

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Número Temático: Vulnerabilidade(s) e Direito

ANO LXII

2021

NÚMERO 1 | TOMO 1

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Agosto, 2021

TOMO 1

- **M. Januário da Costa Gomes**
11-17 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

- **António Menezes Cordeiro**
21-58 Vulnerabilidades e Direito civil
Vulnerabilities and Civil Law
- **Christian Baldus**
59-69 Metáforas e procedimentos: Vulnerabilidade no direito romano?
Metaphern und Verfahren: Vulnerabilität im römischen Recht?
- **José Tolentino de Mendonça**
71-76 Sobre o Uso do Termo Vulnerabilidade
On the Use of the Word Vulnerability

ESTUDOS DOUTRINAIS

- **A. Dywyná Djabulá**
79-112 A Dinâmica do Direito Internacional do Mar em Resposta à Crescente Vulnerabilidade da Biodiversidade Marinha
The Dynamics of International Sea Law in Response to the Increasing Vulnerability of Marine Biodiversity
- **Alfredo Calderale**
113-143 Vulnerabilità e immigrazione nei sistemi giuridici italiano e brasiliano
Vulnerability and immigration in the Italian and Brazilian legal systems
- **Aquilino Paulo Antunes**
145-168 Covid-19 e medicamentos: Vulnerabilidade, escassez e desalinhamento de incentivos
Covid-19 and drugs: Vulnerability, scarcity and misalignment of incentives
- **Cláudio Brandão**
169-183 O gènesis do conceito substancial de Direitos Humanos: a proteção do vulnerável na Escolástica Tardia Ibérica
Genesis of the substantial concept of Human Rights: protection of the vulnerable person in Late Iberian Scholastic
- **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
185-208 Direito Vulnerável: o combate jurídico pelo Estado Republicano, Democrático e Social de Direito na Europa pós-pandémica
Vulnerable Law: The Legal Combat for the Republican, Democratic and Social State of Law in the post-pandemic Europe

-
- 209-230 **Elsa Dias Oliveira**
Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia
Some considerations about the consumer protection in the digital market on the scope of the European Union Law
-
- 231-258 **Fernando Loureiro Bastos**
A subida do nível do mar e a vulnerabilidade do território terrestre dos Estados costeiros
Sea level rise and the vulnerability of the land territory of coastal states
-
- 259-281 **Filipa Lira de Almeida**
Do envelhecimento à vulnerabilidade
From ageing to vulnerability
-
- 283-304 **Francisco de Abreu Duarte | Rui Tavares Lanceiro**
Vulnerability and the Algorithmic Public Administration: administrative principles for a public administration of the future
Vulnerabilidade e Administração Pública Algorítmica: princípios administrativos para uma Administração Pública de futuro
-
- 305-339 **Hugo Ramos Alves**
Vulnerabilidade e assimetria contratual
Vulnerability and contractual asymmetry
-
- 341-374 **Isabel Graes**
Uma “solução” setecentista para a vulnerabilidade social: a Intendência Geral da Polícia
A “solution” to the social vulnerability in the 18th century: The General Police Intendency
-
- 375-404 **Jean-Louis Halpérin**
La protection du contractant vulnérable en droit français du Code Napoléon à aujourd’hui
A proteção do contraente vulnerável em Direito francês do Código Napoleão aos dias de hoje
-
- 405-489 **João de Oliveira Galdes**
Sobre a determinação da morte e a extração de órgãos: a reforma de 2013
On the Determination of Death and Organ Harvesting: the 2013 Reform
-
- 491-515 **Jones Figueirêdo Alves**
Os pobres como sujeitos de desigualdades sociais e sua proteção reconstrutiva no pós-pandemia
The poor as subject to social inequalities and their reconstructive protection in the Post-Pandemic
-
- 517-552 **Jorge Cesa Ferreira da Silva**
A vulnerabilidade no Direito Contratual
Vulnerability in Contract Law
-
- 553-564 **José Luís Bonifácio Ramos**
Problemática Animal: Vulnerabilidades e Desafios
Animal Issues: Vulnerabilities and Challenges

-
- Júlio Manuel Vieira Gomes**
565-602 O trabalho temporário: um triângulo perigoso no Direito do Trabalho (ou a vulnerabilidade acrescida dos trabalhadores temporários)
The temporary agency work: a dangerous triangle in Labour Law (or the increased vulnerability of temporary agency workers)

TOMO 2

-
- Mafalda Carmona**
603-635 “Para o nosso próprio bem” – o caso do tabaco
“For our own good” – the tobacco matter
-
- Marco Antonio Marques da Silva**
637-654 Vulnerabilidade e Mulher Vítima de Violência: Aperfeiçoamento dos Mecanismos de Combate no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no Direito Brasileiro
Vulnerability and Woman Victim of Violence: The improvement of the Fighting Mechanisms in the Inter-American Human Rights System and Brazilian Law
-
- Margarida Paz**
655-679 A proteção das pessoas vulneráveis, em especial as pessoas idosas, nas relações de consumo
The protection of vulnerable people, especially the elderly, in consumer relations
-
- Margarida Seixas**
681-703 Intervenção do Estado em meados do século XIX: uma tutela para os trabalhadores por conta de outrem
State intervention in the mid-19th century: a protection for salaried workers
-
- Maria Clara Sottomayor**
705-732 Vulnerabilidade e discriminação
Vulnerability and discrimination
-
- Maria Margarida Silva Pereira**
733-769 O estigma do adultério no Livro das Sucessões e a conseqüente vulnerabilidade (quase sempre feminina) dos inocentes. A propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de março de 2019
The adultery's stigma in the Book of Succession Law and the consequent vulnerability (nearly always feminine) of the innocents. With regard to the Portuguese Supreme Court of Justice Judgement of May 28, 2019
-
- Míriam Afonso Brigas**
771-791 A vulnerabilidade como pedra angular da formação cultural do Direito da Família – Primeiras reflexões
Vulnerability as the cornerstone of the cultural development of Family Law – First reflections

-
- Nuno Manuel Pinto Oliveira**
793-837 Em tema de renegociação – a vulnerabilidade dos equilíbrios contratuais no infinito jogo dos acasos
On renegotiation – the vulnerability of contractual balance against the background of an infinite game of chance
-
- Pedro Infante Mota**
839-870 De venerável a vulnerável: *trumping* o Órgão de Recurso da OMC
From venerable to vulnerable: trumping the WTO Appellate Body
-
- Sandra Passinhas**
871-898 A proteção do consumidor no mercado em linha
Consumers' protection in digital markets
-
- Sérgio Miguel José Correia**
899-941 Maus-tratos Parentais – Considerações sobre a Vitimação e a Vulnerabilização da Criança no Contexto Parental-Filial
Parental Maltreatment – Considerations on Child Victimization and Vulnerability within the Parental-Filial Context
-
- Silvio Romero Beltrão | Maria Carla Moutinho Nery**
943-962 O movimento de tutela dos vulneráveis na atual crise económica: a proteção dos interesses dos consumidores e o princípio da conservação da empresa diante da necessidade de proteção das empresas aéreas
The vulnerable protection movement in the current economic crisis: the protection of consumers interests and the principle of conservation of the company in face of the protection of airline companies
-
- Valentina Vincenza Cuocci**
963-990 Vulnerabilità, dati personali e *mitigation measures*. Oltre la protezione dei minori
Vulnerability, personal data and mitigation measures. Beyond the protection of children

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Maria Fernanda Palma**
993-1002 O mito da liberdade das pessoas exploradas sexualmente na Jurisprudência do Tribunal Constitucional e a utilização concetualista e retórica do critério do bem jurídico
The myth of the freedom of sexually exploited people in the Constitutional Court's Jurisprudence and the conceptual and rhetorical use of the criterion of the legal good
-
- Pedro Caridade de Freitas**
1003-1022 Comentário à decisão da Câmara Grande do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – caso *Vavříčka e Outros versus República Checa* (Proc. 47621/13 e 5), 8 de Abril de 2021
Commentary on the decision of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights – Vavříčka and Others v. Czech Republic case (Proc. 47621/13 and 5), 8th April 2021

- **Rui Guerra da Fonseca**
1023-1045 Vacinação infantil compulsória – o Ac. TEDH *Vavříčka & Outros c. República Checa*,
queixas n.ºs 47621/13 e outros, 08/04/2021
Compulsory childhood vaccination – ECHR Case of Vavříčka and Others v. the Czech Republic, appl.
47621/13 and others, 08/04/2021

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

- **António Pedro Barbas Homem**
1047-1052 Doutoramentos e centros de investigação
Doctoral degrees and research centers
- **Christian Baldus**
1053-1065 Arguição da tese de doutoramento do Mestre Francisco Rodrigues Rocha sobre “Da
contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao
primeiro quartel do IV d.C.”
*Soutenance de la thèse de doctorat du Maître Francisco Rodrigues Rocha sur “Da contribuição por
sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao primeiro quartel do IV d.C.”*
- **José A. A. Duarte Nogueira**
1067-1078 *Da contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Do Século I a. C.*
ao primeiro quartel do IV d. C. (Francisco Barros Rodrigues Rocha). Arguição nas provas
de Doutoramento (Lisboa, 5 de Março de 2021)
The contribution by sacrifice on the sea in the Roman legal experience between the 1st century
BC. and the first quarter of 4th century AD, by *Francisco Barros Rodrigues Rocha. Argument in
the Doctoral exams (Lisbon, March 5, 2021)*

LIVROS & ARTIGOS

- **Antonio do Passo Cabral**
1081-1083 Recensão à obra *A prova em processo civil: ensaio sobre o direito probatório*, de Miguel
Teixeira de Sousa
- **Dário Moura Vicente**
1085-1090 Recensão à obra *Conflict of Laws and the Internet*, de Pedro de Miguel Asensio
- **Maria Chiara Locchi**
1091-1101 Recensão à obra *Sistemas constitucionais comparados*, de Lucio Pegoraro e Angelo Rinella

Sobre a determinação da morte e a extração de órgãos: a reforma de 2013

On the Determination of Death and Organ Harvesting: the 2013 Reform

João de Oliveira Geraldes*

Resumo: neste artigo é analisado o problema da determinação da morte e das suas consequências jurídicas, nomeadamente quanto à extração de órgãos. Conclui-se que o Despacho n.º 14341, de 6 de novembro de 2013, que permite a extração de órgãos em situações de paragem cardiocirculatória, porque incompatível com o conceito legal de morte, é inválido e nulo.

Palavras-chave: personalidade jurídica, morte, bioética, extração de órgãos.

Abstract: in this article it is examined the problem of determining death and its legal consequences, namely regarding the extraction of organs. It is concluded that the Order No. 14341, of November 6, 2013, which allows the extraction of organs in situations of irreversible cardiac arrest, because it is incompatible with the legal concept of death, it is legally null and void.

Keywords: organs harvesting, death, legal personality, bioethics.

Sumário: I. Introdução: §1. Plano; §2. Enquadramento da reforma de 2013; 2.1. O Despacho n.º 16351/2012; 2.2. O Parecer n.º 76/CNECV/2013 relativo à colheita de órgãos em pessoas com paragem cardiopulmonar irreversível; 2.3. O Despacho n.º 14341/2013 – a reforma de 2013; 2.4. A execução da reforma de 2013; §3. Delimitação do problema jurídico; II. Coordenadas gerais do problema: o sistema conceptual de morte em geral; §1. Sistema conceptual de morte; 1.1. A emergência da morte cerebral como critério concreto de morte; 1.2. Instrumentalização do critério concreto de morte: a crítica; §2. A formação do sistema conceptual de morte; 2.1. A teoria do organismo como um todo e a morte cerebral total; 2.2. A cessação das funções do “tronco encefálico” como critério concreto de morte no sistema britânico e sua crítica; III. O sistema conceptual de morte no direito português; §1. A falência cardiopulmonar como critério concreto de morte; §2. A receção da morte cerebral como critério concreto de morte e a formação

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. São devidos agradecimentos a André Salgado de Matos, David Duarte, Gonçalo Leite de Campos, Hugo Rosa Ferreira, Inês Sítima Craveiro, João P. Charters Marchante, José António Veloso, Luís Pereira Coutinho, Luís Faustino, Manuel Carneiro da Frada, Paulo Otero, Pedro Fernández Sánchez e Tiago Soares Cardoso.

de um sistema com dualidade de critérios concreto de morte; §3. O sistema conceptual de morte no período de 1976–1993: problemas interpretativos; §4. A reforma de 1993: a Lei n.º 12/93, de 22 de Abril e a (re)introdução do critério de morte cerebral no regime jurídico dos transplantes; 4.1. A Declaração da Ordem dos Médicos de 1994: a introdução do critério da cessação das funções do tronco encefálico como critério concreto de morte; 4.2. O Parecer n.º 6/CNECV/94 sobre os critérios de verificação da morte cerebral propostos pela Ordem dos Médicos; 4.3. O Parecer n.º 10/CNECV/95 sobre o conceito de morte: um repto ao legislador; §5. A reforma de 1999: da proposta governamental de sistema com dualidade de critérios à generalização do critério da cessação das funções do tronco encefálico; 5.1. A proposta de Lei n.º 104/VII; 5.2. Os pareceres das comissões parlamentares; 5.3. O debate parlamentar e a versão final da reforma; IV. Evolução recente do sistema conceptual de morte: apreciação jurídica da reforma de 2013; §1. Síntese da reforma de 2013; §2. A Conferência de Maastricht de 1995 e a (re)emergência da extração de órgãos após paragem cardiocirculatória; 2.1. A Conferência de Maastricht de 1995; 2.2. A extração de órgãos após paragem cardiocirculatória nos sistemas de critério duplo; 2.3. A ilegalidade e a criminalização especial da extração de órgãos no direito alemão; 2.3.1. A ilegalidade da extração de órgãos no direito alemão; 2.3.2. A criminalização especial da extração de órgãos no direito alemão; §3. A introdução da extração de órgãos após paragem cardiocirculatória no sistema conceptual de morte português; §4. Da (in)compatibilidade da reforma de 2013 com o sistema conceptual de morte português; 4.1. Da invalidade do Despacho n.º 14341/2013, 6 de Novembro de 2013; §5. Síntese.

I Introdução

§1. Plano

1. Pretende-se, neste estudo, analisar as alterações ao sistema legal de morte português, introduzidas em 2013¹, relativas ao critério de “morte” por “paragem cardiocirculatória” e à possibilidade de extração de órgãos em pessoas nesse estado. A este propósito, interessa acentuar que, mesmo no vasto universo da bioética², “as

¹ Reforma de 2013 – Despacho n.º 14341/2013, “*Diagnóstico e certificação da morte por paragem cardiocirculatória*”, Diário da República, II Série, n.º 205, 6 de Novembro de 2013, pp. 32855-32856.

² E. DEUTSCH, *Die Methodenlehre des Medizinrechts*, MedR.(MedizinRecht), 2013, vol. 31/11, pp. 708 e ss.

questões legais exigem respostas legais”³. Serve esta citação para explicitar que este estudo é jurídico, não obstante a alusão a outras disciplinas científicas, visando apenas identificar respostas legais para os vários problemas que nele serão enunciados. Esta investigação justifica-se, primordialmente, pela importância dos conceitos de vida e morte⁴, bem como pela necessidade de elevado grau de certeza na determinação do âmbito temporal da vida⁵. Nada, neste plano, é ajurídico⁶: os conceitos de vida e morte são (d)os mais relevantes de todos os conceitos do sistema jurídico⁷. Comprovando a

³ T. GUTMANN, *Organtransplantation, in Wissen, Leben, Ethik – Themen und Positionen der Bioethik* (org. J. ACH, B. LÜTTENBERG, M. QUANTE), Mentis, 2014, pp. 91-100, p. 91. V. também HANS-LUDWIG SCHREIBER, *Recht und Ethik, in Recht und Ethik in der Medizin* (org. W. DOERR/W. JACOB/A. LAUFS), Springer, Berlin/Heidelberg/New York, 1982, Springer, pp. 15 e ss.

⁴ E. DEUTSCH/A. SPICKHOFF, *Medizinrecht*, Springer, 2014, p. 637, referindo um “*Funktionale Todesbegriffe*”; M. IRMEN, *Sterben und Tod in der Gesetzgebung – Eine Untersuchung des TPG, der Rechtsprechung und der juristischen Literatur*, Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, Grin, 2014, pp. 17 e ss., acentuando a dimensão jurídica da determinação da morte: “*Eigentlich besitzt die Entscheidungspflicht für die Grenzziehung zwischen Leben und Tod der Gesetzgeber und nicht die Ärzte und andere Naturwissenschaftler. Hierfür ist die BÄK als Institution eher schlecht geeignet, denn die Bestimmung des Todes im Gesetz ist demnach eine juristische Frage*”; v. ainda: KLAUS SAERBECK, *Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriffe*, De Gruyter, Berlin, 1974, pp. 112 e ss.; E. WICKS, *The Legal Definition of Death and the Right to Life, in Interdisciplinary Perspectives on Mortality and its Timings*, Palgrave Macmillan, 2017, pp. 119 e ss.; J. FARIA COSTA, *Vida e morte em direito penal (esquiso de alguns problemas e tentativa de autonomização de um novo bem jurídico)*, Revista portuguesa de ciência criminal, Coimbra, 14, n.ºs 1 e 2, 2004, pp. 171 e ss.

⁵ A morte será “*ein normativer Begriff, der die Reichweite des [straf]rechtlichen Lebensschutzes am Ende des Lebens definiert*”, B. FATEH-MOGHADAM, *Strafrechtliche Risiken der Organtransplantation, in Strafrecht der Medizin, Handbuch für Wissenschaft und Praxis* (org. F. SALIGER/M. TSAMBIKAKIS), 2015, C. H. Beck, München, 2015, Rn 5; v. também KLEIN, C., *Der Tod als relativ-funktioneller Rechtsbegriff – Die Lösung der unendlichen juristischen Diskussion zur Todesfeststellung?!*, MedR. (MedizinRecht), 2020, v. 38/12, pp. 1007 e ss.; em geral, sobre substância e função: E. CASSIRER, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff Untersuchungen über die Grundfragen der Erkenntniskritik*, Berlin, 1910, pp. 410 e ss.

⁶ O Tribunal Constitucional alemão segue orientação favorável à possibilidade de sindicância jurídica das diretrizes técnicas da associação médica alemã, nomeadamente a sua compatibilidade com leis de valor superior: BVerfG, 18/8/2014, 1BvR2271/14: “*Die Fachgerichte sind entgegen der Auffassung der Verfassungsbeschwerde nicht uneingeschränkt an die Vorgaben der Richtlinie zur Organtransplantation gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 5 TPG gebunden. Da sie kein förmliches Gesetz ist, können und müssen sie die Richtlinie - ohne dass der Rechtscharakter dieser Richtlinie dafür hier näher bestimmt werden müsste - auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht überprüfen, falls es für ihre Entscheidung darauf ankommt*”. Sobre o problema, J. A. SICKOR, *Normenhierarchie im Arztrecht*, Springer, Berlin, 2005, pp. 133 e ss., e M. IRMEN, *Sterben und Tod in der Gesetzgebung – Eine Untersuchung des TPG, der Rechtsprechung und der juristischen Literatur*, cit., pp. 17 e ss.

⁷ Para uma perspetiva constitucional do direito à vida, cfr. J. MIRANDA/R. MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa anotada*, tomo I, 2ª ed., W. Kluwer/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 499 e ss., e J. J. GOMES CANOTILHO/V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*,

sua significância jurídica, resulta do n.º 1 do artigo 68.º do Código Civil⁸ que à morte é imputado o mais intenso efeito jurídico ablativo do sistema jurídico: a morte determina o fim da personalidade jurídica⁹ e a perda desta determina a transformação da pessoa humana em cadáver^{10/11}. O processo de morte é, deste modo, o estuário terminal da proteção jurídica civil e penal da vida: o cadáver não é mais “pessoa” para efeito do tipo de crime de homicídio¹², possibilitando assim, se verificados outros pressupostos, a extração de órgãos¹³.

2. O presente estudo está dividido em três partes. Na primeira parte, procede-se à reconstituição histórica da introdução da “morte por paragem cardiocir-

vol. I, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 445 e ss. Em plano geral, P. OTERO, *Direito da vida: relatório sobre o programa conteúdos e métodos de ensino*, Almedina, Coimbra, 2004, e M. CARNEIRO DA FRADA, *O conceito de dignidade da pessoa humana – Um mapa de navegação para o jurista*, Revista de Direito da Responsabilidade, ano 2.º, 2020, pp. 867 e ss.

⁸ Para MENEZES CORDEIRO, “o artigo 68º/1 visa a morte natural, isto é, a cessação das funções vitais, seguindo-se à decomposição do organismo”, A. MENEZES CORDEIRO, *Código Civil comentado, I – Parte Geral*, Almedina, Coimbra, 2020, anot. ao artigo 68.º, p. 255; v. ainda, P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 80 e ss. Acentuando a existência de tutela *post-mortem*: R. CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, pp.188-198.

⁹ Com posição particular, D. LEITE DE CAMPOS, *O estatuto jurídico da pessoa depois da morte*, Revista Jurídica Luso-Brasileira, 2016, ano 2.º, n.º 4, pp. 477 e ss., enfatiza que “a pessoa humana cria “*ipso facto*” o seu estatuto jurídico, os seus direitos fundamentais, objectivando-se em normas. Antes e acima do Direito legislado; servindo de fundamento primeiro e necessário deste. Em termos de a personalidade jurídica não terminar com a morte, mantendo-se em outro estado – o estado (da vida) do falecido. Extinguindo-se, sim, a capacidade jurídica de exercício de direitos.”, p. 487.

¹⁰ M. GOMES DA SILVA, *Esboço de uma concepção personalista do Direito*, separata da RFDUL, XVII, 1965; v. ainda o Parecer da Câmara Corporativa n.º 14/VIII (Colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres), in Câmara Corporativa (Pareceres), VIII Legislatura, ano de 1963, II, Lisboa, 1964.

¹¹ O momento da morte, entre outros efeitos, influi no estatuto jurídico da pessoa, delimita o âmbito temporal de vigência de deveres de assistência e auxílio e determina a abertura da sucessão. Problematizando o momento relevante (e os critérios de morte aplicáveis), nos termos do §1922 BGB, para a abertura da sucessão: C. KLEIN, *Der Tod als relativ-funktioneller Rechtsbegriff – Die Lösung der unendlichen juristischen Diskussion zur Todesfeststellung?!*, cit, p. 1009. Acentuando o problema da determinação da morte e a sua função no plano dos transplantes: H. THOMAS, *Hirntod: ungewisses Todeszeichen, aber Organentnahme erlaubt?*, Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL), 2008, vol. 3, pp. 74 e ss.

¹² J. FIGUEIREDO DIAS, anot. ao artigo 131.º/CP, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, § 14, p. 9: “A qualidade de pessoa para efeito do tipo de ilícito objetivo do homicídio termina com a morte: o cadáver não é mais pessoa para este efeito”.

¹³ Sobre este ponto, L. BODE, *Todeszeitpunkt des Menschen - Zur Notwendigkeit einer „Neudefinition“*, Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL), 2015, n.º 4, pp. 111 e ss.; K. WEILERT, *Der Tod im Recht, Rechtstheoretische und rechtsbereichsübergreifende Überlegungen einschließlich ihrer Bedeutung für die Regelung der Organspende*, MedR. (MedizinRecht), 2020, v. 38/10, pp. 814 e ss.

culatória” no sistema legal português de morte e identifica-se o problema que constitui o objeto principal desta investigação: a extração de órgãos de pessoas no estado de “morte por paragem cardiocirculatória”. Na segunda parte, é apresentado o enquadramento geral sobre a morte e a extração de órgãos, com uma parte especial dedicada à evolução do respetivo regime jurídico em Portugal. Na terceira parte, são enunciadas considerações quanto ao sistema português e, em particular, quanto à validade da reforma de 2013.

3. No decurso da exposição, será frequentemente feita referência a um sistema conceptual legal de morte, o que se justifica porque a regulação legal da morte compreende diferentes elementos previstos em lei ou regulamento¹⁴. Seguindo de perto o que já foi enunciado pelo *Ethikrat*¹⁵, é de acentuar que os problemas associados à morte são mais adequadamente analisados pela perspetiva que privilegia o estudo da sua estrutura analítica, perspetiva esta que se afasta da distante afirmação de Savigny no seu *System*, considerando a morte como um “fenómeno natural tão simples”¹⁶. Com efeito, no plano do estudo da referida estrutura analítica, é necessário identificar, de princípio, qual é o conceito geral de morte que fundamenta, em termos gerais, o sistema legal de morte¹⁷. Esse conceito geral pode estar expressamente

¹⁴ C. LIMA, *Do conceito ao diagnóstico de morte: controvérsias e dilemas éticos*, Revista da Sociedade Portuguesa de Medicina Interna, vol. 12, n.º 1, 2005, p. 7.

¹⁵ Deutscher Ethikrat, *Hirntod und Entscheidung zur Organspende*, Berlin, 2015, p. 51: “*In Anknüpfung an die internationale Diskussion lassen sich die normativen Probleme, die mit dem der postmortalen Organentnahme zugrunde liegenden Todeskonzept verbunden sind, nach folgenden Gesichtspunkten strukturieren: Todesverständnis, Todeskriterien und Feststellung des Todes*”.

¹⁶ “*Der Tod, als die Gränze der natürlichen Rechtsfähigkeit, ist ein so einfaches Naturereigniß, daß derselbe nicht, so wie die Geburt, eine genauere Feststellung seiner Elemente nöthig macht*”, F. C. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Band II, Veit & Comp., Berlin, 1840, §63, p. 17; para o contexto da época, problematizando morte, natureza, individualidade e personalidade jurídica, v. também C. ERDMANN, *Der Tod im Recht: ein Vortrag*, E.J. Karow, Dorpat/Fellin, 1881, pp. 5 e ss.

¹⁷ Não há, nesta matéria, redundância em ter bem presente o seguinte: é necessário identificar um conceito ou uma definição geral de morte – falência celular total? falência do organismo como um todo? perda de autonomia? perda da capacidade de relacionamento intersubjetivo? –; cumprirá então eger um critério concreto de morte que seja coerente e funcionalmente adequado ao conceito geral de morte – critério de capacidade cardíaca? critério de capacidade respiratória? critério de capacidade funcional cerebral? critério de capacidade de consciência? –; e, finalmente, determinar os correspondentes índices ou critérios de diagnóstico e respetivas técnicas de verificação e certificação da morte – teste da apneia? reflexos fotomotores? electrocardiograma? encefalograma? Estes elementos devem estar necessariamente interligados de forma coerente. A eleição de um critério de diagnóstico ou de uma técnica de certificação de morte não pode ser feita sem respeitar o critério concreto de morte e, ainda de forma mais evidente, o conceito geral de morte, sendo ainda de colocar ênfase na estrita indispensabilidade de se respeitar a relação hierárquica e funcional

consagrado na lei ou surgir implicitamente no critério concreto de morte previsto legalmente – por exemplo, da previsão legal do critério concreto como morte cerebral retira-se o conceito geral de morte associada à cessação do organismo como um todo, conforme adiante melhor se explicitará. Isto porque a função do critério concreto de morte traduz os atributos exigidos pelo conceito geral de morte. Por último, para averiguar se o critério legal concreto de morte resulta preenchido, é necessário identificar os mais adequados critérios de diagnóstico de morte e as respetivas técnicas de verificação¹⁸. Todos estes elementos, que integram o sistema conceptual de morte, devem surgir hierárquica e funcionalmente interligados¹⁹.

4. Por outro lado, todos estes elementos integram a matéria dos direitos fundamentais. Regular a determinação da morte é, afinal, determinar o âmbito temporal do direito à vida²⁰, sendo o domínio natural para tratar destas matérias a lei geral da República. Por essa razão genésica, prejudicial quanto a outras mais, quaisquer alterações ao sistema conceptual legal de morte, sobretudo as que surgem sob vestes regulamentares e técnicas, têm de ser analisadas no plano da hierarquia das fontes e da reserva de lei. Posto isto, cumpre primeiramente explicitar o que resultou da reforma de 2013 para, depois, se proceder ao seu enquadramento no plano do sistema legal de morte vigente em Portugal.

entre estes elementos do sistema conceptual. Para visão geral, C. LIMA, *Do conceito ao diagnóstico de morte: controvérsias e dilemas éticos*, Revista da Sociedade Portuguesa de Medicina Interna, vol. 12, n.º 1, 2005, p. 7.

¹⁸ C. KLEIN, *Der Tod als relativ-funktioneller Rechtsbegriff – Die Lösung der unendlichen juristischen Diskussion zur Todesfeststellung?!*, cit., p. 1009; sobre definições legais: M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 230 e ss.

¹⁹ D. BIRNBACHER, H. ANGSTWURM, F. W. EIGLER, H. B. WUERMELING, *Der vollständige und endgültige Ausfall der Hirntätigkeit als Todeszeichen des Menschen – Anthropologischer Hintergrund*. Deutsches Ärzteblatt, A1–2926 (46), 90, 44 (Nov.), 1993, p. 1: “*Ein Testverfahren muß empirisch hinreichend überprüft sein, um zuverlässig anzuzeigen, daß das jeweils angewendete Kriterium erfüllt ist*”.

²⁰ A. MARIEN ESSER, *Human Death as a Concept of Practical Philosophy*, in *Death and Mortality From Individual to Communal Perspectives*, Collegium: Studies Across Disciplines in the Humanities and Social Sciences, University of Helsinki, vol. 19, 2015, pp. 33 e ss., desenvolvendo a ideia de que vida e morte são conceitos normativos relativos a *formas-de-vida*, no plano processual da vitalidade, pp. 40 e ss. Sublinhando a especificidade da realidade jurídica, J. P. CHARTERS MARCHANTE, *Das lacunas da lei, no Direito português - maxime, do disposto no art. 203.º da CRP (“Os tribunais [...] apenas estão sujeitos à lei.”)*, diss., Lisboa, 2017, pp. 265 e ss.

§2. Enquadramento da reforma de 2013

2.1. O Despacho n.º 16351/2012

1. Através do Despacho n.º 16351/2012²¹, do Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Saúde do XIX Governo Constitucional, foi constituído um grupo de trabalho para avaliar “exaustivamente as possíveis causas para a diminuição dos transplantes de órgãos em Portugal” e propor “medidas corretivas”²². Naquele despacho, é ainda estatisticamente referido que, desde o ano de 2010, se assistiu a uma diminuição progressiva da extração de órgãos. Como justificação provável para o invocado decréscimo apontou-se a diminuição tanto da mortalidade por acidentes vasculares cerebrais como da mortalidade por acidentes rodoviários na população jovem. Nesse entrecho foi, com o declarado propósito de obter melhor compreensão sobre a situação descrita, constituído o referido grupo de trabalho, procurando também identificar os “mecanismos corretores que forem possíveis e adequados”²³. Refira-se que, no ano de 2012, se verificou uma diminuição face ao número de extrações de órgãos dos anos imediatamente anteriores. Porém, não deixa de ser significativo assinalar que não se verificou, no ano de 2012²⁴, uma

²¹ Despacho n.º 16351/2012, Diário da República, II Série, n.º 248, 24 de Dezembro de 2012, p. 40490.

²² Para a reconstituição histórica, saliente-se que o partido político Bloco de Esquerda havia apresentado, algumas semanas antes, o Projeto de Resolução n.º 510/XII/2ª, recomendando ao Governo a realização de uma “auditoria urgente” sobre a redução do número de órgãos extraídos e de transplantes efetuados, bem como a implementação de um plano de ação que permitisse “inverter” esta situação. Pode consultar-se esse projeto de Resolução no Diário da Assembleia de República, II série A, n.º 37, da 2ª Sessão Legislativa da XII Legislatura, 23 de Novembro de 2012, pp. 89-91. Este projeto de Resolução foi votado no dia 29 de novembro de 2012, tendo sido rejeitado com os votos contra do Partido Social Democrata e do Partido Centro Democrático e Social-Partido Popular e os votos favoráveis dos partidos Bloco de Esquerda, Partido Comunista Português, Partido Socialista e Os Verdes. Pode também consultar-se a “Apreciação Parlamentar” no Diário da Assembleia de República, I série, n.º 25, da 2ª Sessão Legislativa da XII Legislatura, 30 de Novembro de 2012, pp. 54-61, e a “Votação final” é consultável em Diário da Assembleia de República, I série, n.º 25, da 2ª Sessão Legislativa da XII Legislatura, 30 de Novembro de 2012, p. 63. Não obstante esta rejeição parlamentar, o Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Saúde do XIX Governo Constitucional, a 14 de Dezembro de 2012, emitiu o Despacho n.º 16351/2012, constituindo o referido grupo de trabalho.

²³ Despacho n.º 16351/2012, Diário da República, II Série, n.º 248, 24 de Dezembro de 2012, p. 40490.

²⁴ Para a visão global da situação relativa ao ano de 2012, atendendo aos dados oficiais do Instituto Português do Sangue e da Transplantação (IPST), importa enunciar os elementos quantitativos relativos ao número de *dadores* em morte cerebral durante o período de 2010–2013: 323 (2010), 301 (2011)

diminuição face à média dos anos anteriores, se considerados os dados disponíveis desde 1986²⁵. Ainda assim, esta situação mereceu especial consideração por parte das entidades governativas, o que terá proporcionado contexto à constituição do referido grupo de trabalho.

2. Volvidos quatro meses, surgiu o “Relatório sobre as causas da diminuição das colheitas de órgãos e transplantações de órgãos”: em termos sintéticos, nele são assinaladas várias causas para a diminuição da extração de órgãos, nomeadamente a “ausência de uma Lei Nacional de Transplantação”^{26/27}. Acoplada à invocada inexistência, inadequação e desatualização do sistema legal vigente, surge também referida a “ausência de um plano de formação nacional e transversal sobre deteção de potenciais dadores e diagnóstico de morte cerebral”²⁸. No relatório são enunciadas várias recomendações, nomeadamente a necessidade de realizar uma reforma do sistema jurídico da transplantação por via de “alterações normativas e legislativas”, compreendendo a “revisão de toda a legislação atual e preparação de uma Lei

e 252 (2012). Dados em: Instituto Português do Sangue e da Transplantação – IPTS, *Relatório sobre as causas da diminuição das colheitas de órgãos e transplantações de órgãos*, cit., p. 4.

²⁵ Conforme os elementos oficiais quanto ao número de extrações em pessoas com morte cerebral: 55 (1986), 90 (1987), 103 (1988), 141 (1989), 138 (1990), 158 (1991), 189 (1992), 150 (1993), 182 (1994), 206 (1995), 215 (1996), 205 (1997), 165 (1998), 190 (1999), 194 (2000), 202 (2001), 217 (2002), 190 (2003), 222 (2004), 190 (2005), 200 (2006), 252 (2007), 283 (2008), 329 (2009), 323 (2010), 301 (2011) e 252 (2012). Dados em: Instituto Português do Sangue e da Transplantação – IPTS, *Relatório sobre as causas da diminuição das colheitas de órgãos e transplantações de órgãos*, cit., p. 4.

²⁶ Instituto Português do Sangue e da Transplantação – IPTS, *Relatório sobre as causas da diminuição das colheitas de órgãos e transplantações de órgãos*, cit., p. 19.

²⁷ Saliente-se que causa surpresa ver invocada a *ausência* de uma lei nacional de transplantação, uma vez que, desde 1993, estava em vigor legislação geral, precisamente relativa à extração e ao transplante de órgãos; e, por esse motivo, também em vigor em 2009, 2010 e 2011. Assim, surpreende que tenha sido apontada a existência de uma *lacuna* como causa da diminuição de extração de órgãos em 2012.

