais da porção disponível.

Pode ocorrer de o falecido contemplar o herdeiro legitimário em testamento, deixando-lhe o legado de um ou mais bens certos e determinados especialmente destacados de seu patrimônio no lugar da legítima.

Neste caso, em conformidade com o artigo 2165.º, 2, do Código Civil, se o legitimário aceitar o legado deixado, perderá o direito à sua legítima. Da mesma forma, se optar pelo recebimento da legítima, ele perderá o direito ao recebimento do legado.

Mas se não se manifestar, exercendo o seu direito de escolha, entender-se-á, para todos os efeitos, que ele aceitou o legado ao invés da legítima, por ter sido essa a vontade do autor da sucessão. O legado, nessa perspectiva, será imputado na porção indisponível do autor da sucessão e descontado da legítima, salvo se a exceder, caso em que o excesso será imputado na quota disponível.

Nos termos do artigo 2168.º do Código Civil, as liberalidades que avançarem sobre a legítima, por ato entre vivos ou em razão da morte do autor da herança, são consideradas inoficiosas, e, como tais, podem ser reduzidas aos seus limites a pedidos dos herdeiros legitimados ou de seus sucessores, de modo que seja respeitada a intangibilidade da legítima dos herdeiros legitimários.

Quanto à ordem da redução das doações inoficiosas, primeiramente ela alcança as deixas testamentárias feitas a título de herança. Depois, a redução deverá incidir sobre os legados de bens certos e determinados eventualmente deixados pelo *de cuius*. Se ainda assim a legítima não foi recomposta, a redução alcançará, então, as liberalidades realizadas em vida pelo autor da sucessão, conforme dispõe o disposto no artigo 2171.º do Código Civil.

Nos termos do artigo 2173.º, 1 e 2, do Código Civil, havendo a necessidade de se reduzir as doações feitas em vida para se recompor a legítima, por não terem sido suficientes os bens testados e os legados, a redução começará pelo último ato de disposição feita pelo autor da herança. Se ainda assim não for suficiente, recairá sobre a penúltima doação, depois sobre a antepenúltima e assim sucessivamente, até que a porção indisponível dos legitimários esteja inteiramente resguardada.

Tendo o *de cuius* feito no mesmo instrumento público ou particular ou na mesma data duplas ou múltiplas liberalidades, a redução das doações inoficiosas para salvaguarda da legítima recairá sobre todas elas simultaneamente, de forma proporcional, salvo se alguma delas tiver natureza remuneratória, caso em que esta somente será alcançada se o valor integral de todas as outras não for bastante para a satisfação da legítima, em razão da preferência legal e do caráter coletivo preponderante que as liberalidades dessa natureza gozam.

A responsabilidade dos donatários e a redução subsistem mesmo que os bens recebidos inoficiosamente tenham sido transferidos por estes a terceiros, seja a título gratuito, seja a título oneroso, conforme estabelece o artigo 2175.º, circunstância em que o beneficiário da liberalidade deve recompor a legítima em dinheiro.

A mesma solução será adotada se os bens tiverem sido onerados ou gravados em favor de outras pessoas, ou, ainda, se, por qualquer motivo, tiverem perecido, devendo-se

mencionar que os sucessores do donatário também respondem pelo desfalque da legítima, forte no caráter intangível desta.

Por fim, cumpre mencionar que o sucessor legitimário tem o prazo de dois anos contados da data em que aceitou tácita ou expressamente a herança para buscar judicialmente a redução das liberalidades inoficiosas, sob pena de decadência do direito, se não o fizer dentro desse prazo.

Analisadas, ainda que brevemente, a sucessão legítima e a sucessão legitimária, espécies de sucessão legal, resta verificar, no próximo tópico deste trabalho, o teor e o alcance das sucessões voluntárias estabelecidas no Código Civil português.

4.2 Sucessão voluntária: sucessão testamentária e sucessão contratual

Além da sucessão legal, o ordenamento jurídico português contempla também a sucessão voluntária, que também se subdivide em dois tipos diferentes, a sucessão testamentária e a sucessão contratual, das quais nos ocuparemos doravante.

A diferença básica entre a sucessão testamentária e a sucessão contratual reside no fato de que a primeira se traduz num ato de manifestação de vontade unilateral, enquanto a segunda exige o concurso da manifestação de vontade do autor da herança e de seu sucessor, tratando-se, portanto, de ato bilateral.

Fixada essa premissa, cuidar-se-á, primeiramente, em abordagem igualmente sucinta, da sucessão testamentária, que valoriza acentuadamente a autonomia e a liberdade dos indivíduos de dispor de seu patrimônio como melhor desejarem.

O testamento vem definido no artigo 2179.º, 1 do Código Civil como sendo o ato jurídico livremente revogável e unilateral colocado à disposição de qualquer pessoa para dispor sobre a totalidade ou parte de seus bens para depois de sua morte.

Ainda que não possua conteúdo patrimonial e que o testador se valha do testamento unicamente para dispor sobre aspectos não patrimoniais, como o reconhecimento de um filho ou sobre a cerimônia de despedida, se observado o rigor legal quanto à forma, estar-se-á diante de um testamento apto a produzir seus efeitos jurídicos regulares.

Na maioria das vezes, no entanto, o testamento tem cunho patrimonial, destinando-se à nomeação de herdeiros ou à instituição de legados.

Para a validade do testamento é indispensável que a declaração de vontade seja feita de forma clara e inequívoca, sendo vedada a manifestação do testador por sinais ou

monossílabos silábicos como “sim” ou “não”, ainda que essas expressões sejam feitas em resposta aos questionamentos por quem presida o ato. O artigo 2180.º, com efeito, determina a nulidade do testamento que não observa essa solene formalidade.

Em razão do caráter personalíssimo e revogável do testamento, é vedado e, portanto, nulo, a realização do denominado testamento de mão comum, testamento conjunto ou testamento conjuntivo, que ocorre quando duas ou mais pessoas fazem declarações de vontade em proveito um do outro ou de terceiros na mesma cédula testamentária.

Outras causas de nulidade do testamento podem ser lembradas, como a disposição feita por instruções secretas de outras pessoas, a deixa testamentária feita a pessoa incerta que não possa ser identificada pelos meios disponíveis e a disposição testamentária que viole a lei, a ordem pública e os bons costumes.

Decorre da natureza personalíssima do testamento, também, a vedação para se testar por meio de representante ou de interposta pessoa sobre a instituição de herdeiros e legatários, ao objeto da herança ou legado quanto ao cumprimento de suas disposições.

O artigo 2182.º, 2, do Código Civil permite, no entanto, que o testador deixe a cargo de terceiro nomeado no testamento o encargo de repartir a herança ou o legado, quando vários forem os herdeiros testamentários. O testador também pode nomear terceira pessoa para escolher um legatário entre as diversas pessoas por ele pré-determinadas, sem que se comprometa, com isso a higidez do testamento.

Em princípio, todas as pessoas naturais capazes podem testar, não o podendo fazer, contudo, os menores não emancipados e os maiores acompanhados cuja sentença de acompanhamento os impeça de dispor de seus bens e direitos e de administrar seu próprio patrimônio.

As pessoas jurídicas ou coletivas não possuem capacidade ativa para testar e, portanto, não podem fazer testamentos, embora possa neles serem contempladas como herdeiras ou legatárias.

Ao testamento feito por quem não tem capacidade para testar na data em que faz a disposição de vontade é atribuída a sanção da nulidade, por determinação expressa do artigo 2190.º do Código Civil.

A contemplação do médico, do enfermeiro, do sacerdote ou do líder religioso que esteja prestando assistência ao testador quando a cédula testamentária é lavrada durante o tratamento da doença e dela o disponente vier a falecer também é nulo, ressalvados os legados feitos em caráter remuneratório devidamente comprovados ou se essas pessoas forem

cônjuge, unida de fato com o falecido, seus descendentes, ascendentes e colaterais até o terceiro grau.

Na forma estabelecida no artigo 2196.º do Código Civil, o cúmplice do testador adúltero também não pode ser nomeado herdeiro no testamento, exceto se o casamento já estava dissolvido ou se o testador já estava separado judicialmente de pessoas e bens há mais de seis anos na data da abertura da sucessão ou se a deixa testamentária se limitar a assegurar-lhes alimentos. Fora desses casos excepcionais, a pessoa com quem o testador casado cometeu adultério não pode se beneficiar das disposições que aquele tenha feito para depois da sua morte.

A fim de garantir a livre manifestação de vontade do testador, os artigos 2197.º e 2198.º do Código Civil impõem a nulidade do testamento feito em benefício de qualquer pessoa que tenha funcionado como interveniente no testamento. Assim, quem participou da elaboração do testamento, quem presenciou as declarações do testador e quem aprovou o testamento cerrado, não pode, por si ou por interposta pessoa, nele figurar como beneficiário, sob pena de nulidade.

Nessa categoria enquadram-se os notários públicos, as testemunhas, os abonadores, os intérpretes e todos aqueles que tenham presenciado ou atuado de qualquer forma no ato de declaração de última vontade.

Além desses vícios de vontade mais graves e que são sancionados mais severamente com a nulidade do testamento, existem outras falhas na manifestação de vontade que lhes acarreta a anulabilidade. Essas faltas são tratadas nos artigos 2199.º a 2203.º do Código Civil.

Com efeito, é anulável a disposição testamentária de quem, ainda que por causa transitória, estava impedido de compreender o sentido e o efeito de suas declarações ou que, por qualquer motivo, não podia expressar naquele momento a sua vontade de forma livre e orientada.

Do mesmo modo, é anulável o testamento simulado. Testamento simulado é aquele no qual se designa uma ou mais pessoas como beneficiárias, quando, no fundo que se deseja é favorecer outra pessoa, contando com o necessário concurso da pessoa formalmente incluída na cédula testamentária.

A declaração de vontade determinada por erro, dolo ou coação também é anulável, assim como é anulável o testamento no qual houve erro na indicação de pessoa ou de bens, o que ocorre, por exemplo, quando o testador indica equivocadamente um ou mais

herdeiros, legatários ou bens e que posteriormente se constata de forma segura que ele pretendia mencionar pessoas ou bens diversos.

