

UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
FACULDADE DE DIREITO  
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

# **Regime dos Transplantes: um caso de Limitação (I)legal dos Direitos Da Personalidade**

ANA LOPES CHAVES

Dissertação apresentada no âmbito do  
2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de  
Direito da Universidade de Coimbra.  
Área de Especialização: Ciências Jurídico-Civilísticas  
Menção: Direito Civil  
Orientador: Mestre Maria Manuel Veloso Gomes

Coimbra  
*Outubro 2013*

## AGRADECIMENTOS

Embora uma tese se defina como um trabalho individual e bastante solitário há contributos de natureza diversa que não podem e não devem deixar de ser realçados.

Assim sendo, agradeço antes de mais e acima de tudo, aos meus pais. Sem eles a realização deste objectivo não seria, de todo, possível. Agradeço-lhes ainda, embora por vezes não o expresse, todos os ensinamentos de vida e todas as oportunidades que me foram proporcionando. Espero ser capaz de retribuir e compensar todo o carinho, apoio e dedicação que, constantemente, me oferecem. A eles, dedico todo este trabalho.

Ao meu irmão, pela tão necessária distração, e aos meus queridos avós (incluindo os que já não se encontram entre nós) por toda a confiança e carinho em mim depositados.

Aos meus amigos, que, por correr o risco de me esquecer, injustamente, de algum, não me atrevo a nomear. Agradeço-lhes todo o apoio, todas as palavras de incentivo e peço desculpa pelas minhas constantes ausências neste período.

Aos meus colegas de curso, pelo constante debate de ideias e por toda a ajuda oferecida e prestada.

Ao Rodrigo que foi quem mais penou com o tempo dispensado à tese.

À minha orientadora, Mestre Maria Manuel Veloso, sou grata antes de mais por ter aceite a minha orientação. Agradeço ainda os conhecimentos partilhados e a disponibilidade, assim como as críticas, correcções e sugestões sempre construtivas.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que foi a minha segunda casa nos últimos anos e a todos os seus Professores (que mais uma vez não me atrevo a individualizar, uma vez que sempre que solicitei ajuda a qualquer deles, nunca me foi negada) e funcionários. Agradeço ainda e, especialmente, à Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, à Sala de Leitura, à Sala de Revistas, à Sala dos Institutos e a todos os seus funcionários, que sem excepção, foram sempre de uma enorme prestabilidade comigo e, sem dúvida, uma companhia nas horas solitárias de investigação.

À Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra e à Biblioteca da Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra, que sempre colocaram à minha disposição todos os livros que necessitei consultar.

Ao Pe. Florentino Pereira por toda a fé em mim depositada. Agradeço ainda todo o interesse que sempre demonstrou no tema e todas as referências bibliográficas que me foi indicando. Mas acima de tudo, agradeço-lhe a amizade.

Agradeço ainda a toda a gente do escritório em que realizo o meu estágio de advocacia (Dra. Sandra, Dr. Duarte, Dra. Elsa, Dr. Etelvino, Luís, Sílvia, Mónica, Bruno), mas, acima de tudo ao meu patrono, Dr. José Condesso. Agradeço-lhes a compreensão pelas ausências prolongadas, o incentivo e todo o interesse demonstrado pelo meu trabalho. Um enorme obrigado também ao Dr. Jorge Jardim.

O espaço limitado desta secção de agradecimentos, seguramente, não me permite agradecer, como devia, a todas as pessoas que, ao longo do Mestrado me ajudaram, directa ou indirectamente, a cumprir os meus objectivos e a realizar mais esta etapa da minha formação académica. Desta forma, deixei apenas algumas palavras de um sentido e profundo agradecimento, esperando que todas aqueles que, injustamente, me esqueci, me perdoem a falha.

### *Para Além da Curva da Estrada*

Para além da curva da estrada  
Talvez haja um poço, e talvez um castelo,  
E talvez apenas a continuação da estrada.  
Não sei nem pergunto.  
Enquanto vou na estrada antes da curva  
Só olho para a estrada antes da curva,  
Porque não posso ver senão a estrada antes da curva.  
De nada me serviria estar olhando para outro lado  
E para aquilo que não vejo.  
Importemo-nos apenas com o lugar onde estamos.  
Há beleza bastante em estar aqui e não noutra parte qualquer.  
Se há alguém para além da curva da estrada,  
Esses que se preocupem com o que há para além da curva da estrada.  
Essa é que é a estrada para eles.  
Se nós tivermos que chegar lá, quando lá chegarmos saberemos.  
Por ora só sabemos que lá não estamos.  
Aqui há só a estrada antes da curva, e antes da curva  
Há a estrada sem curva nenhuma.

**Alberto Caeiro**, em "Poemas Inconjuntos"

## SIGLAS E ABREVIATURAS

AAFDL	–	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
Ac.	–	Acórdão
Al.	–	Alínea
<i>Apud</i>	–	Citado por
Art.	–	Artigo
Arts.	–	Artigos
BFDUC	–	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BGB	–	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão)
B.j.	–	Bem jurídico
BMJ	–	Boletim do Ministério da Justiça
Cap.	–	Capítulo
CC	–	Código Civil
Cfr.	–	Conferir
Coord.	–	Coordenação
CP	–	Código Penal
CPC	–	Código de Processo Civil
CRP	–	Constituição da República Portuguesa
Ex.	–	Exemplo
FDUC	–	Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
FDUL	–	Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
FDUP	–	Faculdade de Direito da Universidade do Porto
Nº	–	Número
O.j.	–	Ordem jurídica
Org.	–	Organizador
Pág.	–	Página
ROA	–	Revista da Ordem dos Advogados
Ss.	–	Seguintes
TC	–	Tribunal Constitucional
Trad.	–	Tradução
UNL	–	Universidade Nova de Lisboa
<i>V.g.</i>	–	<i>Verbia gratia</i>
<i>V.</i>	–	<i>Vide</i>
Vol.	–	Volume

## INDÍCE

<b>Introdução</b> .....	8
<b>Cap. I – Os Direitos de Personalidade e os Princípios Bioéticos em Causa nos Transplantes</b> .....	10
<b>1.1. Aspectos Gerais dos Direitos de Personalidade</b> .....	11
<b>1.1.1. A Personalidade Jurídica</b> .....	11
<b>1.1.2. Direitos da Personalidade – Terminologia e Consagração Legal</b> .....	12
<b>1.1.3. Características dos Direitos de Personalidade</b> .....	17
<b>1.1.4. Meios de tutela da personalidade</b> .....	18
<b>1.1.5. A tutela <i>post mortem</i> da personalidade</b> .....	21
<b>1.1.6. Direitos de personalidade em causa nos transplantes</b> .....	24
<b>1.2. A Bioética</b> .....	27
<b>1.2.1. Origens e Noção</b> .....	27
<b>1.2.2. Princípios Bioéticos</b> .....	31
<b>1.2.3. Bioética e transplante de órgãos</b> .....	32
<b>Cap. II - Transplantes – Generalidades</b> .....	34
<b>2.1. Evolução Histórica</b> .....	34
<b>2.2. Noção de Transplante</b> .....	36
<b>2.3. Espécies de Transplantes</b> .....	38
<b>2.4. Classificação do acto de transplantação</b> .....	41
<b>2.5. Interesses conflitantes nos transplantes</b> .....	43
<b>2.6. Regulamentação dos Transplantes em Portugal</b> .....	45
<b>Cap. III - Transplantes Entre Vivos</b> .....	49
<b>3.1. Requisitos do Transplante <i>Inter Vivos</i></b> .....	49
<b>3.1.1. Requisitos do Consentimento</b> .....	54
<b>3.1.2. Consentimento de Menores</b> .....	57
<b>Cap. IV - Transplantes <i>Post-Mortem</i></b> .....	62

4.1. Conceito de Morte .....	63
4.2. Natureza Jurídica do Cadáver .....	67
4.3. Modelos Jurídicos da Colheita de Órgãos em Cadáveres para Transplante .....	70
4.4. Direito Comparado .....	73
4.5. Análise da Lei Nacional sobre o Tema .....	76
<b>Cap. V - A Limitação Voluntária dos Direitos de Personalidade .....</b>	<b>84</b>
5.1. Requisitos para a válida limitação voluntária dos direitos de personalidade .....	85
5.2. Espécie de Acto Jurídico .....	90
5.3. O Regime do Art. 81º/2 do Código Civil.....	91
5.4. Danos Indemnizáveis pela Revogação nos termos do art. 81º/2 .....	95
<b>Cap. VI - Os Transplantes como um caso de limitação (i)legal dos Direitos de Personalidade .....</b>	<b>97</b>
6.1. Regime dos Transplantes <i>Inter Vivos</i> : Limitação Legal aos Direitos de Personalidade .....	97
6.1.1. Inaplicabilidade do art. 81º/2, <i>in fine</i> do Código Civil .....	100
6.2. O Regime dos Transplantes <i>Post Mortem</i> : Limitação Ilegal aos Direitos de Personalidade .....	103
<b>Considerações Finais .....</b>	<b>112</b>
<b>Referências Bibliográficas .....</b>	<b>114</b>
<b>Sites Consultados .....</b>	<b>126</b>

## INTRODUÇÃO

Na presente dissertação, como culminar do 2º ano do Mestrado Científico em ciências jurídico-civilísticas, propomo-nos falar sobre um dos muitos aspectos que o tema dos transplantes levanta: a limitação dos direitos de personalidade e as consequências daí decorrentes.

É legítima a pergunta do porquê da escolha deste tema. Mas para isso temos que retroceder ao último ano da licenciatura e à cadeira de Medicina Legal então leccionada. Foi aí que ficámos a saber o recorte geral da lei dos transplantes, designadamente: o facto de todos nós, ali naquela sala, sermos dadores, se nada tivéssemos expressado em sentido contrário. Ou seja, todos éramos dadores e a maior parte de nós não o sabia. Quem sempre quis ser dador não alterou essa posição. Todavia, não deixámos de reflectir sobre a situação: qual a razão para o desconhecimento do sentido da lei? Após conversas com inúmeras pessoas, fomos nos apercebendo que a maioria (esmagadora) das pessoas também desconhecia o sentido da lei. E, as que conheciam, por vezes, não o era pelas melhores razões. Recordamos o testemunho de uma pessoa que disse ter vivenciado o caso de um familiar que sofreu um grave acidente de viação e perante a cessação irreversível das funções do tronco cerebral e a sua não oposição junto do REENDA, aparecia como potencial dador *post mortem* de órgãos. E foi através deste acontecimento trágico que ficou a saber o sentido da lei.

No 1º ano de Mestrado, na cadeira de Direito Civil, realizámos um trabalho sobre a solução de dissentimento (que vigora nos âmbito dos transplantes *post mortem*) e o regime dos direitos de personalidade do defunto. Todavia, temos noção que muita coisa ficou por dizer e muita coisa por investigar a abordar – designadamente o regime dos transplantes entre vivos.

Daí que a escolha do tema da dissertação tenha ficado também pelos transplantes, de forma a continuar com o trabalho já iniciado.

Os transplantes de órgãos constituem um tema-fronteira, uma vez que podem ser tratados em várias áreas (medicina, direito, ética, filosofia, teologia, etc.) e dentro do direito, a propósito de vários ramos (direito civil, direito constitucional, direito médico, direito penal, etc).



Decidimos privilegiar, e fundar as bases do nosso estudo nos direitos da personalidade e na bioética<sup>1</sup>. Entendemos que não é possível falar de transplantes e não falar de direitos da personalidade e de ética. Ou melhor, de bioética. O acto de transplantação, em si, à partida, é altamente ético. Aliás, queremos desde já referir que a ideia dos transplantes, é lícita, residindo o seu fundamento na sua adequação social<sup>2</sup>, sendo utilizado para a cura ou o sofrimento de outras pessoas ou para o avanço do conhecimento humano. Todavia, entendemos que a lei portuguesa que regula a matéria – designadamente a Lei nº 12/93, de 22 de Abril – quanto a alguns aspectos e, no que aos transplantes provenientes de dador cadáver diz respeito, deixa algo a desejar. É preciso garantir o respeito das determinações do dador e a consciência de que o seu consentimento ou não oposição teve por base uma efectiva informação. Em poucos domínios das relações sociais como neste, o “ético” andarà tão de mãos dadas com o “legal”.

Posteriormente, caracterizaremos os transplantes em geral (sobretudo, para dar conta de alguns conceitos que entendemos relevantes), e depois, de forma mais pormenorizada, o regime específico, quer dos transplantes entre vivos, quer dos transplantes provenientes de dador cadáver, fazendo a respectiva e necessária análise da legislação relevante.

Tendo em conta que o nosso objectivo é comparar o regime dos transplantes entre vivos com o regime dos transplantes *post mortem* no que à sua concordância com a limitação voluntária dos direitos da personalidade diz respeito, antes de fazermos a almejada comparação, no capítulo final, iremos caracterizar o regime geral desta limitação, que encontra o seu centro gravitacional no art. 81º do CC. É este o percurso que nos propomos a fazer.

---

<sup>1</sup>Todavia, não raras vezes, iremos fazer breves incursões ao campo penal, ou não fosse este um dos mais temas que mais contacta, directa ou indirectamente, com o direito penal. No entanto, fá-lo-emos de forma muito simplista, pois não temos nem as bases, nem a disponibilidade de tempo, para aprofundar a matéria como seria desejável.

<sup>2</sup> LIMA, Madalena, *Transplantes – Relevância Jurídico-Penal (Legislação actual)*, Livraria Almedina, 1996, Coimbra, pág. 17

## OS DIREITOS DE PERSONALIDADE E OS PRINCÍPIOS BIOÉTICOS EM CAUSA NOS TRANSPLANTES

Os transplantes relacionam-se necessariamente com os direitos da personalidade, quer do dador, quer do receptor. Relativamente ao primeiro, são estes, fundamentalmente: o direito à vida, à integridade física, à livre disposição do seu corpo durante a vida e depois da morte<sup>3</sup>. Não podemos também esquecer a autonomia individual do sujeito e a necessidade do seu consentimento. Quanto ao receptor, surgem, à cabeça, o direito à saúde, mas também o direito de recusar tratamento.

Também não podemos deixar de falar na bioética e no crescente contributo que ela vai tendo para a análise e solução de alguns dos problemas que vão pautando o vasto tema dos transplantes – designadamente, quanto à exigência do consentimento.

Aliás, nas várias leituras efectuadas sobre o tema dos transplantes, um aspecto que nos apercebemos foi o seguinte: os transplantes (quer entre vivos, quer *mortis causa*), na grande maioria das vezes, ou são tratados a propósito dos direitos de personalidade, ou são tratados a propósito de reflexões bioéticas.

Assim, por uma questão de sistematização, teríamos que falar destes dois temas. Todavia, materialmente, estes dois temas são também importantes: os transplantes são um campo que se relaciona com a pessoa, e portanto, com os direitos da personalidade e com a bioética. E por sua vez, estes dois campos estão ligados entre si: a bioética mais não visa do que a protecção da dignidade da pessoa humana e, portanto, dos direitos da personalidade, como teremos oportunidade de constatar<sup>4</sup>. E a bioética deve funcionar como conteúdo e limite dos direitos da personalidade<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Existem já autores que vão falando no direito ao transplante de órgãos e tecidos como um direito da personalidade – v. KRSTINS, Rosana Guida, *Direito ao Transplante de órgãos e tecidos como um direito da personalidade*, Dissertação de Mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, São Paulo, disponível em <http://www.sapientia.pucsp.br>, consultado a 7/02/2013.

<sup>4</sup> Nuno Oliveira considera que “o direito civil pode readquirir a sua posição no centro do sistema jurídico português [posição que considera perdida actualmente para o direito constitucional] (...) regulando de uma forma mais adequada e completa os direitos da personalidade” e tal só será possível “se contiver os princípios gerais da regulação jurídica da bioética”, à semelhança do que acontece com os códigos civis de França, do Brasil e do Québec. (OLIVEIRA, Nuno Pinto, “Direitos de Personalidade: Contributo para a Revisão das Disposições do Código Civil Português”, em *Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Edic. Especial “Código Civil Português – Evolução e Perspectivas Actuais”, 2008, Almedina, pág. 209-212).

<sup>5</sup> “Ao primado dos direitos do sujeito, contraponho o primado da ética” (CAMPOS, Diogo Leite de, “O Direito e os Direitos da Personalidade”, em *ROA*, Ano 53, 1993, Lisboa, pág. 221).

## 1.1. Aspectos Gerais dos Direitos de Personalidade

Quando falamos em direitos da personalidade o primeiro pensamento que temos é o ser humano<sup>6</sup>. Os Direitos da Personalidade são assim “um conjunto de direitos subjectivos que incidem sobre a própria pessoa ou sobre algum dos fundamentais modos de ser, físicos ou morais, dessa pessoa, e que lhe são, portanto, inerentes – são direitos das pessoas que tutelam bens ou interesses da sua própria personalidade”<sup>7</sup>. O seu regime comum encontra-se no Código Civil, nos arts. 70º a 81º. Contudo, os direitos de personalidade beneficiam ainda de protecção constitucional: atente-se nos art.s 24º e ss e nos arts. 64º e 66º, todos da Constituição da República Portuguesa, onde, entre os direitos fundamentais são consagrados verdadeiros direitos de personalidade. Também, não se esqueça a este propósito os Textos Internacionais e de Direito Europeu<sup>8</sup>.

### 1.1.1. A Personalidade Jurídica

Ao percorrermos este tema, temos que ter presente a personalidade jurídica, regulada nos art. 66º a 69º do CC, pois é com esta que a pessoa fica investida nos direitos da personalidade. Temos que então que saber quem tem personalidade jurídica para assim concluirmos quem tem direitos de personalidade.

A personalidade jurídica consiste na susceptibilidade/aptidão de se ser titular autónomo de direitos e obrigações, ou de relações ou de situações jurídicas. É uma consequência da constatação pelo direito da qualidade de se ser pessoa humana e como tal é reconhecida às pessoas singulares, nos termos do art. 66º, nº 1 do CC<sup>9</sup>.

Sem entrarmos em grandes análises, diremos que a personalidade “adquire-se no momento do nascimento completo e com vida” (art. 66º do CC)<sup>10-11</sup>, dependendo os

---

<sup>6</sup> Os direitos da personalidade encontram o seu fundamento último na eminente dignidade da pessoa (art. 1º CRP) – v. ANTUNES, Ana F. M., *Comentário aos artigos 70º a 81 do Código Civil (Direitos de Personalidade)*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, pág. 13.

<sup>7</sup> PINTO, Paulo Mota, “O direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada”, em *BFDUC*, Vol. LXIX, Coimbra, 1993, pág. 482.

<sup>8</sup> A título de exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina.

<sup>9</sup> Aliás, “a personalidade é uma qualidade: a qualidade de ser pessoa” – VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2006, pág. 5. Paulo Mota Pinto entende que “logo que haja e enquanto haja personalidade humana, tem de haver personalidade jurídica, não se admitindo um desfasamento ou assincronia entre a personalidade humana e a personalidade jurídica” – PINTO, Paulo Mota, “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”, em *Portugal-Brasil Ano 2000, Studia Iurica*, 40, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1999, Coimbra, pág. 165 (48).

<sup>10</sup> Não se exige o nascimento com figura humana, ao invés do que acontecia no Código de Seabra, nos arts. 110º e 1176º, §único (e actualmente no art. 30º do Código Civil Espanhol). Assim, o feto prematuro, que em razão da prematuridade não tenha configuração humana, desde que nasça vivo, adquire personalidade jurídica – neste sentido, SOUSA, R. Capelo de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Coimbra Editora, 2003, pág. 264.

direitos que a lei reconhece aos nascituros do seu nascimento. Há nascimento completo no momento da separação plena ou total do filho relativamente ao corpo materno. Haverá nascimento com vida quando, após aquela separação, o nascido respirar ou manifestar outros sinais de presença de vida (ex. pulsações do coração). Existem processos médicos que permitem determinar se o recém-nascido respirou ou não após o parto, bastando uma só respiração para a aquisição de personalidade jurídica<sup>12</sup>.

Já o termo da personalidade jurídica ocorre com a morte, segundo o art. 68º do CC<sup>13</sup>. E só com ela<sup>14</sup>. A Lei nº 141/99, de 28 de Agosto rege a verificação da morte das pessoas<sup>15</sup>.

### 1.1.2. Direitos da Personalidade – Terminologia e Consagração Legal

A primeira consequência da personalidade é a titularidade de direitos de personalidade<sup>16</sup>. Estes estão expressamente consagrados na Constituição da República Portuguesa<sup>17</sup> e no Código Civil (sendo aqui que encontram o seu campo mais

---

<sup>11</sup> Todavia, há autores que entendem que a ideia de fazer depender o começo da personalidade jurídica com o nascimento é insustentável, pois a criança concebida é já um ser humano, e como tal o reconhecimento da personalidade haveria de se operar com a concepção (V.g. TORRES, António Pinheiro, *Acerca dos Direitos de Personalidade*, Editora Rei dos Livros, 2000, pág. 26; VASCONCELOS, Pedro Pais de, *ob. cit.*, pág. 115-118: o autor entende que há personalidade jurídica nos concebidos não nascidos. O que pode estar limitado ou condicionado pelo nascimento é a capacidade de gozo do nascituro; também, ASCENSÃO, J. de Oliveira, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. I, 2ª Edição, Coimbra Editora, pág. 50-55). Nuno Oliveira propõe o aditamento de um novo nº 1 ao art. 71º, com a função de proteger a pessoa humana antes do nascimento, tendo em conta que a vida humana intra-uterina é um b.j. constitucionalmente protegido (ver acórdãos do TC nºs. 25/84, 85/85 e 288/98), e como tal a sua positivação seria “uma adequada concretização do direito constitucional” – V. OLIVEIRA, Nuno Pinto, *ob. cit.*, pág. 214-215.

<sup>12</sup> Logo, o nado-morto não obtém personalidade jurídica. Contudo, não se exige prazo de garantia da viabilidade de sobrevivência pós-parto, ao contrário do que acontece no art. 30º do Código Civil espanhol que impõe a sobrevivência do feto 24 horas inteiramente desprendido do ventre materno.

<sup>13</sup> Apenas a morte natural ou física e já não a presumida (V. SOUSA, R. Capelo de, *ob. cit.*, pág. 284).

<sup>14</sup> No passado, admitiam-se outras hipóteses, como por exemplo, a redução à escravidão. “Mais recentemente, encontramos a morte civil” (pela condenação a penas longas de prisão ou pelo ingresso numa ordem religiosa). No entanto, como refere Oliveira Ascensão “nunca poderiam ser causas de perda de personalidade, mas tão só de cessação de situações civis e de capacidade neste domínio” – ASCENSÃO, J. Oliveira de, *ob. cit.*, pág. 55

<sup>15</sup> Analisaremos melhor este diploma quando tratarmos do conceito de morte.

<sup>16</sup> Personalidade e Direitos da personalidade são, portanto, figuras diferentes: a personalidade será a susceptibilidade de se ser titular de direitos e obrigações jurídicas, enquanto que os direitos da personalidade são os próprios direitos e obrigações jurídicas de que a pessoa é titular. Estamos, portanto, perante direitos subjectivos. Daí que a personalidade seja a “pré-condição deles, ou seja o seu fundamento e pressuposto” – V. neste sentido, CUPIS, Adriano de, *Os Direitos da Personalidade*, Trad. de Adriano Vera Jardim e António Miguel Caeiro, Morais Editora, 1961, Lisboa, pág. 13.

<sup>17</sup> Não se pode negar que a pessoa humana, em todos os seus atributos e faculdades é resguardada pela Constituição, através dos direitos fundamentais (que visam proteger o indivíduo essencialmente em relação ao direito público, contra as arbitrariedades do Estado). João Loureiro, apesar de rejeitar esta separação que reserva a expressão direitos fundamentais para o Direito Constitucional e a fórmula direitos de personalidade para o Direito Civil, esclarece que os direitos de personalidade (classificação civilística) são direitos fundamentais (classificação constitucional), embora nem todos os direitos fundamentais sejam direitos de personalidade (mas apenas aqueles que se referem à pessoa humana). - LOUREIRO, João, “Transplantações: um olhar constitucional”, *Argumentum* 9, Coimbra Editora, 1995, pág. 12 e 13; Gomes Canotilho, a este propósito refere que “Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como *direito à pessoa ser e à pessoa devir*, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa” (CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito*

apropriado). Apesar de o Código não os definir<sup>18</sup> são direitos próprios da pessoa, direitos que decorrem da condição humana e que protegem o que é próprio da pessoa (como o direito à vida, à integridade física e psíquica, o direito ao próprio corpo, o direito à intimidade, o direito à privacidade, o direito à liberdade, à honra, à imagem, ao nome, etc...) <sup>19</sup>.

O respeito pelos direitos de personalidade está consagrado, de modo geral, no art. 70º do CC, ao proclamar “A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”. No artigo 71º está prevista a protecção dos direitos de personalidade depois da morte do respectivo titular.

Existe controvérsia quanto à existência de um direito geral da personalidade, referente à personalidade no seu todo ou de particulares direitos da personalidade, incidindo cada um sobre um particular aspecto da personalidade<sup>20</sup>.

Na Alemanha, após a entrada em vigor do BGB e até à Constituição da República Federal de 1949, era negada a existência de um direito geral de personalidade, apenas se admitindo especiais direitos subjectivos da personalidade (direito ao nome, à imagem e à autoria moral)<sup>21</sup>. Porém, com o fim da II Guerra Mundial, a Constituição Alemã veio a consagrar este direito geral da personalidade através do “reconhecimento da existência de invioláveis e inalienáveis direitos do homem, como fundamento de qualquer comunidade humana”<sup>22</sup>, tendo-se tornado claro que não era possível ao Estado positivar todas as situações em que poderiam ocorrer violações do direito de personalidade. Não bastava assim um “alargamento dos direitos especiais de personalidade”, mas acima de

---

*Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Almedina, 2003, pág. 396) e MORAES, Guilherme Braga Peña de, *Apud* CATÃO, Marconi do Ó, *Biodireito: Transplantes de órgãos humanos e direitos de personalidade*, Madras Editora, Lda, São Paulo, 2004, pág. 52.

<sup>18</sup> Ao contrário do que fazia o Código de Seabra, através da denominação “direitos originários” (art. 359º): “Dizem-se direitos originários os que resultam da própria natureza do homem, e que a lei civil reconhece, e protege como fonte e origem de todos os outros.”

<sup>19</sup> Todavia, alguns autores acham inconcebível a existência de direitos da personalidade, pelo facto de, segundo eles, ser inconcebível admitir-se alguém que tenha direitos cujo objecto é a própria pessoa – *ius in se ipsum* (ex. SAVIGNY *Apud* CAMPOS, Diogo Leite, “Lições de Direitos da personalidade”, em *Separata do vol. LXVI do BFDUC*, 2ª Edição, Coimbra, 1995, pág. 50)

<sup>20</sup> Há, na verdade, três concepções possíveis sob a forma como se concebem os direitos da personalidade: a) existência de uma série taxativa de direitos, incidindo cada um sobre um particular aspecto da personalidade; b) existência de um direito geral da personalidade, referido à personalidade no seu todo e que exclui autónomos e específicos direitos de personalidade; existência de um direito geral de personalidade, que funciona como um direito matriz ou direito fundante, e de particulares direitos da personalidade, relativamente autónomos, que actuam como concretizações particulares da tutela da personalidade. (v. PINTO, Paulo Mota, “O Direito ao Livre...”, *cit.*, pág. 171 e 172). Há quem entenda que a adopção por uma ou outra opção deriva da filiação a uma de duas correntes jurídicas. Para os jusnaturalistas, os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana, pelo simples facto de ter nascido. Deste modo, preexistem ao próprio Estado, impondo-se a todas as formas de Direito por este criadas, sendo um limite à sua acção. Como tal, o ordenamento jurídico apenas tem que os reconhecer e não positivá-los. Já para os positivistas, os direitos da personalidade apenas podem ser assim reconhecidos depois de o sistema jurídico os positivar. Para esta corrente, todos os direitos subjectivos derivam da positivação pelo ordenamento jurídico. – V. KRASINS, Rosana Guida, *ob. cit.*, pág. 3-6.

<sup>21</sup> Estávamos perante o positivismo jurídico: corrente doutrinária alemã do final do sec. XIX.

<sup>22</sup> CATÃO, Marconi do Ó, *ob. cit.*, pág. 129.

tudo “a consagração de um direito geral de personalidade”<sup>23</sup>. Assim da conjugação do §1 da Grundgesetz (dignidade das pessoas) com o §2 (o livre desenvolvimento da personalidade) e com o §823 I do BGB (responsabilidade civil emergente da lesão, dolosa ou negligente, da vida, do corpo, da saúde, da liberdade, da propriedade ou de outro direito de uma pessoa), tínhamos a consagração, ao menos, implícita do direito geral de personalidade. O direito geral de personalidade interviria caso uma certa lesão não correspondesse a nenhum direito especial de personalidade<sup>24</sup>.

Actualmente, o sistema jurídico francês reconhece uma cláusula geral de personalidade no art. 6º do Código Civil Francês. Porém, até à reforma do Código em 1951, apenas se reconhecia uma série ampla de direitos isolados de personalidade.

Na Itália, o Código Civil de 1942 consagra uma série de especiais direitos da personalidade. Todavia, a doutrina e a jurisprudência, para além dos expressamente previstos, têm admitido uma série bastante ampla de especiais direitos da personalidade, apoiando-se, sobretudo, no art. 2º da Constituição da República Italiana de 1947, segundo o qual “a República reconhece e assegura os direitos invioláveis do homem, quer como individuo, quer dentro dos agrupamentos sociais em que projecta a sua personalidade”<sup>25</sup>.

No Brasil, a regulação dos direitos da personalidade encontrava-se sobretudo na Constituição (art. 5º da Constituição de 1988) até à promulgação do Código Civil de 2002<sup>26</sup>. Todavia, a partir do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, podia desenvolver-se “a compreensão, mesmo que implícita, da cláusula geral da tutela da personalidade”<sup>27</sup>. O Código Civil de 2002, por sua vez, divide a tutela da personalidade em duas grandes modalidades: o art. 12º cuida da tutela geral da personalidade, enquanto que os arts. 13º a 21º tipificam alguns direitos de personalidade.

---

<sup>23</sup> SOUSA, R. Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995, pág. 84.

<sup>24</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de, *ob. cit.*, pág. 61-62. Segundo o autor, o “direito geral de personalidade é, assim, um “direito-fonte” (*Quellrecht*), ou um “direito-quadro” (*Rahmenrecht*), do qual se irão separando novos direitos especiais logo que se forem tornando necessários”.

<sup>25</sup> Já De Cupis partilhava dessa ideia, dizendo que estivessemos nós no campo do direito público ou privado, o rol dos direitos de personalidade era apenas exemplificativo, nunca taxativo, já que uma lista completa dos direitos de personalidade é impossível - CUPIS, Adriano de, *ob. cit.*, pág. 26-27

<sup>26</sup> A protecção dos direitos de personalidade era feita através da tutela penal e de algumas leis extravagantes como, por exemplo, a Lei 5.479, de 10/08/1968 e depois pela Lei 9.434, de 04/02/1997, que tratam da remoção de órgãos, tecidos, e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. – SZANIAWSKI, Elimar, *Direitos de Personalidade e sua tutela*, 2ª edição rev., atualiz. e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, 2005, São Paulo, Brasil, pág. 177-178

<sup>27</sup> MELLO, Fernando Baptista, *O Dano À Pessoa Humana: os Direitos da Personalidade como objecto de Violação*, Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, em Ciências Jurídico-Civilísticas, FDUC, Coimbra, 2012, pág. 28.

Em Portugal, a lei e a doutrina, por influência da construção alemã, referem-se habitualmente a um direito subjectivo geral de personalidade (previsto no art. 70º CC)<sup>28</sup>, funcionando como uma espécie de “direito-quadro”, que “cobre uma série de normas de comportamentos, que têm de ser encontradas e aplicadas pela jurisprudência para protecção da pessoa”<sup>29</sup> e a vários direitos subjectivos especiais de personalidade (em preceitos avulsos da lei, designadamente, nos arts. 72º a 80º do CC, 24º a 27º, 34º 64º, nº 1 e 66º, nº1 da CRP). Além disso, a própria Constituição garante como marca essencial básica e fundamento de todo o Estado de Direito a dignidade da pessoa humana (art. 1º), o que permitirá a conclusão de que o direito geral da personalidade tem também carácter constitucional.

Ou seja, os direitos de personalidade tipificados não o são em *numerus clausus*. O catálogo está em permanente expansão, constituindo uma série aberta de vários aspectos da personalidade. À medida que a sociedade se torna mais aberta e as violações às pessoas proliferam (basta pensar em novos conhecimentos tecnológicos e científicos – como a genética - que exigem protecção jurídica). São apenas listas exemplificativas e reflectem dado momento histórico. Para além dos tipos enunciados, outros podem surgir) e têm surgido, quer na jurisprudência, quer na doutrina<sup>30</sup>, e os que são referidos correspondem apenas a casos especialmente exemplares e elucidativos; casos paradigmáticos de tutela da personalidade. Optando-se pela taxatividade dos direitos de personalidade já positivados, nenhum outro direito para além desses seria reconhecido, a não ser que a lei dispusesse a favor de um novo direito de personalidade. Ora, tal

---

<sup>28</sup> Orlando de Carvalho entende que é importante reconhecer um direito à personalidade no seu todo, para que possa ser um direito que abranja todas as manifestações previsíveis e imprevisíveis da personalidade humana. Só assim pode existir uma tutela suficiente do homem ante os riscos de violação que lhe oferece a sociedade contemporânea – V. CARVALHO, Orlando de *Teoria geral do Direito Civil, Sumários desenvolvidos para o uso dos alunos do 2º ano (1ª turma) do curso jurídico de 1980/81*, Centelha, Coimbra, 1981, pág. 90 e *Teoria geral do Direito Civil, em Teoria Geral do Direito Civil (coord. de FERNANDES, F. Liberal et. alli, Coimbra Editora, 3ª Edição, 2012, pág. 203*. Oliveira Ascensão, entende que, do art. 70º, nº 1 do CC deriva a generalidade da protecção, admitindo-se a existência de outros direitos de personalidade, além dos positivados na lei. Mas por outro lado também nos diz que os direitos de personalidade são absolutos. Em regra, os direitos absolutos (vigorando *erga omnes*), estão sujeitos ao *numerus clausus*. Todavia, conclui, os direitos de personalidade apesar de absolutos são atípicos e este regime excepcional justifica-se porque tutelam a pessoa. “E a pessoa, nos seus aspectos fundamentais (que são justamente o objecto destes direitos) é uma realidade que todos conhecem, porque se impõe por natureza ao conhecimento de todos”. - ASCENSÃO, J. de Oliveira, “Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade”, em *Revista da FDUL*, Vol. L, N.ºs 1 e 2, 2009, Coimbra Editora, pág. 21. Castro Mendes discorda da fórmula geral, defendendo a enumeração dos direitos de personalidade (MENDES, Castro, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, AAFDL, Lisboa, 1978, pág. 312). Também Cabral da Moncada entende que os direitos de personalidade, em si, são figuras anómalas, já que o homem apareceria como objecto de si mesmo o que é uma impossibilidade lógica; além disso o direito geral da personalidade seria um direito com desmesurada extensão e poria em causa a segurança jurídica de terceiros, uma vez que se tratam de direitos *erga omnes* (MONCADA, Cabral da, *Lições de Direito Civil*, 4ª Edição, Almedina, 1995).

<sup>29</sup> FIKENTSCHER *Apud* PINTO, Paulo Mota, “O Direito ao Livre...”, *cit.*, pág. 178.

<sup>30</sup> A título de exemplo, direito à vida, à integridade física, o direito às partes destacáveis do corpo humano, o direito ao cadáver, o direito à saúde, o direito à liberdade física e moral, o direito à honra, ao nome, ao título e ao sinal pessoal, o direito moral de autor, o direito sobre o conteúdo de cartas-missivas e outros escritos, o direito à imagem, direito a um ambiente de vida humano sadio e ecologicamente equilibrado - PINTO, Paulo Mota, “O Direito à Reserva...”, *cit.*, pág. 500 e ANTUNES, Ana F. M., *ob. cit.*, pág. 22

entendimento não se coaduna com a realidade, na medida em que a previsão daqueles direitos seria sempre insuficiente para proteger a dignidade da pessoa humana<sup>31</sup>.

Um direito geral de personalidade assim concebido levanta problemas de indefinição e de insegurança (associados à ideia de uma cláusula geral) e de delimitação prática<sup>32</sup>, até porque “a protecção de uma pessoa pode contender com o livre desenvolvimento (e a personalidade) de outra”<sup>33</sup>. Hubmann<sup>34</sup> avança com uma série de condições concretas que permitem limitar, praticamente, o direito geral de personalidade. Em primeiro lugar, a própria natureza do bem da personalidade, uma vez que é necessário conhecer qual o b.j. atingido, para se averiguar se houve lesão – “o que limita desde logo a invocação daquele direito”<sup>35</sup>.

Em segundo lugar, será necessário recorrer às exigências da vida em comum, posto que a lesão só será relevante quando exceda os limites da adequação social.

Por outro lado é necessário proceder a uma ponderação dos interesses em causa<sup>36</sup>. Basta pensarmos que em conflito podem estar direitos de personalidade diversos ou direitos de personalidade e direitos e liberdades fundamentais ou outros direitos de igual hierarquia. E este facto é bastante importante no tema que nos ocupa – os transplantes. É que como veremos nesta matéria, tanto nos transplantes entre vivos, como nos provenientes de dadores cadáveres há um conflito latente de interesses.

Finalmente, existe ainda o limite do consentimento do ofendido. Este consentimento é tal modo importante, que, verificando-se, pode determinar a inexistência de lesão ou a justificação dela. Ocupar-nos-emos dele infra.

---

<sup>31</sup> Na prática, sendo lesado um direito de personalidade, só recorremos ao direito geral de personalidade em última instância, para o caso de não existir um direito especial de personalidade reconhecido e delimitado pela o.j. que tutele a lesão *sub judice*. – V. PINTO, Paulo Mota, “O Direito ao Livre..”, cit., pág. 172 (nota 67).

<sup>32</sup> Sendo este problema normalmente tratado a propósito do juízo de ilicitude da lesão. Contudo, Orlando de Carvalho mesmo para saber se existe lesão entende que é necessário recorrer à ponderação dos interesses em causa - CARVALHO, Orlando de, em *Teoria geral do Direito Civil*, (coord. de FERNANDES, F. Liberal et. Alli), cit., pág. 204 e PINTO, Paulo Mota, “O Direito à Reserva...”, cit., pág. 496

<sup>33</sup> PINTO, Paulo Mota, “O Direito à Reserva...”, cit., pág. 496 e *Ibid*, “O Direito ao Livre..”, cit., pág. 177

<sup>34</sup> *Apud* CARVALHO, Orlando de, *ult. ob. cit.*, pág. 203 e ss.

<sup>35</sup> *Ibid*, pág. 203

<sup>36</sup> Segundo Orlando de Carvalho, tal ponderação ordena-se nos termos do art. 335º do CC. Esta ponderação obriga a um conhecimento de todas as circunstâncias do caso concreto e ao estabelecimento de relações de preferência entre os interesses em jogo. – *ibidem*, pág. 204. Paulo Mota Pinto, seguindo também de perto Orlando de Carvalho avança: “Não sendo os bens conflitantes harmonizáveis em concreto sem prejuízo para qualquer dos interesses, terão de ser consideradas todas as circunstâncias do caso, mobilizando-as numa valoração segundo elementos tanto quanto possível objectivos”, como, por ex., a regra geral da prevalência dos interesses pessoais em relação aos puramente patrimoniais, a antiguidade do direito, a proporcionalidade. Pode chegar-se à eliminação do conflito através da “demonstração da maior frequência, maior intensidade ou prioridade dos interesses, ou, ainda pela avaliação de factores atinentes ao comportamento do agente e do lesado. Se o conflito subsistir, deverá então ser resolvido pela tentativa de optimização dos valores em causa, o que postulará o recurso ao meio que globalmente menos gravame provoque e poderá mesmo levar à equiparação dos bens em conflito” - PINTO, Paulo Mota, “O Direito à Reserva...”, cit., pág. 497-498.



### 1.1.3. Características dos Direitos de Personalidade

Refira-se muito rápida e sucintamente as características dos direitos de personalidade. Constituem, em primeiro lugar, direitos pessoais ou extrapatrimoniais, por compreenderem valores não redutíveis pecuniariamente<sup>37</sup>. E por serem extrapatrimoniais são também impenhoráveis<sup>38</sup>.

Pressupõe a inalienabilidade e intransmissibilidade porque não podem ser vendidos ou doados a outras pessoas, não havendo aquisição ou extinção de direitos de personalidade por meio de negócios jurídicos, mas apenas pelo nascimento e pela morte, respectivamente. Nessa medida, não se transmitem nem com a morte da pessoa, por sucessão, embora continuem a ser protegidos pelo ordenamento. Ou seja, como inerentes que são à pessoa humana, são insusceptíveis de disposição por parte do seu titular.

São gerais, na medida em que se tratam de direitos de que são titulares todos os seres humanos, e absolutos ou de exclusão, pois geram para toda a colectividade o dever geral de abstenção, de não-intromissão nos direitos de personalidade de uma pessoa<sup>39</sup>. Todavia, “não são absolutos quanto ao seu conteúdo, pois estão vinculados às exigências de ordem moral que obrigam a colocá-los em relação com os direitos das demais pessoas, e com os imperativos do bem comum”<sup>40</sup>.

São inatos, pois ao nascer a pessoa adquire-os automaticamente não sendo exigido qualquer outro requisito, bastando o nascimento completo e com vida.

Detém, ainda, a característica da irrenunciabilidade: são, portanto, desprovidas de eficácia as declarações ou pactos de renúncia à titularidade dos direitos de personalidade<sup>41</sup>. A razão para irrenunciabilidade é a mesma da intransmissibilidade: o

---

<sup>37</sup> O que não impede que tenham reflexos patrimoniais (designadamente, quando fundamentam a responsabilidade civil). Também, é possível, dentro de certos limites, a celebração “de negócios patrimoniais de que resulte um aproveitamento económico de alguns direitos de personalidade” – v. ANTUNES, Ana F. M., *ob. cit.*, pág. 20.

<sup>38</sup> Todavia quando tais direitos se manifestem economicamente como os direitos autorais ou à imagem, os créditos gerados pelo uso de tais direitos podem ser objecto de penhora.