²⁸ Foram identificados vários e sérios problemas na formação específica para identificação e manutenção de dadores em morte cerebral, tendo sido reportados vários casos de instalações hospitalares em que não existiam condições permanentes para o diagnóstico de morte cerebral. Os dados do questionário de investigação realizado pelo IPTS revelam como 60% do universo de unidades/serviços do Centro Hospitalar de Lisboa Central apontaram problemas de formação na identificação de dadores em morte cerebral. No universo de unidades/serviços do Centro Hospitalar de Lisboa Norte, 92% mencionaram carecer de formação para identificar possíveis dadores e formação para a sua manutenção. Esse número foi de 80% no Centro Hospitalar de São João, de 66% no Centro Hospitalar do Porto e também de 66% no Centro Hospitalar da Universidade de Coimbra. Dados em: Instituto Português do Sangue e da Transplantação – IPTS, *Relatório sobre as causas da diminuição das colheitas de órgãos e transplantações de órgãos*, cit., pp. 13-15.

Nacional de Transplantação” e a “regulamentação da colheita de órgãos em paragem circulatória”²⁹. Estavam, portanto, lançadas as bases gerais da reforma de 2013.

2.2. O Parecer n.º 76/CNECV/2013 relativo à extração de órgãos em pessoas com paragem cardiorrespiratória irreversível

1. Sequaz destas recomendações, o Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Saúde, Fernando Serra Leal da Costa, remeteu ao Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (doravante, CNECV) a sua “Proposta de Despacho”³⁰ relativa à “regulamentação da colheita de órgãos em paragem cardiocirculatória”. No seu parecer, o CNECV considerou que a extração de órgãos vitais de pessoas em situação de paragem cardiorrespiratória será justificável no plano da “utilidade”, tendo em consideração “a invocada redução de transplantes com origem em pessoas com diagnóstico de morte cerebral e à (crescente) necessidade de órgãos para salvar ou melhorar a qualidade de vida”^{31/32}. Afirmou-se ainda que: “do ponto de vista ético, não se encontram diferenças de fundo entre a situação de recolha em pessoas com paragem cardiorrespiratória irreversível e pessoas em morte cerebral”³³. Deste modo, aceitou-se a utilidade da extração de órgãos e sustentou-se que não existem diferenças éticas na recolha entre “pessoas em morte cerebral” e “pessoas com paragem cardiorrespiratória irreversível”^{34/35}. Assim, a proposta de despacho enviada

²⁹ Instituto Português do Sangue e da Transplantação – IPTS, *Relatório sobre as causas da diminuição das colheitas de órgãos e transplantações de órgãos*, cit., pp. 21 e 22.

³⁰ Parecer n.º 76/CNECV/2013 – *Parecer sobre o Despacho relativo à colheita de órgãos em pessoas com paragem cardiorrespiratória irreversível*, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV), Set./2013, p. 2.

³¹ Pronunciando-se diretamente sobre o tema da diminuição dos transplantes, invocando um estudo relativo a taxas de doação em oitenta e oito países, durante a década 2000/2010, o CNECV realçou que “a proposta de despacho carece de ser contextualizada no âmbito de uma política global de que se não conhecem pormenores”. Parecer n.º 76/CNECV/2013 – *Parecer sobre o Despacho relativo à colheita de órgãos em pessoas com paragem cardiorrespiratória irreversível*, cit., p. 2.

³² Adita-se ainda que a extração de órgãos em pessoas com “paragem cardiorrespiratória” necessita de “medidas no plano dos princípios e da segurança, que, também do ponto de vista ético, sejam sustentáveis”: Parecer n.º 76/CNECV/2013 – *Parecer sobre o Despacho relativo à colheita de órgãos em pessoas com paragem cardiorrespiratória irreversível*, cit., p. 2.

³³ Parecer n.º 76/CNECV/2013 – *Parecer sobre o Despacho relativo à colheita de órgãos em pessoas com paragem cardiorrespiratória irreversível*, cit., p. 2.

³⁴ Parecer n.º 76/CNECV/2013 – *Parecer sobre o Despacho relativo à colheita de órgãos em pessoas com paragem cardiorrespiratória irreversível*, cit., p. 2.

³⁵ Neste contexto, o CNECV salientou ainda que, para situações de morte declarada através da aplicação do critério de morte cerebral, “as normas e métodos em vigor são hoje reconhecidos como

ao CNECV foi por este considerada como “oportuna”, “globalmente aceitável” e “eticamente sustentável”³⁶.

2.3. O Despacho n.º 14341/2013 – a reforma de 2013

1. Depois do parecer do CNECV, através do Despacho n.º 14341/2013, de 6 de Novembro³⁷, foram então estabelecidos os “requisitos necessários para a colheita de órgãos em doadores falecidos em paragem cardiocirculatória”, sendo igualmente enunciados os elementos respeitantes ao “diagnóstico e certificação da morte por paragem cardiocirculatória”. O preâmbulo do referido despacho evidencia sumamente a ordem de razão da reforma de 2013: o número de órgãos extraídos em “doentes em morte cerebral” foi considerado “insuficiente para responder às necessidades crescentes de candidatos a transplante”³⁸. Depois de ser salientado que, desde 1993, a legislação portuguesa admite a possibilidade de “colheita de órgãos em doentes em morte cerebral”, foi ainda declarado que, do insuficiente número de órgãos extraídos em pessoas com morte cerebral, resultava a necessidade de “atualizar os critérios de verificação da morte para efeitos de doação”, associando-se ao já existente conjunto de critérios e regras semiológicas médico-legais, relativos à “verificação da morte cerebral”, outros critérios “cientificamente irrefutáveis” que “permitam reger a colheita de órgãos em doentes em paragem cardiocirculatória irreversível”³⁹.

2. Neste plano, ponderou-se qual a decisão a tomar em face do que resultou da designada “Conferência Internacional de Maastricht de 1995”. Tendo o número de órgãos extraídos em doentes em morte cerebral sido considerado “insuficiente”, decidiu-se, “à semelhança de outros países do sul da Europa (...)”, optar “por colher órgãos de doadores em paragem cardiocirculatória para transplante só na Categoria

bastantes para garantir o máximo de certeza na verificação da morte”. Assim, perante a projetada reforma legal, é sublinhado ainda que, quanto a novas normas e métodos, “*de igual modo, importa que, no caso de recolha em pessoas em paragem cardiorrespiratória irreversível, e como tal declaradas mortas, seja necessário definir os critérios agora submetidos a apreciação ética, os quais parecem ter sustentação científica e técnica bastante*”: Parecer n.º 76/CNECV/2013 – *Parecer sobre o Despacho relativo à colheita de órgãos em pessoas com paragem cardiorrespiratória irreversível*, cit., p. 3.

³⁶ Parecer n.º 76/CNECV/2013 – *Parecer sobre o Despacho relativo à colheita de órgãos em pessoas com paragem cardiorrespiratória irreversível*, cit., p. 5.

³⁷ Diário da República, II Série, n.º 205, 6 de Novembro de 2013, pp. 32855-32856.

³⁸ Diário da República, II Série, n.º 205, 6 de Novembro de 2013, pp. 32855-32856.

³⁹ Diário da República, II Série, n.º 205, 6 de Novembro de 2013, pp. 32855-32856.

II de Maastricht”⁴⁰. Em última síntese, pode então afirmar-se que a ordem de razão da reforma de 2013 foi expressamente assumida: aumentar o número de órgãos extraídos⁴¹ e introduzir, no direito português, uma categoria de morte de base cardiocirculatória. Nestes termos e para estes efeitos, o Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Saúde do XIX Governo Constitucional, invocando o n.º 2 do artigo 3.º e o artigo 5.º da Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, veio então determinar, por despacho, quais os requisitos para a extração de órgãos em “dadores falecidos” em “paragem cardiocirculatória”. Ficou, assim, estabelecido que o “diagnóstico da paragem irreversível das funções cardiocirculatórias” deverá ser realizado “de acordo com o disposto no anexo ao presente despacho e do qual faz parte integrante”⁴² e que a “extração de órgãos a dadores falecidos só pode fazer-se após comprovação e certificação da morte”⁴³. Para efeito do “diagnóstico” da morte, foram anexados critérios de diagnóstico e certificação da morte por paragem cardiocirculatória, que “requer a demonstração da cessação irreversível das funções cardíaca e circulatória”⁴⁴.

⁴⁰ Nesta conferência internacional foram identificadas quatro “categorias de doentes” com paragem cardiocirculatória: I) “morte à chegada”, II) “ressuscitação infrutífera”, III) “doentes irreversíveis que aguardam paragem cardíaca”, IV) “paragem após diagnóstico de morte cerebral”: Diário da República, II Série, n.º 205, 6 de Novembro de 2013, pp. 32855-32856. Posteriormente, pelo designado grupo de Madrid, foi ainda identificada uma quinta categoria de morte que corresponderá à “morte por paragem cardíaca inesperada de doentes internados em serviços de medicina intensiva”: Diário da República, II Série, n.º 205, 6 de Novembro de 2013, pp. 32855-32856.

⁴¹ Diário da República, II Série, n.º 205, 6 de Novembro de 2013, pp. 32855-32856.

⁴² “Anexo: Diagnóstico e certificação da morte por paragem cardiocirculatória. O diagnóstico e certificação da morte por paragem cardiocirculatória requer a demonstração da cessação irreversível das funções cardíaca e circulatória. 1 – Diagnóstico. Para o estabelecimento do diagnóstico de morte por paragem cardiocirculatória é necessário que se verifiquem as seguintes condições: a) Ausência inequívoca de batimentos cardíacos, traduzida por ausência de pulso central, de traçado eletrocardiográfico compatível com atividade ventricular eficaz, midríase arreflexiva; b) Ausência de movimentos respiratórios espontâneos por período não inferior a 10 minutos; c) Realização, durante um período não inferior a 30 minutos, de manobras de suporte avançado de vida, ajustadas à idade e às circunstâncias que determinaram a paragem cardiocirculatória; d) Nos casos de hipotermia (temperatura corporal (menor que 32º), as manobras de ressuscitação deverão ser prolongadas até à normalização térmica (36º) antes de se proceder ao diagnóstico de morte por paragem cardiocirculatória”, Diário da República, II Série, n.º 205, 6 de Novembro de 2013, pp. 32855-32856.

⁴³ Diário da República, II Série, n.º 205, 6 de Novembro de 2013, pp. 32855-32856.

⁴⁴ Que se pressupõe terem sido elaborados pela Ordem dos Médicos, apesar de não ser indicada a origem ou autoria destes critérios, ao contrário do que sucedeu com os critérios da Ordem dos Médicos, publicados em 1994, nos termos da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril — Lei relativa à colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana: v. *Declaração da Ordem dos Médicos para prevista no artigo 12.º da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril*, Conselho nacional executivo da Ordem dos Médicos, Ministério da Saúde, Diário da República, I Série-B, n.º 235, 11 de Outubro de 1994, p. 6160.

2.4. A execução da reforma de 2013

1. No seguimento, foi constituído outro grupo de trabalho, sob a presidência do IPST – Instituto Português do Sangue e da Transplantação, com a missão de tornar “operacional” a reforma de 2013. Elaborou-se, então, um documento designado “Operacionalização da colheita de órgãos em paragem cardiocirculatória”, que mereceu a concordância, no dia 23 de Dezembro de 2014, do Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Saúde. Este documento é particularmente relevante, uma vez que nele se determina concretamente o modo de execução e se explicita abertamente a ordem de razão da reforma de 2013, quando nele é afirmado que “em Portugal pretende-se implementar um programa de doação de órgãos para transplantação que contemple (...) dadores de coração parado”⁴⁵. Neste contexto, o grupo de trabalho enfatizou que só depois da reforma de 2013 passou a ser possível implementar esse programa, visto que “até 2013 não havia possibilidade de concretizar este último tipo de doação (dadores de coração parado)”, porque “a legislação só previa a existência de doação de órgãos em morte cerebral”⁴⁶. O documento de execução parte, portanto, da seguinte premissa: a reforma de 2013, através do Despacho n.º 14341/2013, de 6 de Novembro, passou a permitir o que anteriormente não era legalmente permitido⁴⁷, dado que apenas se previa a extração de órgãos em situações de morte cerebral.

§3. Delimitação do problema jurídico

1. Anteposto o enquadramento geral da reforma de 2013, importa delimitar o problema jurídico que dela emerge. Como referido, a eleição de um critério de diagnóstico ou de uma técnica de certificação de morte tem de respeitar o critério concreto de morte e o conceito geral de morte vigentes no direito português. O conceito geral de morte e o critério legal concreto de morte providenciam a legitimação

⁴⁵ Governo de Portugal, Ministério da Saúde: *Operacionalização da Colheita de Órgãos em Paragem Cardiocirculatória, Instituto Português do Sangue e da Transplantação*, 2014, p. 5.

⁴⁶ Governo de Portugal, Ministério da Saúde: *Operacionalização da Colheita de Órgãos em Paragem Cardiocirculatória, Instituto Português do Sangue e da Transplantação*, cit., p. 6.

⁴⁷ É referido que, a partir de 2013, “a lei portuguesa, no que respeita à doação de órgãos em paragem cardiocirculatória, contempla (...) a categoria II”, ou seja, é dado como adquirido que, depois de 2013, passou a ser possível a extração de órgãos em pessoas em “morte” por “paragem cardiocirculatória”, entendida esta no sentido de categoria II da Conferência de Maastricht de 1995; Governo de Portugal, Ministério da Saúde: *Operacionalização da Colheita de Órgãos em Paragem Cardiocirculatória, Instituto Português do Sangue e da Transplantação*, cit., p. 19.

legal dos restantes elementos do sistema conceptual de morte. Ora, no direito português, o critério concreto de morte vigente corresponde à designada morte cerebral, a qual, por seu turno, está associada ao conceito geral de morte no sentido de falência do organismo como um todo. Assim, há que apurar se é possível introduzir a “morte por paragem cardíaca”, especialmente para efeito de extração de órgãos, recorrendo-se apenas ao “critério cardiocirculatório” – “a demonstração da cessação irreversível das funções cardíaca e circulatória” –, considerando que o direito português adota, afinal, a morte cerebral como critério concreto de morte⁴⁸.

2. A resposta à questão agora formulada pressupõe a enunciação de coordenadas, a descrição de vários elementos históricos e jurídicos que conformaram o direito português vigente no que respeita à morte e à colheita de órgãos. Por esta razão, seguidamente, enunciar-se-á o processo geral que ditou a emergência da ideia de falência do organismo como um todo (conceito geral de morte) associada à morte cerebral (critério concreto de morte), bem como o processo que determinou a sua receção no direito português. Serão também notados e descritos vários sistemas e subsistemas conceptuais de morte, vigentes em diversos países, explicitando-se a sua ordem de razão. Este percurso histórico e comparado é determinante para a compreensão do sistema português e, muito em particular, para avaliar juridicamente a reforma de 2013.

II Coordenadas gerais do problema

§1. Sistema conceptual de morte em geral

1. A história da compreensão da morte tem registado várias alterações quanto ao critério de qualificação⁴⁹. Nas últimas décadas, verificou-se uma das alterações mais significativas: a emergência do critério concreto de morte associado à morte cerebral,

⁴⁸ Deutscher Ethikrat, *Hirntod und Entscheidung zur Organspende*, cit., p. 51.

⁴⁹ M. PARZELLER, *Sterben und Tod – Sind wesentliche Bereiche am Ende des Lebens nicht normiert oder undefinierbar?*, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, 2004, n.º 87, p. 397: “Anfang und Ende des menschlichen Daseins beschäftigen als zentrale und existenzielle Fragen die Menschen in sämtlichen Kulturen und durch alle Jahrhunderte. Geburt, Leben, Sterben und Tod bestimmen den Ablauf biologischen und nicht nur menschlichen Lebens. Das dem Menschen innewohnende Bewusstsein, die Möglichkeit zu vorausschauendem Denken und die Erkenntnis der eigenen Vergänglichkeit erzeugen den Wunsch, den Prozess des Sterbens und des Todes zu verstehen und bestimmen zu können”.

ainda que com relevantes matizes, que nem sempre são evidenciados⁵⁰. Convém, neste conspecto, sublinhar que as variações do critério qualificativo concreto de morte não constituem um objeto ou um problema exclusivo das ciências biomédicas. Como propugnado por Spaemann, o “cientista não médico”, para formar um juízo objetivo sobre o *status quaestionis*, pode e deve procurar avaliar todos os argumentos apresentados⁵¹. Quando se trate de resultados de investigação empírica que o “cientista não médico” não pode verificar, ainda assim “deve confrontá-los com contra-argumentos”; por outro lado, no que respeita à “interpretação teórica dos

⁵⁰ Com efeito, no plano deste novo critério concreto de morte, sobressai a circunstância de, ainda assim, a morte não ser tratada homogeneamente, dada a variação existente na concretização daquele critério: em Portugal, por exemplo, a morte cerebral é entendida como cessação irreversível das funções do tronco encefálico, enquanto que, nos casos de Espanha, Itália, Brasil, Estados Unidos da América, França, Austrália ou Alemanha, entre muitos outros países, o critério concreto de morte é diferente – CONSTANTIN DOUMAI, *Diagnostik des Hirntodes im internationalen Vergleich*, Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, diss., 2005, pp. 19 e ss. Com efeito, nestes outros países, acolhe-se o critério da morte cerebral como cessação irreversível de *todas as funções* encefálicas e não apenas a cessação das funções do *tronco encefálico*, como sucede em Portugal, que não adota a *morte cerebral total*. Desde logo, não obstante a existência de problemas de maior amplitude, esta variação de critério reveste muita relevância prática: a título de exemplo, atentando nas regras de direito internacional privado previstas no Código Civil português, nomeadamente no seu artigo 26.º, logo se verifica que “o termo da personalidade jurídica” é fixado “pela lei pessoal de cada indivíduo”. Um primeiro problema poderia colocar-se: a remissão para a lei pessoal em tema de cessação da personalidade jurídica envolve também uma remissão para a lei relativa à definição da morte? Supomos que a resposta não pode deixar de ser positiva. Não pode deixar de entender-se que a remissão para a lei pessoal em matéria de cessação da personalidade jurídica implica igualmente uma remissão para a lei pessoal em matéria de definição de morte. Daqui resulta que se um cidadão alemão – ou espanhol, italiano, francês, brasileiro, norte-americano, etc. – der entrada num hospital português será de aplicar a sua lei pessoal quanto ao momento da sua morte. No caso deste cidadão alemão, vigorará o critério da morte cerebral total e não o critério da morte do tronco encefálico. O mesmo sucederá com os cidadãos da maioria dos países do mundo, uma vez que o critério da morte cerebral total é o critério mais acolhido mundialmente. Em alguns casos, se não tiverem sido aplicadas técnicas de reanimação, o critério será ainda o critério cardiopulmonar. Isto significa que nos hospitais portugueses não se pode considerar juridicamente como morto um cidadão alemão (ou francês, italiano, norte-americano, etc.) tal como sucede no caso de se tratar de um cidadão português. O caso pode ainda tornar-se mais complexo tratando-se de um cidadão luso-alemão (ou franco-português). Entraria, certamente, aqui em jogo o artigo 27.º da Lei da Nacionalidade, nos termos do qual “se alguém tiver duas ou mais nacionalidades e uma delas for portuguesa, só esta releva face à lei portuguesa”. No mesmo plano, registre-se ainda que, de acordo com o n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril de 1993, para efeito de colheita de órgãos, em relação aos estrangeiros ocasionalmente em Portugal, essa matéria rege-se “pelo seu estatuto pessoal”.

⁵¹ R. SPAEMANN, *Ist der Hirntod der Tod des Menschen? Zum Stand der Debatte*, in Normkultur versus Nutzenkultur (org. T. S. HOFFMANN/W. SCHWEIDLER), Walter de Gruyter, Berlin, New York, 2006, p. 465.

resultados”, o “cientista não médico” é competente para os verificar e avaliar⁵². No mesmo sentido apontado por Spaemann, no relatório científico do *President’s Council on Bioethics*⁵³, uma comissão científica consultiva, maioritariamente composta por membros da comunidade biomédica dos Estados Unidos da América, enfrentou o problema da determinação do conceito de morte, reconhecendo as limitações da factualidade clínica e fisiopatológica⁵⁴.

2. Pelo mesmo diapasão, o *Ethikrat* alemão⁵⁵, analisando o conceito geral de morte e o critério concreto de morte, explicitou que é necessário atender ao seu enquadramento antropológico⁵⁶. No contexto de “interpretações antropológicas”⁵⁷ sobre a morte, fluirão os saberes relativos à Filosofia, Teologia, Direito e Medicina⁵⁸, sendo imperioso, nas palavras do *Ethikrat*, que se verifique uma certa “plausibilidade no mundo-da-vida”⁵⁹. Com muita relevância para a sistematização do estudo

⁵² R. SPAEMANN, *Ist der Hirntod der Tod des Menschen? Zum Stand der Debatte*, cit., p. 465.

⁵³ The President’s Council on Bioethics, *Controversies in the Determination of Death: A White Paper by the President’s Council on Bioethics*, Washington, D.C., January 2009.

⁵⁴ The President’s Council on Bioethics, *Controversies in the Determination of Death: A White Paper by the President’s Council on Bioethics*, cit., 49: “Why do we describe the central question of this inquiry as a philosophical question? We do so, in part, because this question cannot be settled by appealing exclusively to clinical or pathophysiological facts. Those facts were our focus in the previous chapters in which we sought to clarify important features of “total brain failure,” a condition diagnosed in a well-defined subset of comatose, ventilator-dependent patients. As a condition, it is the terminus of a course of pathophysiological events, the effects of which account for certain clinically observable signs (all manifestations of an incapacitated brainstem) and for confirmatory results obtained through selected imaging tests. A patient diagnosed with this condition will never recover brain-dependent functions, including the capacity to breathe and the capacity to exhibit even minimal signs of conscious life. If the patient is sustained with life supporting technologies, this condition need not lead immediately to somatic disintegration or failure of other organ systems. These facts are all crucial to answering the question, Is a human being with total brain failure dead? But determining the significance of these facts presents challenges for philosophical analysis and interpretation”.

⁵⁵ Deutscher Ethikrat, *Hirntod und Entscheidung zur Organspende*, pp. 51 e ss.

⁵⁶ Desenvolvendo esta linha de pensamento, G. ROELLECKE, *Staat und Tod*, Schönburger Gespräche zu Recht und Staat, Ferdinand Schöningh, München/Wien/Zürich, 2004, p. 38: “Der Mensch muß zunächst wissen, daß er lebt, ehe er wissen kann, daß er selbst sterben muß. Nicht Todeswissen ist also der Grund für Kultur, Kultur ist der Grund für Todeswissen.”; v. ainda, D. BIRNBACHER, H. ANGSTWURM, F. W. EIGLER, H. B. WUERMELING, *Der vollständige und endgültige Ausfall der Hirnmätigkeit als Todeszeichen des Menschen – Anthropologischer Hintergrund*, cit., pp. 1-4.

⁵⁷ Deutscher Ethikrat, *Hirntod und Entscheidung zur Organspende*, cit., p. 52.

⁵⁸ HANS SCHAEFER, *Medizinische Ethik – ein gesellschaftliches Problem*, in *Recht und Ethik in der Medizin* (org. W. Doerr/W. Jacob/A. Laufs), Springer, Berlin/Heidelberg/New York, 1982, pp. 187 e ss.

⁵⁹ Deutscher Ethikrat, *Hirntod und Entscheidung zur Organspende*, cit., p. 52: “(...) lebensweltlich plausibel sein sollten”.

jurídico da morte, o *Ethikrat* sublinha que a estrutura analítica do problema da morte compreende três conceitos ou elementos distintos⁶⁰. Neste sistema, mostra-se possível identificar o conceito geral de morte, o critério concreto de morte e os critérios de diagnóstico e respetivas técnicas de verificação e certificação. É assim pertinente prosseguir, dando nota da emergência da morte cerebral como critério concreto de morte: a história descodifica e explicita o seu sentido.

1.1. A emergência da morte cerebral como critério concreto de morte

1. Salvo situações extremas, a morte é o resultado final do *processo de morrer* – *Prozess des Sterbens*⁶¹. Prefigura-se, pois, como problemática a determinação do exato momento a partir do qual uma pessoa já só existe como cadáver⁶². Historicamente, o critério concreto de morte com base na função cardiorrespiratória⁶³ foi considerado

⁶⁰ Deutscher Ethikrat, *Hirntod und Entscheidung zur Organspende*, Berlin, 2015, p. 51: “*In Anknüpfung an die internationale Diskussion lassen sich die normativen Probleme, die mit dem der postmortalen Organentnahme zugrunde liegenden Todeskonzept verbunden sind, nach folgenden Gesichtspunkten strukturieren: Todesverständnis, Todeskriterien und Feststellung des Todes*”.

⁶¹ M. PARZELLER, *Sterben und Tod – Sind wesentliche Bereiche am Ende des Lebens nicht normiert oder undefinierbar?*, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, 2004, 87, p. 397; v. também, A. MARIEN ESSER, *Human Death as a Concept of Practical Philosophy*, cit., sublinhando a dimensão processual da relação entre vida e morte, pp. 40 e ss.; D. GROSS, S. KREUCHER, J. GRANDE, *Zwischen biologischer Erkenntnis und kultureller Setzung: Der Prozess des Sterbens und das Bild des Sterbenden*, in *Sterbeprozesse – Annäherungen an den Tod* (org. M. ROSENTRETER, D. GROSS, S. KAISER), Kassel University Press, Kassel, 2010, pp. 17 e ss.

⁶² Sobre o estatuto jurídico do cadáver: M. GOMES DA SILVA, *Esboço de uma concepção personalista do Direito*, separata da RFDUL, XVII, 1965, e, do mesmo Autor, como relator, cfr. ainda o Parecer da Câmara Corporativa n.º 14/VIII (Colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres), in Câmara Corporativa (Pareceres), VIII Legislatura, ano de 1963, II, Lisboa, 1964.

⁶³ A vitalidade surgia, no âmbito deste critério, associada diretamente aos sistemas cardiocirculatório e respiratório. Para estes sistemas, são centrais o coração e, de outra banda, os músculos da respiração, i.e., o diafragma, os músculos intercostais externos, os abdominais e os músculos intercostais internos, de cuja atividade coordenada depende o processo respiratório. Pondo de forma muito rudimentar – e necessariamente incompleta –, mais diremos que convirá ainda apontar o seguinte dado: tanto o sistema circulatório como o sistema respiratório atuam de forma semelhante em ordem a manter o movimento circulatório do oxigénio e do sangue, que alimentam o processo metabólico, permitindo o funcionamento do corpo humano. Com efeito, em ambos os sistemas, oxigénio e sangue, consoante o caso, circulam por força da contração de músculos: do coração, no caso do sistema circulatório, e dos demais músculos acima referidos, no caso do sistema respiratório. Entendia-se, por esse motivo, que a falência dos sistemas circulatórios do oxigénio e do sangue indicariam, com segurança, a cessação da fonte da vida humana. É notória a base biológica desta tese sobre a ideia de morte.

adequado para determinar o fim da vida⁶⁴. Porém, na segunda metade do século XX, por força de avanços científicos, passou a ser possível restabelecer e manter os movimentos circulatórios, tanto do oxigénio como do sangue. Com o apoio de novos equipamentos, como o ventilador mecânico e o *pacemaker*, a função respiratória e a função circulatória sanguínea passaram a poder ser restabelecidas e suportadas através dos referidos equipamentos. Sucede que a aplicação destas novas técnicas de reanimação e de suporte das funções circulatórias contribuíram para o aparecimento de um novo tipo de estado na vida das pessoas, apelidado, por Mollaret e Gouloun, como estado de *coma dépassé*⁶⁵. Com efeito, a aplicação de técnicas de reanimação, ordenadas a sustentar a vida humana, nem sempre permitiu a inversão imediata da situação clínica daquelas pessoas⁶⁶.

2. Emergiu, assim, o conceito de utilidade do estado de *coma dépassé*, no plano da extração de órgãos para transplante. O avolumar destes casos confrontou as unidades hospitalares com a ocupação de instalações e de equipas hospitalares no tratamento de pessoas naquele estado comatoso. Ora, os progressos e as descobertas no campo dos transplantes requeriam, de forma crescente, o maior número possível de órgãos em estado transplantável⁶⁷. Este novo estado comatoso de *coma dépassé* permitia a manutenção ótima dos referidos órgãos, exponenciando as possibilidades do universo da transplantação. Estavam, deste modo, criadas todas as condições médicas para o que está historicamente registado: a corrida do primeiro transplante de coração⁶⁸. Foi precisamente neste contexto de novas possibilidades que, no dia 03 de Dezembro de 1967, na África do Sul, Christian Barnard promoveu a realização do primeiro – pelo menos, o primeiro a ser conhecido – transplante cardíaco da história da medicina⁶⁹. Apenas três dias depois, no dia 06 de Dezembro de 1967,

⁶⁴ F. PITA/C. CARMONA, *Morte cerebral*, in Acta Médica Portuguesa, 2004, n.º 17, p. 72.

⁶⁵ Este estado, segundo Mollaret e Gouloun, corresponde ao quadro clínico que se traduz na abolição total das funções da vida de relação e na abolição igualmente total das funções da vida vegetativa. Sobre este estado, com maior precisão, cfr. P. MOLLARET/M. GOULON, *Le coma dépassé. Memoire préliminaire*, Revue Neurologique, 101º, 1959, pp. 3-15.

⁶⁶ H. K. BEECHER, *After the “definition of irreversible coma”*, The New England Journal of Medicine, 281, n.º 19, Nov./6, 1969, pp. 1070-1071.

⁶⁷ U. SCHROTH, P. KÖNIG, T. GUTMANN, F. ODUNC, *Transplantationsgesetz: TPG — Kommentar*, Beck, München, 2005, pp. 1 e ss., em especial Rn. 12.

⁶⁸ Historiando a competição: D. MCRAE, *Every Second Counts: The Race to Transplant the First Human Heart*, Berkley Trade, 2007.

⁶⁹ Tal intervenção provocou múltiplas reações positivas e negativas, J. G. BRINK/DAVID K.C. COOPER, *Heart Transplantation: The Contributions of Christian Barnard and the University of Cape Town/Groote Schuur Hospital*, Journal World Journal of Surgery, vol. 29, 8, 2005, pp. 953-961.

Kantrowitz⁷⁰, nos Estados Unidos da América, extraiu o coração a um recém-nascido, depois de lhe diagnosticar o estado de *coma dépassé*, e implantou-o noutro recém-nascido, apenas com dezanove dias de vida, que padecia de uma doença cardíaca fatal. O transplante falhou, tendo o seu recetor sobrevivido apenas seis horas⁷¹.

3. Neste momento, estavam já traçadas as coordenadas de um futuro que se converteu rapidamente em presente⁷². Com efeito, decorrido apenas um mês sobre os referidos transplantes cardíacos, foi constituído o *Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death* (doravante, *Ad Hoc Committee*), visando estabelecer uma nova definição de morte. Foi esta comissão que elaborou o célebre documento “*Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death*”, publicado no dia 5 de Agosto de 1968⁷³, nele se propondo, pela primeira vez, que o estado de coma irreversível fosse adotado como critério concreto de morte⁷⁴. Tendo sido o coma irreversível equiparado ao *coma dépassé*, tal significava que pessoas anteriormente consideradas vivas, por força da aceitação e aplicação do novo critério proposto pelo *Ad Hoc Committee*, deveriam passar a ser consideradas como estando mortas, tornando assim possível a extração dos seus órgãos^{75/76}. Refira-se, aliás, que o *Ad Hoc Committee* afirmou que a adoção do critério da morte cerebral visava facilitar os transplantes: “critérios obsoletos na definição de morte podem conduzir a controvérsia na obtenção de órgãos para transplantação”⁷⁷.

⁷⁰ A. KANTROWITZ, *America's first human heart transplantation: the concept, the planning, and the furor*, American Society for Artificial Internal Organs Journal, 1998/44, pp. 244-252.

⁷¹ “*Heart Transplant Fails to Save 2-Week-old Baby in Brooklyn*”, The New York Times, 07.12.1967.

⁷² A. SCHÖLLER, *Der Hirntod als Todeskriterium und Voraussetzung für eine Organtransplantation: Die Entwicklung der ethischen Diskussion unter Berücksichtigung aktueller neurowissenschaftlicher Erkenntnisse*, diss., Medizinischen Fakultät der Eberhard Karls Universität, Tübingen, 2015, pp. 6 e ss.

⁷³ *Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death*, Journal of the American Medical Association, 1968, 205 (6), pp. 337-340.

⁷⁴ M. IRMEN, *Sterben und Tod in der Gesetzgebung — Eine Untersuchung des TPG, der Rechtsprechung und der juristischen Literatur*, cit., pp. 8 e ss.

⁷⁵ C. LIMA, *Do conceito ao diagnóstico de morte: controvérsias e dilemas éticos*, Revista da Sociedade Portuguesa de Medicina Interna, vol. 12, n.º 1, 2005, p. 7.

⁷⁶ P. BECCHI, *Morte cerebrale e trapianto di organi — una questione de ética giuridica*, Morcelliana, 2008, pp. 15-16.

⁷⁷ *Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death*, Journal of the American Medical Association, 1968, 205 (6), p. 337: “*obsolete criteria for the definition of death can lead to controversy in obtaining organs for transplantation*”.

1.2. Instrumentalização do critério concreto de morte: a crítica

1. Contra as mudanças propostas pelo *Ad Hoc Committee*, sobrevieram várias intervenções de autores enfatizando a necessidade de isolar a determinação da morte de outras finalidades, como a de fomentar a extração de órgãos. De acordo com estas posições, a morte e a extração de órgãos devem ser perspetivadas como problemas de ordem distinta. Não pode aceitar-se que a determinação da morte seja manipulada, através de critérios técnicos, para aumentar o número da extração de órgãos: qualquer tipo de instrumentalização ou manipulação deve ser rejeitado de forma absoluta⁷⁸. A este propósito, destacou-se imediatamente Hans Jonas – publicando, logo em 1969, o célebre artigo intitulado “*Philosophical reflections on experimenting with human subjects*”⁷⁹ –, sublinhando a necessidade de preservar a integridade do sistema conceptual de morte face a interferências exógenas, manipulações finalísticas ou instrumentalizações conceptuais. Segundo Hans Jonas, o novo critério proposto pelo *Ad Hoc Committee* deveria ter sido pensado unicamente no contexto da determinação da licitude da cessação da prestação de cuidados médicos às pessoas naquele estado. Porém, atenta a sucessão dos factos acima relatados, nomeadamente quanto à corrida do transplante cardíaco, e tendo presente as razões e finalidades expressamente enunciadas pelo *Ad Hoc Committee*, Hans Jonas sublinhou que o conceito de morte cerebral, antecipando o momento da morte, estaria ordenado a servir propósitos externos à substância do conceito de morte, ou seja, visaria apenas aumentar a extração de órgãos, especialmente o coração⁸⁰. Nestes termos, verificou-se uma manipulação conceptual, instrumentalizando-se o critério concreto de morte. Por esse motivo, Hans Jonas assinalou que as pessoas, anteriormente consideradas vivas, perderiam, por efeito de manipulação

⁷⁸ B. SCHÖNE-SEIFERT, *Der hirntodbasierte Tod als Rechtsfiktion? Zu einer aktuellen medizinethischen Debatte*, Papers of the Centre for Advanced Study in Bioethics Münster, 69, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, 2014, pp. 3 e ss.