Os testamentos podem ser comuns ou especiais. Os testamentos comuns se dividem em testamento público e testamento cerrado, os quais são regulados pelos artigos 2207.º e 2208.º do Código Civil. Por outro lado, os testamentos especiais estão previstos nos artigos 2210.º a 2223.º do Código Civil, tais como o testamento militar, o testamento marítimo e os testamentos realizados no contexto de um estado de calamidade pública.

Em razão da maior proximidade com o objetivo deste trabalho, apenas o testamento público e o testamento cerrado serão aqui tratados.

O testamento público é aquele cujas declarações são colhidas, digitadas e conferidas pelo notário, que depois o lavra ou manda lavrar em seu livro de notas, com o rigoroso cumprimento das formalidades legais.

Cabe ao notário o dever de zelar pela adequada regularidade formal do testamento público, em ordem a evitar que a cédula contenha vícios de qualquer natureza, como agente garantidor da segurança jurídica.

Por sua vez, o testamento cerrado, também conhecido como testamento secreto, particular ou místico, é aquele escrito de próprio punho pelo testador e assinado por ele, podendo ser assinado por outra pessoa a seu pedido, quando este não souber ou não puder assinar. O testamento cerrado pode também ser escrito por outra pessoa, a pedido do testador, e por ele assinado. Depois de assinado, o testamento cerrado deve ser apresentado ao notário competente para a lavratura do instrumento de aprovação, o qual deverá conter, se for o caso, o motivo que impediu o testador de assinar o seu testamento.

A pessoa que não souber ler ou, por qualquer motivo, não puder fazê-lo não está habilitada para fazer o testamento cerrado, restando-lhe apenas a possibilidade de fazer o testamento em sua forma pública perante o notário, cujos rigores formais e caráter público lhe conferem maior segurança.

Feito o testamento cerrado e lavrado o auto de aprovação, o testador pode escolher entre mantê-lo em seu poder, atribuir a guarda dele a terceira pessoa de sua confiança ou depositá-lo em qualquer notário público.

Caso a guarda seja atribuída a terceira pessoa, esta é obrigada a apresentar o testamento ao notário da sua circunscrição territorial no prazo de três dias contados da data que tomar conhecimento do falecimento do testador, sob pena de responder pela reparação dos danos e prejuízos a que sua omissão der causa.

Por fim, cumpre observar que a sucessão contratual, segunda espécie da sucessão voluntária, está regulamentada no artigo 2028.º do Código Civil.

A sucessão contratual se configura quando alguém dispõe, mediante contrato, sobre a sua própria sucessão ou celebra negócio jurídico relativo à sucessão de outra pessoa, que ainda não foi aberta. Ocorre, também, a sucessão contratual quando uma pessoa celebra um pacto renunciando à herança de pessoa viva.

Apenas nessas hipóteses restritas ou quando houver disposição legal expressa os contratos sucessórios, que possuem natureza bilateral, podem ser firmados. Exemplos de sucessão contratual com previsões específicas são as doações *causa mortis* e algumas convenções antenupciais. A sanção para a violação dessa regra é a nulidade do contrato.

Depois de abordados os diferentes tipos de sucessão legal e de sucessão convencional relevantes para os estreitos limites deste trabalho, será analisado no próximo tópico o fenômeno jurídico sucessório dos nascituros concebidos no quadro de um procedimento de inseminação artificial *post mortem*.

4.3 O fenômeno sucessório e as pessoas nascidas no quadro da PMA *post mortem*

O Código Civil não reconhecia capacidade sucessória às pessoas nascidas do uso das técnicas de procriação medicamente assistida, embora estas fossem regulamentadas em Portugal há mais de uma década pela Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, o que só veio a ocorrer no final do ano passado, com a entrada em vigor da Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro, que alterou o artigo 2033.º do Código Civil.

A Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, com efeito, autoriza, em seu artigo 22.º, a inseminação *post mortem*, para a realização de um projeto parental claramente definido, desde que seja consentido expressamente em documento formal pelo interessado e que tenha decorrido um prazo adequado para se sopesar as consequências da decisão, que não pode ser inferior a seis meses, em razão do luto por que passa quem perde um ente querido.

Nos termos do artigo 22-A da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, o consentimento para o procedimento de inseminação *post mortem* deve ser reduzido a escrito ou registrado em videograma, depois que o beneficiário da técnica estiver devidamente esclarecido quanto às consequências jurídicas desse planejamento familiar.

A autorização para o procedimento *post mortem* deverá ser comunicada e devidamente registrada no Conselho Nacional de Procriação Medicamente assistida para que produza seus regulares efeitos.

Embora não seja da essência do ato a forma pública, nada impede que o consentimento esclarecido seja dado também na forma testamentária ou por escritura pública (BORGES, 2014, p. 113).

Os procedimentos que podem ser realizados no quadro da procriação medicamente assistida são a transferência embrionária e a inseminação com o material genético da pessoa falecida, as quais devem ser iniciadas no prazo máximo de três anos a contar da morte titular do material genético.

A transferência embrionária e a implantação de embrião *post mortem* podem concretizar uma única gravidez da qual resulte nascimento completo e com vida, não sendo permitida a realização de procedimentos que resultem em múltiplas gestações.

Até a publicação da Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro, apenas as pessoas nascidas e vivas ao tempo da abertura da sucessão tinham capacidade sucessória e podiam ser chamadas para na sucessão legítima e na sucessão legitimária.

Aos nascituros não concebidos no momento do falecimento do autor da sucessão ou concepturo era reconhecida tão somente a capacidade sucessória para participarem na sucessão testamentária e na sucessão contratual.

Era necessário, ainda, que as disposições de vontade realizadas no testamento ou no contrato sucessório fossem feitas em favor de filhos de pessoa certa e determinada, que deveria estar viva por ocasião da abertura da sucessão do *de cuius*, para produzir seus efeitos legais.

A partir da alteração legislativa acima citada, a capacidade sucessória geral prevista no artigo 2033.º, 1, do Código Civil foi ampliada para incluir os nascituros concebidos depois do falecimento do autor da herança, desde que a concepção seja realizada no contexto de um procedimento de inseminação *post mortem*.

Assim, desde então, o rol dos detentores de capacidade sucessória geral passou a ser integrado pelas pessoas já nascidas, pelas pessoas concebidas no quadro de um procedimento de inseminação *post mortem* ainda que não tivessem sido sequer concebidos no momento da abertura da sucessão e pelo Estado.

A capacidade específica do concepturo para a sucessão testamentária e para a sucessão contratual em favor de filhos de pessoa determinada e que esteja viva no momento

da abertura da sucessão do autor da herança permanece prevista no artigo 2033.º, 1, do Código Civil, uma vez que esse dispositivo não sofreu qualquer alteração.

Por nascituro deve-se entender aquele que foi gerado, que muito provavelmente nascerá, porém ainda não nasceu. É dizer, trata-se de um ser já concebido que ainda reside no ventre materno, embora seja detentor, no dizer de Diogo Leito de Campos e Stela Marcos de Almeida Neves Barbas (2001, p. 1257), de patrimônio genético próprio e único.

De acordo com os referidos autores, tanto o embrião formado pelo método natural quanto o fecundado *in vitro* possuem informações estruturantes de suas características físicas e psíquicas, com código genético distinto do de seus progenitores e se constituem em organismo exclusivo em todas as etapas do seu desenvolvimento, desde a sua concepção (2001, p. 1258).

O nascituro, no entanto, não pode ser confundido com o concepturo. Enquanto aquele já foi concebido, neste não houve sequer a fecundação, estando, ainda, na fase pré-embriônica. Em outras palavras, o concepturo é o nascituro que ainda não foi concebido, sendo também comumente conhecido como prole eventual.

Apesar de ainda não existir, é esperado que isso venha a ocorrer, tratando-se, no dizer de Oliveira Ascensão (1981, p. 135), de potência naturalmente apreendida pela racionalidade humana.

O embrião é formado pela fusão do espermatozoide com o óvulo. Da junção do núcleo desses dois gametas, um masculino e outro feminino, forma-se o zigoto, como resultado de uma dinâmica chamada fecundação.

A partir da oitava semana depois da fecundação, forma-se o feto, que se encontra num patamar mais avançado da marcha do embrião rumo à formação do ser humano.

No feto já é possível observar o desenvolvimento dos membros inferiores e superiores, além da caixa cefálica, da boca, do nariz e dos olhos. E assim segue até o fechamento do ciclo gestacional, que culmina com o parto, momento em que pessoa adquire personalidade jurídica.

Fixadas essas premissas, retorna-se ao fenômeno sucessório, que, no dizer de Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa (1995, p. 130 e 131) é um processo multifásico que passa pela designação sucessória, pela abertura da sucessão e pelo chamamento ou vocação, até chegar à aquisição sucessória.

De acordo com Maria Beatriz Almeida Correia de Sousa (2017, p. 14), a designação sucessória consiste na etapa pré-sucessão em que são definidas as pessoas que em tese poderão vir a ser chamadas para dizer se aceitam ou repudiam a herança.

A fase da abertura de sucessão ocorre com a morte do *de cuius*, conforme define o artigo 20131.º do Código Civil, dando início à sucessão propriamente dita.

Por sua vez, a etapa do chamamento ou da vocação hereditária consiste na convocação dos elegíveis para que digam se a aceitam ou repudiam a herança, culminando com a definitiva transmissão dos bens e direitos aos sucessores (SOUSA, 2107, p. 15-16), último degrau do fenômeno sucessório.

Feito o chamamento, assinala Daniella Aloise Borges (2014, p. 86), abre-se ao herdeiro o direito de aceitar ou repudiar a herança deixada pelo parente falecido, sendo a renúncia uma condição resolutiva e a aceitação um mero ato confirmativo.

Quanto aos efeitos, de acordo com o disposto no artigo 2250.º do Código Civil, a aquisição sucessória do herdeiro ou do legatário depende de sua manifestação de aceitação ou recusa e seus efeitos retrotraem à data do falecimento do autor da herança. Assim, com a aceitação consideram-se transferidas as relações jurídicas do autor da sucessão no momento seguinte à sua morte e, em caso de recusa, tem-se que o chamado sequer existiu.

Repudiada a herança, abre-se a possibilidade de os descendentes do sucessível recusante exercerem o direito de representação, cumprem-se os direitos de acrescer em favor dos outros sucessíveis da mesma classe ou chamam-se os sucessíveis da classe seguinte para declararem, por sua vez, se aceitam ou repudiam a herança, e assim sucessivamente, até se complete a sucessão.