<sup>39</sup> Assim, numa relação que envolva direitos de personalidade, o sujeito activo fica investido do poder de exigir dos demais sujeitos um dever de abstenção (*non facere*) e excepcionalmente um dever de acção (*facere*). Como exemplos do dever de acção, podemos destacar o dever de os pais cuidarem dos filhos, imposto pelo art. 1878º do CC, o dever que recai sobre o médico de tratar, que lhe é imposto pela lei e pelo seu estatuto deontológico. No lado passivo das relações de personalidade estamos perante um verdadeiro dever jurídico e não uma sujeição, porquanto “os sujeitos passivos dessas relações têm a alternativa prática de poder optar entre uma conduta lícita, a de cumprirem o comando em causa, e outra ilícita, a de não cumprirem o referido comando, expondo-se neste último caso à aplicação das respectivas sanções legais”. E também não se tratam de “obrigações naturais, ou seja, fundadas num simples dever de ordem moral ou social cujo cumprimento não é juridicamente exigível, mas corresponde a um dever de justiça” – SOUSA, R. Capelo de, *O Direito...*, *cit.*, pág. 419-420

<sup>40</sup> CATÃO, Marconi do Ó, *ob. cit.*, pág. 133

<sup>41</sup> Pode, contudo, renunciar-se, observados determinados requisitos, ao seu exercício (v. art. 81º/1 do CC). Daí que se diga que os direitos de personalidade estão sujeitos a uma *autonomia negocial limitada* – v. ANTUNES, Ana F. M., *ob. cit.*, pág. 20.

facto de terem ligação íntima com a personalidade. Desta forma, os direitos da personalidade são direitos que permanecem na esfera do seu titular independentemente da sua vontade e, ainda que o queira, não os pode extinguir. E, também, da imprescritibilidade, porque não se extinguem pelo decurso do tempo, nem pelo não uso ou pela demora em defendê-lo judicialmente, não sendo possível o estabelecimento de prazos para o seu exercício. São, portanto, impossíveis de extinguir, mesmo que o seu titular não os utilize ou não os defenda. Aliás, há direitos da personalidade cujo objecto é de tal natureza que não é possível conceber a inércia do seu titular: por exemplo, o direito à vida é um direito que se supõe necessariamente o gozo, enquanto ela subsiste.

Paulo M. Pinto refere ainda que são direitos essenciais porque não podem deixar de existir, o que não acontece com qualquer dos outros direitos<sup>42</sup>.

Por outro lado, são direitos vitalícios na medida em que são direitos que estão permanentemente vinculados à pessoa do seu titular, e jamais se perdem, enquanto viver o seu titular.

#### **1.1.4. Meios de tutela da personalidade<sup>43</sup>**

Os direitos da personalidade têm uma tutela fortíssima matizada em diversos campos.

Desde logo, constituem um princípio de direito natural que se impõe ao legislador, mesmo ao constitucional; impõem-se ao juiz, aos juristas e a toda a gente. Vale mesmo que não conste das leis e das constituições e não obstante o que nelas esteja escrito em contrário<sup>44</sup>.

Existe ainda tutela constitucional, na defesa de direitos, liberdades e garantias, sancionando com inconstitucionalidade todos os actos e normas que lhes sejam contrários. Desta forma, impõe-se ao legislador ordinário na feitura das leis e tem

---

<sup>42</sup> PINTO, Paulo Mota, “O Direito à Reserva...”, cit., pág. 482

<sup>43</sup> Pais de Vasconcelos afirma que a tutela da personalidade tem uma vertente objectiva e uma vertente subjectiva, existindo assim um direito objectivo de personalidade e um direito subjectivo de personalidade. Há uma zona importante da tutela da personalidade que é livremente disponível pelo seu titular, estando o seu exercício e defesa na área da autonomia privada. Aliás, não pode ser retirada à própria pessoa do sujeito e reservada ao Estado a principal iniciativa e impulso da tutela da personalidade de cada um. Todavia, nem tudo o que informa a tutela da personalidade é disponível (nomeadamente, valores como a dignidade e a vida não podem ser licitamente prescindidos pelo titular). Assim, o respeito da personalidade e da dignidade humana constitui dever objectivo do Estado e de cada pessoa. Nestes termos, enquanto que a tutela objectiva consiste no dever geral de respeito do Estado e dos outros perante a sua pessoa, a tutela subjectiva da personalidade consiste no direito absoluto que cada um tem de defender a sua própria dignidade como pessoa. (V. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria...*, cit., pág. 39).

<sup>44</sup> Pais de Vasconcelos entende que é aqui que reside a grande diferença entre a personalidade singular e a personalidade colectiva. Aquela é supra legal, enquanto que esta é legal: o “Direito e a Lei não têm o poder de conceder ou recusar a personalidade às pessoa humanas, mas são o Direito e a Lei que constituem e excluem a personalidade colectiva” - VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de ...*, cit., pág. 5

aplicação directa sobre todas as pessoas (art. 18º da CRP), vinculando entidades públicas e privadas. Constituem ainda limite material de revisão da própria constituição (art.288º, al. d) da CRP).

Vigora ainda a tutela penal, havendo a tipificação como crimes das mais graves agressões à personalidade (ex. crimes contra a vida, contra a integridade física, a liberdade das pessoas, a honra, a reserva da vida privada, o respeito devido aos mortos). Esta tutela penal da personalidade revela a sua importância, não só estritamente pessoal, mas também social e comunitária dos valores a defender e a preservar. Não é só a vítima que está em causa, mas toda a comunidade a que pertence.

As ofensas a bens jurídicos da personalidade são ainda sancionadas, em termos criminais e contra-ordenacionais, em legislação extravagante (v. g. arts. 35º a 49º da Lei de Protecção de Dados Pessoais<sup>45</sup>, nos arts. 30º a 36º da Lei de Imprensa<sup>46</sup>). Também, e para o tema que nos ocupa, a disposição do próprio corpo – manifestada, essencialmente, através da colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana, regulada na Lei nº 12/93, de 22 de Abril, - não é ilimitada. Como veremos, se depois da morte, há possibilidade de dispor de todos os órgãos<sup>47</sup>, inclusive os vitais, durante a vida, só alguns órgãos se podem dispor, de forma a que não haja risco para a saúde e vida do dador (art. 6º, nº7 da Lei nº 12/93). Além disso, em qualquer transplantação terá que existir a gratuidade da doação, sendo proibida a respectiva comercialização (art. 5º Lei nº 12/93).

Existe ainda a tutela civil da personalidade no art. 70º do CC. A fórmula do art. 70º, nº 1 (“A lei protege os indivíduos<sup>48</sup> contra qualquer ofensa ilícita<sup>49</sup> ou ameaça de

---

<sup>45</sup> Lei nº 67/98, de 26 de Outubro.

<sup>46</sup> Lei nº 2/99, de 13 de Janeiro.

<sup>47</sup> E mesmo esta afirmação, não é correcta – há controvérsia, sobretudo a nível ético, sobre a disposição de órgãos genitais e do cérebro, por poderem pôr em causa a identidade da pessoa – neste sentido, v. MARCOS, Fermín García, “Aspectos éticos en transplante de órganos”, em *Cuadernos de Bioética*, Vol. XII, Nº 45, 2ª, 2001, pág. 260-261.

<sup>48</sup> Este termo (“indivíduo”) suscita a questão de saber se as pessoas colectivas estão abrangidas ou não pela tutela geral conferida pelo art. 70º do CC. No primeiro sentido, SOUSA, R. Capelo de, *O Direito...*, cit., pág. 594-603, PINTO, Paulo Mota, “O Direito à Reserva...”, cit., pág. 500-501 e ANTUNES, Ana F. M., *ob. cit.*, pág. 65-66. Em sentido contrário, por exemplo, VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de...*, cit., pág. 126. O mesmo termo suscita também a dúvida se a protecção se estende aos nascituros ou não. Ana F. M. Antunes, é da opinião que não obstante o disposto no art. 66º, nº1 do CC, os nascituros são pessoas humanas desde a concepção e como tal é-lhes extensível a protecção conferida pelo art. 70º do CC. No mesmo sentido, SOUSA, R. Capelo de, *ult. ob. cit.*, pág. 361-364 e CAMPOS, Diogo Leite de, “O Estatuto Jurídico do Nascituro”, em *ROA*, Ano 56, Vol. III, 1996, Lisboa, pág. 877-886 e VASCONCELOS, Pedro Pais de, *ult. ob. cit.*, pág. 104-118.

<sup>49</sup> Castro Mendes critica a utilização, no art. 70º do CC, do nominativo “ilícita” em relação à ameaça ou ofensa. Tal seria redundante (MENDES, Castro, *ob. cit.*, pág.312). Pais de Vasconcelos, por seu turno entende que a inclusão do qualificativo ilícito não é redundante, na medida em podem existir ameaças ou agressões à personalidade física e moral das pessoas lícitas (basta pensar na legítima defesa ou no estado de necessidade) e mesmo nesses casos pode resultar o dever de indemnizar, mas não por força do art. 70º - VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria...*, cit., pág. 46 e *Direito de ...*, cit., pág. 125. Por outro lado, há também quem entenda, designadamente, Oliveira Ascensão, que a tutela da personalidade não deve estar dependente da ilicitude da ofensa. O que importa é a necessidade de protecção da personalidade “seja ou não ilícita a actuação alheia”. Desta forma, o requisito da ilicitude seria

ofensa à sua personalidade física ou moral”), contém assim o princípio da generalidade da tutela da personalidade abrangendo as ameaças e agressões ilícitas a todo e qualquer direito de personalidade ainda que não especialmente previsto nos artigos 72º e ss. do CC. Não há, assim, nenhum direito de personalidade a que não se reconheça a protecção prevista no art. 70º do CC.

No art. 70º, nº 2 do CC, refere-se que “Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”. Existem, assim, três segmentos de protecção dos direitos de personalidade: “a responsabilidade civil, a tutela preventiva e a atenuação do possível”<sup>50</sup>.

A responsabilidade civil está regulada nos art. 483º e ss. do CC. Deve ser entendida como meio de reparação de um dano patrimonial ou não patrimonial originado, no caso, pela violação ilícita de um direito absoluto, como é um direito da personalidade. Como exemplos especiais de danos que podem ocorrer, por violação aos direitos da personalidade, destacamos o dano da morte, o dano à imagem, o dano ao (bom) nome, o dano à privacidade, o controvertido dano da vida (ou do nascimento), etc<sup>51</sup>.

As providências preventivas e atenuatórias “são autónomas e não dependem, portanto, de uma acção principal, como sucede com as providências cautelares”<sup>52</sup>. A escolha das providências é deixada à liberdade do juiz a quem forem requeridas. Mas não é uma liberdade discricionária. A letra da lei é expressa ao dizer que devem ser “adequadas”. Nestes termos, o juiz não deve exceder o que for suficiente, actuando com moderação, de modo a lesar ou perturbar o menos possível terceiros. Há-de encontrar-se uma solução proporcional entre a lesão e o incómodo a terceiros, e a eficácia necessária<sup>53</sup>.

---

necessário, por ex., para accionar a responsabilidade civil, nos termos gerais, mas já não para accionar os outros meios de tutela da privacidade – v. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Teoria..., cit.*, pág. 96, nota nº 103 e ANTUNES, Ana F. M., *ob. cit.*, pág. 64

<sup>50</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria..., cit.*, pág. 47 e *Direito de..., cit.*, pág. 127. O Autor entende que não se colocam todas no mesmo plano: de um lado há a responsabilidade civil, que tem como finalidade o ressarcimento, em termos patrimoniais dos danos sofridos pelas vítimas; do outro lado estarão remédios directos (uns preventivos, com os quais se pretende evitar que as ameaças se concretizem em ofensas) e os atenuantes que são destinados a actuar após a consumação ou o início da consumação, da ofensa e que na impossibilidade de a prevenir, se destinam a reduzir dentro do possível os efeitos da ofensa. Todos serão cumuláveis.

<sup>51</sup> Para alguns dos danos ver, MELLO, Fernando Baptista, *ob. cit.*, pág. 71 e ss. O autor fala ainda num curioso “dano por abandono efectivo” (dos pais perante os filhos) – *ibid.*, pág. 76-79.

<sup>52</sup> ANTUNES, Ana F. M., *ob. cit.*, pág. 71

<sup>53</sup> No anterior CPC, existia um processo especial, de jurisdição voluntária para o decretamento das providências, nos arts. 1474º e 1475º, marcado por objectivos de celeridade e simplicidade processual. O juiz decidia de acordo com a

As providências preventivas consistem quase sempre na imposição ou abstenção de certa conduta (v.g. da publicação de um escrito, na apreensão, restituição ou destruição de coisas, de fotografias, de escritos, etc.). Já as providências atenuantes, podem ir desde a destruição de registos (informáticos, de som, de imagem), à apreensão de obras literárias ou artísticas, ao encerramento de uma obra ou estabelecimento; podem passar pela destruição de instalações ruidosas ou emissoras de maus cheiros; a publicação de desmentidos ou retractações<sup>54</sup>. A tutela dos direitos de personalidade pode passar ainda pelo mecanismo de coerção previsto no art. 829º-A do CC (sanção pecuniária compulsória), desde que se verifiquem os requisitos gerais aí previstos<sup>55</sup>.

### 1.1.5. A tutela *post mortem* da personalidade

Como referido supra, com a morte da pessoa, cessam as suas actividades fisiológicas e extingue-se, nos termos do art. 68º do CC, a sua personalidade jurídica. Ou seja, os direitos da personalidade existem durante todo o ciclo de vida do seu titular e em consonância com o princípio *mors omni solvit* extinguir-se-ão com a exalação do último sopro vital.

Todavia, isso não impede que haja bens da personalidade física e moral do *de cuius* que continuam a perdurar no âmbito das relações jurídicas. O art. 71º, nº 1 do CC estabelece em fórmula ampla que os “direitos de personalidade gozam igualmente de protecção após a morte do respectivo titular”. Por exemplo, os direitos ao corpo ou a parte do mesmo, o direito a decidir sobre o destino do seu corpo, o direito à imagem, ao nome e o direito moral de autor subsistem post mortem ou mesmo *ad aeternum*<sup>56</sup>.

Todavia, impõe-se clarificar quem é o sujeito visado pela ofensa: se é ainda a pessoa falecida (estando, assim, em causa um direito do falecido, transmitido aos conviventes a título sucessório)<sup>57</sup>, ou se as pessoas elencadas no art. 71º, nº2 (tratando-

---

prova produzida e de acordo com critérios que, não eram de legalidade estrita, mas de adequação e conveniência. Com o novo CPC, aprovado pela Lei 41/2013, de 26 de Junho, continuamos perante um processo especial, agora designado por Tutela da Personalidade, regulado no art. 878º a 880º. A diferença mais significativa a nosso ver é o facto de depois de apresentado o requerimento, e ao contrário do que sucedia no anterior CPC (ao requerido era fornecido prazo para contestar e, só depois, se decidia), é o facto de se marcar logo audiência, sendo a contestação do requerido aí apresentada.

<sup>54</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de, *ult. ob. cit.*, pág. 128-131 e ANTUNES, Ana F. M., *ob. cit.*, pág. 71-72

<sup>55</sup> ANTUNES, Ana F. M., *ob. cit.*, pág. 73

<sup>56</sup> CATÃO, Marconi do Ó, *ob. cit.* pág. 137

<sup>57</sup>Neste sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, que entendem que esta protecção depois da morte é um desvio à regra de que a personalidade cessa com a morte – LIMA, Pires de e VARELA, Antunes (com a colaboração de M. Henrique Mesquita), *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, pág. 105. Também Oliveira Ascensão entende que em causa não está a violação da personalidade do familiar ou herdeiro, na medida em que não se exige qualquer demonstração de que a personalidade do requerente (familiar ou herdeiro) foi violada. O que se exige é a demonstração de que foi lesada a personalidade do falecido; “a legitimação conferida pelo 71º, nº2 não atribui ao

se de um *iure próprio* desses sujeitos, familiares do defunto, que vêem a sua própria personalidade atingida quando se ofende o *de cuius*)<sup>58</sup>.

Entendemos que este artigo consagra uma tutela geral da personalidade do defunto. Os direitos de personalidade das pessoas já falecidas respeitam a interesses próprios dessas pessoas em vida, a instintos, impulsos e aspirações concretas suas. Estes direitos do *de cuius* não se confundem com os interesses das pessoas a quem a lei

---

requerente a titularidade dos interesses em causa, mas uma mera legitimação processual”. Isto não significa que a personalidade não cesse com a morte. Ela cessa. A lei é expressa nesse sentido. No entanto, a protecção do valor pessoal prolonga-se ainda depois da morte (prolonga-se no que respeita ao cadáver, pois este é tutelado como emanção da pessoa e não como coisa, e prolonga-se, também, no que respeita ao espírito). O autor conclui, no entanto, que já não se pode falar em tutela de direitos de personalidade, mas sim na tutela da memória do falecido. E uma vez que apenas está em causa a memória dos mortos, a lei limita a protecção às providências cautelares, excluindo o direito de indemnização (porque não há lesão dum bem próprio dos requerentes). A letra da lei é clara nesse sentido ao restringir àquelas providências (ASCENSÃO, J. Oliveira, *Teoria..., cit.*, pág. 100-102). Capelo de Sousa, embora afirmando que a aptidão para se ser sujeito de relações jurídicas cessa com a morte, nos termos do art. 68º, nº1 do CC, entende que tal não impede que haja bens da personalidade física e moral do defunto que “perduram no mundo das relações jurídicas e como tais são autonomamente protegidos”. O Ilustre Professor entende que os bens da personalidade que continuam a ser protegidos serão desde logo o seu cadáver (que é no entender do autor um bem da personalidade abrangido pelo art. 71º CC e como tal objecto autónomo de relações jurídicas), as partes destacadas do seu corpo (partes destacadas *post-mortem*, que são lícitas quando realizadas para transplantação ou outros fins terapêuticos em determinado condicionalismo), da sua vontade objectivada, da sua identidade, da sua imagem, da sua honra e do seu bom nome e da sua vida privada. Capelo de Sousa entende que “mais que uma tutela de bens jurídicos, a nossa lei estabelece uma permanência genérica dos direitos de personalidade” após a morte do defunto, ao preceituar no art. 71º, nº1 do CC que os direitos de personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte. (SOUSA, R. Capelo de, *O Direito..., cit.*, pág. 189-192). O autor entende que a utilização da expressão “igualmente” pelo art. 71º, nº 1 sugere que as características dominantes da tutela geral da personalidade do art. 70º CC sejam aplicáveis na medida do possível à tutela da personalidade das pessoas falecidas. Albuquerque Matos (tratando do tema especificamente em relação às ofensas ao bom nome e ao crédito nos termos do 484º CC) entende que a legitimidade para a tutela das ofensas perpetradas ao falecido, só pode ser conferida a um círculo de familiares próximos do ofendido, pois ao tempo dos factos o *de cuius* já não terá personalidade jurídica (tutela mitigada). Todavia, o art. 71º, nº 1 garante protecção aos direitos de personalidade mesmo para além da morte, ainda que a regra geral seja a de que os direitos de personalidade cessam com a morte. Por isso, cuida que a tutela pelas ofensas dirigidas a pessoas já falecidas deve ser considerada na titularidade da pessoa falecida, transmitindo-se aos conviventes referidos no art. 71º, nº 2 a título sucessório, ao contrário do que sucede com o art. 496º, nº 2 onde entende que está em causa um direito próprio das pessoas nesse artigo elencadas. Acrescenta que, a tutela *post-mortem* dos direitos de personalidade não se confina à questão ressarcitória da responsabilidade civil, como sucede com o dano da morte, pois existem outros mecanismos para efectivar essa tutela. Além disso, o legislador não deixou qualquer margem para dúvidas ao estender a titularidade dos direitos de personalidade para além da morte – MATOS, F. Albuquerque, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao crédito ou ao bom nome*, Coleção Teses, Almedina, 2011, pág. 383-389). Desta opinião é também TORRES, António Pinheiro, *ob. cit.*, pág. 27 e CAMPOS, Diogo Leite, *“Licções de Direitos...”*, *cit.*, pág. 44-45.

<sup>58</sup> Deste entendimento é Mota Pinto (PINTO, C.A. Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2005, pág. 205). Também Pais de Vasconcelos, considera que a personalidade jurídica cessa com a morte, não constituindo o art. 71º qualquer indício de prolongamento da personalidade e da sua tutela para além da morte. No seu entender, a lei encontra-se mal redigida, o que pode dar azo a tal equívoco. No seu entender o art. 71º não tutela direitos de personalidade do defunto, mas antes e apenas os direitos dos seus familiares e herdeiros ao respeito pelo defunto. Para o autor não faz qualquer sentido reconhecer ou tutelar a personalidade dos mortos, na medida em que não a têm, mas sim de defender, no âmbito do direito subjectivo de personalidade, o direito que os vivos têm a que os seus familiares sejam respeitados. Ou seja, o autor é do entendimento que se trata de direitos de personalidade inscritos na esfera jurídica de pessoas vivas, apesar da redacção da lei. No seu entender, o que se protege no preceito é sim o “respeito pelos mortos, como valor ético, e subjectivamente a defesa da inviolabilidade moral dos seus familiares e herdeiros”. Este é um dos artigos da tutela da personalidade (juntamente com os arts. 70º e 81º) em que no seu entender, “há uma simbiose do direito objectivo e do direito subjectivo de personalidade”. O respeito pelos mortos constituiria a dimensão objectiva e o direito subjectivo de personalidade estaria na titularidade das pessoas vivas, familiares e herdeiros do falecido. (VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria..., cit.*, pág. 51 e *Direito..., cit.*, pág. 120-121). V. também, ANTUNES, Ana F. M., *ob. cit.*, pág. 147. Também o Ac. do TC nº 130/88, de 8 de Junho (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)) foi do entendimento que “a tutela do art. 71º, nº1 é uma protecção de interesses e direitos de pessoas vivas (as indicadas no nº 2 do mesmo artigo) que seriam afectadas por actos ofensivos da memória (da integridade moral) do falecido” e HÖRSTER, Henrich, *A parte geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, 5ª Reimpressão, Almedina, 2009, pág. 261 e 302.

atribui capacidade para os exercer, por deterem uma especial relação com o morto e os seus valores. As pessoas do nº 2 do art. 71º podem não ser lesadas pessoalmente com certas ofensas à personalidade do defunto, e, por isso mesmo, o legislador estabeleceu a regra da solidariedade activa na defesa de tais direitos, de modo a existir o maior número de pessoas com legitimidade para assegurar a tutela do bem jurídico da personalidade do falecido<sup>59</sup>. A personalidade do defunto embora só ganhe relevo através da memorização que dela é feita pelos sobreviventes, não se confunde com tal reconhecimento.

É óbvio que os sucessores podem também sofrer danos próprios com aquelas ofensas, que são, em tal medida, indemnizáveis. Mas nos termos gerais, tendo em conta a ofensa da sua própria personalidade.

Quanto à questão de saber se a tutela da personalidade do defunto se cinge ao recurso das providências adequadas às circunstâncias do caso para evitar a consumação da ofensa ou para atenuar os efeitos da ofensa já cometida, ou se é possível acionar a responsabilidade civil para indemnização por perdas e danos, há quem refira que não fazem sentido as pretensões em dinheiro, visto que ao defunto já não pode mais ser proporcionada compensação através do dinheiro<sup>60</sup>.

Ora, o Anteprojecto de Manuel de Andrade incluía no seu art. 6º, §4, aquelas duas hipóteses<sup>61</sup>. Este artigo teve por fonte o artº 57º do Código Civil Grego e neste prevê-se expressamente a possibilidade de indemnização por perdas e danos relativamente a ofensas de pessoas já falecidas. Todavia, no texto definitivo do art. 71º, nº 2 do CC apenas se empregou a expressão “providências previstas no nº 2 do artigo anterior”.

A doutrina, na sua maioria tem entendido que a expressão deve ser entendida num sentido amplo, abrangendo a responsabilidade civil<sup>62</sup>. A indemnização por perdas e

---

<sup>59</sup> Por outro lado, em princípio, o elenco de sujeitos previsto no nº 2 do art. 71º, não obedece a nenhuma hierarquização ou escala de precedência, podendo qualquer das pessoas aí elencadas actuar, conjunta ou isoladamente, sem que haja lugar a qualquer escala de precedência. Só assim não será no caso da ofensa resultar da falta de consentimento (art. 71º, nº 3). Neste caso, têm legitimidade para actuar, conjunta ou separadamente, as pessoas que o deviam prestar, em respeito pela escala de precedência eventualmente prescrita pelo legislador. Ou seja, nas hipóteses em que a ilicitude resulte da falta de consentimento, só deve ser reconhecida legitimidade para accionar os meios de tutela ao sujeito a quem incumbia prestar o consentimento – para isso necessitamos de articular o art. 71º, nº3 com as prescrições particulares em sede de direitos especiais de personalidade. Esta foi também a solução consagrada no CP, relativamente ao crime de ofensa a pessoa falecida (vide arts. 185º e 188º), designadamente para a dedução da acusação particular.

<sup>60</sup> V. HUBMANN, Heinrich *Apud* SOUSA, R. Capelo de, *ult. ob. cit.*, pág. 195. Também Oliveira Ascensão é desse entendimento (cfr. supra nota 57), assim como FERNANDES, Luis Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. 1, 3ª Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, pág. 202-205 e HÖRSTER, Heinrich, *ob. cit.*, pág. 261.

<sup>61</sup> ANDRADE, Manuel de, “*Esboço de um anteprojecto do código das pessoas e da família*”, in BMJ, 102, Janeiro de 1961, pág. 156

<sup>62</sup> Neste sentido, VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de...*, *cit.*, pág. 121-122; e OLIVEIRA, Nuno Pinto, “*Direitos de Personalidade: Contributo ...*”, *cit.*, pág. 216-219: entende que urge uma alteração do actual nº 2 do art. 71º, tendo em conta que hoje se coloca a dúvida de saber se a protecção aí conferida se restringe às providências

danos é um modo igualmente possível e eficaz da tutela da personalidade do defunto. A memória do defunto é tutelada deste modo, quer preventiva quer repressivamente. Aliás, por vezes, a única sanção possível pode mesmo ser a indemnização em dinheiro.

Pergunta-se frequentemente se a legitimidade para requerer as providências contempladas está sujeita a alguma hierarquia, entre as pessoas admitidas no art. 71º, nº 2 do CC. Importa distinguir duas situações: consoante a ilicitude dependa ou não da falta de consentimento de um dos legitimados. Se depende, a legitimidade cabe às pessoas que o deviam prestar (art. 71º, nº 3 CC). Essas pessoas são as enunciadas no art. 71º, nº 2 CC segundo a ordem da sua enumeração (art. 76º, nº 2 e art. 79º, nº 1 CC). Neste caso, têm legitimidade para actuar, conjunta ou separadamente, as pessoas que o deviam prestar, em respeito pela escala de precedência eventualmente prescrita pelo legislador. Se não depende todas têm logo legitimidade (art. 73º e 75º CC) e podem fazê-lo isoladamente.

Ou seja, nas hipóteses em que a ilicitude resulte da falta de consentimento, só deve ser reconhecida legitimidade para accionar os meios de tutela ao sujeito a quem incumbia prestar o consentimento – para isso necessitamos de articular o art. 71º, nº3 com as precrições particulares em sede de direitos especiais de personalidade<sup>63</sup>. Fora destes casos, a lei não estabelece nenhuma hierarquia, pelo que as pessoas elencadas no nº 2 do art. 71º podem intervir independentemente requerendo as providências cabíveis.

#### **1.1.6. Direitos de personalidade em causa nos transplantes**

João Loureiro (ainda que a propósito dos direitos fundamentais) entende que podem estar em jogo diversos direitos, consoante o tipo de transplante, ou consoante a qualidade que se ocupe no mesmo<sup>64</sup>. Nos transplantes, existe, desde logo, um direito à disposição do próprio corpo, transversal a todas as espécies de transplantes<sup>65</sup>. O corpo é considerado um bem da vida ou da personalidade e, assim sendo, deve ser tutelado pelo Direito. Determina o aspecto exterior de alguém, é-lhe essencial, pois sem ele não

---

preventivas e/ou atenuantes ou se também há lugar à responsabilidade civil. Logo, o texto deve ser alterado, devendo, segundo o autor atribuir-se o direito para propor uma acção de indemnização às pessoas designadas; “o princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição exige a interpretação extensiva [de forma a incluir a responsabilidade civil] do nº 2 do art. 71º do Código Civil”, tendo em conta o imperativo constitucional de tutela do bem jurídico “personalidade física e moral das pessoas falecidas, cujo fundamento se encontra no art. 1º da CRP”.

<sup>63</sup> Esta foi também a solução consagrada no CP, relativamente ao crime de ofensa a pessoa falecida (vide arts. 185º e 188º), designadamente para a dedução da acusação particular.

<sup>64</sup> LOUREIRO, João, *ob. cit.*, pág. 16 e ss.

<sup>65</sup> V. HERVADA, Javier, “Los Transplantes de Organos y el Derecho a Disposner del Proprio Corpo”, em *Persona y derecho: Revista de fundamentación de la Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 2, 1975, *passim*



existimos no mundo jurídico. O titular do corpo e do direito de personalidade respectivo tem o direito de, em exclusividade, dirigir e conformar o seu próprio corpo (basta pensar nas actividades circenses, como o contorcionismo e o exercício com fogos reais), para se sujeitar ou não a tratamentos e operações, para estabelecer contratos que impliquem grande dispêndio de energias ou riscos corporais e para destacar ou obrigar-se a destacar certos produtos ou elementos corporais, sendo este direito uma decorrência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 70º do CC e 26º da CRP)<sup>66</sup>. Todavia, este direito de disposição do corpo não é ilimitado: o seu titular deve observar as restrições impostas pela lei, pelos usos e pelos bons costumes, a disposição não deve acarretar uma diminuição permanente da sua integridade física ou mesmo a sua morte (isto, pressupondo a pessoa viva). Nestes casos o consentimento do titular não produz qualquer efeito<sup>67</sup>. O direito de dispor do corpo compreende a faculdade de autorizar ou não a extracção de órgãos ou partes anatómicas. Concebe assim uma vertente positiva (de dispor, de doar) e negativa (de não dispor, de não doar). Tem por detrás uma ideia de autonomia privada e de autonomia jurídica individual.

Também da parte do *de cuius* existe um direito de livremente dispor do seu corpo para depois da morte<sup>68</sup> e a sua efectivação está consagrada, na medida em que no art. 71º se protege esse direito (e outros direitos) do *de cuius*. “A pessoa viva pode dispor sobre o destino do seu corpo inanimado - possibilidade que bem pode considerar-se como um "direito". Essa vontade molda-se ou configura-se de algum modo em paralelo com o direito de disposição da pessoa viva sobre o seu próprio corpo - direito esse que, em todo o caso, não deixa de conhecer limites, seja com relevo jurídico-civil (cfr. artigo

---

<sup>66</sup> Como refere Dworkin: “decisions about life and death are the most important, the most crucial for forming and expressing personality” (DWORKIN *Apud* OLIVEIRA, Nuno Pinto de, “The Right to Bioethical Self-Determination in the Charter of Fundamental Rights of the European Union”, em *BFDUC*, Vol. LXXX, Coimbra, 2004, pág. 632). Para Nuno Oliveira, influenciado por Martin Koppert, o direito de a pessoa viva dispor sobre o destino do seu corpo em vida, ou do seu cadáver, após a morte, consubstancia-se num direito de autodeterminação bioética, ou seja, um “direito de auto-determinação ético-existencial nas decisões sobre a vida e a morte, por exemplo, sobre o aborto, sobre a eutanásia ou sobre a dádiva de órgãos ou tecidos. Este direito funda-se nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º da CRP) e no direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 26º, nº 1 da CRP) – v. OLIVEIRA, Nuno Pinto de, “Autonomia, Dignidade e Transplantação de Órgãos”, em *Pessoas Transparentes – Questões actuais de Bioética*, Almedina, Fevereiro de 2010, Coimbra, pág. 123-124 e *ibid*, “The Right to Bioethical...”, *cit.*, pág. 632-633.

<sup>67</sup> Não é de considerar o consentimento quando ele ultrapassa o direito de autodeterminação que pertence ao indivíduo segundo a nossa concepção cultural, designadamente em caso de renúncia à inviolável esfera essencial, sem a qual o indivíduo já não pode desempenhar a sua tarefa enquanto pessoa ética

<sup>68</sup> No Brasil consagra-se, expressamente, um direito de disposição gratuita do cadáver para depois da morte (art. 14º do Código Civil de 2002), desde que com objectivo científico ou altruístico, ínsito num direito mais amplo: o direito ao corpo. Todavia, poderemos retirar da cláusula geral do art. 70º do CC um preceito idêntico ao art. 14º do CC Brasileiro. Com a morte termina a vontade do homem e a sua capacidade de manifestação. No entanto, antes de morrer, a pessoa pode manifestar a sua vontade. A tutela do corpo humano impõe o relevo jurídico da autodeterminação de cada homem sobre o seu próprio corpo depois da morte. Todavia, e ao invés do que acontece nos transplantes entre vivos, nos transplantes de órgãos provenientes de doadores cadáveres defende-se que esta disposição do corpo pode ser ilimitada.

art. 280º, nº 2, do Código Civil), seja com relevo jurídico-penal (cfr. artigos 134º, 135º, 149º e 350º do Código Penal). Sobre os restos mortais não impendem os mesmos limites, pois, obviamente, o correspondente poder de disposição já não conflitua com a vida ou com a integridade física”<sup>69</sup>. Mas existe o referido direito de decidir sobre a disposição do corpo para depois da morte. O acto de disposição do próprio cadáver é, portanto, um acto unilateral, revogável e representa o exercício de um direito de personalidade. Assim, sem dúvida que o Direito ao corpo, o direito de dispor livremente do seu corpo, constitui um direito de personalidade<sup>70</sup>.

Depois, também existe quer da parte do dador, quer da parte do receptor um direito ao consentimento informado<sup>71</sup> e ao sigilo médico<sup>72</sup>.

O dador tem ainda direito à integridade física.

Do ponto de vista do receptor, podemos perspectivar ainda um direito à recusa de tratamento, nem que isso implique a morte<sup>73</sup>, e um direito à saúde na sua dimensão prestacional<sup>74</sup>.

Nos transplantes *ex mortuo*, pode colocar-se, a questão de saber se haverá um qualquer direito de personalidade dos familiares do de cujus a merecer a tutela do direito.

Pensamos, antes de mais, que em causa, só podem estar direitos do *de cujus* e não dos seus familiares. “Aos familiares e pessoas próximas do falecido não se transmite o direito de disposição sobre o cadáver reconhecido àquele. Os poderes e direitos dos familiares e outras pessoas são autónomos e directamente atribuídos pelo ordenamento”. À família, em geral, apenas se reconhecem “os poderes necessários para a manifestação dos seus afectos. Após a participação do óbito, esses poderes traduzem-se, sinteticamente, em: conservar e proteger o cadáver, decidir supletivamente sobre o lugar

---

<sup>69</sup> Transcrições Ac. TC nº 130/88, de 8 de Junho.

<sup>70</sup> De Cupis fala num direito sobre o cadáver, adiantando desde logo que se trata de um direito diverso da personalidade. Para o autor as partes separadas do corpo são coisas objecto do direito de propriedade daquele de cujo corpo foram separadas. Em seguida à transmissão da propriedade da parte separada (designadamente, por transplantação) esta pode perder a qualidade de *res* para retomar a parte de corpo, mas de pessoa diversa da originária. (CUPIS, Adriano De, *ob. cit.*, pág. 90-92).

<sup>71</sup> Que assenta na ideia de dignidade da pessoa humana, bem como nos direitos à integridade física e moral.

<sup>72</sup> Este direito ao sigilo médico radica na ideia de reserva de intimidade. O próprio art. 4º da Lei nº 12/93, estabelece o princípio da confidencialidade, proibindo a revelação da identidade do dador e do receptor, salvo o consentimento de quem de direito. Coisa diferente acontecia, por exemplo, nos EUA, em que os pacientes que desejavam submeter-se a transplantações cardíacas tinham que assinar um termo, onde diziam ter tomado conhecimento de que uma das possibilidades que incorreriam era o de serem perseguidos para o resto da vida pela imprensa. (LOUREIRO, João, *ob. cit.*, pag. 18). Sobre este direito ao sigilo médico ver o importante e aprofundado estudo de André Dias Pereira intulado “O dever de sigilo do médico: um roteiro da lei portuguesa”, em *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, nº 19, 2009, pág. 9-50 e disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/13335>, consultado em 22/11/2012).

<sup>73</sup> Funda-se na liberdade de consciência (art. 41º CRP), no direito à integridade física e moral (art. 25º, nº 1 CRP) e na liberdade religiosa (art. 41º CRP)

<sup>74</sup> Os poderes públicos devem assim, na medida do possível criar e manter um sistema eficiente de transplantações, estruturado segundo o princípio da igualdade (LOUREIRO, João, *ob. cit.*, pag. 16-20)

e modo do enterro e honras fúnebres”<sup>75</sup>. A doutrina reconhece um direito autónomo da família de cuidar dos seus mortos - direito de piedade dos familiares para com o defunto<sup>76</sup>.

Deste modo, entendemos que a vontade do *de cuius* terá de ser respeitada, não podendo a família decidir em sentido contrário às opções do defunto na matéria<sup>77</sup>. Aliás, e na nossa opinião, nem a título subsidiário os familiares poderão, em caso de silêncio do *de cuius*, opor-se ou consentir na extracção de órgãos ou tecidos do cadáver.

Assim, somos da opinião que só existem direitos de personalidade do falecido a merecerem tutela neste âmbito.

Com a morte, apesar de se tornar juridicamente impossível de se falar num direito de personalidade do morto, existe um direito da pessoa viva a ver respeitada a sua manifestação de vontade e por isso, deve também ser respeitado o direito de autodeterminação da dador.

Nas transplantações heterólogas<sup>78</sup> pode perguntar-se até que ponto esta técnica não consubstancia um atentado à eminente dignidade humana do receptor.

## 1.2. A Bioética

### 1.2.1. Origens e Noção

A bioética foi-se desenvolvendo, sobretudo, a partir da década de 50 graças a factores de ordem diversa<sup>79</sup>. Na convivência do avanço científico-tecnológico e da nova

---

<sup>75</sup> Transcrições do Ac. TC n° 130/88, de 8 de Junho. V. também, MARTINS, António Carvalho, *A colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres – Responsabilidade criminal nas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos (o artigo 150° do Código Penal)*, Coimbra Editora, Lda. 1986, pág. 62

<sup>76</sup> “O cadáver não está juridicamente afectado à recepção de quaisquer fins das pessoas de família, nem constitui mesmo um bem posto à disposição dessas pessoas senão para, perante ele, manifestarem os seus afectos”. – *Ibid*, pág. 63

<sup>77</sup> Ver já neste sentido, CAEIRO, António Miguel, “Condição Jurídica do Cadáver – Aspectos Jurídicos da Utilização de Material Cadavérico em Cirurgia”, *Pareceres n° 35/52 de 27 de Novembro de 1952 e n° 60/59, de 14 de Janeiro de 1960, da Procuradoria-Geral da República, em BMJ*, N° 94, Março de 1960, pág. 67: “o direito da própria pessoa sobre o seu corpo, mesmo quando privado de vida, radica-se na natureza deste. É que o corpo está compreendido na esfera jurídica pessoal, e a pessoa tem sobre ele, enquanto viva, um poder de disposição, embora não absoluto. Por isso, o direito positivo de vários países admite que esse poder se estenda ao cadáver, isto é sobre aquilo que materializa a transformação desse corpo após a morte. A vontade expressa de prover sobre o destino do cadáver ou de partes dele destacadas é, além disso tida como soberana, no sentido que se impõe aos familiares”. Todavia, em sentido contrário, entendendo que “não merece um juízo nitidamente favorável o critério legal de não dar entrada ao assentimento dos familiares entre os requisitos da licitude ou juricidade da extracção”, pelo menos no caso em que a extracção não se destina a transplantação, mas sim a armazenamento ou conservação num banco de órgãos ou com fins puramente científicos, pois aqui não se verifica o argumento da urgência absoluta *ad vitam* (cfr. CAÑAS, António Gordillo *Apud* AMARANTE, Napoleão Xavier do, “Doação de Órgão de Pessoa Viva ou Morta para Fins Terapêuticos ou Científicos”, em *O Direito*, Ano 122°, 1990, pág. 546).

<sup>78</sup> João Loureiro entende que, em causa, pode estar um direito ao ambiente (art. 66° CRP), se estivermos, por exemplo, a falar de órgãos de animais em vias de extinção (*ob. cit.*, pág. 20-21).

<sup>79</sup> É comumente reconhecido que a importância de duas realidades: a estrondosa evolução da técnica (pense-se na descoberta do DNA, em 1953, por Crick e Watson, que desencadeou uma vertiginosa revolução biológica, desde a engenharia genética, às técnicas reprodutivas, passando pelos transplantes) e o aparecimento de um poderoso

mentalidade sócio-política, encontramos o crescente questionamento da ciência. Contra novos abusos contra a humanidade, “o imperativo científico cede progressivamente lugar ao imperativo ético”<sup>80</sup>. A ética médica tradicional, condensada no Juramento de Hipócrates, já não era capaz de responder aos novos desafios<sup>81</sup>.

A bioética começa por dedicar-se (nos anos 60 e 70) às temáticas da hemodiálise<sup>82</sup>, da transplantação de órgãos, do uso de seres humanos como sujeitos de experimentações, de técnicas reprodutivas, das possibilidades para a engenharia genética, e ainda o consentimento informado.

O termo “Bioética” (*Bioethics*) nasceu nos Estados Unidos, há cerca de 40 anos<sup>83</sup>, pela mão do oncologista Van Rensselaer Potter<sup>84</sup>, que assumia uma preocupação crítica relativamente ao progresso da ciência e da sociedade. O autor tinha dúvidas sobre a “capacidade de sobrevivência da humanidade, paradoxalmente por efeito do próprio progresso científico”<sup>85</sup>. Basta ter em conta os enormes avanços que então se anunciavam no campo da engenharia genética (v.g. construção de armas biológicas).

Segundo Potter, o termo devia significar “uma nova disciplina que combinasse o conhecimento biológico com o conhecimento do sistema dos valores humanos”<sup>86</sup>. *Bio* significaria o conhecimento biológico e *ethics* o conhecimento do sistema dos valores humanos<sup>87</sup>. Desta forma, apelidou a bioética como a *ciência da sobrevivência*, pois,

---

movimento dos Direitos Humanos, potenciado pelo termo da II Guerra Mundial e a revelação das atrocidades cometidas pelos nazis – basta pensar no marco que foi o Código de Nuremberga.

<sup>80</sup> NEVES, M. Patrão, “O que é a Bioética?”, em *Cadernos da Bio-Ética*, 11, Edição do Centro de Estudos de Bioética, pág. 11.

<sup>81</sup> Neste sentido, BRITO, José Henrique de, “A Bioética – um saber transdisciplinar?”, em *Brotéria*, Vol. 169, nº 5, Novembro 2009, pág. 673: “A acção médica não podia manter-se na sua dimensão técnica; tornava-se necessário atender à dimensão social (...) Pensamos que a bioética, porque saber transdisciplinar, exige dos seus cultores serem políglotas, o que é simultaneamente, a sua riqueza e a sua grande dificuldade”

<sup>82</sup> Em 1962, na cidade de Seattle, face à insuficiência da aparelhagem adequada, foi necessário recorrer ao racionamento dos cuidados de diálise renal. A decisão da escolha dos pacientes a aceder a este tratamento foi entregue – com a concordância dos médicos – a uma “comissão de gente boa da cidade que, protegida pelo anonimato, seleccionava os doentes a tratar relegando para um prognóstico fatal os excluídos do acesso”. Esta “Comissão de Deus”, como foi apelidada (face às consequências que as suas deliberações implicavam), constituiu o primeiro caso em que decisões de saúde foram atribuídas a pessoas leigas, sem qualquer ligação à área da saúde. - OSSWALD, Walter, “Limites da Bioética”, em *Brotéria*, Volume 174, nºs 5/6, Maio/Junho 2012, pág. 455

<sup>83</sup> Contudo, sabiamente, afirma Walter Osswald que “já havia uma inominada área bioética antes de existir “a” Bioética. De facto, o termo “Bioética” surgiu como corolário de um conjunto de ideias e debates, do reconhecimento que existia uma nova área do pensamento e da cultura – OSSWALD, Walter, *ob. cit.*, pág. 454. Além disso, nos anos 80, foi descoberto um artigo de Fritz Jahr publicado em 1927, na revista *Kosmos*, que incluía o seu título a palavra “*Bioethik*”. Jahr defendia a “necessidade de respeitar todas as formas de vida, incluindo as vegetais, tratando todos os seres como fins em si e não como meros meios” – *Ibid*, pág. 458.