⁷⁹ H. JONAS, *Philosophical Reflections on Experimenting with Human Subjects*, *Deadalus: Journal of America Academy of Arts and Sciences*, 98(2), 1969, p. 219 segs; e, *id.*, *Against the Stream: Comments on the Definition and Redefinition of Death*, in *Philosophical Essays: From Ancient Creed to Technological Man*, Prentice-Hall, New Jersey, 1974, pp. 132 e ss.

⁸⁰ HANS JONAS, *Philosophical Reflections on Experimenting with Human Subjects*, *Deadalus: Journal of America Academy of Arts and Sciences*, 98(2), 1969, pp. 243 e 244: “*a disquietingly contradictory purpose is combined with this purpose in the quest for a new definition of death, in the will to advance the moment of declaring him dead: permission not to turn off the respirator, but, on the contrary, to keep it on and thereby maintain the body in a state of what would have been “life” by the older definition (but is only a “simulacrum” of life by the new)—so as to get at his organs and tissues under the ideal conditions of what would previously have been vivisection*”.

qualificativa, a proteção jurídica dos princípios da inviolabilidade da vida humana e da dignidade da pessoa humana – o que devia ser combatido logo na sua origem: *principiis obsta*⁸¹. O pensamento de Hans Jonas é acompanhado, entre muitos outros, por Robert Spaemann, este focando a necessidade de se respeitar o princípio *in dubio pro vita*, se necessário com recurso a presunções⁸².

2. Acrescendo às críticas de Hans Jonas, outro aspeto colocou em crise o critério então proposto pelo *Ad Hoc Committee*. Com efeito, ficou por apurar o mais importante: faltava um conceito geral de morte, pois apenas tinha sido identificado o critério concreto de morte. Qual a razão substancial que permitia declarar a morte de uma pessoa quando se verificassem lesões encefálicas irreversíveis? Não parece ser muito difícil de aceitar que o debate sobre a morte tem de ter sempre como referencial a vitalidade humana, pois a morte é o seu contrário. Vida e morte são conceitos que estão em relação de antonímia. Por definição, então, é necessário recortar cuidadosamente um conceito geral de vida e outro (o seu oposto)

⁸¹ H. JONAS, *Technik, Medizin und Ethik. Zur Praxis des Prinzips Verantwortung*, Insel, Frankfurt, 1990, pp. 228 e 229: “*Nach alledem ist mein Argument sehr einfach. Es ist dies: Die Grenzlinie zwischen Leben und Tod ist nicht mit Sicherheit bekannt, und eine Definition kann Wissen nicht ersetzen. Der Verdacht ist nicht grundlos, dass der künstlich unterstützte Zustand des komaösen Patienten immer noch ein Restzustand von Leben ist (wie er bis vor kurzem auch medizinisch allgemein angesehen wurde). D. h., es besteht Grund zum Zweifel daran, dass selbst ohne Gehirnfunktion der atmende Patient vollständig tot ist. In dieser Lage unaufhebbaren Nichtwissens und vernünftigen Zweifels besteht die einzig richtige Maxime für das Handeln darin, nach der Seite vermutlichen Lebens hinüberzulehnen. Daraus folgt, dass Eingriffe, wie ich sie beschrieb, der Vivisektion gleichzuachten sind und unter keinen Umständen an einem menschlichen Körper stattfinden dürfen, der sich in diesem äquivoken oder Schwellen-Zustand befindet. Eine Definition, die solche Eingriffe dadurch autorisiert, dass sie als unäquivok stempelt, was bestenfalls äquivok ist, muß abgelehnt werden. Aber bloße Ablehnung im theoretischen Disput ist nicht genug. Bei dem Druck der – sehr realen und höchst schätzbaren – medizinischen Interessen, die hier im Spiel sind, läßt sich mit Sicherheit vorhersagen, dass die generelle Erlaubnis, die die Theorie erteilt, in der Praxis unwiderstehlich sein wird, wenn die Definition erst einmal öffentlich-rechtlich anerkannt wird. Daß es dazu kommt, muß daher mit allen Kräften verhindert werden. Es ist das einzige, dem jetzt noch widerstanden werden kann. Ist die Straße zu den praktischen Folgerungen erst offen, ist es dafür zu spät. Es ist ein klarer Fall von principiis obsta*”.

⁸² R. SPAEMANN, *Ist der Hirntod der Tod des Menschen? Zum Stand der Debatte*, in *Normkultur versus Nutzenkultur* (org. T. S. HOFFMANN/W. SCHWEIDLER), Walter de Gruyter, Berlin, New York, 2006, pp. 457 e ss., terminando o seu estudo, a p. 470, referindo que, analisada toda a história da morte cerebral, há que respeitar o princípio *in dubio pro vita*, tal como enunciado por Hans Jonas. Segundo Spaemann, em caso de dúvida, é ética e legalmente necessário, recorrendo aos mecanismos presuntivos legais, assumir sempre, ainda que presuntivamente, que a vida subsistirá, mesmo em situações onde existam dúvidas sobre a sua existência ou subsistência.

de morte: só assim é possível edificar coerentemente o sistema conceptual de morte⁸³. Nada disto, porém, ficou resolvido ou sequer foi problematizado em 1968. O *Ad Hoc Committee* limitou-se a indicar um novo critério concreto de morte: a morte cerebral. Não foram enunciados os pressupostos gerais que permitiam associar as lesões encefálicas irreversíveis ao estado de morte, em consequência faltando enunciar a razão que permitia fundamentar o critério de morte proposto por aquela comissão⁸⁴.

§2. A formação do sistema conceptual de morte

2.1. A teoria do organismo como um todo e a morte cerebral total

1. Em face da incompletude *supra* apontada, foram ensaiadas várias formulações para concretizar e fundamentar o critério do *Ad Hoc Committee*⁸⁵. Neste contexto, é determinante destacar a teoria de James Bernat⁸⁶, segundo a qual, como também já fora pioneiramente defendido por Jacques Loeb em 1916⁸⁷, a vida deve ser associada à ideia de organismo como um todo. Segundo esta perspectiva, o organismo deixa de existir como um todo quando cessa a coordenação integrada e espontânea do corpo humano. Mas tal descoordenação, segundo James Bernat, ocorre quando cessa toda a atividade funcional encefálica. Por isso, James Bernat propôs a morte cerebral total – *whole brain death*⁸⁸ – como critério concreto de morte. Assim, a

⁸³ Stoecker sublinha a multidimensionalidade do problema, referindo que uma pessoa em morte cerebral está, de certa forma, morta, mas, por outro prisma, está ainda biologicamente viva: “*in mancher Hinsicht (...) schon tot sind, in vielen anderen Hinsichten biologisch, phänomenal-leben sie aber offenkundig noch*”, R. STOECKER, *Organtransplantation und Todesfeststellung*, Zeitschrift für medizinische Ethik, n.º 58, 2012, p. 106.

⁸⁴ Sublinhando este ponto: P. BECCHI, *Morte cerebrale e trapianto di organi – una questione de etica giuridica*, Morcelliana, 2008, p. 19.

⁸⁵ Noutro plano, menos complexo, quanto aos critérios de diagnóstico de morte cerebral, em 1978, era já possível contar cerca de trinta diferentes conjuntos de critérios. Encontramo-los sumariados em P. BLACK, *Brain death*, New England Journal of Medicine, Boston, vol. 299, 1978, pp. 338 e ss.

⁸⁶ J. BERNAT, *On the Definition and Criterion of Death*, Annals of Internal Medicine, XCIV, 3, 1981, pp. 389 e ss.

⁸⁷ J. LOEB, *The Organism as a Whole*, G. P. Putnam's Sons, New York and London, 1916, pp. 349 e ss., para a ligação entre a morte e a “dissolução” do organismo como um todo.

⁸⁸ Procurando justificar o critério da *morte cerebral total*, BERNAT/CULVER/GERT referem que “*this criterion [whole brain death] is perfectly correlated with the permanent cessation of functioning of the organism as a whole because the brain is necessary for the functioning of the organism as a whole. It integrates, generates, interrelates, and controls complex bodily activities. A patient on a ventilator with a totally destroyed brain is merely a group of artificially maintained subsystems since the organism as a*

teoria do organismo como um todo, associada à morte cerebral total, emergiu como a teoria que fundamentava o que o *Ad Hoc Committee* não tinha justificado no seu relatório. Efetivamente, depois de ter identificado o critério de vida, James Bernat sugeriu a definição de morte como falência da coordenação integrada e espontânea do corpo humano. Ora, assumindo que o cérebro era o coordenador central dessa coordenação integrada e espontânea, tal significava que a morte cerebral era, na verdade, a falência da vida humana. Deste modo, a ligação entre o conceito geral e o critério concreto de morte permitia a necessária relação de coerência entre os vários elementos do sistema conceptual de morte. A ideia de organismo como um todo, entendida no sentido de coordenação integrada e espontânea, deu cobertura à eleição da morte cerebral como critério concreto de morte⁸⁹.

2. Por esta via, estava então solucionado o problema criado pela aplicação das técnicas de reanimação e suporte da vida. A vitalidade deixa de ser revelada diretamente pelo mero funcionamento dos sistemas circulatórios, dado que estes podem funcionar artificialmente. A vida passa, então, a ser revelada pela existência de capacidade espontânea de integração somática, pela ideia de organismo como um todo, que dependerá, segundo esta conceção, da totalidade da atividade encefálica⁹⁰. Sem o funcionamento cerebral, entende-se que não há integração somática coordenada, pelo que essa situação deve equivaler ao estado de morte. A teoria do "organismo como um todo" constitui, desta forma, uma teoria central para a emergência da morte cerebral como critério concreto de morte, com extrema relevância jurídica e institucional. A demonstrá-lo, esta proposta teórica foi expressamente acolhida, em 1981, nos trabalhos da *President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research*⁹¹:

whole has ceased to function", J. BERNAT/C. CULVER/B. GERT, *On the Definition and Criterion of Death*, *Annals of Internal Medicine*, 94/3 (1981), p. 391.

⁸⁹ J. BERNAT, *The definition and criterion of death*, in *Handbook of Clinical Neurology*, Vol. 118 (3rd series) *Ethical and Legal Issues in Neurology* (J.L. Bernat and R. Beresford, Editors), Elsevier, 2013, p. 419 e ss.

⁹⁰ J. BERNAT, *The definition and criterion of death*, cit., p. 424: "the criterion of death that best satisfies the definition of death is the irreversible cessation of all clinical brain functions. This criterion is known as the "whole-brain" criterion of death because it requires cessation of all clinically measurable brain functions, including those executed by the brainstem, diencephalon, thalamus, and cerebral hemispheres. The functions generated and organized within these structures are necessary and sufficient for the critical emergent functions of the organism and thus are necessary and sufficient for the functioning of the organism as a whole".

⁹¹ A criação desta comissão presidencial, em 1980, resultou de, posteriormente à publicação do relatório do *Ad Hoc Committee de Harvard*, os vários Estados federados norte-americanos terem adotado posições dissemelhantes quanto ao critério a adotar. Alguns desses Estados federados

“mesmo que a vida continue individualmente em células ou órgãos, a vida como um organismo como um todo requer uma integração complexa, sem a qual uma pessoa não pode ser considerada viva”⁹².

3. A um ponto adicional cumpre fazer referência. Para a tese do organismo como um todo, a importância da atividade encefálica estaria igualmente confirmada pelo facto de se ter descoberto que os músculos da respiração efetuam os seus movimentos de contração após a receção de um sinal cerebral. Assim, o encéfalo representaria também um elemento central no processo de verificação da capacidade respiratória espontânea. Com efeito, se por força dos ventiladores mecânicos era impossível verificar se a pessoa tinha ou não real capacidade respiratória autónoma e espontânea, depois daquela descoberta, sabendo-se que a função respiratória dependerá igualmente da atividade encefálica, bastaria verificar se o encéfalo estaria a processar corretamente os seus mecanismos de ativação da coordenação respiratória. Tudo isto consubstanciaria mais uma prova do papel central do encéfalo como coordenador central. Por outro lado, dado que o coração necessita de oxigénio, tal verificação seria igualmente válida para aferir se existia, por via indireta, a capacidade cardíaca necessária à manutenção do sistema de circulação sanguínea. Novamente, o encéfalo era içado a elemento central da coordenação integrada e espontânea do corpo humano. Deste modo, portanto, entendeu-se que foi encontrado o critério concreto de morte – o estado de morte cerebral total, “*all functions of entire brain*” –, que permitiria, por via indireta, verificar também o funcionamento dos sistemas que, mesmo no modelo anterior, serviam de base à declaração de morte. Estes, agora, seriam testados indiretamente, através do funcionamento do coordenador central, o encéfalo⁹³.

optaram pelo novo critério proposto pelo *Ad Hoc Committee* e outros decidiram-se pela manutenção do critério tradicional; por último, outros Estados federados deixaram a questão em aberto, cumprindo aos tribunais, por vezes, “fixar” as regras aplicáveis. Justamente atendendo a isso, aquela comissão presidencial norte-americana deveria analisar os progressos científicos biomédicos com o propósito de harmonizar e unificar critérios, no plano federal, que permitissem declarar a morte das pessoas de acordo com um conceito geral de morte e um critério concreto de morte válidos em todo o território norte-americano. Havia que encontrar, de forma necessariamente urgente, um critério uniforme e estável, sistematicamente integrado.

⁹² President’s Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, *Defining Death: A Report on the Medical, Legal and Ethical Issues in the Determination of Death*, 1981, p. 33: “*the body’s physiological system ceases to constitute an integrated whole. Even if life continues in individual cells or organs, life of the organism as a whole requires complex integration, and without the latter, a person cannot properly be regarded as alive*”.

⁹³ Dito de outro modo, se no anterior sistema de morte, os testes efetuados estavam ordenados a verificar de forma direta o estado dos sistemas circulatórios, já com o novo critério declarativo, os

4. Neste contexto, a norte-americana *President's Commission*, em 1981, reconheceu que, nos casos em que se verificasse a utilização de ventiladores ou outras técnicas de suporte da vida humana, e apenas nesses, deveria ser aplicado o novo critério concreto de morte, mantendo-se o critério cardiorrespiratório, como critério principal, para os demais casos⁹⁴. Assim, apenas nos casos de suporte artificial da vida humana, de acordo com o estabelecido pela *President's Commission*, se justificava recorrer ao critério da morte cerebral total. Por este prisma, a morte cerebral total foi, e continua a ser, perspectivada como um critério especial, uma “segunda janela”, e não como um critério geral, a “primeira janela”, que se mantém como cessação cardiorrespiratória.

5. Esta tese de dualidade do critério concreto de morte foi depois aprovada pela *American Medical Association*, pela *American Bar Association* e pela *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*. Por força da sua generalizada aprovação, a teoria do organismo como um todo, com os exatos contornos acima descritos, foi então acolhida no *Uniform Determination of Death Act*, aprovado em 1981, passando neste a estabelecer-se um critério concreto de morte duplo⁹⁵: “§1. [Determinação da Morte] Uma pessoa que tenha sofrido (1) cessação irreversível das funções circulatória e respiratória (2) ou cessação irreversível de todas as funções da totalidade do cérebro, incluindo o tronco cerebral, está morta. A determinação da morte deve ser feita de acordo com critérios médicos aceites”⁹⁶.

2.2. A cessação das funções do “tronco encefálico” como critério concreto de morte no sistema britânico e sua crítica

1. Discorrendo, importa referir que a doutrina médica do Reino Unido não segue a morte cerebral total como critério concreto de morte, o que é de muita relevância para compreender como se construiu o sistema conceptual português,

referidos sistemas seriam agora testados de forma indireta — através de uma segunda janela, “*second window*” —, ou seja, através da verificação da ausência de atividade encefálica. *President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, Defining Death: A Report on the Medical, Legal and Ethical Issues in the Determination of Death*, cit., p. 33.

⁹⁴ J. BERNAT, *The definition and criterion of death*, cit., p. 427.

⁹⁵ J. BERNAT, *The definition and criterion of death*, cit., p. 427.

⁹⁶ *Uniform Determination of Death Act*, 1981: “§1. [Determination of Death] An individual who has sustained either (1) irreversible cessation of circulatory and respiratory functions, or (2) irreversible cessation of all functions of the entire brain, including the brain stem, is dead. A determination of death must be made in accordance with accepted medical standards”.

como adiante se explicitará. Segundo a *Academy of Medical Royal Colleges*, não existe qualquer definição legal de morte expressamente prevista no direito britânico: “a posição corrente é a da que não existe uma definição de morte no direito estatutário escrito do Reino Unido”⁹⁷. Porém, é verificável, nas diretrizes técnicas das associações médicas britânicas, de 1976⁹⁸, 1979⁹⁹ e 1995¹⁰⁰, que se privilegiou a eleição do critério da cessação apenas das funções do tronco encefálico como critério concreto de morte. Esta orientação doutrinal médica está, desde 2008, plasmada expressamente no *Code of Practice for the Diagnosis and Confirmation of Death*, publicado pela *Academy of Medical Royal Colleges*¹⁰¹. Neste *Code of Practice*, igualmente se prevê a morte por falência cardíaca¹⁰², adotando-se, deste modo, um sistema com dois critérios concretos de morte. Apesar de não existir uma definição legal de morte, ou seja, uma “*statutory definition of death*”, os critérios enunciados pela *Academy of Medical Royal Colleges* têm sido aplicados pelos tribunais do Reino Unido, sendo expectável que estes sigam os critérios propostos pela doutrina médica britânica¹⁰³. Note-se, a este propósito, que o critério da cessação da atividade do tronco encefálico e o critério da cessação da atividade total do encéfalo traduzem conceitos distintos, uma vez que o encéfalo é uma estrutura complexa, formada pelo telencéfalo ou cérebro, diencéfalo (tálamo e hipotálamo), tronco encefálico e cerebelo. Ora, para as associações médicas britânicas, apenas da ausência de reflexos do tronco encefálico já será

⁹⁷ Academy of Medical Royal Colleges, *Code of Practice for the Diagnosis and Confirmation of Death*, 2008, p. 11: “*the current position in law is that there is no statutory definition of death in the United Kingdom*”.

⁹⁸ Conference of Medical Royal Colleges and their Faculties in the United Kingdom, *Diagnosis of brain death*, *British Medical Journal*, 2, 1976, pp. 1187-1188.

⁹⁹ Conference of Medical Royal Colleges and their Faculties in the United Kingdom, *Diagnosis of death*, *British Medical Journal*, 1, 1979, pp. 261-262.

¹⁰⁰ Working Group of the Royal College of Physicians, *Criteria for the diagnosis of brain stem death*, Review by a Working Group convened by the Royal College of Physicians and endorsed by the Conference of Medical Royal Colleges and their Faculties in the United Kingdom, *Journal of the Royal College of Physicians*, 29, 1995, pp. 381-382.

¹⁰¹ Academy of Medical Royal Colleges, *Code of Practice for the Diagnosis and Confirmation of Death*, publicado pela *Academy of Medical Royal Colleges*, 2008, p. 11.

¹⁰² Academy of Medical Royal Colleges, *Code of Practice for the Diagnosis and Confirmation of Death*, publicado pela *Academy of Medical Royal Colleges*, 2008, p. 11.

¹⁰³ Academy of Medical Royal Colleges, *Code of Practice for the Diagnosis and Confirmation of Death*, publicado pela *Academy of Medical Royal Colleges*, 2008, p. 11: “*subsequent to the proposal of the ‘brain death criteria’ by the Conference of Medical Royal Colleges in 1976, the courts in England and Northern Ireland have adopted these criteria as part of the law for the diagnosis of death. There is no reason to believe that courts in other parts of the United Kingdom would not follow this approach*”.

possível retirar um indício suficiente para que seja declarada a morte de uma pessoa, não sendo necessário confirmar a morte cerebral total, o mesmo valendo por dizer que não é necessário que haja a verificação da cessação de todas as funções encefálicas¹⁰⁴.

2. Para a compreensão da corrente doutrinal britânica é muito útil dar nota do pensamento de Pallis, a quem é atribuída a paternidade doutrinal do critério da morte do tronco encefálico¹⁰⁵. Para Pallis, a ideia de morte da pessoa traduz-se na perda irreversível da capacidade de consciência e da capacidade respiratória espontânea. Essa perda irreversível, segundo Pallis, será confirmável precisamente através da avaliação do estado do tronco encefálico, tendo em especial consideração a importância deste na coordenação do processo respiratório. Pronunciando-se sobre o fundamento que justificaria a eleição deste critério concreto de morte, Pallis amparou-se no contexto sociológico dos conceitos de vida e de morte vigentes nas sociedades judaico-cristãs. Nestas sociedades, segundo Pallis, associa-se a ideia de vida à capacidade de consciência e à capacidade respiratória¹⁰⁶. Posteriormente, seguindo as primeiras linhas da sua reflexão de 1982, Pallis/Harley vieram ainda referir, em 1996, que a morte do tronco encefálico deverá ser considerada como o “ponto sem retorno” no processo de morte¹⁰⁷. Para Pallis/Harley, a verificação da falência do tronco encefálico será suficiente para declarar a morte de uma pessoa, dado que, com a morte do tronco encefálico, num curto espaço

¹⁰⁴ O critério do tronco encefálico representa, nesta aceção, a valorização específica desta estrutura encefálica no que respeita às demais estruturas encefálicas que geram atividade encefálica. Assume-se que a falência do tronco encefálico ditará, a curto prazo, a deterioração de todas as outras estruturas do encéfalo. Assim, o critério de morte baseado no tronco encefálico pode ser considerado mais como um prognóstico do que como um diagnóstico de morte cerebral total. Resumindo, o encéfalo encerraria, em si, o sistema crítico do organismo como um todo e, por sua vez, o tronco encefálico encerraria, em si, o sistema crítico do encéfalo. Desta forma, verificada a falência do tronco encefálico, as consequências destrutivas globais seriam inevitáveis.

¹⁰⁵ C. PALLIS, *ABC of brain stem death. Reappraising death*, British Medical Journal, 1982, n.º 285, pp. 1409 e ss.

¹⁰⁶ É bem visível como o seu conceito geral de morte influenciou o seu critério concreto de morte: cfr. C. PALLIS, *On the Brainstem Criterion of Death*, in *The Definition of Death: Contemporary Controversies*, (org. S. J. YOUNGNER/R. M. ARNOLD/R. SCHAPIRO), The Johns Hopkins University Press, 1999, pp. 93-100, p. 96: “*the single matrix in which my definition is embedded is a sociological one, namely Judeo-Christian culture... The “loss of the capacity for consciousness” is much the same as the “departure of the conscious soul from the body,” just as “the loss of the capacity to breathe” is much the same as the “loss of the breath of life”*”.

¹⁰⁷ C. PALLIS/D. HARLEY, *ABC of Brainstem Death*, BMJ Publishing Group, LONDON, 1996, pp. 29 e ss.

temporal, desenvolver-se-á um quadro de assistolia, ou seja, de insuficiência cardíaca global¹⁰⁸.

3. A proposta conceptual de Pallis e o correspondente critério concreto de morte, que foram aceites pelos *Medical Royal Colleges* britânicos, foram, posteriormente, objeto de forte crítica por parte da comunidade científica norte-americana, tendo o *President's Council on Bioethics* qualificado a construção de Pallis como “duvidosa e clinicamente perigosa”¹⁰⁹. Tal como sucedeu nos Estados Unidos da América, também Brasil, França, Espanha, Alemanha, Itália e Japão, entre muitos outros países, rejeitaram expressamente o critério do tronco encefálico, adotando o critério da morte cerebral total. Meramente a título de exemplo, note-se como a italiana *Commissione Nazionale per la Bioetica*, analisando o tema da morte cerebral em 1991, não manifestou qualquer reserva quando rejeitou de forma expressa o critério do tronco encefálico, referindo assertivamente que “não pode ser aceite o critério que se baseia na morte do tronco encefálico, pois não indica *per se* que as estruturas superiores ao tronco encefálico tenham perdido a possibilidade de funcionar sendo estimuladas de outro modo”¹¹⁰. De forma muito impressiva, a *Commissione Nazionale per la Bioetica* criticou duramente as propostas dos autores ingleses, considerando-as como um “elemento de confusão”¹¹¹, sublinhando ainda que não é possível estabelecer

¹⁰⁸ C. PALLIS/D. HARLEY, *ABC of Brainstem Death*, cit., p. 31.

¹⁰⁹ The President's Council on Bioethics, *Controversies in the Determination of Death: A White Paper by the President's Council on Bioethics*, Washington, D.C., January 2009, p. 66: “the UK standard follows Pallis in accepting “death of the brainstem” [tronco encefálico], rather than total brain failure, as a sufficient criterion for declaring a patient dead. Such a reduction, in addition to being conceptually suspect, is clinically dangerous because it suggests that the confirmatory tests that go beyond the bedside checks for apnea and brainstem reflexes are simply superfluous”.

¹¹⁰ Commissione Nazionale per la Bioetica, *Definizione e accertamento della morte*, Istituto Poligrafico dello Stato, 1991, p. 8: “nun può altresì essere accettato il criterio che fa riferimento alla morte del tronco-encefalo perché essa non indica di per sé che le strutture al di sopra del tronco abbiano perso le possibilità di funzionare se stimolate in altro modo”.

¹¹¹ Commissione Nazionale per la Bioetica, *Definizione e accertamento della morte*, Istituto Poligrafico dello Stato, 1991, pp. 12-13: “Un altro elemento di confusione è certamente l'identificazione proposta dagli Autori inglesi della morte cerebrale con la morte del tronco encefalo dal momento che la cessazione irreversibile della funzione di questa struttura rende il resto del cervello per sempre non funzionante ed invariabilmente determina la morte somatica. Questa posizione comporta due equivoci di fondo: a) il primo deriva dal fatto che l'assenza della funzione del resto dell'encefalo non è intrinseca ma semplicemente occasionata dalla mancanza di imput dal tronco (il che non significa che le strutture al di sopra del tronco abbiano per definizione perso la possibilità di funzionare se stimolate in altro modo); b) il secondo deriva dal fatto che non è giusto equiparare l'inevitabilità della morte con la morte stessa: la morte del tronco ha quindi requisiti prognostici ma non diagnosi di morte”.

uma relação de identidade entre o tronco encefálico e as demais estruturas encefálicas. Ao fazê-lo, de acordo com o entendimento da comissão italiana, os autores ingleses cometeram dois erros graves: em primeiro lugar, não é possível afirmar que as restantes estruturas encefálicas não podem funcionar caso o tronco encefálico cesse a sua atividade, uma vez que aquelas podem ser estimuladas de outro modo; por outro lado, não será também correto equiparar a inevitabilidade de um facto com a existência de um facto, ou seja, da inevitabilidade da morte depois de ocorrido certo facto, a cessação da atividade do tronco encefálico, não será possível extrair imediatamente a verificação de outro facto, a morte cerebral total. Donde, segundo a visão da comissão de bioética italiana, o critério do tronco encefálico britânico é um critério de prognóstico e não um critério concreto que permita o diagnóstico da morte, devendo ser rejeitado como tal¹¹². Outrossim, o *Ethikrat* alemão também considerou que apenas o critério da morte cerebral total tem validade para ser o critério concreto de morte, rejeitando sistemas conceptuais que recorrem a partes da estrutura encefálica, exigindo a cessação das funções de todas as partes do encéfalo¹¹³. O que, aliás, representa o sistema mais comum na esmagadora maioria dos países – a morte cerebral total é o critério cerebral mundialmente consensual, ao contrário do critério do tronco encefálico, que é aceite apenas de forma muito minoritária.

4. A clarificação deste ponto é muito importante: com efeito, não obstante a quase universal rejeição do critério baseado apenas no tronco encefálico como

¹¹² Commissione Nazionale per la Bioetica, *Definizione e accertamento della morte*, Istituto Poligrafico dello Stato, 1991, pp. 12-13.

¹¹³ Reportando qual a posição do Conselho de Ética alemão e da Associação Médica alemã, cfr. Deutscher Ethikrat, *Hirntod und Entscheidung zur Organspende*, cit., p. 71: “Nach der Hirntodkonzeption, die von der Mehrheit der Mitglieder des Deutschen Deutscher Ethikrates vertreten wird und auch dem Transplantationsgesetz und den einschlägigen Richtlinien der Bundesärztekammer zugrunde liegt, ist der Hirntod (im Sinne des irreversiblen Erlöschens der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Stammhirns) ein sicheres Anzeichen für den Tod des Menschen. Wenn sämtliche Funktionen des Gehirns für immer erloschen sind und dies nach den verlässlichen Kriterien der Hirntodfeststellung zweifelsfrei diagnostiziert ist, berechtigt dies nach der Hirntodkonzeption zu der Annahme, dass der Mensch tot ist. Damit ist keineswegs gemeint, dass der Tod dieses Organs der Tod des Menschen ist, sondern nur, dass er diesen Tod des Menschen indiziert. Das bedeutet, dass zwischen dem Leben des Menschen und der funktionalen „Lebendigkeit“ eines seiner Organe kein Verhältnis einer (wie auch immer bestimmten) Identität besteht. Vom Ausfall aller Hirnfunktionen wird vielmehr auf den Tod des Menschen geschlossen”. Considerando inconstitucional atender apenas a partes do cérebro, M. PARZELLER, *Sterben und Tod – Sind wesentliche Bereiche am Ende des Lebens nicht normiert oder undefinierbar?*, cit., p. 415. De igual modo: E.WAGNER/L.BROCKER, *Hirntodkriterium und Lebensgrundrecht*, Zeitschrift für Rechtspolitik, 29.º, 1996/6, p. 230.

critério concreto de morte, a cessação das funções do tronco encefálico foi eleita como critério concreto de morte, em 1994, pela Ordem dos Médicos, e, em 1999, na legislação respeitante à definição de morte. Neste contexto, deve ser referido que o CNECV, no seu parecer n.º 10/CNECV/95, afirmou que “o critério de morte definido pela irreversibilidade das funções do tronco cerebral deve ser o adoptado”, enfatizando surpreendentemente que “é hoje praticamente universal o diagnóstico de morte pela verificação da irreversibilidade das atividades do tronco cerebral”¹¹⁴ – o que, como acima se demonstrou, não corresponde à realidade; muito pelo contrário, o que é “praticamente universal” é o critério da morte cerebral total, da cessação de todas as funções e atividades encefálicas. Em face do que agora se expôs, procurando compreender a ordem de razão das opções que foram sendo tomadas no decurso da formação do sistema vigente em Portugal, enunciar-se-á, de seguida, a evolução do regime jurídico da morte no direito português, na tarefa de decantar quais são os elementos do sistema conceptual de morte vigente e quais as razões que o fundamentam. Só assim será possível, posteriormente, averiguar se a reforma de 2013 é compatível juridicamente com esse sistema.

III

O sistema conceptual de morte no direito português

§1. A falência cardiorrespiratória como critério concreto de morte

1. No direito português, desde logo, interessa assinalar a não existência de uma regra específica sobre a morte no Código Civil de 1867. A este propósito, Cabral de Moncada referiu que desta omissão legal não resultava propriamente um problema, concitando o propositado brocardo: *mors omnia solvit*¹¹⁵. Ainda assim, na civilística portuguesa da época, discutia-se a natureza jurídica do cadáver, nomeadamente se pertenceria ao universo das coisas¹¹⁶. A omissão legal apontada

¹¹⁴ Parecer n.º 10/CNECV/95 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (parecer sobre o critério de morte), Relator Professor Doutor António Alberto Falcão de Freitas, p. 3.

¹¹⁵ L. CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1995 (4.ª ed. rev. de 1962), p. 257.

¹¹⁶ Cunha Gonçalves defendia que o cadáver não podia ser considerado como pertencendo ao universo jurídico das coisas, uma vez que o mesmo, como resíduo da personalidade extinta com a morte, beneficiava ainda de tutela jurídico-penal: L. CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1920, vol. I, p. 304, e vol. III, p. 55. Dias Ferreira, em sentido contrário, sustentava que “o cadáver está indubitavelmente compreendido na categoria das coisas, por ser coisa tudo o que carece de personalidade (artigo 369.º)”, J. DIAS FERREIRA, *Código Civil Português Anotado*,

justifica-se, uma vez que, também no direito português, as alterações relativas ao sistema conceptual de morte cruzam-se historicamente com a necessidade de legislar sobre a extração de órgãos e tecidos humanos¹¹⁷. Com efeito, foi após estudo de Gomes da Silva, relator do Parecer da Câmara Corporativa n.º 14/VIII¹¹⁸ sobre extração de órgãos e de tecidos, que veio a ser publicado o Decreto-Lei n.º 45 683, de 25 de Abril, nele se tratando, pela primeira vez, destes temas. Tem muito interesse notar como, neste parecer da Câmara Corporativa, surge assinalada a imperiosa necessidade de ser dada particular atenção ao problema da certeza na determinação da morte. Nesse contexto, Gomes da Silva, seu relator, sublinhou que seria *“absoluta e radicalmente ilícita”* a extração de órgãos ou de tecidos de uma pessoa *“sem a prévia certeza de que esta está morta”*: tal prática, *“envolvendo o risco de se mutilar uma pessoa viva ou de lhe causar ou apressar a morte, constituiria gravíssima falta moral e verdadeiro crime”*^{119/120}.

2. Assim, através do Decreto-Lei n.º 45 683, de 25 de Abril, foi prevista, pela primeira vez em Portugal, a extração e a transplantação de órgãos e tecidos. No artigo 10.º desta legislação, remeteram-se as regras relativas ao critério concreto da morte para portaria governamental. Quanto ao critério concreto de morte, não

Imprensa da Universidade, Coimbra, 1894, vol. I, p. 6.

¹¹⁷ Ainda na vigência do Código Civil de 1867, cfr. Parecer n.º 35/1952, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, de 27 de Novembro de 1955, nele se afirmando que *“a colheita de material de cadáveres nas primeiras 6 horas seguintes ao óbito, para efeitos cirúrgicos, não deve, em princípio, carecer de autorização da família; não deve a esta ser reconhecido o direito a indemnização pela mencionada colheita; as intervenções cirúrgicas efectuadas com os fragmentos extraídos devem ficar submetidas ao regime de gratuidade ou de remuneração vigente para as operações nos estabelecimentos oficiais onde aquelas vierem a ser autorizadas”*.

¹¹⁸ Parecer da Câmara Corporativa n.º 14/VIII (Colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres), Actas da Câmara Coporativa, n.º 51, VIII Legislatura, 1958, 16 de Dezembro, pp. 421 e ss.

¹¹⁹ Parecer da Câmara Corporativa n.º 14/VIII (Colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres), Actas da Câmara Coporativa, n.º 51, VIII Legislatura, 1958, 16 de Dezembro, 9, p. 473.