Entre a abertura da sucessão e a sua aceitação pelos sucessíveis, a herança fica jacente e pode ser administrada pelos próprios herdeiros, podendo ela também ser colocada sob a responsabilidade de um administrador provisório, em conformidade com o disposto nos artigos 2046.º a 2048.º do Código Civil.

Conforme estabelece o artigo 2048.º do Código Civil, no chamamento sucessório deve-se obedecer a uma ordem de preferência dos habilitados potencialmente, sendo chamados apenas os herdeiros que possuam uma designação sucessória prevalente.

Os sucessíveis legitimários tem uma designação sucessória que prevalece sobre todas as demais. Assim, primeiro serão chamados os herdeiros legitimários, que sucederão o falecido nos bens da legítima, também chamada porção indisponível. Como a legítima fica fora do âmbito de disposição do testador, restaguarantida a essa classe de sucessíveis preferenciais o recebimento da porção indisponível do patrimônio do autor da herança.

Em segundo lugar serão convocados para dizer se aceitam ou repudiam a herança os sucessores contratuais, especialmente os designados em pactos comissórios firmados no contexto de convenções antenupciais entre cônjuges, uma vez que estas tem efeito revogatório dos testamentos que lhes precedem.

Uma vez aceitas, essas convenções pré-matrimoniais tornam-se irrevogáveis pela vontade das partes, na forma dos artigos 1701.º e 1705.º do Código Civil, motivo pelo qual a recíproca não é verdadeira e os testamentos posteriores não revogam os pactos antenupciais anteriormente feitos.

Dessa forma, os sucessíveis contratuais titulares de posições definidas em pactos antenupciais têm prevalência sobre os demais, porque esses documentos estabilizam a situação conjugal em relação aos bens, tornando sem efeitos as disposições testamentárias anteriores e prevalecendo sobre as posteriores.

Em terceiro lugar na ordem de prevalência estão os sucessíveis testamentários, os quais sofrem reflexos diretos da designação sucessória dos sucessíveis legítimos. Isto porque apenas depois da fixação da porção indisponível dos legítimos é que se pode definir o alcance da disposição testamentária.

Os sucessíveis legítimos aparecem em quarto lugar na ordem de prevalência sucessória, porque eles podem ser completamente afastados da sucessão pela existência de testamento que contemple a totalidade da porção disponível do autor da sucessão, conforme dispõem os artigos 2027.º e 2131.º do Código Civil.

O chamamento da classe dos sucessíveis legítimos, portanto, formada por familiares e pelo Estado, conforme ordem interna própria que já mencionamos acima, assumem uma posição de complementariedade ou subsidiariedade. É dizer, só serão chamados se o autor da herança não tiver disposto sobre a totalidade da parte disponível de seu patrimônio em testamento ou se este for declarado inválido e ineficaz.

Um requisito essencial à vocação hereditária é que o chamado tenha existência anterior ou, no mínimo, no momento da abertura da sucessão, além de continuar existindo algum tempo depois do falecimento do autor da herança (COELHO, 1974, p. 80).

A existência do chamado, em outras palavras, quer dizer que o sucessível precisa ter personalidade jurídica para poder se habilitar a declarar se aceita ou repudia a herança.

Nos termos do artigo 66.º, 1, do Código Civil, a personalidade jurídica, requisito essencial da vocação sucessória, é atribuída ao ser humano que nasça com vida.

Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez Campos (2017, p. 60) defendem que “a concepção tradicional sobre o começo da personalidade humana – pessoa é todo o ser (humano) nascido vivo e viável – está dominada pela concepção aristotélica da alma vegetativa ou nutritiva”.

Os referidos autores defendem que essa se trata de uma premissa pré-científica, fundada na falta de conhecimento sobre a vida pré-natal, uma vez que até o nascimento, vigorava um mistério sobre o ser que estava sendo gerado, sendo o nascimento uma descoberta, um verdadeiro “dar à luz”. Assim, afirmam que essa posição atualmente é insustentável pela ciência, uma vez que “a criança concebida é um ser humano (capaz de sensações, de sentimentos, de resposta a estímulos sensoriais externos, de reconhecimento da voz dos pais, etc.) e que o nascimento é não é um começo, mas um passo” (CAMPOS; CAMPOS, 2017, p. 60).

De toda maneira, considerando a definição legal de que a personalidade jurídica só se inicia com o nascimento com vida, enquanto isso não ocorrer o nascituro não estará habilitado a participar do fenômeno sucessório, uma vez que não possui capacidade de gozo, ainda que possua capacidade sucessória.

Isto porque o pressuposto da existência da pessoa diz respeito à sua personalidade jurídica, que se configura mediante um procedimento de duas fases, a primeira consiste em ter nascido com vida no momento da abertura da sucessão e a segunda em permanecer vivo nem que seja apenas por um instantedepois da abertura da sucessão (BORGES, 2014, p. 89).

Dito de outro modo, para que seja chamado a dizer se aceita ou se repudia a herança é necessário que o sucessível tenha personalidade jurídica (ASCENSÃO, 1981, p. 134), sendo esse um pressuposto indispensável para a regularidade do fenômeno sucessório, uma vez que ele exercerá direitos e obrigações na ordem jurídica e que não se confunde com capacidade sucessória.

Desde o início da vigência do Código Civil de 1966, apenas quem já era nascido ao tempo da abertura da sucessão possuía capacidade sucessória na sucessão legitimária e na sucessão legítima.

Os nascituros, já concebidos ou não, tinham capacidade sucessória restrita e podiam participar apenas da sucessão testamentária ou da sucessão contratual, e desde que fossem filhos de pessoas determinadas e que estas estivessem vivas no momento da abertura da sucessão do *de cuius*.

No entanto, com as recentes alterações introduzidas no artigo 2033.º, 1, do Código Civil pela Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro, esse paradigma foi rompido e os nascituros concebidos no quadro de um procedimento de PMA *post mortem* passaram a capacidade sucessória geral.

Assim, mesmo que no momento da abertura da sucessão ainda não tiver ocorrido a fertilização *in vitro* ou a transferência do embrião assim formado para o útero materno, se esses procedimentos faziam parte do projeto parental do casal, devidamente autorizado, a pessoa que vier a nascer posteriormente poderá suceder o falecido também na sucessão legitimária e na sucessão legítima.

Desta forma, os nascituros que não eram concebidos no momento da abertura da sucessão possuem capacidade sucessória e poderão se habilitar para aceitar ou repudiar a herança quando e se adquirirem, no futuro, a personalidade jurídica, mesmo sem ter sequer conhecido o falecido, bastando que estejam incluídos num projeto de parentalidade pré-definido que contempla o recurso aos procedimentos de PMA *post mortem*.

No próximo tópico deste trabalho, serão abordadas algumas questões relativas à partilha da herança quando participam do fenómeno sucessório o nascituro concebido no contexto de um procedimento de PMA realizado depois do falecimento do autor da sucessão.

4.4 A partilha da herança do nascituro concebido no quadro da PMA *post mortem*

O reconhecimento da capacidade sucessória aos nascituros ainda não concebidos que o sejam no quadro da procriação medicamente assistida *post mortem* alterou significativamente o regime geral das capacidades sucessórias no Código Civil português.

Antes detentores de uma capacidade restrita e limitada à sucessão testamentária e contratual sob certas condições, agora o nascituro ainda não concebido que faça parte de um projeto parental previamente estabelecido e que envolva a inseminação ou a transferência embrionária *post mortem* passaram a adquirir capacidade ampla, estando, portanto, habilitados a participar da sucessão legitimária e da sucessão legítima, em pé de igualdade com os demais sucessores do *de cuius*.

Os novos paradigmas gerais da capacidade sucessória introduzidos no artigo 2033.º, 1, do Código Civil pela Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro suscitam, no entanto, algumas discussões.

Uma primeira questão que se coloca é a de saber se o pressuposto da existência do chamado foi inteiramente superado com a atribuição da capacidade sucessória ao nascituro que sequer era concebido no momento da abertura da sucessão, uma vez que a própria inseminação e a fecundação *in vitro* podem ser feitas em momento posterior.

Não nos parece que isso tenha ocorrido. O princípio da existência do chamado continua plenamente aplicável na sucessão legitimária e na sucessão legítima, remanescendo a necessidade de que o sucessível seja nascido e esteja com vida, ou, pelo menos, já seja concebido no momento da abertura da sucessão.

Em razão do acréscimo da expressão “bem como as pessoas concebidas, nos termos da lei, no quadro de um procedimento de inseminação *post mortem*” ao artigo 2033.º, 1, do Código Civil pela Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro, ao lado das pessoas já nascidas e das já concebidas ao tempo da abertura da sucessão foram incluídas as pessoas que vierem a ser concebidas depois da morte do autor da herança, desde que o procedimento seja realizado no quadro de um procedimento de inseminação *post mortem*.

A necessidade de existência do chamado não foi dispensada ou superada, continuando ela a ser o parâmetro para o reconhecimento da capacidade sucessória, que, no entanto, poderá ser dispensada desde que o autor da herança tenha um projeto parental definido claramente, para o qual deixara o seu consentimento por escrito quanto ao uso do seu material genético mesmo depois de sua morte.

Nessas circunstâncias, será possível a realização da transferência do embrião já formado ou a inseminação com o material genético da pessoa falecida mesmo depois de sua morte, e a pessoa que vier a nascer terá capacidade sucessória, ainda que não existisse no momento da abertura da sucessão.

Se havia fundado receio de futura esterilidade e o material genético foi recolhido com a finalidade clara de ser inseminado na pessoa com quem o seu titular era casado ou unido de fato, produzirá o mesmo efeito no que tange à capacidade sucessória se este vier a falecer durante o período estabelecido legalmente para a conservação dos gametas.

Assim, pode-se afirmar que têm capacidade sucessória não apenas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, mas, também, os nascituros que forem concebidos depois do falecimento do autor da herança, desde que resultante de um projeto de parentalidade estabelecido quando ele ainda estava vivo.

Outro desafio resultante do reconhecimento da capacidade sucessória do nascituro concebido no quadro de um procedimento de PMA *post mortem* diz respeito à administração da massa patrimonial enquanto ele não adquirir a personalidade jurídica.