<sup>84</sup> SGRECCIA, Elio, *Manual de Bioética - Fundamentos e Ética Biomédica* (trad. MATOS, Mário), Princípios, 1ª Edição, Setembro 2009, pág. 14.

<sup>85</sup> *Ibid*

<sup>86</sup> *Ibidem*

<sup>87</sup> “A ética expressa a atitude do individuo consigo mesmo, com o outro e com o mundo, transcendendo ao ideal de moralidade e justiça, objectivando um juízo de apreciação de um determinado actuar” – CATÃO, Marconi do Ó, *ob. cit.*, pág. 30

para si, qualquer ecossistema só sobreviveria com a conjugação de esforços de dois campos do saber: o saber científico e o saber humanístico.

Afirmava ainda este autor, que a Bioética não devia concentrar-se apenas no homem, abrangendo também o conjunto alargado “da biosfera, ou seja, cada intervenção científica do Homem na vida em geral”<sup>88</sup>. Potter foi assim um cultor da ética do ambiente ou ecoética, centrada na relação e interacção do Homem e o cosmos que ela tem a capacidade de transformar.

André Hellegers<sup>89</sup>, desconhecendo que a palavra fora cunhada por Potters, introduz pela primeira vez a Bioética no campo universitário (estruturando-a academicamente). O autor considerava que o objecto desta nova ciência eram os aspectos éticos implícitos na prática médica, ou seja, o de ética biomédica, “de raiz hipocrática mas de frondosa copa alargada às biotecnologias”<sup>90</sup>. Essa ideia reforçou-se com a divulgação da obra “The principles of bioethics”, de Beauchamp e Childress, em 1979.

Elis Segreccia entende a bioética como sendo uma “descrição dos dados científicos, biológicos e médicos”, que “examina racionalmente a licitude da intervenção do homem no homem”<sup>91</sup>, tendo como ponto de referencia a pessoa humana e o seu valor transcendente. A bioética não é “apenas ou exactamente uma nova disciplina, uma ciência, ou uma nova ética. Ela é expressão de um saber de dimensão prática e de preocupação ética suscitado pelo recente desenvolvimento biotecnológico, uma reflexão pluridisciplinar integrante e unitária que se projecta na acção do homem sobre a vida”<sup>92</sup>. Pode dizer-se que a bioética visa que a investigação científica e técnica seja acompanhada pela reflexão ponderada e pela supervisão social.

A bioética afirma-se, portanto, como “expressão de um saber transdisciplinar que faz incidir a sua reflexão sobre as questões que decorrem da aplicação das biotecnologias ao homem e que ameaçam a dignidade da pessoa humana, na integridade da sua singularidade e na universalidade da sua humanidade”<sup>93</sup>. Visa-se, em última análise, garantir o respeito pela dignidade da pessoa humana. Surge como um aglomerado de disciplinas (desde logo, a medicina, a filosofia, o direito, a teologia, a

---

<sup>88</sup> SGRECCIA, Elio, *ob. cit.*, pág. 14.

<sup>89</sup> Famoso obstetra holandês. Fundou o Kennedy Institut of Ethics.

<sup>90</sup> OSSWALD, Walter, *ob. cit.*, pág. 458

<sup>91</sup> SGRECCIA, Elio, *ob. cit.*, pág. 41

<sup>92</sup> NEVES, M. Patrão, *ob. cit.*, pág. 23

<sup>93</sup> *Ibid*, pág. 13

biologia), mas que encerra a sua própria especificidade<sup>94</sup>. Tem-se empenhado em atender aos novos problemas suscitados pelas biotecnologias, em compreender as suas múltiplas implicações, bem como em delinear orientações para as novas condutas a adoptar. Fá-lo sobretudo a dois níveis: o da reflexão, alcançado uma reflexão lúcida das questões sem exactamente as resolver, mas contribuindo para a sua dissolução, e o da acção, propondo normas de actuação, decorrentes dos princípios fundamentais do agir humano, assim contribuindo para a tomada de decisões. Se é certo que “as questões de ontem não são exactamente as de hoje”<sup>95</sup>, mais certo é que subsistem, em áreas amplamente discutidas (reprodução assistida, transplantação de órgãos, consentimento informado), problemas que tendem a ganhar uma acuidade crescente.

Autores mais recentes optam por não definir o que seja a “Bioética”, limitando-se a elencar a que tarefas, as áreas de intervenção, os praticantes, os objectivos e os destinatários da Bioética. “Ou seja, definindo-a mais pelo que faz e significa do que pelo que é”<sup>96</sup>, de forma a não afastar futuros campos de reflexão que a evolução tecnológica e social possa vir a despoletar.

A reflexão ética pode dizer-se uma actividade secundária, uma vez que espera por avanços noutras áreas, comenta esses avanços e aconselha as pessoas e instituições directamente interessadas. Ou seja, “cada avanço tecnológico/científico exige a criação de regras jurídicas que disciplinem as condutas dos participantes dessas relações determinando, inclusive, a licitude da pesquisa científica, impondo-lhe limites”<sup>97</sup>. Desta forma, quanto mais desenvolvidos são os países, maior é a necessidade e o interesse pelos estudos de Bioética.

Há quem entenda que a eticidade da investigação científica está no respeito pelos princípios da investigação<sup>98</sup>. Bastaria assim, para que se pudesse dizer que um dado procedimento era ético, que existisse rigor metodológico, exactidão na comunicação dos resultados e transparência dos procedimentos, de modo a que fosse passível de controlo

---

<sup>94</sup> Segundo OSSWALD, “Impõe-se o respeito pelas delimitações. A Bioética precisa do Direito, por ex., mas não é Direito, como não é Biologia ou Medicina ou Teologia e não deve soçobrar no abismo das indefinições ou atrever-se a invadir terrenos que lhe são próximos mas não lhe pertencem. Em relação ao Direito, por ex., não é à Bioética que compete fazer leis; nas democracias, o poder legislativo encontra-se bem definido. À Bioética compete, isso sim, opinar sobre iniciativas legislativas que se relacionem com a vida e alimentar o debate público sobre as questões éticas que tais leis possam suscitar” – *ob. cit.*, pág.460

<sup>95</sup> NEVES, M. Patrão, *ob. cit.*, pág. 19-20,

<sup>96</sup> OSSWALD, Walter, *ob. cit.*, pág. 459

<sup>97</sup> CATÃO, Marconi do Ó, *ob. cit.*, pág. 30

<sup>98</sup> O itinerário do método experimental passa pela observação dos fenómenos, pela colocação de uma hipótese interpretativa, pela verificação experimental e pela avaliação do resultado da experimentação. A vantagem deste método é que o experimentador que o segue pode servir-se dos resultados positivos ou negativos que sejam obtidos pelo examinador precedente e por sua vez proporcionar novos contributos utilizando a mesma metodologia.

por parte do mundo científico. Mas a ética não se pode limitar a estes códigos de rigor. Por exemplo, o facto de um cirurgião saber fazer correctamente uma intervenção e executar com perfeição as técnicas operatórias é um requisito de eticidade profissional necessário, mas não suficiente para que se possa dizer que a sua intervenção é ética em tudo e para tudo (quanto à validade das indicações, à obtenção de consentimento, ao respeito pelos bens superiores da pessoa)<sup>99</sup>. É preciso também atender às intenções do investigador. Este é uma pessoa humana e como tal pode ter intenções boas, perversas ou simplesmente utilitaristas. Daí a importância dos princípios bioéticos.

### 1.2.2. Princípios Bioéticos

São considerados princípios éticos os seguintes: o princípio da beneficência e da não maleficência, o princípio da autonomia e o princípio da justiça<sup>100</sup>.

Segundo aquele primeiro princípio, deve promover-se o bem, perante o paciente ou a sociedade e evitar o mal. É um princípio que se baseia no Juramento de Hipócrates: o profissional da saúde, em particular o médico, só pode usar o tratamento para o bem do enfermo, e nunca para fazer o mal. Não comporta apenas a abstenção de provocar dano, mas que implica, sobretudo, o imperativo de fazer activamente o bem e mesmo de prevenir o mal. O princípio da não maleficência é assim, um desdobramento do princípio da beneficência, contendo a obrigação de não acarretar dano intencional e por derivar da máxima médica: *primum non nocere*<sup>101</sup>.

O princípio da autonomia mais não é do que o respeito devido aos direitos fundamentais do homem, incluindo o da autodeterminação, sendo considerada um dos princípios éticos dominantes da bioética moderna. Neste princípio funda-se a aliança terapêutica entre médico e paciente e o consentimento para os tratamentos diagnósticos e terapêuticos. Segundo este princípio, o médico deve respeitar a vontade do paciente, bem como os seus valores morais e crenças<sup>102</sup>. Assim, reconhece-se o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito à sua intimidade, vedando-se

---

<sup>99</sup> Cfr. SGRECCIA, Elio, *ob. cit.*, pág. 41

<sup>100</sup> V. SGRECCIA, Elio, *ob. cit.*, pág. 231 e CATÃO, Marconi do Ó, *ob.cit.*, pág. 38 e ss. Estes princípios foram originariamente desenvolvidos por James Childress e Tom Beauchamp (*Principles of Biomedical Ethics*, 1985, Oxford University Press, Oxford).

<sup>101</sup>“*Em primeiro lugar, não fazer mal*” - DINIZ, Maria Helena, *O Estado Atual do Biodireito*, 3ª Edição, Ed. Saraiva, 2006, São Paulo, Brasil, pág. 18

<sup>102</sup> Por isso também denominado de “princípio do respeito às pessoas” (cfr. CATÃO, Marconi do Ó, *ob. cit.*, pág. 41)

a intormissão alheia na vontade daquele que está a ser submetido a tratamento. A manifestação da essência do princípio da autonomia é o consentimento esclarecido<sup>103</sup>.

Por último, temos o princípio da justiça que se refere à obrigação de igualdade na distribuição dos benefícios da saúde e tratamentos e, relativamente ao Estado, de distribuição equitativa dos fundos para a saúde, a investigação, etc.. Embora não implique necessariamente tratar todos da mesma forma (até porque são diferentes as situações clínicas e sociais), deverá implicar no mínimo a adesão a alguns dados objectivos (v.g., o valor da vida, a proporcionalidade das intervenções). No campo dos transplantes este princípio é especialmente premente na resposta à questão: “quem receberá um órgão doado para ser transplantado? Quais os critérios de escolha?”.

Estes princípios não tem, *prima facie*, nenhuma ordem hierárquica. Em caso de conflito, será a situação concreta e as suas particulares circunstâncias que determinarão a precedência.

### 1.2.3. Bioética e Transplante de Órgãos

A transplantação de órgãos e tecidos é hoje reconhecida como uma técnica de sucesso no contexto da medicina actual<sup>104</sup>. Para além de os transplantes terem vindo a dizer respeito a órgãos cada vez mais importantes (rim, coração, fígado, pancreas, etc...), tem-se também recorrido a outras técnicas, designadamente, à incursão pelos transplantes heterólogos, envolvendo animais<sup>105</sup>.

Um dos factores mais importantes para o sucesso desta técnica tem sido o progresso dos conhecimentos em matéria de imunologia, assim como os estudos sobre a transfusão de sangue e os grupos sanguíneos. O estudo da histocompatibilidade favoreceu o desenvolvimento das técnicas de transplante. Além disso, hoje dispõe-se de fármacos mais eficazes para combater o fenómeno da rejeição.

---

<sup>103</sup> *Ibid.* Este consentimento não se pode verificar nos casos em que o paciente não esteja na posse de conhecimento e informação relevante. A omissão de dados importantes vai limitar a autonomia do paciente no processo decisório. É óbvio que este princípio, também não pode ser aplicado nos casos em que haja incapacidade para exprimir esse mesmo consentimento (como veremos mais adiante, certos doentes psiquiátricos, menores sem capacidade de entendimento, etc.).

<sup>104</sup> Há quem lhe chame mesmo o “terceiro momento mais apaixonante da história da medicina”, depois da descoberta da Penicilina por Fleming e da invenção da vacina contra a poliomelite, por Jonas Salk (ABOUNA, G. M. *Apud* BARCELOS, Marta Dias e NEVES, M. Patrão, “Reflexão ética sobre a doação de tecidos e órgãos humanos: entre o respeito pela autonomia e a exigência de solidariedade”, em *Revista Portuguesa de Bioética*, 7, Maio 2009, pág. 24

<sup>105</sup> Helena Pereira de Melo entende que aplicando à questão dos xenotransplantes os princípios de ética biomédica supra descritos, esta pode, em certas situações considerar-se eticamente aceitável. É, para tanto, necessário que o “receptor do xenotransplante preste o seu consentimento livre e esclarecido para o efeito”, depois, é necessário que o xenotransplante não seja apenas não prejudicial para o receptor, como ainda que lhe proporcione benefício – por exemplo, suavizando o seu sofrimento ou prolongando-lhe a vida. Isto actualmente só é possível com o xenotransplante de tecidos e de células e não com o de órgãos, em que o paciente tem, invariavelmente, morrido. (MELO, Helena Pereira de, *Manual de Biodireito*, Almedina, Maio de 2008, pág. 107 e 108)



As hipóteses técnicas também se vão alargando a novos objectivos: transplante de porções de encéfalo (hipófise, hipotálamo), gónadas e até de genes.

Todavia, os transplantes, apesar (e por causa) de todas as suas evoluções, continuam a levantar complexos problemas éticos e jurídicos. Alguns problemas levantados pelos transplantes: o consentimento informado do receptor, a integridade física e a liberdade do dador, o direito da comunidade a recolher órgãos de cadáveres prescindindo do consentimento expresso; a licitude das compensações, a licitude de certos transplantes que podem influenciar a identidade da pessoa receptora, a legitimidade do transplante experimental, a verificação da morte e o conceito de morte no caso dos transplantes *post-mortem* e a determinação dos critérios por meio dos quais se possa atribuir os órgãos a transplantar às diversas pessoas em lista de espera<sup>106</sup>.

Daí que consideremos importante a bioética, que mais não visa do que o respeito à dignidade da pessoa humana. A pessoa humana e a sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, devendo, quanto a nós, ser o valor a prevalecer sobre qualquer avanço científico ou tecnológico. A bioética é “personalista, por analisar o homem como pessoa ou como um “eu”, dando valor fundamental à vida e dignidade humanas, não admitindo qualquer intervenção no corpo humano que não redunde no bem da pessoa, que será sempre um fim, mas nunca um meio para a obtenção de outras finalidades”<sup>107</sup>.

No tratamento do tema, tentaremos não adoptar uma postura exclusivamente pro-comunitária ou altamente individualista. Iremos tentar encontrar um meio termo para discutir e reflectir sobre o assunto.

---

<sup>106</sup> Alguns critérios avançados: utilitarista (baseia-se no critério da produtividade social: deve dar-se preferência ao receptor que uma vez curado, pode retornar ao trabalho), o casual (baseia-se no princípio da imparcialidade, em que a escolha do receptor é feita ao acaso, mediante a prioridade dos pedidos) e o terapêutico (avalia-se a urgência médica do receptor, obedecendo-se ao princípio da não discriminação por idade, nacionalidade, sexo, raça ou religião, desde que esteja na lista única e haja compatibilidade imunológica com o dador). Este último critério, parece-nos o mais ético, desde que conformado pelo princípio de não-discriminação: por razão alguma, seja social ou racial, quem realmente tenha necessidade e indicações para a intervenção deve ver excluída a sua possibilidade de acesso – DINIZ, Maria Helena, *ob. cit.*, pág. 265. Em Portugal, estes critérios estão perfeitamente delimitados no que toca aos transplantes de rins - Despacho n° 6537/2007, do Gabinete do Ministro da Saúde.

<sup>107</sup> DINIZ, Maria Helena, *ob. cit.*, pág. 7-8.

## TRANSPLANTES – GENERALIDADES

### 2.1. Evolução Histórica

As primeiras referências aos transplantes remontam a tempos imemoriais<sup>108</sup>. Basta lembrar a passagem bíblica que se refere à criação de Eva<sup>109</sup>, através de uma costela de Adão. Este constitui o primeiro exemplo de um transplante alguma vez feito, mas que se decompõe, com a ajuda divina, nas etapas de uma cirurgia moderna (tendo, inclusive, direito a anestesia).

Remontam aos séc. XV-XVI as primeiras tentativas (verdadeiras) de utilizar tecidos procedentes de pessoas e animais. Não foram, é facto, bem sucedidas, por força, sobretudo dos procedimentos primitivos então utilizados e das infecções. Só no final do séc. XIX e início de séc. XX, após a adopção dos princípios elementares da cirurgia moderna (refinamento instrumental, anestesia, anti-sepsia, antibioticoterapia, combate à rejeição), é que o transplante de órgãos e tecidos passou a ser considerado um método científico. Foi John Hunter (1771) o primeiro cirurgião a utilizar a palavra “transplante”<sup>110</sup>.

O primeiro transplante ósseo ocorreu em 1890, em Glasgow, Escócia.

Em 1931, na Itália, foi realizado um transplante de glândulas genitais, pelo médico Gabriel Janelli (“Enxerto Voronoff”) que gerou muita polémica quer no campo médico, quer no campo jurídico, pela natureza dos órgãos em causa e pelo facto de o dador estar a ceder a glândula por dinheiro.

Mas o verdadeiro êxito das cirurgias de transplantação ocorreu em 1954, no Hospital de Boston, quando os cirurgiões Joseph Murray e David Hume extraíram o rim de um gêmeo verdadeiro para implantá-lo, com resultados positivos, no corpo do seu irmão<sup>111</sup>.

---

<sup>108</sup> Ver a título de exemplo a lenda dos Santos Cosme e Damião: estes, para substituir a perna gangrenada de um doente, foram ao cemitério em busca de uma perna que lhes pudesse servir para aquele fim; o único cadáver utilizável era o de um negro; como os Santos não tinham problemas de histo-compatibilidade nem preconceitos raciais retiraram do cadáver a perna que o doente carecia e a transplantação foi um sucesso, realçado ainda pela diferença da cor - LEITE, Rita de Cássia, *Transplantes de órgãos e tecidos e os direitos da personalidade*, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2000, pág. 104.

<sup>109</sup> Genesis 2, 21

<sup>110</sup> Fez o transplante de dentes de um indivíduo para outro.

<sup>111</sup> Não existindo, portanto, entre eles, diferenças imunológicas. O receptor viveu 8 anos depois da cirurgia.

Outros transplantes dignos de menção foram o primeiro transplante de fígado (1963, Denver, EUA) e de pulmão (1963); de pâncreas (1967, Minneapolis, EUA); de medula óssea (1970).

Apesar de todos os sucessos antecedentes, a problemática dos transplantes rápido se fez sentir. Uma das situações que mais discussão médica e jurídica levantou foi o primeiro transplante de coração, que ocorreu na Cidade do Cabo, na África do Sul, em 3 de Dezembro de 1967. O Dr. Christian Barnard, retirou o coração de Denise Ann Darvall, jovem de 25 anos, vítima de um acidente de viação, que a deixou com o crânio e encéfalo praticamente destruídos, para o colocar em Louis Washkansky. Discutiu-se então pela primeira vez qual o critério a utilizar para determinar a morte do doador<sup>112</sup>, os inconvenientes da rejeição e as probabilidades de sobrevivência normal do receptor (Washkansky aceitou o risco da operação, praticada pela primeira vez no mundo, porque acreditava que não tinha outra possibilidade de sobrevivência). Sobreviveu apenas 18 dias àquela operação.

Em 12 de Maio de 1987, em Baltimore, pela primeira vez na história dos transplantes cardíacos, uma pessoa viva foi doadora de coração. Um homem de 32 anos havia falecido num acidente de viação. Os seus pulmões e o seu coração foram transplantados para um paciente de 28 anos que sofria de fibrose cística. E o coração deste último, em bom estado, ficou para um terceiro paciente que estava em lista de espera.

Actualmente é corrente os diversos hospitais do mundo recorrem ao transplante de órgãos e tecidos como uma técnica terapêutica (basta pensar nos transplantes de rins, córnea, ossos, artérias, pele, etc...). É, portanto, comumente reconhecido como um meio de restabelecimento da saúde, na medida em que surge como um meio de prolongar a vida de uma pessoa gravemente doente.

Convém frisar que o transplante de órgãos apenas é indicado para os casos mais graves, quando o risco de falência dos órgãos do receptor for maior que os riscos associados à realização dos transplantes. Intervem aqui, por um lado, uma ideia de proporcionalidade entre o sacrifício do dador e as possibilidades de vantagem real para a vida do receptor, mas por outro não se esquece que a vida do necessitado é também ela inviolável, e só pode ser submetida a um tratamento tão arriscado e invasivo se houver fundadas expectativas de se obter um real prolongamento da mesma. Deste

---

<sup>112</sup> Edward Darvall, pai de Denise, aceitou o transplante depois de os médicos o convencerem que não restava esperança de recuperação para a sua filha.

modo, o transplante apenas deverá ser ponderado quando for o único “remédio” válido para prolongar a vida do paciente<sup>113</sup>. Se o transplante for indicado, o paciente é inscrito na lista única correspondente ao órgão que necessita, realiza os necessários exames de histocompatibilidade, iniciando o seu período de espera pelo órgão. O período de espera é variável e geralmente um pouco demorado tendo em conta a pouca disponibilidade de órgãos para transplante. Quando um órgão fica disponível, o doente é contactado para que num espaço de tempo muito reduzido a intervenção se realize, tendo em conta a reduzida “validade” dos órgãos.

## 2.2. Noção de Transplante

A transplantação<sup>114</sup> consiste no acto de remover de um lugar para o outro, órgãos e tecidos para serem adaptados, em lugar diverso, no mesmo ou em outro ser, com o intuito de, através dessa readaptação, restabelecer uma função perdida. Ou seja, o transplante é a intervenção cirúrgica mediante a qual se insere no organismo receptor um órgão ou um tecido recolhido num doador<sup>115</sup>.

O transplante é, portanto, uma cirurgia substitutiva, na medida em que se introduz no corpo de receptor um órgão ou tecido pertencente a outro ser humano, vivo ou falecido com o de substituir a outros da mesma natureza peretencente ao receptor, mas que tenham perdido total ou sensivelmente a sua função<sup>116</sup>.

Há quem use indiferenciadamente o termo enxerto para designar transplante, mas, por força do rigor técnico que se nos impõe, há que distingui-los. Assim, enquanto que o transplante é a amputação de um órgão, com função própria, de um organismo para instalar-se noutro, a fim de exercer nestes as mesmas funções que no anterior, o enxerto consiste na retirada de uma porção do organismo, próprio ou alheio, para instalação no próprio ou organismo alheio, com fins estéticos e terapêuticos, sem exercício de função autónoma<sup>117</sup>.

---

<sup>113</sup> Por exemplo, para o transplante renal, a oportunidade do transplante apresenta-se quando a diálise renal já não é praticável com sucesso e a longo prazo.

<sup>114</sup> Literalmente, “transplantação” é um termo derivado da botânica, que significa a mudança de uma planta do lugar em que se achava para outro, sendo o “transplante” o acto ou acção de arrancar de um lugar e plantar em outro. (CATÃO, Marconi do Ó, *ob. cit.*, pág. 199).

<sup>115</sup> Há quem entenda que não devemos falar de doador, mas sim de “cedente”, para não pré-julgar a natureza do acto. (RIUS, Pedrol Apud MONTERREAL, José Reyes, “Problemática Jurídica de los Transplantes de Organos”, em *Revista General de Legislación y Jurisprudência*, Año CXVIII, Marzo de 1969, Réus, S.A., Madrid, pág. 406. Todavia, quanto a esse aspecto deixamos desde já expresso que não se pode dizer que o acto de transplante se trata de uma verdadeiro contrato de doação, desde logo pela própria natureza deste contrato – cfr. art. 940º do CC. Usaremos a expressão consagrada na Lei nº 12/93: “dador”.

<sup>116</sup> SANTOS, Maria Celeste Apud CATÃO, Marconi do Ó, *ob. cit.*, pág. 199.

<sup>117</sup> LEITE, Rita de Cássia, *ob. cit.*, pág. 110-113.

Todavia, para efeitos do nosso trabalho, utilizaremos a palavra “transplante” como o acto de transferir, remover de um lugar para outro, órgãos e tecidos para serem adaptados em lugar diferente, na mesma ou em outra pessoa, com finalidade exclusivamente terapêutica.

Os órgãos<sup>118</sup> mais comumente utilizados para transplante são o coração, o pulmão, o fígado e os rins (e também a parêntese rim e pâncreas). Em Portugal, os órgãos não podem ser mantidos em banco de órgãos, tendo que ser transplantados num curto período de horas<sup>119</sup>. Quando não houver para qualquer dos órgãos colhidos um receptor compatível em Portugal, os órgãos são oferecidos aos congêneres europeus que podem ter oportunidade de transplantá-los.

Por sua vez, os tecidos<sup>120</sup> mais transplantados são: a medula óssea, as válvulas cardíacas, as córneas, a pele, peças osteoarticulares, membrana amniótica<sup>121</sup>. Nestes casos, já existem bancos de tecidos: os tecidos colhidos são provisoriamente acondicionados e rotulados para envio aos bancos de tecidos onde são definitivamente preparados e conservados até que algum serviço os requisite para aplicação.

Para efeitos de transplante realizam-se entre órgãos/tecidos inseridos e organismo hospedeiro os fenómenos vitais sob as designações de sobrevivência, adaptação e enraizamento. O “enraizamento será o fenómeno vital pela qual a maior parte do tecido consegue sobreviver, se adapta às novas condições de vida e se restabelecem conexões tecidulares, vasculares e nervosas de modo a que o tecido enxertado participe duradouramente na vida do organismo hospedeiro”<sup>122</sup>. Para que este seja bem sucedido, é necessário que se restabeleça a circulação sanguínea, pois caso este não se verifique ocorrerá a morte gradual do tecido/órgão enxertado.

Todavia, mesmo depois da canalização sanguínea, pode verificar-se a rejeição, que se trata do fenómeno da incompatibilidade, através da reacção imunitária dos anticorpos de agregação contra o tecido enxertado. Isto porque, “nas células de qualquer organismo estão presentes estruturas de reconhecimento ditas antígenos tecidulares, que servem para denunciar a estranheza dos próprios tecidos ao organismo em que eles

---

<sup>118</sup> Órgão será qualquer parte do corpo que exerça uma função específica, como de respiração, secreção, digestão, etc... A lei dos transplantes (Lei nº 12/93, de 22 de Abril), define “órgão” como sendo “parte diferenciada e vital do corpo humano, constituída por vários tecidos, que mantém de modo largamente autónomo a sua estrutura, vascularização e capacidade de desenvolver funções fisiológicas” (al. a), do art. 1º-A).

<sup>119</sup> Fonte: Instituto Português do Sangue e da Transplantação, I.P., com informação disponível para consulta em [www.ipsangue.org](http://www.ipsangue.org).

<sup>120</sup> Tecido é o agregado de células de diferenciação e função semelhantes, unidas para a execução de determinada tarefa. A lei nº 12/93, de 22 de Abril define “Tecido”, como sendo todas as partes constitutivas do corpo humano formadas por células (art. 1º-A, al. b)).

<sup>121</sup> [www.ipsangue.org](http://www.ipsangue.org).

<sup>122</sup> SGRECCIA, Elio, *ob. cit.*, pág. 806.

foram transplantados, sendo por isso incompatíveis com ele”<sup>123</sup>. Daí a importância da realização de um estudo prévio dos vários grupos de antígenos celulares para o êxito do transplante.

Um problema técnico importante nos transplantes é a da conservação inalterada dos órgãos destinados ao transplante. Pela necessidade que estes sejam feitos em pouco tempo, é necessário um conjunto de atenções e preparações complexas, quer quando se dá *ex vivo* ou *ex mortuo*; neste último caso, além de ter de ser decretada a morte clínica do sujeito dador, o transplante deve ser realizado rapidamente. Daí que existam centros de informação rápida e de transporte, quer a nível nacional, quer internacional. Mas antes do transporte é efectuado um exame de histocompatibilidade, para fins de melhor destinação do órgão, bem como todos os testes de exclusão de doenças infecciosas (ex. hepatite e SIDA).

### 2.3. Espécies de Transplantes

Podemos estar perante um autotransplante ou transplante autoplástico, quando estamos a falar da transferência de tecidos/órgãos de uma parte do mesmo organismo para outra. O doador será também o receptor. Aqui não se coloca o problema da incompatibilidade histológica<sup>124</sup>. É frequente no caso de transplantes de reparação (para lesões) ou de carácter estético e nas conhecidas cirurgias de “ponte de safena”<sup>125</sup>.

Existe também a transplantação heteroplástica: é a transplantação de um organismo para outro. Dentro desta espécie de transplantes podemos ter os transplantes homólogos ou heterólogos. Estaremos perante um transplante homoplástico ou homólogo quando se der o caso de o transporte de tecidos/órgãos do indivíduo dador ser para um indivíduo hospedeiro da mesma espécie. Dentro dos transplantes homólogos podemos ter os transplantes *ex vivo*, quando se tratar de um transplante de órgãos de um ser vivo para outro; Ou de transplantes *ex mortuo* ou *mortis causa*, quando em causa esteja o transplante de órgãos de um ser morto para um ser vivo. Há

---

<sup>123</sup> *Idem*

<sup>124</sup> Nem, à partida, qualquer problema ético – PINTO, José Rui da Costa, *Questões actuais de ética médica*, Colecção “Temas Hoje”, 1, Editorial A.O., Braga, 1979, pág. 91

<sup>125</sup> Ponte de safena “é a cirurgia que usa uma parte da veia safena da perna para desviar sangue da aorta (principal artéria do corpo, que sai do coração) para as artérias coronárias (que irrigam o coração) (...). O nome completo da cirurgia é cirurgia de revascularização miocárdica (referente ao miocárdio, músculo que irriga o coração) por ponte de safena aorto-coronária. (...) Esta operação está indicada para aqueles pacientes que tem comprometimento da irrigação cardíaca (isquemia) por obstrução de artérias, com risco de enfarte (morte do músculo cardíaco por falta total de irrigação sanguínea). (...). O sangue rico em oxigénio flui da aorta, ao longo do enxerto da veia safena, e passa pelo local de bloqueio até à artéria coronária para nutrir o músculo cardíaco.” (Fonte: [http://saber.sapo.pt/wiki/Ponte\\_de\\_safena](http://saber.sapo.pt/wiki/Ponte_de_safena)).

certos transplantes que só podem ser feitos por colheita *ex cadavere* (ex. transplante de coração). Podemos estar ainda perante um transplante de órgãos de um ser que não chegou a ter vida (feto, nado-morto) para um ser vivo.

Quase todos os autores são unânimes na afirmação de que se devem privilegiar os órgãos colhidos a partir de dador cadáver em detrimento dos colhidos em dador vivo. Os argumentos apontados são basicamente os seguintes: a recolha de órgãos, ainda que consentida traduz sempre uma ofensa corporal para o dador e não existem maiores probabilidades de sucesso clínico quando os órgãos provém de dador vivo (a não ser no caso de parentes próximos entre os quais exista compatibilidade de tecidos e portanto uma menor probabilidade de rejeição). Logo, a colheita de órgãos em cadáveres é, à partida, menos lesiva do que a realizada em dadores vivos<sup>126</sup>.

Podemos estar, ainda, perante transplantes de elementos de origem animal (xenotransplantes)<sup>127</sup>, onde há transferência para o homem de órgãos, tecidos ou células de animais não humanos. Trata-se, portanto, de uma forma de transplantação entre espécies<sup>128</sup>, também designada por transplantação heteróloga ou aloplástica<sup>129</sup>. O caso mais mediático de xenotransplantação foi o de Baby Fae (1984, no Loma Linda Hospital): o Dr. Leonard Bailey transplantou o coração de um macaco africano para um bebé de duas semanas de idade, que veio a falecer vinte dias depois devido à destruição pelos seus anticorpos do coração transplantado.

Se o transplante de órgãos provenientes de animais não tem tido sucesso, o mesmo não se pode dizer relativamente ao transplante dos seus tecidos e células. Por exemplo, o xenotransplante de válvulas de coração de porco para um ser humano constitui actualmente um procedimento de cirurgia cardíaca de rotina<sup>130</sup>.

---

<sup>126</sup> À partida! Somos da opinião que nos transplantes *post mortem* são cometidos graves atropelos que nos levam a questionar esta afirmação: desde logo, a informação para efeitos de consentimento dispensada num e noutra caso. Aliás, enquanto que nos dadores vivos há todo um cuidado em obter um consentimento informado, nos “dadores” mortos, cremos que muitas vezes os seus órgãos são colhidos contra a sua vontade manifestada em vida. Estas são as “contas de nosso rosário”, que desfiaremos mais à frente.

<sup>127</sup> CARVALHO, Orlando de, “Transplantações e Direitos das Pessoas”, em *Transplantações – Colóquio Interdisciplinar (25 de Março de 1993)*, Publicações de Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. 3, Coimbra, 1993, pág. 136. Madalena Lima entende que este género de intervenções não levanta qualquer espécie de objecções, visto que a subordinação dos animais ao serviço dos homens é clara e razoável. – LIMA, Madalena, *ob. cit.*, pág. 20

<sup>128</sup> Que de resto, não se trata de uma ideia nova. As primeiras tentativas conhecidas de xenotransplantação datam do séc. XVIII e traduziram-se no transplante de córneas de gatos e de cães para pessoas invisuais. Também no início do séc. XX, há registo de transplante de rins de coelho, porco e de cabra para doentes que sofriam de insuficiência renal (todavia, todos morreram passado pouco tempo) – V. MELO, Helena Pereira de, *ob. cit.*, pág. 98-99.

<sup>129</sup> Faria Costa entende que só nos transplantes provenientes de dadores humanos vivos ou de cadáveres humanos se pode falar de acto médico e não puro acto de experiência. Já isso não se passa, por exemplo, com os xenotransplantes (cfr. COSTA, José de Faria, “O valor do silêncio do legislador penal e o problema das transplantações”, em *BFUDC (Separata)*, Vol. LXIX, Coimbra, 1993 pág. 209-210).

<sup>130</sup> Aliás, a utilização de elementos de origem porcina é bastante frequente e aplicada em diversos tratamentos: a pele do porco tem sido utilizada para o tratamento de grandes queimados; as suas células pancreáticas para o tratamento

Sem prejuízo das implicações ético-legais que poderão vir a ter os xenotransplantes no futuro<sup>131</sup>, por ora, ficar-nos-emos apenas pela análise dos homotransplantes, que envolvem actos de disposição do corpo ou partes separadas do corpo, de um indivíduo (vivo ou morto) para outro. O que já levanta relevantes problemas ético-jurídicos, designadamente no que aos direitos da personalidade e ao respeito do princípio da autonomia diz respeito<sup>132</sup>.

É necessário distinguir ainda os transplantes “salva-vidas” – como os de fígado, coração e pulmões – em que o sujeito, se não receber o transplante está destinado a morrer, e os “transplantes não salva-vidas”, em que aquilo que se melhora é a qualidade

---

de diabéticos; e o seu tecido neural fetal para pessoas que sofrem de doença de Parkinson. – MELO, Helena Pereira de, *ob. cit.*, pág. 99.

<sup>131</sup> Vários são os benefícios associados à xenotransplantação: são uma solução para quem necessita, com urgência de um órgão, tendo em conta que não existem órgãos disponíveis para todas as pessoas a quem o transplante se revela clinicamente indicado, sendo portanto, uma forma adicional de satisfazer a procura de órgãos e tecidos. Os “animais fonte” (e não animais dadores, porque o animal não tem opção de os seus órgãos serem ou não utilizados para transplantação) permitirão aceder a um stock ilimitado de órgãos, inclusive de órgãos não regeneráveis e que por norma não são admissíveis nos transplantes homólogos em vida, e que estarão disponíveis no momento em que for conveniente realizar o transplante. Tornará também a transplantação um serviço mais fácil de organizar e de prestar, o que permitirá uma redução nos custos, bem como oferecerá a vantagem de recorrer aos xenotransplantes como medida provisória enquanto não for um órgão humano para transplantação permanente; pode permitir ainda, que certas pessoas que não são normalmente elegíveis (em razão da idade avançada, por exemplo) possam realizar um transplante. São também um campo de interesse para os investigadores, por poderem contribuir, para a cura de doenças para as quais não existe actualmente um intervenção terapêutica eficaz (ex. doença de Parkinson) ou como forma alternativa de tratamento de doenças, como a diabetes. Por outro lado, estudos realizados têm revelado que vários pacientes que receberam um órgão se ressentem por serem portadores de um órgão de uma pessoa que faleceu. Deste modo, a xenotransplantação pode revelar-se um alívio para estas pessoas. Todavia, e porque tudo tem um “lado lunar”, a xenotransplantação também tem aspectos negativos, que, na actualidade, suplantam os positivos, fazendo as pessoas rejeitar a sua utilização: há uma grande probabilidade de rejeição do órgão animal (probabilidade que já existe nos transplantes homólogos, mas que é exponenciada nos xenotransplantes, por força da maior disparidade imunológica entre dador e receptor). Existe o receio de provocar dor desnecessária ou lesão prolongada aos animais. Existem também e compreensivelmente objecções de natureza ética e jurídica: pode contribuir para a extinção de algumas espécies (ex. chimpazés), o que tem contribuído para que os investigadores tendam, actualmente, a eger, como animais fonte para a xenotransplantação, os porcos. A xenotransplantação suscita ainda a questão de saber se o órgão animal será capaz de desempenhar as funções que um órgão humano saudável desempenha, quer a curto, quer a longo prazo. Poderá ainda ocorrer o grave risco da transmissão de doenças infecciosas dos animais para os receptores e, em consequência, o alastrar deste para a sua família e conhecidos e, posteriormente para a população em geral, originando pandemias. (basta lembrar, certas zoonoses como a brucelose ou a raiva ou doenças como a SIDA e a doença de Creutzfeld –Jacob cujo aparecimento no homem se deveu provavelmente ao facto de terem sido transmitidos para o homem certos agentes patológicos dos animais) – Vide, MELO, Helena, *ob. cit.*, pág. 100-108. Por outro lado ainda, há autores que, quanto à utilização de primatas não humanos como dadores para xenotransplantação no Homem, “opinam que as profundas pareenças entre os primatas não humanos e a nossa espécie tornam eticamente chocante o sacrifício desses animais para transplantação”. (cfr. ARCHER, Luís, “Transplantações do animal para o Homem”, em *Brotéria*, Vol. 146, Maio/Junho 1998, pág. 603)

<sup>132</sup> Por exemplo, relativamente aos transplantes entre vivos, é necessário que o órgão/tecido doado seja algum que não afecte substancialmente o organismo na sua funcionalidade. Para que uma intervenção se diga ética é necessária a correcta ponderação do princípio da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade e isso concretiza-se na verificação das seguintes condições: o dador tem que transmitir o seu consentimento em plena liberdade, sem qualquer coacção ou pressão, e devidamente informado dos riscos que poderá correr. Por outro lado, também o receptor deve ser devidamente informado dos riscos que poderá correr. Exige-se ainda que se trate de verdadeira necessidade ou urgência e que, medicamente, se tenha suficiente segurança de êxito. Quanto às transplantações homoplásticas de morto: é necessário não contrariar o direito de disposição do corpo para depois da morte do defunto. E o momento da morte tem que ser correctamente determinado, para não se correr o risco de “sentenciar” à morte alguém que cientificamente, não o está. Por último, “nas transplantações heteroplásticas deve-se ter em conta, para uma juta avaliação ética, os riscos de alteração da personalidade que pode correr o paciente receptor”, sobretudo se pensarmos em transplantações de órgãos genitais ou do cérebro. – neste sentido, PINTO, José Rui da Costa, *ob. cit.*, pág. 91-94.



de vida do paciente (ex. transplantes de mão e de rosto)<sup>133</sup>. Estes últimos levantam muitas questões a nível ético, uma vez que estes transplantes, muitas vezes com um grande cariz estético, representam a identidade da pessoa e, portanto, essas técnicas atentam, ou, podem atentar, contra a sua unicidade. Basta pensar que o primeiro indivíduo que realizou um transplante de mão, apesar de este ter sido, clinicamente, bem-sucedido, pouco tempo depois requereu a amputação do novo membro, porque nunca se conseguiu adaptar a este. Uma mulher que se submeteu a um transplante de rosto em 2005, em França, está fortemente imunodeprimida, não podendo sequer sair de casa, porque fica exposta às infeções.

#### 2.4. Classificação do Acto de Transplantação

Existe a dúvida de saber se o transplante é uma actividade curativa ou uma actividade de experimentação médica<sup>134</sup>. A distinção é deveras importante, sobretudo, no que ao seu tratamento jurídico-penal diz respeito, pois, se na actividade curativa o consentimento que é prestado é de forma a afastar uma intervenção médica arbitrária (arts. 150º e 156º do CP)<sup>135</sup>, na actividade de experimentação médica, o consentimento funciona como causa de justificação a uma ofensa à integridade física (art. 149º do CP)<sup>136</sup>.

As intervenções médicas não se consideram tipicamente uma ofensa corporal quando: se possam considerar indicadas segundo a experiência e a ciência médica; sejam levadas a cabo segundo as *legis artis*, por um médico ou por outra pessoa

---

<sup>133</sup> Esta é regra. Mas veja-se um caso em que um transplante de rosto salvou a vida de uma pessoa: <http://visao.sapo.pt/grzegorz-o-primeiro-homem-a-quem-um-transplante-de-rosto-salvou-a-vida=f743511>

<sup>134</sup> Há, todavia, quem fale numa terceira via: a investigação curativa, em que o objectivo, como na intervenção curativa é a cura do paciente, no entanto, e por falta de um método comprovado que permita atingir tal finalidade, lança-se mão de procedimentos ainda em fase experimental – GRAHLMANN *Apud* FARIA, Paula Ribeiro de, *Aspectos Jurídico-Penais dos Transplantes*, Estudos e Monografias, Universidade Católica Portuguesa – Editora, Porto, 1995, pág. 54 (e nota 41)

<sup>135</sup> Trata-se de um crime contra a liberdade das pessoas: é necessário, para afastar a tipicidade do art. 156º do CP, que exista um consentimento conferido de acordo com o art. 157º do CP (“*Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica.*”). – FARIA, Paula Ribeiro de, *ob. cit.*, pág. 37-38.

<sup>136</sup> Aliás, e segundo Costa Andrade, nas intervenções médico-cirúrgicas para efeitos do art. 150º e 156º do CP, o que existe é um acordo, excludente da tipicidade: uma vez que aqui a manifestação de vontade do paciente dá expressão e realização ao b.j. tipicamente protegido, representando um acto de exercício do direito de liberdade – ANDRADE, Manuel Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004, Coimbra, pág. 400 e ss e pág. 508. A figura do consentimento como causa de justificação excludente da ilicitude existe para as intervenções médicas realizadas fora do círculo definido como intervenção médico-cirúrgica (v. g., a que é executada sobre o doador de órgãos ou tecidos) e que deixam a descoberto a sua danosidade social enquanto atentados à integridade física (*ibid.*, pág. 463-364, nota 296). Isto implica diferenças de regime: por exemplo, a cláusula dos bons costumes não é critério de limitação da validade e eficácia do acordo, mas já o será em casos de consentimento (designadamente no caso de lesões graves à integridade física (*ibidem*, pág. 537 e ss). Também a actuação em erro por parte do portador do b.j. tem um regime diferenciado no acordo e no consentimento (*ibidem*, pág. 564 e ss).

legalmente autorizada, e que possuam finalidade terapêutica, ou seja, tenha em vista prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental (art. 150º do CP). Tão pouco releva, o sucesso ou insucesso de que se venha a revestir a intervenção ou o consentimento do paciente.