¹²⁰ Refira-se ainda como, para GOMES DA SILVA, *“o cadáver não é nem pessoa nem coisa; mas, em atenção no que foi e ao que há-de vir a ser, por um lado e, por outro, aos fins da personalidade sempre subsistente, de que fez parte e aos das outras pessoas que com ela estiveram em relação, o cadáver está subordinado a fins intrínsecos próprios das pessoas, e só pode ser tomado pelo direito como acessório ou extensão das pessoas. É uma realidade que, não sendo pessoa, se acha submetida aos fins intrínsecos das pessoas, e há-de, conseqüentemente, ser regida pelos princípios relativos às pessoas, em tudo o que seja adequado à sua configuração particular. Os direitos mais comumente reconhecidos a respeito do cadáver têm natureza e configuração análogas às dos direitos in personam, circunstância pela qual se confirma a tese de que o cadáver não é tratado como coisa, mas como extensão ou acessório da pessoa”*, M. GOMES DA SILVA, *Colheita de Órgãos e Tecidos nos Cadáveres*, Braga, Livraria Cruz, “Scientia Ivridica”, 1970, pp. 45 e ss.

houve qualquer inovação legal imediata, vindo a ser eleito o critério concreto de morte que correspondia ao critério clássico, ou seja, à cessação irreversível da função cardiorrespiratória. Com efeito, dando cumprimento ao previsto no artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 45 683, de 25 de Abril, foi publicada a Portaria n.º 20688, de 17 de Julho de 1964, assinada pelos Ministros João de Matos Antunes Varela (Ministro da Justiça) e Francisco Pereira Neto Carvalho (Ministro da Saúde e Assistência), nela se estabelecendo o critério concreto de morte clássico¹²¹.

§2. A receção da morte cerebral como critério concreto de morte e a formação de um sistema com dualidade de critérios concreto de morte

1. A sobredita Portaria n.º 20688, de 17 de Julho de 1964, que adotou o critério de morte clássico (critério cardiorrespiratório), viria depois a ser alterada e complementada pela Portaria n.º 156/71, de 24 de Março de 1971, assinada pelos Ministros Mário Júlio de Almeida Costa (Ministro da Justiça) e Baltazar Rebelo de Sousa (Ministro da Saúde e Assistência), introduzindo-se, pela primeira vez, a morte cerebral como critério concreto de morte – ainda que tal introdução não tenha ocorrido de forma expressa, sendo apenas feita menção a lesões irreversíveis do sistema nervoso central. Como resulta do seu preâmbulo, o fundamento então apresentado para justificar a introdução do critério da morte cerebral foi o de que os progressos técnicos demonstraram como “é possível manter-se a irrigação sanguínea de alguns órgãos e tecidos, mesmo quando o sistema nervoso central sofreu lesões irreversíveis”, afirmando-se que este novo estado deveria ser tido como “incompatível com a vida humana”. Porém, não foi desenvolvida a razão pela qual se deveria considerar que aquele estado deveria ser considerado como incompatível com a vida humana, nem elaboradas quaisquer noções quanto aos conceitos gerais de vida e morte.

2. Seguindo-se esta nova perspectiva quanto às situações de lesões irreversíveis do sistema nervoso central, foi então postulado que “para estes [casos de lesões cerebrais irreversíveis] deixou de ser satisfatória a utilização das regras enunciadas

¹²¹ “[N]a verificação de óbito para efeito de colheita, no corpo de pessoa, falecida, de tecidos ou órgãos que forem considerados necessários para os fins do Decreto-Lei n.º 45683, de 25 de Abril de 1964, proceder-se-á, obrigatoriamente, à pesquisa da ausência de oscilações à electrocardiografia e à arteriotomia radial esquerda, podendo esta última ser substituída pela verificação da invisibilidade dos capilares retinianos ou pela tanatognose angiográfica”: Portaria n.º 20688, de 17 de Julho de 1964 (regras de semiologia médico-legal sobre a verificação do óbito para efeito de transplante de tecidos/órgãos).

naquela portaria para certificação do estado de morte”, sendo necessário adotar outros critérios, ou seja, teria de se aceitar a morte cerebral como critério concreto de morte¹²². É desta forma que, a partir de 1971, o sistema conceptual legal de morte português passou a contar com dois critérios concretos de morte, ficando previstas condições específicas para cada um deles – critério da falência cardiorrespiratória¹²³ e critério de morte cerebral¹²⁴ –, condições que deveriam ser preenchidas para poder ser declarada a morte de uma pessoa, bem como para ser possível proceder à extração de órgãos e de tecidos. Destarte, para efeito de aplicação do critério concreto de morte, passou a ser feita uma diferenciação consoante as pessoas estivessem ou não submetidas a técnicas de reanimação. Aos casos normais, aplicava-se o critério clássico; para os casos em que tivesse ocorrido a aplicação de técnicas de reanimação, vigorava, agora, um novo critério. Este novo critério (morte cerebral) assentava, portanto, na verificação de lesões irreversíveis do sistema nervoso central, sistema este que inclui o encéfalo e a espinal medula. Igualmente com muito interesse, sobressaindo as cautelas das entidades governativas, no artigo 5.º da Portaria n.º 156/71, de 24 de Março, veio ainda estatuir-se, para os casos em que se aplicasse o novo critério concreto de morte, que o certificado de óbito só poderia ser passado se fossem analisados “todos os sinais clínicos e electroencefalográficos” – o que indicia a necessidade de valorização da totalidade da atividade encefálica, nomeadamente que fosse confirmada a cessação de “todos os sinais de atividade electroencefalográfica (pesquisada com amplificação máxima)”¹²⁵. Por outro lado, não podia ser legalmente emitido o certificado de óbito se dos “dados anamnésicos e circunstanciais” resultasse “qualquer reserva à interpretação daqueles sinais”¹²⁶.

¹²² Com efeito, acentua-se na Portaria n.º 156/71, de 24 de Março de 1971, ser “necessário determinar com rigor a fase de irreversibilidade das lesões destrutivas sofridas pelo sistema nervoso central dos doentes submetidos a técnicas de reanimação”, afirmando-se ainda que a Portaria n.º 20688, de 17 de Julho de 1964, não era adequada para situações desta natureza, sendo necessário modificar as regras nela enunciadas para certificação do estado de morte. Mais se refira que, de acordo com esta nova perspectiva, nos termos do artigo 9.º da referida portaria, “após a verificação do óbito, segundo as regras mencionadas, podem ser mantidas ou aplicadas ao cadáver técnicas de reanimação, com o fim de se proceder à colheita de órgãos ou tecidos em boas condições”.

¹²³ Para os casos de falência cardiorrespiratória – artigos 2.º e 3.º da Portaria n.º 156/71, de 24 de Março de 1971.

¹²⁴ Para os casos de falência cerebral – artigo 4.º da Portaria n.º 156/71, de 24 de Março de 1971.

¹²⁵ Artigo 4.º da Portaria n.º 156/71, de 24 de Março de 1971.

¹²⁶ Artigo 4.º da Portaria n.º 156/71, de 24 de Março de 1971.

§3. O sistema conceptual de morte no período de 1976–1993: problemas interpretativos

1. Na evolução do direito português, seguiu-se a aprovação do Decreto-Lei n.º 553/76, de 13 de Julho, através do qual foi revogada expressamente toda a legislação e regulamentação anteriores – ou seja, o Decreto-Lei n.º 45683, de 25 de Abril de 1964, a Portaria n.º 20688, de 17 de Julho de 1964 (sistema de critério único: critério cardiorrespiratório) e a Portaria n.º 156/71, de 24 de Março (sistema com dualidade de critérios: critério cardiorrespiratório e critério cerebral). Sobrevindo a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 553/76, de 13 de Julho, deixou de ser feito qualquer tipo de referência à morte cerebral como critério concreto de morte. No diploma de 1976, por conseguinte, consta apenas referência ao conceito de morte em sentido geral (“a morte”): certo é que em vários dos seus artigos surge, em singelo, plasmada a palavra morte, mas não se lobriga no articulado qualquer indicação sobre qual o critério concreto de morte aplicável. Relevante é, neste âmbito, sublinhar que, não obstante ter sido revogada toda a legislação e sua regulamentação anteriores a 1976¹²⁷, tal não impediu que, na doutrina médica, Lobo Antunes e Lesseps dos Reys defendessem, em 1985, a aplicação do critério de morte cerebral nos casos de pessoas sujeitas a técnicas de reanimação¹²⁸.

¹²⁷ Note-se, ainda assim, como resulta das disposições transitórias do Decreto-Lei n.º 553/76, de 13 de Julho, que foi decidido manter em vigor a Portaria n.º 24217, de 2 de Agosto de 1969, Diário do Governo n.º 180/1969, Série I, 2 de Agosto de 1969. Este ponto tem especial relevância, uma vez que esta portaria tinha sido adotada no plano da regulamentação do Decreto-Lei n.º 45 683, de 25 de Abril, o qual, como já foi referido, se baseava apenas no critério cardiorrespiratório e não no critério da morte cerebral, o que, segundo se supõe, é um indício legal relevante; ou, pelo menos, será um importante auxiliar hermenêutico para concretizar interpretativa e sistematicamente qual o critério em vigor depois de 1976.

¹²⁸ Não obstante a omissão legal da referência à morte cerebral, na doutrina médica, LOBO ANTUNES/LESSEPS DOS REYS defenderam (dando continuidade a posições defendidas em 1975: J. LOBO ANTUNES, *A reanimação prolongada e os critérios de “morte cerebral”*, Revista Portuguesa de Clínica e Terapêutica, 1/6 (1975), pp. 245-254) que “*toda a deontologia médica se alicerça no respeito absoluto da vida e da pessoa do doente. Se bem que o médico tenha a obrigação moral de empregar todos os meios ao seu alcance para salvar a vida do doente, deverá reconhecer, em devido tempo, quando é que esses meios podem, de facto, ser utilizados... Os meios hospitalares de reanimação artificial são escassos e altamente dispendiosos. É obrigação do médico saber geri-los, afectando-os aos doentes em situação grave, mas com possibilidades de recuperação, pois não é moralmente aceitável que esses recursos sejam desperdiçados em acções terapêuticas sem esperança. Uma pessoa será declarada morta quando, segundo critérios estabelecidos, se verifique paragem irreversível das funções respiratórias e circulatória, ou, paragem irreversível da função cerebral, incluindo o tronco cerebral (morte)*”, J. LOBO ANTUNES/J. LESSEPS DOS REYS, *O diagnóstico da morte cerebral*, Jornal da Sociedade das Ciências Médicas de Lisboa, Tomo CXLIX – Maio/1985, n.º 5, pp. 307-309.

2. Numa ambiência marcada por muitas dúvidas e por elevada ambiguidade quanto ao critério concreto de morte em vigor, a comunidade médica recebeu fortemente as consequências jurídicas resultantes dessa ambiguidade. Com efeito, depois da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 553/76, de 13 de Julho, o diretor do Instituto de Medicina Legal do Porto informou o conselho de gerência do Hospital Geral de Santo António (Porto) de que “o único critério de morte existente no País, do ponto de vista legal, é incompatível com colheitas que não sejam feitas nos termos do Dec-Lei 553/76”, ou seja, não seriam “admissíveis, face à lei em vigor, colheitas efetuadas com base em critérios de morte cerebral (...)”¹²⁹. Sustentou igualmente o diretor do Instituto de Medicina Legal do Porto, na informação prestada ao Hospital Geral de Santo António, que do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 553/76, de 13 de Julho, se retirava a necessidade de verificar a falência de todos os órgãos do corpo humano, o que, segundo a mesma entidade, era reforçado pelo facto de, no n.º 1 do artigo 3.º, ser feita apenas referência à morte da pessoa, sem qualquer especificação conceptual adicional, não se mencionando o critério da morte cerebral. Daqui resultaria, portanto, que seria impossível recorrer ao critério cerebral para proceder à extração de órgãos.

3. Por seu turno, o presidente do conselho de gerência do Hospital Geral de Santo António não concordou com esta interpretação legal do Instituto de Medicina Legal do Porto. O seu entendimento, quanto ao n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 553/76, de 13 de Julho, foi objeto de ofício dirigido ao Ministério da Saúde, nele se discordando abertamente da posição do Instituto de Medicina Legal do Porto quanto ao critério concreto de morte vigente em Portugal¹³⁰. No ofício do conselho de gerência do referido hospital que, a este respeito, foi remetido ao Ministério da Saúde, solicitou-se esclarecimento quanto ao critério concreto de morte aplicável segundo o direito português, atenta a grande necessidade de existir certeza quanto ao critério de morte válido, sobretudo sopesando a importância das consequências jurídicas associadas à extração ilegal de órgãos humanos e à sua transplantação. No seguimento, este ofício do Hospital Geral de Santo António, depois

¹²⁹ Excerto transcrito no Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 74/85, de 7 de Outubro de 1985, Diário da República, II série, n.º 272, 26 de Novembro de 1985, pp. 11125 e ss.

¹³⁰ “[A] interpretação que o Hospital Geral de Santo António faz (...) é a de que nele se afirma o critério de que o juízo sobre a morte do dador deve assentar na consideração do indivíduo no seu todo, não bastando que se mantenham vestígios de circulação, que, de resto, é mantida artificialmente, para que o indivíduo seja considerado vido. Assim sendo, o entendimento a dar ao artigo 3.º, n.º 1, que refere a morte do indivíduo, é o de morte cerebral ou clínica”: excerto transcrito no Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 74/85, de 7 de Outubro de 1985, cit., p. 11126.

de recebido no Ministério da Saúde, foi remetido à Procuradoria-Geral da República, para que fosse emitido parecer sobre o critério de morte em vigor em Portugal. A revogação de toda a legislação e regulamentação anteriores a 1976, como já explicitado, originou uma situação em que o critério concreto de morte não estava minimamente determinado no Decreto-Lei n.º 553/76, de 13 de Julho. Havia, então, que apurar qual o critério concreto de morte em vigor. Porém, não obstante a revogação expressa das disposições contidas no Decreto-Lei n.º 45683, de 25 de Abril de 1964, na Portaria n.º 20688, de 17 de Julho de 1964 e na Portaria n.º 156/71, de 24 de Março, a Procuradoria-Geral da República veio sustentar que os critérios contidos na Portaria n.º 156/71, de 24 de Março, deviam continuar a ser considerados como legalmente atendíveis, mesmo tendo sido revogados expressamente. Com efeito, no Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 74/85, de 28 de Agosto de 1985, homologado pelo Ministro da Justiça a 07 de Outubro de 1985, foi determinado o que segue: “o conceito de *morte*, constante do Decreto-Lei n.º 553/76, de 13 de Julho, tem o sentido de morte cerebral (...). Na verificação do óbito para os fins do referido diploma devem seguir-se adequadas regras de semiologia médico-legal, nomeadamente – se outras não se mostrarem mais actualizadas – as referidas na Portaria n.º 156/71, de 24 de Março, não obstante a sua expressa revogação”^{131/132}.

4. Pela decisiva importância para a compreensão da evolução do sistema conceptual de morte português, importa analisar a fundamentação deste parecer n.º 74/85 da Procuradoria-Geral da República, de modo a alcançar a solução que propõe para o problema da determinação do critério concreto de morte depois de 1976. Ora, como foi referido anteriormente, em 1964 havido sido aprovada legislação que, pela primeira vez, em Portugal, veio permitir a extração de órgãos e de tecidos humanos, remetendo-se a regulamentação da semiologia médico-legal para portaria do Ministério da Justiça e do Ministério da Saúde e da Assistência. O que significa que a densificação do critério de morte ficou dependente de regulamentação posterior. Assim, o Decreto-Lei n.º 45683, de 25 de Abril de 1964, foi primeiramente regulamentado pela Portaria n.º 20688, de 17 de Julho de 1964 (critério cardiorrespiratório) e, posteriormente, pela Portaria n.º 156/71, de 24 de

¹³¹ Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 74/85, cit., p. 11125. Dando nota dos vários transplantes de órgãos vitais realizados durante a vigência deste diploma, A. MOTA, *Transplantação de órgãos; Atividade em Portugal e alguns aspectos históricos*, Acção médica, 1996, 60/2, pp. 25 e ss.

¹³² Analisando criticamente este regime, C. SOARES DE BRITO, *Colheitas de órgãos e tecidos de pessoas falecidas, com vista à realização de excertos e transplantes: inconstitucionalidade material do artigo 5 do Decreto-Lei 553/76, de 13 de Julho*, R.O.A., 48.º, n.º 1 (Abr.1988), pp. 239 e ss.

Março (critério cardiorrespiratório e critério cerebral para situações de lesões irreversíveis do sistema nervoso central, em situações de reanimação e sustentação). Volvidos cinco anos, esta legislação e a sua regulamentação foram expressamente revogadas pelo artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 553/76, de 13 de Julho. E assim ficou, então, em aberto o seguinte problema carecido de resposta: encontrar o sentido a atribuir à morte, conceito constante de vários artigos do Decreto-Lei n.º 553/76, de 13 de Julho.

5. Por razões já antes percorridas e perante a questão levantada, a Procuradoria-Geral da República foi chamada a pronunciar-se e entendeu que, não obstante a expressa revogação já referida, o critério de morte cerebral, estabelecido na Portaria n.º 156/71, de 24 de Março, devia continuar a considerar-se como o critério de morte legalmente atendível. Para sustentar essa postulação, no referido parecer é argumentado que, ao terem sido revogadas aquelas portarias que densificavam os critérios de semiologia médico-legal, sem que se procedesse à sua substituição por outras portarias, em aberto foi deixado o problema da compreensão do sentido e alcance jurídicos dos conceitos de pessoa falecida e morte. Para a Procuradoria-Geral da República, daqui resultava a necessidade de se “conhecer os critérios de diagnóstico de morte, para efeito de colheita de órgãos”¹³³. Assim, entendeu-se que, ao abrigo dos n.ºs 1 e 3 do artigo 9.º do Código Civil, teria de se reconstituir o pensamento legislativo a partir dos textos e ter em conta as circunstâncias em que a lei é aplicada, presumindo que o legislador consagrou as soluções mais acertadas¹³⁴. Neste plano hermenêutico, entendeu a Procuradoria-Geral da República que o preâmbulo legal continha elementos que mereciam consideração. Com efeito, em trecho preambular¹³⁵ do Decreto-Lei n.º 553/76, de 13 de Julho, pode ser lido que, não obstante os progressos verificados na área dos transplantes, o “conceito de morte permanece”, sendo este conceito “imutável como poucos nas construções do pensamento humano, desde que o indivíduo seja considerado no seu todo, na sua pessoa, e não órgão por órgão, tecido por tecido”¹³⁶. Como se predisse, esta passagem do

¹³³ Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 74/85, cit., p. 11129.

¹³⁴ Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 74/85, cit., p. 11129.

¹³⁵ “(...) 2. A. *transplantação clínica terapêutica situa-se numa fronteira do avanço científico, não só no respeitante à transplantação propriamente dita, como no tocante ao aperfeiçoamento das técnicas de reanimação e cuidados intensivos, por cuja aplicação se vão modificando os critérios biológicos e clínicos para o diagnóstico da morte. O conceito de morte permanece, no entanto, imutável como poucos nas construções do pensamento humano, desde que o indivíduo seja considerado no seu todo, na sua pessoa, e não órgão por órgão, tecido por tecido (...)*”.

¹³⁶ Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 74/85, cit., p. 11129.

preâmbulo originou uma querela interpretativa entre o Instituto de Medicina Legal do Porto e o Hospital Geral de Santo António, entendendo o primeiro que dela resultava a rejeição do critério de morte cerebral, e entendendo o segundo precisamente o contrário.

6. Não obstante, para a Procuradoria-Geral da República, no plano dos n.ºs 1 e 3 do artigo 9.º do Código Civil, daquele excerto do preâmbulo resultava que “não pode o intérprete deixar de concluir que o legislador aderiu, para os fins do diploma, a um conceito de morte cerebral, com o sentido contido no n.º 2 do citado preâmbulo”¹³⁷. Concretizando esta atividade interpretativa, a tese da Procuradoria-Geral da República é a de que do sentido do preâmbulo será possível retirar que o conceito de morte, previsto no Decreto-Lei n.º 553/76, de 13 de Julho, corresponde à “morte como cessação irreversível da vida (*sic*), do indivíduo como pessoa, no seu todo”¹³⁸, ou seja, à morte cerebral. Desta forma, depois da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 553/76, de 13 de Julho, que não continha qualquer referência ao critério da morte cerebral, tendo inclusivamente revogado expressamente a legislação e a regulamentação anteriores que se baseavam nesse critério, por via deste parecer da Procuradoria-Geral da República, homologado pelo Ministro da Justiça do IX Governo Constitucional, resultou estabelecido que o critério concreto de morte, nos termos e para efeitos do Decreto-Lei n.º 553/76, de 13 de Julho, seria o critério de morte cerebral^{139/140}.

¹³⁷ Parecer n.º 74/85 da Procuradoria-Geral da República n.º 74/85, cit., p. 11129.

¹³⁸ Parecer n.º 74/85 da Procuradoria-Geral da República n.º 74/85, cit., p. 11129.

¹³⁹ Por esse motivo, de acordo com o parecer homologado, “*poderão continuar a ser seguidas as regras da Portaria 156/71 – não por integrarem normas legais, visto, como tais, terem sido revogadas, mas por constituírem regras de semiologia médico-legal. (...) A tese defendida pelo diretor do Instituto de Medicina Legal do Porto afigura-se, pois, desconforme à filosofia e objectivos do diploma em causa*”, Parecer n.º 74/85 da Procuradoria-Geral da República n.º 74/85, cit., p. 11129.

¹⁴⁰ Importa ainda dar nota do conteúdo da declaração de voto, subscrita por dois conselheiros do conselho consultivo da Procuradoria-Geral da República, que, apesar de terem votado favoravelmente o parecer, sentiram a necessidade de lavrar declaração de voto para clarificar alguns aspetos quanto à identificação do critério concreto de morte vigente em Portugal. O Parecer n.º 74/85 da Procuradoria-Geral da República teve o conselheiro Abílio Padrão Gonçalves como relator, tendo sido aprovado por unanimidade dos demais conselheiros: José António da Rosa Dias Bravo, Fernando João Ferreira Ramos, Ireneu Cabral Barreto, José Joaquim Oliveira Branquinho, Mário José de Araújo Torres (com declaração de voto), António Gomes Lourenço Martins, José Augusto Sacadura Garcia Marques (com declaração de voto idêntica à do conselheiro Mário Torres). Assim, de acordo com a declaração de voto, subscrita por dois conselheiros, a primeira conclusão do parecer – “*o conceito de “morte”, constante do Decreto-Lei n 553/76, de 13 de Julho, tem o sentido de morte cerebral*” – mereceu, por sua parte, discordância em face dos “*termos amplos*” em que a referida conclusão foi

§4. A reforma de 1993: a Lei n.º 12/93, de 22 de Abril e a (re)introdução do critério de morte cerebral no regime jurídico dos transplantes

1. Perante o cenário de crescente ambiguidade, o quadro legal relativo à extração de órgãos viria a sofrer nova e muito relevante alteração, reintroduzindo-se a morte cerebral como critério concreto de morte¹⁴¹, o que não sucedia desde 1976. Porém, a sua reintrodução foi circunscrita pelo âmbito material de aplicação da lei na qual o conceito de morte cerebral foi legalmente previsto, ou seja, na legislação relativa à extração de órgãos e de tecidos e ao transplante de órgãos.

Com efeito, a Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, por via do seu artigo 12.º, incumbiu a “Ordem dos Médicos, ouvido o Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida, [de] enunciar e manter atualizado, de acordo com os progressos científicos que venham a registar-se, o conjunto de critérios e regras de semiologia

formulada. Com efeito, para estes dois conselheiros, como resulta da sua declaração de voto, a morte entendida como *morte cerebral* devia ser apenas assim considerada “*relativamente a pessoas sujeitas a técnicas de reanimação*”. Na declaração de voto fez-se uma descrição histórica da evolução do regime jurídico da extração de órgãos e tecidos em Portugal, focando-se particularmente nas duas portarias de 1964 e 1971, que vieram regulamentar as regras de semiologia médico-legal. Nessa declaração de voto, é mencionado que, numa primeira fase, que se iniciou em 1964, foi apenas adotado “*um critério único de morte*”, tendo sido perfilhado, apenas depois de 1971, um sistema com “*dualidade de critérios de morte*”, consoante se tratasse ou não de pessoas sujeitas a técnicas de reanimação. Deste modo, os conselheiros que emitiram declaração de voto entenderam que, não obstante as referidas portarias terem sido expressamente revogadas, ambos critérios deviam ser tidos em consideração, e não apenas a parte da portaria respeitante à morte cerebral. Assim, de acordo com a sua declaração de voto, para efeito do Decreto-Lei n.º 553/76, de 13 de Julho, devia considerar-se que continuava a existir um sistema com dualidade de critérios de morte. Por esse motivo, a primeira conclusão do mencionado parecer deveria ter sido reformulada no sentido de que o critério de morte cerebral apenas deveria ser aplicável às “*pessoas sujeitas a técnicas de reanimação*”, valendo para estes casos o que resultava anteriormente da Portaria n.º 156/71 quanto à morte cerebral. Para “*as pessoas não submetidas a técnicas de reanimação*”, deveria continuar a valer “*o critério tradicional de morte*”, ou seja, “*a interrupção definitiva das funções cárdio-circulatórias*”, aplicando-se, a estes casos, os critérios referidos nos artigos 2.º, 3.º e 6.º da Portaria n.º 155/71, de 13 de Julho, que, de acordo com os subscritores, traduziam a manutenção dos critérios já anteriormente fixados pelos artigos 1.º, 2.º e 3.º da Portaria n.º 20688, de 27 de Julho de 1964. Em resumo, nesta declaração de voto, subscrita por dois conselheiros, foi defendida a manutenção de um sistema com dualidade de critérios concreto de morte, não obstante a revogação expressa de toda a legislação anterior a 1975, bem como a sua regulamentação. Perante o *vazio legal*, manter-se-ia, *por via interpretativa*, o que havia sido expressamente revogado. Parecer n.º 74/85 da Procuradoria-Geral da República n.º 74/85, cit., p. 11125.

¹⁴¹ Criticando de forma certa, em sentido que se acompanha, a *solução do dissentimento*, cfr., por todos, N. PINTO OLIVEIRA, *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento”*, Coimbra Editora, 2002.

médico-legal idóneos para a verificação da morte cerebral”. Registe-se, no entanto, que o critério concreto de morte que recolheu previsão na Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, foi o critério de *morte cerebral* em sentido geral, o que, como seguidamente se explicitará, assume especial relevância jurídica.

4.1. A Declaração de Ordem dos Médicos de 1994: a introdução do critério da cessação das funções do tronco encefálico como critério concreto de morte

1. Como foi referido *supra*, a fixação do “conjunto de regras e critérios de semiologia médico-legal”, nos termos do artigo 12.º da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, foi delegada na Ordem dos Médicos, ficando o respetivo bastonário com o dever de “comunicar ao Ministério da Saúde o texto aprovado pela Ordem dos Médicos fixando os critérios e regras referidos no número anterior, para publicação na 1.ª série do Diário da República”. Assim, no dia 01 de Setembro de 1994, foi publicada a “Declaração da Ordem dos Médicos”, nela se prevendo que “a certificação de morte cerebral requer a demonstração da cessação das funções do tronco cerebral [= tronco encefálico] e da sua irreversibilidade”. Daqui resulta, portanto, que, não obstante a Lei n.º 12/93, de 22 de Abril de 1993, não se referir expressamente à morte cerebral com o sentido de cessação das funções do tronco encefálico, a Ordem dos Médicos optou por regulamentá-la atribuindo-lhe apenas esse sentido. Este forma de regulamentação, *per se*, suscita dúvidas.

2. Simplesmente, a remissão da regulamentação de uma lei para a Ordem dos Médicos pode levantar problemas constitucionais, nomeadamente quando nem sequer se exige que essa regulamentação tenha de ser controlada ou aprovada formalmente por qualquer entidade governativa ou parlamentar. Por outro lado, como já referido pelo Tribunal Constitucional alemão, as diretrizes técnicas de associações médicas são passíveis de controlo jurídico, nomeadamente para aferir a sua compatibilidade com leis formais de valor superior¹⁴². Nesta esteira, a concretização do conceito de morte cerebral através do critério concreto de morte associado apenas à cessação das funções do tronco encefálico pode ser considerada como inconstitucional, fundamentalmente por representar uma forma de regulamentação que oferece menor proteção da vida humana do que a que resultaria se fosse adotado o critério da cessação de todas as funções encefálicas, como, aliás, é o que sucede na esmagadora maioria (quase a totalidade) dos países do mundo ocidental. Ora,

¹⁴² BVerfG (18/08/2014), 1BvR 2271/14.

o artigo 24.º da Constituição da República Portuguesa, consagrando o direito à vida, deve ser interpretado no sentido de que a vida tem de ser protegida com a máxima intensidade jurídica¹⁴³, o que determina que a sua regulamentação esteja condicionada pela obrigação constitucional de se optar pela via, entre as possíveis, que maior proteção jurídica ofereça à vida humana. Assim, independentemente de considerações ulteriores acerca do próprio conceito de morte cerebral, desde já, identifica-se na Declaração da Ordem dos Médicos um problema de inconstitucionalidade¹⁴⁴. Bem assim, é igualmente possível assinalar a sua ilegalidade, por violação do artigo 12.º da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, uma vez que nesta lei não se prevê a morte cerebral como cessação das funções do tronco encefálico, tal como foi concretizado na Declaração da Ordem dos Médicos de 1994; pelo contrário, o preceito agora referido enuncia, em sentido amplo, o conceito de “morte cerebral”, que corresponde, na maioria dos ordenamentos jurídicos comparados, à cessação de toda a atividade encefálica¹⁴⁵.

¹⁴³ Note-se a posição do Tribunal Constitucional alemão, considerando que existe proteção constitucional de toda a *existência biológica*: “*die biologisch-physische Existenz jedes Menschen (...) unabhängig von den Lebens- umständen des Einzelnen, seiner körperlichen und seelischen Befindlichkeit*”, BVerfG, 1 BvR 357/05, Rn. 85.

¹⁴⁴ Considerando inconstitucional atender apenas a partes do cérebro, M. PARZELLER, *Sterben und Tod – Sind wesentliche Bereiche am Ende des Lebens nicht normiert oder undefinierbar?*, cit., p. 415: “*Eine gesetzliche Regelung eines wie auch immer gearteten Teilhirnkonzpts wäre aber als Verstoß gegen die Menschenwürdegarantie des Art. 1 I GG und das Lebensgrundrecht des Art. 2 II GG anzusehen*”. De igual modo: E. WAGNER/L. BROCKER, *Hirntodkriterium und Lebensgrundrecht*, cit., p. 230.

¹⁴⁵ Pelas razões que já foram enunciadas na parte II do presente estudo, não é cientificamente possível “verificar” a morte cerebral imediata e automaticamente à cessação das funções do tronco encefálico. Repare-se, aliás, que o artigo 12.º da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, atribui competência à Ordem dos Médicos para fixar os critérios adequados para “verificar” a morte cerebral, e não para a “definir” em sentido restritivo. Tal como foi referido, entre muitas outras, pelas comissões de bioética americanas, italianas e alemãs, a morte cerebral equivale, cientificamente, à cessação de todas as funções encefálicas, de toda a atividade encefálica – da eventual acrescida dificuldade técnica não pode resultar uma restrição ao conceito científico de morte cerebral. Recordem-se, a este propósito, as críticas científicas formuladas por comissões de bioética (Alemanha, Itália, Estados Unidos da América, etc.) ao critério do tronco encefálico, desenvolvido pelo britânico Pallis e acolhido apenas pelas associações médicas britânicas, o que se abordou na Parte II deste estudo. E, depois de 1994, acolhido também e apenas em Portugal, por via de uma Declaração da Ordem dos Médicos, que interpretou restritivamente o conceito de morte cerebral previsto no artigo 12.º da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril.

4.2. O Parecer n.º 6/CNECV/94 sobre os critérios de verificação da morte cerebral propostos pela Ordem dos Médicos

1. No mesmo campo de análise, cumpre ainda dar nota do parecer n.º 6/94 do CNECV sobre este assunto, uma vez que o CNECV teve intervenção direta, como órgão consultivo, no que acaba de ser enunciado no ponto anterior. Ao ter apreciado a Declaração remetida pelo Conselho Nacional Executivo da Ordem dos Médicos, o CNECV entendeu, numa primeira análise, que “como o problema da morte humana e do seu reconhecimento ultrapassa o campo restrito da colheita de órgãos para transplantação e mesmo os critérios de diagnóstico necessariamente circunstanciais, o Conselho reserva para outra oportunidade o estudo e elaboração de documento sobre a questão da morte cerebral, compreendendo os aspetos suscetíveis de implicações éticas”¹⁴⁶. Mais se disse, neste parecer n.º 6/94 do CNECV, que “não compete, no contexto do artigo 12.º, a este Conselho pronunciar-se sobre aspetos estritamente técnico-científicos do texto, sem embargo de lhe parecer que ele não corresponde inteiramente ao que o legislador teve em vista com o citado artigo”. Porém, como não é pública a versão enviada pelo Conselho Nacional Executivo da Ordem dos Médicos para apreciação do CNECV, não se consegue alcançar o sentido desta sua última afirmação. Posteriormente, em face de modificações introduzidas pela Ordem dos Médicos à primeira versão da sua declaração, a segunda versão dessa declaração foi objeto da seguinte deliberação do CNECV: “o texto que agora é apresentado (...) corresponde às sugestões constantes do seu anterior Parecer (6/CNECV/94), pelo que delibera que nenhuma reserva lhe oferece a nova formulação do Parecer da Ordem”¹⁴⁷.

4.3. O Parecer n.º 10/CNECV/95 sobre o conceito de morte: um repto ao legislador

1. Em sequente altura, o CNECV protagonizou nova intervenção muito relevante. Uma vez que a concretização do critério concreto de morte, como morte cerebral, surgiu no plano da legislação respeitante apenas à extração de órgãos, colocou-se o problema da definição geral da morte, da identificação de um critério concreto de morte aplicável a todas as situações da vida e não apenas aos casos de extração de órgãos, que eram regulados especialmente pela Lei n.º 12/93, de 22

¹⁴⁶ Parecer sobre os critérios de verificação da morte cerebral – Parecer n.º 6/CNECV/94, Documentação CNECV, volume II, 1993-1994, p. 87.

¹⁴⁷ Deliberação do CNECV, Documentação CNECV, volume II, 1993-1994, p. 87.

de Abril. Precisamente a este propósito, na doutrina médica, Silva Cruz referiu que “a principal objeção a este diploma legal – a Lei n.º 12/93, de 22 de Abril – é permitir a dualidade de critérios para o diagnóstico de morte, só se aplicando o conceito de morte cerebral a potenciais dadores de órgãos, para transplantação”¹⁴⁸. Assim, uma vez mais, surgia doutrinariamente, nos setores médicos, a preocupação com a existência de dúvidas sobre quais seriam, afinal, o(s) critério(s) concreto(s) de morte válido(s)¹⁴⁹.