Da fase da abertura da sucessão até a fase da aquisição sucessória, havendo nascituro ou concepturo, o patrimônio do autor da herança ficará sem titular e será colocado sob o regime da administração, sob a condição suspensiva de que tratam os artigos 2237.º, 2238.º e 2239.º do Código Civil, a fim de assegurar a higidez dos bens, até que os concebidos no contexto de um procedimento de inseminação *post mortem* nasçam e assumam as relações jurídicas que lhes são correspondentes, ou até que se tenha certeza de que a concepção e o nascimento não ocorrerão.

Se o concepturo não for concebido ou se o concebido não nascer com vida, não terão adquirido, em concreto, a personalidade jurídica necessária para adquirir direitos na ordem civil, apesar de lhes ter sido assegurada pela lei, em abstrato, a capacidade sucessória.

Nestes casos, isto é, se o concepturo ou o nascituro não nascer com vida, cessa o regime da administração e a herança deverá ser entregue aos coerdeiros da mesma classe, em obediência à cláusula de acrescer, ou deverá ser transferidos aos sucessíveis da classe seguinte, ou, havendo disposição testamentária, o direito de aceitar ou repudiar a herança será transferido ao substituto nela nomeado.

E quem deve exercer o encargo de administrador da herança, enquanto o concepturo ou o nascituro não tiverem nascido? Parece certo que a administração dos bens deve recair em quem tenha o maior interesse e ofereça, ao mesmo tempo, as melhores condições de preservá-los.

Pode ocorrer, como observa Francisco Manuel Pereira Coelho (1974, p. 79), que o próprio autor da herança defina previamente que deverá exercer a guarda e a administração dos seus bens enquanto pendente a aquisição sucessória, porque ninguém melhor do que ele para saber quem mais zelosamente o fará.

No que diz respeito aos limites dos poderes e às obrigações do administrador enquanto pendente a concepção e o nascimento em decorrência das técnicas de inseminação *post mortem*, entendemos que deve ser aplicado o artigo 2239.º do Código Civil, que trata da atividade do curador provisório dos bens do ausente.

Neste caso, o administrador está obrigado a prestar contas de sua gestão e proibido de exceder os atos de mera administração, sendo-lhe vedada a realização de atos de disposição patrimonial, assumindo o administrador a responsabilidade de zelar e conservar os bens da herança com o mesmo zelo e probidade que empregaria se se tratasse de seu próprio patrimônio.

Outra questão que se coloca nesse contexto é definir quem é o titular dos bens hereditários colocados em administração durante o intervalo de tempo que vai da abertura da

sucessão até a concepção e o nascimento da pessoa concebida no quadro de um procedimento de procriação medicamente assistida *post mortem*.

Por um lado, o patrimônio não mais se encontra na titularidade do falecido, uma vez que, nos termos do artigo 68 do Código Civil, a personalidade civil se extingue pela morte e com a ocorrência desse fato todas as suas relações jurídicas ficaram sem titular.

Por outro lado, o acervo hereditário também não pertencerá ao concepturo ou ao nascituro concebido no quadro de um procedimento de procriação medicamente assistida *post mortem*, porque apenas se nascer com vida adquirirá personalidade jurídica e poderá ser titular de direitos e obrigações na ordem jurídica.

Da mesma forma, o administrador provisoriamente nomeado para zelar pela sua conservação também não poderá ser tido como titular da herança, uma vez que, conforme assinalado acima, cabendo-lhe tão somente os atos de guarda, conservação e gestão do patrimônio.

Maria Beatriz Almeida Correia de Sousa (2017, p. 38) afirma que uma primeira possibilidade seria considerar a massa patrimonial como herança jacente, tal como ocorria no Código Civil italiano de 1865, que equiparava os administradores dos bens dos concepturos e nascituros aos curadores da herança jacente, os quais deveriam manter inalterada a propriedade dos bens e direitos e todas as demais relações jurídicas até o nascimento do sucessível, quando então se teria por determinado o seu titular.

A teoria dos direitos sem sujeitos é apresentada por Luís A. Carvalho Fernandes (2017, p. 156), e de acordo com ela os bens e direitos do autor da sucessão são mantidos sem um titular, uma vez que este só será conhecido futuramente com o nascimento com vida, tratando-se de direitos que teriam, momentaneamente, um titular apenas em abstrato, ainda não concretizado

Para o referido autor, com a abertura da sucessão os direitos que pertenciam ao falecido permanecem ativos, aguardando que um novo titular venha sucedê-lo, sendo que no caso do concepturo e do nascituro haverá uma ausência temporária, resolvida pelo nascimento com vida ou pelo chamamento de outro sucessível, caso isso não ocorra, permanecendo os bens sob administração até que se verifique uma dessas situações (FERNANDES, 2017, p. 158).

Carlos Alberto da Mota Pinto (1996, p. 199), por sua vez, nega a possibilidade de existirem direitos sem sujeitos. De acordo com o autor, nesses casos se estará diante de um simples estado de vinculação entre certos bens que não chegam a atribuir direitos verdadeiros a possível titular que ainda não existe.

Para os defensores da proposta do mero estado de vinculação, os bens integrantes do acervo hereditário não passariam de objetos em potencial e os direitos corresponderiam a meras expectativas de se incorporarem, futuramente, no patrimônio jurídico do concepturo ou do nascituro, se ele for concebido ou se vier nascer, momento então que se materializariam como direito concretos (PINTO, 1996, p. 199).

A etapa final do fenômeno sucessório ocorre quando as relações jurídicas do autor da sucessão finalmente ingressam no patrimônio jurídico dos seus sucessores e estes assumem, por outro lado, a titularidade dessas mesmas relações no lugar do seu antigo titular.

Chama-se esse procedimento de partilha, a qual pode ser realizada na via judicial ou na via extrajudicial, quando todos os interessados forem capazes e estiverem de acordo quanto aos seus termos.

Conforme mencionado no decorrer deste trabalho, as pessoas concebidas no quadro de um procedimento de procriação medicamente assistida *post mortem* possuem capacidade sucessória para a sucessão legítima e legitimária, ainda que no momento da abertura da sucessão sequer haviam sido concebidas, desde que venham a nascer com vida, quando adquirem a personalidade jurídica.

Diante dessa nova situação, pode ocorrer que na partilha concorram apenas pessoas concebidas e nascidas depois da morte do autor da herança, caso em que todos os sucessíveis estarão em situação de plena igualdade.

Neste caso, concorrendo entre si apenas chamados não concebidos no momento da abertura da sucessão, porque todos foram concebidos no contexto de um procedimento de PMA *post mortem*, a solução apresenta-se de relativa simplicidade, uma vez que todos os bens e direitos hereditários permanecerão sob o regime de administração até que estes adquiram a personalidade jurídica.

Mas pode ocorrer, também, que sejam chamadas pessoas concebidas no quadro de um procedimento de procriação medicamente assistida *post mortem* em concorrência com outros sucessíveis que já eram nascidos e vivos no momento da abertura da sucessão.

Concorrendo na herança pessoas que já eram vivas ao tempo da abertura da sucessão com sucessíveis que ainda não eram concebidas naquele momento, as soluções serão necessariamente diferentes, não havendo uma definição legal quanto a isso.

Alguns autores, como Luís André Carvalho Fernandes (2017, p. 330), sustentam que nessa hipótese a partilha não pode ser realizada, devendo os bens ser mantidos em administração, para que não percam a valorização, e, ainda, em comunhão temporária

entre os sucessíveis que eram nascidos ao tempo da abertura da sucessão, em relação aos quais se observará o regime da compropriedade.

Carlos Pamplona Corte-Real (2012, p. 200) afirma que a indivisibilidade temporária da herança e a sua colocação sob administração contribui para a preservação do acervo, enquanto se apura quem serão os chamados à sucessão, apontando o referido autor para a possibilidade de os herdeiros vivos ao tempo da abertura da sucessão poderem se tornar administradores de toda a massa patrimonial, mediante caução idônea para preservar os interesses dos conceptuos e nascituros.

Aindivisibilidade da herança é uma situação transitória, cabendo ao cônjuge e ao coerdeiro o direito de exigir a partilha se quando assim desejarem, conforme dispõe o artigo 2101.º, 1, do Código Civil. De acordo com este dispositivo legal, o estado de indivisão da herança pode ser mantido pelo prazo de cinco anos, podendo, no entanto, ser renovado uma ou mais vezes por acordo de vontade dos sucessores.

Quando houver concorrência de herdeiros que estavam vivos no momento da abertura da sucessão e nascituros ainda não concebidos no quadro de um procedimento de PMA *post mortem*, a herança será mantida jacente durante o prazo de três anos contados da data da morte do autor da sucessão, prazo esse que será prorrogado até ao nascimento completo e com vida destes.

Eduardo dos Santos (2002, p. 143) defende a tese de que havendo concurso entre sucessíveis existentes e sucessíveis não existentes, deve ser realizada uma partilha aproximativa ou uma partilha entre os sucessíveis que já existiam ao tempo da morte do autor da sucessão, sob uma condição resolutiva que se implementará no futuro com a concepção e o nascimento daqueles que ainda não eram vivos naquela ocasião.

Os defensores da tese da partilha aproximativa ou partilha por estimativa sustentam que em caso de concorrência entre sucessíveis nascidos e não nascidos, deve-se fazer um juízo de probabilidade a fim de definir o número de herdeiros que eventualmente serão concebidos e que poderão vir a nascer, realizando-se a partilha desde logo aos sucessores presentes e reservando-se e colocando-se sob administração a quota-parte que, por estimativa, se acredita que seja suficiente para preservar os interesses do concepturo ou do nascituro (CORTE-REAL, 2012, p. 200).

Falhando a estimativa prudentemente feita, deve-se realizar uma partilha complementar até que se igualem os quinhões. Se forem concebidos ou nascidos mais sucessíveis do que o previsto, procede-se à redução da quota-parte dos herdeiros existentes na

data da abertura da sucessão e que foram contemplados com porção maior do que a que tinham direito.

A crítica que se faz à tese da partilha por estimativa é que geralmente não se pode determinar, com precisão, se o concepturo será concebido e dos que forem ou já estiverem concebidos, quantos nascerão.