Já estaremos perante um crime de ofensas corporais<sup>137</sup> quando: as intervenções ocorram num campo ainda não coberto pelos conhecimentos e experiência da medicina (intervenções terapêuticas de carácter experimental ou ainda não suficientemente comprovado), as intervenções que não sejam levadas a cabo por um médico ou pessoa legalmente autorizada ou quando as intervenções tenham em vista finalidades quem nem imediata ou mediata possam relacionar-se com a terapêutica no mais amplo sentido.

Faria Costa entende que a transplantação é antes de mais um acto médico<sup>138</sup>, uma vez que o seu principal objectivo é a procura da solução para o sofrimento e a dor do paciente. De facto, é essa a intenção no que respeita ao receptor<sup>139</sup>. Da perspectiva do receptor, estamos assim perante uma intervenção médica, que não constitui tipicamente uma ofensa corporal, mas que poderá revestir a natureza de uma intervenção médica arbitrária, se não precedida do necessário consentimento.

Mas da perspectiva do dador, jamais poderíamos integrar a acção médica no âmbito do art. 150º do CP: dificilmente, para não dizer impossível, se considerará a retirada de um órgão saudável, ainda que regenerável, como indicado segundo a experiência e a ciência médica ou se poderá considerar tal intervenção destinada à recuperação ou manutenção da saúde do dador<sup>140</sup>. A não ser, claro, num caso de

---

<sup>137</sup> Só podendo a sua justificação derivar, de acordo com os termos gerais, do consentimento do ofendido ou do estado de necessidade.

<sup>138</sup> COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, pág. 205. Dias Pereira também inclui na noção de intervenções médicas, apesar de não cumprir os requisitos do art. 150º do CP, a doação de órgãos e tecidos, uma vez que visa “cumprir certos objectivos médicos ou de saúde” – V. PEREIRA, André Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, Estudo de Direito Civil*, 9, Publicações do Centro de Direito Biomédico, 2004, Coimbra Editora, pág. 176.

<sup>139</sup> Mas mesmo aqui a classificação não é isenta de dúvidas. O art. 150º do CP não cobre as intervenções que ocorram em campos ainda não cobertos pelos conhecimentos e experiências da medicina (intervenções terapêuticas de carácter experimental ou ainda não suficientemente comprovado), mesmo que levados a cabo de forma técnica e cientificamente irrepreensível. Ora, em relação aos transplantes, não podemos dizer que se encontram todos ao mesmo nível. Há os que se praticam já de forma rotineira e que estão amplamente cobertos pelo conhecimento e experiência médica, apresentando inclusive elevadas taxas de sucesso, tratando-se hoje em dia, sem sombra de dúvida de uma intervenção médica curativa (ex. transplante de rim), mas, outros há, que envolvem riscos extraordinariamente elevados, e que têm, ainda, um carácter marcadamente experimental (ex. transplante de coração, de pulmões e de órgãos provenientes de animais). O facto de se negar o carácter de intervenção médica a estes transplantes, para efeitos do art. 150º do CP, não acarreta necessariamente, a responsabilidade penal e civil dos médicos, que no intuito louvável de salvar vidas, os realizem. Passando a estar perante uma ofensa corporal típica, a ilicitude da conduta pode ser excluída pela existência do consentimento do paciente. Todavia, nestes casos o poder de disposição sobre o próprio corpo não ilimitado, tendo que se atender ao bons costumes, como vimos, o art. 149º do CP. No caso, a finalidade curativa não nos permitiria negar a eficácia justificativa do consentimento – Vide FARIA, Paula Ribeiro de, *ob. cit.*, pág. 52-69 COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, pág. 211, nota 206

<sup>140</sup> V. COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, pág. 211 (nota 22).

autotransplante, em que a intervenção médica (a ablação do órgão) é realizada tendo em vista “prevenir diagnosticar, debelar ou minorar uma doença, um sofrimento, uma lesão ou fadiga corporal ou uma perturbação mental” do próprio dador. Aí, o transplante em benefício do próprio dador, mas sem o seu consentimento, prestado nos termos do art. 157º do CP pode configurar uma intervenção e tratamento médico-cirúrgico arbitrário (art. 156º do CP). De facto, neste caso, não havendo consentimento do paciente, não há uma ofensa corporal, uma vez que se trata de uma intervenção médica (no caso, o dador é simultaneamente receptor e verifica-se a ablação de um órgão/tecido para ser implatado noutra local do seu organismo) nos termos e para os efeitos do art. 150º do CP: é uma intervenção que tem em vista “prevenir diagnosticar, debelar ou minorar uma doença, um sofrimento, uma lesão ou fadiga corporal ou uma perturbação mental” do próprio dador. Pode haver sim, uma violação da sua liberdade de vontade – ou seja, uma intervenção e tratamento médico-cirúrgico arbitrário – quando, não havendo esse consentimento, não se verifique também qualquer das hipóteses previstas nas alíneas do nº 2 do art. 156º do CP.

Portanto, e, à partida, só quanto ao receptor, podemos classificar o acto de transplantação como uma intervenção médica.

## 2.5. Interesses conflitantes nos transplantes

Nos transplantes de órgãos “é preciso ter presente e em consideração os interesses do receptor e do dador que não correspondem necessariamente, antes podem ser e são, na maioria das vezes, contraditórios”<sup>141</sup>. Os transplantes, designadamente os homotransplantes encerram em si um conflito latente entre bens jurídicos. “E a sua defesa manifesta-se, precisamente, por meio de um conflito”<sup>142</sup>. De um lado, quer defender-se o valor da “preservação e potenciação da saúde individual e colectiva e, do outro, contrapõe-se a necessidade de proteger o valor da dignidade da pessoa humana, os direitos à integridade física e à autodeterminação enquanto homem vivo e, mesmo depois de morto, a defesa do reconhecimento do cadáver como projecção ultra-existencial da pessoa humana”<sup>143</sup>. Ou seja, os transplantes, autênticas limitações aos direitos de personalidade, podem trazer enormes benefícios às pessoas afetadas por doenças que, de outro modo, seriam incuráveis.

---

<sup>141</sup> FARIA, Paula Ribeiro de, *ob. cit.*, pág. 24-25

<sup>142</sup> COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, pág. 210.

<sup>143</sup> *Ibid*

Por outro lado, todos os países do mundo se vêm confrontados com a mesma realidade: de um lado a escassez de órgãos e do outro um número cada vez maior número de receptores. Há, assim, um interesse da comunidade em obter o maior nº de órgãos possível, por forma a satisfazer as necessidades terapêuticas que ocupam os hospitais. Ao interesse da comunidade alia-se o interesse do concreto receptor do órgão doado, que pretende ver a sua saúde restabelecida e/ou até a sua vida salva. Este tipo de disparidade pode conduzir a excessos: uma vez que a solidariedade humana não se revela suficiente, pode cair-se na tentação de obter órgãos a todo e qualquer custo, desrespeitando a autonomia da vontade e a distribuição equitativa dos órgãos disponíveis. Por exemplo, nos transplantes *mortis causa* existe o receio de que, perante um dador adequado<sup>144</sup>, a determinação da sua morte seja feita de modo apressado ou que não sejam dispensados ao doente os cuidados necessários ou ainda que a sua autonomia individual (nomeadamente, o direito de disposição do corpo para depois da morte) não seja tida verdadeiramente em linha de conta. E não se pode aceitar a posição de quem defenda que por morrermos, a nossa vontade quanto ao destino do nosso corpo não é relevante, porque deixa de existir a pessoa. O testamento é um exemplo claro de que a vontade do *de cuius* produzirá efeitos depois da sua morte.

No lado oposto, temos o interesse do dador. Aqui, os interesses podem ser diferentes, consoante estejamos perante um doador vivo ou morto. O doador vivo terá o interesse de não ver a sua integridade física ou a sua saúde sofrerem uma diminuição grave e permanente e que a sua autonomia individual não seja violada, o que apenas se verificará quando o seu consentimento seja prestado de acordo com todos os requisitos exigidos, que veremos infra (mas, sobretudo, que seja um consentimento livre e esclarecido). Por sua vez, o interesse do dador morto, será, quanto a nós, o respeito pela sua autonomia e das suas determinações quanto ao destino do cadáver depois a morte e que podem derivar das suas crenças religiosas, ou convicções éticas e filosóficas, sem que ninguém tenha nada a ver com as mesmas.

Além disso, a doação de órgãos, ainda que promovendo o altruísmo e a solidariedade, não evita que haja algumas percursões, e graves, na vida de quem se dispõe a doar órgãos (os receios e os temores pela sua vida e pela sua saúde e pelo futuro daqueles que são dependentes de si, imaginando que algo corre mal, as faltas ao emprego e a outros compromissos por conta de se ter tornado doador, etc...) e há gastos

---

<sup>144</sup> E diga-se que em Portugal, o número de dadores *post mortem* adequados é elevadíssimo tendo em conta o reduzido número de inscritos no RENNDA, como teremos oportunidade de constatar.

que não são necessariamente compensados, apesar da previsão do art. 9º da Lei nº 12/93, de 22 de Abril.

## 2.6. Regulamentação dos Transplantes em Portugal

Em Portugal, ao contrário do que sucede, por exemplo, no Brasil<sup>145</sup>, a remoção de órgãos e tecidos humanos para fins de transplante e tratamento não tem previsão expressa no texto constitucional. Contudo, “a sua inexistência não implica que o domínio das transplantações corresponda a uma zona constitucionalmente irrelevante”<sup>146</sup>. Poderemos sempre integrar essa espécie de tratamento no artigo referente ao direito à saúde (**art. 64º da CRP**). De facto, a Lei Fundamental Portuguesa, no capítulo sobre direitos e deveres sociais, consagra como direito universal, geral e tendencialmente gratuito, o direito fundamental à protecção da Saúde. Assume-se como um direito social<sup>147</sup> cuja específica regulamentação está dependente da intervenção do legislador ordinário. Nessa sequência existe uma lei de bases (lei nº 48/90, de 24 de agosto, alterada pela lei Lei n.º 27/2002, de 8 de Novembro), que concretiza este direito à saúde<sup>148</sup> e, deste modo, permite o exercício desse mesmo direito. Este direito tem uma vertente positiva, na medida em que se prevêem prestações por parte do Estado, mas também uma vertente negativa, na medida em que o particular é titular de um direito subjectivo que impõe que o Estado e terceiros se abstenham de prejudicar o bem jurídico saúde<sup>149</sup>.

Depois, temos a **Lei nº 12/93, de 22 de Abril**<sup>150</sup>, que contém a disciplina legal, em Portugal, quer dos transplantes entre vivos quer dos transplantes *ex mortuo*. Como dispõe o nº1 do seu art. 1º, regula os “actos que tenham por objecto a dádiva ou colheita de órgãos, tecidos e células de origem humana, para fins terapêuticos ou de transplante, bem como às próprias intervenções de transplante”. Estão excluídos do seu âmbito a transfusão de sangue, a dádiva de óvulos e de espermatozoides e a transferência e manipulação de embriões, assim como a dádiva e a colheita de órgãos para fins de investigação

<sup>145</sup> Cfr. art. 199, §4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

<sup>146</sup> LOUREIRO, João, *ob. cit.*, pag. 16

<sup>147</sup> Todavia, para certos autores, não obstante a sua inserção sistemática, o direito à saúde “constitui-se, com muito maior evidência, como um direito especial de personalidade directamente vinculado ao direito à qualidade de vida” (que não existe sem saúde) – SZANIAWSKI, Elimar, *ob. cit.*, pág. 170

<sup>148</sup> O direito à saúde cruza-se, necessariamente, com outros direitos fundamentais (por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana – art. 1º -, o direito à vida – art. 24º -, e o direito à integridade física e moral – art. 25º, todos da CRP).

<sup>149</sup> O legislador na concretização do direito à saúde deve garantir não apenas a universalidade e a generalidade do serviço nacional de saúde, mas também a igualdade no acesso a cuidados de saúde.

<sup>150</sup> Doravante, todas as referências a artigos sem alusão ao respectivo diploma, referem-se à Lei nº 12/93, de 22 de Julho.

científica (art. 1º, nº 2). Veio substituir o Decreto-Lei nº 553/76, de 13 de Julho, que, por sua vez, havia já substituído o Decreto-Lei nº 45683, de 25 de Abril de 1964. A lei dos transplantes foi já alvo de três alterações: a primeira foi feita pela **Lei nº 22/2007, de 29 de Junho**, depois pela **Lei nº 12/2009, de 26 de Março** e a última pela **Lei nº 36/2013, de 12 de Junho**<sup>151</sup>.

Convém mencionar, ainda, os seguintes diplomas:

a) Para a regulação do Registo Nacional de Não Dadores (RENDA), previsto no art. 11º da Lei 12/93, destaca-se o **Decreto-Lei nº 244/94, de 26 de Setembro**, mas também o **Despacho nº 700/94, de 1 de Outubro**, do Ministério da Saúde, que aprova o modelo de impresso destinado ao Registo Nacional de Não Dadores e o Cartão Individual de Não Dador.

b) Para o estabelecimento da morte cerebral: **Lei nº141/99, de 28 Agosto**, da Assembleia da República (estabelece os princípios em que se baseia a verificação da morte) e a Declaração da Ordem dos Médicos, de 1 de Setembro de 1994, prevista no art. 12º da Lei 12/93.

c) **Despacho nº 5015/2011, de 23 de Março**, do Ministério da Saúde - Gabinete da Ministra: estabelece as condições de atribuição da compensação relativa à dádiva de tecidos e células de origem humana prevista no artigo 22º da Lei nº 12/2009, de 26 de março.

d) **Despacho nº 26951/2007, de 26 de Novembro**, do Ministério da Saúde - Gabinete do Ministro: criação e constituição da Entidade de Verificação da Admissibilidade da Colheita para Transplante, prevista no art. 6º - A da Lei 12/93.

e) **Portaria n.º 802/2010, de 23 de Agosto**, do Ministério da Saúde: cria o Programa Nacional de Doação Renal Cruzada (PNDRC) para inscrição de pares dador-recetor de rim e respetiva alocação cruzada.

f) **Lei n.º 12/2009, de 26 de Março**: estabelece o regime jurídico da qualidade e segurança relativa à dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento, distribuição e aplicação de tecidos e células de origem humana, transpondo para a ordem jurídica interna as Directivas n.os 2004/23/CE, do Parlamento

---

<sup>151</sup> Trata-se de uma transposição para a ordem jurídica portuguesa da directiva europeia n.º 2010/53/UE, que determina que a dádiva de órgãos “é voluntária e não remunerada”. Os dadores vivos têm direito a receber uma compensação estritamente limitada a cobrir as despesas efectuadas e a perda de rendimentos relacionados com a dádiva, não podendo esse pagamento constituir um incentivo ou benefício financeiro para a dádiva de órgãos. O dador vivo tem sempre direito a ser indemnizado pelos danos decorrentes do processo de dádiva e colheita, independentemente de culpa. Já a actividade desenvolvida pelas unidades de colheita não pode ter carácter lucrativo, sendo proibida a publicidade sobre a necessidade de órgãos ou sobre a sua disponibilidade, quando tenha por intuito oferecer ou procurar obter lucros financeiros ou vantagens equivalentes.

Europeu e do Conselho, de 31 de Março, 2006/17/CE, da Comissão, de 8 de Fevereiro, e 2006/86/CE, da Comissão, de 24 de Outubro.

g) **Lei n.º 36/2013, de 12 de Junho:** aprova o regime de garantia de qualidade e segurança dos órgãos de origem humana destinados a transplantação no corpo humano, de forma a assegurar um elevado nível de proteção da saúde humana, transpondo a Diretiva n.º 2010/53/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de julho, relativa a normas de qualidade e segurança dos órgãos humanos destinados a transplantação.

h) **Art. 60º e 61º do Código Deontológico dos Médicos.**

Outras leis que, apesar de não regularem os transplantes, estão relacionadas com os mesmos:

a) **Decreto-Lei n.º 39/2012, de 16 de Fevereiro:** aprova a orgânica do Instituto Português do Sangue e da Transplantação, I.P., que é a entidade responsável a nível nacional pela regulação da actividade de transplantação.

b) **Portaria n.º 31/2002, de 8 Janeiro,** do Ministério da Saúde: determina a actividade de colheita de tecidos ou órgãos de origem humana para fins de transplantação e a actividade de transplantação estão sujeitas a prévia autorização do Ministro da Saúde, ouvida a Organização Portuguesa de Transplantação (OPT)

c) **Portaria n.º 357/2008 de 9 de Maio,** do Ministério da Saúde: regulamenta a rede nacional de coordenação de colheita e transplantação.

d) **Decreto-Lei n.º 38/2010, de 20 de Abril,** do Ministério da Saúde: isenta do pagamento de taxas moderadoras os doentes transplantados de órgãos, os dadores vivos de órgãos e de células envolvidas em dádivas de medula óssea, os potenciais dadores de órgãos e das referidas células.

Além disso, não podemos esquecer a regulamentação internacional, com especial destaque para a europeia, sobre o tema, uma vez que a saúde é cada vez menos um espaço que se limite às fronteiras de um país. Por isso, o Conselho da Europa, criado em 1947 teve como uma das suas principais áreas de actuação a Bioética e o Direito Biomédico e da Saúde<sup>152</sup>. Para além da aprovação de algumas resoluções e

---

<sup>152</sup> PEREIRA, André Dias, “Um Direito da Saúde para a Europa?”, em *Debater a Europa (25 anos de integração europeia)*, n.º 2 e 3, Jan.-Dez. 2010, pág. 28 (disponível em <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa>, consultado em 13/06/2013).

recomendações sobre a temática dos transplantes<sup>153</sup>, há que realçar a aprovação da **Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina**<sup>154</sup>, em 1997, bem como dos respectivos Protocolos Adicionais à Convenção (do qual destacamos o **Protocolo Adicional Sobre Transplantação de Órgãos e Tecidos de origem humana, em vigor desde 1 de Maio de 2006**).

---

<sup>153</sup> A título de exemplo: Recomendação 1399 (1999) sobre xenotransplantação; Recomendação 1611 (2003) sobre tráfico de órgãos na Europa; Resolução (78) 29 sobre a harmonização das legislações dos Estados membros relativas à colheita e transplantação de substâncias de origem humana; Recomendação R (79) 5 sobre a troca internacional e o transporte de substâncias humanas; Recomendação R (81) 1 relativa à regulamentação aplicável aos bancos de dados médicos automatizados; Recomendação (94) 1 sobre bancos de tecidos humanos; Recomendação R (97) 15 sobre a xenotransplantação; Recomendação R (2001) sobre a gestão de listas de espera para transplante; Recomendação R (2003) 10 sobre xenotransplantação; Recomendação R (2004) 7 sobre o tráfico de órgãos; Resolução CM/RES (2008) 4 sobre a doação para transplante de fígado entre vivos de adulto para adulto; Resolução CM/RES (2008) 6 sobre o transplante de rins de doadores vivos que não sejam geneticamente relacionados com o receptor. – v. PEREIRA, André Dias, *últ. ob. cit.*, pág. 28 e 29 (nota 9)

<sup>154</sup> “Os motivos impulsionadores da Convenção são a verificação de uma maior preocupação tendente à harmonização das regras existentes: regras do Conselho da Europa e das legislações nacionais e evitar a criação de “paraísos (ou, melhor dizendo, *infernos*) bioéticos”. A Convenção é marcada pelos seguintes aspectos, com relevo para o nosso tema: 1) o princípio da autonomia – através do consentimento informado (Capítulo II); 2) o princípio da não obtenção do lucro com base na utilização de partes do corpo humano (Capítulo VII); e 3) o acesso equitativo aos cuidados de saúde (art. 3.º da Convenção). - *Ibid.*, pág. 29 e 32



## TRANSPLANTES ENTRE VIVOS

A utilização de órgãos e tecidos do corpo humano da pessoa em vida para fins terapêuticos é um fenómeno relativamente recente, em relação ao que sucede com a utilização do cadáver. De facto, só com a Lei nº 12/93, de 22 de Abril, se passou a regular as colheitas de órgãos e tecidos em vida.

Nesta espécie de homotransplantes, tanto o dador (sujeito activo), quanto o receptor (sujeito passivo) são indivíduos que estão vivos. É, assim, por referência aos sujeitos envolvidos que se utiliza a expressão entre vivos ou *inter vivos*.

Analisando a recolha de órgãos a partir de dador vivo, pelo menos do ponto de vista jurídico, esta operação constitui um atentado à integridade física do indivíduo que não é aqui efectuada em benefício do próprio, mas de terceiros. Todavia, este atentado encontra-se justificado pelo consentimento do indivíduo. Contudo, existem outros requisitos a serem observados.

### 3.1. Requisitos do Transplante *Inter Vivos*

1) Em primeiro lugar, é requisito essencial que o dador não venha a sofrer um dano substancial e irreparável na sua própria vida e na sua própria operacionalidade. Deste modo, apenas podem ser objecto de doação elementos caducáveis (dentes, cabelos, leite materno)<sup>155</sup>, elementos regeneráveis (excepto, se pela sua quantidade, a disposição pode pôr em perigo a saúde do paciente). No caso de elementos não regeneráveis, é de maior intensidade e expressão a inviolabilidade do corpo. A cedência destes será lícita ou ilícita, dependendo “do risco que a perda representa para o dador, da vantagem que a aquisição representa para o receptor, das técnicas de extracção, das possibilidades de recuperação, etc. De todo o modo, não podem ceder-se elementos indispensáveis”<sup>156</sup>. Não é, portanto, lícito salvar a vida de outra pessoa acabando com a

---

<sup>155</sup> Muitas vezes neste âmbito, também se fala do tratamento a dar a resíduos do corpo humano ou também designado “lixo hospitalar” (ex. dejectos hospitalares, elementos usados para análise, como o sangue, as secreções habitualmente abandonadas, entre as quais a placenta e ainda as células extraídas para estudo). São componentes que restam sem a menor utilidade para o corpo humano, mas que podem ser de grande importância para terceiros e para o desenvolvimento, por exemplo de medicamentos. Além disso, o seu emprego em terceiros não acarreta nenhum acto de violação à integridade física da pessoa onde se originaram. Todavia, o tema é mais controvertido, por exemplo, no destino a dar a fetos (provenientes quer de aborto voluntário, quer de causas naturais) – v. a este respeito, AMARANTE, Napoleão Xavier do, *ob. cit.*, pág. 532.

<sup>156</sup> CARVALHO, Orlando de, *Teoria geral do Direito Civil, ... (coord. de FERNANDES, F. Liberal et. Alli), cit., pág. 21*. Apenas é possível, deste modo, o transplante de um órgão duplo (rim) ou de parte dum órgão (fígado, pulmão) em que, aperfeiçoando-se as técnicas o dador pode, normalmente, continuar a viver e a trabalhar. Nos E.U.A. também é possível nas doações entre vivos doar um pulmão ou parte de um pulmão, uma parte do pâncreas e

própria, pois tratam-se de bens de igual valor<sup>157</sup>. Daí que seja necessário um exame completo do dador, que permita prever se, em face do seu estado de saúde actual, ele poderá ver-se seriamente prejudicado no futuro, pela doação.

Até às alterações introduzidas pela Lei n.º 22/2007, de 29 de Junho à Lei 12/93, de 22 de Abril, a colheita de substâncias não regeneráveis só era admissível quando houvesse entre doador e receptor relação de parentesco até ao 3º grau (anterior art. 6º, nº 2). Estava assim excluída a possibilidade de transplante entre conjuges, amigos ou de transplantes anónimos. Entendiam alguns autores que tal restrição pretendia obstar à comercialização de órgãos, inviabilizando assim “os actos de solidariedade duvidosa entre desconhecidos”<sup>158</sup>. Todavia, com a proibição assim estabelecida afastavam-se também os verdadeiros actos de solidariedade entre desconhecidos, parentes mais afastados, simples amigos ou mesmo entre marido e mulher, proibindo-se deste modo a “existência de doações movidas por um autêntico sentimento de solidariedade e afecto espontâneos entre dador e receptor...”<sup>159</sup>. Por outro lado, esta proibição de dádiva entre pessoas sem qualquer relação de parentesco (ou sem a exigida), “restringia o direito geral de personalidade e fazia-o de uma forma desproporcionada”<sup>160</sup>.

2) Outro requisito é que o transplante seja feito gratuitamente. Não se pode permitir a venda de órgãos e tecidos humanos, pois, é contrária aos bons costumes (porque ofensivo da dignidade da pessoa<sup>161</sup>), a comercialização de parte ou funções do corpo humano. Isso mesmo dispõe o artigo 5º, ao estipular no seu nº 1 que “a dádiva de órgãos, tecidos e células, para fins terapêuticos ou de transplante, não pode, em nenhuma circunstância, ser remunerada, sendo proibida a sua comercialização”. O objectivo é o de “não desnaturar o carácter altruístico que deve estar subjacente à iniciativa de ceder, por parte da própria pessoa, partes integrantes do seu corpo para

---

uma parte dos intestinos. Apesar de não serem órgãos regeneráveis, tanto a parte do órgão doada, como a parte do órgão remanescente são perfeitamente funcionais. Também é possível uma pessoa viva doar o seu coração, desde que esteja a receber um novo coração. Isto só ocorre quando se determina que alguém com uma grave doença e um coração saudável, irá ter uma grande chance de sobrevivência recebendo novos pulmões e novo coração. Em consequência, o coração saudável daquela pessoa, será doado a um terceiro que apenas necessite de um transplante de coração.

<sup>157</sup> Não podendo, sequer ponderar-se em aplicar aqui o Estado de necessidade – V. MONTERREAL, José Reyes, *ob. cit.*, pág. 427 e 428 e FARIA, Paula R., *ob. cit.*, pág. 28 (nota 56)

<sup>158</sup> SILVA, Paula Martinho da, “Em Torno da Discussão sobre Transplantes de Órgãos e Tecidos – O caso particular de Portugal e Espanha”, em *Brotéria*, Vol. 137, nº 6, Dezembro de 1993, pág. 526.

<sup>159</sup> *Ibid*

<sup>160</sup> MACCRORIE, Benedita, “A Doutrina da Renúncia a Direitos Fundamentais: os casos da Eutanásia e da colheita de órgãos em vida”, em *Pessoas Transparentes – Questões actuais de Bioética*, Almedina, Fevereiro de 2010, Coimbra, pág. 105.

<sup>161</sup> Todavia, Nuno Oliveira, entende que não é no princípio da dignidade da pessoa humana que está o fundamento desta regra restritiva da liberdade – V. OLIVEIRA, Nuno Pinto, “O princípio da dignidade da pessoa humana e a regulação jurídica da bioética”, em *Lex Medicinæ*, Ano 8, nº 15, 2011, Coimbra Editora, pág. 31 e ss.

integrar-se no de outrem”<sup>162</sup>. Admite-se, no entanto, uma compensação aos dadores vivos, pelas despesas ou prejuízos decorrentes da doação (art. 9º).

A problemática da comercialização e do tráfico de órgãos está na ordem do dia. Já no início dos anos 90 o Parlamento Europeu solicita à Comissão que elabore um código de conduta que deveria incluir entre outros aspectos, o princípio da gratuidade da doação e da manutenção do anonimato do dador em relação ao receptor.

Daí a exigência que o consentimento nos transplantes se revista da característica da gratuidade (art. 5º, nº1). Esta exigência é praticamente unânime na Europa<sup>163</sup>. Mas o mesmo já não sucede, por exemplo, na Índia, onde o comércio de rins existe<sup>164</sup>. Isto conduz a que muitos cidadãos do mundo ocidental viajem até à Índia, em busca de um rim para transplante, aproveitando-se de pobres que vendem os seus rins a pessoas com capacidade de compra, originando uma verdadeira situação de turismo médico e de um mercado de estruturas humanas (*soft human market*)<sup>165</sup>.

3) A doação deve ser livre e espontânea, sem qualquer indício de coacção (art. 8º, nº 1). A este propósito podemos indagar do carácter ético-jurídico da doação de órgãos por parte de prisioneiros de forma a obter diminuição do tempo da pena de prisão a que foram condenados. Pensamos que esta prática é inaceitável, sobretudo, pelo facto de, alguém que está preso, tem a sua autonomia da vontade reduzida: basta pensar

---

<sup>162</sup> AMARANTE, Napoleão Xavier do, *ob. cit.*, pág. 540. O autor acrescenta “o significado humanitário deste gesto não pode ser obscurecido pelo interesse da contraprestação consistente em dinheiro ou valores de qualquer outra espécie”.

<sup>163</sup> Os principais argumentos contra o mercado de órgãos são: desrespeito pela dignidade da pessoa humana, existência de manipulação financeira no transplante de órgãos, desprezando os indispensáveis factores genéticos, médicos, psicossociais; desestímulo às doações altruísticas; o estabelecimento de uma tabela de preços por órgão ou tecido; de as pessoas de poucos recursos, designadamente, as de países de Terceiro Mundo, serem inevitavelmente as que iriam ser dadoras. Todavia, veja-se, considerando lícita, em certos casos, a cessão onerosa MONTERREAL, José Reyes, *ob. cit.*, pág. 409 e também MONREAL, Novoa *Apud* LIMA, Madalena, *ob. cit.*, pág. 88

<sup>164</sup> Segundo dados de 2005, no Paquistão venderam-se 400 rins que foram pagos a 2000€ cada - RAPOSO, Vera Lúcia, “O corpo humano, a nova “galinha dos ovos de ouro””, em *Lex Medicinæ*, Ano 8, nº 15, 2011, pág. 56 (nota 37).

<sup>165</sup> Sobre o tema do mercado de órgãos v. PEREIRA, André Dias, “*Falcone Project JHA/2001/FAL/122 - Trafficking in Human Organs – Portuguese Report*”, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt>, consultado a 28/08/2013. Pais de Vasconcelos diz-nos que o mercado de órgãos é contrário aos bons costumes e à moral e, portanto, um limite à autonomia privada no que à disposição de órgãos diz respeito, concluindo que “deve ser contrariada a tendência para alargar o mercado à personalidade” (VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito...*, *cit.*, pág. 156 e 168). “As coisas, por causa da sua indignidade, por causa da sua qualidade de instrumento ou de objecto, teriam um preço – e, por isso, poderiam ser substituídas ou trocadas –; as pessoas, por causa da sua dignidade, por causa da sua qualidade de fim ou de sujeito, não o teriam – e, por isso, não poderiam ser substituídas ou trocadas” (cfr. OLIVEIRA, Nuno Pinto, “O princípio da dignidade...”, *cit.*, pág. 31). Nuno Oliveira propõe, ainda, que se adite um novo artigo ao Código Civil sobre a proibição de transformar o corpo humano e as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucros; “o princípio da extrapatrimonialidade do corpo humano é um princípio de direito civil”, pelo que o Código o deve enunciar expressamente à semelhança do que faz o Code Civil francês no art. 16-1 (OLIVEIRA, Nuno Pinto, “Direitos de Personalidade: Contributo...”, *cit.* pág. 226

que a privação da liberdade provoca estado de ansiedade, depressão, desespero, angústia, que viciam a manifestação da vontade<sup>166</sup>.

Isto não quer dizer que um recluso não possa ser dador segundo as regras gerais (por exemplo, no caso de um familiar necessitar de um órgão e o recluso ser compatível). Todavia, tal não poderá implicar uma redução imediata de pena.

4) Tem que ter finalidade terapêutica (art. 6º, nº 1 e 2): o transplante tem que ser inevitável para salvar a vida ou garantir a saúde do receptor. Além disso, o órgão cedido tem que ter plena aptidão para salvar outra vida ou, pelo menos, para restabelecer com êxito o funcionamento do organismo do receptor. A intervenção não deve, de modo algum, ser uma experiência *in anima nobili*, com finalidades especulativas, mas sim, ter por fim uma acção terapêutica no paciente<sup>167</sup>.

5) Só é permitida a recolha de dador vivo, desde que não esteja disponível qualquer órgão ou tecido adequado colhido de dador *post mortem* ou não exista qualquer outro método terapêutico alternativo de eficácia comparável (art. 6º, nº 2) - a colheita de órgãos de dador vivo apresenta-se como solução de *última ratio*<sup>168</sup>.

6) A probabilidade de êxito e benefícios esperados têm que ser proporcionais aos danos causados ao doador.

7) Idoneidade do centro hospitalar e capacidade da equipa médica (art. 3º). Nos termos da lei, os actos que tenham por objecto a dádiva ou colheita de órgãos, tecidos ou células de origem humana, para fins terapêuticos ou de transplante, bem como as próprias intervenções de transplante, só podem ser efectuados sob a responsabilidade e directa vigilância médica, de acordo com as respectivas *legis artis* e em estabelecimentos hospitalares públicos ou privados<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> Neste sentido também DINIZ, Maria Helena, *ob. cit.*, pág. 354. Além disso, o móbil do recluso não seria o de salvar a vida a alguém, mas sim o de obter a redução da pena a cumprir (o que também vicia a autonomia da vontade); passaríamos a estar perante uma operação mercantil, já que existe aqui uma troca de um pedaço de corpo – no caso, um órgão – por um desconto na pena; por último, as penas estão sujeitas a determinadas finalidades: designadamente a finalidades de prevenção geral e especial. Assim sendo, como ser trocada por um órgão sem por em causa estas finalidades?

<sup>167</sup> As intervenções de carácter experimental deverão ser objecto de regulação em lei especial. Isso já acontece com a utilização do cadáver para fins de ensino e investigação (Dec. Lei 274/99, de 22 de Julho).

<sup>168</sup> É uma exigência do princípio da proporcionalidade, que exige que se opte pela via menos lesiva – cfr. FARIA, Paula Ribeiro de, *ob. cit.*, pág. 78.

<sup>169</sup> Ou, ainda, no decurso de autópsia nos institutos de medicina legal.

8) Caso se trate de doação de órgão ou tecido não regenerável, a admissibilidade da dádiva e colheita fica dependente de parecer favorável emitido pela Entidade de Verificação da Admissibilidade da Colheita para Transplante (EVA) – art. 6º, nº 3 e art. 6º-A. Esta entidade foi introduzida e criada no âmbito dos transplantes a partir das alterações introduzidas pela Lei nº 22/2007, que, apesar de ter permitido a doação de órgãos não regeneráveis entre pessoas não ligados por relações de parentesco, veio sujeitar a admissão quanto a este tipo de órgãos a parecer vinculativo da EVA, que funciona na dependência e como secção da Comissão de Ética para a Saúde do estabelecimento hospitalar onde se realize a colheita.

9) Por último, mas não menos importante, o transplante de um dador vivo, para um outro, é lícito desde que exista um consentimento informado, por parte daquele que doa o órgão ou o tecido (art. 8º, nº1). A inexistência de consentimento aquando da recolha do órgão determina a prática de uma conduta que íntegra, para além de um crime de ofensas corporais graves<sup>170</sup>, – artigo 144º do Código Penal<sup>171</sup> –, um ilícito civil, sujeito à tutela dispensada pelo art. 70º do CC<sup>172</sup>.

---

<sup>170</sup> Como vimos, da perspectiva do dador, jamais poderíamos integrar a acção médica no âmbito do art. 150º do CP (a não ser, como o dissemos, num caso de autotransplante). Logo, também não se pode considerar que a conduta médica sobre o dador, sem o seu consentimento, se reveste de uma Intervenção médica arbitrária, p. e p. pelo art. 156º do CP. Para que se verifique este artigo, é necessário que ele “passe a rede” do art. 150º do CP. E como já vimos, “não passa”. Portanto, uma intervenção médica sobre o “suposto” dador sem o seu consentimento, reveste sim uma ofensa à integridade física grave (art. 144º do CP), não justificada pelo consentimento do dador (art. 149º do CP).

Entendemos não se aplicar aqui a dispensa de pena prevista no art. 148º, nº 2, al. a), tendo em conta que a lei é clara ao dispor que a mesma apenas se aplica a ofensas à integridade física por negligência, o que não é, de todo, o caso. Também entendemos não ser de aplicar o estado de necessidade – V. FARIA, Paula Ribeiro de, *ob. cit.*, pág. 28, nota 56.

<sup>171</sup> “Quem ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa de forma a: a) Privá-lo de importante órgão ou membro, ou a desfigurá-lo grave e permanentemente;”. Todavia se a recolha não é de órgão mas de tecido, e se não se verificar nenhuma das outras alíneas do art. 144º, então não estaremos já perante o crime de ofensas à integridade física grave, mas sim perante o crime de ofensas à integridade física simples (p.e p. pelo art. 143º do CP).

<sup>172</sup> “O princípio em Direito Civil, verificadas as condições do art. 483º do CC, é a de toda a agressão de direitos absolutos, desde que haja danos, origina responsabilidade por facto ilícito” (CARVALHO, Orlando de, em *Teoria geral do Direito Civil, ... (coord. de FERNANDES, F. Liberal et. Alli), cit., pág. 212*. O mesmo autor considera ainda que “ao invés do que penalmente se dispõe, como vimos, a falta de consentimento determina sempre, no plano civil, lesão do direito à integridade física, mesmo que se preencham os requisitos do nº 1, do art. 150º do CP. Se o corpo ou a saúde é que são objecto da agressão, o direito à integridade física está obviamente em causa. Dir-se-á que, sendo respeitadas as *legis artis*, etc., não há danos, mas proveitos. Só que, como se compreende, o dano não é aqui a alteração para pior da situação físico-psíquica: é a intervenção não consentida na zona de reserva que o corpo é para a pessoa, é a lesão da incolumidade (*noli me tangere*) do corpo alheio. Juiz do bem ou do mal para o seu corpo é a própria pessoa – não é outra pessoa, mesmo que qualificada e bem intencionada” (*ob. cit.*, pág. 214)

Não havendo consentimento, estamos perante a violação de direitos da personalidade (direito à integridade física, à liberdade, à saúde, ao livre desenvolvimento da personalidade, etc...), não justificados por qualquer causa de justificação – designadamente, pelo consentimento - sendo, portanto, a agressão ilícita, e, à partida, causadora de danos. É óbvio que se a saúde até melhorou, o dano refere-se apenas “à falta de consentimento e, logo à simples lesão da liberdade de vontade. Sabe-se, contudo, que uma intervenção, ainda que bem sucedida, provoca sempre incómodos físico-psíquicos que, se assumem o mínimo de relevo para o Direito, não podem não haver-se como lesões da integridade físico-psíquica da pessoa” (CARVALHO, Orlando de, *ob. cit.*, pág. 214)

10) É também necessário o consentimento do receptor do órgão, ainda que à partida, a intervenção seja em seu benefício<sup>173</sup>. Este dever intensifica-se quando estejamos perante um transplante cuja qualificação como intervenção curativa se mostre particularmente duvidosa<sup>174</sup>.

### 3.1.1. Requisitos do Consentimento<sup>175</sup>

“O consentimento é encarado pela lei como um aspecto fundamental para a transplantação *inter vivos* de órgãos e tecidos humanos”<sup>176</sup>.

Em geral, o consentimento prestado pode ser inválido por várias razões. Existem, desde logo, requisitos extrínsecos ao acto de consentir: quando, por exemplo, não existe indicação médica para intervenção, ocorrendo, neste caso, uma intervenção com violação das *legis artis*. Ou, quando haja violação dos bons costumes ou da ordem pública<sup>177</sup>.

Mas existem requisitos intrínsecos e são estes que ora nos interessam. Exige-se, para que o consentimento seja válido que seja pessoal; prestado por pessoa capaz; que se trate de um acto livre; que seja prestado no âmbito de uma vontade informada; que seja actual; gratuito; e que revista a forma escrita<sup>178</sup>. Alguns destes requisitos estão previstos no art. 8º, nº 6.

---

<sup>173</sup> Quanto ao receptor, há quem entenda que não basta o consentimento informado (que se limita ao consentimento dado pelo receptor, baseado no conhecimento da natureza do procedimento – o transplante – a ser submetido e dos riscos possíveis e possíveis complicações e benefícios), sendo necessária uma escolha esclarecida. Ou seja, o paciente tem que estar na posse de todos os elementos possíveis, não só do procedimento de transplante, mas de também de outras alternativas existentes, ainda que o médico que o assiste as considere menos indicadas. A sua escolha também pode passar pela recusa de qualquer tratamento. Segundo Eduardo Dantas, o simples consentimento informado, é um procedimento “[h]ermético, por não permitir ao enfermo (...) uma visão mais abrangente do seu quadro, restringindo seu ato de consentir ou não com o tratamento proposto” e “Justamente por isso, falho, já que impede o exercício da escolha esclarecida, que pressupõe não somente o esclarecimento de todas as alternativas, mas também a compreensão do que cada uma delas pode representar”. O simples consentimento esclarecido, não é, para o autor, causa de exclusão da responsabilidade civil ou da culpa. A não indicação de todas as alternativas possíveis pode ser entendida “como indução ao tratamento através de omissão de informações, o que contaria os princípios da autonomia e da boa fé objectiva” e pode conduzir a um dever de indemnizar fundada quer na negligência do médico, quer na figura já sedimentada em França e na Itália da perda de chance [de uma cura, caso se tivesse optado por outro tratamento] (DANTAS, Eduardo, “Diferenças entre o consentimento informado e a escolha esclarecida, como excludentes de responsabilidade civil na Relação Médico x Paciente”, em *Lex Medicinæ*, Ano 4, nº8, 2007, pág. 127 e 128). V. também André D. Pereira, *O Consentimento Informado...*, cit., pág. 73-75, que fala da *informed choice*.

<sup>174</sup> Ver ponto 2.4, nota 137.

<sup>175</sup> Sobre os requisitos do consentimento nos transplantes v. FIGUEIREDO, Amorim Rosa de, *Consentimento para o acto médico*, Gráfica de Coimbra 2, 2006, Coimbra, pág. 140-145; PEREIRA, Paula Francesconi, *Relação Médico-Paciente – O respeito à Autonomia do Paciente e a Responsabilidade Civil do Médico pelo Dever de Informar*, Lumen Iuris Editora, 2011, Rio de Janeiro, pág. 123-126 e PEREIRA, André Dias, *O Consentimento Informado...*, cit., *passim*.

<sup>176</sup> PEREIRA, André Dias, *O Consentimento Informado...*, cit., pág. 181. Este requisito do consentimento é tão importante, que o primeiro artigo do Código de Nuremberga (1947), define o que é o consentimento informado de modo bastante claro e completo.

<sup>177</sup> Art. 81º, nº1, art. 280º nº2 (por remissão para o art. 295º) e art. 340º, nº 2 do CC.

<sup>178</sup> COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, pág. 212 e FARIA, Paula Ribeiro de, *op. cit.*, pág. 28.

O consentimento deve ser prestado em plena consciência, e de modo perfeitamente inequívoco, excluindo-se a validade da simples suposição ou presunção de que foi prestado. É também inoperante a simples crença na não oposição por parte do doador.