2. Ora, num momento em que se registavam dúvidas de monta quanto à existência de dois critérios concretos de morte, o CNECV pronunciou-se, em 1995, sobre o que qualificou de “apreciável confusão”, ou seja, sobre a “confusão” que reinava quanto ao critério de morte vigente em Portugal. Assim, constatando que “a publicação da Lei sobre transplantes de órgãos (Lei n.º 12/93, de 22 de Abril), que estabelece como critério de morte a 'morte cerebral', e a persistência do critério médico-legal de morte como a paragem definitiva das funções respiratória e circulatória, suscitavam confusão”¹⁵⁰, o CNECV decidiu alertar as entidades governativas e parlamentares para a necessidade de se proceder à uniformização dos critérios de morte, precisamente por causa dessa alegada “apreciável confusão”. Assim, no parecer n.º 10/CNECV/95, o CNECV foi bem mais longe na sua reflexão do que havia sucedido na sua tomada de posição anterior, ínsita no seu parecer n.º 6/CNECV/94. Com efeito, em 1995, no plano da teorização geral da morte cerebral, o CNECV defendeu expressamente a consagração geral do critério da cessação irreversível das funções do tronco encefálico. Em termos gerais, acautelando-se preventivamente de críticas, o CNECV afirmou que “o facto de o início do diálogo ético acerca desta matéria ter precedido em alguns anos as transplantações de órgãos de cadáver, exclui a ideia de que a sua motivação tenha sido a necessidade de aumentar o número de dadores de órgãos”¹⁵¹. Porém, o CNECV, de forma que causa surpresa, não referiu que a ligação do *coma dépassé* ao estado de morte foi ensaiada pelo *Ad Hoc Committee* de Harvard, com os propósitos acima já enunciados, bem

¹⁴⁸ M. SILVA CRUZ, *O conceito de morte cerebral numa perspectiva ética*, diss., Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, Porto, 2003, p. 14.

¹⁴⁹ Isso mesmo foi reconhecido e considerado como indesejável, alguns anos mais tarde, pela Ministra da Saúde do XIII Governo Constitucional, no decurso de um debate parlamentar sobre o tema da morte. Em debate parlamentar, ocorrido em Março de 1998, a referida Ministra da Saúde do XIII Governo Constitucional afirmou que: Diário da Assembleia da República, 28 de Março de 1998, I Série, Número 54, VII Legislação, 3ª Sessão Legislativa, (1997-1998), Reunião Plenária de 27 de Março de 1998, 1821.

¹⁵⁰ Parecer n.º 10/CNECV/95 – *Parecer sobre o critério de morte*, pp. 2-3.

¹⁵¹ Parecer n.º 10/CNECV/95 – *Parecer sobre o critério de morte*, pp. 2-3.

como que o *coma dépassé* teve como análogo a morte cerebral total e não a morte do tronco encefálico. Não obstante, ao questionar-se sobre a adoção da morte cerebral como critério de morte, que considerou ser “o único aceitável”, o CNECV formulou uma questão muito relevante no debate conceptual em curso: “devemos considerar naquele conceito a irreversibilidade das funções do tronco cerebral (que, dado o seu desempenho na receção, descodificação e integração de aferências internas e externas e na decisão referente para os diferentes órgãos, é essencial à harmonização global do cérebro) ou deve entender-se que se trata da morte de todo o cérebro?”¹⁵². É notório que o CNECV ponderou entre uma versão da morte cerebral como morte cerebral total e outra associada apenas às funções do tronco cerebral ou encefálico. Mais do que defender a consagração da morte cerebral como critério concreto de morte, o CNECV avançou abertamente para a defesa da concretização deste critério como correspondendo à cessação irreversível das funções do tronco encefálico, adotando a muito criticada versão doutrinal britânica, expressamente rejeitada na Alemanha, Brasil, Itália, Espanha, Estados Unidos da América, no mundo ocidental em geral.

3. Procurando encontrar uma resposta à pergunta *supra* formulada, após referir que “só as estruturas nele [tronco encefálico] existentes permitem a integração das diferentes funções vitais e permitem, portanto, a unidade e reação que caracterizam o funcionamento do corpo como um todo”, o CNECV defendeu que “em indivíduos inconscientes, a disfunção irreversível do tronco cerebral é de avaliação mais rápida, fiável e segura do que a das restantes estruturas, nomeadamente as talâmicas e corticais”¹⁵³. E neste passo, a ilação a extrair é a de que, para o CNECV, “não é aceitável admitir como critério de morte o mau funcionamento, ou mesmo o não funcionamento (próteses ventilatórias e cardíacas) de órgãos que podem ser substituídos por transplantes”, concluindo que “a resposta é que o critério de morte definido pela irreversibilidade das funções do tronco cerebral deve ser o adotado”¹⁵⁴. Entendeu, assim, que bastariam as estruturas do tronco encefálico para aferir a existência de “integração das diferentes funções vitais (...) a unidade (...) o funcionamento do corpo como um todo”¹⁵⁵. Ao contrário do que sucede em algumas outras geografias em que a questão se coloca, como nos Estados Unidos da América, Brasil, França,

¹⁵² Parecer n.º 10/CNECV/95 – *Parecer sobre o critério de morte*, pp. 2-3.

¹⁵³ Porém, o que estava em causa não era comparar o tronco encefálico às restantes estruturas do encéfalo, mas sim comparar o tronco encefálico a todo o encéfalo.

¹⁵⁴ Parecer n.º 10/CNECV/95 – *Parecer sobre o critério de morte*, pp. 2-3.

¹⁵⁵ Parecer n.º 10/CNECV/95 – *Parecer sobre o critério de morte*, pp. 2-3.

Espanha, Alemanha, Itália e Japão, etc., onde se exige a certificação da morte cerebral total, a posição do CNECV foi, efetivamente, a de que, no plano da teoria do organismo como um todo, a falência do tronco encefálico seria suficiente para verificar a descoordenação e a desintegração das diferentes funções vitais, da cessação do funcionamento do corpo como um todo.

4. É inesperado que o CNECV tenha feito a defesa de que “é hoje praticamente universal o diagnóstico de morte pela verificação da irreversibilidade das atividades do tronco cerebral”¹⁵⁶, afirmação que não corresponde à realidade e reclama infirmação: a esmagadora maioria dos países do mundo ocidental adota a cessação de *todas* as funções encefálicas, como já foi *supra* explicitado na parte II do presente estudo. Não obstante, o CNECV acabou por concluir que “o critério de morte cerebral é a comprovação da cessação irreversível das funções do tronco cerebral”, e, tendo presente a “apreciável confusão”, afirmou ser “exigível, no plano ético, que esse critério seja usado univocamente na legislação, e não apenas no respeitante a transplantações”¹⁵⁷. Havia, portanto, que optar pelo critério apenas da cessação irreversível das funções do tronco encefálico, que “é de avaliação mais rápida, fiável e segura do que a das restantes estruturas”¹⁵⁸. Este posicionamento, por parte do CNECV, no seu parecer n.º 10/CNECV/95, convolou-se em repto ao legislador: havia que uniformizar o conceito de morte e eleger o critério concreto de morte como morte cerebral, mas com o sentido particular lhe havido sido dado pela Declaração da Ordem dos Médicos em 1994, ou seja, morte cerebral como cessação das funções do tronco encefálico, na versão de morte cerebral que é tão criticada mundialmente.

§5. A reforma de 1999: da proposta governamental de sistema com dualidade de critérios à generalização do critério da cessação das funções do tronco encefálico

5.1. A proposta de Lei n.º 104/VII

1. Volvidos dois anos sobre o repto lançado pelo CNECV, no dia 15 de Maio de 1997, o XIII Governo Constitucional aprovou uma proposta de lei, invocando que pretendia “no pleno respeito pela vida humana e pela pessoa morta, clarificar os princípios respeitantes à verificação da morte, quer em ambiente hospitalar quer fora deste”. De outra banda, declarou-se ainda que se propunha tratar de “tão

¹⁵⁶ Parecer n.º 10/CNECV/95 – *Parecer sobre o critério de morte*, pp. 2-3.

¹⁵⁷ Parecer n.º 10/CNECV/95 – *Parecer sobre o critério de morte*, pp. 2-3.

¹⁵⁸ Parecer n.º 10/CNECV/95 – *Parecer sobre o critério de morte*, pp. 2-3.

delicada matéria em diploma próprio, separando a temática da verificação da morte da disciplina subjacente à colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana, constante da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril”. Assim, no dia 20 de Maio de 1997, a proposta de lei n.º 104/VII deu entrada na Assembleia da República, nos termos da qual, mais concretamente do n.º 3 do seu artigo 2.º, se previa que “a verificação da morte baseia-se, se outros não houver mais adequados, nos critérios de verificação da cessação irreversível das funções cardiocirculatória e respiratória ou da cessação irreversível das funções do tronco cerebral, morte cerebral, aplicável nos casos de sustentação artificial das funções cardiocirculatória e respiratória”. Ou seja, era proposto um sistema com *dualidade* de critérios, consoante a situação concreta: para os casos normais, aplicar-se-ia o critério da cessação das funções circulatória e respiratória; para os casos de sustentação artificial dessas funções, aplicar-se-ia o critério da morte cerebral, mas na sua versão doutrinal britânica, ou seja, na versão da cessação das funções do tronco cerebral, já anteriormente consagrada na Declaração da Ordem dos Médicos de 1994 e confirmada, alguns meses depois, pelo Parecer n.º 10/CNECV/1995¹⁵⁹.

2. Não acolhendo inteiramente o repto lançado pelo CNECV, a proposta governamental seguia, de perto, a estrutura dualística que foi adotada em muitos outros países, como por exemplo, Itália, Espanha e Estados Unidos da América¹⁶⁰; ou seja, a proposta governamental assentava num sistema com dualidade de critérios, em função da situação concreta: caso fosse morte *normal*, aplicar-se-ia o critério clássico, ou seja, falência das funções circulatória e respiratória; para as situações de sustentação artificial das funções cardiorrespiratórias, utilizar-se-ia, então, como critério especial, o critério da falência do tronco cerebral. Foi assim proposto um sistema com dualidade de critérios, tal como sucede, entre muitos outros países, nos Estados Unidos da América, Espanha, Itália, e, inclusivamente, no Reino Unido. Assim, daqui resulta, de forma inequívoca, que a proposta de lei do XIII Governo Constitucional considerava que o critério concreto primário seria o critério tradicional da cessação das funções circulatória e respiratória, apenas se aplicando o critério concreto secundário, o da morte do tronco encefálico, nos casos de “sustentação artificial” das funções circulatória e respiratória. A proposta de lei n.º 104/VII, deste modo, rejeitou a uniformização proposta pelo CNECV, propugnando a dualidade de critérios.

¹⁵⁹ Parecer n.º 10/CNECV/95 – *Parecer sobre o critério de morte*, pp. 2-3.

¹⁶⁰ Recorde-se que, por força da sua generalizada aprovação, a teoria do “*organismo como um todo*”, com os exatos contornos acima descritos, foi então acolhida no “*Uniform Determination of Death Act*”, aprovado em 1981.

5.2. Os pareceres das comissões parlamentares

1. Seguindo o procedimento legislativo, esta proposta de lei baixou à comissão parlamentar de saúde e à comissão parlamentar de assuntos constitucionais, direitos, liberdades e garantias. O que depois sucedeu tem muita relevância para compreender como se passou de uma proposta governamental com dualidade de critérios de morte para um sistema em que a cessação do tronco encefálico foi consagrada como o critério de morte válido em Portugal. Neste plano, tem cabimento que se destaque o relatório da comissão de assuntos constitucionais, direitos, liberdades e garantias, cujo relator foi o Deputado António Barbosa de Melo¹⁶¹. Com efeito, no seu relatório e parecer sobre a proposta de lei n.º 104/VII, refere-se que o espírito da proposta do governo era o de uniformizar os critérios de morte¹⁶², independentemente de a morte ocorrer em estabelecimento hospitalar ou noutra local, com ou sem intenção de extração de órgãos e independentemente de o doente estar ou não sujeito a técnicas de reanimação, destinadas a sustentar artificialmente as funções circulatória e respiratória¹⁶³. Não obstante as diferenças apontadas entre a proposta do CNECV e a proposta de lei n.º 104/VII do XIII Governo Constitucional, a referida comissão parlamentar salientou que “o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, no Parecer n.º 10/CNECV/95, propôs a adoção de uma técnica legislativa similar”.

2. De forma assaz surpreendente, a comissão de assuntos constitucionais, direitos, liberdades e garantias equiparou a proposta do CNECV ao sistema vigente no direito italiano, sublinhando que a proposta daquele órgão consultivo estava

¹⁶¹ Relatório e Parecer da comissão de assuntos constitucionais, direitos, liberdades e garantias sobre a proposta de lei n.º 104/VII, Diário da Assembleia da República, de 27 de Março de 1998, II série A, n.º 40/VII/3, pp. 958-960.

¹⁶² “a finalidade visada, por último, pelo Governo parece ser a reunião num só diploma legislativo, próprio e autónomo, das regras jurídicas fundamentais aplicáveis à verificação da morte em geral – ocorra esta em estabelecimento hospitalar ou noutra sítio qualquer, haja intenção de colher órgãos e tecidos ou não, esteja ou não o corpo a ser sujeito a técnicas de reanimação, aptas a manter artificialmente as funções cardio-circulatória e respiratória”, Relatório e Parecer da comissão de assuntos constitucionais, direitos, liberdades e garantias sobre a proposta de lei n.º 104/VII, Diário da Assembleia da República, de 27 de Março de 1998, II série A, n.º 40/VII/3, pp. 958-960.

¹⁶³ Esta interpretação da proposta do governo surpreende, tanto mais que, como se verificou, a Proposta de Lei n.º 104/VII assentava num modelo com dualidade de critérios, consoante houvesse ou não sustentação artificial das funções circulatória e respiratória. Em bom rigor, quem propôs uma uniformização do critério foi o CNECV, em 1995, e não o XIII Governo Constitucional, quando apresentou a sua proposta de lei em 1997.

em “concordância com algumas das leis estrangeiras citadas (de modo exemplar a lei italiana, “a morte identifica-se com a cessação irreversível de *todas* as funções cerebrais”, artigo 1.º)”¹⁶⁴. Esta referência deve surpreender, uma vez que, como decorre expressa e inequivocamente da própria citação da lei italiana, o critério que dela consta é o critério da cessação de *todas as funções cerebrais* e não apenas as funções do tronco encefálico, que corresponde à proposta formulada pelo CNECV, em 1995, mas não ao critério vigente em Itália – “todas as funções cerebrais” e “funções do tronco encefálico” não são expressões equivalentes. Aliás, a este propósito, recordem-se as duríssimas críticas da *Commissione Nazionale per la Bioetica*, que não manifestou qualquer reserva ao rejeitar, de forma expressa, o critério da cessação das funções do tronco encefálico¹⁶⁵. Não pode deixar de se perguntar quão surpreendida ficaria a *Commissione Nazionale per la Bioetica* ao verificar que, no parlamento português, se considerou que o critério do direito italiano, afinal, era o critério da cessação das funções do tronco encefálico, que foi expressamente rejeitado em Itália¹⁶⁶.

3. Esta comissão parlamentar foi ainda mais longe: manifestando crescente adesão às propostas do CNECV, formuladas no seu parecer n.º 10/95, sublinhou que “o CNECV, por um lado, propõe que a lei portuguesa adote como critério da morte o critério da morte cerebral – “o único aceitável” e “hoje praticamente universal” (p. 5 e 6) – isto é, que a lei defina a morte como cessação irreversível das funções do tronco cerebral”¹⁶⁷, notando ainda que o CNECV “é de parecer

¹⁶⁴ Relatório e Parecer da comissão de assuntos constitucionais, direitos, liberdades e garantias sobre a proposta de lei n.º 104/VII, Diário da Assembleia da República, de 27 de Março de 1998, II série A, n.º 40/VII/3, pp. 958-960.

¹⁶⁵ Referindo assertivamente que “*nun può altresì essere accettato il criterio che fa riferimento alla morte del tronco-encefalo perché essa non indica di per sé che le strutture al di sopra del tronco abbiano perso le possibilità di funzionare se stimolate in altro modo*”, Commissione Nazionale per la Bioetica, *Definizione e accertamento della morte*, Istituto Poligrafico dello Stato, 1991, p. 8.

¹⁶⁶ Salientando a diferença entre morte cerebral total e morte do tronco encefálico, P. BECCHI, *Morte cerebrale e trapianto di organi – Nuovi studi*, Morcelliana, 2015, pp. 81 ss.

¹⁶⁷ Mais se referiu naquele relatório da referida comissão parlamentar que “*comprovada com segurança a ausência destas funções e a irreversibilidade de tal estado – prova que depende das *leges artis* médicas e dos processos técnicos pertinentes – deverá dar-se a morte por verificada, mesmo que o corpo continue a cumprir mecanicamente as funções cardio-circulatória e respiratória por força dos instrumentos e técnicas de reanimação artificial. Por outro lado, o CNECV é de parecer que é “exigível no plano ético que esse critério seja usado univocamente na legislação, e não apenas no respeitante a transplantações”*” (cfr. 6 conclusão), Diário da Assembleia da República, de 27 de Março de 1998, II série A, n.º 40/VII/3, pp. 958-960.

que é exigível no plano ético que esse critério seja usado univocamente na legislação, e não apenas no respeitante a transplantações¹⁶⁸. Ou seja, as teses do CNECV, quanto ao critério do tronco encefálico, foram assim expressamente recebidas pela referida comissão parlamentar, ainda que, em erro, confundidas como se fossem o critério em vigor no direito italiano. Para esta comissão parlamentar, a morte cerebral, em suma, deveria equivaler à morte em sentido geral, para todos os casos e para todas as situações, propugnando-se assim a generalização deste critério concreto de morte, mas na sua versão doutrinal britânica, que foi considerada pelo CNECV como “praticamente universal”, o que não corresponde à realidade¹⁶⁹. Concluindo a sua apreciação, no referido relatório da comissão parlamentar vem ainda afirmado que “tudo isto mostra a necessidade de a Assembleia da República, no caso de aprovação na generalidade da proposta de lei n.º 104/VII, proceder a uma ampla e profunda discussão na especialidade, na qual seria útil que participassem outras instâncias, designadamente a Ordem dos Médicos e o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida”. Anunciavam-se, portanto, profundas alterações à proposta de lei n.º 104/VII, rejeitando a dualidade de critérios, preferindo-se o critério único¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Relatório e Parecer da comissão de assuntos constitucionais, direitos, liberdades e garantias sobre a proposta de lei n.º 104/VII, Diário da Assembleia da República, de 27 de Março de 1998, II série A, n.º 40/VII/3, pp. 958-960.

¹⁶⁹ No seu relatório e parecer, a comissão de assuntos constitucionais, direitos, liberdades e garantias perguntou ainda o seguinte: “*a avaliar pelo que diz na exposição de motivos, o Governo pretendia, seguindo esta linha de pensamento, definir um só critério material de verificação da morte, válido para todos e quaisquer casos. Pergunta-se, porém: terá conseguido tal intento?*”. A comissão parlamentar responderia de seguida que é “*patente no texto – e mais claramente ainda se o conjugarmos com o n.º 4 do artigo 3.º da proposta – que o Governo hesitou, não levando até ao fim o intento pré-anunciado na exposição de motivos. Manteve a dualidade dos critérios materiais da morte hoje extraídos na ordem jurídica – o critério da paragem persistente e irreversível das funções cardio-circulatória e respiratória (critério tradicional) e o critério da cessação total e irreversível das funções do tronco cerebral (critério adoptado para efeito da colheita de órgãos e tecidos humanos pela Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, e explicitada na Declaração da Ordem dos Médicos, DR 1.ª Série-B, de 11 de Outubro de 1994)*”: Relatório e Parecer da comissão de assuntos constitucionais, direitos, liberdades e garantias sobre a proposta de lei n.º 104/VII, Diário da Assembleia da República, de 27 de Março de 1998, II série A, n.º 40/VII/3, pp. 958-960.

¹⁷⁰ Do mesmo modo, também a comissão parlamentar de saúde foi chamada a elaborar o seu relatório e parecer sobre a proposta de lei n.º 104/VII. De forma muito sintética, esta comissão limitou-se a formular um juízo genérico e a referir que “*somos de parecer que a proposta de lei n.º 104/VII se encontra em condições constitucionais e regimentais de ser discutida em plenário*”, declarando-se ainda que os representantes dos respetivos grupos parlamentares reservavam “*as suas posições para o debate*”, que iria decorrer, seguidamente, no plenário parlamentar. Relatório e Parecer da Comissão de Saúde sobre a proposta de lei n.º 104/VII, Diário da Assembleia da República, de 27 de Março de 1998, II série A, n.º 40/VII/3, p. 960.

5.3. O debate parlamentar

1. Em face do conteúdo muito crítico do relatório e parecer da comissão de assuntos constitucionais, direitos, liberdades e garantias, quanto à proposta de lei n.º 104/VII, esta proposta governamental sofreu fortes críticas por parte de todos os grupos parlamentares, quando discutida no plenário da Assembleia da República. De facto, a orientação parlamentar, no debate em sessão plenária, foi no sentido de desferir duras críticas à proposta governamental, defendendo-se unanimemente e de forma expressa a rejeição de um sistema conceptual de morte com critério duplo; ou seja, devia consagrar-se um sistema de critério único, tal como proposto pelo CNECV. De forma que, após o debate em sessão plenária parlamentar¹⁷¹, a

¹⁷¹ Pela sua relevância hermenêutica, transcrevem-se as partes mais relevantes desse debate. Na discussão na generalidade da proposta de lei n.º 104/VII (Estabelece os princípios em que se baseia a verificação da morte), usaram da palavra a Ministra da Saúde, Maria de Belém Roseira, e os Deputados Odete Santos (PCP), Jorge Roque Cunha (PSD), Maria José Nogueira Pinto (CDS-PP), Moreira da Silva (PSD), Alberto Marques (PS) e Francisco Peixoto (CDS-PP). Importará reter os passos mais significativos da referida discussão na generalidade, pois convirá, dada a importância do tema, apurar a “*causa legis*” da Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto. Abrindo o debate, a Ministra da Saúde do XIII Governo Constitucional começou por explicitar que cumpria eliminar a potencial duplicidade de critérios de morte em vigor: “*a proposta de lei que hoje venho apresentar à Assembleia da República é considerada indispensável, na sequência da Lei n.º 12/93, relativa à colheita e transplante de órgãos. Como sabem, em sede da aprovação desta lei, consideravam alguns sectores médicos que existiam no País duas formas de morte, o que é impossível e, obviamente, antinatural, sendo por isso indispensável clarificar o conceito de que morte há só uma, apesar de os processos da sua verificação poderem ser diferentes, em função das condições subjacentes. Houve, portanto, uma movimentação por parte de alguns sectores médicos, alertando o Ministério da Saúde para a necessidade de alterar esta situação, e, assim sendo, foi por mim nomeado um grupo de peritos para se debruçar sobre esta questão*”, Diário da Assembleia da República, 28 de Março de 1998, I Série, Número 54, VII Legislatura, 3ª Sessão Legislativa, (1997-1998), Reunião Plenária de 27 de Março de 1998, p. 1821. Nestes termos, “*a proposta de lei que hoje aqui se apresenta pretende definir que a morte é só uma, apesar de os critérios da sua verificação poderem depender das condições que subjazem à necessidade de efectuar a declaração de óbito, em função da possibilidade, hoje tecnicamente assegurada, de manter as funções cardiorrespiratória e circulatória asseguradas durante algum tempo, para efeitos de colheita de órgãos*”: Diário da Assembleia da República, 28 de Março de 1998, I Série, Número 54, VII Legislatura, 3ª Sessão Legislativa, (1997-1998), Reunião Plenária de 27 de Março de 1998, p. 1822. Concluindo a sua intervenção, sem nunca enunciar os fundamentos científicos do critério declarativo proposto, mais referiu a Ministra da Saúde que “*a este propósito, gostaria de referir o seguinte: constitui uma preocupação no âmbito da Organização Nacional de Transplantes o facto de, tendo Portugal uma posição relativamente confortável em relação ao número de colheitas/milhão de habitantes, neste momento estarmos numa situação relativamente estacionária. Quer isto dizer que não temos crescido em termos de capacidade de colheita de órgãos, o que pode significar o mesmo que em outros países, ou seja, a seguir à estabilização, a tendência foi para um decréscimo dessa capacidade de colheita. Daí a imprescindível necessidade de*

garantir que nas unidades de cuidados intensivos haja uma inequívoca e clara definição dos critérios de verificação da morte, para que se possa intensificar a colheita a nível dessas unidades e, assim, garantir a capacidade de vida para doentes em situação extremamente grave e que sem essa capacidade de colheita de órgãos não têm qualquer hipótese de sobrevivência. É com a conjugação destas duas preocupações que esta proposta de lei foi elaborada e é apresentada à apreciação dos Srs. Deputados”: Diário da Assembleia da República, 28 de Março de 1998, I Série, Número 54, VII Legislatura, 3ª Sessão Legislativa, (1997-1998), Reunião Plenária de 27 de Março de 1998, p. 1822. Iniciada a discussão, a Deputada Odete Santos perguntou se “a referência à cessação irreversível das funções cardiocirculatória e respiratória é o acolhimento do conceito tradicional de morte ou se há um eufemismo, uma vez que a palavra “irreversível” apontará para que, de facto, a morte não se considere verificada com a cessação dessas funções, mas, sim, com a morte do encéfalo. Gostaria de saber se é ainda uma cedência a um conceito tradicional, que já nem o senso comum nem os cidadãos têm assimilado, porque já consideram que, de facto, a morte cerebral é que marca o início da morte, ou se é um eufemismo, e, se assim for, não se percebe por quê. Aliás, se isto são apenas os sinais de morte e não a marcação do momento em que ocorre a morte, então, falta aqui muito mais, porque faltam todos os outros métodos de diagnóstico que, somados a esta cessação de funções, podem dar como certa a morte. V. Ex.^a saberá muito melhor do que eu, porque tem essa área a seu cargo, que em simpósios internacionais até já foram referidos casos de cessação destas funções em que, afinal, vem a verificar-se que as pessoas ainda estavam vivas. Portanto, este critério tradicional não serve, nem serve às angústias mais profundas dos cidadãos que perpassaram através dos tempos”: Diário da Assembleia da República, 28 de Março de 1998, I Série, Número 54, VII Legislatura, 3ª Sessão Legislativa, (1997-1998), Reunião Plenária de 27 de Março de 1998, p. 1822. De seguida, tomou a palavra o Deputado Jorge Roque Cunha, referindo, entre outras coisas, que “é sempre importante salientarmos nestas ocasiões a colheita de órgãos e a benfeitoria que esse facto implica para pessoas que, muitas vezes, têm como perspectiva de vida ligarem-se às máquinas três, quatro ou cinco vezes por semana, durante duas ou três horas. Portanto, toda a pedagogia nesta área é importante, já que há a grande necessidade desta colheita”: Diário da Assembleia da República, 28 de Março de 1998, I Série, Número 54, VII Legislatura, 3ª Sessão Legislativa, (1997-1998), Reunião Plenária de 27 de Março de 1998, p. 1822, sucedendo-se outras intervenções mais orientadas para a discussão das competências da Ordem dos Médicos, que estariam, segundo alguns Deputados, a ser restringidas. Relativamente às questões colocadas pela Deputada Odete Santos, a Ministra referiu que “consideram as pessoas que o conceito tradicional da cessação das funções cardiocirculatória e respiratória como critério de verificação da morte continua a justificar-se e que o diagnóstico da morte cerebral se deve aplicar aos casos em que há sustentação artificial dessas funções para efeitos, nomeadamente, de colheita de órgãos, até porque o diagnóstico em termos de morte cerebral implica todo um conjunto de meios auxiliares de diagnóstico e de critérios extraordinariamente sofisticados e que não se justificarão em todas as situações. Foi este o consenso a que, em sede de comité de peritos, se chegou e que tentei explicar na minha intervenção, mas reconheço que as razões do ponto de vista técnico-científico que levam a esta conclusão serão muito melhor explicadas pelos peritos, nomeadamente pelos que integraram o grupo de trabalho, que devem estar e estão disponíveis para prestar todos os esclarecimentos, em sede de especialidade, acerca de como se chegou a esta proposta e a este consenso, se esta Assembleia decidir aprovar na generalidade esta proposta de lei”. De outra banda, quanto “à questão da colheita de órgãos e ao facto de a pedagogia ser extraordinariamente importante nesta área, concordo muito com o que foi dito, inclusive foi por isso que tive ocasião de referir os receios, por parte da Organização Nacional de Transplantes, no sentido de que a esta estabilidade a que se chegou, em termos de capacidade de colheita de órgãos, possa suceder uma linha descendente em termos de capacidade de colheita, precisamente porque não há critérios definidos em termos do que é a morte cerebral. Em sede do grupo de trabalho, foi muito discutido pelos peritos aquilo que foi um guia de morte cerebral aprovado pela própria Ordem dos Médicos por considerarem insuficiente e ser absolutamente

indispensável actualizar as regras constantes desse guia por estarem ultrapassadas ou não estarem claramente definidas em função daquilo que deve ser uma clareza absoluta relativamente a esta matéria”: Diário da Assembleia da República, 28 de Março de 1998, I Série, Número 54, VII Legislatura, 3ª Sessão Legislativa, (1997-1998), Reunião Plenária de 27 de Março de 1998, p. 1823. Mais adiante, a Ministra da Saúde referiu ainda o que segue: “*como disse - e bem! - o Sr. Deputado Jorge Roque Cunha, é indispensável que tenhamos capacidade de colher órgãos de pessoas já inequivocamente mortas para dar a vida a outras, cuja vida depende da nossa capacidade de colher estes órgãos sem haver problemas do ponto de vista do rigor dos critérios técnico-científicos que devem presidir a essa colheita de órgãos*”, Diário da Assembleia da República, 28 de Março de 1998, I Série, Número 54, VII Legislatura, 3ª Sessão Legislativa, (1997-1998), Reunião Plenária de 27 de Março de 1998, p. 1822. Continuado a discussão, tomou a palavra o Deputado Moreira da Silva: “*começo a minha intervenção, tal como o meu colega de bancada já aqui o fez, saudando a iniciativa de se rever uma matéria com a importância que a definição da verificação da morte tem. No entanto, gostaria de referir que a proposta de lei que aqui nos é presente sinteticamente enferma de três erros: denota-se que é uma proposta hesitante, uma proposta governamentalizada e uma proposta secretista. É hesitante, porque, como se verifica logo no n.º 3 do artigo 2.º - e isto já foi referido nos pedidos de esclarecimentos feitos à Sr.ª Ministra -, que estabelece a fixação dos critérios para a verificação da morte, o Governo hesita entre uma definição tradicional e a definição que hoje é reconhecida como a cientificamente mais correcta, a morte cerebral. Devo recordar que um parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, o parecer n.º 10/95, entendia que o critério da morte cerebral é o único aceitável e hoje praticamente universal. No entanto, o Governo assim continua a não entender e a colocar em alternativa o critério tradicional e o critério da morte cerebral. Por isso, no fundo, aquilo que teríamos claramente de perguntar é: em que ficamos? Se ficamos com o critério tradicional, afirme-se isso, ou se ficamos com o critério hoje unanimemente reconhecido, o da morte cerebral. É que os portugueses poderão ficar com esta dúvida e pensar, no caso de estarem numa situação de doença grave, que talvez o melhor seja ir morrer ao estrangeiro, onde a verificação da morte se faz com base na morte cerebral, do que ficar num hospital português sujeito a critérios tradicionais que não asseguram, de forma alguma, que a verificação da morte seja tida com base nos últimos critérios reconhecidos internacionalmente pelos técnicos da especialidade. Como vê, Sr.ª Ministra, nesta questão a hesitação não pode permanecer*”, Diário da Assembleia da República, 28 de Março de 1998, I Série, Número 54, VII Legislatura, 3ª Sessão Legislativa, (1997-1998), Reunião Plenária de 27 de Março de 1998, pp. 1823-1824. De seguida, tomou a palavra o Deputado Alberto Marques para referir que: “*a premência em clarificar esses princípios respeitantes à definição e à metodologia da verificação da morte justificou, por parte do Ministério da Saúde (como, há pouco, tivemos oportunidade de ouvir, de viva voz, pela Sr.ª Ministra da Saúde), a criação, em Dezembro de 1996, de um grupo de peritos entre os quais se incluíam representantes da Ordem dos Médicos, do Instituto de Medicina Legal e diversos médicos especialistas em neurocirurgia. (...) Na sequência dessa iniciativa da saúde, surge a formulação de uma recomendação à Ordem dos Médicos, no sentido de se definirem os critérios técnico-científicos de verificação da morte. A inovação proposta corresponde, pois, à necessidade de, com toda a segurança, identificar a verificação da cessação irreversível das funções cardiocirculatórias e respiratórias ou a verificação da cessação irreversível das funções do tronco cerebral (morte cerebral) aplicável nestes casos de sustentação artificial das funções cardio-circulatória e respiratória como critérios de verificação da morte e estabelece o respetivo processo. Mais especificamente, a proposta, no n.º 3 do artigo 2.º identifica os critérios que estabelecem a verificação da morte: cessação irreversível das funções cardiocirculatória e respiratória ou cessação irreversível das funções do tronco cerebral, morte cerebral, aplicável nos casos de sustentação artificial das funções cardiocirculatória e respiratória. Esta verificação da morte é da competência dos médicos. Nos termos da lei, dispõe-se adequadamente que é a Ordem dos Médicos que deve definir, manter actualizados e divulgar os critérios técnicos e científicos da morte, segundo os seus saberes próprios*

proposta de lei n.º 104/VII foi aprovada na generalidade, baixando novamente à comissão parlamentar de assuntos constitucionais, direitos, liberdades e garantias,

e com total independência do poder político. A Ordem dos Médicos elaborou já um texto específico sobre os critérios de morte cerebral, onde com detalhe se estabelecem as condições e a semiologia para o diagnóstico de morte cerebral, e a metodologia e requisitos para a sua verificação. O Conselho Nacional da Ética para as Ciências da Vida deliberou que, tal parecer da Ordem dos Médicos não suscita “nenhumas reservas”, definindo categoricamente que a certificação de morte cerebral requer a demonstração da cessação das funções do tronco cerebral e da sua irreversibilidade. A Ordem dos Médicos não expressou divergência sobre que tais critérios de morte cerebral, necessariamente técnicos e da exclusiva competência da Ordem dos Médicos, carecessem de ratificação do Ministro da Saúde, ouvido, naturalmente, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida”, Diário da Assembleia da República, 28 de Março de 1998, I Série, Número 54, VII Legislatura, 3ª Sessão Legislativa, (1997-1998), Reunião Plenária de 27 de Março de 1998, pp. 1823-1824. Prosseguindo, mais disse que o referido Deputado que, “pela nossa parte, queremos vincar a nossa opinião de que o diploma em apreciação é bastante linear e simples quanto ao seu objectivo último, sendo que a sua mais valia reside na autonomização e valorização dos critérios de verificação da morte. Parece oportuno referir e demarcar com alguma preocupação os limites entre eutanásia e prolongamento artificial da vida, para que não se confunda, sob a capa da eutanásia, um problema que lhe é de todo estranho. Sublinhe-se ainda que a determinação exacta do momento da morte é também muito importante quando está em causa a sobrevivência de terceiros pessoas. Tem sido geralmente aceite que a morte é um processo biológico e a sua definição fundamentalmente um problema médico. Não há dúvida, porém, de que sempre que os conceitos médico e legal não coincidem, este último prevalece, em questões como as do início da ressuscitação, interrupção dos meios de reanimação ou outros, atos ou omissões possíveis poderão criar situações delicadas para a saúde. Os critérios estabelecidos na proposta em causa são suficientemente objectivos e claros, e a sua publicação deverá efectuar-se na I Série do Diário da Assembleia da República, porque a iniciativa é globalmente positiva e meritória para justificar o voto favorável do PS, devendo, na análise em especialidade, merecer o devido consenso dos demais grupos parlamentares”: Diário da Assembleia da República, 28 de Março de 1998, I Série, Número 54, VII Legislatura, 3ª Sessão Legislativa, (1997-1998), Reunião Plenária de 27 de Março de 1998, p. 1827. Na continuidade da discussão, tomou novamente a palavra a Deputada Odete Santos, para uma intervenção, referindo então que “em 1993 a Assembleia aprovou a Lei n.º 12/93, relativa aos transplantes, na qual se quebrou o silêncio legislativo, consagrando-se o critério de morte cerebral. Tal consagração não foi mais do que a aquisição de um padrão que já era corrente, como o reconhece o parecer da Procuradoria-Geral da República, n.º 74/85, publicado na II Série do Diário da República, de 26 de Novembro. Na verdade, com os avanços da medicina na prestação de cuidados intensivos, o critério da morte cerebral foi substituindo, mesmo no senso comum, o critério tradicional da paragem circulatória, cardíaca e respiratória. Este novo critério resultou de um debate permanente desde o momento em que o Comité Harvard, em 1958 (sic), suscitou o problema, tendo-se seguido o estabelecimento pela Harvard Medical School dos critérios de morte cerebral total. Depois disso, legislações de vários países foram substituindo o critério tradicional de verificação da morte pelo critério de morte cerebral. De tal maneira que pode concluir-se que a conclusão da comunidade científica se apoia num consenso legal e ético de que, se todas as funções cerebrais estão mortas, o ser humano está morto. Porque, se todas essas funções estão destruídas, não existe respiração espontânea e a paragem cardíaca ocorre em breve espaço de tempo (...)”: Diário da Assembleia da República, 28 de Março de 1998, I Série, Número 54, VII Legislatura, 3ª Sessão Legislativa, (1997-1998), Reunião Plenária de 27 de Março de 1998, pp. 1827-1828.

para apreciação na especialidade, tendo então sofrido alterações juridicamente muito relevantes. No “Texto final da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias” foi eliminado expressamente o articulado do qual resultava a proposta de um sistema com dualidade de critérios. Recorde-se que, na versão original da Proposta de lei n.º 104/VII, nos termos do n.º 3 do seu artigo 2.º, previa-se que “a verificação da morte baseia-se, se outros não houver mais adequados, nos critérios de verificação da cessação irreversível das funções cardiocirculatória e respiratória ou da cessação irreversível das funções do tronco cerebral, morte cerebral, aplicável nos casos de sustentação artificial das funções cardiocirculatória e respiratória”. Esta parte do artigo foi eliminada e, em sua substituição, no “Texto final da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias”, o critério concreto de morte surgiu reduzido ao seguinte enunciado: “A morte corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral”¹⁷². Ou seja, consagrou-se a versão doutrinal britânica de morte cerebral, formulada por Pallis, que foi rejeitada quase universalmente pelas várias comissões de bioética mundiais, bem como pelos respetivos sistemas jurídicos.