Acredita-se que essa questão até pode ser levantada quando se estiver em causa a sucessão testamentária ou a sucessão contratual dos concepturos e dos nascituros de que trata o artigo 2033.º, 2, do Código Civil.

Na sucessão legítima ou legitimária dos nascituros concebidos no quadro de um procedimento de PMA *post mortem*, porém, parece-nos existir uma maior previsibilidade quanto ao número de sucessíveis, uma vez que tanto na fertilização *in vitro* quanto na implantação de embrião realizadas postumamente só é lícito concretizar uma única gestação da qual resulte o nascimento completo e com vida.

Cabe mencionar, ainda, a existência da tese da condição suspensiva, segundo a qual a herança deve ser partilhada desde a abertura da sucessão aos herdeiros existentes neste momento, sob a condição de que se e quando nascerem outros filhos em razão da inseminação *post mortem*, esta se resolve (COELHO, 1974, p. 95), com a recomposição do quinhão hereditário destes.

Ocorrendo a condição, anota Eduardo dos Santos (2002, p. 143), os herdeiros que anteriormente receberam a herança porque já existiam no momento da abertura da sucessão deverão recompor a quota-parte dos filhos que no futuro nascerem.

Nessa perspectiva, os herdeiros existentes receberiam a herança desde a data do falecimento do autor da sucessão, adquirindo, no entanto, apenas a propriedade resolúvel dos bens, de forma a possibilitar que os herdeiros nascidos posteriormente possam reivindicar a sua parte, caso em que a partilha anterior fica sem efeito e deverá ser substituída por uma nova (SANTOS, 2002, p. 143).

A fim de conferir maior garantia aos concepturos e aos nascituros, deve-se promover, obrigatoriamente, o registro predial dessa propriedade resolúvel, conferindo àqueles a tutela real. Assim, ainda que venham nascer muito tempo depois, eles poderão perseguir esses bens ainda que tenham sido transferidos a terceiros (SANTOS, 2002, p. 95).

No entanto, se os concepturos e os nascituros, por qualquer motivo, não vierem a nascer com vida, a condição não se implementa e a propriedade dos bens se consolida plenamente nos herdeiros que receberam a herança no momento da abertura da

sucessão, resolvendo-se definitivamente a última fase do fenômeno jurídico sucessório, o da aquisição sucessória.

Por fim, no que diz respeito à habilitação do concepturo e do nascituro para participar da herança, lembra Daniela Alexandra Ribeiro Nogueira (2016, p. 111) entende que “se estiver a decorrer o inventário no momento do nascimento e se o autor da sucessão for considerado o progenitor, procede-se a habilitação da pessoa e esta integra nos quadros de sucessores”.

Porém, prossegue a referida autora, “se o inventário já findou e a partilha já foi efetuada, a pessoa que vier a nascer pode lançar mão do instituto da “petição de herança”, regulada nos artigos 2075.º a 2078.º do CC” (NOGUEIRA, 2016, p. 111).

A petição de herança é uma ação posta à disposição do interessado que tem como finalidade o reconhecimento da qualidade jurídica de herdeiro, objetivando recuperar o domínio e a posse dos bens que constituem a herança desde a morte do *de cuius*.

Caso seja negado o pedido de habilitação do filho nascido e concebido no quadro de um procedimento de PMA *post mortem*, poderá ele requerer o reconhecimento de sua qualidade de herdeiro por meio deste procedimento, sendo a ação de petição de herança destinada exatamente para situações como essas.

As recentes alterações na Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, portanto, estabeleceram um grande avanço na regulamentação da procriação medicamente assistida em Portugal, autorizando e estabelecendo as condições para a realização dos procedimentos *post mortem*, garantindo a realização do projeto de felicidade validamente manifestada por diversas famílias.

Além disso, a inclusão do nascituro concebido no quadro de um procedimento de procriação medicamente assistida *post mortem* entre os habilitados para a sucessão legítima e para a sucessão legitimária restabeleceu a isonomia entre estes e os filhos que já existiam ao tempo da abertura da sucessão, habilitando-os a suceder os seus progenitores em condições de igualdade, fazendo cessar, no âmbito do direito sucessório, a diferença de tratamento que existia entre eles.

5 CONCLUSÃO

Depois das pesquisas realizadas para a elaboração desta dissertação, que não tinha, em hipótese alguma, a intenção de esgotar o assunto, foi possível perceber que apesar de terem sido regulamentadas há mais de uma década, a procriação medicamente assistida continua a ser um tema que suscita grandes debates em Portugal.

A sucessão hereditária das pessoas nascidas da inseminação *post mortem* no quadro de um procedimento de procriação medicamente assistida é um exemplo da necessidade do constante aprimoramento das normas jurídicas, sendo essenciais os debates que se estabelecem em torno dessa matéria, que é de grande relevância na sociedade contemporânea.

Com essa investigação, o nosso objetivo principal era compreender o conceito e os aspectos objetivos e subjetivos dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico português. Pretendíamos conhecer as principais técnicas de PMA admitidas em Portugal e os requisitos necessários para que as pessoas interessadas pudessem acessar esses tratamentos médicos. Além disso, também fazia parte da investigação iniciada analisar a capacidade sucessória e a partilha da herança das pessoas concebidas no quadro de um procedimento de PMA *post mortem*.

O grande desafio da maioria dos países democráticos do mundo ocidental é a batalha pela efetiva implementação dos direitos fundamentais, especialmente daqueles direitos que exigem do Estado uma prestação positiva de natureza fática ou normativa.

O conceito de direitos fundamentais sofreu grandes variações ao longo do tempo e da evolução das sociedades, sendo difícil delimitá-lo ainda nos dias de hoje, podendo ser entendidos, de forma bastante simples, como os direitos garantidos e delimitados em normas constitucionais ou em normas internacionais e infraconstitucionais definidas como tais pela própria Constituição.

A classificação dos direitos fundamentais de acordo com a sua função facilita a compreensão a respeito da extensão e importância dessa categoria de direitos. Os direitos fundamentais possuem quatro funções principais: função de defesa e garantia das liberdades fundamentais, função de prestação estatal, as quais podem ser de natureza fática ou normativa, função de proteção dos direitos fundamentais e a função de garantia de participação na vida política do país.

Importante mencionar que essas diferentes funções podem ser atribuídas na mesma norma de direitos fundamentais, ainda que nem sempre e nem todas ao mesmo tempo.

Outra verificação importante extraída da pesquisa realizada diz respeito às dimensões subjetivas e objetivas dos direitos fundamentais.

Inicialmente, os direitos fundamentais eram compreendidos numa concepção formal, de cunho individual, pois lhes eram reconhecidos basicamente sob um viés individualista, revelando uma dimensão puramente subjetiva.

Posteriormente, no entanto, percebeu-se que os direitos fundamentais encarnavam valores essenciais de uma determinada sociedade e que os direitos individuais produziam reflexos de natureza coletiva.

Constatado que os direitos fundamentais vistos sob uma dimensão puramente individual e subjetiva se apresentavam insuficientes para sua total compreensão, passou-se a se lhes reconhecer, a partir daí, uma dimensão objetiva.

O surgimento dessa dimensão objetiva permite questionar se, cabendo ao Estado certas tarefas previstas no texto constitucional, teria o indivíduo o direito de ver essa tarefa por ele cumprida e realizada, na forma de prestações concretas, de natureza fática (material) ou jurídica (normativa) e se em caso de omissão poderia o Poder Judiciário concretizá-lo ou determinar a sua concretização.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais apresenta-se ligada aos direitos a uma prestação negativa do Estado, ou direitos de liberdade ou direitos de defesa, que consistia no reconhecimento de um espaço individual no qual os poderes públicos não podiam penetrar.

Essa dimensão subjetiva dos direitos fundamentais impõe um não fazer estatal, um dever de abstenção, que pode ser subdivididas em direito ao não impedimento de ações, direito ao respeito à propriedade privada e à não agressão às posições jurídicas conquistadas.

Por outro lado, a dimensão objetiva está centrada na ideia de que os direitos fundamentais atribuem ao Estado o dever de prestar algo ao indivíduo, com a finalidade de lhe garantir a efetividade dos direitos concedidos constitucionalmente.

Esses direitos a prestações positivas do Estado podem ser divididos em direitos a ações fáticas ou materiais e direitos a ações normativas, a demandar uma atuação concreta do estado no fornecimento do bem ou serviço necessário ou na criação da lei ou do ato normativo necessário à tutela do direito fundamental em questão.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, por outro lado, leva ao reconhecimento da existência de uma eficácia irradiante e vinculatória, que obriga o poder público a agir sempre conforme os direitos fundamentais.

Assim, havendo um direito fundamental constitucionalmente previsto que exija a prestação fática (ou material) ou jurídica (normativa) por parte do Estado, tem ele a obrigação de criar as condições necessárias para que o indivíduo veja o seu direito realizado, ainda que sejam elas de natureza normativa.

Os nascituros concebidos no quadro de um procedimento de procriação medicamente assistida *post mortem* têm direito de obter do Estado as prestações normativas que lhes garantam o mesmo tratamento sucessório dos herdeiros que já eram nascidos no momento da abertura da sucessão, o que foi alcançado no final do ano passado, com a publicação da Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro.

Outra questão relevante é a de se saber se na omissão do Estado o Poder Judiciário poderia agir em busca da efetiva concretização dos direitos fundamentais, concedendo a prestação fática ou normativa necessária que deveria ser dada para a tutela dos direitos plasmados na Constituição e não o foram.

Nesse contexto, a questão do controle de constitucionalidade assume grande importância no reconhecimento, na proteção e na constante batalha pela implementação dos direitos fundamentais.

O debate travado entre Carl Schmitt e Hans Kelsen a respeito de quem deve ser o responsável pelo controle da constitucionalidade das leis pode ser lembrado como um dos mais importantes da dogmática constitucional dos últimos tempos.

Schmitt negava que o Poder Judiciário pudesse fazer qualquer exame de compatibilidade das leis com a Constituição, defendendo esse autor que o papel de guardião das normas constitucionais cabe ao Presidente do Reich. Por outro lado, Kelsen defendia que o órgão mais adequado para promover a defesa dos valores constitucionais de um Estado é o Poder Judiciário.