Para que se possa falar de consentimento, é imprescindível que o médico tenha informado o paciente, impendendo sobre aquele um dever de informação<sup>179</sup>: deve prestar todas as informações necessárias e possíveis para que o dador e receptor compreendam o procedimento e os seus riscos. Este dever de informação encontra acolhimento no princípio da autonomia, princípio ético importantíssimo, que permite ao interveniente dispor do seu próprio destino, decidindo se irá submeter a esta intervenção, amparado em informações claras e precisas sobre os riscos e benefícios possíveis advindos da sua decisão. Sem que este requisito se encontre preenchido, estaremos perante uma situação de invalidade, na medida em que a falta de informação é “algo que contagia o consentimento “*ab initio*” e na sua estrutura interna”<sup>180</sup>. A vontade deve estar isenta de vícios ou erros e a pessoa totalmente esclarecida. O art. 7º estipula: “o médico deve informar, de modo leal, adequado e inteligível, o dador e o receptor dos riscos possíveis, das consequências da dádiva e do tratamento e dos seus efeitos secundários, bem como dos cuidados a observar ulteriormente.”. Como se pode constatar é um dever carregado de conceitos abstractos e imprecisos (“leal”, “adequado”, “inteligível” ou ainda “riscos possíveis” e “consequências da dádiva e do tratamento, dos seus efeitos secundários, bem como dos cuidados a observar ulteriormente”). Quanto maior for a significação do órgão para a sobrevivência e saúde da pessoa mais aprofundado deve ser este dever de informação.

O preenchimento deste género de conceitos é um dos mais difíceis problemas com que se tem debatido a doutrina e a jurisprudência. A título de exemplo e ainda que no âmbito do consentimento para um outro de tipo de intervenção médico-cirúrgico, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa<sup>181</sup>: “Uma das condições indispensáveis à eficácia do consentimento (...) é a da informação prévia e adequada quanto ao objecto

---

<sup>179</sup> Longe vão os tempos, em que a relação médico-paciente era pautada por um modelo paternalista, segundo o qual, o médico, detentor do conhecimento, é que sabe o que é melhor para o paciente, um leigo, podendo assim decidir com o mínimo de participação deste. As opções do médico prevaleciam sobre a autonomia do paciente. “A arte médica era vista como algo divino, sobrenatural, e pouco ou quase nenhum questionamento existia em relação às decisões e determinações daqueles agraciados com o dom do conhecimento” (DANTAS, Eduardo, *ob. cit.*, pág. 116). O cenário foi-se alterando com a alteração da concepção sobre o médico. Este perdeu o seu carácter divino e passou a ser encarado como simples humano, sujeito a falhas e a dúvidas. O julgamento de médicos nazistas em Nuremberga, foi o impulso final para a completa alteração de paradigma.

<sup>180</sup> PEREIRA, André Dias, *ob. cit.*, pág. 178. De referir que o “direito de ser informado” tem consagração constitucional no art. 37º, nº 1.

<sup>181</sup> De 18-12-2007, processo nº 5965/2007-5, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

e à natureza da intervenção bem como às suas consequências e riscos. O cumprimento desta condição não significa que o conteúdo da informação a prestar seja o mesmo para todos os pacientes e em todas as situações. O conteúdo da informação pode variar em função da capacidade de compreensão e da cultura médica do paciente, dos seus desejos de informação, dos níveis de risco que tem o tratamento, dos efeitos que pode ter no paciente e da própria necessidade de tratamento”. A pessoa pode estar informada, e não obstante, não estar devidamente esclarecida (se não compreendeu as informações que lhe foram prestadas – porque não foram claras, suficientes, adequadas à sua linguagem ou às suas características culturais, psicológicas). Todavia, o desejável também não é que o médico transmita ao paciente uma panóplia de termos médicos. Exige-se sim, que a informação seja de qualidade e perceptível pelo receptor<sup>182</sup>.

Assim, quanto ao dador, a informação que lhe é prestada deve informá-lo como se processará a colheita do órgão, a que tipo de procedimentos irá ser sujeito, bem como das consequências previsíveis, de ordem física e psicológica, assim como as suas eventuais repercussões sobre a vida pessoal, familiar e profissional, e bem assim sobre os resultados a esperar com o transplante, ainda que possam ser de duvidosa verificação. Deve ainda ser informado sobre os benefícios que com o transplante se espera que consiga o receptor. A noção de dádiva e de solidariedade implica que se tenha uma consciência motivada sobre todas as consequências do gesto. Por outro lado, tratando-se de uma intervenção médica em benefício é alheio, não pode, em caso algum, admitir-se o consentimento presumido ou hipotético (uma vez, que nos termos do art. 340º, nº3 do CC, não preenche o requisito do “interesse do lesado”).

De outra banda, quanto ao receptor, também se exige uma informação rigorosa e o seu consentimento expresso e formalizado, tendo em conta que, muitas vezes, se está perante riscos muito elevados, ou se trata de enfrentar, incertezas e consequências, devidas a rejeição ou a particulares atenções e tratamentos necessários para o resto da vida, antes de se proceder ao implante de um novo órgão<sup>183</sup>.

---

<sup>182</sup> A tarefa não é, obviamente, fácil, sobretudo se tivermos em conta a constante falta de tempo dos médicos, a inadequação das instalações médicas, o número reduzido de médicos face à sua procura, a incapacidade do paciente não médico em compreender as informações, etc. Todavia, a alternativa – não prestar informação ou prestá-la de forma deficiente - é impensável e de rejeitar em absoluto.

<sup>183</sup> Devem ser comunicados ao paciente todos os perigos típicos da intervenção, a possibilidade de ter de se sujeitar a um segundo implante, os efeitos da administração de imunodepressores (de forma permanente, excepto nos transplantes de medula óssea) e o conseqüente, isolamento do mundo exterior, a incapacidade para o trabalho. Mais refere que lhe deve ser dado conhecimento se o órgão provém de dador vivo ou morto, sem que isso implique a revelação da sua identidade (FARIA, Paula Ribeiro de, *ob. cit.*, pág. 72 e ss). Os cuidados com os transplantados não se verificam apenas relativamente à administração de fármacos: os transplantes podem gerar modificações da personalidade e do sentido filosófico da vida. O receptor por vezes sente em si um corpo estranho chegando, mesmo, a rejeitar o órgão implantado. É preciso existir um tratamento integrado e global, com suportes psicoterapêuticos, não



A informação prestada terá de ser feita previamente por escrito, sendo que o consentimento é, obrigatoriamente, outorgado por escrito (art. 8º, nº 6)<sup>184</sup>. Todavia, a sua revogação pode ser feita sem qualquer formalidade.

O consentimento tem de ser ainda pessoal<sup>185</sup>. Como bem refere Faria Costa, “um acto de uma tal transcendência deve escapar às subtilezas da apreciação que outrem faça sobre nós mesmos, ainda que motivada pelo nosso mais profundo interesse”<sup>186</sup>. Portanto, só a própria pessoa, está habilitada a velar e a transmitir o seu próprio consentimento. Nunca um, qualquer, representante legal, está legitimado a tal<sup>187</sup>. Daí a importância do requisito da pessoalidade.

Esta característica da pessoalidade (e também da capacidade) é particularmente importante no que ao consentimento de menores e incapazes diz respeito.

### 3.1.2. Consentimento de Menores<sup>188</sup>

Segundo o disposto no art. 8º, nº 3, “Tratando-se de dadores menores, o consentimento deve ser prestado pelos pais, desde que não inibidos do exercício do poder paternal, ou, em caso de inibição ou falta de ambos, pelo tribunal”<sup>189</sup>.

---

só do paciente mas de todos os que o cercam. “O decreto peruano de 1971 exige expressamente, no art. 11, que os institutos que efectuem transplantes disponham de um psiquiatra e um psicólogo, que realizem a avaliação psíquica dos pacientes e dadores, antes e depois da intervenção. E, quando o exame psíquico, anterior à operação, revela que o paciente apresenta reacções emocionais inoportunas, os psiquiatras e psicólogos podem opôr-se ao transplante” - LIMA, Madalena, *ob. cit.*, pág. 23. Certos autores alemães entendem que, se o órgão procede de dador vivo, para a eficácia do consentimento do receptor, é ainda necessário o conhecimento deste dos riscos que da dádiva advém para o dador (quer no que se refere à colheita, quer relativamente à sobrevivência com um órgão isolado) – KORTHALS, BUBNOFF, ENGLISH e KOHLKNS *Apud* FARIA, Paula Ribeiro de, *ob. cit.*, pág. 73 – 74 (nota 97).

<sup>184</sup> Veja-se a propósito a circular informativa nº 15/DSPCS de 23/03/1998 da Direcção Geral de Saúde que nos idz o seguinte: “Embora não exista qualquer exigência legal de uma forma determinada para a eficácia do consentimento, a sua formalização afigura-se, contudo, como único meio de concretizar este direito (o direito ao esclarecimento), em especial quando estejam em causa intervenções médicas, de diagnóstico ou cirúrgicas que impliquem um risco sério para a vida ou saúde do doente. A existência de um formulário parece constituir a forma mais simples, clara e facilitadora para o fornecimento e obtenção do consentimento”. Dias Pereira, diz-nos que a utilização do formulário pode ser um momento de pausa, de atenção, e o espaço privilegiado de diálogo entre o médico o paciente relativamente aos riscos e alternativas das intervenções a realizar; contudo, vem-se verificando que é, também, mais um expediente de os médicos aligeirarem a sua obrigação de esclarecer para o consentimento – v. PEREIRA, André Dias, “O consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico”, em *BFDUC*, Vol. LXXVI, Coimbra, 2000, pág. 454-456

<sup>185</sup> Entendemos nós, *iure constituendo*, porque, de facto este requisito da “pessoalidade” não foi considerado na lei. Cfr., em sentido contrário, LIMA, Madalena, *ob. cit.*, pág. 102.

<sup>186</sup> COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, pág. 212.

<sup>187</sup> Neste sentido, COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, pág. 212 e MONTERREAL, José Reyes, *ob. cit.*, pág. 408.

<sup>188</sup> Nos Estados Unidos da América, existe, em alguns Estados, a figura do *child avocat* precisamente para estudar o caso e opinar sobre a autorização solicitada para a retirada de órgãos de uma potencial dador menor. – cfr. DINIZ, Maria Helena, *ob. cit.*, pág. 353

<sup>189</sup> Em sentido completamente oposto, veja-se o art. 9º, nº 1, al. d) da Lei Espanhola (Real Decreto 2070/1999, de 30 de Dezembro): “No podrá realizarse la extracción de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas, enfermedad mental o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento en la forma indicada. Tampoco podrá realizarse la extracción de órganos a menores de edad, aun con el consentimiento de los padres o tutores”.

Acrescenta-se no nº 4 o seguinte: “A dádiva e colheita de órgãos, tecidos ou células de menores com capacidade de entendimento e de manifestação de vontade carecem também da concordância destes.”. E o nº 5 dispõe: “A colheita em maiores incapazes por razões de anomalia psíquica só pode ser feita mediante autorização judicial”.

Os menores que aqui falamos são os menores de 18 anos. De facto, a regra geral, estabelecida no CC para determinar a passagem da menoridade à maioridade é aos 18 anos (art. 122º do CC). Visto que a lei não prevê aqui nenhum caso de excepção, temos que considerar que os menores de que fala a Lei nº 12/93 são os menores de 18 anos<sup>190</sup>.

Além disso, como dispõe a lei, os menores só podem ser dadores de substâncias regeneráveis.

A acrescer a estes requisitos, existem ainda os previstos no art. 6º, nº 1 e nº 5, que são cumulativos: a recolha tem que visar uma exclusiva finalidade terapêutica; a inexistência de dador capaz compatível; o receptor tem que ser irmão ou irmã do dador; a dádiva tem que ser necessária à preservação da vida do receptor.

Todavia, na nossa opinião, o suprimento legal do consentimento dos menores através dos pais não é isento de críticas. Como se vê, a lei dá uma “voz limitadíssima à manifestação de vontade do menor”<sup>191</sup>, permitindo que o representante legal assumira os interesses ou valores do menor para dar o consentimento, relativamente a bens pessoalíssimos<sup>192</sup>. Para Faria Costa, também não faz sentido chamar à colação a figura do consentimento presumido, pois nos termos do art. 39º, nº2 do CP, “há consentimento presumido quando a situação em que o agente actua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado”. Era necessário, portanto, algo que denunciasse ou indiciasse uma vontade, mesmo que só hipotética.<sup>193</sup>

---

<sup>190</sup> Em Portugal, tem havido tentativas de usar o regime geral do consentimento em direito penal; segundo estas tentativas, os menores com mais de 16 anos e com discernimento teriam como que uma “maioridade especial” para autorizar intervenções médicas. Este regime, qualquer que seja o seu valor, não está consagrado na presente lei; por esta razão, não é seguro, para os médicos, segui-lo. Sendo assim, parece mais seguro continuar a adoptar a regra tradicional, e pedir o consentimento informado aos representantes legais do menor. Porém, tendo em conta a disposição o art. 1878.º, n.º 2, CCiv e o art. 6.º, n.º 2, CEDHBio a opinião do menor deve ser tanto mais determinante quanto mais próximo dos 18 anos ele estiver (e nisto todos os autores são unânimes) – cfr. OLIVEIRA, Guilherme de, e PEREIRA, André Dias, *Consentimento Informado*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2006, pág. 77, disponível em <http://www.centrodereitobiomedico.org/files/ConsInfLivroPratico.pdf>, consultado em 22/09/2013

<sup>191</sup> COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, pág. 217

<sup>192</sup> COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, pág. 214-215: o autor é muito crítico relativamente a solução.

<sup>193</sup> Refere que existe sim uma “confusão conceitual”, pois o que em causa está é antes um “consentimento por representação em que não há, nem vontade real, nem hipotética do representado e em que se quer, não obstante a nobreza do fim, que o eventual sentimento ou desejo do representante se substitua àquilo que nada pode substituir, ou seja: se substitua à manifestação de uma vontade livre que tende assintoticamente para a autodeterminação” – COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, pág. 215-216

O menor, ainda que incapaz de agir, não deixa de ser uma pessoa de plena dignidade e valor, abrangido pelo princípio dignidade da pessoa humana. (art. 1º da CRP), e como tal, assume-se como um fim em si mesmo. Acresce que, os menores, “enquanto pessoas dotadas de personalidade jurídica, são titulares de igual dignidade à de um adulto”<sup>194</sup>. Todavia, e tendo em conta a ausência de capacidade de exercício, “os incapazes terão de ser representados de acordo com os princípios gerais do suprimento de incapacidades de exercício”<sup>195</sup>. Contudo, para a limitação desses mesmos direitos, “e uma vez que se trata de direitos que tutelam bens pessoais, deverá exigir-se também o consentimento do menor”, se ele já tiver maturidade suficiente. Nos caso em que não tenha essa maturidade, “haverá possivelmente conflito entre o consentimento prestado apenas pelo representante e os interesses do incapaz”<sup>196</sup>. Paulo M. Pinto considera, todavia, que é possível, mesmo assim, a limitação dos direitos de personalidade dos menores neste caso, “pois ela também se pode muitas vezes mostrar conveniente”. Contudo, os requisitos para a limitação deverão, nestes casos de falta de maturidade, ser mais apertados, podendo, segundo o autor, lançar-se, por exemplo, mão da cláusula geral da ordem pública, referida no art. 81º, nº1. Ora, através desta cláusula geral, não nos parece que a ablação dum órgão dum menor, apenas com o consentimento dos seus representantes legais, seja conforme à ordem pública, até porque, se pensarmos nas atribuições do poder paternal, o mesmo não se coaduna com este tipo de decisão.

De facto, o poder paternal (hoje em dia, responsabilidades parentais) é atribuído aos pais, aos representantes legais, para que estes o exerçam no interesse do menor. “A responsabilidade parental está, na sua essência, centrada no cuidado da criança, figurando-se como uma instituição altruísta”<sup>197</sup>. A responsabilidade parental consubstancia-se assim num “conjunto de poderes-deveres funcionalizados aos interesses dos filhos, sendo nesta função que o seu exercício se define e se determina”<sup>198</sup>. Os pais do menor, no exercício dos seus poderes-deveres não podem agir com total discricionariedade. Em primeiro lugar, estão vinculados ao superior interesse da criança subjectivo, ou seja, à “vontade e estrutura de valores entretanto manifestados” pelo menor, dentro da sua capacidade de discernimento<sup>199</sup>; “e, na

---

<sup>194</sup> RIBEIRO, Geraldo Rocha, “Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para os actos médicos)”, em *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 7, nº 14, 2010, Coimbra Editora, pág.107 e PINTO, Paulo Mota, O direito à reserva., *cit.*, pág. 500 e ss

<sup>195</sup> PINTO, Paulo Mota, “O Direito à Reserva..”, *cit.*, pág. 501

<sup>196</sup> *Ibid.*, pág. 501 (nota 66)

<sup>197</sup> RIBEIRO, Geraldo Rocha, *ob. cit.*, pág.118

<sup>198</sup> *Ibidem*

<sup>199</sup> *Ibidem*, pág. 129

eventualidade de não se poderem determinar com clareza os mesmos, terão de pautar o exercício dos seus poderes pela prossecução do superior interesse da criança no seu sentido objectivo”<sup>200</sup>

Ora, parece-nos que, no caso dos transplantes, em que o dador seja um menor, ainda que o receptor seja um seu irmão, não existe, em qualquer circunstância, nenhum interesse pessoal para a criança e a intervenção não lhe trará qualquer benefício a si. É, portanto, para nós, de difícil aceitação o princípio segundo o qual o representante legal pode agir aqui em representação do menor<sup>201</sup>.

Também Reis Novais nos diz que, para renúncia a direitos fundamentais (como o é, sem dúvida, a doação de órgão), é necessária “uma declaração de vontade [unilateral] dirigida e apta a produzir o enfraquecimento de uma posição jurídica protegida por norma de direito fundamental, o que pressupõe, desde logo, que quem renuncia seja o titular dessa posição jurídica e possa dispor dela”<sup>202</sup>. Por tal facto, o autor considera que não são legítimas, ou pelos menos, verdadeiras renúncias, as situações em que o consentimento do menor é prestado pelo seus pais, e por isso, discorda também das soluções encontradas pela Lei nº 12/93, de 22 de Abril, sobre a colheita e transplante de órgãos e tecidos no menor (art. 8º, nº3).

Assim, tal como refere Faria Costa, só quando o menor “manifestar inequívoca capacidade para compreender o sentido, conteúdo e alcance do seu acto e se, desse jeito, consentir na recolha de órgão, tecido ou substância renovável, então, e só então, é que devem funcionar os outros mecanismos legais de conformação jurídica daquela” menor capacidade. Isto é, só quando o menor concordar em ser doador é que “entram em campo” aqueles requisitos adicionais da representação legal e a apreciação material, pelos tribunais, dos requisitos que a lei preveja<sup>203</sup> – aqui entra o superior interesse da criança subjectivo. A vontade do menor funcionará assim com uma *conditio sine qua non*, mas, todavia, também não será suficiente, apenas e só a sua vontade.

Por outro lado, sempre que o menor “não consinta, ou não tenha ainda capacidade para entender o sentido do seu acto (...) não deverá poder o representante legal substituir-se, em princípio, à vontade do menor”, no que à matéria do consentimento

---

<sup>200</sup> *Ibidem*

<sup>201</sup> Só nos parece possível essa situação num caso de autotransplante, em que a ablação do órgão do menor é feito no seu único e exclusivo interesse.

<sup>202</sup> NOVAIS, Jorge Reis, “Renúncia a Direitos Fundamentais”, em *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*, Jorge Miranda (org.) Vol. I, Coimbra Editora, 1996, pág. 302

<sup>203</sup> Ou seja, o tribunal não se deve cingir a mera observação formal dos requisitos, devendo ao invés, apreciar se tem algum sentido a dádiva pelo menor ou não.

para os transplantes diz respeito – porque não existe aqui nenhum superior interesse da criança em sentido objectivo<sup>204</sup>.

Desta forma, entendemos que só deveriam ser permitidas colheitas de órgãos, tecidos ou de células regeneráveis a menores, quando estes prestem o seu consentimento para tal, desde que o representante legal não se oponha, e desde que o tribunal aprecie materialmente se os requisitos se encontram cumpridos<sup>205</sup>.

Contudo, no caso em que o menor figure como receptor, tendo em conta que aqui a intervenção vai potencialmente beneficiá-lo, já não nos parece estranho que se possibilite aos seus representantes legais a necessária competência para autorizar a intervenção<sup>206</sup>. Aqui estaremos perante uma decisão que se deverá pautar pelo superior interesse da criança.

Os incapazes, por anomalia psíquica, por, em regra não terem capacidade para entender o sentido e alcance do acto de consentimento para a recolha de um órgão ou tecido, não devem ser dadores<sup>207</sup>.

---

<sup>204</sup> Nas palavras de Faria Costa: “a vontade do menor, sempre que puder ser chamada à discursividade jurídica, é o prius; caso não tenha relevância jurídica ou inexista, então nada a pode substituir” – cfr. COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, pág. 217-218.

<sup>205</sup> Como é óbvio, somos do entendimento que o requisito formal da maioria de 18 anos também é exagerado. Desde que exista capacidade de discernimento e haja a verificação dos requisitos enunciados, entendemos que o menor de 18 anos pode validamente dispor sobre o seu corpo. – V. também MONTERREAL, José Reyes, *ob. cit.*, pág. 408.

<sup>206</sup> LIMA, Madalena, *ob. cit.*, pág. 126.

<sup>207</sup> Neste sentido, também COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, pág. 212.

## TRANSPLANTES *POST-MORTEM*

*“A morte passa a ser fonte de vida”<sup>208</sup>*

Desde longe se vem acentuando a intervenção estadual no sentido de aproveitamento de cadáver para fins de interesse público. Em Portugal a solução para obviar a este “conflito” passou por adoptar medidas legislativas que facilitam a dádiva de cadáveres, de órgãos e tecidos que deles possam ser colhidos<sup>209</sup>. Ao contrário do que sucede na colheita de órgãos em vida (que têm que ter uma finalidade exclusivamente terapêutica), tratando-se da colheita de órgãos e tecidos em cadáver pode ter-se em vista uma de duas finalidades: a terapêutica (designadamente como “fonte” de transplantes, regulada pela Lei nº 12/93), ou a científica (como decorre do art. 1º do Dec.-Lei 274/99, de 22 de Julho).

Através da Lei nº12/93, de 22 de Abril, consagrou-se a solução de dissentimento, onde se permite a cada pessoa a manifestação positiva da vontade de se opor à utilização do seu cadáver. Deste modo, se tal oposição não existir, aquela utilização é lícita quanto a certos fins e no respeito do regime legal para tanto fixado. Todavia, para neste caso, é necessário determinar o momento da morte, pois caso contrário, colhendo órgãos vitais num dador ainda vivo, tal equivaleria, jurídico-penalmente, a um homicídio – art. 131º do Código Penal<sup>210</sup>. Nestes casos, a ordem jurídica não reconhecerá “qualquer eficácia justificativa ao consentimento nem sequer considerando a finalidade claramente meritória da dádiva”<sup>211</sup>. Com a morte cessa, portanto, a possibilidade de práticas que constituam ofensas corporais típicas ou que constituam causa jurídico-penal de um homicídio<sup>212</sup>.

---

<sup>208</sup> AMARANTE, Napoleão Xavier do, *ob. cit.*, pág. 529

<sup>209</sup> Gomes da Silva fala num “direito ao aproveitamento de cadáveres” por parte da comunidade. (SILVA, Manuel Gomes da, *Colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres*, Coleção Scientia Iurica, Livraria Cruz, Braga, 1970, pág. 252).

<sup>210</sup> Também não é admissível, num dador vivo, a recolha de órgãos que, embora não impliquem a morte do dador, implicam a perda de importantes funções.

<sup>211</sup> FARIA, Paula Ribeiro de, *ob. cit.*, pág. 77. A pessoa tem direito ao respeito pela sua vida: esta “não é uma concessão da sociedade, uma oferta do Estado”, mas sim algo inerente a si (TORRES, António Pinheiro, *ob. cit.*, pág. 33). É o direito mais absoluto que existe, não tendo ninguém o direito de, por si, o determinar, ainda que a pessoa o tenha permitido. Temos que nos afastar das considerações utilitaristas que entendem que é quase dever do médico a prática de eutanásia activa num doente terminal de modo a permitir a realização de um transplante. Isso poderia aproximar-nos das experiências levadas a cabo durante o período nazi. - FARIA, Paula Ribeiro de, *ob. cit.*, pág. 80.

<sup>212</sup> Todavia, isto não significa que deixam de existir crimes que possam envolver o um indivíduo já falecido. Veja-se a título de exemplo os arts. 185º (“Ofensa à memória de pessoa falecida”), o art. 253.º (“Impedimento ou perturbação de cerimónia fúnebre”) e o art. 254.º (“Profanação de cadáver ou de lugar fúnebre”), todos do CP.

No que respeita à recolha de órgãos em cadáveres surgem dois novos problemas que não existiam na recolha de órgãos em dadores vivos: a necessidade de se estabelecer os critérios de definição da morte e a protecção da vontade da pessoa depois da morte.

#### 4.1. Conceito de Morte

Para que os transplantes *post mortem* sejam possíveis, é imperioso que ocorra a morte de uma pessoa. Este é um campo, em que para a preservação da vida, é necessária a verificação de uma outra realidade extrema – a morte.

“Até à proliferação das colheitas ou transplantações de órgãos e tecidos cadavéricos o conceito e o momento da morte eram noções de semiologia médico-legal a verificar casuisticamente pelos médicos”<sup>213</sup>. Ou seja, atribuía-se plena liberdade aos médicos para determinar a fronteira entre a vida e a morte. Isto era inaceitável do ponto de vista ético<sup>214</sup>. O médico não pode subordinar a declaração da morte do paciente nem a objectivos da ciência, nem a objectivos da sociedade.

A morte em si mesma é um processo, mais ou menos rápido (tendo em conta que a falência dos diferentes órgãos e tecidos humanos não é simultânea).

A morte é um facto jurídico no sentido de que é um facto da vida juridicamente relevante. Pode ser um facto constitutivo de novas relações jurídicas (ex. pagamento do seguro de vida), modificativo (ex. devolução sucessória dos bens) e extintivo (relações jurídicas que nos termos do art. 2025º se extinguem por morte do seu titular e também da sua personalidade jurídica).

A determinação do momento da morte é extremamente difícil, sobretudo se pensarmos nas modernas técnicas de reanimação (ex. massagem cardíaca, utilização de respiradores), que podem fazer voltar à vida quem aparentemente estava morto. Anteriormente, até meados da década de 60, o critério de morte que vigorava era o da cessação irreversível das funções circulatória e respiratória, a qual iniciaria necessária e inequivocamente o processo conducente à morte total do organismo (o chamado critério

---

<sup>213</sup> SOUSA, R. Capelo de, *Teoria...*, pág. 285.

<sup>214</sup> Não podemos permitir que casos como os do jovem PAVESI continuem a ocorrer (<http://g1.globo.com/mg/sul-de-minas/noticia/2013/07/medicos-acusados-de-retirar-orgaos-de-crianca-ainda-viva-sao-julgados.html>). Se o objectivo for obter órgãos, nem que para isso se recorra a uma aceleração da morte, só podemos concluir pela inadmissibilidade da conduta de quem assim age. Em primeiro lugar, a vida do receptor, não tem quanto a nós, qualquer valor superior em relação à vida do dador. Depois, o médico está sempre vinculado ao dever de tratar, ainda que se trate de uma vida vegetativa. - FARIA, Paula Ribeiro de, *ob. cit.*, pág. 99. Assim, qualquer dúvida que surja na determinação da morte e do seu momento, deverá prevalecer o princípio *in dubio pro vitae*, com exclusão de qualquer outro interesse, por mais importante e atendível que ele pareça.

tradicional de morte). Todavia, e com o advento do primeiro transplante cardíaco (o coração foi extraído de uma jovem que se encontrava com um dano cerebral considerado como grave e irreversível), houve necessidade de discutir qual o critério a adoptar, daí em diante, pois para além do interesse e da possibilidade de realizar este tipo de intervenções, não podiam os médicos ficar com o receio de serem acusados de homicídio por extraírem um órgão vital a um paciente que não se encontrava morto. Daí que, uma comissão *ad hoc* da Universidade de Harvard<sup>215</sup>, em 1968, propôs como novo critério: o da cessação irreversível das funções cerebrais<sup>216</sup>. De facto, o critério tradicional não pode ser válido hoje em dia, tendo em conta que a reanimação artificial, permite que a morte não se verifique enquanto se torne possível adiar a paragem irreversível das funções vitais, apesar de, a nível cerebral, o indivíduo já ter perdido, irreversivelmente, todas as características da personalidade que o individualizam<sup>217</sup>.

Por força das exigências de celeridade dessas colheitas e transplantações, passou a adoptar-se como momento da morte tão-só a morte cerebral (derivada da ocorrência de lesões irreversíveis no sistema nervoso central, com alegada irremediabilidade das células do cérebro)<sup>218-219</sup>.

---

<sup>215</sup> Composta por dez médicos, um jurista, um filósofo e um teólogo.

<sup>216</sup> Segundo aquela comissão, esta proposta visava responder a duas necessidades de índole prática: a existencia de doentes em estado de coma irreversível que constituem uma grande carga para as famílias e para os hospitais; por outro lado, o critério tradicional de morte poderia conduzir a controvérsias na obtenção de órgãos para transplante. – v. MERLO, Alejandro Serani, “La muerte encefálica y la determinación practica de la muerte: otra opinión disidente”, em *Cuadernos de Bioetica*, Vol. X, Nº 37, 1ª, 1999, Santiago de Compostela, pág. 151-152. Este autor, crítica o facto de a única fundamentação explícita apontada por esta comissão para suportar o novo critério terem sido estas razões de ordem prática: a de suspender a sustentação vital e a de legitimar ético-juridicamente os transplantes de órgãos vitais. A reflexão teórica foi, segundo o autor, comandada por uma preocupação prática, o que não é eticamente aceitável. (*ob. cit.*, pág. 153-159).

<sup>217</sup> FARIA, Paula Ribeiro de, *ob. cit.*, pág. 84: A autora, na sua obra, nas págs. 77 e ss faz uma análise pormenorizada das questões controvertidas relacionadas com o conceito de morte (o porquê da alteração de critérios de determinação da morte, a legitimidade de, após a determinação da morte cerebral sustentar artificialmente a actividade cardíaca e circulatória, por tempo indeterminado, com o único objectivo de criar reservatórios de órgãos), para a qual remetemos por carência de tempo.

<sup>218</sup> Isto, actualmente, na Lei nº 12/93, de 22 de Abril, que refere expressamente o critério da morte cerebral no art. 12º. Na vigência do Dec.-Lei nº 45683, e de acordo com o seu artigo 10º, o óbito havia de ser verificado pelo menos por dois médicos, "segundo as regras da semiologia médico-legal que, ouvidos os departamentos oficiais competentes e a Ordem dos Médicos", tivessem sido "definidas por Portaria conjunta dos Ministros da Justiça e da Saúde e Assistência (cfr. a Portaria nº 156/71, de 24 de Março). Por sua vez, o Decreto-Lei nº 553/76 não fixava nenhum momento como determinante para a morte, nem estabelecia, que em regulamento se fixavam regras para a verificação do óbito, apesar de permitir que a colheita fosse efectuada imediatamente após a morte. Apenas exigia que a morte fosse verificada por dois médicos não pertencentes a equipa que havia de proceder a colheita (cfr. artigo 3º). Ou seja, remetia para o critério dos médicos a verificação do óbito. A revogação operada pelo art. 10º do DL 553/76, não foi sem dúvida a melhor opção, ao deixar à comunidade jurídica, mas sobretudo à médica um vazio legal e conceitual, e sem saber que critério se haveria de adoptar. Isto foi tão grave, que o Presidente do Conselho de Gerência do Hospital de Santo António se viu na necessidade de pedir “orientações de procedimento” ao então Ministro da Saúde. Este por sua vez solicitou à Procuradoria Geral da República um parecer urgente sobre o assunto, tendo em conta “as gravíssimas implicações de tal situação em toda a política de colheita de órgãos”. Este parecer (Parecer nº 74/85, de 28 de Agosto de 1985, da Procuradoria Geral da República), concluiu que o conceito de “morte” constante do DL nº 553/76, de 13 de Julho, tem o sentido de morte cerebral. Segundo este parecer, trata-se de uma questão de interpretação da lei de acordo com as regras definidas no art. 9º do CC. “Ora tendo em conta todo o exposto, nomeadamente as considerações constantes dos nºs 1 e 2 do preâmbulo do diploma” (Dec-Lei 553/76 de 13 de Julho), “não pode o interprete deixar de concluir que o legislador aderiu, para os fins do diploma, a um conceito de morte



Colocou-se então o problema de saber se o critério da morte cerebral deveria valer em termos gerais ou apenas para efeitos de colheitas de órgãos para transplantes<sup>220</sup>. A Lei nº 141/99, de 28 de Agosto (que estabelece os princípios em que se baseia a verificação da morte) no seu art. 2º, veio estabelecer que a morte, para todos os efeitos (por irrestricção legal) corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral<sup>221</sup>. Esta solução da morte cerebral como o critério para a determinação do momento da morte vigora ainda em França (Circulaire DGS/SQ 4 nº 96-733 de 4 de Dezembro de 1996), na Itália (Legge n. 579, de 29 de Dezembro de 1993), em Espanha (Real Decreto 2070/1999 de 30 de Dezembro) e no Brasil (Resolução nº 1480/97 do Conselho Federal da Medicina).

A verificação da morte e a determinação do seu tempo está atribuída aos médicos e à Medicina<sup>222</sup>. Daí que a Lei nº 141/99 determine que a Ordem dos Médicos os defina e os divulgue. Os critérios aprovados pela Ordem dos Médicos bem como os documentos e regulamentos emitidos ao abrigo da lei nº 141/99 devem ser comunicados pelo Bastonário da Ordem dos Médicos ao Ministro da Saúde, para, após aprovação, serem publicados no Diário da República. Actualmente, os critérios de certificação da

---

cerebral”. “Desta forma poderá dar-se satisfação à crescente solicitação de utilização de órgãos e tecidos humanos de origem cadavérica – nº 1 do preâmbulo -, sem pôr em causa, sem bulir com a vida – já inexistente – da pessoa falecida, na sequência de lesões irreversíveis do sistema nervoso central”. E conclui o citado parecer da seguinte forma: “Daí que poderão continuar a ser seguidas as regras da Portaria nº 156/71 – não por integrarem normas legais, visto, como tais, terem sido revogadas, mas por constituírem regras de semiologia médico-legal – se outras mais actualizadas não existirem”. – cfr. *Parecer nº 74/85, de 28 de Agosto de 1985, da Procuradoria Geral da República*, em BMJ, nº 352, Janeiro de 1986. Também o acórdão nº 130/88 do T. C. referia que nesta questão fundamental que é a determinação da morte de uma pessoa não se podia facilitar e como tal era imprescindível determinar concretamente o momento da morte.

<sup>219</sup> Não devem, contudo, confundir-se os indivíduos em situação de morte cerebral com os que estão numa situação de vida vegetativa. Nesta, o tronco cerebral continua a funcionar, há respiração espontânea e ciclos sono-vigília, apesar de não haver qualquer tipo de relação. – LIMA, Madalena, *ob. cit.*, pág. 114.

<sup>220</sup> Nos dois votos de vencido do parecer nº 74/85 da PGR, é dito que o conceito de morte cerebral só é válida para pessoas sujeitas a técnicas de reanimação e, relativamente às pessoas não submetidas a técnicas de reanimação, valerá o critério tradicional de morte, correspondente à interrupção definitiva das funções cardio-circulatórias. – cfr. *Parecer nº 74/85, de 28 de Agosto de 1985, da Procuradoria Geral da República*, em BMJ, nº 352, Janeiro de 1986 e ROCHA, Manuel Lopes, “Responsabilidade Civil do Médico – Recolha de órgãos e transplantações”, em *Tribuna de Justiça*, nº 3, Abril-Maio 1990, pág. 50-51.

<sup>221</sup> Todavia muitas vezes não é possível fazer a verificação médica do óbito, porque o cadáver não é encontrado (ex. sabe-se que alguém pereceu numa grande explosão ou que se encontrava num navio que afundou sem sobreviventes). Nestes casos, não podemos dizer que a pessoa está viva. Assim, para este tipo de situações o Direito encontrou uma solução para obviar a estas circunstâncias – a morte presumida (art. 68º, nº 3 CC). Mas o desaparecimento nestes casos tem que se dar em circunstâncias que não permitam duvidar da morte.

<sup>222</sup> O Direito, neste âmbito deve limitar-se a reconhecer os conhecimentos médicos. Aliás, se esta consagração legal do momento da morte fosse uma função acometida à ordem jurídica, poderia “vir a funcionar em desfavor do dador, já que, podendo ser ultrapassada pelos dados científicos, correria eventualmente o risco de se traduzir, por um lado, numa desprotecção daquele que, morto segundo os critérios legais, o não estaria ainda sob o novo critério médico, e, por outro, numa invasão, por parte da ordem jurídica daquilo que se representa como específicos conhecimentos médicos, travando a própria possibilidade do progresso da medicina” - FARIA, Paula Ribeiro de, *ob. cit.*, pág. 102 e 103. Esta posição, de que a definição de morte cabe à medicina é também partilhada pela Igreja Católica (cfr. discurso de João Paulo II aos participantes no XVIII Congresso Internacional sobre os Transplantes, a29 de Agosto de 2000, disponível em [http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/speeches/2000/jul-sep/documents/hf\\_jp\\_ii\\_spe\\_20000829\\_transplants\\_po.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/2000/jul-sep/documents/hf_jp_ii_spe_20000829_transplants_po.html), consultado a 09/09/2013.

morte cerebral constam da Declaração da Ordem dos Médicos de 1 de Setembro de 1994.

Além de se determinarem os critérios imprescindíveis para determinar a morte (cerebral)<sup>223</sup> é depois necessário determinar em relação a cada pessoa, em concreto, quando é que a morte ocorreu – é o que comumente se designa por verificação da morte. Da Lei n.º 12/93 consta que a verificação da morte compete aos médicos (art. 3.º da Lei n.º 141/99)<sup>224</sup>. Deverá ser lavrado um registo sumário do óbito pelo médico que proceda à sua verificação<sup>225</sup>.

Existem particularidades na certificação da morte para efeitos de transplantação nos termos da Lei n.º 12/93. Nestes casos deve ser adoptado o seguinte método, previsto na Declaração da Ordem dos Médicos referida supra:

- 1) Realização de, no mínimo, dois conjuntos de provas com intervalo adequado à situação clínica e à idade;
- 2) Realização de exames complementares de diagnóstico, sempre que for considerado necessário;
- 3) A execução das provas de morte cerebral por dois médicos especialistas (em neurologia, neurocirurgia ou com experiência de cuidados intensivos);
- 4) Nenhum dos médicos que executa as provas poderá pertencer a equipas envolvidas no transplante de órgãos ou tecidos e pelo menos um não deverá pertencer à unidade ou serviço em que o doente esteja internado<sup>226</sup>.

---

<sup>223</sup> Critérios que não são isentos de dúvidas e de críticas. Para além dos sinais exteriores indiciadores de morte cerebral (inconsciência, falta de reflexos, ausência de respiração espontânea), existem outros métodos de determinação da morte cerebral que devem ser utilizados. São eles, essencialmente o electroencefalograma (E.E.G.) e a angiografia. O E.E.G. permite “registar os fenómenos bioeléctricos que têm lugar num cérebro vivo”. Todavia, o mesmo não abrange toda a actividade cerebral e como tal não é suficiente para determinar a cessação total e irreversível de todas as funções cerebrais. “Uma vez que só permite provar a falta de electricidade e não a existência de um dano irreversível, torna-se particularmente falível em situações de coma motivadas por sujeição a baixas temperaturas, envenenamento ou administração de barbitúricos”. Por outro lado, este método exige, para a observação e confirmação de resultados, consideráveis períodos de tempo (o que torna a colheita de órgãos para transplante praticamente inviável. A angiografia por sua vez, consiste na injeção de um líquido contrastante nas artérias ou veias de modo a que a circulação sanguínea se torne visível através de radiografia. Se o líquido não circular a nível cerebral devemos ter por provada a morte dessa parte do organismo. Este procedimento demora cerca de meia hora. Contudo, com a utilização deste método, “parte-se do princípio que já se encontra provado aquilo que se pretende provar”: a morte cerebral. Porque, a angiografia pode, só por si, causar a morte cerebral. Como tal, e atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana e a imposição de igual tratamento da vida e da integridade física” do dador e do receptor, a utilização da angiografia para determinar a morte cerebral não é admissível no nosso ordenamento jurídico – Ver de forma pormenorizada, FARIA, Paula Ribeiro de, *ob. cit.*, pág. 113 e ss.

<sup>224</sup> Se a pessoa tiver um médico assistente, a morte deve ser verificada por esse médico. Se a pessoa falecer sem assistência médica, o óbito será verificado pelo médico que em primeiro lugar compareça. Este regime comum é afastado em situações particulares decorrentes de circunstâncias específicas existentes no momento da morte: casos de sustentação artificial das funções cardio-circulatória e respiratória. O art.º 4.º, n.º 4 determina que nestes casos a verificação da morte deve ser efectuada por dois médicos, de acordo com o regulamento elaborado pela Ordem dos Médicos.

<sup>225</sup> Neste registo deve constar a identificação do falecido e do médico que procedeu à verificação da morte, o local, a data e hora da morte e ainda a informação clínica e observações eventualmente úteis (art. 4.º da Lei n.º 141/99).

<sup>226</sup> Ver também art. 13.º, n.º 2 da Lei n.º 12/93.

## 4.2. Natureza Jurídica do Cadáver

Segundo a al. i) do art. 2º do Dec.-Lei nº 411/98, de 30 de Dezembro (relativo à Inumação e Trasladação de Cadáveres), o cadáver mais não é do que “o corpo humano após a morte, até estarem terminados os fenómenos de destruição da matéria orgânica”<sup>227</sup>. Estamos ainda perante um cadáver mesmo que os despojos não estejam completos, desde que não se trate apenas de partes isoladas de um corpo humano, como o sejam órgãos ou tecidos, conservados, por exemplo, para estudo ou utilizados para fins cirúrgicos<sup>228</sup>.

Mas a norma não diz que tipo de realidade é o cadáver – se uma coisa ou se uma pessoa. E esta é uma dúvida que se faz sentir desde sempre<sup>229</sup>.

Na definição da natureza jurídica do cadáver não entram apenas, como é óbvio, considerações de ordem jurídica, mas também religiosa e moral, que lhe atribuem uma característica de sacralidade, que influencia, ainda hoje, as posições sustentadas pelos autores a seu respeito. Essa sacralidade manifesta-se através dos ritos funerários, religiosos ou cívicos, ao respeito devido ao próprio cadáver (basta atentar na tutela penal) e à sua incomercialidade<sup>230</sup>.

São estas concepções que levam à relutância de alguns autores em classificar o cadáver como coisa, tendendo a vê-lo como realidade autónoma, como um *tertium genus*, distinta das pessoas e das coisas<sup>231</sup>.