2. A versão final da proposta de lei n.º 104/VII, substancialmente modificada por força das alterações promovidas pela referida comissão parlamentar, subiu, então, ao plenário, para votação global final. A Assembleia da República aprovou assim, em votação final, a Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto de 1999, nela se estabelecendo que “a morte corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral”, ou seja, vingou o critério da morte cerebral na sua versão doutrinal britânica de “morte do tronco encefálico” e não na versão comum de “morte cerebral total”. Deste modo, a proposta governamental, que se baseava num sistema com critério duplo, foi substituída por um sistema de critério geral e único, aplicável a todas as situações de morte, não sendo possível, nesses termos, apelar a outros critérios que não os que foram, portanto, plasmados na lei aprovada pela Assembleia da República¹⁷³.

3. De resto, consultando-se os diários das sessões da Assembleia da República, verifica-se que a versão final foi aprovada por unanimidade, sem qualquer oposição

¹⁷² Diário da Assembleia da República, de 09 de Julho de 1999, II série A, n.º 76/VII4, pp. 2180-2181.

¹⁷³ Note-se ainda que as alterações introduzidas na proposta de lei 141/VII, que viria a converter-se na Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto de 1999, acabaram por deixar *vestígios* do modelo inicialmente proposto pelo XIII Governo Constitucional, nomeadamente porque no n.º 4 do artigo 4.º se continuou a fazer referência aos *casos de sustentação artificial*, o que se justifica porque a versão original da proposta de lei distinguia os critérios em função de existir ou não essa sustentação artificial.

ou declaração de voto. Com efeito, na “votação final global do texto final, apresentado pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, relativo à proposta de lei n.º 104/VII – Estabelece os princípios em que se baseia a verificação da morte”, o resultado foi o seguinte: “submetido à votação, foi aprovado por unanimidade”¹⁷⁴. O diploma aprovado pelo parlamento português viria a ser promulgado, sem prévia apreciação por parte do Tribunal Constitucional, pelo Presidente da República, no dia 13 de Agosto de 1999, sendo publicado, após referenda ministerial, no dia 28 de Agosto de 1999. Assistia-se pela primeira vez, em Portugal, à consagração de um sistema conceptual de morte com um critério concreto de morte único baseado na cessação irreversível das funções do tronco encefálico, tal como resulta da Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto.

4. Entretanto, tal como sucedeu na Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, a Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, voltou a delegar na Ordem dos Médicos a sua regulamentação, desta feita com necessidade de aprovação do membro do Governo responsável pela saúde. Com efeito, nos termos da Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, precisamente por força do n.º 2 do artigo 3.º, “cabe à Ordem dos Médicos definir, manter e divulgar os critérios médicos, técnicos e científicos de verificação da morte”. Contudo, desde 1999 até aos dias de hoje, a Ordem dos Médicos não emitiu qualquer documento ou regulamento sobre a morte cerebral na sua versão de cessação irreversível das funções do tronco cerebral, nos termos e para os efeitos da Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, ficando a reforma de 1999 por regulamentar¹⁷⁵. Perceba-se bem que a Declaração da Ordem dos Médicos de 1994 foi elaborada e publicada nos termos e para os efeitos previstos no artigo 12.º da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, que visa apenas regulamentar a extração de órgãos e de tecidos, não almejando regulamentar o conceito de morte em geral. Assim, desde há cerca de duas décadas, a reforma de 1999 permanece verdadeiramente por regulamentar – havendo quem entenda, eventualmente, que será de aplicar, *de facto*, a Declaração da Ordem dos Médicos de 1994 também à Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, malgrado aquela declaração da Ordem dos Médicos ter sido emitida apenas para efeitos da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, e para efeito da extração de órgãos e tecidos.

¹⁷⁴ Diário da Assembleia da República, 2 de Julho de 1999, I Série, Número 101, VII Legislatura, 4ª Sessão Legislativa, (1998-1999), Reunião Plenária de 1 de Julho de 1999, p. 3692.

¹⁷⁵ Sobre a ilegalidade por omissão em casos de falta de regulamentação: A. SALGADO MATOS, *Princípio da Legalidade e Omissão Regulamentar*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, I, Coimbra, 2006, pp. 193 e ss.

5. Ora, estando por regulamentar a reforma de 1999, o sistema conceptual de morte português, em 2013, registou nova “evolução”. Com efeito, invocando o poder de regulamentar a Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, o Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Saúde do XIX Governo Constitucional, em vez de finalmente fixar critérios de verificação da morte cerebral, decidiu, por despacho, estabelecer a possibilidade de extração de órgãos nos casos de “falecidos em paragem cardiocirculatória”, introduzindo-se, assim, um novo critério concreto de morte: a “cessação irreversível das funções cardíaca e circulatória”. Ou seja, a coberto dos poderes conferidos na Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, regulamentou-se a extração de órgãos em situações de “cessação irreversível das funções cardíaca e circulatória”. Recorde-se que a Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, é, no seu escopo aplicativo, a lei competente para regular a extração de órgãos e tecidos, e não a Lei n.º 141/99, de 22 de Agosto. Pelo que induz certa perplexidade a opção por regulamentar a extração de órgãos a propósito da Lei n.º 141/99, de 22 de Agosto, que nada tem que ver com essa matéria. Por outro lado, a Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, e a Lei n.º 141/99, de 22 de Agosto, assentam exclusivamente no critério de morte cerebral e não no critério cardiorrespiratório. É, portanto, da maior pertinência averiguar a compatibilidade jurídica do Despacho n.º 14341/2013, de 6 de Novembro, com as leis acima mencionadas, ou não fossem elas primordialmente, em expressão do primado e precedência da função legislativa sobre a administração e governo, o efetivo e concreto parâmetro hierárquico do poder, subordinado, de regulamentação.

IV

Evolução recente do sistema conceptual de morte português: considerações sobre a reforma de 2013

§1. Síntese da reforma de 2013

1. Nas partes II e III deste estudo, foram enunciadas as coordenadas gerais e abordadas as principais etapas da evolução do sistema legal conceptual de morte. Resultou, desta longa evolução, a emergência da morte cerebral como critério concreto de morte. Verificou-se, ainda, que a morte cerebral é concretizada, maioritariamente, como a cessação de todas as funções encefálicas e, muito minoritariamente, como a cessação apenas das funções do tronco encefálico. Notou-se, também, que a emergência da morte cerebral não implicou necessariamente a eliminação do critério da falência das funções circulatória e respiratória. Assim, em vários sistemas, a introdução da morte cerebral fez-se no plano de um sistema com dualidade de

critérios. Porém, em Portugal, foi decidido prosseguir no sentido da uniformização total do critério concreto de morte; ou seja, privilegiou-se a consagração de um sistema com critério concreto de morte único. Foi possível verificar que, no direito português, especialmente na reforma de 1999, o sentido de morte cerebral foi concretizado e densificado apenas como cessação das funções do tronco encefálico¹⁷⁶. É assim de assentar que não existe, nas leis portuguesas em vigor, qualquer referência ao critério cardiorrespiratório. Não é de olvidar que foi proposto, pelo XIII Governo Constitucional, um sistema de critério duplo – cessação das funções cardiorrespiratórias como critério geral; e, como critério especial, a cessação das funções do tronco encefálico, quando haja recurso a técnicas de reanimação e sustentação da vida –, e que essa proposta foi unanimemente rejeitada por todos os grupos parlamentares, aprovando um sistema com critério concreto de morte único. Apesar de tudo o

¹⁷⁶ Uma primícia fundamental do direito português em toda esta problemática a ter em mente é esta: a construção do sistema conceptual de morte não é livre, há limitações constitucionais. Por outro lado, não pode deixar de se salientar o carácter temporal e evolutivo do que vai sendo defendido e argumentado por parte das ciências biomédicas. Neste plano, sublinhe-se que se o erro integra, por natureza, o processo científico, a declaração de morte é também uma daquelas zonas da ciência onde esse erro poderá ocorrer. Agudiza-se a relevância dessa probabilidade quando atentamos na natureza do bem jurídico que está em causa, a vida humana, e mais ainda quando vigora, entre nós, o modelo do *consentimento presumido* para efeito da colheita de órgãos vitais. Permitimo-nos, neste contexto, sublinhar que a vida humana, nos termos do artigo 24.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), é inviolável. Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana é um pilar fundamental e estrutural da República Portuguesa – atente-se no artigo 1.º CRP. O verdadeiro travejamento mestre do sistema é o de que *“a toda a vida humana se estende o princípio da inviolabilidade”*, P. OTERO, *Instituições políticas e constitucionais*, I, Almedina, 2007, p. 576. A inferência medular que deve ser feita é só uma: sob o ponto de vista jurídico-constitucional, o sistema conceptual de morte deve conformar-se com a defesa da vida humana. Todos os sinais e ou manifestações de vida humana só logram a sua inteligibilidade ético-jurídica no âmbito da protecção constitucional e qualquer forma de desrespeito por estes sinais e ou manifestações de vitalidade humana é inevitavelmente cominado com consequências jurídicas. É ainda relevante salientar que do referido artigo 24.º CRP não resulta que seja permitido privilegiar este ou aquele estado da vida humana em relação a outro qualquer tipo de estado da vida humana. Pelo contrário, é possível extrair uma norma de protecção de toda a vida humana. Independentemente do seu estado, da sua forma, da sua maior ou menor vulnerabilidade, a vida humana estará abrangida pelo raio de protecção daquela norma constitucional. Seguindo novamente P. OTERO, frise-se que *“a necessidade de salvar a vida de uma pluralidade de seres humanos nunca torna lícito sacrificar a vida de um só ser humano”*, bem como que a inviolabilidade da vida humana implicará *“[a] adopção de um postulado interpretativo de máxima efectividade (...) fundado no princípio in dubio pro vita: toda e qualquer dúvida sobre o alcance da inviolabilidade humana deverá sempre ser decidida a favor da solução interpretativa que se mostre mais generosa, mais ampliativa ou que melhor reforce a tutela e garantia da vida humana”*, P. OTERO, *Instituições políticas e constitucionais*, I, cit., p. 578. Donde, a vida humana, com toda a sua protecção no plano constitucional, obriga a que a construção do sistema conceptual de morte deva respeitar o princípio *in dubio pro vita*. Qualquer desvio face a este princípio ditará, como corolário que se impõe vincar, a sua inconstitucionalidade.

que acaba de ser explicitado, através do Despacho n.º 14341/2013, de 6 de Novembro, introduziram-se, no sistema conceptual de morte português, dois elementos novos. Em primeiro lugar, foi consagrada a possibilidade de extração de órgãos e tecidos em pessoas “falecidas” com “paragem cardiocirculatória”. Em segundo lugar, para efeito dessa extração de órgãos, introduziu-se a morte por “paragem cardiocirculatória”, determinando-se quais os critérios para se proceder ao diagnóstico da “paragem irreversível das funções cardiocirculatórias”¹⁷⁷, elegendo-se, assim, um novo critério concreto de morte: a “cessação irreversível das funções cardíaca e circulatória”.

2. Na Parte II deste estudo foi feita a explanação de que, contextualmente relacionável com uma invocada quebra no número de extração de órgãos, foi decidida a constituição, em 2012, de grupo de trabalho que analisasse as suas causas e elaborasse as propostas necessárias¹⁷⁸. Este grupo de trabalho, invocando a “ausência de uma Lei Nacional de Transplantação”¹⁷⁹, recomendou que fossem realizadas amplas “alterações normativas e legislativas”, mais concretamente a “revisão de toda a legislação atual e preparação de uma Lei Nacional de Transplantação”, bem como a “regulamentação da colheita de órgãos em paragem circulatória”¹⁸⁰. É nesta conjuntura que o Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Saúde enviou ao CNECV uma “Proposta de Despacho relativo à colheita de órgãos em pessoas com paragem cardiorrespiratória irreversível”, sobre o qual veio a recair parecer positivo deste órgão consultivo¹⁸¹. Por sua vez, o CNECV sustentou que seria eticamente aceitável introduzir a possibilidade de extração de órgãos em pessoas com “paragem cardiorrespiratória”¹⁸², mais afirmando que “não se encontram diferenças

¹⁷⁷ Despacho n.º 14341/2013, Diário da República, II Série, n.º 205, 6 de Novembro de 2013, págs. pp. 32855-32856.

¹⁷⁸ Despacho n.º 16351/2012, Diário da República, II Série, n.º 248.º, 24 de Dezembro de 2012, p. 40490.

¹⁷⁹ Instituto Português do Sangue e da Transplantação – IPTS, *Relatório sobre as causas da diminuição das colheitas de órgãos e transplantações de órgãos*, cit., p. 19.

¹⁸⁰ Instituto Português do Sangue e da Transplantação – IPTS, *Relatório sobre as causas da diminuição das colheitas de órgãos e transplantações de órgãos*, 2013, pp. 21 e 22.

¹⁸¹ Parecer n.º 76/CNECV/2013 – *Parecer sobre o Despacho relativo à colheita de órgãos em pessoas com paragem cardiorrespiratória irreversível*, cit., p. 2.

¹⁸² Pronunciando-se diretamente sobre o tema da diminuição dos transplantes, invocando um estudo relativo a taxas de doação em oitenta e oito países, durante a década 2000/2010, é salientado que “a proposta de despacho carece de ser contextualizada no âmbito de uma política global de que se não conhecem pormenores”: Parecer n.º 76/CNECV/2013 – *Parecer sobre o Despacho relativo à colheita de órgãos em pessoas com paragem cardiorrespiratória irreversível*, cit., p. 2.

de fundo entre a situação de recolha em pessoas com paragem cardiorrespiratória irreversível e pessoas em morte cerebral¹⁸³. Por fim, a proposta de despacho submetida para apreciação do CNECV foi considerada como “oportuna” e “globalmente aceitável e eticamente sustentável”¹⁸⁴.

3. Após cumprida esta etapa, foi publicado o Despacho n.º 14341/2013, de 6 de Novembro¹⁸⁵, nele se estabelecendo os “requisitos necessários para a colheita de órgãos em dadores falecidos em paragem cardiocirculatória” e os novos elementos respeitantes ao “diagnóstico e certificação da morte por paragem cardiocirculatória”. O preâmbulo do despacho permite identificar a ordem de razão subjacente à reforma de 2013: depois de se referir que, desde 1993, a legislação portuguesa admite a possibilidade de “colheita de órgãos em doentes em morte cerebral”, é declarado insuficiente o número de órgãos extraídos em pessoas com morte cerebral. Por essa razão, decidiu aprovar-se um novo conjunto de critérios “cientificamente irrefutáveis” que “permitam reger a colheita de órgãos em doentes em paragem cardiocirculatória irreversível”¹⁸⁶. Porfiando-se em tal senda, constituiu-se outro grupo de trabalho, visando implementar as inovações jurídicas resultantes do Despacho n.º 14314/2013. Um documento oficial deste grupo de trabalho foi depois publicado, nele se referindo que, até 2013, “a legislação só previa a existência de doação de órgãos em morte cerebral”¹⁸⁷. Procurando ampliar o sistema português, naquele documento é ainda afirmado que “em Portugal pretende-se implementar um programa de doação de órgãos para transplantação que contemple (...) dadores de coração parado”¹⁸⁸. Todo o documento de “operacionalização” parte da seguinte premissa: a reforma de 2013 passou a permitir o que antes de 2013 não era permitido “pela legislação” anterior. No mesmo plano, concretiza-se ainda que “a lei portuguesa, no que respeita à doação de órgãos em paragem cardiocirculatória” passou a contemplar “a categoria II”¹⁸⁹ da Conferência

¹⁸³ Parecer n.º 76/CNECV/2013 – *Parecer sobre o Despacho relativo à colheita de órgãos em pessoas com paragem cardiorrespiratória irreversível*, cit., p. 2.

¹⁸⁴ Parecer n.º 76/CNECV/2013 – *Parecer sobre o Despacho relativo à colheita de órgãos em pessoas com paragem cardiorrespiratória irreversível*, cit., p. 5.

¹⁸⁵ Diário da República, II Série, n.º 205, 6 de Novembro de 2013, págs. 32855-32856.

¹⁸⁶ Diário da República, II Série, n.º 205, 6 de Novembro de 2013, págs. 32855-32856.

¹⁸⁷ Governo de Portugal, Ministério da Saúde: *Operacionalização da Colheita de Órgãos em Paragem Cardiocirculatória, Instituto Português do Sangue e da Transplantação*, cit., p. 6.

¹⁸⁸ Governo de Portugal, Ministério da Saúde: *Operacionalização da Colheita de Órgãos em Paragem Cardiocirculatória, Instituto Português do Sangue e da Transplantação*, cit., p. 5.

¹⁸⁹ Governo de Portugal, Ministério da Saúde: *Operacionalização da Colheita de Órgãos em Paragem Cardiocirculatória, Instituto Português do Sangue e da Transplantação*, cit., p. 19.

de Maastricht de 1995: por esse motivo, há que explicitar a ordem de razão da Conferência de Maastricht de 1995.

§2. A Conferência de Maastricht de 1995 e a (re)emergência da extração de órgãos após paragem cardiocirculatória

2.1. A Conferência de Maastricht de 1995

1. Para plena inteligência da reforma de 2013, corporizada pelo Despacho n.º 14314/2013, de 6 de Novembro, é útil recuperar o enquadramento geral da (re)emergência da extração de órgãos após a falência cardiorrespiratória¹⁹⁰. No que respeita à extração de órgãos, é possível, em tese, distinguir a extração realizada em pessoas “mortas” com coração batente e pessoas “mortas” com coração não batente. A primeira destas situações corresponde aos casos de morte cerebral, em que as funções circulatória e respiratória são mantidas com recurso a meios de sustentação artificial da vida humana; a segunda situação, que corresponde aos casos de “mortos” com coração não batente, integra diferentes categorias.

2. Tradicionalmente, note-se, todas as extrações de órgãos eram efetuadas em momento subsequente à paragem cardiorrespiratória. O desenvolvimento da técnica de transplante de órgãos, que se iniciou no final do século XIX, regista historicamente o primeiro transplante de rim realizado, em 1936, pelo médico ucraniano Yurii Voronoy, ainda que o doente transplantado não tenha sobrevivido mais do que poucos dias¹⁹¹. Mais tarde, já depois da segunda guerra mundial, ocorre o primeiro transplante de fígado, realizado, em 1954, pelo cirurgião norte-americano Joseph Murray¹⁹². Todos estes transplantes foram realizados no quadro de morte por paragem cardiorrespiratória. Tudo mudou quando, no dia 03 de Dezembro de 1967, na África do Sul, Christian Barnard realizou o primeiro transplante cardíaco da história da medicina¹⁹³.

¹⁹⁰ T. GUTMANN, *Donation after Circulatory Determination of Death: Regelungsoptionen*, Centre for Advanced Study in Bioethics, 2015/78, Westfälische Wilhelms-Universität, Münster, 2015, pp. 1-2.

¹⁹¹ T. SCHLICH, *Die Erfindung der Organtransplantation: Erfolg und Scheitern des chirurgischen Organersatzes (1880-1930)*, Frankfurt/Main/New York, Campus-Verlag, 1998, pp. 7 e ss.

¹⁹² M. ACHILLES, *Lebenspende Nierentransplantation. Eine theologischethische Beurteilung*, diss., LIT, Münster, 2004, p. 99.

¹⁹³ J. G. BRINK/DAVID K.C. COOPER, *Heart Transplantation: The Contributions of Christian Barnard and the University of Cape Town/Groote Schuur Hospital*, *Journal World Journal of Surgery*, vol. 29,

3. A partir deste momento, um conjunto de fatores e concausas coligaram-se, permitindo a emergência do critério da morte cerebral total. Tal situação/estado cerebral tornou possível a extração do coração em “mortos” com morte cerebral, mas ainda com coração batente. Ao nível deste desenvolvimento da técnica médica, surgiu, por isso, a necessidade de alterar os sistemas conceptuais de morte, adotando-se, para o efeito, o critério da morte cerebral total. Deste modo, os sistemas com critério de morte único passaram a sistemas com dualidade de critérios de morte, neles se acolhendo tanto a morte determinada por via do critério cardiorrespiratório como a morte determinada por via do critério da morte cerebral total. Neste contexto, não obstante a emergência da extração de órgãos em mortos com coração batente, ou seja, em estado de morte cerebral, sobretudo a partir do final século XX, verificou-se o reavivar do suporte da comunidade médica às extrações em mortos com coração não batente.

4. Isso mesmo explica que, durante o ano de 1995, decorresse, em Maastricht, o primeiro *International Workshoph* relativo à extração de órgãos em mortos com coração não batente. Desta Conferência de Maastricht de 1995 resultou o que se designa como *Maastricht Protocol*, sendo enunciadas quatro *categorias* de dadores: *i)* mortos à chegada; *ii)* ressuscitação infrutífera; *iii)* doentes irreversíveis que aguardam paragem cardíaca; *iv)* doentes que sofrem paragem cardíaca inesperada após ou durante o diagnóstico de morte cerebral¹⁹⁴. Posteriormente, pelo grupo de Madrid, foi ainda identificada uma situação adicional de *v)* morte por paragem cardíaca inesperada de doentes internados em serviços de medicina intensiva¹⁹⁵.

2.2. A extração de órgãos após paragem cardiocirculatória nos sistemas de critério duplo

1. Depois da emergência do critério da morte cerebral, acolhido pela maior parte dos sistemas conceptuais de morte, a evolução destes sistemas caminhou no sentido da consagração de um modelo com dualidade de critérios concretos de morte, aceitando tanto a falência da função cardiorrespiratória como a falência de todas as funções cerebrais. Desta dualidade de critérios derivou, precisamente, a possibilidade de nesses sistemas se (re)introduzir a extração de órgãos após paragem cardíaca, adequando os respetivos regimes jurídicos, tornando lícita e válida a extração de

8, 2005, pp. 953 e ss.

¹⁹⁴ Diário da República, II Série, n.º 205, 6 de Novembro de 2013, pp. 32855-32856.

¹⁹⁵ Diário da República, II Série, n.º 205, 6 de Novembro de 2013, pp. 32855-32856.

órgãos em casos de coração não batente. É precisamente por essa razão que em sistemas como o norte-americano, inglês, espanhol, entre muitos outros¹⁹⁶, se permite a aplicação dos dois critérios concretos de morte, para efeito da extração de órgãos.

2. Foi explicitado anteriormente que nos Estados Unidos da América vigora um sistema conceptual de morte alicerçado numa dualidade de critérios. O *Uniform Determination of Death Act*, aprovado em 1981, aceita tanto o critério cardiorrespiratório como o critério cerebral. Deste modo, nos Estados Unidos da América, vigorando um modelo que assenta na falência das funções circulatória e respiratória – *irreversible cessation of circulatory and respiratory functions* – e também na falência de todas as funções cerebrais – *irreversible cessation of all functions of the entire brain* –, foi possível implementar um sistema de extração de órgãos baseado igualmente numa dualidade de critérios concretos de morte.

¹⁹⁶ No direito italiano, também é possível identificar um sistema conceptual de morte que recorre aos critérios concretos de morte cerebral e de falência cardiorrespiratória, ainda que com funcionalização de ambos os critérios a um só conceito geral de morte, o que traduz a particularidade do sistema italiano. Significa isto que o legislador italiano concebeu um sistema assente na cessação de todas as funções encefálicas, elegendo dois critérios concretos de morte que surgem associados à morte cerebral total. Em Itália entendeu-se que seria possível manter o critério tradicional e associá-lo ao critério das lesões encefálicas, no plano de um conceito geral de morte associado à cessação irreversível das funções encefálicas. Com efeito, através da *Legge* n. 578/1993, de 29 de Dezembro de 1993, como resulta do seu art. 1.1., procedeu-se à fixação do sentido legal de morte, no sentido de esta corresponder à cessação irreversível de todas as funções encefálicas: *Legge* n. 578/1993, de 29 de Dezembro de 1993: “*Art. 1. (Definizione di morte) 1. La morte si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo*”. Porém, entendeu o legislador italiano que é possível que a cessação de todas as funções encefálicas possa resultar de dois caminhos diferentes. Em primeiro lugar, poderá considerar-se, para efeito do direito italiano, que a paragem cardiorrespiratória legítima, cumpridas as condições estabelecidas, a conclusão de que terá ocorrido a cessação irreversível de todas as funções encefálicas: *Legge* n. 578/1993, de 29 de Dezembro de 1993: “*Art. 2. (Accertamento di morte). 1. La morte per arresto cardiaco si intende avvenuta quando la respirazione e la circolazione sono cessate per un intervallo di tempo tale da comportare la perdita irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo e puo' essere accertata con le modalita' definite con decreto emanato dal Ministro della sanita'*”. Por outro lado, em segundo lugar, quando haja recurso a técnicas de reanimação e sustentação artificial das funções cardiorrespiratórias, podem ser testadas diretamente as funções encefálicas, para apurar se cessaram irreversivelmente: *Legge* n. 578/1993, de 29 de Dezembro de 1993: “*Art. 2. (Accertamento di morte). 2. La morte nei soggetti affetti da lesioni encefaliche e sottoposti a misure rianimatorie si intende avvenuta quando si verifica la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo ed e' accertata con le modalita' clinico-strumentali definite con decreto emanato dal Ministro della sanita'*”. Por tudo isto, no direito italiano, a existência de dois critérios legais concretos de morte permite que se proceda à colheita de órgãos tanto na situação de morte determinada por critério cardiorrespiratório (30 minutos e não 10 minutos, como noutros países) quer por critério encefálico. Para uma visão geral do sistema italiano: P. BECCHI, *Morte cerebrale e trapianto di organi – Nuovi studi*, Morcelliana, Brescia, 2015, pp. 79 e ss.

3. De igual forma, os doutrinadores médicos do sistema britânico consideram ter margem jurídica necessária para desenvolver um programa de transplantação baseado numa dualidade de critérios. Com efeito, a *Academy of Medical Royal Colleges*, salientando que não existe uma definição legal de morte no direito inglês¹⁹⁷, considera válidos dois critérios concretos de morte. É no *Code of Practice for the Diagnosis and Confirmation of Death*, publicado pela *Academy of Medical Royal Colleges*¹⁹⁸, que surge o critério da morte por falência funcional irreversível do tronco cerebral – *Death following the irreversible cessation of brainstem function*¹⁹⁹ –, bem como o critério da morte por falência irreversível da função cardiorrespiratória – *Death following cessation of cardiorespiratory function*²⁰⁰. Assim, tal como sucede com o sistema norte-americano, também o sistema britânico, segundo a *Academy of Medical Royal Colleges*, permite tornar efetivo um sistema de extração de órgãos que abranja tanto situações de falência cardiorrespiratória²⁰¹ como falência das funções do tronco encefálico, pois aceita um sistema conceptual de morte assente numa dualidade de critérios concretos de morte.

4. No sistema espanhol, por seu lado, para se abrir a possibilidade de extração de órgãos através de um modelo de critério duplo, foram necessárias várias alterações legislativas, para confirmar legalmente essa possibilidade, procurando evitar situações legais complexas, envolvendo responsabilidade criminal e civil²⁰². Com efeito, a *Ley n.º 30/1979*, de 27 de Outubro, neste plano, veio permitir realizar a extração de órgãos, desde que comprovada a morte do dador²⁰³. Porém, o *Real*

¹⁹⁷ “*The current position in law is that there is no statutory definition of death in the United Kingdom*”, *Academy of Medical Royal Colleges, Code of Practice for the Diagnosis and Confirmation of Death*, publicado pela *Academy of Medical Royal Colleges*, 2008, p. 11.

¹⁹⁸ *Academy of Medical Royal Colleges, Code of Practice for the Diagnosis and Confirmation of Death*, publicado pela *Academy of Medical Royal Colleges*, 2008, p. 11.

¹⁹⁹ *Academy of Medical Royal Colleges, Code of Practice for the Diagnosis and Confirmation of Death*, publicado pela *Academy of Medical Royal Colleges*, 2008, p. 11.

²⁰⁰ *Academy of Medical Royal Colleges, Code of Practice for the Diagnosis and Confirmation of Death*, publicado pela *Academy of Medical Royal Colleges*, 2008, p. 11.

²⁰¹ Department of Health and Social Care (UKGov.), *Legal issues relevant to non-heartbeating organ donation*, 2009, p. 4.

²⁰² J. C. BARTOLOMÉ CENZANO, *El derecho a la vida. Nuevos retos jurídicos para su disfrute con dignidad y sostenibilidad en tiempos de crisis*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 283 e ss.

²⁰³ Para concretizar o conceito de morte, a *Ley n.º 30/1979*, de 27 de Outubro, foi desenvolvida regulamentarmente, em 1993, pelo *Dictamen de Candanchú da Sociedad Española de Neurología*, nela se prevendo o critério de morte cerebral total (todas as funções encefálicas) e também o critério

Decreto n.º 426/80, de 22 de Fevereiro, que veio desenvolver a *Ley* n.º 30/1979, de 27 de Outubro, apenas previu a extração de órgãos em situações de morte cerebral, omitindo as situações de paragem cardiorrespiratória. Ora, perante esta lacuna e atendendo às propostas da Conferência de Maastricht de 1995, foi aprovado o *Real Decreto* n.º 2070/1999, de 30 de Dezembro, para adaptar o sistema jurídico espanhol ao protocolo de Maastricht. Assim, no *Real Decreto* n.º 2070/1999, de 30 de Dezembro, veio estabelecer-se que, para efeito da extração de órgãos e da concretização do conceito de “*donante fallecido*”, a morte pode ser baseada na cessação irreversível das funções cardiorrespiratórias ou na cessação irreversível total das funções cerebrais. Ambos os critérios concretos de morte passaram, deste modo, a estar expressa e legalmente previstos: o critério cardiorrespiratório encontra-se no n.º 3 do *Artículo* 10 e a cessação irreversível das funções encefálicas surge no n.º 4 do *Artículo* 10 do referido *Real Decreto* n.º 2070/1999. Sob este enquadramento, foram criadas as condições legais para introduzir, no ordenamento jurídico espanhol, as propostas resultantes da Conferência de Maastricht de 1995.

2.3. A ilegalidade e a criminalização especial da extração de órgãos no direito alemão

1. Especial consideração merece o sistema alemão. Neste sistema não é permitida a extração de órgãos nas situações em que tal sucede nos sistemas referidos no ponto anterior. Consabidamente, os sistemas com duplo critério concreto de morte legitimam o desenvolvimento de um sistema de extração de órgãos igualmente baseado nesse duplo critério concreto de morte: é, assim, uma possibilidade a extração de órgãos em pessoas “mortas” com ou sem coração batente. Porém, tal não é o que sucede no direito alemão²⁰⁴. Na Alemanha, a extração de órgãos e os transplantes são regidos pela *Transplantationsgesetz* (doravante, TPG), de 5 de

cardiorrespiratório. Consagrou-se, assim, no direito espanhol, um sistema conceptual de morte assente numa dualidade de critérios.

²⁰⁴ Dando nota, logo em 1998/99, da novidade e especificidade do sistema alemão: H. TRÖNDLE, *Der Hirntod, seine rechtliche Bedeutung und das neue Transplantationsgesetz*, I, Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, de Gruyter, Berlin, 1999, pp. 779 e ss.; H. CHRISTOPH KÜHN, *Das neue deutsche Transplantationsgesetz*, MedR (Medizinrecht), 1998, v. 16/10, pp. 455 e ss.; J. DUFKOVÁ, *Die Zulässigkeit und Strafbarkeit der Organentnahme zu Transplantationszwecken im Vergleich zu klinischen Sektionen*, MedR (Medizinrecht), 1998, v. 16/7, pp. 304 e ss.; *id.*, *Zivil- und strafrechtliche Auswirkungen des Transplantationsgesetzes vom 5.11.1997 auf Verwaltungs- und klinische Sektionen bei Organentnahmen und hierbei zu Transplantationszwecken entnommenen Geweben*, MedR. (MedizinRecht), 1999, v. 17/10, pp. 454 e ss.

Novembro de 1997, desta decorrendo que o sistema alemão, para efeito de extração de órgãos, radica num modelo de critério concreto de morte único²⁰⁵, como seguidamente se explicitará.

2.3.1. A ilegalidade da extração de órgãos no direito alemão

1. Nos termos do §3 (1), 2, TPG, a morte, para efeito de extração de órgãos, tem de ser estabelecida de acordo com as regras correspondentes ao estado da arte da ciência médica²⁰⁶. No entanto, o legislador alemão não deixou este ponto em aberto, concretizando que a extração de órgãos apenas se considera juridicamente lícita quando seja diagnosticada a perda *irreversível* de *todas as funções encefálicas*, nelas incluindo o cérebro, o cerebelo e o tronco cerebral, o que deverá ser feito de acordo com as regras e critérios que reflitam o estado da técnica na ciência médica²⁰⁷. Do que acaba de ser enunciado, retira-se, portanto, que, no direito alemão, só é possível proceder-se à extração de órgãos quando seja determinada, de forma final e irreversível, a cessação de todas as funções cerebrais²⁰⁸: é um sistema conceptual de morte de critério único²⁰⁹. Sem que seja determinada a morte através do critério concreto de morte previsto na lei, não é possível realizar a extração de órgãos²¹⁰. Aquela determinação da morte, conforme o previsto na TPG, constitui uma condição positiva que deve estar inequivocamente verificada. Na formulação legislativa alemã foi rejeitada, deste modo e logo em 1997, a aplicação das propostas da Conferência de Maastricht de 1995.