Assim, a investigação realizada no presente trabalho permitiu que se analisasse esse debate a respeito da competência do Parlamento ou dos Tribunais para fazer o controle de constitucionalidade das leis, restando evidente que este último modelo é o que garante melhor proteção aos direitos fundamentais.

No quadro da procriação medicamente assistida, foi possível perceber a grande complexidade e importância dos temas ligados a esse instituto na vida das pessoas, em razão da vertiginosa e constante evolução da biomedicina.

A Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, inicialmente permitia apenas a transferência embrionária depois da morte do titular do material genético, vedando a realização da inseminação artificial *post mortem*.

Da mesma forma, em sua redação inicial a referida lei reconhecia aos concepturos e aos nascituros tão somente a vocação sucessória na sucessão testamentária e na sucessão contratual. Era-lhes, pois, negada a capacidade sucessória na sucessão legítima e na sucessão legitimária, gerando desequilíbrio nas relações hereditárias quando concorriam com sucessíveis já existentes no momento da abertura da sucessão, violando as disposições do artigo 36, 4, da Constituição da República Portuguesa, que proíbe qualquer discriminação ou designações discriminatórias relativas à filiação.

No final de 2021, no entanto, esse quadro normativo foi alterado, com a publicação da Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro, que alterou alguns dispositivos do Código Civil e da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, superando as violações às normas constitucionais acima citadas.

A nova lei, dentre outras modificações na Lei da PMA, autorizou a inseminação *post mortem* com o uso do gameta da pessoa falecida, mantendo-se a autorização para a realização da transferência embrionária póstuma, sendo exigível, em qualquer caso, que o titular do material genético deixe formalizado de forma clara e consentida que esse procedimento faz parte de um projeto parental previamente estabelecido.

No campo do Direito das Sucessões, a referida Lei n.º 72/2021, de 12 de novembro, incluiu importante modificação no artigo 2033.º do Código Civil, reconhecendo a capacidade sucessória às pessoas concebidas no quadro de um procedimento de inseminação *post mortem*.

Além disso, o artigo 2046.º do Código Civil também foi alterado pela citada lei, de modo que havendo consentimento para a realização da inseminação *post mortem*, gênero do qual faz parte a transferência embrionária e a inseminação *strictu sensu*, a herança do progenitor falecido deve ser considerada jacente pelo prazo de três anos contados da data de sua morte, cujo prazo se prorroga até o nascimento completo e com vida do nascituro, se o tratamento tiver sido iniciado dentro do prazo legal.

No novo regime, portanto, a capacidade sucessória do concepturo e do nascituro foi ampliada e agora eles passam a constar no rol dos sucessíveis tanto na sucessão legítima quanto na sucessão legitimária, sendo mantida as condições as atuais da sua capacidade na sucessão testamentária e na sucessão contratual.

A capacidade sucessória das pessoas concebidas no quadro de um procedimento de inseminação *post mortem* reconhecida no artigo 2033.º do Código Civil não teve o efeito de atribuir ao concepturo a personalidade jurídica. Personalidade jurídica e

capacidade sucessória são termos distintos que geram efeitos e consequências jurídicas diversos.

Assim, embora se reconheça abstratamente a capacidade sucessória para os concepturos e nascituros concebidos no quadro de um procedimento de PMA *post mortem*, o exercício do direito de aceitar ou repudiar a herança depende do seu nascimento com vida, momento em que adquirem a personalidade jurídica, na forma definida no artigo 66.º do Código Civil, que não foi derogado pela nova lei.

O momento da aquisição da personalidade também não foi antecipado para o momento da fecundação ou da nidação pela nova lei, apenas se inseriu uma exceção no pressuposto da existência do chamado, permitindo que a pessoa nascida em momento posterior ao da abertura da sucessão pudesse se habilitar ao recebimento da herança, desde o que nasça com vida.

Em outras palavras, ainda que não exista no momento da abertura da sucessão, havendo notícias de que o falecido deixou material genético apto para a fecundação *in vitro* ou embriões habilitados à transferência para o útero materno, a pessoa que nascer no quadro desses procedimentos de procriação medicamente assistida iniciadas dentro nos três anos seguintes à data da abertura da sucessão estará habilitado a declarar se recebe ou se repudia a herança, desde que venham a nascer com vida e que haja prévio e expreso consentimento para a sua realização *post mortem*.

O concepturo e o nascituro, portanto, continuam desprovidos de personalidade jurídica, embora com potencialidade de vir a tê-lo, gozando de um sistema de garantia de direitos sucessórios bem definido na legislação. Desta forma, a confirmação da sua vocação sucessória ocorrerá em momento posterior, quando ocorrer o seu nascimento completo e com vida. Trata-se de uma vocação direta, porém diferida no tempo, cuja existência depende da ocorrência dessa condição.

No que diz respeito à relação jurídica subjetiva dos bens do autor da herança, no período que medeia o seu falecimento e o nascimento da pessoa concebida no quadro da inseminação *post mortem*, tem-se que os seus bens devem ser depositados em mãos do curador da herança jacente e posto sob administração.

Durante esse período, as relações jurídicas do autor da sucessão permanecem provisoriamente sem titular, tendo cabimento a construção de que existem direitos sem sujeitos, ainda que isso ocorra de forma limitada no tempo.

Ainda que não se possam criar direitos sem o seu correspondente titular, no caso da sucessão do concepturo ou do nascituro concebido no quadro de um procedimento de

PMA *post mortem* esses direitos já existem. A vacância, em tal caso, opera em razão da necessidade temporária de se definir quais, precisamente, serão os chamados a dizer se aceitam ou se repudiam a herança, quando então cessará esse quadro de instabilidade e de crise na relação entre bens e sujeitos.

Assim, o nascituro concebido no quadro de uma inseminação *post mortem* tem o direito fundamental ao recebimento da herança, desde que o procedimento tenha se iniciado no prazo de três anos contados da data da abertura da sucessão e que ele venha a nascer com vida, ficando o acervo hereditário sob administração e sujeito ao regime da herança jacente no período que vai da data da abertura da sucessão até o momento em que essa condição for implementada ou até que se tenha certeza de que ela não ocorrerá, seja pelo decurso do prazo legal, seja pela ausência de nascimento com vida.

6. REFERÊNCIAS

6.1 Fontes documentais

ACÓRDÃO n.º 101/2009 - **Tribunal Constitucional**, Diário da República, 2.ª Série, número 64 - 2009, de 1 de Abril. Relator Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha.

ACÓRDÃO n.º 225/2018 - **Tribunal Constitucional**, Diário da República, 1.ª Série, número 87 - 2108, de 7 de Maio. Relator Conselheiro Pedro Machete.

ACÓRDÃO n.º309/2016 -**Tribunal Constitucional**.Diário da República, 2.ª Série, número 173 - 2016, de 08 de setembro. Relator Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro.

CÓDIGO Civil: **Decreto-lei n.º 47344**, de 25 de novembro de 1966. 8.ª Edição. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6790-2.

CONSELHO Nacional de Ética para as Ciências da Vida – **Parecer 23/CNECV/97**. 1997, de 08 de Junho. [Em linha]. [Consult. 06 set. 2022]. Disponível em https://www.cnecv.pt/pt/deliberacoes/pareceres/23-cnecv-97?download_document=3115&token=5ca8aa30c3703e9066f6d4c78601fb99.

CONSELHO Nacional de Procriação Medicamente Assistida – **Parecer relativo ao projeto de decreto-lei que procede a regulamentação da Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho**. [Em linha]. [Consult. 15 mar. 2022]. Disponível em https://www.cnpma.org.pt/Documents/Pareceres%20do%20cnpma/CNPMAParecer_RegulamentacaoLei17-2016.pdf.

CONSELHO Nacional de Procriação Medicamente Assistida – **Análise das propostas de alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (Procriação medicamente assistida)**, contidas nos Projetos de Lei n.ºs 6/XIII/1.ª, 29/XIII/1.ª, 36/XIII/1.ª e P.JL.51/XIII/1.ª - sugestões de textos legislativos. [Em linha]. [Consult. 11 mar. 2022]. Disponível em https://www.cnpma.org.pt/Documents/Pareceres%20do%20cnpma/CNPMA_Parecer%5b6-29-36-51-XIII%5d.pdf.

CONSELHO Nacional de Procriação Medicamente Assistida – **Declaração Regulamentar decorrente da entrada em vigor da Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto**. [Em linha]. [Consult. 11 mar. 2022]. Disponível em https://www.cnpma.org.pt/Documents/Declara%C3%A7%C3%B5es/PROFISSIONAIS_Declaracao_Lei_23_2010.pdf.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa – **Decreto de Aprovação da Constituição**. Diário da República n.º 86/1976, Série I, de 1976-04-10. [Em linha]. [Consult. 22 set. 2022]. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>.

CONVENÇÃO sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - **Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 30/07; Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30/07**. Diário da República I, n.º 146, de 30/07/2009. [Em linha]. [Consult. 30 jul. 2021]. Disponível em https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pessoas_deficiencia_convencao_sobre_direitos_pessoas_com_deficiencia.pdf.

DECRETO Regulamentar n.º 06/2016 – **Diário da República**, 1.ª série, n.º 249, 2016, de 29 de dezembro, de 2016, p. 5126-5130. [Em linha]. [Consult. 09 set. 2021]. Disponível em https://www.cnpma.org.pt/CNPMA%20Legislacao/Legislacao_DR_6-2016.pdf.

LEI n.º 32/2006 - **Diário da República n.º 143/2006**, Série I de 2006-07-26, p. 5245-5250. [Em linha]. [Consult. 26 set. 2022]. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2006-34529775>.

LEI n.º 17/2016 - **Diário da República n.º 116/2016**, Série I de 2016-06-20, p. 1903-1904. [Em linha]. [Consult. 26 set. 2022]. Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/17-2016-74738646>.

LEI n.º 25/2016 - **Diário da República n.º 160/2016**, Série I de 2016-08-22, p. 2775-2777. [Em linha]. [Consult. 23 set. 2022]. Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/25-2016-75177806>.

LEI n.º 58/2017 - **Diário da República n.º 142/2017**, Série I de 2017-07-25, p. 3915-3922. [Em linha]. [Consult. 23 set. 2022]. Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/58-2017-107745743>.

LEI n.º 49/2018 - **Diário da República n.º 156/2018**, Série I de 2018-08-14, p. 4072-4086. [Em linha]. [Consult. 23 set. 2022]. Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/49-2018-116043536>.