---

<sup>227</sup> Carvalho Fernandes acha que esta noção não abarca os restos mortais de um nado-morto, que deve para todos os efeitos ser considerado cadáver. Assim, prefere a utilização de uma outra noção jurídica de cadáver: despojos inanimados de um ser humano ainda que ele não tenha sido pessoa em sentido jurídico, socorrendo-se para isso da noção de cadáver veiculada in POLIS, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, Vol.1, cols. 662 a 666 – vide FERNANDES, Luis Carvalho “A definição de morte – Transplantes e outras utilizações do cadáver”, em *Direito e Justiça*, Revista de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Vol. XVI, 2002, Tomo 2, pág. 38

<sup>228</sup> Não são, normalmente, designados por cadáveres restos mortais que pela sua antiguidade ou significado religioso ganharam a natureza de objectos arqueológicos, de documentos históricos ou de objectos de culto (múmias, ossadas, relíquias, etc..).

<sup>229</sup> Veja-se o célebre caso de uma sentença de 31 de Agosto de 1874 em que, discutindo-se a propriedade do cadáver da mulher de Vieira de Castro (assassinada pelo próprio Vieira de Castro), se considerou que os “restos mortais de qualquer individuo juridicamente não podem ter-se como coisas para as tornar susceptíveis de apropriação e propriedade (...), mas sim como pessoa, embora destituída de vida e, quando menos, relíquias dela...” – CAEIRO, António Miguel, *ob. cit.*, pág. 49.

<sup>230</sup> Como sustenta De Cupis, “não sendo a pessoa enquanto viva, objecto de direitos patrimoniais, não pode sê-lo também o cadáver, o qual, apesar da mudança de substância e de função, conserva o cunho e o resíduo da pessoa viva. A comercialidade estaria, pois em nítido contraste com tal essência do cadáver, e ofenderia a dignidade humana” – CUPIS, Adriano de, *ob. cit.*, pág. 93.

<sup>231</sup> Nomeadamente, Cunha Gonçalves, Paulo Cunha, Gomes da Silva (cfr. FERNANDES, Luis Carvalho, *ob. cit.*, pág. 39). Desta opinião é também Pais de Vasconcelos para quem o cadáver já não é pessoa. Mas também não é uma coisa para efeitos do art. 202º do CC. O cadáver tem um valor sagrado. Na Religião, na Moral, na Cultura, no Direito o cadáver é tratado com um respeito muito especial e a sua profanação constitui um crime. (VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria...*, *cit.*, pág. 88). Também Oliveira Ascensão entende que o cadáver não é coisa, uma vez que não se pode dissociá-lo da personalidade de que foi suporte (ASCENSÃO, J. Oliveira, *Teoria...*, *cit.*, pág. 58)

Outros há, que entendem que o cadáver mais não é do que uma coisa<sup>232</sup>.

Na nossa opinião, o cadáver não sendo pessoa nem coisa, acha-se submetido aos fins intrínsecos das pessoas e como tal há-de ser regido pelos princípios relativos às pessoas em tudo o que não seja adequado à sua configuração particular. É um *tertium genus*<sup>233</sup>. Além disso, não pode ser classificado como coisa atendendo ao elemento sistemático da interpretação: quase sempre, os problemas relacionados com o cadáver são versados a propósito dos direitos de personalidade<sup>234</sup>.

Apesar da falta de unanimidade quanto à qualificação jurídica do cadáver, ela existe, praticamente na totalidade, quanto ao reconhecimento de que o cadáver, sendo *res* ou não, estará sempre subtraído ao comércio jurídico (*extra commercium*)<sup>235</sup>. A extra-comercialidade não coloca o cadáver fora apenas do comércio jurídico privado. É também a razão pela qual, o cadáver não poder ser, em princípio objecto de actos jurídicos, só sendo lícitos os expressamente admitidos pelo Direito.

---

<sup>232</sup> Por exemplo, Carvalho Fernandes é desse entendimento, apesar de considerar o cadáver pertencente à categoria de coisas fora do comércio jurídico (*res extra commercium*) – FERNANDES, Luís Carvalho, *ob. cit.*, pág. 39-40. Também Orlando de Carvalho classifica o cadáver de coisa, “mas uma coisa ainda nimbada do respeito que todos devem à pessoa viva” (CARVALHO, Orlando de, “*Transplantações...*, *cit.*, pág. 144). António Carvalho Martins chega a idêntica conclusão pela própria noção de coisa (art. 202º, nº1 do CC): tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas. O autor entende que aqui se inclui o cadáver, porque privado de personalidade jurídica. Por outro lado, o cadáver partilha da característica das coisas: é impessoal (porque carecido de personalidade jurídica), tem existência autónoma (é algo distinto e separado), representa uma utilidade apropriável e é idóneo a satisfazer necessidades (uma vez que satisfaz ou tem aptidão para satisfazer interesses humanos) – MARTINS, António Carvalho, *ob. cit.*, pág. 39-45. Também HÖRSTER, Heinrich, *ob. cit.*, pág. 307. Posição idêntica é encontrada na Verbo, Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura (Vol. 4, pág. 382): o cadáver entraria juridicamente na categoria de coisas, pois o pressuposto da atribuição de personalidade – a titularidade de interesses próprios – não se concebe relativamente aos falecidos. A personalidade é apenas qualidade da pessoa viva. Não deixam todavia de reconhecer o regime jurídico especial do cadáver. É uma coisa *extra commercium*. Admitem que, sobre o cadáver podem exercer-se certos poderes (quer pelo defunto, por virtude da sua vontade manifestada em vida, quer pelos seus familiares, quer ainda pelo Estado.) O próprio defunto pode determinar o destino do cadáver (a cremação ou a inumação, ou ainda destiná-lo a título gratuito a museus, institutos científicos ou práticas anatómicas). Os familiares do defunto, em razão do sentimento de piedade que a ele se liga, são reconhecidos os poderes necessários para a manifestação dos seus afectos, os quais se traduzem em conservar e proteger o cadáver, decidir supletivamente sobre o lugar e modo de enterro e as honras fúnebres (que não são direitos subjectivos, mas sim poderes-deveres). O Estado, por sua vez, com base na sobreposição do interesse público aos interesses particulares, tem o poder de realizar a autópsia mesmo contra a vontade da família e do aproveitamento das utilidades do cadáver postas a descoberto pelas aquisições da ciência.

<sup>233</sup> Cfr. neste sentido, SILVA, Manuel Gomes da, *ob. cit.*, pág. 121. Tendo por base esta ideia, o autor entende que existem princípios a que devem obedecer os direitos sobre o cadáver, nomeadamente: a destinação a fins intrínsecos (ou seja fins cuja consecução é necessária para se realizar a personalidade do próprio sujeito passivo, não sendo admissíveis destinações que tenham por fim aspectos imorais ou fúteis); a especificidade, na medida em que esses direitos devem ser estritamente delimitados pelo fim a que se destinam e só no âmbito deste têm justificação; ausência de domínio (o cadáver não pode ser objecto de domínio ou propriedade plena, por parte de ninguém, incluindo o Estado ou a família); extra-comercialidade, não por ser coisa fora do comércio, mas por nem sequer ser coisa, nem poder ser objecto de domínio; independência dos vários direitos que recaiam no cadáver e, conseqüentemente, a sua necessidade de hierarquização e concretização em concreto; subordinação genérica ao respeito devido à pessoa e a outros fins intrínsecos.

<sup>234</sup> Como refere Günter Dürig, “quem foi concebido por seres humanos e quem foi um ser humano participa na dignidade da pessoa, pelo que é possível a interferência na dignidade da pessoa humana nas hipóteses em que o ser humano concreto ainda não nasceu ou já morreu”- GÜNTER DÜRIG, *Der Grundrechtssatz von Menschenwürde*, pág. 126 *Apud*, OLIVEIRA, Nuno Pinto, *O Direito Geral de personalidade e a “Solução do Dissentimento” – Ensaio sobre um caso de “Constitucionalização” do Direito Civil*, Publicações do Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pág. 115

<sup>235</sup> Ferrara sustenta que em geral o cadáver é coisa *extra commercium*, mas por vontade do testador ou disposição da lei, pode ser objecto de direitos e tornar-se, portanto, coisa no comércio. (FERRARA *Apud* SILVA, Manuel Gomes da, *ob. cit.*, pág. 26). Vide também, AMARANTE, Napoleão Xavier do, *ob. cit.*, pág. 511.

Vários fins podem ser dados ao cadáver. Não obstante o facto de, desde sempre, ser comumente aceite que o destino normal do cadáver consiste em ser consumido por meio de inumação, já no séc. XVI alguns juristas, admitiam que excepcionalmente houvesse outras formas de aproveitamento, tais como a exumação de cadáveres, para neles serem efectuados exames (exposição para reconhecimento, autópsias, colheitas de tecidos e vísceras para exames laboratoriais, etc.) destinados a esclarecer suspeitas de crime e a colher provas forenses<sup>236</sup> e a entrega de cadáveres aos médicos para os estudos de anatomia<sup>237</sup>.

O Dec.-Lei nº 411/98, de 30 de Dezembro, contém o regime jurídico da remoção, transporte, inumação, exumação, trasladação e cremação de cadáveres, bem como de alguns desses actos relativos a ossadas, cinzas, fetos mortos e peças anatómicas, e ainda da mudança de localização de um cemitério.

Independentemente, porém, da inumação do cadáver a lei admite que este seja objecto de certas providências, que redundam em aproveitamento dele para fins de interesse geral: os fins de investigação judiciária e os de investigação científica e ensino.

Outro desses fins é o que trata o presente trabalho: a colheita e o aproveitamento de órgãos e tecidos do cadáver. Em Portugal, quem primeiro teorizou sobre a questão foi Gomes da Silva. Para ele a colheita e aproveitamento de órgãos e tecidos do cadáver só podia ser feita para fins terapêuticos ou de investigação científica. Nessa medida, não podiam ser objecto de domínio, de actividades lucrativas, fúteis ou imorais. O cadáver, destinando-se a desaparecer não veria a sua dignidade e sacralidade ofendida pela colheita dos seus órgãos e tecidos, desde que utilizado para a cura ou o alívio do sofrimento de outras pessoas ou para o avanço do conhecimento humano. É neste fundamento que se encontra o carácter ético da licitude da colheita e aproveitamento de órgãos de cadáveres.

A utilização do cadáver em vista dos fins de diagnóstico terapêutico e de transplantação, mas também de ensino e investigação científica pode ter objectos e fins diversos. Quanto ao objecto: podem estar em causa actos relativos a peças, tecidos e órgãos de origem humana ou ao cadáver, em si mesmo, no todo ou em parte. Os actos podem consistir ainda na dádiva do cadáver para a colheita ou a extracção de peças,

---

<sup>236</sup> Debatia-se a questão da (i)licitude desta exumação de cadáveres. Questão que resolviam afirmativamente, embora tendo dúvidas acerca do valor probatório dos indícios colhidos em cadáveres.

<sup>237</sup> Embora aqui estivesse, sobretudo, em causa a entrega de cadáveres que proviessem de condenados à pena de morte.

tecidos ou órgãos e para a sua dissecação. Os fins visados com estes actos podem ser múltiplos: quanto a peças, tecidos e órgãos identificam-se na lei os de transplantação, terapêuticos, de ensino e investigação (a dissecação de cadáveres terá em vista estes dois últimos)

Em Portugal existe um diploma dirigido aos fins de transplantação e terapêuticos - Lei nº 12/93 - e outro aos de ensino e investigação – Lei nº 274/99, de 22 de Julho. Por questões de economia de exposição, não iremos abordar a problemática específica destes últimos.

### 4.3. Modelos Jurídicos da Colheita de Órgãos em Cadáveres para Transplante

Interessa agora saber quem e de que maneira, pode alguém, depois de morto ser considerado, juridicamente, dador de órgãos ou tecidos para efeitos de transplantação.

O regime jurídico da colheita de órgãos em cadáveres pode basear-se em diferentes princípios. Seguimos de perto nesta matéria a sistematização feita por João Loureiro<sup>238</sup>:

a) A solução de consentimento (opting-in system) – apenas permite a colheita em caso de consentimento expresso pelo dador durante a vida e/ou dos familiares. Assim sendo, a recolha do órgão ou tecido só é legítima se a pessoa tiver manifestado em vida (ou os seus familiares) o seu consentimento. A simples não oposição não legitima a extracção. Dentro desta solução podemos distinguir duas sub-hipóteses: o consentimento restrito, em que se exige o consentimento expresso do falecido; o consentimento alargado, em que é necessário o consentimento do falecido ou dos familiares. Confere-se uma relevância negativa ao silêncio do interessado (em caso de silêncio, a colheita de órgãos para transplante será ilícita). É assim um sistema mais desfavorável à colheita de órgãos.

b) A solução do dissentimento<sup>239</sup> ou da oposição (opting-out system)<sup>240</sup> – apenas se proíbe a colheita de órgãos em caso de oposição expressa feita em vida pelo não

---

<sup>238</sup>LOUREIRO, João, *ob. cit.*, pág. 24 e ss. Nuno Oliveira faz uma outra sistematização. Assim, quanto à vontade do dador/não dador podemos ter: a solução da irrelevância do consentimento do dador, a solução de consentimento ou a solução de dissentimento; quanto à vontade dos familiares próximos é possível distinguir: princípio da irrelevância da vontade destes, o princípio da relevância prevalecte da vontade dos familiares ou o princípio da relevância subsidiária da vontade dos familiares – V. OLIVEIRA, Nuno Pinto, “Direitos de Personalidade e Responsabilidade Civil no Regime Jurídico do Transplante de Órgãos”, em *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4, nº 8, 2007, pág. 19.

dador. A recolha de órgãos só será ilícita quando o dador em vida tiver manifestado a sua oposição. Concede uma relevância positiva ao silêncio (em caso de silêncio, a colheita de órgãos é lícita)<sup>241</sup>. Nesta hipótese, existe uma maior possibilidade de existirem órgãos para doação, na medida em que todos os cidadãos são, em princípio, dadores, excepto se, em vida, repete-se, tiverem manifestado a vontade de não quererem ser dadores *post mortem* de órgãos ou tecidos<sup>242</sup>.

c) Modelo de Informação - também esta solução conhece duas variantes: numa primeira hipótese, perante a inexistência de consentimento expresso do falecido, comunica-se aos familiares a intenção de colheita de órgãos ou tecidos que, se quiserem, poderão opor-se; noutra hipótese, chamada de oposição alargada, quem pretender que o seu corpo não sirva como fonte de órgãos e tecidos para efeitos de transplantação, deve declará-lo; se nada disser, podem as famílias, a título subsidiário opor-se à colheita de órgãos. Os adeptos deste sistema entendem que é uma síntese entre as soluções do consentimento e do dissentimento: a primeira componente (necessidade de consentimento) concretizaria a ideia orientadora da solução de consentimento; a segunda componente (em caso de inexistência de declaração expressa do “dador”, dever de informar a família sobre o seu direito de veto, tendo em conta a vontade manifestada em vida pelo dador) concretizaria a ideia orientadora da solução do dissentimento.

---

<sup>239</sup> As expressões “solução de dissentimento” e “solução do consentimento” foram sugeridas por Faria Costa – V. COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, *passim*. Todavia, o Autor é bastante crítico em relação à eventual separação proposta por alguns autores (por exemplo, o italiano Fernando Mantovani) que vão dizendo que a solução de consentimento será mais privatista e a de dissentimento mais publicista.

<sup>240</sup> Há ainda quem lhe chame solução de consentimento presumido (SILVA, Paula Martinho da, *ob.cit.*, pág. 528); Bell MD, “The UK Human Tissue Act and consent: surrendering a fundamental principle to transplantation needs?”, em *Journal of Medical Ethics*, 2006 May; 32(5), 283–286, disponível em [www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/](http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/). Vera Raposo é, todavia, muito crítica desta terminologia, pois, no seu entender, “não se trata aqui de um consentimento presumido, uma vez que não é necessária qualquer presunção, já que o sujeito manifestou efectivamente a sua vontade em vida ao não indicar o nome” no RENNDA. Segundo a autora, “não há aqui qualquer presunção de vontade positiva para ser dador, mas sim um comportamento positivo revelado pela ausência de manifestação de uma vontade negativa” (RAPOSO, Vera Lúcia, *ob. cit.*, pág. 56).

<sup>241</sup> Os partidários do consentimento presumido consideram o cadáver como *res communitatis*. A pessoa morta é valorizada em decorrência do progresso das ciências biológicas, devendo os seus órgãos serem reintroduzidos no ciclo da vida humana.

<sup>242</sup> João Loureiro entende que neste modelo, a oposição do defunto não pode ser ultrapassada quer pelo consentimento dos familiares quer por decisão de qualquer órgão público (*ob. cit.*, pág. 27). Nuno Oliveira, por sua vez, entende que este modelo do dissentimento pode dividir-se em dissentimento alargado, na medida em que são juridicamente relevantes quer a oposição do não-dador, quer a oposição dos seus familiares (assim quem pretende que o seu corpo não sirva como fonte de órgãos para transplante, deve declará-lo; se nada disser, podem as famílias a título subsidiário opor-se à colheita de órgãos) e ainda no dissentimento estritamente pessoal, em que só se reconhece como juridicamente relevante a oposição, expressa em vida, do não-dador. Nesta solução, as famílias nada podem dizer (OLIVEIRA, Nuno Pinto, *O Direito Geral de Personalidade...*, *cit.*, pág. 20 e 21). João Loureiro entende que a sub-hipótese do consentimento alargado já não corresponde à pureza do sistema e está sim incluída no modelo de informação (*ob. cit.*, pág. 28, nota 43).

d) Modelo de declaração obrigatória – neste modelo todos teriam de se pronunciar, sendo garantida oportunidade para isso<sup>243</sup>. Este modelo poderia assumir uma estrutura binária, onde a pessoa tivesse que optar pelo consentimento/oposição. Ou uma estrutura complexa, com uma declaração positiva, negativa ou ainda nenhuma declaração, no caso de não se ter ainda opinião ou de não a querer revelar<sup>244-245</sup>.

e) Modelo da Irrelevância da vontade privada ou da necessidade – neste, invocando-se o interesse da comunidade em atenuar a escassez de órgãos e tecidos, recusa-se qualquer relevância da vontade do falecido<sup>246</sup>.

#### 4.4. Direito Comparado

A solução de consentimento está consagrada na Alemanha (nos §§ 3 e 4 da Lei Sobre a Transplantação de Órgãos)<sup>247</sup>. Neste país, no caso de não existir nem um consentimento nem um dissentimento expressos em vida pelo interessado, sob a forma escrita, o médico responsável pelo transplante deve consultar o parente mais próximo

---

<sup>243</sup> Por exemplo, quando a pessoa procede à obtenção ou renovação de determinados documentos (ex. documentos de identificação pessoal).

<sup>244</sup> João Loureiro, perspicazmente nota que haveria o problema de como tratar o silêncio, neste último caso. Sugere, a título de exemplo, a sua articulação com o modelo da informação. – LOUREIRO, João, *ob. cit.*, pág. 30

<sup>245</sup> Os defensores deste modelo entendem que ele respeita em mais ampla medida o direito de autodeterminação negativa do potencial dador, uma vez que a colheita de órgãos tem que se fundar no seu consentimento expresso e, por isso, no exercício positivo dos direitos de personalidade – e não só numa presunção legal ou numa declaração de terceiros. É assim, o meio mais protector dos direitos de personalidade (assim, Kluth e Sander, que entendem ser inconstitucional a solução de dissentimento por não passar no teste do (sub)princípio da necessidade, uma vez que o legislador poderia adoptar outro meio igualmente adequado e menos desvantajoso para os cidadãos – a solução da declaração obrigatória. Nuno Oliveira, vê desvantagens ponderosas neste modelo: o aumento da burocracia, a informação levada a cabo por funcionários porque sucinta e desapaixonada poderia motivar um aumento de reacções cautelosas por parte dos cidadãos e o óbice em mudar uma opinião documentada. Entende o autor que no momento de preencher os impressos para a obtenção ou renovação de documentos de identidade não existem as condições necessárias para uma reflexão sobre a transplantação de órgãos, não sendo de excluir a possibilidade de essa pressa e de essa precipitação conduzirem a reacções cautelosas ou mesmo negativas -*vide* OLIVEIRA, Nuno Pinto, *ult. ob. cit.*, pág. 205 a 209. A nosso ver o autor ao apoiar-se em tais argumentos esquece aspectos importantíssimos que o levam a cair numa falsa suposição. Em primeiro lugar, ainda que a informação levada a cabo fosse sucinta e desapaixonada, ela teria pelo menos a vantagem de existir, coisa que hoje em dia não se verifica (cfr. infra). Além disso, sabendo o mínimo, daria às pessoas a oportunidade de aprofundar tal conhecimento, investigando pelos seus próprios meios. Por último, discordamos de todo do argumento da falta de oportunidade da declaração. Ora, havendo uma declaração obrigatória que há-de ser feita aquando da obtenção dos documentos de identificação, as pessoas saberiam que aquando daquele acto teriam que expressar a sua vontade sobre a doação de órgãos. Sendo um acto institucionalizado (que as pessoas sabem que tem que ser praticado naquele momento), as pessoas não são apanhadas de surpresa, como se quer fazer crer. Não seria portanto uma decisão instantânea que iriam tomar quando se sentassem à frente do funcionário. A decisão já iria com certeza reflectida

<sup>246</sup> No dizer de João Loureiro haveria uma “expropriação” por utilidade pública ou uma nacionalização do cadáver. Não haveria qualquer ponderação concreta, ao contrário do que acontece quando se invoca o direito de necessidade (art. 34º CP). O Autor é peremptório em afirmar que, dos modelos apresentados, este é o único que deve ser liminarmente rejeitado, do ponto de vista constitucional, por ignorar as exigências de concordância prática que conduz a que num conflito de direitos não se possa, *prima facie*, optar pelo sacrifício total de algum dos direitos ou bens constitucionalmente tutelados em jogo (LOUREIRO, João, *ob. cit.*, pág. 31)

<sup>247</sup> Todavia, durante muito tempo o legislador alemão optou por nada dizer. Cfr. COSTA, José Faria, *ob. cit.*, pág. 227.



sobre a existência de uma declaração do dador no sentido da dádiva ou da não dádiva dos seus órgãos para transplantação. Todavia, o parente inquirido deve respeitar a vontade provável do potencial dador - consagram um modelo de consentimento alargado<sup>248</sup>. No Canadá e em países latinos como a Argentina, Colômbia, Chile, Equador, Panamá, Paraguai, Venezuela, também vigora a solução de consentimento. Também nos EUA, através do sistema do pedido requerido (regulado pela Uniform Anatomical Gift Act) exige-se que os médicos informem os pacientes ou as suas famílias sobre a possibilidade de doação de órgãos.

A solução de dissentimento estritamente pessoal encontra-se consagrada, como veremos, em Portugal, mas também em França (no art. L1232-1 do Código da Saúde Pública), onde é dito que “esta recusa pode ser feita por qualquer meio, incluindo a inscrição em um cadastro informatizado nacional para esta finalidade”<sup>249</sup>. O decreto francês nº 47-1902, de 26 de Setembro de 1947, já previa a colheita no caso de o falecido nela ter consentido e, no caso de faltar esse consentimento, permitiam-na mesmo quando a família se opunha, desde que efectuada em estabelecimentos hospitalares designados pelo Ministro da Saúde e da População e quando o médico-chefe a ordenasse por necessidade de ordem científica ou terapêutica. Fora destes estabelecimentos, as colheitas só eram possíveis com o consentimento da família<sup>250</sup>.

Na Espanha (art. 10º, nº1 do Real Decreto 2070/1999 de 30 de Dezembro) também vigora a solução de dissentimento estritamente pessoal. Nos termos desta lei só se poderá extrair órgãos caso a pessoa falecida não tenha deixado declaração expressa da sua oposição. Todavia, a oposição será respeitada independentemente da forma pela qual se tenha expressado.

Na Itália (na Lei nº 91, de 1 de Abril de 1999) adopta-se a solução do dissentimento estritamente pessoal. Nestes termos, a colheita de órgãos está autorizada sempre que o individuo tenha exprimido em vida uma declaração de vontade em sentido favorável à colheita ou, tendo sido informado dos seus direitos não exprimiu nenhuma declaração de oposição à colheita. Ou seja, o silêncio do dador só é relevante, em

---

<sup>248</sup> Esta solução de consentimento alargado também é em si controversa, na medida em que a exigência de consentimento por parte da família é discutível por colocar em causa a personalidade do falecido. Mas para os próprios familiares é uma situação muito agressiva do ponto de vista psicológico, uma vez que a decisão tem que ser tomada num curto espaço de tempo e imediatamente após a comunicação da morte do familiar.

<sup>249</sup> O diploma francês chega a impor um dever ao médico de procurar saber se o dador se opôs ou não à doação de órgãos, por qualquer meio: “Si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir auprès des proches l'opposition au don d'organes éventuellement exprimée de son vivant par le défunt, par tout moyen”.

<sup>250</sup> Ou então quando esta não se manifestasse ou o defunto não tivesse família. – MARTINS, António Carvalho, *ob. cit.*, pág. 28-29

termos positivos, se se tratar de um silêncio informado. Caso não seja um silêncio informado, a colheita de órgãos é ilícita. Daí que o art. 5º desta lei confira às unidades sanitárias locais a competência para solicitarem, individualizadamente aos cidadãos, a sua declaração de vontade sobre esta matéria.

Em Inglaterra encontra-se consagrada a solução de dissentimento alargado (na Human Tissue Act, de 2004<sup>251</sup>). Cumpre-se a vontade da pessoa falecida quanto ao destino do seu corpo depois da morte, caso ela a tenha manifestado, por escrito ou oralmente (na presença de duas testemunhas), e não a tenha revogado. Nas situações em que a pessoa falecida nada exprimiu nessa matéria é à pessoa que tenha a posse legítima sobre o cadáver que cabe decidir sobre a colheita de órgãos e tecidos<sup>252</sup>.

No Brasil, a Lei nº 9.434/97 na sua redacção original, consagrava no art. 4º<sup>253</sup>, o princípio do consentimento presumido, transformando todos os brasileiros maiores e capazes em doadores presumidos<sup>254</sup>. Quem não quisesse ser doador teria que comparecer numa repartição de identificação civil ou departamento de trânsito ou ainda num órgão de classe, para que fosse inscrito num documento emitido por aqueles órgãos<sup>255</sup> a expressão “não doador de órgãos e tecidos”. Tal manifestação de vontade podia ser alterada a qualquer tempo. E caso eventualmente alguém tivesse dois ou mais documentos legalmente válidos, com opções diferentes quanto à sua condição de doador ou não, prevaleceria aquele cuja emissão fosse mais recente. Todavia, a Lei nº 9.434/97

---

<sup>251</sup> O Human Tissue Act, de 2004, surgiu depois dos escândalos ocorridos no Bristol Royal Infirmary e no Royal Liverpool Children's Hospital: estes hospitais levaram a cabo recolha de órgãos de pacientes, sem o consentimento das famílias (cfr. Bell MD, *ob. cit., passim*). A investigação começou depois da morte de Samantha Rickard, de 11 de meses de idade, que morreu em 1992 durante uma cirurgia ao coração no Bristol Royal Infirmary (BRI). Em 1996, quatro anos após a morte de Samantha, a sua mãe, Helen Rickard, apercebeu-se das elevadas taxas de mortalidade para cirurgia cardíaca infantil no BRI, tendo pedido uma cópia do relatório médico da sua filha àquele hospital: constatou que tinha retirado o coração da sua filha. Confrontado com esta evidência, o hospital prontamente devolveu o coração. Helen deixou de trabalhar para descobrir exatamente o que tinha acontecido à sua filha. Entretanto, perante as sérias dúvidas sobre a qualidade da cirurgia cardíaca pediátrica em Bristol, iniciou-se um inquérito público, presidido por Ian Kennedy. Vários casos vieram à tona: por exemplo, mais de 104 mil órgãos, partes do corpo e corpos inteiros de fetos e bebés nados-mortos foram armazenadas em 210 instalações do SNS britânico. Além disso, também estavam armazenadas 480.600 amostras de tecidos retirados de pacientes mortos. E tudo isto sem consentimento. Por outro lado, verificou-se que o Birmingham Children's Hospital e o Alder Hey Children's Hospital, em Liverpool também retiraram tecidos de crianças vivas durante cirurgias cardíacas, para uma empresa farmacêutica de investigação, em troca de doações financeiras. O Alder Hey Children's Hospital também tinha armazenados, sem consentimento, cerca de 1.500 fetos que foram abortados ou que eram nados-mortos. Em janeiro de 2004, mais de 2.000 famílias propuseram uma ação contra o SNS, no High Court, pelo facto de terem procedido à remoção de partes do corpo dos familiares mortos, incluindo crianças, sem o seu consentimento. – cfr. [http://en.wikipedia.org/wiki/Alder\\_hey\\_organs\\_scandal](http://en.wikipedia.org/wiki/Alder_hey_organs_scandal)

<sup>252</sup> O modelo do dissentimento é ainda adoptado na Áustria, Suécia, Bélgica e Austrália.

<sup>253</sup> “Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica *post mortem*”.

<sup>254</sup> As antecessoras da Lei nº 9.434/97 (leis 5479/68 e 8.489/92) adoptavam a solução de consentimento. Os autores brasileiros, apesar de não considerarem tal norma da lei nº 9.434/97, na sua redacção originária, inconstitucional, entendem que este modelo não se coaduna com a situação sociocultural do Brasil, na medida em que na sua maior parte a população brasileira desconhece que é doadora presumida de órgãos.

<sup>255</sup> Carteira de Identificação Civil, carteira nacional de habilitação ou carteira profissional.

foi alterada pela medida provisória nº 1.718 de 06.10.1998<sup>256</sup> que estabeleceu que “Na ausência de manifestação de vontade do potencial doador, o pai, a mãe, o filho ou o cônjuge poderá manifestar-se contrariamente à doação, o que será obrigatoriamente acatado pelas equipes de transplante e remoção” (art. 4º, §6º da Lei nº 9.434/97)<sup>257</sup>. Assim, hoje em dia vigora no Brasil o modelo do consentimento informado, na segunda variante, decorrente do direito fundamental de cada pessoa autodeterminar-se em relação ao seu corpo. Deste modo, na ausência de manifestação de vontade do doador, caberá à família reconhecer qual era a vontade do *de cuius*, autorizando ou não a doação. Acredita-se que com este modelo se respeitam os princípios gerais de protecção do corpo humano, como a dignidade humana e a inviolabilidade do corpo<sup>258</sup>. Se a pessoa falecida for juridicamente incapaz, a remoção de seus órgãos e tecidos para fins de transplante depende de autorização expressa de ambos os pais ou dos seus representantes legais. (Art. 5º). Além disso, está vedada a retirada post mortem de órgão e tecidos de corpo de pessoa não identificada. (art. 6º)´.

O Conselho da Europa, na sua Resolução de 11 de Maio de 1978, sobre a harmonização das legislações dos Estados-Membros relativas à colheita e ao transplante de substâncias de origem humana propôs a solução do dissentimento para o direito comum europeu nesta matéria. O art. 10º da mencionada Resolução dispõe no seu nº 1 que “nenhuma colheita de órgãos e de tecidos deve ser efectuada quando há uma oposição expressa ou presumida do defunto, consideradas em particular, as suas convicções religiosas ou filosóficas”. O nº 2 do mesmo artigo reforça esta ideia quando refere que “na ausência de declaração de vontade do defunto, revelada explícita ou implicitamente, a colheita pode ser efectuada”<sup>259</sup>.

#### 4.5. Análise da Lei Nacional sobre o Tema

---

<sup>256</sup> Entretanto houve uma segunda alteração a este art. 4º pela Lei nº 10.211/2001: “A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte”.

<sup>257</sup> Os autores brasileiros entenderam, na sua generalidade, que a alteração foi pertinente, pois os médicos dificilmente retirariam órgãos do falecido sem anuência de sua família, por força do Código de Ética Médica e devido à relevância que tem a família naquele país.

<sup>258</sup> O problema deste modelo, segundo os autores brasileiros é o da necessidade de, em caso de falta de declaração do *de cuius*, solicitar-se o consentimento da família num momento psicologicamente difícil.

<sup>259</sup> É interessante verificar que a nível europeu se consagra o princípio da liberdade declarativa (ao contrário de Portugal), na medida em que a declaração de vontade pode ser expressa ou tácita.

Em Portugal vigora a Lei nº 12/93, de 22 de Abril, o terceiro diploma sobre o tema<sup>260</sup>. Anteriormente vigorou o Dec.- Lei nº 553/76, de 13 de Julho<sup>261</sup> e o Dec. - Lei nº 45683, de 25 de Abril de 1964<sup>262</sup>.

O art. 10º da Lei nº 12/93 combina a solução de dissentimento e a irrelevância da vontade dos familiares ou sucessores da pessoa falecida. Trata-se, portanto, duma solução de dissentimento estritamente pessoal, em que a família deixa de ter qualquer papel na transmissão da vontade do falecido. Nos termos do nº 1 deste artigo, são potenciais dadores *post mortem* todos os cidadãos nacionais e os apátridas e estrangeiros residentes em Portugal<sup>263</sup> que não tenham manifestado junto do Ministério da Saúde a sua qualidade de não dadores. O art. 13º, nº 6 estabelece ainda que “quando não tiver sido possível identificar o cadáver, presume-se a não oposição à dádiva se outra coisa não resultar dos elementos circunstanciais”.

Ou seja, à partida, todos somos dadores de órgãos ou tecidos, a não ser que tenhamos manifestado, pelo modo legalmente exigido, a vontade de não o ser.

Como se pode então manifestar a qualidade de não dador? Através da inscrição no Registo Nacional de Não Dadores (RENDA)<sup>264</sup>, mediante o preenchimento, em

---

<sup>260</sup> Nenhum dos anteriores diplomas regulava a situação dos transplantes entre vivos, sendo a Lei nº 12/93 o primeiro em que isso acontece.

<sup>261</sup> A solução de dissentimento estritamente pessoal, mas não formalista, já havia sido introduzida pelo art. 5º do DL 553/73. Nos termos deste artigo, os médicos não podiam proceder à colheita de órgãos quando, por qualquer forma, lhes fosse dado conhecimento da oposição do falecido. A oposição em causa devia ser levada ao conhecimento dos médicos por terceiros (familiares ou amigos), A família desempenhava então um importante papel como transmissora da vontade do falecido. Todavia, o artigo não exige qualquer autorização da família para a colheita. Não lhe confere qualquer direito de oposição. Ou seja, a família não se entendia como proprietária do cadáver e como tal, não era “responsável pela expressão da vontade “em substituição” do seu parente próximo, mas sim como veículo transmissor da vontade efectiva do indivíduo falecido” (SILVA, Paula Martinho da, *ob. cit.*, pág. 529). Além disso, nos termos deste diploma a extracção de órgão teria que ter uma finalidade terapêutica e os médicos estavam proibidos de colher órgãos se suspeitassem que a morte era resultado de acção criminosa (art. 4º, nº 2). Na vigência desta lei, a ablação de um órgão ou tecido contra a oposição comprovada do falecido, fazia com que o médico incorresse em responsabilidade criminal, nos termos do art. 9º, al. b) desse Decreto-Lei e obviamente em responsabilidade civil por força do disposto no art. 71º do CC (a nosso ver, extracontratual). – cfr. ROCHA, Manuel Lopes, *ob. cit.*, pág. 44

<sup>262</sup> O art. 4º do DL 45683 permitia a qualquer pessoa, maior ou emancipada dispor do seu corpo, autorizando ou proibindo que nela se fizessem colheitas de tecidos ou órgãos, através de declaração verbal reduzida a auto, de documento por ela escrito e assinado, com reconhecimento notarial da letra e assinatura ou por documento autêntico ou autenticado. Todavia, o art. 5º concedia ao Governo o direito de ordenar a colheita, mesmo nos casos em que estivesse registada proibição do falecido, sob a alegação de grave motivo de interesse público. Caso não se tivesse verificado a proibição ou autorização prevista no art. 4º, a família do falecido poderia opor-se à colheita, nos termos do art. 7º.

<sup>263</sup> Faria Costa entende que a legitimidade do modelo peca muitíssimo neste ponto, pois parece-lhe estranho que se um estrangeiro morre em Portugal, tendo entrado há poucas horas em Portugal se lhe possa fazer sem mais a recolha de órgãos. Até porque se pode dar o caso de a sua lei nacional defender a solução de consentimento. É certo que o nº2 do art. 2º estipula que “em relação aos estrangeiros sem residência permanente em Portugal, o regime jurídico dos actos previstos no nº 1 do artigo 1.º rege-se pelo seu estatuto pessoal”. Mas como determinar, por exemplo, em um acidente de viação, se o estrangeiro é residente ou está ocasionalmente em Portugal? É que este facto conduz a uma alteração qualitativa de regime. (COSTA, José Faria, *ob. cit.*, pág. 231)

<sup>264</sup> Art. 2º, do Dec.-Lei nº 244/94, de 26 de Setembro. De ressaltar que a criação do RENDA e a sua entrada em funcionamento aconteceram com um ano de atraso em relação à data prevista no nº 3 do art. 11 da Lei nº 12/93.

triplicado, de um impresso tipo (aprovado por despacho do Ministro da Saúde)<sup>265</sup> onde se manifesta a indisponibilidade total ou parcial para a dádiva *post mortem*<sup>266</sup>.

Segundo o Dec. Lei nº 244/94 há apenas três meios de prova de oposição à dádiva: inscrição no registo nacional informatizado – o RENNDA (art. 15º), a cópia do impresso tipo a atestar a entrada do formulário nos serviços competentes, que é entregue ao declarante (art. 3º, nº3) e, por último, o cartão individual de não dador a enviar no prazo máximo de 30 dias contados da recepção do impresso de oposição à dádiva (art. 14º)<sup>267</sup>. Estamos perante uma declaração expressa e formal, que se reveste de carácter de formulário. O próprio texto da indisponibilidade consta do impresso. Para além do preenchimento dos dados de identificação e de assinar o impresso, o declarante tem apenas de marcar com uma cruz os fins em causa ou indicar os órgãos que exclui da doação. Relativamente aos menores e aos incapazes<sup>268</sup>, a sua indisponibilidade é manifestada, para efeitos de registo, pelos respectivos representantes legais e pode também ser expressa pelos menores com capacidade de entendimento e manifestação de vontade<sup>269</sup>. Não deixa de seguir o sistema da oposição estritamente pessoal. Levanta-se o problema de saber quanto a estes se a oposição é ainda válida após a sua morte, através dos seus representantes legais<sup>270</sup>.

Importa acrescentar que a declaração de oposição é inscrita no RENNDA mediante a apresentação do referido impresso. Apesar de a inscrição poder ser feita de imediato, ela só produz efeitos quatro dias úteis após a sua apresentação (art. 3º, nº4 do DL 244/94)<sup>271</sup>.

---

<sup>265</sup> Despacho nº 700/94, de 1/10/1994

<sup>266</sup> COSTA, José Faria, cfr. supra, nota 52. Para o autor, ao ser criado um registo de não dadores, apesar de directamente nada se perguntar, indirectamente, através da posição que se tome em relação à doação de órgãos *post mortem* está-se a perguntar sobre a convicção daquela pessoa. O autor entende que se deve admitir que “pessoas que não queiram ser dadoras *post mortem* mas que, por pudor ou qualquer outra razão íntima, se inibam de levar o nome a um tal registo”. A solução de dissentimento e a existência de um banco de não dadores, faz com que a silêncio tenha consequências jurídicas (e não tão irrelevantes, quanto isso).

Mais refere o autor que é insuficiente, para defender a solução de dissentimento, invocar, como argumento, o interesse de desenvolvimento da medicina das transplantações e/ou, conseqüentemente, o aumento da esperança e da qualidade de vida. Para o autor, a solução de dissentimento talvez “não seja a panaceia da medicina das transplantações”, até porque a oferta de órgãos – mesmo através desta solução – jamais acompanhará as exigências da procura, uma vez que há cada vez situações necessitadas de um acto de transplantação (*ob. cit.*, pág. 230).

<sup>267</sup> Os dois últimos meios (a cópia do impresso e o cartão individual de não dador) só relevam se forem exibidos ou encontrados no espólio do falecido antes de iniciada a colheita (art. 16º)

<sup>268</sup> Categoria incluindo seguramente os interditos, mas não necessariamente os inabilitados (que são apenas incapazes de reger convenientemente o seu património). Além disso, a referência a menores enquanto categoria autónoma era desnecessária tendo em conta que também eles são incapazes.

<sup>269</sup> Resta perguntar quem irá avaliar esta capacidade. Tendo em conta o procedimento instituído pelo Dec. Lei nº 244/94 dir-se-ia que tal caberia ao funcionário que recebe as declarações (art. 3º, nº 2). Todavia, neste diploma (que regula o RENNDA) apenas se faz menção a representantes legais (art. 2º, 3º/1 e 10º/1).

<sup>270</sup> Carvalho Fernandes entende que não, tendo em conta o regime descrito e o fim que o domina (*ob. cit.*, pág.4, nota 25).

<sup>271</sup> Resta-nos perguntar: *quid iuris* se o declarante morrer no espaço destes 4 dias e não tiver consigo a cópia do impresso de inscrição no RENNDA? Será dador? Parece-nos tremendamente errado: é violar uma vontade expressa.

Todavia, há outros limites que têm que ser atendidos<sup>272</sup>. Desde logo, a recolha tem de ser efectuada tendo em vista uma transplantação ou qualquer outro acto de fim terapêutico. Esta vedada a utilização de órgãos, tecidos ou partes do cadáver para outros fins que não sejam estes.

A dádiva de tecidos ou órgãos ou actos com elas conexas são gratuitos. Isso mesmo refere o art. 5º nº 1 da lei 12/93, ao dizer que tal não pode “em nenhuma circunstância, ser remunerada, sendo proibida a sua comercialização”<sup>273</sup>. O cadáver não pode ser objecto de domínio e, como tal, é absolutamente proibida a sua comercialização<sup>274</sup>. Uma das medidas para a sua prevenção consiste em garantir o desconhecimento pelo receptor das características pessoais que identificam o dador ou a sua família, impedindo que tenham acesso a essas informações<sup>275</sup>.