²⁰⁵ B. MADEA/C. HENSSGE/R. DETTMAYER, *Hirntod als allgemeiner Todesbegriff*, MedR (Medizinrecht), 1999, v. 17/4, pp. 162 e ss.; E. DEUTSCH/A. SPICKHOFF, *Medizinrecht*, cit., p. 826.

²⁰⁶ L. BODE, *Todeszeitpunkt des Menschen - Zur Notwendigkeit einer „Neudefinition“*, cit., p. 112; W. HÖFLING/S. RIXEN, *Organentnahme mit Einwilligung des Organspenders/Zur Entwicklung der „Hirntod“-Konzeption – eine kritische Analyse aus medizinischer Perspektive*, in *Kommentar zum Transplantationsgesetz* (W. HÖFLING), Erich Schmidt, Berlin, 2003, pp. 133 e ss.

²⁰⁷ M. IRMEN, *Sterben und Tod in der Gesetzgebung – Eine Untersuchung des TPG, der Rechtsprechung und der juristischen Literatur*, cit., pp. 17 e ss.: “Der Tod des Spenders war zur Entstehungszeit des TPGs eine hochumstrittene Kontroverse und wurde durch den Gesetzgeber durch eine sehr „verklausulierte Form“ zugunsten des sogenannten Hirntod-Zustand entschieden”.

²⁰⁸ H. TRÖNDLEF, *Der Hirntod, seine rechtliche Bedeutung und das neue Transplantationsgesetz*, cit., pp. 779 e ss.; E. DEUTSCH/A. SPICKHOFF, *Medizinrecht*, cit., p. 675.

²⁰⁹ O *Deutscher Ethikrat* sublinha expressamente a existência de um único critério para efeito de extração de órgãos, *Hirntod und Entscheidung zur Organspende*, cit., pp. 34 e ss. e pp. 113 e ss.

²¹⁰ J. C. JOERDEN, *Rechtliche und ethische Aspekte des Todesbegriffs*, in *Tod und toter Körper* (org. D. GROSS, A. ESSER, H. KNOBLAUCH, B. TAG), Kassel University Press, Kassel, 2007, p. 132; E. DEUTSCH/A. SPICKHOFF, *Medizinrecht*, cit., pp. 845 e ss.

2. Esta decisão do legislador alemão encontra o respaldo da associação médica alemã e da sociedade de transplantação alemã²¹¹. A associação médica alemã considera, inclusivamente, que a extração de órgãos em países estrangeiros, onde vigore o sistema de critério duplo, não está de acordo com o direito alemão e, por esse motivo, os órgãos extraídos nesses países não podem ser transplantados em território alemão, quando extraídos fora das condições estabelecidas pela lei alemã. Com efeito, entende-se que a extração de órgãos em situações de paragem cardiorrespiratória viola diretamente a ordem pública alemã, nomeadamente por conflitar diretamente com os “princípios essenciais do direito alemão”²¹². Neste contexto, a associação médica alemã e a sociedade alemã de transplantação vieram rejeitar a possibilidade de extração de órgãos nas situações de paragem cardiorrespiratória, tal como resulta do seu comunicado sobre essa matéria, que se reproduz em nota, pela sua importância²¹³. De acordo com a associação médica alemã, não é possível es-

²¹¹ A Associação Médica Alemã (*Bundesärztekammer*) é a organização central no sistema de auto-administração médica na Alemanha. Enquanto associação conjunta das Câmaras Estaduais de Médicos (*Landesärztekammer*), representa os interesses de 506.014 médicos (dados de 31 de Dezembro de 2017). Atualmente, a Associação Médica Alemã é a associação conjunta das dezassete Câmaras Estaduais de Médicos. Sobre a sua função e natureza vinculativa das normas por ela emitidas, E. DEUTSCH/A. SPICKHOFF, *Medizinrecht*, cit., pp. 907 e ss., e J. A. SICKOR, *Normenhierarchie im Arztrecht*, cit., p. 173.

²¹² T. GUTMANN, *Donation after Circulatory Determination of Death: Regelungsoptionen*, cit., pp. 3-4.

²¹³ Bundesärztekammer, *Organentnahme nach Herzstillstand* („Non heart-beating donor“), *Deutsches Ärzteblatt*, 1998, A-3235, “*In Eurotransplant Newsletter 148, September 1998, wird ein Herz- und Kreislaufstillstand von 10 Min. bei normaler Körpertemperatur als „Äquivalent zum Hirntod“ bezeichnet und damit eine Nierenentnahme bei diesen „Non heart-beating donors“ begründet. Demgegenüber ist im Anschluß an die gemeinsame Stellungnahme der Bundesärztekammer und der Deutschen Transplantationsgesellschaft von 1995 medizinisch, ärztlich und rechtlich festzuhalten: 1. Ein Herz- und Kreislaufstillstand von 10 Minuten bei normaler Körpertemperatur ist bisher nicht als sicheres „Äquivalent zum Hirntod“ nachgewiesen und kann deshalb nicht die Todesfeststellung durch Nachweis von sicheren Todeszeichen ersetzen. 2. Die biologisch unmögliche Reanimation ist von einer ärztlich aus guten Gründen abgebrochenen oder unterlassenen Reanimation zu unterscheiden. Dieser Unterschied und seine Bedeutung für das ärztliche Handeln ergeben sich auch daraus, daß ein und derselbe medizinische Befund des Herz- und Kreislaufstillstands 4 verschiedenen Kategorien von „Non heart-beating donors“ zugeordnet wird. Die biologisch unmögliche Reanimation und damit der irreversible Herzstillstand kann bisher weder durch die Dauer noch durch andere Kriterien als die sicheren Todeszeichen nachgewiesen werden. Die Kriterien für einen Therapieabbruch einschließlich der Reanimationsbemühungen sind bisher nicht standardisiert und standardisierbar. 3. Es gibt kein einheitliches Transplantationsgesetz aller Länder des Eurotransplantbereichs oder der Europäischen Union. Für Deutschland gilt seit 1. Dezember 1997 das deutsche Transplantationsgesetz. Es unterscheidet klar die Organ- und Gewebeentnahme beim toten und beim lebenden Spender. Eingriffe zur Organ- und Gewebeentnahme beim toten Spender setzen u.a. die Feststellung seines Todes nach Regeln gemäß dem Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft voraus. Diese Voraussetzung erfüllt ein Herzund*

tabelecer-se uma equivalência entre o critério da paragem cardiorrespiratória por dez minutos e a morte cerebral: são critérios autónomos e distintos. Esta associação rejeita expressamente que a paragem cardiorrespiratória, pelo período de dez minutos, possa considerar-se numa posição de equivalência, enquanto critério de morte, com o critério da morte cerebral – *Äquivalent zum Hirntod*²¹⁴. Por esse motivo, não deve ser admitida a utilização do critério cardiorrespiratório, dado que o critério cerebral é o único que resulta da lei alemã²¹⁵. Reiterando a posição conjunta da associação médica alemã e da sociedade alemã de transplantação, emitida em 1995, a associação médica alemã veio novamente declarar, em 1998, que, do ponto de vista médico e médico-legal, “uma paragem cardíaca e circulatória de dez minutos, à temperatura corporal normal, ainda não foi provada como equivalente à morte cerebral e não pode, portanto, substituir a determinação da morte pela prova de sinais seguros de morte”²¹⁶. Consequentemente, “um órgão retirado no estrangeiro que não esteja em conformidade com os regulamentos legais alemães não pode ser transplantado na Alemanha”²¹⁷.

3. Do seu lado, o *Ethikrat* alemão, em 2015, no seu relatório sobre a morte cerebral e as decisões éticas relativas à extração de órgãos, persistiu na rejeição dos critérios propostos pela Conferência de Maastricht de 1995, considerando-os inaplicáveis em face do direito alemão vigente²¹⁸. Pronunciando-se especificamente sobre as categorias II e III do Protocolo de Maastricht, o *Ethikrat* rejeitou expressamente o critério concreto de morte de paragem cardiorrespiratória de dez

Kreislaufstillstand von 10 Min. bei normaler Körpertemperatur als mögliches, aber unsicheres Todeszeichen nicht. Ein im Ausland nicht gemäß den deutschen Gesetzesvorschriften entnommenes Organ darf in Deutschland nicht transplantiert werden.”, comunicado assinado por: Prof. Dr. Dr. h.c. K. VILMAR (Präsident der Bundesärztekammer und des Deutschen Ärztetages); Prof. Dr. TH. BRANDT (Präsident der Deutschen Gesellschaft für Neurologie); Prof. Dr. P. HANRATH (Präsident der Deutschen Gesellschaft für Kardiologie – Herz- und Kreislaufforschung); Prof. Dr. A. HAVERICH (Präsident der Deutschen Transplantationsgesellschaft).

²¹⁴ Bundesärztekammer, *Organentnahme nach Herzstillstand* („Non heart-beating donor”), Deutsches Ärzteblatt, 1998, A-3235.

²¹⁵ No direito alemão, vigora apenas, especialmente para efeito de extração de órgãos, um critério concreto de morte único, não se aceitando a introdução de um critério paralelo ou alternativo, como seria o critério cardiorrespiratório, T. GUTMANN, *Donation after Circulatory Determination of Death: Regelungsoptionen*, cit., pp. 3-4.

²¹⁶ Bundesärztekammer, *Organentnahme nach Herzstillstand* („Non heart-beating donor”), Deutsches Ärzteblatt, 1998, A-3235.

²¹⁷ Bundesärztekammer, *Organentnahme nach Herzstillstand* („Non heart-beating donor”), Deutsches Ärzteblatt, 1998, A-3235.

²¹⁸ T. GUTMANN, *Donation after Circulatory Determination of Death: Regelungsoptionen*, cit., pp. 3-4.

minutos, salientando que não existe uma “*praxis* internacional” quanto a este critério²¹⁹. Sejam quais forem as posições doutrinárias médicas que possam ser desenvolvidas quanto a este ponto, o *Ethikrat* enfatizou que, atento o princípio da legalidade, tem de ser cumprido o que resulta da TPG²²⁰. Ora, de acordo com o §3 (2), 2, TPG²²¹, para que seja possível realizar a extração de órgãos, é obrigatório que seja determinada a perda definitiva e irreversível de todas as funções encefálicas, ou seja, devem ser avaliadas todas as funções associadas ao encéfalo, que integra o cérebro, o cerebelo e o tronco cerebral²²². O *Ethikrat* veio assim reiterar que uma paragem cardiorrespiratória de dez minutos, de acordo com o estado atual do conhecimento das ciências médicas, para efeito da lei alemã, não permite concluir, “com confiança”, que se tenha verificado a morte. E foi ainda mais longe quando afirmou o seguinte: mesmo que existisse a mencionada “confiança”, subsistiria ainda o problema do conflito ético²²³. Os deveres de assistência a um paciente em estado crítico²²⁴, sublinhou-o o *Ethikrat*, entram em choque com os procedimentos urgentes que têm de ser ativados para se proceder à extração de órgãos após paragem cardiorrespiratória²²⁵.

²¹⁹ Deutscher Ethikrat, *Hirntod und Entscheidung zur Organspende*, cit., pp. 113-114.

²²⁰ Deutscher Ethikrat, *Hirntod und Entscheidung zur Organspende*, cit., p. 115: “*In Deutschland ist die Organentnahme von Non-Heart-beating-Donors unzulässig. Die Problematik war bereits während der Beratungen des Transplantationsgesetzes 1996 erörtert worden. § 5 Abs. 1 Satz 2 TPG bringt die Absage an diese Spendekategorie zum Ausdruck. (...) In einer gemeinsamen Stellungnahme von Bundesärztekammer und drei Fachgesellschaften wurde 1998 dann erneut die NHBD als unvereinbar mit dem Transplantationsgesetz abgelehnt*”.

²²¹ U. SCHROTH, P. KÖNIG, T. GUTMANN, F. ODUNC, *Transplantationsgesetz: TPG – Kommentar*, cit., pp. 70 e ss.; E. DEUTSCH/A. SPICKHOFF, *Medizinrecht*, cit., pp. 819 e ss.

²²² Com muito interesse, explorando vias para ultrapassar a proibição legal de extração de órgãos fora dos casos de morte cerebral, nomeadamente através de uma redução teleológica (que acaba por rejeitar): *Sterbehilfe und Organspende – Ein Plädoyer für die partielle Zulassung der Non-heart-beating-donation in Deutschland*, *Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL)*, 2011, 3, p. 91: “*Ein zweites Argument gegen eine teleologische Reduktion ist, dass Gesetzeszweck von § 5 TPG (und dem damit zusammenhängenden Verbot) neben dem Lebensschutz auch das Vertrauen der Bevölkerung in die Todesfeststellung und damit den gesamten Organspendeprozess ist. Eine wenn auch gut begründete, dem Wortlaut aber zuwiderlaufende teleologische Reduktion zur partiellen Einführung der NHBD wäre indes eher vertrauensschädigend. Ein allumfassendes Verbot der NHBD ist demgegenüber geeignet (wenn auch nicht zwingend), um Vertrauen in den Organspendeprozess zu schaffen. Im Ergebnis also scheidet eine teleologische Reduktion aus*”.

²²³ Deutscher Ethikrat, *Hirntod und Entscheidung zur Organspende*, cit., p. 115.

²²⁴ Para a assistência em situações extremas, E. DEUTSCH/A. SPICKHOFF, *Medizinrecht*, cit., pp. 615 e ss.

²²⁵ Deutscher Ethikrat, *Hirntod und Entscheidung zur Organspende*, cit., pp. 115-116: “*Doch selbst wenn valide Erkenntnisse darüber vorliegen, ab welcher Wartezeit nach Herzstillstand sicher von einem*

2.3.2. A criminalização especial da extração de órgãos no direito alemão

1. O legislador alemão não se limitou a rejeitar a possibilidade de extração de órgãos fora das condições estabelecidas pela TPG. De acordo com §19 (2) da TPG, estabeleceu-se que aquele que, violando as regras da TPG, extrair órgãos, fica sujeito a uma pena de prisão até três anos ou de multa²²⁶. Na Alemanha, procedeu-se, portanto, à criação de um tipo penal especial, visando precisamente subsumir situações como as previstas e propostas na Conferência de Maastricht de 1995. Como refere GUTMANN, a proteção penal é justificada pelo facto de as regras relativas à extração de órgãos e à determinação da morte serem consideradas como pertencentes à ordem pública alemã, o que igualmente veda, como já foi referido, que órgãos e tecidos obtidos no estrangeiro, não respeitando as condições estabelecidas pela lei alemã, possam ser utilizados em território alemão²²⁷.

2. A particularidade do sistema alemão, confirmada pela criminalização da extração de órgãos fora do critério da morte cerebral total, consubstancia-se numa diferenciação face aos restantes sistemas existentes na maioria dos países europeus. Ao contrário do que sucedeu nos países referidos anteriormente, o sistema alemão rejeitou a consagração da dualidade de critérios de morte. Foram assim rejeitadas as propostas da Conferência de Maastricht de 1995, cimentando-se esta rejeição no respeito pela lei alemã, bem como em razões de natureza ético-jurídica. Como salientado pelo *Ethikrat*, poderia existir um conflito resultante da necessidade de

irreversiblen Hirnversagen ausgegangen werden kann, bleiben weitere ethische Bedenken gegenüber der NHBD, insbesondere gegenüber der Praxis eines kontrollierten Herztodes. Sie resultieren aus dem Umstand, dass der Umgang mit (schwerst)kranken Patienten gezielt auf den Akt der Organentnahme hin ausgerichtet wird”.

²²⁶ M. RICHTER, *Strafbarkeit der Beteiligten bei einem Verstoß gegen die Beschränkung des Spenderkreises bei der Lebendorganspende – Untersucht anhand § 19 Abs. 1 Nr. 2 und § 8 Abs. 1 S. 2 TPG*, Schriften zum Medizinstrafrecht, Bd. 14, Nomos, Baden-Baden 2020, pp. 160 e ss., analisando a responsabilidade criminal dos vários participantes na extração ilícita de órgãos, pp. 179 e ss.; em geral, B. BALLHAUSEN, *Das arztrechtliche System als Grenze der arbeitsteiligen Medizin zugleich ein Beitrag zur privatrechtsdogmatischen Integration des Arztrechts*, Universitätsverlag Göttingen, Göttingen, 2013, pp. 264 e ss., e E. DEUTSCH/A. SPICKHOFF, *Medizinrecht*, cit., pp. 449 e ss.

²²⁷ T. GUTMANN, *Donation after Circulatory Determination of Death: Regelungsoptionen*, cit., p. 4.: “In § 19 Abs. 2 TPG wird die Entnahme eines Organs oder Gewebes ohne eine solche Hirntoddiagnostik – also die in der Mehrzahl der europäischen Nachbarstaaten zulässige Donation after Circulatory Determination of Death – für strafbar erklärt und mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht. Schlagworthaft verkürzt vereint Option 1 also vier Eigenschaften: An der dead donor rule und am „Gesamthirntod“–Kriterium festhalten, auf DCDD verzichten und jene Patienten auf den Wartelisten, denen mit den so gewonnenen Organen geholfen werden könnte, leiden oder gar sterben lassen”.

cumprir deveres de assistência a um paciente em estado crítico que sejam incompatíveis com a urgente necessidade de iniciar todos os necessários procedimentos para a extração de órgãos após paragem cardiopulmonar²²⁸. Também nesta razão reside a recusa de um sistema com dualidade de critérios.

§3. A introdução da extração de órgãos após paragem cardiocirculatória no sistema conceptual de morte português

1. Conforme já descrito em passo anterior, na parte II deste estudo, o Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Saúde do XIX Governo Constitucional, invocando o n.º 2 do artigo 3.º e o artigo 5.º da Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, determinou, por despacho, os requisitos necessários para a extração de órgãos em “doadores falecidos” em “paragem cardiocirculatória”. Para efeito do “diagnóstico” referido no texto do despacho governamental, foram anexados ao mesmo os correspondentes critérios de diagnóstico e certificação da morte por paragem cardiocirculatória, da “cessação irreversível das funções cardíaca e circulatória”. Invocando o que sucedeu com outros países do “sul da Europa”²²⁹, nomeadamente Espanha, foi decidido introduzir, no sistema português, regras que resultam diretamente das propostas resultantes da Conferência Internacional de Maastricht de 1995. Como já exposto, o objetivo da reforma de 2013 foi, como atrás nesta exposição se disse, claramente enunciado: aumentar a extração de órgãos, considerando-se insuficiente as extrações resultantes do critério da morte cerebral, dadas as “necessidades crescentes”²³⁰. Em vista disso, introduziu-se, no sistema português, a morte em situações de ressuscitação infrutífera, utilizando-se um critério concreto de morte associado à cessação da função cardiopulmonar. Note-se, neste plano, como Lorenz Bode afirma que em Portugal, depois de 2013, é possível extrair órgãos mesmo sem ser declarada a morte cerebral, bastando o critério da paragem cardiocirculatória, “*Herzstillstand*”²³¹, o que é considerado pelo autor como uma espécie de “homicídio justificado”²³².

²²⁸ Deutscher Ethikrat, *Hirntod und Entscheidung zur Organspende*, cit., pp. 115-116: “*Doch selbst wenn valide Erkenntnisse darüber vorliegen, ab welcher Wartezeit nach Herzstillstand sicher von einem irreversiblen Hirnversagen ausgegangen werden kann, bleiben weitere ethische Bedenken gegenüber der NHBD, insbesondere gegenüber der Praxis eines kontrollierten Herztodes. Sie resultieren aus dem Umstand, dass der Umgang mit (schwerst)kranken Patienten gezielt auf den Akt der Organentnahme hin ausgerichtet wird*”.

²²⁹ Diário da República, II Série, n.º 205, 6 de Novembro de 2013, pp. 32855-32856.

²³⁰ Diário da República, II Série, n.º 205, 6 de Novembro de 2013, pp. 32855-32856.

²³¹ L. BODE, *Todeszeitpunkt des Menschen - Zur Notwendigkeit einer „Neudefinition“*, cit., p. 112.

²³² L. BODE, *Todeszeitpunkt des Menschen - Zur Notwendigkeit einer „Neudefinition“*, cit., p. 112: “*Eine weitere Alternative wäre die Entnahme von Organen sog. „Non-Heartbeating-Donors“*”. Diese

§4. Da (in)compatibilidade da reforma de 2013 com o sistema conceptual de morte português

1. Depois de tudo quanto precede, é momento de apreciar a reforma de 2013. Está em causa aferir se o Despacho n.º 14341/2013, 6 de Novembro, será (in)compatível com o sistema conceptual legal português, tal como este resulta da configuração que lhe foi dada pela reforma de 1993 – ou seja, pela Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, que aprovou o regime jurídico da extração e transplante de órgãos e tecidos de origem humana, estabelecendo um critério concreto de morte como morte cerebral, para efeito da extração de órgãos e tecidos humanos – e pela reforma de 1999 – ou seja, pela Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, que aprovou o regime jurídico que enuncia os princípios em que se baseia a verificação da morte em geral, estabelecendo o critério concreto de morte como cessação das funções do tronco encefálico. Recenseada em linhas que neste estudo precedem, a evolução do sistema conceptual de morte português confirma que o critério concreto de morte vigente em Portugal corresponde à genericamente designada morte cerebral, associada ao conceito geral de morte concretizado no sentido estabelecido pela teoria de falência do organismo como um todo – critério este que, *per se*, requer especial reflexão, pois a ideia de morte cerebral tem vindo a suscitar sérias e crescentes reservas científicas por parte de vários neurologistas, nomeadamente de Alan Shewmon. Este Autor dá nota de como é possível verificar a existência de integração somática mesmo em casos em que se verifica a referida morte cerebral, tanto na sua versão de morte cerebral total como na versão de morte do tronco encefálico, colocando em crise este critério²³³. Estas

„Spendepraxis“ (krit. „justified killing“) bietet in anderen Ländern, wie den USA, der Schweiz, den Niederlanden, Belgien, Frankreich, Österreich, Tschechien, Slowenien, Italien, Spanien und Portugal die Möglichkeit, dass Menschen bei Vorliegen entsprechender Voraussetzungen nach einem Herzstillstand Organe entnommen werden können, ohne dass der Hirntod eingetreten ist. Das Kriterium des Herztodes stellt sich allerdings als „unscharf“ heraus, da durch intensivmedizinische Maßnahmen Herz- und Kreislaufversagen durchaus behoben werden können, mithin eine klinische Diagnose bezüglich der Irreversibilität des Herzstillstands mit gewissen Unsicherheiten verbunden ist. Eine hinreichende Validität kann im Einzelfall nicht gewährleistet, eine klare Todesgrenze nicht gezogen werden. Dies ist gleichfalls mit dem strafrechtlichen Lebensschutz unvereinbar. In Deutschland wird eine derartige Praxis daher zu Recht abgelehnt.“

²³³ Os novos critérios, tanto o da morte cerebral total como o da morte do tronco encefálico, foram recentemente alvo da atenção crítica deste reconhecido e cientificamente influente neurologista norte-americano: para Alan Shewmon, determinar a cessação da existência do “*organismo como um todo*” não poderá depender apenas da verificação da falência de um único órgão, o encéfalo, e muito menos apenas da verificação da morte do tronco encefálico. Veja-se, por exemplo, A. SHEWMON, *The brain and somatic integration: insights into the standard biological rationale for equating “brain*

reservas de Shewmon mereceram a maior atenção por parte da comissão americana, que (re)analisou, em 2008, o conceito de morte cerebral total. Com efeito, esta

death with death, *Journal of Medicine and Philosophy*, 26.º/5, 2001, pp. 457-478. Com efeito, Alan Shewmon, no seu artigo “*Recovery from Brain Death: a neurologist’s apologia*”, invertendo as suas anteriores convicções, contestou a ideia de que o estado de morte cerebral provocará, num curto espaço de tempo, um quadro de assistolia, cfr. A. SHEWMON, *Recovery from ‘Brain Death’: A Neurologist’s Apologia*, *Linacre Q*, 64 (1), Feb/1997, pp. 30 e ss. Foi também por si rejeitada a ideia de que aquela implicará a perda da capacidade de consciência e a da capacidade respiratória. Ao fazê-lo, afrontou diretamente os pressupostos base do critério declarativo baseado na morte do tronco encefálico, nos termos da qual a morte corresponde à perda irreversível da consciência, associada à perda da respiração, provocando inevitavelmente um quadro de assistolia. Afrontando o critério da morte cerebral total, Shewmon entende que inexistente, no atual estado do conhecimento biomédico, a capacidade de determinar se a integração somática cessa por força da cessação da atividade encefálica. Com efeito, através da análise de vários casos por si documentados, Shewmon refere ter sido possível verificar que, mesmo em situações que seriam reconduzíveis ao conceito de morte cerebral total, continuam a verificar-se os múltiplos indícios de integração somática indicados em A. SHEWMON, *The Brain and Somatic Integration: Insights into the Standard Biological Rationale for Equating ‘Brain Death’ with Death*, cit., p. 467. Concretamente, (i) as várias manifestações de homeostase, (ii) a capacidade de manutenção da temperatura do corpo, (iii) o combate a infeções, (iv) o desenvolvimento corporal (crescimento proporcional e maturação de órgãos), (v) a reação febril a estados infecciosos, (vi) a drenagem de resíduos celulares, (vii) a cura de feridas, (viii) a capacidade de gestação, no caso de doentes do sexo feminino, (ix) e as reações cardiovasculares e hormonais quando se realizam as incisões para a retirada de órgãos. Esta situação vem conduzindo à defesa da administração de anestesia ao cadáver. Neste contexto crítico e de forma muito impressiva, num artigo publicado em 1998 (A. SHEWMON, *Chronic ‘brain death’: meta-analysis and conceptual consequences*, *Neurology* 51/6, 1998, pp. 1538-1545), Alan Shewmon ilustrou a sua crítica com vários casos de sobrevivência ao estado de morte cerebral. Para o efeito, referiu mais de uma centena de casos documentados de pessoas que sobreviveram, após preencherem os critérios de morte cerebral, vários meses e até mesmo vários anos. É já célebre o caso do doente TK, dado ter sobrevivido cerca de vinte anos, sem que se tenha verificado um quadro de assistolia. Para Alan Shewmon, estes dados colocam irremediavelmente em causa a tese de que o encéfalo (nele se compreendendo o Telencéfalo ou Cérebro, o Diencéfalo – Tálamo e Hipotálamo –, o Tronco Encefálico e o Cerebelo) seja o “integrador central” e, por maioria de razão, que o seja o tronco encefálico. Segundo Shewmon, a coordenação do “organismo como um todo” não pode ser imputada a um específico órgão, pelo que ao encéfalo não pode ser atribuída essa função. Isto porque, segundo a sua tese, o encéfalo desempenhará, afinal, apenas uma função de regulação – e não de integração somática central – de um sistema de coordenação e integração intrínseco já existente. Este resultará, afinal, da interação dos vários órgãos do corpo humano e não apenas de um só órgão ou de uma parte de um órgão. Assim, determinar a cessação da existência do “organismo como um todo” não poderá depender apenas da verificação da falência de um único órgão, o encéfalo, e muito menos apenas da verificação da morte do tronco encefálico. Veja-se, por exemplo, A. SHEWMON, *The brain and somatic integration: insights into the standard biological rationale for equating ‘brain death’ with death*, cit., pp. 457-478. Por tudo isto, Shewmon rejeita tanto o critério da morte cerebral total, como o critério da morte do tronco encefálico.

comissão sublinhou que a base científica do critério da morte cerebral tinha sido validamente colocada em causa por Shewmon²³⁴. O eco dos estudos de Shewmon fez-se igualmente sentir na Alemanha, tendo o *Ethikrat* alemão decidido promover a sua audição, em 2012²³⁵, analisando as suas críticas no seu relatório de 2015²³⁶.

²³⁴ A polémica em torno do critério de morte (e dos seus pressupostos), na sua versão de morte cerebral total, vigente nos Estados Unidos da América – tal como sucede na Itália e na Alemanha –, determinou que o *President's Council on Bioethics* fosse mandatado para realizar uma reflexão destinada a apurar a validade científica e ética das várias teses que foram surgindo sobre este tema. A função desta comissão seria a de analisar todos os estudos que, ao longo de vários anos, especialmente os de Alan Shewmon, vêm colocando em causa o critério declarativo proposto, em 1968, pelo “Ad Hoc Committee”, acolhido e desenvolvido, em 1980, pela *President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research*, e consagrado, em 1981, no *Uniform Determination of Death Act*. Após várias sessões de trabalho, em Dezembro de 2008, o *President's Council on Bioethics* enviou ao Presidente dos Estados Unidos da América um relatório, com cerca de duas centenas de páginas, concluindo que o critério da morte cerebral total tem sido validamente colocado em causa ao longo dos anos. Isto tudo, claro está, sem prejuízo de ser possível continuar a defendê-lo (ainda que com outros argumentos). Mais diremos, neste plano, que as palavras finais daquela comissão definem, de forma cabal, o estado atual do problema da morte: “*until now, two facts about the diagnosis of total brain failure have been taken to provide fundamental support for a declaration of death: first, that the body of a patient with this diagnosis is no longer a “somatically integrated whole,” and, second, that the ability of the patient to maintain circulation will cease within a definite span of time. Both of these supposed facts have been persuasively called into question in recent years*”, The President's Council on Bioethics, *Controversies in the Determination of Death: A White Paper by the President's Council on Bioethics*, Washington, D.C., January 2009, p. 90. Por tudo o que foi *supra* exposto e por outras razões que não cumpre agora reproduzir, o *President's Council on Bioethics* concluiu, em Dezembro de 2008, ser necessário e desejável “*to re-examine our ideas and practices concerning the human experience of death in light of new evidence and novel arguments. Undertaken in good faith, such a re-examination is a responsibility incumbent upon all who wish to keep human dignity in focus, especially in the sometimes disorienting context of contemporary medicine*”, The President's Council on Bioethics, *Controversies in the Determination of Death: A White Paper by the President's Council on Bioethics*, Washington, D.C., January 2009, p. 92. Refira-se, ainda, que o trauma da associação do conceito declarativo da morte cerebral ao transplante de órgãos, conduziu o *President's Council on Bioethics* a declarar expressamente que a aferição do critério declarativo da morte deve ser autónoma e independente dos problemas suscitados pelo transplante de órgãos, sendo muito pertinente registar as seguintes considerações: “*the ethical controversies explored in this report were first raised for the Council during its inquiry into organ transplantation: as most deceased organ donors have been declared dead on the basis of the neurological standard, questions about its validity have an obvious relevance for organ procurement. The Council concluded that, despite that connection, the two matters—determining death and procuring organs—should be addressed separately. More precisely, questions about the vital status of neurologically injured individuals should be taken up prior to and apart from ethical issues in organ procurement from deceased donors*”, The President's Council on Bioethics, *Controversies in the Determination of Death: A White Paper by the President's Council on Bioethics*, Washington, D.C., January 2009, p. 89. O debate sobre o critério da morte cerebral total foi, portanto, reaberto no Estados Unidos da América.

²³⁵ Com efeito, Alan Shewmon, no dia 22 de Março de 2012, teve oportunidade de apresentar os resultados de mais de uma década de investigação perante o *Deutscher Ethikrat* alemão na conferência “*Hirntod und Organentnahme. Gibt es neue Erkenntnisse zum Ende des menschlichen Lebens?*”.

2. Independentemente da seriedade destas dúvidas²³⁷, o que constitui problema autónomo, os dados do direito português vigente são, nos seus termos mais fundamentais, os seguintes: a morte cerebral foi eleita, como critério concreto de morte, tanto na reforma de 1993, para efeito da extração de órgãos e tecidos humanos²³⁸, como na reforma de 1999, que aprovou o regime jurídico que estabelece os princípios em que se baseia a verificação da morte em geral, nesta última se estabelecendo o critério de morte cerebral na sua versão de cessação das funções do tronco encefálico²³⁹. E a despeito de questões de inconstitucionalidade que se colocam quanto ao sistema conceptual de morte resultante das reformas de 1993 e 1999²⁴⁰, o problema resultante da reforma de 2013 consiste em apurar se é possível introduzir, no direito português vigente, um critério concreto de morte, para efeito de extração de órgãos, recorrendo-se para tanto apenas a um “critério cardiocirculatório”. De modo concomitante, aferir se, também ao nível formal, é possível operar essa introdução do critério cardiorrespiratório no sistema conceptual de morte português, que se baseia unicamente na morte cerebral como critério legal de morte, por via de despacho.

3. Pudemos já apreender que os sistemas conceptuais de morte são caracterizados por coerência, hierarquia e funcionalização de todos os seus elementos em relação ao conceito geral de morte a montante²⁴¹. Analisar os problemas associados à morte, talqualmente explicitado pelo *Ethikrat*, pressupõe a identificação e a referenciação a um conceito geral de morte. Só depois será possível promover a eleição de um critério concreto de morte que seja coerente e funcionalmente adequado ao conceito geral de morte; e por último, já no plano da técnica, é necessário estabelecer os adequados critérios técnicos de diagnóstico e as técnicas de certificação e verificação da morte²⁴². Estes últimos elementos técnicos do sistema conceptual de morte são,

²³⁶ Deutscher Ethikrat, *Hirntod und Entscheidung zur Organspende*, cit., pp. 77 e ss.

²³⁷ Para uma síntese dos vários argumentos científicos contrários ao critério da morte cerebral total (e sua refutação): U. WALTER, *Hirntodkriterium und Organspende: aktuelle neurowissenschaftliche Perspektive*, Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz, 63, 2020/11, pp. 1519 e ss.

²³⁸ Lei n.º 12/93, de 22 de Abril.

²³⁹ Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto.

²⁴⁰ J. OLIVEIRA GERALDES, *Finis Vitae ou Ficta Mortis?*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 70, Vol. I/IV, 2010, pp. 625 e ss.

²⁴¹ Deutscher Ethikrat, *Hirntod und Entscheidung zur Organspende*, cit., p. 51.

²⁴² Deutscher Ethikrat, *Hirntod und Entscheidung zur Organspende*, Berlin, 2015, p. 51: “*In Anknüpfung an die internationale Diskussion lassen sich die normativen Probleme, die mit dem der postmortalen Organentnahme zugrunde liegenden Todeskonzept verbunden sind, nach folgenden Gesichtspunkten strukturieren: Todesverständnis, Todeskriterien und Feststellung des Todes*”.

por regra, delegados nas corporações ou associações profissionais médicas, mas o seu resultado deverá ser aprovado por entidades estaduais. Incontornavelmente, o que venha a ser o resultado do trabalho de execução e de regulamentação destes órgãos, corporações ou associações, para assegurar a sua legitimidade formal, deve ser sempre sujeito a aprovação da entidade estadual competente; e, por outro lado, pode e deve ser juridicamente controlado, pois nada de ajurídico existe na “regulamentação” do direito à vida, ou seja, na emissão de orientações, diretrizes e protocolos técnicos relativos ao fim da vida²⁴³, que determinam a cessação da personalidade jurídica²⁴⁴. Com efeito, a eleição de um critério de diagnóstico ou de uma técnica de certificação de morte não pode ser validamente aceite sem que respeite e se conforme com o critério legal de morte e com o conceito geral de morte que dele dimana.