LEI n.º 48/2019 - **Diário da República n.º 128/2019**, Série I de 2019-07-08, p. 3415-3416. [Em linha]. [Consult. 23 set. 2022]. Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/48-2019-122996204>.

LEI n.º 72/2021 - **Diário da República n.º 220/2021**, Série I de 2021-11-12, p. 3-5. [Em linha]. [Consult. 27 set. 2022]. Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/72-2021-174244807>.

6.2 Referências bibliográficas

ALEXANDRINO, José de Melo - **A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN: 9789724029719.

ALEXY, Robert - **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. 3.^a Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. ISBN 84-259-0939.

ALVES, Alinne Cardim; BORCAT, Juliana Cristina - **Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. ISBN978-8573489682.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de – **Direito da Família e das Sucessões**. 3.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6742-1.

ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2007.

ANZURES-GURRÍA, José Juan - **La dimensión objetiva de los Derechos Fundamentales em México**, Em Dikaion, v. 26. p. 53-83. Janeiro de 2017. [Em linha]. [Consult. 18 jun 2022]. Disponível em <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/6400/4568>. ISSN 2027-5366.

ASCENÇÃO, José de Oliveira – **Direito Civil. Sucessões**. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.

_____ – **In Direito e Bioética**. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 51, 1991, p. 429-507. [Em linha]. [Consult. 27 set. 2022]. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Ba1e12138-8cf5-4a8d-96c7-65a4bfb9ab2%7D.pdf>.

_____ – **Problemas jurídicos da procriação assistida**. Editora Forense, Volume 328, 1994.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito do Genoma Humano**. Coleção Teses de Doutoramento. 2.^a Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 9789724032504.

_____ - **Direito ao Patrimônio Genética**. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-1113-5.

_____ – **Direito à identidade genética**. Forum Iustitiae. Direito & Sociedade, n.º 6. Lisboa: Novembro, 1999.

_____ – **Da problemática jurídica dos embriões excedentários**. Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXXXI, Verbo, Lisboa, Janeiro-Julho, 2000.

_____ – **O início da Personalidade Jurídica. O artigo 66.º do Código Civil Português perdido no tempo e contra a ciência**. Brotéria, Vol. 150, n.º 5/6, 2000.

_____ - **Democracia ou genocracia**. Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes, vol. 6, n. 6, p. 197-205. Rio de Janeiro: Faculdade Cândido Mendes, 2001.

_____ ; CAMPOS; - **O início da pessoa humana e da pessoa jurídica.** In X Congresso de la Federación Internacional de Estudios sobre América Latina y el Caribe. FIEALC, Academia de Ciências da Rússia, Moscovo, 25-29 de Junho de 2001.

_____ ; CAMPOS; - **O início da pessoa humana e da pessoa jurídica.** Revista Doutrinária, n.º 5, Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito Privado e Agrário Comparado. Rio de Janeiro, Maanaim, 2002.

_____ - **Discriminação e genética.** Revista de Direito Público, CEDIS, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, p. 95-113. Lisboa: 2014. ISBN 9781164691198.

_____ ; CUNHA, Guilherme Gratão – **Direitos Humanos do nascituro concebido e a visão concepcionista: questões controvertidas e atuais.** Revista Jurídica Direito & Paz, Ano XV, n. 44, p. 3-17. São Paulo: Direito & Paz, 2021. ISSN 2359-5035.

BARROS, Fernanda Otoni - Do direito ao pai. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2. Edição, 2005. ISBN 857308765x.

BIANCA, Mariano – **In Nuovo Siglo: trasformazione e manipolazione dela vita.** Bari: G. Laterza, 2000. ISBN 9788882311247.

BONAVIDES, Paulo – **Curso de Direito Constitucional.** 13.a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONETTI, Yelba Nayara Gouveia – **O direito fundamental de constituir família e a reprodução assistida: limites e restrições ao Projeto Parental.** Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas/Direitos Fundamentais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa. Lisboa, 2014. [Em linha]. [Consult. 23 set. 2021]. Disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/16168/1/ulfd128851_tese.pdf.

BORGES, Daniella Aloise – **O Regime Jurídico da Procriação Medicamente Assistida Post Mortem: Quadro Geral e Implicações Sucessórias.** Coimbra, 2014. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no

âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito. [Em linha]. [Consult. 15out. 2021] Disponível em <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/28236/1/Daniella%20Aloise%20Borges.pdf>.

CAMPOS, Diogo Leite de – **A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista)**. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 2 (2016), nº 3, p. 445-454. [Em linha]. [Consult. 27 set. 2022]. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/3/2016_03_0445_0454.pdf.

_____ - **Investigação da Filiação**. In Estudos de Direito da Bioética. Vol. II, Coord. José de Oliveira Ascensão. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3141-5.

_____ - **Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (P.M.A.)**. In Ascensão, José de Oliveira (coord.), Estudos de Direito da Bioética, Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2189-0.

_____ ; CAMPOS, Mónica Martinez – **Lições de Direito das Sucessões**. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 9789724068732.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 9789894000488

_____ ; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa anotada**. Editora Coimbra, 1993.

CARREIRAS, Tiago Manuel da Silva Cunha - **O anonimato do dador de gâmetas e o direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra, 2015. Dissertação de Mestrado em Direito com Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forense da Universidade de Coimbra. [Em linha]. [Consult. 05 out. 2021]. Disponível em <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/35059/1/O%20Anonimato%20do%20Dador%20de%20Game%20tas%20e%20o%20Direito%20ao%20Conhecimento%20das%20Origens%20Geneticas.pdf>.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; CAMPOS, Diogo Leite de - **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009. [Em linha]. [Consult. 27 set 202s]. Disponível em <https://repositorio.usp.br/item/001836428>.

COELHO, Francisco Manuel Pereira - **Direito das Sucessões (Lições ao curso de 1973-1974, actualizadas em face da legislação posterior)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

_____ – **Direito das Sucessões. Parte 2**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

COHEN, Jean; LEPOUTRE, Raymond – **Todos mutantes**. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988.

CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil I**. 4.^a Ed. Coimbra: Almedina Editora, 2012. ISBN 9789724047768.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona – **Direito da Família - Tópicos para uma Reflexão Crítica**. 2.^a Ed. Lisboa: AAFDL, 2011.

COSTA, Marta; SILVA, Paula Martinho - **A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1905-0.

COSTA, Paulo Joaquim Anacleto – **O acesso à justiça como direito fundamental de todos os cidadãos**. Coimbra, 2013. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º ciclo de Estudos em Direito. [Em linha]. [Consult. 16 out. 2021]. Disponível em <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34956/1/O%20acesso%20a%20justica%20como%20direito%20fundamental%20de%20todos%20os%20cidadaos.pdf>.

COURTIS, Christian – La eficacia de los derechos humanos em las relaciones entre particulares. In SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2.^a Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. ISBN 85-7348-407-1.

CRAVO, Rute Inês Gonçalves – **O anonimato do dador de gametas e da gestante de substituição e o direito a conhecer as origens: uma mudança de paradigmas**. Lisboa, 2019. Dissertação de Mestrado em Direito e Prática Jurídica, com menção em Direito Civil apresentada à Faculdade Direito da Universidade de Lisboa para obtenção do grau de Mestre.

[Em linha]. [Consult. 24 out. 2021]. Disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/44982/1/ulfd144847_tese.pdf.

CREMESP, Centro de Bioética do - **O Princípio do Bem. Bioética para iniciantes**. Disponível em [Em linha]. [Consult. 07mai 2021]. [http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=BioeticaParaIniciantes&id=25#:~:text=O%20Relat%C3%B3rio%20Belmont%20E2%80%93%20promulgado%20em,pessoas\)%3B%20Benefic%C3%Aancia%20e%20Justi%C3%A7a](http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=BioeticaParaIniciantes&id=25#:~:text=O%20Relat%C3%B3rio%20Belmont%20E2%80%93%20promulgado%20em,pessoas)%3B%20Benefic%C3%Aancia%20e%20Justi%C3%A7a).

DANTAS, Joana Moraes. **Legítima ou Quota Indisponível, Incapacidades Sucessórias e a Velhice**. Braga, 2016. Dissertação de Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões. [Em linha]. [Consult. 19 set 2022]. Disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/50187/1/Joana%20Moraes%20Dantas.pdf>.

DE LA TORRE VARGAS, Maricruz Gomes - **La fecundación in vitro y la filiación**. Santiago del Chile: Editorial Jurídica, 1993. ISSN 9789561010062.

DIAS, Cristina Manuela de Araújo – **Lições de Direitos das Sucessões**. Coimbra: Almedina Editora, 2019. ISBN 97897240811311.

DINIZ, Maria Helena - **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. ISBN 9788502059955.

DUARTE, Tiago - **In vitro veritas?: a procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei**. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 9789724018935.

ESCARPIADO, Rita – **Discriminação do trabalhador em razão do conhecimento da informação médica: em especial os dados genéticos**. Lisboa, 2018. Dissertação de Mestrado em Direito e Prática Jurídica, especialidade Direito da Empresa da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. [Em linha]. [Consult. 16mar 2021]. Disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37504/1/ulfd137176_tese.pdf.

FERNANDES, Luís André Carvalho Fernandes – **Lições de Direitos das Sucessões**. 4.^a Ed. Lisboa: Quid Juris, 2012. ISBN 9789727255987.

GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael – **Técnicas de Reproducción Asistida Humana y Derecho de Sucesiones**. Revista Jurídica del Notariado, n. 13, enero-marzo, p. 181-255, 1995. ISBN132-0044.

GUIMARÃES, Luiz Carlos Forghieri - **Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 1.^a Ed. São Paulo: Letras Jurídicas. 2015.

HÄRBELE, Peter – **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. ISBN 8588278553.

_____ - **Dimensões dos direitos fundamentais à luz de uma comparação de níveis textuais de constituições**. Seção Especial – Textos Clássicos. [Em linha]. [Consult. em 06 set 2021]. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2236/1159>.ISSN: 2236-1766.

HESSE, Konrad – **A força normativa da Constituição**. São Paulo: Safe Editora, 2004. ISBN 978-8588278189.

KELSEN, Hans – **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. ISBN 9788533623934.