Relativamente às entidades competentes, tanto para as colheitas como para as operações de transplante exige-se que sejam feitas sob responsabilidade e directa vigilância de médicos (art. 3º, nº1). Relativamente aos locais, faz-se uma separação. Quem tem competência para a colheita de órgãos e tecidos, são os “estabelecimentos hospitalares públicos ou privados” (art. 3, nº1, in fine) ou ainda os institutos de medicina legal, no decurso da autópsia, quando esteja em causa a colheita de tecidos para fins terapêuticos. Já para as operações de transplante, a competência cabe a centros

---

<sup>272</sup> Carvalho Martins falava em princípios a observar na colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres para fins de terapêuticos ou de investigação científica (*cfr.* MARTINS, António Carvalho, *ob. cit.*, pág. 59 e ss). Dividiam-se em: a) destinação a fins intrínsecos (ou seja, aqueles fins deveriam ser fins cuja consecução fosse necessária para se realizar a personalidade do próprio sujeito passivo e fins cujo cumprimento fosse devido por esse sujeito ao bem da comunidade a que pertence ou pertenceu; ficavam assim afastados, por exemplo, fins imorais e fúteis); b) especificidade (os direitos de colheita para fins terapêuticos ou de investigação científica devem ser estritamente delimitados pelo fim a que se destinam e só no âmbito deste têm justificação); c) ausência de domínio (ninguém, nem mesmo o Estado ou a família, pode arrogar-se proprietário do cadáver); d) Extracomercialidade; e) Interdependência dos vários direitos que recaem sobre o cadáver; f) Necessidade de hierarquização e coordenação em concreto dos vários direitos que recaem sobre o cadáver; g) Subordinação genérica ao respeito devido à dignidade da pessoa e a outros fins intrínsecos

<sup>273</sup> Também o Dec. Lei nº 45683, de 25 de Abril de 1961 estabelecia no art. 8º a ilicitude ou irregularidade do acto que envolva remuneração (todavia, era permitido condicionar a autorização ao custeio do funeral até ao limite fixado por despacho ministerial). Porém, o mesmo já não sucedia com o Dec. Lei nº 553/76, de 13 de Julho, que não estabelecia nada quanto a este ponto. Contudo, daí não se deve inferir que era permitida a comercialização de órgãos. A gratuitidade era a única conclusão possível, por duas ordens de razões, sobretudo: o carácter humanitário do acto; e acima de tudo, porque se deve considerar o corpo humano, vivo ou morto, como indisponível para fins comerciais. – V. AMARANTE, Napoleão Xavier do, *ob. cit.*, pág. 541

<sup>274</sup> Poderia pensar-se que o problema do mercado de órgãos ocorria apenas nos transplantes entre vivos. Contudo, há relatos da venda de órgãos em vida, para entrega após o óbito do dador-vendedor, havendo alguns práticas para incentivar essa “doação” de órgãos como: a *cash death benefit* (benefício pago pela morte) em que os doentes terminais recebem um pagamento à vista e antecipado e os contactos antecipados sobre órgãos de futuros cadáveres, nos quais se destina em vida os seus órgãos a doação. – DINIZ, Maria Helena, *ob. cit.*, pág. 357. Há autores que consideram a comercialização de órgãos em vida ilícita, mas, ao invés consideram lícita essa mesma comercialização quando em causa estão órgãos provenientes de cadáver (uma vez que o dador não põe em perigo a sua vida, não sendo ilícito retribuir a sua atitude) – *Cfr.* MARCOS, Fermín García, *ob. cit.*, pág. 260.

<sup>275</sup> LIMA, Madalena, *ob. cit.*, pág. 86

de transplante, que são autorizados pelo Ministro da Saúde e estão sujeitos a avaliação periódica das suas actividades e resultados (art. 3º, nºs 3 e 4).

Todos os intervenientes nos actos relativos à dádiva, colheita e transplante de órgãos ou tecidos estão obrigados a uma regra de confidencialidade. Desta forma, “salvo o consentimento de quem de direito, é proibido revelar a identidade do dador ou do receptor de órgão ou tecido” (art.4º, nº1).

Antes de ser iniciada a colheita de órgãos ou tecidos no cadáver tem que se verificar a existência de oposição ou limitações à dádiva, mediante a consulta dos dados constantes do RENNDA. Esta disposição rege para os estabelecimentos públicos ou privados, mas disposição equivalente vale para a colheita de tecidos pelos institutos de medicina legal (art. 15º, nºs 1 e 3 DL 244/94). Os institutos de colheita e transplante por norma estão autorizados a manter uma ligação ininterrupta ao ficheiro informático RENNDA (7º/1 e 15º/2 do DL 244/94). Todavia, não sendo possível a consulta por meios informáticos, o nº2 do art. 7º estabelece a possibilidade de os dados inscritos no RENNDA serem comunicados àquelas entidades por telecópia.

As consultas ao RENNDA são, por seu turno, objecto de registo em suporte magnético. Desta forma, consegue-se respeitar o esquema legalmente imposto (art. 17º DL 244/94).

Um artigo muito importante, mas que não é posto na prática é o art. 15º da Lei nº 12/93, segundo o qual “o Governo deve promover campanhas de informação sobre o significado, em termos de solidariedade, política de saúde e meios terapêuticos, da colheita de órgãos, tecidos e células e da realização de transplantes” e ainda, segundo o nº 2 “deve elucidar igualmente sobre a possibilidade de se manifestar a indisponibilidade para a dádiva *post mortem*, sobre a existência do Registo Nacional dessas decisões e sobre a emissão e uso do cartão individual em que essa menção é feita”. É interessante verificar que apenas houve uma campanha de informação neste âmbito realizada em 1994<sup>276</sup>.

A respeito deste importante dever que impende sobre o Governo, destacamos a pertinente reflexão de J.R. da Costa Pinto (Professor da Faculdade de Filosofia de Braga

---

<sup>276</sup> Cfr. OLIVEIRA, Nuno Pinto, *O Direito Geral de Personalidade...*, cit., pág. 227. O Autor retirou este facto, entre outros, de uma notícia de Raquel Palermo de Sá, publicada no jornal “Público” de 20 de Outubro de 1999 (pág. 27). Nessa notícia havia uma declaração de um médico que importa reter: “para a comunidade médica é bom [que não se realizem campanhas informativas], pois como as pessoas não sabem ou não querem saber, temos mais potenciais dadores”

da Universidade Católica Portuguesa)<sup>277</sup>: “a partir da constatação do número reduzido dos inscritos no RENNDA e, subseqüentemente, da análise dos resultados dum inquérito<sup>278</sup> sobre a disposição pessoal de doar órgãos *post mortem*, conclui-se pelo desconhecimento quase universal das disposições da lei dos transplantes, nomeadamente o seu princípio de consentimento presumido – o que levanta questões éticas e responsabiliza os governos pela negligência em informar e elucidar os cidadãos, dever grave que a lei lhes atribui”<sup>279</sup>.

Atentemos aos dados fornecidos pelo autor: entre os anos de 1994 e 2002, dos 37.225 indivíduos inscritos no RENNDA, 34.657 tinham feito a sua inscrição em 1994 e 1995. Ou seja, 93% dos inscritos no RENNDA, em 2002, haviam-se inscrito nos dois primeiros anos após a regulamentação daquele registo. E hoje em dia o número não se alterou significativamente tendo em conta que em 2009 o nº de inscritos era de 37.541.

Por outro lado, atendendo ao inquérito realizado, dos 1542 inquiridos, cerca de um terço do total dos inqueridos – 31,1% (o que corresponde a 480 indivíduos) se declara não dador<sup>280</sup>. Todavia, destes 480, só 9 é que estavam inscritos no RENNDA!

Quanto ao conhecimento da existência da lei que regula a dádiva de órgãos, 60,8% declararam desconhecer a sua existência. Mesmo entre os possuidores de grau académico (licenciatura, mestrado, doutoramento), a percentagem dos que desconhecem a existência da lei situa-se nos 44%. As percentagens de desconhecimento são bem mais elevadas quando se questiona acerca do conhecimento do conteúdo da lei ou da existência do RENNDA. Por último, de referir que 94,1% dos inquiridos não sabe como fazer para se inscrever no RENNDA.

A colheita deve obedecer a certas regras especiais por exigências decorrentes do respeito devido ao cadáver. Do art. 14º/1 resulta que devem ser evitadas mutilações ou dissecações não estritamente indispensáveis à recolha e utilização de tecidos ou órgãos e as que possam prejudicar a realização de autópsia, quando a ela houver lugar.<sup>281</sup>

---

<sup>277</sup> PINTO, José Rui da Costa, “A lei dos transplantes: Questões (im)pertinentes”, em *Brotéria*, Vol. 158, nº 5/6, Maio/Junho 2004, pág. 451-459

<sup>278</sup> Realizado pelos alunos do Curso de Filosofia da Faculdade de Filosofia de Braga, no âmbito do Seminário de investigação “Ética e Lei em Biomedicina”, em Novembro e Dezembro de 2003

<sup>279</sup> PINTO, José Rui da Costa, *ult. ob. cit.*, pág. 452

<sup>280</sup> Os motivos invocados para não doar órgãos: respeito pelo cadáver, motivos religiosos, e o facto de nunca terem colocado a questão. – *Idem*, pág. 453

<sup>281</sup> O art. 13º, § único do Dec. Lei nº 45863, impunha ainda aos médicos a obrigação de depois da operação “ser restabelecida a morfologia do corpo, podendo usar-se para esse efeito elementos de prótese”. Como refere Carvalho Fernandes, o silêncio da lei vigente nessa matéria não os pode dispensar dessa obrigação, na medida do possível, tendo em conta o respeito devido ao cadáver (FERNANDES, Luís Carvalho, *ult. ob. cit.*, pág. 50).



No art. 16º, dispõe-se que “Os infractores das disposições desta lei incorrem em responsabilidade civil, penal e disciplinar, nos termos gerais de direito”<sup>282</sup>.

Na vigência da Lei nº 12/93, não se colocou (ainda) jurisprudencialmente<sup>283</sup> o problema da (in)constitucionalidade das concretizações legislativas da solução de dissentimento. Todavia na vigência do Dec-Lei 553/76, essa questão foi colocado pelo Provedor de Justiça requereu ao TC que declarasse com força obrigatória geral a inconstitucionalidade do art. 5º do referido Dec.-Lei<sup>284</sup>, por entender que o mesmo violava:

- “O nº 1 do artigo 25º (direito a integridade pessoal), o nº1 do artigo 26º (outros direitos pessoais) e os nºs 1 e 2 do artigo 37º (liberdade de expressão e informação), e, ainda que reflexamente o nº1 do artigo 41º (liberdade de consciência), todos da Constituição, por ficar comprometido o exercício do "direito de personalidade a disposição do respectivo corpo" e o exercício do "direito das pessoas com legitimidade para transmitir a vontade expressa ou tácita do defunto a respeito da colheita", na medida em que é omitida a notificação do óbito ao circulo de pessoas capazes de noticiar aos médicos a eventual oposição do falecido à colheita<sup>285</sup>;

- O nº 1 do artigo 25º e o nº 1 do artigo 26º por não ser fixado um prazo para ser comunicada aos médicos a oposição do falecido e, simultaneamente, para a formação do silêncio a partir do qual os médicos ficam habilitados a efectuar a colheita;

- Os nºs 1 e 2 do artigo 37º, porque consagram restrições não permitidas (pelo nº 2) ao direito de informar que assiste ao circulo indefinido de pessoas que podem transmitir aos médicos a oposição do falecido, especialmente as restrições que advêm da

---

<sup>282</sup> O Dec.- Lei 553/76, de 13 de Julho, no seu art. 9º, consagrava verdadeiros tipos legais de crime, punindo com pena de prisão e/ou com pena de multa os infractores. Faria Costa, questiona, e quanto a nós com razão a referida alteração. – cfr. COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, pág. 232

<sup>283</sup> Contudo, doutrinalmente, são vários os autores que têm invocado a inconstitucionalidade (todos sustentados em diferentes normas constitucionais) da solução de dissentimento. Referem-se a título de exemplo COSTA, José Faria, *ob. cit.*, *passim*; SOUSA, R. Capelo de, *O Direito Geral...*, *cit.*, pág. 191 (nota 340), OLIVEIRA, Nuno Pinto de, “Autonomia...”, *cit.*, pág. 139 e ss.

<sup>284</sup> Cujo teor era o seguinte: “Os médicos não podem proceder à colheita quando, por qualquer forma, lhes seja dado conhecimento da oposição do falecido”.

<sup>285</sup> Carlos Brito, entendia que o art. 5º evidenciava lacunas susceptíveis de fundar um juízo de inconstitucionalidade, nomeadamente, a falta de notificação do óbito àqueles que podiam com toda a probabilidade e segundo as regras comuns da experiência notificar a oposição do falecido e a ausência de prazo para ser deduzida a oposição, findo o qual seria lícito proceder à colheita. Estas lacunas contribuem para a criação de um clima de permissividade na colheita de órgãos e tecidos dos cadáveres, ofendendo assim o direito fundamental de disposição do próprio cadáver. Segundo o autor, não se assegura, na falta de declaração expressa do falecido que autoriza a colheita de órgãos, o respeito pela vontade do falecido em sentido oposto quando esta não conste de documento que o mesmo seja portador ou haja sido transmitida verbalmente aos respectivos familiares) – BRITO, Carlos, “Colheitas de órgãos e tecidos de pessoas falecidas com vista à realização de enxertos e transplantes”, em *ROA*, ano 48, Vol. I, Abril 1988, pág. 239 e ss. (disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7B751afc39-701e-4edc-9b04-5f886a5bba88%7D.pdf>)

não identificação das pessoas que podem integrar aquele círculo e da falta de fixação de prazo para exercer esse direito”.

Não era, como se pode verificar, contestado o que, positivamente, se continha no art. 5º, mas sim o facto de dele não constarem “certos aspectos complementares de regulamentação que o legislador deveria ter acautelado”, designadamente porque “permite a colheita de órgãos ou tecidos sem que se proceda a um prévio apuramento da vontade do falecido a esse respeito”. Autoriza-se que os “médicos procedam a colheita, sem que hajam de diligenciar pela notificação das pessoas do círculo mais próximo do falecido e de aguardar, por certo período de tempo, que elas lhes dêem conta de uma eventual oposição deste”.

O TC afastou a ideia que pudesse ocorrer uma violação de qualquer dos invocados artigos: o art. 37º da CRP (a liberdade de expressão e informação) não respeita às declarações de vontade ou de ciência entre simples particulares; quanto ao art. 26º, nº 1 da CRP: não se vê em que a colheita de órgãos ou tecidos em cadáveres podia os direitos pessoais consignados nesse preceito; quanto à questão da violação do direito à integridade pessoal (art. 25, nº1 da CRP), o TC argumentou que sendo uma pessoa já cadáver, não é ele susceptível, por si, da titularidade do direito, uma vez que a morte faz, como vimos, cessar a personalidade jurídica.

Todavia, e não obstante, o TC questionou se não haveria a violação de um direito, não do cadáver, mas dos direitos de cada um de, enquanto vivo, de dispor do seu corpo *post mortem*, opondo-se a que nele se proceda à colheita de órgãos e tecidos, concluindo que sim. De facto, “a esse direito não poderá deixar de reconhecer-se um fundamento constitucional, considerados os princípios humanísticos em que a Constituição assenta”, que sempre encontrará “fundamento, em último termo, na própria ideia ou princípio do Estado de Direito, iluminado pelo relevo que nele tem a dignidade da pessoa humana (artigo 1º e 2º da Constituição)”. Contudo, entende o TC que “a não notificação do óbito a terceiros, com a possível não admissão destes a transmitirem, a seguir a morte do titular do direito principal, uma eventual oposição deste a colheita, não põe em crise, de forma irremediável, a eficácia do direito do próprio de oposição a colheita de órgãos e tecidos, no seu cadáver”, uma vez que a intervenção de terceiros não constitui a única forma de tornar eficaz o direito em causa, como “não contribui para a aquisição infalível da certeza de uma não oposição do falecido à colheita”.

Apesar de o Acórdão nº 130/88 não ter declarado a inconstitucionalidade do art. 5º nos termos requerido pelo Provedor, o mesmo não teve também uma votação unânime. Cardoso da Costa, apesar de ter votado favoravelmente o acórdão exprimiu uma declaração de voto (“do art. 5º do Decreto-Lei em análise já há-de extrair-se um certo dever de diligência ou de cuidado dos médicos embora de conteúdo imperfeitamente determinado - em ordem a evitarem a realização de colheitas contra a vontade do falecido”). Já os Juízes Raul Mateus, Messias Bento e Antero Alves Monteiro Dinis votaram a favor da inconstitucionalidade daquele art. 5º.

## CAPÍTULO V

### **A LIMITAÇÃO VOLUNTÁRIA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE<sup>286</sup>**

O caso da colheita de órgãos em vida e em morte (caso se trate de uma verdadeira vontade e não apenas dum silêncio) tem subjacente a questão de saber se a pessoa pode “utilizar” os seus direitos de personalidade, que no caso são também direitos fundamentais com reconhecimento constitucional (direito à integridade física e corporal – art. 25º CRP), renunciando a eles.

Uma das principais manifestações do direito privado é a autonomia privada. “A autonomia privada, no exercício do direito da personalidade tem dois aspectos: a da iniciativa na defesa da personalidade e a da auto-vinculação à sua limitação ou compressão”<sup>287</sup>. O que nos interessa no presente caso é o segundo aspecto, pois é desses que trata o art. 81º do CC (“Limitação voluntária dos direitos de personalidade”): o titular do direito pode, negocialmente sujeitar-se a sofrer agressões à sua integridade física ou moral<sup>288</sup>. Assim, apesar de os direitos da personalidade deterem, como características identificadoras, a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, o titular do direito pode, dentro de certos limites, “efectuar disposições voluntárias sobre ele, num exercício de liberdade que constitui, também, expressão da sua personalidade”<sup>289</sup>.

---

<sup>286</sup> Podemos dizer que esta figura de direito civil tem como paralelo, no direito constitucional, relativamente aos direitos fundamentais a figura da Renúncia a Direitos Fundamentais, que existe quando “há uma manifestação de vontade do cidadão que implica que a sua posição de direito fundamental se reduza perante os órgãos estaduais ou outros particulares” (MACCRORIE, Benedita, *ob. cit.*, pág. 94). Sucede, que, ao contrário do que se passa no âmbito civil, quanto aos direitos de personalidade, onde expressamente se prevê a figura da limitação desses direitos – art. 81º do CC -, nos direitos fundamentais não se prevê semelhante coisa. De facto, não existe no direito constitucional, mesmo estando em causa “bens disponíveis do lesado, um princípio geral segundo o qual o consentimento funciona como justificação de intervenções, de outra forma ilegítimas, do poder público ou de terceiros na esfera dos particulares” (*Ibid* pág. 94), e como tal é legítima a dúvida de saber se esta ausência de regulação não foi propositada. Num Estado de Direito, como o nosso, o indivíduo é o centro da consagração constitucional de um sistema de direitos fundamentais. Como tal, há que garantir “certos espaços de autodeterminação em que os poderes políticos e sociais não podem entrar” (OLIVEIRA, Nuno Pinto, *O Direito Geral de Personalidade...*, *cit.*, pág. 163). A renúncia é “uma forma de exercício de direitos fundamentais, que deriva de um direito autónomo ao desenvolvimento da personalidade, previsto no art. 26º da CRP, ou até do conteúdo de autonomia presente em cada um dos direitos fundamentais em especial” (MACCRORIE, Benedita, *ob. cit.*, pág. 95). Podemos assim, concluir que é possível a renúncia a direitos fundamentais, ainda que esse direito de renúncia não esteja expressamente previsto no texto constitucional.

<sup>287</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de...*, *cit.*, pág. 153.

<sup>288</sup> V.g. através de experiências com novas drogas farmacêuticas, equipamentos médicos, experiências psicológicas. Pode ainda contratar com terceiros a concessão de autorizações para o uso da sua imagem, para a invasão da sua privacidade, etc.. – estes e outros exemplos em VASCONCELOS, Pedro Pais de, *ult. ob. cit.*, pág. 153. Para Oliveira Ascensão, esta limitação só é possível pelo facto de nos direitos de personalidade ser possível distinguir três zonas, a saber: o núcleo (que merece protecção em qualquer caso), a periferia (aspectos formalmente compreendidos num tipo, mas que não têm a ver com a personalidade ôntica) e a orla, “que é constituído por aquelas situações em que a personalidade está implicada mas com menor significado que nos aspectos nucleares”. E, só os aspectos compreendidos na orla é que podem sofrer a limitação prevista no art. 81º, nº1. Todavia, e porque continuam a representar direitos de personalidade estão ao abrigo da regra excepcional do nº2.

<sup>289</sup> PINTO, Paulo Mota, “A Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada”, em *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues (org. Jorge de Figueiredo Dias, et alli.)* Coimbra Editora, 2001, Coimbra, pág. 527. V. também BITTAR, Carlos Alberto Apud CATÃO, Marconi do Ó, *ob. cit.*, pág. 135

Se tentarmos dar uma noção de limitação voluntária, esta seria “o acordo celebrado ou uma declaração unilateral no sentido expresso de limitar o direito, o que exclui a existência de lesão. Aqui o titular do direito autoriza a prática dos atos lesivos e, conseqüentemente, este ato terá uma dupla vertente, pois confere a outra parte um poder jurídico e cria para si um compromisso jurídico em tolerar o ato autorizado, salvaguardado o seu direito de revogação da autorização a qualquer tempo, nos termos do artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil português”<sup>290</sup>. Como se vê o direito de limitação tem consagração expressa na lei, importando que a mesma não seja contrária aos princípios da ordem pública (vide art. 81º, nº 1 do CC).

Mas é importante que se faça um reparo prévio: “a limitação apenas pode ser imposta ao exercício do direito de personalidade e já não à titularidade ou existência, uma vez que, como referido, os direitos de personalidade são indisponíveis e irrenunciáveis”<sup>291</sup>.

### 5.1. Requisitos para a válida limitação voluntária dos direitos de personalidade<sup>292</sup>

#### a) Disponibilidade do direito

É necessário, antes de mais, que o direito seja disponível, pois, caso contrário, não poderá ser alvo de limitações, ainda que com o consentimento do seu titular. Pense-se, por exemplo, no direito à vida. A vida de uma pessoa é considerada pela maioria da doutrina como indisponível e como tal, ainda que haja consentimento do titular para a sua “limitação”, o mesmo é considerado ineficaz. Só se pode, portanto, limitar um direito que detenha a característica da disponibilidade (ainda que, atendendo a certos limites).

---

<sup>290</sup> BOUSQUET, Joana Bione, *Contratos de Direitos de Personalidade - A pessoa humana como ser social perante o Direito e a possibilidade da sua tutela na Via Arbitral*, Dissertação de mestrado apresentada à faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob orientação do Professor Doutor Oliveira Ascensão, 2009, pág. 93, disponível em [http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/3837/1/ULFD113640\\_tese.pdf](http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/3837/1/ULFD113640_tese.pdf), consultado a 7/2/2013

<sup>291</sup> ANTUNES, Ana F. M., *ob. cit.*, pág. 232 e HÖRSTER, Heinrich, *ob. cit.*, pág. 267. Também SOUSA, R. Capelo de, *ob. cit.*, pág. 407 e FESTAS, David Oliveira, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem – Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, Coimbra Editora, 2009, pág. 290, nos dizem que as limitações só podem ocorrer ao nível do exercício de direitos, uma vez que a capacidade de gozo dos bens integrantes da personalidade são sempre indisponíveis.

<sup>292</sup> A propósito da renúncia de direitos fundamentais Reis Novais fala de três pressupostos: existência da declaração de vontade, voluntária; a reserva de lei; e a conformidade material da renúncia aos princípios e regras constitucionais (designadamente ao da disponibilidade de direitos fundamentais, ao da dignidade da pessoa humana, ao conteúdo essencial do direito fundamental e ao princípio da proporcionalidade) – V. NOVAIS, Jorge Reis, *ob. cit.*, pág. 302 e ss.

## b) Consentimento

Para que as limitações aos direitos de personalidade se possam dizer lícitas, nos termos do art. 81º, nº1 do CC, é necessário que a limitação seja voluntária - o que se consubstancia num consentimento (expresso ou tácito<sup>293</sup>, nos termos gerais – cfr. art. 217º do CC), resultante de acto jurídico (unilateral ou bilateral) por parte do titular do direito limitado. É impossível a limitação não consentida dos direitos da personalidade. Neste campo da limitação dos direitos da personalidade, o consentimento é o instrumento civilista clássico para se dispor de direitos intransmissíveis e irrenunciáveis<sup>294</sup> e é de tal modo importante que existem autores que propõem alterações ao artigo de forma a incluir a necessidade do consentimento<sup>295</sup>. Este “consentimento, quando validamente prestado faz com que a violação passe a ser lícita, dado que limita a invocação do direito em causa”<sup>296</sup>. No caso do consentimento para a doação de órgãos, entendemos que este funciona como uma excludente da lesão (não há violação ou lesão do direito) e não apenas como um excludente da ilicitude (o que pressupõe que haja lesão, embora o consentimento a torne lícita). E isto porque, a disponibilidade para se ser doador de órgãos é, antes de mais, uma manifestação do exercício de um direito de livremente desenvolver a sua personalidade e de dispor do seu corpo<sup>297</sup>.

O consentimento tem que “ter em vista situações concretas e deve ser delimitado em termos materiais, espaciais ou temporais, estando vedada a hipótese de um consentimento indeterminável ou perpétuo”<sup>298</sup>. Desta forma, um consentimento

---

<sup>293</sup> Exemplos de consentimento tácito à limitação de direitos da personalidade: os praticantes de um desporto perigoso consentem nas lesões que possam acontecer, não obstante a observação das respectivas regras; quem aceitar uma boleia está também a consentir em eventuais lesões sofridas, apesar de se observarem as regras de trânsito - HÖRSTER, Heinrich, *ob. cit.*, pág. 269

<sup>294</sup> Todavia, os direitos de personalidade configuram apenas uma das muitas áreas em que o problema do consentimento é chamado à colação.

<sup>295</sup> OLIVEIRA, Nuno Pinto, “Direitos de Personalidade: Contributo...”, *cit.*, pág. 219-226, propõe as seguintes alterações: a) alteração do actual art. 81º do CC (este artigo há-de articular-se com o princípio do consentimento esclarecido ou informado). Nuno Oliveira entende que o texto do art. 81º, deveria dizer “a ofensa ou a ameaça de ofensa da personalidade física ou moral (só) é lícita se a pessoa ameaçada ou ofendida der o seu consentimento livre e esclarecido”. Por outro lado, o art. 81º deverá harmonizar-se com o art. 280º e como o nº 2 do art. 340º - nos termos dos quais “o consentimento na lesão dos direitos da personalidade é inválido (nulo) se for contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos lesado presume-se quando a lesão se deu no seu interesse e de acordo com a sua vontade presumível; além disso, este artigo insere-se na teoria geral bons costumes”. Deve ainda conciliar-se com o nº 3 do art. 340º: o consentimento do dos direitos da personalidade e como tal deve reenumerar-se e deslocar-se para próximo dos art. 70º e 71º do CC; b) propõe, ainda, a introdução de 3 novos artigos no Código Civil sobre o consentimento informado: um sobre as intervenções terapêuticas nas pessoas vivas; outro sobre as intervenções não terapêuticas (cirurgia estética, colheita de órgãos em vida e experimentação) em pessoa viva; e um terceiro sobre as intervenções no corpo de uma pessoa falecida – que seria o direito da pessoa viva decidir sobre o destino do seu corpo inanimado;

<sup>296</sup> HÖRSTER, Heinrich, *ob. cit.*, pág. 268

<sup>297</sup> Ver infra, ponto 6.1.

<sup>298</sup> ANTUNES, Ana F. M., *ob. cit.*, pág. 233

contrário ao Direito ou não concretamente determinado, ter-se-á por ineficaz. Neste caso, o consentimento não afasta a existência de uma ofensa ao direito de personalidade.

Além disso, deve ser um consentimento consciente, ou seja, resultante de uma vontade esclarecida e devidamente ponderado, devendo ser prestado de maneira expressa, não podendo ser deduzido de um comportamento anteriormente observado, apesar de o consentimento tácito ser, em certas situações, admissível, como vimos.

O consentimento na lesão aos direitos da personalidade não exige capacidade negocial. No que respeita aos actos pessoais, o direito civil sente necessidade de se desviar das normas sobre a capacidade negocial, de forma a respeitar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a autonomia da pessoa humana. Segundo Dias Pereira, a capacidade para consentir numa lesão deve ser edificada autonomamente<sup>299</sup>. Desta forma, também os menores podem consentir numa limitação voluntária ao exercício dos seus direitos de personalidade quando possuírem uma capacidade natural suficiente para entender plenamente o significado do seu acto<sup>300</sup>. Também Orlando de Carvalho é da opinião que este consentimento não está sujeito “aos princípios que regem a capacidade em matéria de negócios jurídicos, devendo dá-lo o próprio menor, desde que tenha a suficiente maturidade para a avaliação das respectivas consequências”<sup>301</sup>.

A legislação tradicional referente à capacidade “visa proteger mais a propriedade do que as pessoas, portanto, não serve para a capacidade de tomar decisões médicas”<sup>302</sup>.

Não existem requisitos legais de forma para o consentimento. Mas talvez não fosse descabido que a lei o fizesse quanto a intervenções a que esteja ligado um risco sério pra a saúde e/ou para a vida<sup>303</sup>. Basta pensar que uma das razões da exigência de forma em certos negócios jurídicos é a de conduzir a uma maior reflexão por parte dos seus intervenientes.

Orlando Carvalho fala, a propósito do art. 81º, n.º 1 do CC num consentimento autorizante, “constitutivo de um compromisso jurídico *sui generis*, que atribui a outrem

---

<sup>299</sup> E, de facto, a “capacidade para consentir” tem sido autonomizada e introduzida na ordem jurídica portuguesa, sobretudo por este autor, como uma diferente categoria da capacidade jurídica, a par da capacidade negocial. A capacidade para consentir será o “ramo da capacidade jurídica, cujo objecto é o de tomar decisões sobre os cuidados de saúde, isto é, capacidade para consentir ou recusar um tratamento médico” (PEREIRA, André Dias, “A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica”, em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra Editora, 2006, pág. 208; *Ibid*, *O Consentimento Informado...*, *cit.*, *passim*)

<sup>300</sup> Neste sentido também HÖRSTER, Heinrich, *ob. cit.*, pág. 270

<sup>301</sup> CARVALHO, Orlando de, em *Teoria geral do Direito Civil, ... (coord. de FERNANDES, F. Liberal et. Alii)*, *cit. Teoria ..*, pág. 205

<sup>302</sup> BEAUCHAMP/CHILDRESS *Apud* PEREIRA, André Dias, *ult. ob. cit.*, pág. 200

<sup>303</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo e MONTEIRO, Jorge Sinde, “Responsabilidade Médica em Portugal”, em *BMJ*, N.º 332, Janeiro de 1984, pág. 53-54.

um poder de agressão”<sup>304</sup>, embora sempre limitado pela ordem jurídica e pelos bons costumes (art. 81º, nº1 e 280º do CC)<sup>305</sup>. Daí que este consentimento seja irrelevante, por exemplo, na disponibilidade do direito à vida<sup>306</sup>. Todavia, o consentimento do lesado é meramente integrativo da exclusão da ilicitude e não constitutivo, pois não cria qualquer direito para o agente da lesão.

Só assim se proteger a “pessoa humana contra intervenções heteronomamente determinadas e em violação do princípio da autonomia”<sup>307</sup>.

Podemos incluir as intervenções médicas autorizadas neste artigo 81º do CC, uma vez que estamos perante casos de limitação voluntária, de direitos da personalidade. Todavia, para que se trate de uma limitação legítima é necessário que o consentimento prestado pelo titular do direito da personalidade seja informado e que o paciente tenha a necessária capacidade para autonomamente tomar decisões é legitimada, mas ao mesmo tempo limitada pelo consentimento do paciente. Para que o consentimento seja eficaz ele deve ser suficientemente informado e o paciente deve ter a necessária capacidade para autonomamente tomar decisões<sup>308</sup>. O que se visa com este consentimento esclarecido é que o paciente faça conscientemente a sua opção, contando para tanto com o conhecimento dos seus custos e consequências, bem como dos seus riscos. Assim sendo, uma intervenção médica que lese a integridade física do paciente só é permitida e não ilícita na medida em que é coberta pelo consentimento do paciente.

Também é de integrar neste artigo o consentimento para doação de órgãos e tecidos. Todavia, neste caso, não podemos dizer que estamos perante uma intervenção médica, no sentido estrito. A nosso ver, estamos sim, perante uma ofensa à integridade física consentida. De facto, por menos riscos que uma intervenção para a retirada de órgãos de uma pessoa lhe traga e por mais benefícios que acarrete para aquele que a vai receber, ela constitui uma ofensa à integridade física, que jamais poderá ser decidida

---

<sup>304</sup> CARVALHO, Orlando de, *ult. ob. cit.*, pág. 205. Todavia, existe ainda o consentimento vinculante (que é o existente na celebração de um contrato). E a lei civil refere-se ainda a um consentimento tolerante, “que não atribui um poder de agressão, mas justifica implicitamente a mesma” (art. 340º, nº 1 CC), que não exclui a ilicitude do acto quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes (art. 340º, nº 2). Por último, o nº 3 do art. 340, diz o seguinte: “tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível”. Por conseguinte, nas intervenções cirúrgicas em benefício alheio deve exigir-se uma informação mais rigorosa do que nas intervenções ou proveito próprio, cabendo o ónus da prova do consentimento ao médico. Esta informação deve também ser mais rigorosa nas intervenções estéticas do que nas curativas. Pais de Vasconcelos critica esta tripartição do consentimento operada por Orlando de Carvalho: *Direito de Personalidade, cit.*, pág. 154-155.

<sup>305</sup> Segundo Capelo de Sousa, o consentimento previsto no art. 81º, pode, em certos casos, afastar a ilicitude do facto (determina, portanto, a inexistência da ofensa) - SOUSA, Rabindranath Capelo de, *ob. cit.*, pág. 441-442.

<sup>306</sup> Veja-se o art. 134º do CP (proibição da morte piedosa ou eutanásia).

<sup>307</sup> PEREIRA, André Dias, “A capacidade para consentir...”, *cit.*, pág. 202. Só assim se poderá dizer que estamos perante uma intervenção legal e ética.

<sup>308</sup> *Ibid* pág. 199.



sem o consentimento do dador<sup>309</sup>. O médico tem a obrigação de esclarecer o paciente (relativamente a diagnóstico, processo e risco do tratamento), respeitando a sua autodeterminação. Apenas se admite que assim não seja, quando as circunstâncias objectivas não o permitam (por exemplo, se o paciente se encontrar em estado de inconsciência), intervindo aqui o consentimento presumido nos termos do art. 340º, nº 3 do CC. Este consentimento presumido nunca se pode aplicar quando se trata de participar em experiências que não tenham uma finalidade terapêutica para o próprio (por exemplo, e quanto ao tema que nos ocupa, nunca se pode presumir o consentimento do dador de órgãos<sup>310</sup>). Para outra espécie de intervenções, nomeadamente, estando em causa a própria saúde da pessoa em causa, André Dias Pereira, entende que mesmo aí, a “heteronomia não intervem livremente, antes se encontra sempre em dialéctica permanente com a autonomia daquele concreto paciente”.

### c) Não contrariedade aos princípios da ordem pública

O art. 81º, nº 1, refere duas categorias de limitação ao exercício dos direitos de personalidade, consoante contrariem ou não princípios de ordem pública<sup>311</sup>. Por exemplo, é contrário à ordem pública, pelo menos, no âmbito do nosso ordenamento jurídico, a comercialização de órgãos humanos, uma vez que tal prática é entendida como ofensiva da dignidade da pessoa humana. Desta forma, a disposição de órgãos e tecidos tem de ser sempre rigorosamente gratuita<sup>312</sup>. Por outro lado, também não são permitidas dádivas que, “com elevado grau de probabilidade”, envolvam a diminuição

---

<sup>309</sup> “O médico nunca pode pressupor um consentimento tácito se o tratamento a aplicar exceder aquilo que o doente, segundo a sua condição, é capaz de prever” - HÖRSTER, Heinrich, *ob. cit.*, pág. 270

<sup>310</sup> Já entendemos, que em casos-limite, de autotransplante, se pode presumir o consentimento da pessoa, pois aí a intervenção é feita em seu benefício, sendo presumível, que a mesma, estando na posse de todos os elementos, iria nele consentir.

<sup>311</sup> A ordem pública a que o preceito se refere é, obviamente, a ordem pública interna e não a ordem pública internacional. “A ordem pública, entre nós, tem a natureza de cláusula geral que deve ser concretizada, em cada caso e momento histórico, com apelo à ideia de directrizes imperativas do sistema jurídico, estando associada à tutela de interesses primários e de estratégicos, isto é, dos interesses basilares do sistema jurídico”. - ANTUNES, Ana F. M., *ob. cit.*, pág. 234. V. também PINTO, C.A. Mota, *Teoria...*, *cit.*, pág. 551 e ss e PEREIRA, André Dias, *O Consentimento Informado...*, *cit.*, pág. 141 e ss. Luísa Neto, pergunta oportunamente se a Bioética não será a ordem pública dos novos tempos, uma vez que cada vez se exige a “destrinça entre o tecnicamente possível e o humanamente desejável” – NETO, Luísa, “Revisão do conceito de “ordem pública”?. Cinco considerações sobre a legitimidade de intervenção do Direito na relação do sujeito consigo mesmo”, em *Scientia Iuridica* – Tomo LX, Nº 326, 2011, Universidade do Minho, Braga, pág. 342 e 343

<sup>312</sup> Isto é assim a propósito da disposição de órgãos. Mas por exemplo, há b.j. da personalidade que podem ser dispostos, a título oneroso, e não se considera que tal prática seja contrária aos bons costumes ou à ordem pública. – ex. o direito à reserva sobre a vida privada. Aliás, a consecução de uma vantagem económica é muitas vezes o fim que está por detrás da limitação voluntária, seja através da obtenção de uma certa notoriedade (como meio de obter lucros), seja “simplesmente, na consecução de uma vantagem económica como correspectivo directo da limitação (concessão de entrevistas pagas sobre a vida privada ou íntima, a participação em reality shows, etc.) – v. PINTO, Paulo Mota, “O Direito à Reserva...”, *cit.*, pág. 562

grave e permanente da integridade física e da saúde do dador. Outros casos de limitações contrárias à ordem pública: quando em causa estejam bens essenciais da personalidade (ex. vida e em certas condições, a integridade física<sup>313</sup> e a liberdade pessoal), quando a limitação seja justificada por um interesse não merecedor da tutela do Direito; ou quando seja atentatória do princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Contrariando princípios de ordem pública tais limitações são nulas. Caso não contrariem, são válidas, mas podem sempre ser revogadas, ainda que com obrigação de indemnizar aos prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.

#### **d) Não contrariedade do art. 280º do CC**

O art. 81º, nº1 do CC deve ser interpretado em ligação com o art. 280º e 294º do CC: não é só ilícita a limitação contrária à ordem pública<sup>314</sup>. Também importa que o objecto negocial seja possível e determinável e que a limitação não seja contrária à lei imperativa e aos bons costumes (à moral)<sup>315</sup>. Por exemplo, o consentimento será irrelevante sempre que haja uma desproporção enorme entre o benefício a obter e o risco da atitude médico-cirúrgica, pois nesse caso, temos aqui uma actuação contrária aos bons costumes.

Se atentarmos no art. 405º do CC, relativo à liberdade contratual, chegamos a idêntica conclusão: as faculdades contidas na liberdade contratual têm de ser exercidas dentro dos limites da lei.

## **5.2. Espécie de Acto Jurídico**

A pergunta que ora se coloca é a de saber se a autorização para a limitação voluntária do direito de personalidade deve ser considerada como um acto não negocial (simple acto jurídico integrado por uma declaração que produziria os efeitos previstos na lei e, portanto qualificável como “quase-negócio jurídico”) ou como negócio

---

<sup>313</sup> Algumas hipóteses de válidas limitações ao exercício dos direitos à integridade física, desde que temporárias: competições desportivas, combates de boxe, sujeição a intervenções cirúrgicas e estéticas, participação voluntária em experiências científicas, terapêuticas e médicas, exposição voluntária a doenças infectocontagiosas (para efeitos de prestação de cuidados e de assistência), a colheita de órgãos em vida de órgãos e substâncias para transplante, desde que gratuitamente e com o consentimento do lesado.

<sup>314</sup> O facto de se prever especialmente, no art. 81º/1 do CC a cláusula da ordem pública, significa no entender de Oliveira Festas, que a interpretação desta cláusula “deve ser objecto de uma interpretação mais exigente em sede de limitações voluntárias ao exercício de direitos da personalidade do que aquela a que deve estar sujeita relativamente aos negócios puramente patrimoniais” - FESTAS, David Oliveira, *ob. cit.*, pág. 319 e BOUSQUET, Joana Bione, *ob. cit.*, pág. 105.

<sup>315</sup> SOUSA, R. Capelo de, *O Direito...*, *cit.*, pág. 448 e ss; VASCONCELOS, Pedro Pais de, *ult. ob., cit.*, pág. 155 e ANTUNES, Ana F. M., *ob. cit.*, pág. 232

jurídico, quer negócio unilateral, quer contrato. Sem prejuízo de entendimento diferente quanto a outros direitos de personalidade<sup>316</sup>, entendemos que a autorização na limitação do direito à integridade física e corporal apenas poderá revestir a natureza de negócio jurídico unilateral. É de afastar quanto a nós, por completo, a qualificação como “simples acto jurídico”, uma vez que este não exprime o direito de autodeterminação do titular: ora nos transplantes, como veremos, o doador “pode limitar e condicionar tal autorização como entender, produzindo-se então os respectivos efeitos nessa exacta medida”<sup>317</sup>

### 5.3. O Regime do Art. 81º/2 do Código Civil

O art. 81º, nº 1 do CC permite assim a celebração de “negócios jurídicos que tenham por objecto direitos de personalidade, ou bens da personalidade, ou o seu uso e tutela”<sup>318</sup>. Detêm, todavia, uma característica que os distingue dos demais negócios jurídicos: a revogabilidade (nº 2 do art. 81º do CC)<sup>319</sup>. Ou seja, é apenas vinculante para uma das partes, sendo livremente revogável pelo titular do direito de personalidade, o que decorre da “especial natureza dos direitos da personalidade”<sup>320</sup>. São aspectos que a pessoa não pode, nunca, “perder definitivamente o controlo”<sup>321</sup>. O direito de revogação não está sujeito a qualquer limite temporal para o seu exercício<sup>322</sup>, a qualquer justa causa ou pré-aviso. Não se pode judicialmente forçar o cumprimento, nem ser alvo de uma execução específica, ou de qualquer meio de coerção ao cumprimento (v.g. sanção pecuniária compulsória)<sup>323</sup>.

---

<sup>316</sup> Paulo M. Pinto entende que a autorização para a limitação voluntária do direito à reserva pode ser integrada num contrato de autorização ou como negócio unilateral - PINTO, Paulo Mota, “A Limitação Voluntária...”, *cit.*, pág. 536-537

<sup>317</sup> *Ibid* pág. 537-538

<sup>318</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de, *ult. ob. cit.*, pág. 165. O autor designa estes negócios como “negócios de personalidade”.

<sup>319</sup> Este artigo traduz assim um desvio à regra geral da estabilidade das vinculações negociais do art. 406º, nº1 do CC (*pacta sunt servanda*), reforçando assim o carácter pessoal dos direitos da personalidade.

<sup>320</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de, *ult. ob. cit.*, pág. 166.

<sup>321</sup> “Seja qual for a limitação, o titular do direito de personalidade negocialmente limitado mantém sempre e a todo o tempo, a possibilidade de o recuperar. Só assim se pode manter que o titular do direito da personalidade nunca fica dele rigorosamente privado” – *Ibidem*

<sup>322</sup> A revogação do consentimento pode ter lugar desde o momento da celebração do negócio jurídico até ao termo da respectiva vigência. É também esta a solução que vigora no direito penal (v. art. 38º, nº 2 do CP). Capelo de Sousa entende que a expressão “sempre” do nº 2 do art. 81º abrange os períodos entre a celebração do negócio de personalidade e o “começo de execução dos actos materiais limitativos de tal exercício, bem como entre este momento e os momentos da cessação da execução de tais actos materiais, da cessação dos efeitos removíveis ou susceptíveis de atenuação destes actos materiais ou da extinção jurídica” do negócio de personalidade (*ult. ob. cit.* pág. 409, nota 1030). Só através desta amplitude se salvaguarda o poder de autodeterminação do titular do direito de personalidade.