4. O Tribunal Constitucional alemão, precisamente a este propósito, já teve a oportunidade de afirmar que mesmo as diretrizes e as orientações técnicas provenientes de associações médicas devem de ser controladas juridicamente, averiguando-se a sua conformidade com o conteúdo dos demais elementos do sistema que estão em estalão legal mais elevado, nomeadamente quando resultem de fontes hierarquicamente superiores ou respeitem a elementos centrais do sistema, *maxime*, direitos fundamentais²⁴⁵. Do recurso à elaboração e emissão de declarações ou

²⁴³ O Supremo Tribunal Federal Alemão sublinha a vocação *jurídica* de execução e regulamentação deste tipo de declarações técnicas: “*Die Richtlinien der Bundesärztekammer sind trotz deren privatrechtlicher Organisation (nicht rechtsfähiger Verein) als eine Form exekutiver Rechtssetzung zu qualifizieren*”, BGH 5 StR 20/16 – 28 de Junho de 2017, (LG Göttingen).

²⁴⁴ Recorde-se como, precisamente neste sentido, no relatório do *President’s Council on Bioethics*, uma comissão científica composta por membros da comunidade científica biomédica norte-americana, se assinalaram as limitações da factualidade clínica e patofisiológica para definir o que seja a morte: “*this question cannot be settled by appealing exclusively to clinical or pathophysiological facts*”, The President’s Council on Bioethics, *Controversies in the Determination of Death: A White Paper by the President’s Council on Bioethics*, cit., p. 49.

²⁴⁵ BVerfG, 18 de Agosto de 2014, 1BvR 2271/14: “*Die Verweisung des Beschwerdeführers auf den Rechtsschutz vor den Fachgerichten ist nicht unzumutbar im Sinne von § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG. Sie eröffnet dem Beschwerdeführer im Gegenteil die Möglichkeit eines nicht auf verfassungsrechtliche Fragen beschränkten, sondern auch alle einfachrechtlichen Ansprüche mit einschließenden Rechtsschutzes inklusive der in erster Linie den Fachgerichten vorbehaltenen und bisher noch in keiner Weise erfolgten Aufbereitung des Sachverhalts in tatsächlicher, auch medizinische Fragen betreffender Hinsicht. Die Fachgerichte sind entgegen der Auffassung der Verfassungsbeschwerde nicht uneingeschränkt an die Vorgaben der Richtlinie zur Organtransplantation gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 und 5 TPG gebunden. Da sie kein förmliches Gesetz ist, können und müssen sie die Richtlinie – ohne dass der Rechtscharakter dieser Richtlinie dafür hier näher bestimmt werden müsste – auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht überprüfen, falls es für ihre Entscheidung darauf ankommt*”.

orientações técnicas²⁴⁶, provenientes de associações médicas ou de órgãos consultivos, não pode resultar uma permissão criativa à margem do bloco de juridicidade, que constitui critério de validade do sistema, nem por sua via podem ser violados, preterindo a separação de poderes, os princípios básicos do Estado de Direito, nomeadamente quanto às suas fontes de produção e no que respeita aos direitos fundamentais. Nem muito menos pode ser modificado substancialmente, por via da técnica regulamentar, o conteúdo vinculante de elementos do sistema conceptual de morte que estejam contidos em legislação de valor superior, aprovadas por órgãos com legitimidade democrática, constituindo-se estas leis em verdadeiros parâmetros jurídicos limitativos da atividade de regulamentação técnica. Ao verificar-se tal violação, estar-se-á no domínio da invalidade jurídica. É o que, seguidamente, se analisará quanto à reforma de 2013.

4.1. Da invalidade do Despacho n.º 14341/2013, 6 de Novembro de 2013

1. Tem sido neste trabalho objeto de explicitação que, no direito português, se deu a receção legal da morte cerebral como critério concreto de morte. Em particular, na reforma de 1993, que diz respeito diretamente aos temas da extração de órgãos e da transplantação, na Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, surgiu o conceito de morte cerebral, tendo este sido concretizado pela Ordem dos Médicos como cessação das funções do tronco encefálico. Posteriormente, na reforma de 1999, dado que o conceito de morte cerebral constava da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, cujo âmbito material compreendia apenas a extração de órgãos, colocou-se o problema jurídico de saber qual seria o critério de morte aplicável em geral. Por essa razão, o CNECV, em 1995, instou os poderes públicos a universalizar o critério da cessação das funções do tronco encefálico no plano de sistema conceptual de morte baseado num critério único e uniforme de morte. Ulteriormente, o XIII Governo Constitucional apresentou então uma proposta de lei à Assembleia da República, visando estabelecer, em termos de regime geral, o critério concreto de morte. Apesar de ter sido mantido o critério da cessação das funções do tronco encefálico proposto pelo CNECV, a proposta do XIII Governo Constitucional não seguiu inteiramente a filosofia de sistema com critério concreto de morte único, inspirando-se antes nos sistemas com dualidade de critérios, tal como sucede nos Estados Unidos da América, Reino Unido, Espanha, entre muitos outros

²⁴⁶ Confrontando-se com problemas similares, J. TABORDA DA GAMA, *Tendo surgido dúvidas sobre o valor das circulares e outras orientações genéricas*, in Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 218 e ss.

países. Na Assembleia da República, por declarada influência das propostas do CNECV²⁴⁷, todas as forças parlamentares, sem exceção, rejeitaram o modelo com dualidade de critérios propostos pelo XIII Governo Constitucional. Na versão final aprovada, a reforma de 1999 consagrou expressamente um sistema conceptual de morte com um critério de morte único, sendo este critério a cessação das funções do tronco encefálico. O parlamento português rejeitava, assim, o critério da cessação das funções circulatória e respiratória, designado como critério cardiior-respiratório.

2. Assim, na Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, ficou previsto que “a morte corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral”. E foi novamente delegada na Ordem dos Médicos, mas agora sujeita a aprovação do membro do Governo responsável pela saúde, a competência para elaborar os “documentos e regulamentos previstos na presente lei”. No entanto, volvidas mais de duas décadas, a Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, no que respeita à cessação das funções do tronco encefálico, não foi regulamentada²⁴⁸. Com efeito, não foi publicada qualquer regulamentação específica, nomeadamente para enunciar as diretrizes e regras relativas à cessação das funções do tronco encefálico previstas na Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto. Supõe-se que, para esse efeito, tem vindo a ser aplicada, de forma indireta, a Declaração da Ordem dos Médicos de 1994, que, no entanto, foi expressamente emitida tão somente para efeito da extração de órgãos e não para concretizar a reforma de 1999, que nem sequer existia em 1994. Aliás, a reforma de 1999 foi aprovada precisamente por se entender que a reforma de 1993 apenas visava o tema da extração de órgãos, não podendo ser generalizada na sua aplicação. Pelo que, a Declaração da Ordem dos Médicos de 1994, que visou regulamentar a Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, não deverá ser aplicada em sentido geral²⁴⁹.

²⁴⁷ Relatório e Parecer da comissão de assuntos constitucionais, direitos, liberdades e garantias sobre a proposta de lei n.º 104/VII, Diário da Assembleia da República, de 27 de Março de 1998, II série A, n.º 40/VII/3, pp. 958-960.

²⁴⁸ Reportando problema similar na Alemanha, mas apenas quanto à regulamentação da extração de órgãos e tecidos em embriões e fetos, Deutscher Ethikrat, *Hirntod und Entscheidung zur Organspende*, cit., pp. 37-38.

²⁴⁹ A Declaração da Ordem dos Médicos de 1994, *per se*, emitida apenas para efeito da reforma de 1993, é uma regulamentação que não foi aprovada por qualquer entidade estadual, dado que, na Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, não se exigia a sua aprovação pelo Ministério da Saúde. Este ponto, como já referido, suscita problemas de (in)constitucionalidade. Aliás, esta questão colocou-se precisamente na Alemanha, uma vez que a versão original da TPG também não previa a necessidade de qualquer ato de aprovação, o que foi considerado como uma forma de desregulação muito provavelmente inconstitucional. Assim, por razões de potencial (in)constitucionalidade, a TPG foi

alterada, em 2013, prevendo-se agora que as diretrizes da Associação Médica Federal alemã têm de ser obrigatoriamente submetidas à aprovação do Ministério Federal da Saúde, como resulta expressamente do novo §16 (3) TPG. Reveste interesse comparativo, aliás, notar que a obrigatoriedade de aprovação por entidade estadual foi exigida na Lei n.º 141/99 de 28 de Agosto, o que distingue a reforma de 1999 da reforma de 1993. Em consequência, não se julga ser possível aplicar a Declaração da Ordem dos Médicos de 1994 – que apenas visou regulamentar a reforma de 1993, não tendo sido aprovada por qualquer entidade estadual, tal como passou a ser exigido expressamente pela Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto – para colmatar a falta de regulamentação da reforma de 1999. Daqui resulta que a reforma de 1999, tal como era exigido legalmente, se queda ainda por regulamentar expressamente, volvidas mais de duas décadas. Nos termos da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, a Ordem dos Médicos tinha a competência para emitir a respetiva regulamentação, de acordo com o artigo 12.º. Neste contexto, não era exigida, repita-se, qualquer intervenção homologatória estadual. Mas, pelo contrário, nos termos da Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, a regulamentação técnica do conceito de morte cerebral está sempre dependente de aprovação do órgão responsável pela área da saúde. Deste modo, muitas reservas se podem apor a que seja possível aplicar à reforma de 1999 a regulamentação da reforma de 1993, tanto por razões de forma – a reforma de 1999 exige a homologação da entidade estadual responsável – como por razões de âmbito material – a Declaração da Ordem dos Médicos de 1994 regulamentou a Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, especialmente aprovada para regulamentar a extração de órgãos, ao contrário da Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, que nada tem a ver com a extração de órgãos, visando simplesmente enunciar o critério concreto de morte de forma uniforme e geral. Em segundo lugar, outro problema igualmente relevante pode ser equacionado: a Declaração da Ordem dos Médicos de 1994 regulamentou a morte cerebral apenas como morte do tronco encefálico, o que, pelas razões igualmente já expostas, levanta sérias dúvidas de (in)constitucionalidade. Como se vem demonstrando, a morte cerebral, no seu sentido cientificamente mais consensual, corresponde à cessação de todas as funções encefálicas. É essa a posição das comissões científicas bioéticas americana, alemã, italiana, espanhola, etc., bem como a solução legal prevista nos sistemas conceptuais de morte desses países e de muitos outros. Pelo que, atendendo ao artigo 24.º da Constituição da República Portuguesa, que maximiza a proteção jurídica da vida, qualquer regulamentação do fim da proteção da vida não pode ser feita segundo a versão interpretativa que ofereça menor proteção à vida humana. Tal como refere o Tribunal Constitucional alemão, a proteção constitucional cobre toda a existência biológica: “*die biologisch-physische Existenz jedes Menschen (...) unabhängig von den Lebensumständen des Einzelnen, seiner körperlichen und seelischen Befindlichkeit*”, BVerfG, 1 BvR 357/05, Rn. 85. De igual modo, P. OTERO sustenta que “*a inviolabilidade da vida humana implicará a adoção de um postulado interpretativo de máxima efectividade (...) fundado no princípio in dubio pro vita: toda e qualquer dúvida sobre o alcance da inviolabilidade humana deverá sempre ser decidida a favor da solução interpretativa que se mostre mais generosa, mais ampliativa ou que melhor reforce a tutela e garantia da vida humana*”, P. OTERO, *Instituições políticas e constitucionais*, I, cit., p. 578. Bastará comparar o critério concreto de morte que se pretende aplicar em Portugal com o critério aplicável na esmagadora maioria dos países do mundo ocidental, para se perceber que Portugal segue um critério concreto de morte considerado, por várias comissões bioéticas, como não correspondendo verdadeiramente ao conceito de morte cerebral, o qual deve ser concretizado como morte no sentido de morte cerebral total. Daqui resulta que a Declaração da Ordem dos Médicos de 1994, ao regulamentar a Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, o fez seguindo uma via restritiva, que se julga, por esse exato motivo, inconstitucional. O mesmo julgamento, aliás, pode ser feito quanto ao critério adotado pela Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, dado que na reforma de 1999 se limitou a importar esse critério a partir da referida Declaração da Ordem dos Médicos de 1994 e do já mencionado parecer n.º

3. Como se disse, a Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, encontra-se verdadeiramente ainda por regulamentar. No entanto, o XIX Governo Constitucional, em 2013, através do já referido despacho do Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Saúde, para fomentar a extração de órgãos²⁵⁰, aprovou regulamentação sobre a extração de órgãos em pessoas mortas com paragem cardíaca irreversível, tendo ainda sido enunciadas, para esse efeito, regras de diagnóstico e verificação da morte nos casos de paragem cardiorrespiratória, no plano do critério da “cessação irreversível das funções cardíaca e circulatória”. Pois bem: impõe-se referir, tenhamos-lo por muito claro, que não pode ser regulamentada a extração de órgãos a propósito de uma lei que não confere qualquer habilitação para tanto, já que tampouco respeita à extração de órgãos. Como se explicitará de seguida, o Despacho n.º 14341/2013, de 6 de Novembro, padece de problemas que o ferem de forma irreversível²⁵¹.

10/CNECV/95, o qual, como se demonstrou, contém afirmações técnicas que não se podem considerar como inteiramente rigorosas, pois que o critério da cessação irreversível apenas das funções do tronco encefálico não corresponde, ao contrário do que é afirmado naquele parecer, ao critério de morte “praticamente universal”: Parecer n.º 10/CNECV/95 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (parecer sobre o critério de morte), p. 3. Recordem-se a este respeito, por exemplo, as considerações muito críticas das comissões de bioética norte-americana e italiana quanto ao critério que é considerado, pelo CNECV, com sendo “praticamente universal”.

²⁵⁰ Montam sérias reservas sobre a invocação de que se possa ter decidido alterar critérios de morte para fomentar a colheita de órgãos, pois tal representa uma manipulação conceptual que deve ser rejeitada, tal como já sublinhado por várias comissões de ética, nomeadamente a comissão norte-americana: “*Council rejects the view that the criteria for determining death should be shaped or determined by our need and desire for transplantable organs. We should not create “legal fictions” or “social agreements” whose aim is less an accurate determination of death than a ready supply of organs. Whatever else human beings may be, they are living bodies, and their death is a biological reality that we need to mark as accurately as we are able*”, The President’s Council on Bioethics, *Controversies in the Determination of Death: A White Paper by the President’s Council on Bioethics*, Washington, D.C., January 2009, p. 125.

²⁵¹ Na doutrina portuguesa, exprimindo dúvidas logo depois da publicação do despacho n.º 14341/2013, de 6 de Novembro, v. M. FERNANDA PALMA, *Conceito de morte*, Correio da Manhã, 17 de Novembro de 2013: “*Em 6 de novembro, foi publicado um discreto despacho do Ministério da Saúde (14341/2013) que parece afastar-se do conceito de morte cerebral, definida como “cessação irreversível das funções do tronco cerebral” no artigo 2º da Lei 141/99, de 28 de agosto (...) definição de morte não é estritamente médica (...) possui uma dimensão ético-social e requer a intervenção do poder político. Será inaceitável a eliminação do nível democrático de decisão, bem como a revogação do conceito legal por despacho. (...) As dúvidas sobre a “agilização” dos procedimentos adotados por ocasião dos transplantes (efetuados, em regra, a partir de vítimas de sinistros) ou acerca da alteração de uma lei por um despacho (que não é um ato normativo, à luz do disposto no artigo 112º da Constituição) são muitíssimo pertinentes. Todos os cidadãos têm o direito de as ver esclarecidas*”; do mesmo modo, colocando dúvidas, A. G. DIAS PEREIRA, *Alguns aspectos do consentimento informado*, Anatomia do Crime, vol. 1, n.º 0, 2014, p. 168 (nt. 1): “*(...) ver recente Despacho n.º. 14341/2013 do Gabinete do Secretário de Estado Adjunto do Ministro da*

4. Com efeito, sem desconsiderar a elevada possibilidade de se ter de igual modo verificado um problema de competência jurídico-administrativa²⁵², é importante referenciar, primeiramente, problemas quanto ao objeto do despacho sob análise. Com efeito, a Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, não contempla a extração de órgãos e tecidos no seu âmbito material de aplicação. Pelo contrário, esta matéria pertence ao âmbito material de aplicação da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, que veio dar tratamento legal à extração de órgãos e de tecidos. Ora, a Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, não tendo como objeto a matéria da extração de órgãos, não pode ser regulamentada quanto ao que não pertence ao seu âmbito material de aplicação. Este

Saúde que estabelece os requisitos necessários para a colheita de órgãos de doadores falecidos em paragem cardio-circulatória. Neste diploma, o legislador histórico remeteu à discreta segunda série do Diário da República, em mero Despacho, matéria que trata dos critérios de morte ... acreditamos que seria necessária uma maior dignidade normativa para regular a definição dos critérios de morte, até porque vão além do domínio do conceito de morte encefálica. Maior dignidade formal, na forma de lei ou decreto-lei autorizado, significaria maior publicidade e maior controle democrático”.

²⁵² Mostra-se possível considerar indiciado um provável problema formal no plano da competência jurídico-administrativa. O Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Saúde do XIX Governo Constitucional, Fernando Serra Leal da Costa, invocou, como norma habilitante do seu despacho, o n.º 2 do artigo 3.º e o artigo 5.º da Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto. Porém, nos termos daqueles artigos, o titular da competência para aprovar os documentos e os regulamentos, previstos naquela lei, é o “*membro do Governo responsável pela saúde*”, ou seja, e em rigor, o Ministro da Saúde. Ora, das várias delegações de competências identificadas e que foram publicadas no Diário da República – foram analisadas as seguintes: Despacho n.º 9209/2011, Diário da República n.º 140/2011, Série II, de 22 de Julho de 2011, pp. 30634 e 30464; Despacho n.º 14134/2011, Diário da República n.º 201/2011, Série II, de 19 de Outubro de 2011, pp. 41502 e 41502; Despacho n.º 15926/2011, Diário da República n.º 225/2011, Série II, de 23 de Novembro de 2013, p. 46265; Despacho n.º 7472/2013, Diário da República n.º 111/2013, Série II, de 11 de Junho de 2013, p. 18879; Despacho n.º 10250/2013, Diário da República n.º 149/2013, Série II, de 05 de Agosto de 2013, p. 24523; Despacho n.º 10944-A/2014, Diário da República n.º 163/2014, 1º Suplemento, Série II, 24 de Agosto de 2014, p. 22154-(2); Despacho n.º 15476-A/2014, Diário da República n.º 245/2014, 2º Suplemento, Série II, de 19 de Dezembro de 2014, pp. 32102-(12) a 32102-(13); Despacho n.º 10402/2015, Diário da República n.º 183/2015, Série II, de 18 de Setembro de 2015, pp. 26945 e 26945 – não foi possível identificar qualquer expressa delegação de poderes para efeito do n.º 2 do artigo 3.º e do artigo 5.º da referida lei, ou seja, para aprovar a regulamentação prevista na Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto. Supõe-se, em vista deste facto, que se terá verificado – com elevada probabilidade, admitindo-se, ainda assim e por hipótese, que exista deveras uma delegação que, todavia, não foi possível detetar no decurso deste estudo – uma situação de falta de competência jurídico-administrativa para a aprovação e emissão daquela regulamentação. A este propósito, refira-se ainda que no Despacho n.º 14341/2013, de 6 de Novembro, também não se enuncia qualquer referência, nem geral nem concreta, à existência de delegação de poderes do Ministro da Saúde, que, de forma direta ou indireta, atribua competência ao referido Secretário de Estado Adjunto da Saúde do XIX Governo Constitucional, para este aprovar a regulamentação da Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto.

diploma legal visa apenas enunciar o critério concreto de morte, em termos gerais, e foi aprovado precisamente nestes termos gerais para ser isolado da temática da extração de órgãos e dos transplantes, dado que se trata de matérias que devem ser legisladas de forma autónoma, para evitar manipulações funcionais do conceito de morte. Assim, o Despacho n.º 14341/2013, de 6 de Novembro, ao regulamentar matéria relacionada com a extração de órgãos e com os transplantes, entregou-se à tarefa de regulamentar uma lei que não tem essas matérias no seu âmbito material, pelo que dela não se pode retirar uma norma habilitante, em razão da matéria²⁵³. Concite-se, a respeito, o teor do despacho na parte em que estabelece que “extração de órgãos a dadores falecidos só pode fazer-se após comprovação e certificação da morte”, elencando, depois, um vasto conjunto de regras e de procedimentos, assentes no critério da paragem cardiorrespiratória, extravasando, assim, o objeto possível de regulamentação da referida lei que se pretendeu regulamentar.

5. Além do mais, o Despacho n.º 14341/2013, de 6 de Novembro, deve ser analisado no plano da (in)compatibilidade com o sistema conceptual de morte vigente em Portugal. Foi ainda por seu intermédio que se pretendeu introduzir a morte por “paragem irreversível das funções cardiocirculatórias”, permitindo-se a “extração de órgãos a dadores falecidos” nessas condições²⁵⁴. Porém, tanto pela Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, como pela Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, não se vislumbra como possível regulamentar senão a morte cerebral. Com efeito, o que estas leis permitem – independentemente do problema de qual dessas leis seria aplicável do ponto de vista do âmbito material – é que seja regulamentada, do ponto de vista técnico, a morte cerebral. Todavia, o que foi levado a cabo, confessadamente, através do Despacho n.º 14341/2013, de 6 de Novembro, segundo o seu próprio preâmbulo e os critérios de que dele constam, não se trata de uma regulamentação da morte cerebral, seja na versão de morte cerebral total ou na de morte do tronco encefálico. No texto deste ato normativo assume-se, sem equívocos, que o que se pretende é introduzir a morte por “paragem cardiocirculatória”, baseada no critério da “cessação irreversível das funções cardíaca e circulatória”, e de forma alternativa face ao critério de morte cerebral em que se baseia tanto a Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, como a Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto. Verdadeiramente, aquele despacho foi, em 2013, o veículo jurídico para servir o irretorquível propósito da introdução, no ordenamento jurídico, do critério concreto de morte baseado na paragem cardiorrespiratória irreversível.

²⁵³ Sobre as funções do regulamento, A. RODRIGUES QUEIRÓ, *Teoria dos regulamentos*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais XXVII* (Jan./Dez., 1980), 1-2-3-4, pp. 1 e ss.

²⁵⁴ *Diário da República*, II Série, n.º 205, 6 de Novembro de 2013, pp. 32855-32856.

6. Não obstante a sua natureza puramente programática, invoca-se ainda que a reforma de 2013 corresponde à receção da categoria II da Conferência de Maastricht de 1995. Recorde-se que as categorias resultantes desta conferência são expressamente rejeitadas na Alemanha, consideradas contrárias à ordem pública alemã, uma vez que o direito alemão, para efeito de extração de órgãos, baseia-se na morte cerebral. Ora, tal como sucede no direito alemão, para efeito de extração de órgãos, também no direito português vigente não foi consagrado um sistema assente na dualidade de critérios de morte. Com efeito, o nosso sistema legal conceptual de morte baseia-se num critério concreto de morte único: foi esta a vontade expressa pelo parlamento português, de forma unânime, quando discutiu e aprovou a reforma de 1999. Pelas razões apontadas e descritas, a decisão do parlamento português, tanto em 1993 como em 1999, recaiu sobre o critério da morte cerebral. A partir de 1999, concretizou-se legalmente que esse critério de morte cerebral corresponderá à cessação das funções do tronco encefálico. Porém, ao mesmo tempo que este critério foi adotado, foi igualmente rejeitado, de forma expressa e declarada, qualquer sistema conceptual alicerçado num sistema com dualidade de critérios. Essa tinha sido a proposta do XIII Governo Constitucional, através da proposta de lei n.º 104/VII, que, como se teve ocasião de explicitar, recebeu violentas críticas das comissões parlamentares e foi rejeitada na Assembleia da República. Assim, ficou assente que o sistema conceptual de morte português, votado unanimemente em votação global final, na Assembleia da República, é um sistema inequivocamente com um único critério concreto de morte, baseado na morte cerebral e não no critério cardiorrespiratório.

7. De sorte que, quando o Despacho n.º 14341/2013, de 6 de Novembro, introduz a morte por “paragem cardíaca”, como modo alternativo ao único critério concreto de morte válido legalmente, a morte cerebral, encontra-se sem a cobertura de qualquer norma habilitante e em violação do referido parâmetro legal, uma vez que está a regulamentar um conceito que não consta da lei portuguesa vigente. De forma confessa, considerou-se que a aplicação da morte cerebral como critério concreto de morte, tal como previsto no direito português, vinha sendo insuficiente para as necessidades crescentes²⁵⁵. Por essa razão, entendeu-se que seria de introduzir a morte por paragem cardiorrespiratória, bem como autorizar a extração de órgãos a pessoas que se encontrem nesse estado, o que viola, de forma direta, a Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, uma vez que esta lei, proveniente da Assembleia da República, apenas permite extração de órgãos

²⁵⁵ Diário da República, II Série, n.º 205, 6 de Novembro de 2013, pp. 32855-32856.

em situações de morte cerebral. A este propósito, têm total rendimento, para o caso português, as considerações que foram desenvolvidas pelas Associação Médica Alemã e Sociedade Alemã de Transplantação²⁵⁶, bem como pelo próprio *Ethikrat*²⁵⁷, a propósito das categorias de morte enunciadas no Protocolo da Conferência de Maastricht de 1995 – essas categorias são incompatíveis não só com o direito alemão²⁵⁸, mas também com o direito português vigente. Em ambos os ordenamentos jurídicos, para efeito de extração de órgãos, a morte cerebral é uma condição necessária para que seja lícita a referida extração. Fora desses casos, ou seja, dos casos de morte cerebral, declarada de acordo com a lei, a extração de órgãos é ilícita.

8. Introdutor da morte por “paragem cardiocirculatória” com base no critério da “cessação irreversível das funções cardíaca e circulatória”, como modo alternativo ao único critério concreto de morte válido legalmente, o Despacho n.º 14341/2013, de 6 de Novembro, encontra-se patentemente fora do âmbito de qualquer norma habilitante em que se pudesse estear com validade, bem como em violação do parâmetro legal que estabelece a morte cerebral como critério concreto de morte. O referido despacho outra coisa mais não é do que juridicamente nulo, pois este é o “desvalor-regra” para os casos de atividade regulamentar “contrária à juridicidade”²⁵⁹. Aquém de qualquer dúvida ou questionamento está a firme certeza de que o poder regulamentar tem de ser “precedido de uma lei habilitante”²⁶⁰, limitando e definindo esta o âmbito da referida atividade regulamentar²⁶¹. E apesar de o regime substantivo

²⁵⁶ Bundesärztekammer, *Organentnahme nach Herzstillstand* (“Non heart-beating donor”), Deutsches Ärzteblatt, 1998, A-3235.

²⁵⁷ Deutscher Ethikrat, *Hirntod und Entscheidung zur Organspende*, cit., pp. 113-114.

²⁵⁸ T. GUTMANN, *Donation after Circulatory Determination of Death: Regelungsoptionen*, cit., p. 4.

²⁵⁹ P. OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, I, Almedina, Coimbra, 2016, p. 638: “A nulidade é, todavia, o desvalor-regra da actuação administrativa que, regida pelo Direito Administrativo, assumia natureza regulamentar contrária à juridicidade”. Também assim, M. REBELO DE SOUSA, *O valor jurídico do ato inconstitucional*, I, Lisboa, 1988, p. 229.

²⁶⁰ D. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, cit., p. 173.

²⁶¹ Para o enquadramento geral do regime dos regulamentos: P. MONIZ LOPES, *O regime substantivo dos regulamentos no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo: algumas considerações estruturantes*, e-Pública, vol. I, n.º 1, Janeiro 2014, pp. 257 e ss., *id.*, *Objeto, condições e consequências da invalidade regulamentar no novo Código do Procedimento Administrativo*, in AA. VV., *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2015, pp. 847 e ss., e, *id.*, *Separação de poderes, reserva de função administrativa e alocação normativa entre ato legislativo e regulamentar*, in AA. VV., X Encontro de Professores de Direito Público, ICJP-CIDP, 2017, pp. 33 e ss. Com interesse, v. também LUÍS FAUSTINO, *Relações Inter-Regulamentares nas Autarquias Locais: algumas notas*, in *Questões Atuais de Direito Local*, n.º 13, Janeiro/Março, Associação de Estudos de Direito Regional e Local, Braga, 2017, pp. 65 e ss.

dos regulamentos administrativos não registar previsão expressa antes da entrada em vigor do Código de Procedimento Administrativo de 2015, quando um regulamento viole o parâmetro legal, entende(ia) a doutrina administrativista que tal acarreta a sua nulidade^{262/263}. Através da regulamentação de um critério concreto de morte não é possível inovar quanto ao próprio critério legal de morte, introduzindo-se verdadeiramente um novo critério autónomo, assumindo-se inclusivamente, e de forma expressa, essa dimensão alternativa do novo critério. Também não é possível, sob o pretexto de regulamentar uma lei, introduzir inovações que não estão compreendidas no objeto dessa lei, nomeadamente quando o conteúdo da regulamentação diz respeito, não ao critério concreto de morte, objeto da Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, mas sim ao regime jurídico da extração de órgãos, constante de outro diploma: a Lei n.º 12/93, de 22 de Abril. Por via do Despacho n.º 14341/2013, 6 de Novembro de 2013, não se poderia ter introduzido, no sistema conceptual legal de morte português, a extração de órgãos em casos de “morte” por paragem cardiorrespiratória com base no critério da “cessação irreversível das funções cardíaca e circulatória”. Além de que o n.º 5 do artigo 112.º da Constituição da República Portuguesa dispõe que “nenhuma lei pode (...) conferir a atos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos”. Estaria, por consequência, sempre e de qualquer modo vedado qualquer tipo de deslegalização – caso tal tivesse ocorrido, o que não sucedeu –, estando em causa matérias sujeitas ao princípio da reserva de lei, devendo ser reputados de inconstitucionais quaisquer fenómenos de deslegalização deste género²⁶⁴. É entendimento seguro o de que uma tal deslegalização estará “sempre excluída nas matérias sujeitas ao princípio da reserva de lei, sendo inconstitucionais quaisquer fenómenos de deslegalização incidentes sobre matérias que constitucionalmente não podem ser reguladas senão por via de lei”²⁶⁵.

²⁶² M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, III, Dom Quixote, Lisboa, 2ª ed., 2009, pp. 267 e ss., D. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2020 (reimp.), p. 173, referindo que o paradigma aplicável aos regulamentos, para efeito de vícios e formas de invalidade, é o das leis, e não o regime aplicável aos atos administrativos.

²⁶³ Com muita relevância, analisando problemas relativos aos efeitos da declaração de invalidade, P. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *A Restrição dos Efeitos das Sentenças de Invalidade nos Tribunais Administrativos*, Revista de Direito Administrativo, n.º 2, Maio/Agosto, 2018, pp. 18 e ss.

²⁶⁴ Sobre este problema, L. PEREIRA COUTINHO, *Regime Orgânico dos Direitos, Liberdades e Garantias e Determinação Normativa – Reserva de Parlamento e Reserva de Acto Legislativo*, Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, n.º 24, 2001, pp. 533 e ss.

²⁶⁵ J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 512.

§ 5. Síntese

1. O sistema conceptual legal de morte em Portugal é um sistema de critério único, nele vigorando, para efeito de extração de órgãos e de tecidos, o critério de morte cerebral.

O conceito de morte cerebral, como demonstrado ao longo deste estudo, tem vindo a ser concretizado como cessação de todas as funções encefálicas, o que é adotado na esmagadora maioria dos países do mundo ocidental, ou, de forma minoritária, apenas como a cessação das funções do tronco encefálico, tal como sucede em Portugal e surge defendido doutrinariamente pelas associações médicas britânicas. A versão doutrinária britânica de morte cerebral é rejeitada de forma expressa pelas comissões de ética americana, alemã e italiana, entre muitas outras. Não obstante, o CNECV, em 1995, referiu que a cessação das funções do tronco encefálico era um critério “praticamente universal”, o que, como demonstrado neste estudo, não tem correspondência real com o direito vigente nos países analisados, nem com os pareceres das comissões éticas desses países. Nem sequer com a história da medicina quanto ao conceito da morte cerebral, originariamente associado à morte cerebral total. Não obstante, o parlamento português, em 1999, decidiu adotar expressamente a versão doutrinária britânica de morte cerebral, invocando precisamente o parecer do CNECV, onde é afirmado que este critério era praticamente universal. Por representar uma concretização com menor proteção do direito à vida, se comparado com o critério da morte cerebral total – em vigor nos Estados Unidos da América, Alemanha, Espanha, Itália, Brasil, etc. –, deve considerar-se que o critério da cessação das funções do tronco encefálico, tal como previsto na Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, viola o artigo 24.º da Constituição da República Portuguesa, sendo, por essa razão, inconstitucional.

2. Por outro lado, especialmente quanto à matéria da extração de órgãos, deve também referir-se que a Declaração da Ordem dos Médicos de 1994, que regulamentou o conceito de morte cerebral previsto na Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, seguindo a versão doutrinária britânica de morte cerebral, viola a própria lei que pretendia regulamentar e também o artigo 24.º da Constituição da República Portuguesa, uma vez que o conceito contido na Lei n.º 12/93, de 22 de Abril é o de morte cerebral, não sendo possível dele fazer uma interpretação menos favorável à vida humana, que deve ser protegida na sua plenitude. Defende-se o controlo jurídico de declarações técnicas regulamentares, pelo que se deve considerar que a Declaração da Ordem dos Médicos de 1994 é inconstitucional e ilegal.

3. O Despacho n.º 14341/2013, de 6 de Novembro, é, do seu lado, inválido por várias razões. Conquanto sejam de suscitar questões de competência jurídico-administrativa, há que apontar e advertir que o referido despacho não se fundou em norma habilitante, uma vez que a Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, não contempla no seu âmbito a temática da extração de órgãos e de tecidos humanos: esta matéria é regulada pela Lei n.º 12/93, de 22 de Abril. Por via do Despacho n.º 14341/2013, de 6 de Novembro, emitido ao abrigo da Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, não se poderiam regulamentar matérias que, afinal, pertencem ao âmbito material da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril. A reforma de 2013, operada através de despacho governamental, é também inválida quando introduz, por via regulamentar, um novo critério concreto de morte com base na “cessação irreversível das funções cardíaca e circulatória”, dado que esse critério concreto de morte não consta do direito português vigente, conforme resulta da Lei n.º 141/99, de 28 de Agosto, e da Lei n.º 12/93, de 22 de Abril. Embora, *in casu*, não esteja verdadeiramente em causa uma deslegalização, por força do disposto n.º 5 do artigo 112.º da Constituição da República Portuguesa, ela estaria sempre vedada, tratando-se de matérias sujeitas ao princípio da reserva de lei e que constitucionalmente não podem ser reguladas senão por via de uma lei ou, no limite, por meio de um decreto-lei autorizado, devendo nestes casos ser reputados de inconstitucionais eventuais fenómenos de deslegalização.

4. A conclusão geral do presente estudo é a de que o Despacho n.º 14341/2013, de 6 de Novembro, é inválido e juridicamente nulo, e que a extração de órgãos, se realizada nos termos do referido despacho, é ilícita.