LINDEM, Rafael – **Terapia Gênica: o que é, o que não é e o que será**. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo: Dossiê Biotecnologia, Estudos avançados, 24 (70), ano 2010. [Em linha]. [Consult. em 30 mar 2022].Disponível em <https://www.scielo.br/j/ea/a/nmhVC8mrYSr9v68gRYRsPBS/?lang=pt>.

LOBO, Bárbara Natália Lages. **O direito à igualdade na Constituição Brasileira. Comentários ao Estatuto da Igualdade Racial e a Constitucionalidade das Ações Afirmativas na Educação**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. ISBN 978-85-7700-695-3.

_____ – **Igualdade e ações afirmativas na educação brasileira**. Belo Horizonte, 2009. Dissertação de Mestrado, apresentada ao Programa de PósGraduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. [Em linha]. [Consult. em 03 ago 2021]. Disponível em http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_LoboBN_1.pdf.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús - **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Método, 2004. ISBN586456829.

LOUREIRO, João - **Filho(s) de um gâmeta menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga**. In *Lex Medicinæ*, Ano 3, n.º 6, Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Coimbra Editora, 2007. ISSN 1646-0359.

MAGALHÃES, Sandra Marques – **Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga *Post Mortem***. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 9789723218060.

MATA, Ana Margarida Godinho Barradas Ramos – **Aspectos da procriação medicamente assistida, o anonimato do doador e questões conexas**. Lisboa, 2019. Dissertação de Mestrado em Direito e Prática Jurídica, apresentada à Faculdade de Direito Universidade de Lisboa.[Em linha]. [Consult. Em 04 ago 2021]. Disponível em https://repositorio.ul.pt/jspui/bitstream/10451/41605/1/ulfd140816_tese.pdf

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet - **Curso de Direito Constitucional**. 1.^a Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. ISBN 9788502064683.

MIRANDA, Jorge - **Curso de direito constitucional: Estado e constitucionalismo. Constituição. Direitos Fundamentais**. Vol. 1. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. ISBN 9789725405123.

_____ – **Direitos fundamentais**. 2.a Ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN978-972-40-7217-3.

_____; MEDEIROS, Rui - **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1308-7.

MORAES, Alexandre - **Direitos Humanos Fundamentais**. 8.^a Ed. São Paulo: Editora ATLAS, 2007. ISBN 9788522448760.

MORAES, Daíse Maria Sousa de – **O direito ao conhecimento da verdade biológica: O caso das técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga como requisito para a efetivação dos direitos da personalidade**. Lisboa, 2011. Dissertação de Mestrado em Direito apresentada à Universidade Autónoma de Lisboa. [Em linha]. [Consult. Em 09 abr 2021]. Disponível em <https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/443/1/Disserta%c3%a7%c3%a3o%20Da%c3%adse%20Maria%20Sousa%20de%20Moraes.pdf>.

NASCIMENTO, Paulo – **Procriação Medicamente Assistida Post Mortem: Efeitos Familiares e Sucessórios**. In: DIAS, Maria Berenice et al. *Escritos de Direito das Famílias: Uma Perspectiva Luso-Brasileira*. Porto Alegre: Editora Magister, 2008, p. 239-240. ISBN 978-8585275150.

NOGUEIRA, Daniela Alexandra Ribeiro Nogueira – **O regime jurídico da procriação medicamente assistida *post mortem* e as suas implicações no Direito Sucessório português**. 2016. Dissertação de Mestrado em Direito das Crianças, Famílias e Sucessões apresentada à Escola de Direito da Universidade do Minho. [Em linha]. [Consult. Em 20 mar 2021]. Disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/52019/1/Daniela%20Alexandra%20Ribeiro%20Nogueira.pdf>.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 9789723218336.

_____ – **Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa**. [Em linha]. [Consult. 12 Jul. 2022]. Disponível em www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/JRN_MA_12757.docx.

_____ – **Direitos fundamentais: trunfo contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. ISBN 9789723214451.

OLIVEIRA, Carla Patrício Pereira de - **Entre a mística do sangue e a ascensão dos afetos: o conhecimento das origens biológicas.** Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA, Guilherme - **Estabelecimento da filiação.** Coimbra: Almedina, 6.^a Reimpressão, 2001.

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

PAIVA, Ana Catarina Brandão Fonseca de – **Alguns problemas de Direito das Sucessões no quadro da procriação medicamente assistida.** Coimbra, 2014. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito. [Em linha]. [Consult. Em 18 jun 2022]. Disponível em <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34732/1/Alguns%20Problemas%20de%20Direito%20das%20Sucessoes%20no%20quadro%20da%20Procriacao%20Medicamente%20Assistida.pdf>.

PEDROSO, João; BRANCO, Patrícia – **Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal.** Revista Crítica de Ciências Sociais. Coimbra: Instituto de Investigação Interdisciplinar da Universidade de Coimbra. N. 82 (Setembro 2008). [Em linha]. [Consult. 08 Jun. 2021]. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/33798/1/Mudam-se%20os%20tempos%20muda-se%20a%20fam%C3%ADlia.pdf>.

PÉREZ MONGE, Marina – **La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida.** Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2002. ISBN 84-95240-56-4.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique - **La terceira generación de Derechos Humanos.** Aranzadi: 2006. [Em linha]. [Consult. em 31 jul 2021]. Disponível <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8550/DyL-2007-16-Tercera-Rodriguez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. ISBN: 8497676408.

PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito da Família Contemporâneo.** 5.^a Ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6763-6.

PINTO, Paulo Mota – Autonomia Privada e discriminação: algumas notas. *In* SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2.^a Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. ISBN 85-7348-407-1.

RANZONI, Raisa Mandja – **Direito reprodutivo e os benefícios da procriação assistida: uma análise legislativa e jurisprudencial**. Lisboa, 2017. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada ao Gabinete de Estudos Pós-Graduados da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. [Em linha]. [Consult. Em 20 jul 2022]. Disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37359/1/ulfd136441_tese.pdf.

RAPOSO, Vera Lúcia - **O direito à Imortalidade**. Coimbra: Edições Almeida, 2014. ISBN 9789724051949.

RAPOSO, Vera Lúcia; PEREIRA, André Dias - **Primeiras notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2016, de 26 de julho)**. *In* Lex Medicinæ, Ano 3, n.º 6. Coimbra Editora, 2006. ISSN 1646-0359.

REIS, Rafael Vale e - **Direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra Editora, 2008. ISBN9789723215823.

ROSÁRIO, Pedro Trovão do – **O direito a ser esquecido**. *Revista do Direito*, n. 53, 2017, p. 121-139. [Em linha]. [Consult. Em 30 jul 2022]. Disponível em <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11367>. ISSN 1982 – 9957.

_____ - **Tribunal Constitucional – çum legislador negativo o positivo?** *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, p. 713-740. [Em linha]. [Consult. 01 ago 2022]. Disponível em https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/4617/1/Tribunal_Constitucional.pdf. ISSN2255-3436.

SAMPAIO, José Adércio Leite – **Direitos fundamentais como trufas da maioria**. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)* 7(3):226-234, setembro-dezembro 2015. [Em linha]. [Consult. 28 ago2022]. Disponível

em <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.73.02/5018>. ISSN 2175-2168.

SANTOS, Eduardo dos. **Direito das Sucessões**. Lisboa: AAFDL Editora, 2002. ISBN 9780000069399.

SARLET, Ingo Wolfgang - **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. ISBN 8573481676.

_____ - **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. ISBN 9788573484915.

SCHMITTI, Carl – **O conceito de Político - Teoria do Partisan**. Belo Horizonte, Del Rey, 2008. ISBN 978-8573089882.

_____ – **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

SILVA, Alexandre Antonio Bruno da; STRADA, Ana Isabel Modena – **Apontamentos acerca das dimensões subjetiva e objetiva dos Direitos Fundamentais sociais**. Vol. 4, n.º 4 (2006), p. 45-56. [Em linha]. [Consult. 08 set 2021]. Disponível em <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2003/599>.

SILVA, Ana Rita Gomes - **As incapacidades na sucessão legítima**. Braga, 2016. Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre na Universidade do Minho, Escola de Direito. [Em linha]. [Consult. 23set 2022]. Disponível http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos_reprodutivos3.pdf.

SILVA, Jose Afonso da - **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38.^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2015. ISBN9788539202744.

SOUSA, Maria Beatriz Correia de – **A sucessão a favor do concepturo**. Lisboa, 2017. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa para obtenção do grau de Mestre. [Em linha]. [Consult. 17 set 2022]. Disponível em

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/23338/1/Vers%C3%A3o%20Final%C3%ADssi%20ma.pdf>.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de – **O direito geral de personalidade**. Coimbra Editora, 1995.

TELLES, Inocência Galvão – **Direito das Sucessões: noções fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. ISBN 972320455x.

VARELA, J. M. Antunes - **A inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro**. *In* Revista de Legislação e Jurisprudência, 1994, Ano 127, n. 3843, p. 162-163.

VASCONCELOS, Pais de Pedro de; VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – **Teoria Geral do Direito Civil**. 9.^a Ed. Coimbra: Almedina Editora, 2019. ISBN 9789724081847.

VENTER, J. C. et al - **The sequence of the human genome**. *Science*, v. 91, n. 5507, p.1304-51, 2001, *apud* LINDEN, Rafael – *Terapia Gênica: o que é, o que não é e o que será*. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo: Dossiê Biotecnologia, Estudos avançados, 24 (70), ano 2010. [Em linha]. [Consult. 30 mar 2022]. Disponível em <https://www.scielo.br/j/ea/a/nmhVC8mrYSr9v68gRYRsPBS/?lang=pt>.

VENTORINI, Thalita Rosado – **Os direitos fundamentais na procriação medicamente assistida *post mortem***. Coimbra, 2014. [Em linha]. [Consult. 05 set 2021]. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Constitucional, apresentada no âmbito do 2.º ciclo de estudos em direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Disponível em <https://estudogeral.ucp.pt/bitstream/10316/28533/1/Os%20direitos%20fundamentais%20na%20procriacao%20medicamente%20assistida%20post%20mortem.pdf>.

VENTURA, Miriam - **Direitos Reprodutivos no Brasil**. Brasília: UNFPA, 3.^a Ed. revista e atualizada, 2009. [Em linha]. [Consult. 30 mar 2022]. Disponível em http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos_reprodutivos3.pdf.