<sup>323</sup> PINTO, Paulo Mota, “O Direito à Reserva...”, *cit.*, pág. 502

No *right of publicity*<sup>324</sup> norte-americano não existe esta possibilidade de revogação a qualquer momento e nem sequer para alterar as condições do negócio de personalidade. O que consubstancia uma verdadeira transmissão do direito<sup>325</sup>. De maneira aproximada, tem sido defendida, ainda que a propósito de outros direitos de personalidade (v.g. direito à imagem), a limitação do poder de livre revogação, previsto no n.º 2 do art. 81.º do CC: segundo Oliveira Festas, o art. 81.º, n.º 2 do CC prossegue apenas e exclusivamente valores pessoais da personalidade e, por isso, só para a defesa desses valores existe um poder de revogação unilateral<sup>326</sup>. Outros há que dizem que, a livre revogação só teria razão de ser se estivessem em causa aspectos essenciais da personalidade<sup>327</sup>.

Um aspecto muito importante deste artigo é de na parte final do mesmo se prever que por causa e, não obstante, esta livre revogabilidade, a pessoa pode ter que ser obrigada a indemnizar as legítimas expectativas da contraparte. Tal direito de indemnização decorre, na nossa opinião, de se consagrar neste art. 81.º, n.º 2 do CC um caso de responsabilidade por factos lícitos<sup>328</sup>. Vejamos.

À responsabilidade civil está subjacente uma ideia de reparação de um dano patrimonial privado. No âmbito desta é possível fazer várias classificações. Em primeiro lugar, podemos distinguir entre responsabilidade delitual ou extracontratual<sup>329</sup> e obrigacional ou contratual<sup>330</sup>. Qualquer uma destas duas modalidades de responsabilidade civil funda-se na prática de um facto ilícito, enquanto desconforme com a ordem jurídica, facto esse culposos e danoso.

---

<sup>324</sup> Sobre esta terminologia v. FESTAS, David Oliveira, *ob. cit., passim*. Basicamente, e resumindo a ideia, a doutrina, perante os negócios da personalidade, dividiu-se em duas correntes: monista e dualista. Os defensores da corrente dualista, influenciados pelo *right of privacy* e pelo *right of publicity* norte-americanos defendem uma dissociação dos aspectos pessoais dos aspectos patrimoniais da personalidade. Em linhas gerais, o *right of privacy* é responsável pela defesa dos valores não patrimoniais de personalidade, enquanto o *right of publicity* se encarrega da vertente patrimonial dos direitos de personalidade. Por sua vez, os defensores da corrente monista acreditam na existência de um direito unitário, em que os aspectos pessoais e patrimoniais são tutelados por um único direito – V. também BOUSQUET, Joana Bione, *ob. cit.*, pág. 98

<sup>325</sup> BOUSQUET, Joana Bione, *ob. cit.*, pág. 113

<sup>326</sup> FESTAS, David Oliveira, *ob. cit.*, pág. 376 e ss.

<sup>327</sup> Utilizando o exemplo fornecido por Pais de Vasconcelos, “um jogador de futebol ou um modelo profissional não poderiam revogar a autorização onerosa de utilização da sua imagem, apenas por ter surgido alguém que oferecesse uma melhor contrapartida” – VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito...*, cit., pág. 167. V. também SOUSA, R. Capelo de, *O Direito...*, cit., pág. 350 (nota 873)

<sup>328</sup> No mesmo sentido, COSTA, Mário Almeida, *Direito das Obrigações*, 12ª Edição Revista e Actualizada, Almedina, 2009, pág. 658 e PEREIRA, André Dias, *O Consentimento Informado...*, cit., pag. 493 (nota 1127).

<sup>329</sup> A responsabilidade extracontratual, prevista e regulada nos arts. 483.º e seguintes do CC, resulta da violação ilícita do direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios.

<sup>330</sup> Prevista nos arts. 798.º e ss. do CC, resulta do não cumprimento de obrigações de carácter contratual.

Outra distinção possível é a distinção que é feita entre a responsabilidade por factos ilícitos, que se filia numa ideia de culpa, e a responsabilidade objectiva<sup>331</sup>. Porém ainda existe uma terceira ampliação e que é a que nos interessa no presente trabalho: a responsabilidade por factos lícitos danosos ou, também designada, responsabilidade pelo sacrifício<sup>332</sup>.

Esta modalidade de responsabilidade civil tem por base a prática de factos lícitos que, não obstante aproveitarem a determinadas pessoas, acabam por trazer prejuízos a outrem. Ou seja, a obrigação de indemnização resulta de um acto lícito, mas danoso, do agente: ou seja, aquele acto “que, de um modo voluntário e final, se dirige à produção de um dano na esfera jurídica de outrem”, tendo o lesante “a certeza, a consciência e vontade de causar um dano”<sup>333</sup>. Parece quase um contrasenso que existam actuações lícitas que originem danos na esfera jurídica de terceiros e, portanto um dever de indemnização<sup>334</sup>. No entanto, tal explica-se pela necessidade de conciliar interesses muito respeitáveis, quer de particulares ou ainda, do Estado ou de outras pessoas

---

<sup>331</sup> O fundamento desta responsabilidade será a necessidade ou conveniência social de reparar o dano sofrido pelo lesado, desde que este não tenha agido com culpa grave ou dolo. Criada sobretudo para situações que trazem risco para a vida social, como por exemplo, os acidentes de trabalho e os acidentes de viação (neste sentido, ver VARELA, João Antunes, *ob. cit.*, pág. 523). Aqui o fundamento da responsabilidade já não é a culpa; tratam-se assim de domínios da vida social onde pode haver casos de responsabilidade baseada na culpa do agente, mas também casos de responsabilidade sem culpa. Todavia, é comumente aceite que os dois tipos de responsabilidade são importantes e ambos podem “viver” conjuntamente. A existência de uma determinada forma de responsabilidade não invalida a outra. E o nosso Código Civil perfilha esta ideia já que prevê os dois tipos de responsabilidade.

<sup>332</sup> Sobre o tema, cfr. SERRA, Adriano Vaz, “Fundamento da Responsabilidade Civil (em especial responsabilidade por acidentes de viação terrestre e por intervenções lícitas)”, em *BMJ*, nº 90, Novembro 1959, pág. 288 e ss. O autor explica a existência de uma responsabilidade por actos lícitos com base na legislação e jurisprudência alemãs à época. Entendia-se que era uma pretensão de indemnização que não pressupunha culpa, sendo “justificada pela consideração de que, quando o exercício de direitos privados tem de ceder perante interesses superiores da colectividade sem possibilidade de defesa, deve ser dada ao prejudicado uma compensação adequada” (pág. 289). Vide também, se bem que a propósito do direito público, mas importante para a definição dos pressupostos desta espécie de responsabilidade, CANOTILHO, J. J. Gomes, *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, 1974, Coimbra, Livraria Almedina.

<sup>333</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *ult. ob. cit.*, pág. 79 e 80. Para o autor, o fundamento último da responsabilidade por factos lícitos é o princípio da igualdade perante os encargos. (*op. cit.*, pág. 115).

<sup>334</sup> Pessoa Jorge, entende que age no exercício de um direito, actua de acordo com ordem jurídica e que, como tal, “tais actos, ainda que prejudiciais a outrem, são lícitos e não constituem o agente em responsabilidade civil”. É isto que diz o princípio “*Qui iure suo utitur, nemini iniuriam*” (“Quem em conformidade com a lei, exerce o próprio direito, não responde pelos prejuízos que possam resultar desse mesmo exercício”) - cfr. JORGE, Fernando Pessoa, *Ensaio sobre os pressupostos da Responsabilidade Civil*, Cadernos de Ciência e Técnica fiscal, nº 80, Lisboa, 1972, pág. 191. Todavia, mais à frente, o autor esclarece melhor a sua afirmação, ao dizer que quem exerce legitimamente o próprio direito (ou seja, quem actua dentro dos limites do direito e obedecendo às instruções legais sobre o seu exercício) não incorre em responsabilidade civil, mas pode, a título diverso, ter obrigação de indemnizar; por outro lado, “a actuação no exercício de um direito não exclui o dever geral de respeito dos direitos alheios” (pág. 204). Gomes Canotilho entende que estamos perante uma “conversão de direitos do lesado no seu equivalente pecuniário”, uma vez que aqui “a reparação não está conexas com a produção antijurídica de um dano” (GOMES CANOTILHO, *ult. ob. cit.*, pág. 81). O autor considera ainda que o escopo da responsabilidade é a transferência do dano do sujeito lesado para o sujeito lesante, e como tal podem considerar-se no mesmo plano a responsabilidade por factos ilícitos, a responsabilidade pelo risco e a responsabilidade por factos lícitos (pág. 99). Neste sentido também PINTO, C. Mota, “A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos”, em *BFDUC*, Suplemento XIV, Coimbra, 1966, pág. 143: “necessidade imposta ao autor de certos factos de indemnizar (lato sensu), de reparar os danos causados a outrem. Mais refere o autor que qualquer outras noções de responsabilidade que faça ressaltar “uma censura ético-jurídica ao sujeito actuante, expulsam, arbitrariamente, do seu âmbito toda uma série de situações que, naturalmente, aí devem encontrar guarida” (*op. cit.*, pág. 144).

colectivas públicas. O acto lesivo pode ser lícito, porque visa satisfazer um interesse colectivo ou o interesse qualificado de uma pessoa de direito privado, resultando da existência de um direito legalmente reconhecido a um sujeito de sacrificar bens ou valores jurídicos de outros. Mas pode não ser justo que se sacrifique, sem nenhuma compensação os direitos de um ou mais particulares, ou os bens de uma outra pessoa, que sejam atingidos pela prática do acto<sup>335</sup>. Daí que se estabeleça uma compensação do lesado pelo sacrifício suportado. A responsabilidade assim entendida tem uma função claramente reparatória<sup>336</sup>.

Requisitos fundamentais da responsabilidade por factos lícitos:

- a) O acto do particular tem que ser lícito, ou seja, tem que ter sido exercido formal e substancialmente dentro dos limites do direito que lhe foi atribuído;
- b) O sacrifício resultante de tal acto não pode constituir uma simples limitação do direito subjectivo;
- c) O sacrifício, para ter dignidade indemnizatória, deve traduzir-se na ablação ou limitação substancial de um direito subjectivo perfeito e não na simples ofensa de um interesse legítimo.
- d) O sacrificio deve ter sido imposto no interesse do particular titular do acto lícito e não no interesse da pessoa titular do direito sacrificado.

Acresce dizer que, é uma modalidade de responsabilidade excepcional, não existindo no CC uma disposição que se refira explicitamente à responsabilidade por intervenções lícitas na esfera jurídica alheia. De facto, a regra continua a ser a responsabilidade apenas com base num facto ilícito e culposo. Os casos em que existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa só existem nos preceitos especificados na lei (art. 483, nº 2 do CC). Acontece, por exemplo, em diplomas avulsos (situações que tanto podem ser de direito privado, como de direito público)<sup>337</sup>, e no CC também se encontram “espalhados” alguns exemplos. Realativamente, aos

---

<sup>335</sup> Neste sentido VARELA, João Antunes, *ob. cit.*, pág. 715. O autor refere que “não seria justo que uns tantos houvessem de sofrer, sem qualquer compensação, o prejuízo resultante de actos praticados no interesse público ou em exclusivo proveito de outrem” (Idem, pág. 525).

<sup>336</sup> Entendemos que pode existir, todavia, uma função retributiva na responsabilidade, mas já só quanto à responsabilidade subjectiva. – neste sentido também, GOMES CANOTILHO, *ult. ob. cit.*, pág. 104. Cfr. também, JORGE, Fernando Pessoa, *ob. cit.*, pág. 47 e ss.

<sup>337</sup> No entanto, quer no art. 784º do Anteprojecto (SERRA, Adriano Vaz, “Anteprojecto do Código Civil”, em *BMJ*, nº 101, pág. 160 e 161), quer no art. 490º do Projecto que surgiu da 1ª Revisão Ministerial (cfr. *BMJ*, nº 119, pág. 80 e 81) se previa, com carácter genérico, a responsabilidade por intervenções lícitas. Todavia, esta disposição foi eliminada por ter sido considerada “desnecessária” (nestes termos, VARELA, João Antunes, *ob. cit.*, pág. 524 e VARELA, João Antunes, “Rasgos Inovadores do Código Civil Português de 1966”, em *BFDUC*, Vol. XLVIII, 1972, Coimbra, pág. 87).

existentes no CC, podemos dividi-los em dois grupos<sup>338</sup>: por um lado, os casos em que a lei permite lesar a propriedade alheia, embora preveja o ressarcimento dos danos produzidos (onde teremos uma responsabilidade extracontratual por facto lícito)<sup>339</sup>, e por outro lado, as situações em que a obrigação de indemnizar se relaciona com o direito atribuído a um contraente de pôr termo ao contrato (onde já teremos uma responsabilidade contratual por facto lícito)<sup>340</sup>.

Em nosso entender, é neste último grupo que se poderá também inserir o n° 2 do art. 81° do CC<sup>341</sup>, como um caso de responsabilidade por factos lícitos.

#### 5.4. Danos Indemnizáveis pela Revogação nos termos do art. 81°/2

No anteprojecto de Manuel de Andrade, no art. 16°, previa-se a possibilidade de revogação “ainda que com a obrigação de ressarcimento pelo dano de confiança”<sup>342</sup>.

Daqui já podemos fazer uma redução no âmbito dos danos indemnizáveis desta previsão normativa do art. 81°, n°2: não são indemnizáveis todos os danos causados pela revogação do consentimento, mas apenas o dano da confiança<sup>343</sup>: dano resultante da violação da confiança legítima e razoavelmente depositada pela contraparte na manutenção do negócio. O legislador apenas visou tutelar a razoável confiança que a outra parte depositou na continuação do contrato, indemnizando os prejuízos daí decorrentes. “Ou seja, tutela-se a existência, a qualidade e o grau de confiança da outra parte nas circunstâncias objectivas (v.g. o tipo e o condicionalismo externo da limitação ao exercício dos direitos da personalidade, bem como a sua aceitabilidade, e em que termos, por um *bonus pater familias*) e subjectivas (v.g., as potencialidades e capacidade físicas, espirituais, anímicas e ambientais do titular dos direitos de personalidade e o seu carácter e estrutura comportamental) em que ocorreu o consentimento limitativo, em que é de esperar a sua manutenção e, nessa medida, e que

---

<sup>338</sup> COSTA, Mário Almeida, *ob. cit.*, pág. 657 e 658.

<sup>339</sup> V.g. danos resultantes dos actos praticados em estado de necessidade (art. 339°, n° 2 CC), prejuízos causados em prédio de outrem nas hipóteses de captura de enxames de abelhas (art. 1322°, n°1 CC), de instalações ou depósitos de substâncias corrosivas ou perigosas (art. 1347°, n° 2 e 3), de escavações (art. 1348°, n° 2), de passagem forçada ou momentânea (art. 1349°, n° 3), etc.

<sup>340</sup> Ver como exemplos, os artigos, todos do CC, 1172° (revogação do mandato), 1229° (desistência do dono da obra na empreitada), etc.

<sup>341</sup> Neste sentido, cfr. COSTA, Mário Almeida, *ob. cit.*, pág. 658.

<sup>342</sup> ANDRADE, Manuel de, “*Esboço de um anteprojecto do código das pessoas e da família*”, in BMJ, 102, Janeiro de 1961, pág. 161.

<sup>343</sup> ANTUNES, Ana F. M., *ob. cit.*, pág. 239

é razoável obter os resultados derivados da manutenção de tal consentimento até ao pleno e completo cumprimento do negócio jurídico”<sup>344</sup>.

Pais de Vasconcelos entende que “se o direito é de personalidade, o seu titular não pode dele ser despojado”. Agora, poder-se-á recorrer ao abuso de direito (334º do CC), no que diz respeito ao poder de revogar as limitações convencionadas ou as autorizações concedidas. Este abuso do direito terá as consequências gerais. Por outro lado, o mesmo autor refere ainda que todos devem conhecer a lei e não há desculpa para a ignorância do regime da livre revogabilidade das limitações ao direito da personalidade, previsto no art. 81º. Logo, quem contrata o aproveitamento de bens da personalidade tem a obrigação de saber que a vinculação do titular do direito é precária. A própria lei fala em “expectativas da outra parte” e não de um direito. Assim sendo, a outra parte não tem mais que uma expectativa jurídica cuja frustração é susceptível de indemnização<sup>345</sup>.

Na fixação da indemnização, o valor arbitrado não deve ser de tal modo avultado que impeça de facto o exercício do poder de revogação<sup>346</sup>. Caso assim não fosse, as pessoas podem sentir-se “coagidas” a não exercer o seu direito de “revogação”, porque os meios económicos não lho permitem<sup>347</sup>.

---

<sup>344</sup> SOUSA, R. Capelo de, *ob. cit.*, pág. 409 (nota 1031). Mais refere: “Não são, pois indemnizáveis todos os prejuízos causados pela revogação unilateral do consentimento (arts. 562º e segs. do Código Civil), mas tão só aqueles que sejam causados pela revogação, na justa medida em que era razoável a confiança da outra parte na manutenção do consentimento.”

<sup>345</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais, *ult. ob. cit.*, pág. 167 e 168

<sup>346</sup> Sendo certo que a eficácia da revogação nunca pode ficar dependente desse ressarcimento, uma vez que o interesse patrimonial da contraparte, nunca pode prevalecer sobre o interesse pessoal do titular do direito. – PINTO, Paulo Mota, “O Direito à Reserva...”, *cit.*, pág. 502 e 564.

<sup>347</sup> Como bem refere Pais de Vasconcelos “esta nossa opinião não é a que mais favorece o funcionamento do mercado. Mas isso não nos impressiona. A matéria de direitos da personalidade não é de direito comercial (...) antes seja o mercado a sofrer no altar da dignidade humana, do que o inverso” – *ob. cit.* pág. 168



## OS TRANSPLANTES COMO UM CASO DE LIMITAÇÃO (I)LEGAL DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

### 6.1. Regime dos Transplantes *Inter Vivos*: Limitação Legal aos Direitos de Personalidade

Como questão prévia, podemos indagar se o caso da colheita de órgãos, em vida, para efeitos de transplante, se trata de uma limitação a direitos da personalidade, à qual terá que se aplicar necessariamente o art. 81º do CC, ou se pelo contrário, constitui uma manifestação do exercício de um direito da personalidade<sup>348</sup> – designadamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o do direito à livre disposição do próprio corpo. Capelo de Sousa diz-nos que o regime do nº 2 art. 81º do CC (livre revogabilidade), só será aplicável às hipóteses em que há “autêntica limitação ao exercício dos direitos da personalidade nos termos do nº 1 do mesmo artigo”<sup>349</sup>. Ora, e segundo o autor, tal não sucederá nos casos em que a “limitação”, ainda que “relacionada com os bens da personalidade, não se traduza efectivamente na limitação do exercício dos respectivos direitos”<sup>350</sup>, ou seja, quando não haja uma diminuição do conjunto dos bens da personalidade, “sendo a restrição de um bem da personalidade não essencial compensada pelo aumento ou desenvolvimento de outro bem da mesma personalidade, no âmbito do poder de autodeterminação do sujeito activo”<sup>351</sup>. Daí que entenda ser necessária uma apreciação global dessa restrição, por forma a perceber se estamos ou não, perante uma verdadeira limitação<sup>352</sup>.

Em causa pode estar um o direito ao livre desenvolvimento da personalidade<sup>353</sup> e um direito à disposição do corpo<sup>354</sup>.

O homem é sujeito, fundamento e fim do Direito<sup>355</sup>. É fim porque na realidade o Direito mais não visa do que servir a sua realização do Homem. Não podemos olvidar a

---

<sup>348</sup> Aliás, Capelo de Sousa diz-nos a propósito o seguinte: “o conteúdo e o próprio sentido dos poderes jurídicos integrantes da tutela geral da personalidade não são realidades estáticas, eles vão-se modificando com as inflexões que a liberdade do homem, adentro da sua esfera pessoal introduz na respectiva personalidade” (*O Direito Geral...*, cit., pág. 406).

<sup>349</sup> *Ibid*, pág. 410.

<sup>350</sup> *Ibidem*

<sup>351</sup> *Ibidem*

<sup>352</sup> *Ibidem*. O autor chama, neste sentido, a atenção para o facto de decorrer a própria letra (“limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade”) e espírito do art. 81º, nº 1 esta apreciação global (pág. 410, nota 1034).

<sup>353</sup> Há quem fale a propósito num direito à diferença – cfr. CAMPOS, Diogo Leite, “Lições de direitos...”, cit, pág. 82

<sup>354</sup> Sobre o tema NETO, Luísa, “O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo”, em *Revista FDUP*, Ano I, 2004, Coimbra Editora, pág. 221-246 e “Existe um direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo?”, em *Pessoas Transparentes – Questões Actuais de Bioética*, Almedina, Fevereiro de 2010, Coimbra, pág. 111-119

necessidade de se assegurar a liberdade a todas as pessoas na conformação das regras a reger a sua vida, ou seja, na construção dos contornos da sua personalidade.

A Lei constitucional com a revisão constitucional de 1997, passou a prever, no art. 26º o direito ao desenvolvimento da personalidade. O Código Civil, por sua vez não faz essa positivação. Para Oliveira Ascensão tal justifica-se plenamente, tendo em conta que o Homem só pode reclamar o desenvolvimento da sua personalidade a si próprio. Desta, forma, não é um direito da personalidade, “porque não há um bem da personalidade a que corresponda”<sup>356</sup>. Mas como direito fundamental já faz sentido: exigindo “que sejam criadas as condições em que o desenvolvimento da personalidade seja possível”<sup>357</sup>. É certo que “(n)inguém substitui a pessoa no autodesenvolvimento da personalidade, mas a organização social deve ser propícia ao seu desempenho”<sup>358</sup>.

Todavia, o espaço de livre desenvolvimento da personalidade não é absoluto, pois também contempla zonas indisponíveis decorrentes do preceito geral da dignidade da pessoa humana, dos bons costumes, da ordem pública, etc., que impedem a renúncia ou transmissão dos direitos de personalidade (pense-se, por ex., no direito à vida: este direito não confere ao seu titular a prerrogativa de dispor desta, como, pelo contrário, gera um dever de respeitá-la e defendê-la)<sup>359</sup>. Leite Campos, também avança que a pessoa “(só) pode dispor do seu corpo e do seu espírito na medida necessária para a sua humanização”.

Somos de opinião que, o transplante – aliás, o consentimento prestado para o transplante -, não obstante manifestar o exercício de um direito da personalidade - o direito ao livre desenvolvimento da personalidade – constitui também uma autêntica limitação a direitos da personalidade, para efeitos da aplicação do art. 81º, nº 1 do CC. Disponibilizando-se alguém para ser doador de órgãos está, antes de mais, a exercer um direito de personalidade – o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 25º da CRP): este direito permite-lhe desenvolver livremente a sua personalidade, ainda que tal passe por renunciar/limitar aos seus direitos fundamentais/direitos de personalidade<sup>360</sup>.

---

<sup>355</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira, “Pessoa, Direitos...”, *cit.*, pág. 24.

<sup>356</sup> *Ibid.*, pág. 25.

<sup>357</sup> *Ibidem.*

<sup>358</sup> *Ibidem.*, pág. 26

<sup>359</sup> BOUSQUET, Joana Bione, *ob. cit.*, pág. 90.

<sup>360</sup> Esta noção de desenvolvimento da personalidade é aberta, não podendo o Estado impor uma personalidade modelo, determinada por quaisquer concepções ideológicas, filosóficas, etc.. “A forma de realização da personalidade humana não é algo pré-definido, que se receba por atribuição, herança, situação numa dado momento ou classe, ou por imposição ou dádiva a partir de determinado padrão ou modelo. Trata-se, antes, de algo que se *auto-insitui* ou

Todavia, e porque no caso particular do consentimento para a doação de órgãos há lesão de outros direitos da personalidade do próprio indivíduo – designadamente, da sua integridade física e corporal e até da sua vida -, não podemos deixar de considerar que estamos (também) perante um caso de limitação voluntária dos direitos de personalidade e como tal, sujeita a limites – designadamente aos limites impostos pelo art. 81º, nº 1 do CC. Então, neste caso, a pessoa pode tomar as decisões que entenda que sejam as correctas para a sua vida, exercendo assim o direito a livre conformar a sua personalidade – por exemplo, dispor-se a doar um órgão - mas tem que respeitar certos limites, uma vez que essas decisões, atingem outros direitos igualmente, ou até mais fundamentais (a integridade física e a vida)<sup>361</sup>. E como tal, é também livremente revogável no termos do nº 2 do art. 81º do CC<sup>362</sup>. Em suma, e no presente caso, “a renúncia, apesar de ser expressão de exercício de um direito fundamental, determina objectivamente um enfraquecimento das posições individuais dos direitos fundamentais, pelo que é também uma forma de restrição desses direitos”<sup>363</sup>.

Ou seja, apesar de o corpo ter a característica de ser indisponível, é hoje comumente aceite que ele pode ser disponível atendendo a certos limites. Deste modo, os actos de disposição do próprio corpo são lícitos desde que não importem ofensa da moral<sup>364</sup> ou dos bons costumes, e desde que não impliquem uma diminuição permanente da integridade física ou a própria morte.

Temos, assim, assente que os transplantes entre vivos configuram um caso de limitação voluntária de direitos da personalidade, nos termos do art. 81º. Limitação esta lícita, desde que cumpridos todos os pressupostos, e especialmente desde que consentida pelo dador.

---

*constrói, segundo o seu próprio projecto, determinado a partir da própria pessoa, como centro de decisão autónomo” - PINTO, Paulo Mota. “O Direito ao Livre...”, ob. cit., pág. 152.*

<sup>361</sup> Segundo Leite Campos: “Embora seja ele a escolher a via a seguir, há limites que não pode ultrapassar” (“Lições de direitos...”, cit, pág. 71)

<sup>362</sup> Neste sentido, SOUSA, R. Capelo de, *ult. ob. cit.*, pág. 411 (nota 1035).

<sup>363</sup> MACCRORIE, Benedita, “A Doutrina da Renúncia ...”, *cit.*, pág. 96. A autora refere ainda que “qualquer lei que limita a renúncia a direitos fundamentais é, ela mesma, uma lei restritiva de direitos fundamentais que deve obedecer às exigências cnstitucionalmente estabelecidas para as restrições” (pág. 104).

<sup>364</sup> A cessão não pode ser contrária à dignidade da pessoa humana: a propósito Díez Díaz, fala nos enxertos Voronoff (transplantação de glândulas sexuais como forma de rejuvenescimento de uma pessoa) – DÍAZ, Díez, *Apud MONTERREAL, José Reyes, ob. cit.*, pág. 410 e 411.

### 6.1.1. Inaplicabilidade do art. 81º/2, in fine do Código Civil

Sendo os transplantes uma limitação de direitos da personalidade, estão necessariamente sujeito ao princípio da livre revogabilidade a todo o tempo, não só por força do art. 81º, nº2, mas também e, especialmente, do art. 8º, nº 6 da Lei nº 12/93, que regula especificamente os transplantes e o consentimento em matéria de transplantes.

No caso de revogação do consentimento por parte do dador, uma das consequências que, à partida, e atendendo ao art. 81º, nº 2 do Código Civil, poderia ser accionada pelo que iria receber o órgão e, que, como tal, criou expectativas, mas que em virtude da revogação do consentimento do doador, se verá privado do órgão que esperava, era o da indemnização das “legítimas expectativas”. Assim, apesar de a revogação ser legítima (ou melhor, lícita), poderia, desta forma, dar origem a uma acção de indemnização pelos danos causados à confiança depositada pela contraparte no cumprimento pontual e integral da prestação acordada, portanto, na manutenção do consentimento<sup>365</sup>.

Contudo, entendemos, que o regime dos transplantes não se coaduna com esta obrigação de indemnizar fundada numa responsabilidade por facto lícitos<sup>366</sup>.

André Dias Pereira<sup>367</sup> também é deste entendimento: sendo este “um consentimento tolerante, não há lugar a ressarcibilidade de quaisquer danos”. No caso dos transplantes, “a obrigação de indemnização não existe, quer pela análise do elemento literal”, a lei especial dos transplantes – Lei nº 12/93 -, não prevê tal indemnização em caso de revogação do consentimento. Bem pelo contrário: reforça até a ideia da livre revogabilidade (art. 8º, nº6)<sup>368</sup>. Só no art. 81º, nº2 do CC (na lei geral), se prevê essa indemnização. Portanto, e segundo a regra geral de aplicação das leis, a lei especial prevalece sobre a geral. Não estabelecendo a lei especial a obrigação de indemnização, não por lapso, mas porque não o queria fazer de forma a permitir a

---

<sup>365</sup> ANTUNES, Ana F. M., *ob. cit.*, pág. 239. Outros autores que entendem que este é um caso de responsabilidade por factos lícitos, ASCENSÃO, José de Oliveira, *Teoria...*, *cit.*, pág. 94, PINTO, Paulo Mota, “A Limitação Voluntária...”, *cit.*, pág. 558 e PEREIRA, André Dias, *O Consentimento Informado...*, *cit.*, pág. 493 (nota 1127).

<sup>366</sup> Em sentido diverso, defendendo que há uma obrigação de indemnizar as expectativas, embora sem apresentar argumentos - CARVALHO, Orlando de, em *Teoria geral do Direito Civil, ... (coord. de FERNANDES, F. Liberal et. alli)*, *cit.*, pág. 220.

<sup>367</sup> PEREIRA, André Dias, *O Consentimento Informado...*, *cit.*, pág. 494

<sup>368</sup> A revogação só pode ser plenamente livre, se não existir qualquer circunstância que possa obstar àquela revogação (ter que pagar uma indemnização, é sem dúvida uma circunstância que pode obstar à revogação). Para além disso, segundo as regras da interpretação da lei, “o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados” (art. 9º nº 3 do CC). Portanto, se o legislador não previu na lei dos transplantes esta necessidade de indemnização, foi porque não o quis.

revogação sem qualquer constrangimento<sup>369</sup>, não temos que atender à lei geral, no caso ao art. 81º, nº2, pensado para outro tipo de limitações aos direitos de personalidade.

Temos que salvaguardar o poder de autodeterminação do titular dos direitos de personalidade limitados. É possível, sobretudo tendo em conta o fim da limitação (ajudar a alguém a recuperar a saúde ou mesmo manter a vida) que o titular do direito tenha assumido tal atitude precipitadamente<sup>370</sup>, com consequências que não previu ou de que, por qualquer outra causa, ainda que egoística, o mesmo se arrependeu. Por exemplo, há inúmeras pessoas que se inscrevem como dadoras de medula óssea. Todavia, uma coisa é inscreverem-se como dadoras e outra coisa é efectivamente serem compatíveis com alguém necessitado e serem chamados para o respectivo procedimento. Por norma, só nesta última fase é que os potenciais dadores são informados com rigor e precisão sobre a intervenção de colheita e sobre os seus riscos<sup>371</sup>. É legítimo, entendemos nós, que não obstante ter dado um “consentimento” à colheita de medula óssea, inscrevendo-se como dador, venha depois, perante o quadro geral da intervenção a que será submetido, vir a arrepender-se, ou, pura e simplesmente não querer sujeitar-se aos riscos que o procedimento acarreta. Há receios legítimos por parte do doador: por exemplo, quando tenham filhos dependentes de si, existe a óbvia preocupação que algo corra mal e os mesmo fiquem sem protecção; ou podem ter receio de ficar com alguma incapacidade que os impeça de trabalhar e de fazer outras actividades e tarefas do quotidiano. E este género de pensamentos, em regra, só acontecem num fase final do procedimento: foi realizado um estudo<sup>372</sup>, onde se concluiu que a doação de um órgãos é um processo que se pode dividir em quatro fases: a) o momento em que se sabe que é necessário um dador para um familiar ou amigo; b) a realização de toda a bateria de testes médicos e de compatibilidade; c) a noite prévia à

---

<sup>369</sup> Aliás, pegando até numa solução de direito comparado, podemos chegar a idêntica conclusão: em Espanha, prevê-se a revogação do consentimento pelo dador, em qualquer momento antes da intervenção, sem sujeição a qualquer formalidade e sem que possa dar origem a qualquer indemnização, seja a que título for (art. 9º, nº 5 do REAL DECRETO 2070/1999, de 30 de diciembre)

<sup>370</sup> O facto de a doação se dar entre familiares também não ajuda, uma vez que atendendo aos laços afectivos pode existir a pressão para que se seja (ou não) doador. E caso se decida não sê-lo, essa recusa pode ter implicações nas relações familiares. Daí que entendamos que talvez não bastasse uma mera verificação dos requisitos formais, mas também uma avaliação psicológica com o objectivo de determinar os motivos da doação, verificando se o doador não está sujeito a algum tipo de coacção psicológica.

<sup>371</sup> Os procedimentos de colheita podem ser um de dois tipos: dádiva de sangue periférico ou o verdadeiro transplante de medula óssea. A colheita de células do sangue periférico é, no seu acto final, uma coisa simples, igual a uma dádiva de sangue. Mas implica, previamente, injeção do dador com factores de crescimento, que vão estimular a sua medula óssea a produzir mais células, para aumentar a probabilidade de estas células (as chamadas células tronco hematopoiéticas) serem colhidas no sangue periférico. Isto pode dar dores ósseas, infecções e aumento do risco de trombose. A colheita de medula óssea na fonte, por sua vez, é um processo doloroso, que implica anestesia e esta, como é sabido, tem riscos.

<sup>372</sup> CARDOSO, Cruz Netza; MARTINEZ, Maria de la Luz; GARCÍA, Hugo Ramírez, “Los costos del altruismo en donación de órganos – Análisis de casos”, em *Cuadernos de Bioética*, nº 72, vol. XXI, 2ª, 2010, Múrcia, pág. 157-167.

realização da cirurgia, onde se pensa em todas as dúvidas, temores, incertezas inerentes à perda de um órgão; d) a reintegração na sua vida quotidiana. As emoções e tensões que se manifestam durante estes quatro períodos variam, mas vão aumentando até alcançar o ponto alto, na noite prévia à cirurgia de transplante.

Por outro lado, ser doador tem outras implicações que se pode não estar disposto a aceitar, e que a pessoa só se apercebe depois de já ter consentido: v.g. para a realização da extensa “bateria” de exames a que terá que se sujeitar a pessoa pode ter que faltar vários dias ao trabalho ou a outro tipo de compromissos<sup>373</sup>.

Sendo um acto irreversível e implicando um grave desfalque para quem doa, é necessário que se preveja a sua livre revogabilidade a todo o instante. Estamos perante um direito dos mais pessoais que existem – a integridade física. Assim, pela própria teleologia do regime jurídico, não podemos concordar que alguém seja obrigado a ter que optar pela manutenção da sua integridade física (pagando uma indemnização) ou ter que prescindir dessa mesma integridade física (para não estar sujeito à referida indemnização). A imposição de indemnização aos casos da revogação do consentimento para o transplante pode funcionar como um limite (e verdadeiramente substancial) à livre revogação do mesmo.

Por outro lado, há ainda casos, em que, não obstante, o potencial dador de órgãos estar completa e devidamente informado, e ter transmitido o seu consentimento com base nesse pressuposto, ainda assim, podem as suas circunstâncias de vida vir a alterar-se (por exemplo, engravidaram, ou descobriram que padeciam de uma qualquer doença). Nestes casos, é, mais uma vez, na nossa opinião, legítimo que o potencial dador possa revogar o seu consentimento perante o novo quadro de circunstâncias da sua vida. E entendemos nós que não deve aqui haver qualquer espécie de indemnização/compensação a atribuir ao receptor, pela revogação do consentimento. Só assim as pessoas são verdadeiramente livres para escolher doar. É que a imposição desta compensação pode funcionar como um meio de repulsa à própria doação de órgãos e tecidos.

Além disso, como vimos, um dos pressupostos da responsabilidade por factos lícitos é que o sacrifício sofrido pela contraparte, para ter dignidade indemnizatória, deve traduzir-se na ablação ou limitação substancial de um direito subjectivo perfeito e não na simples ofensa de um interesse legítimo. Ora, jamais poderemos dizer que o

---

<sup>373</sup> Ver alguns relatos de dadores em CARDOSO, Cruz Netza; MARTINEZ, Maria de la Luz; GARCÍA, Hugo Ramírez, “Los costos del...”, *cit.*, pág. 163

receptor de um transplante tem um direito ao órgão do dador. Ele, quanto muito, tem um interesse, mas jamais se poderá falar de um direito.

Outro argumento, não menos importante, é: o caso da revogação do consentimento para o transplante não está abrangido, desde logo, pelo art. 81º, nº2 do CC. A letra da lei é clara: “a limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável...”. Para a aplicação do preceito é necessário que exista uma “limitação”, “voluntária”, “legal”, e “revogável”. Quando se assente num transplante, tal é voluntário (desde que haja consentimento), é legal (já vimos que se enquadra no art. 81º, nº1 e também no art. 6º da Lei nº 12/93), é revogável (art. 8º, nº 6 da Lei nº 12/93) e tem-se em vista uma limitação. Todavia, ainda não há uma limitação. No caso dos transplantes, o direito (à integridade física) só será limitado quando existe a ablação do órgão. Como tal, não podemos falar até aí de limitação – a pessoa ainda não limitou o seu direito (a sua integridade física continua intacta). Portanto, só depois de termos aquela limitação, e revogando-a, é que podemos aplicar-lhe a obrigação de indemnizar as legítimas expectativas da contraparte<sup>374</sup>.

O art. 81º, nº 2, parte final do CC, está vocacionado quanto a nós, apenas para as hipóteses em que a limitação está em curso e, portanto, já houve uma restrição ao direito, tendo já começado um “processo aquisitivo” pela contraparte (v.g., alguém cedeu já a sua imagem a uma marca e vem depois a revogar a cedência), e não para as quais o direito ainda não foi verdadeiramente limitado, tendo-se apenas assentido em limitá-lo.

## **6.2. O Regime dos Transplantes *Post Mortem*: Limitação Ilegal aos Direitos de Personalidade**

A doutrina em Portugal divide-se quanto ao modelo adoptado para a colheita de órgãos provenientes de dadores cadáver. Existem os que aplaudem a solução de dissentimento, considerando-a uma solução “equilibrada, marcada por louvável humanismo”<sup>375</sup> e aqueles outros que têm reservas quanto às soluções encontradas pela Lei nº 12/93.

---

<sup>374</sup> Sendo certo que, depois de o órgão estar retirado (e, portanto, o direito à integridade física limitado), o dador já não pode revogar o seu consentimento, o art. 81º, nº2 não tem qualquer aplicação prática à revogação do consentimento nos transplantes.

<sup>375</sup> PINTO, José Rui da Costa, *ult. ob. cit.*, pág. 456. Segundo o autor, o legislador optou bem pelo consentimento presumido: parte-se do pressuposto que “todos estão dispostos a doar órgãos; quem não estiver que o diga”, manifestando junto do Ministério da Saúde a sua qualidade de não dadores. O problema segundo o autor, é que o

Principais argumentos para adoptar a solução de dissentimento<sup>376</sup>:

1. A divergência entre a efectiva vontade de doar e a expressão formal dessa vontade; ou seja, segundo este entendimento há inúmeras pessoas que até têm vontade de ser dadoras, mas, são poucas aquelas que efectivamente demonstram formalmente essa vontade, através de um acto tendente à expressão pública para doar – por ex., a inscrição num registo de dadores.
2. No caso, por exemplo, do modelo adoptado ser o de informação, o potencial dador pode ter o seu desejo de doar anulado pela vontade dos seus familiares;
3. O modelo do dissentimento tem tido uma grande eficácia no combate à escassez de órgãos em grande parte dos países europeus, tendo aumentado substancialmente o número de dadores;
4. Retira-se o ónus sobre os familiares de decidir sobre um aspecto tão importante, como é a doação de órgãos, num momento de grande sofrimento pela perda do seu familiar.

O primeiro argumento é bastante vulnerável: quer-se pressupor que os indivíduos são necessariamente altruístas. A propósito deste argumento remetemos para os dados de um inquérito realizado pelos alunos do Curso de Filosofia da Faculdade de Filosofia de Braga, no âmbito do Seminário de Investigação “Ética e Lei em Biomedicina”, em Novembro e Dezembro de 2003<sup>377</sup>. Nos termos deste inquérito, 31,1% dos inquiridos não se mostra disponível para ser doador, apontado as mais variadas razões para tal. Portanto, o argumento de que é "razoável presumir o consentimento", é claramente falacioso e carece de fundamentação.

Quanto ao segundo dos argumentos apontados, entendemos que o que deve prevalecer é a vontade do possível dador. Se este tiver em sua posse um cartão de dador ou se estiver inscrito num qualquer registo como dador, a vontade da família para que

---

“consentimento, incluindo o presumido, dever ser livre e esclarecido”, impendendo sobre o Governo o dever de “promover uma campanha de informação, quer sobre o significado, em termos de solidariedade social, política de saúde, e meios terapêuticos, da colheita de órgãos e tecidos e da realização de transplantes, quer sobre a possibilidade de qualquer cidadão manifestar a indisponibilidade para a dádiva post mortem, bem como sobre a existência do Registo Nacional dessas decisões e sobre a emissão e uso do cartão individual em que essa menção é feita (artigo 15º da Lei nº 12/93)”. Dever este que os sucessivos governos têm ignorado “e desta forma tornaram-se os primeiros infractores das disposições desta lei” (*ob. cit.*, pág. 456-457). Vera Raposo (*ob. cit.*, pág. 56 e 57), Paula Ribeiro de Faria (*ob. cit.*, pág. 234) João Loureiro (*ob. cit.*, pág. 26) e André Dias Pereira (“Transplantation of Organs and Tissues and Some Reflections on the “Solidarity” of the Human Cadaver in Portugal”, em *European Journal of Health Law*, nº 18, 2011, pág. 61-62) também entendem que a solução de dissentimento é uma boa solução.

<sup>376</sup> Bell MD, *ob. cit.*, *passim*

<sup>377</sup> Pinto, José Rui da Costa, *ob. cit.*, *passim*



este não seja doador é, a nosso ver, irrelevante<sup>378</sup>. Não obstante, e ainda que apenas baseados no senso-comum, somos da opinião que havendo uma vontade de doar, por parte do possível doador, dificilmente a família contrariará a sua última vontade, ainda para mais se era um assunto tema de conversa antes do falecimento<sup>379</sup>.

O terceiro argumento, da "eficácia", mesmo que corretamente atribuído a este modelo, é simplesmente uma desculpa utilitária às autoridades, alegando benefícios para a comunidade em geral, em detrimento da autonomia do indivíduo. Corre-se muito seriamente o risco de que se removam órgãos contra a vontade do paciente, se por qualquer razão, o potencial dador não manifestar a sua oposição. Por outro lado, inúmeros autores vêem aqui um conflito fundamental com o princípio da autonomia e que se agrava se pensarmos que ninguém tem a obrigação legal de ser doador, mas estão obrigados a registar a sua oposição para não ser alvo de colheitas indesejáveis. Isto é considerado por muitos como excessivamente intrusivo<sup>380</sup>.

O quarto argumento é claramente paternalista. Todavia, na crítica ao segundo argumento, já expusemos a nossa opinião sobre o papel da família no que ao consentimento para a colheita de órgãos diz respeito.

Tendemos, portanto, a ser da segunda opinião, por entendermos que a solução de dissentimento além de inconstitucional, é ilegal, uma vez que se trata de uma limitação a direitos da personalidade do *de cuius*, mas que não é, de todo uma limitação de acordo com o art. 81º, nº 1 do CC.

Tão relevante quanto a adopção de um ou outro modelo, afigura-se a criação de condições para que o respeito aos direitos de personalidade (nomeadamente do direito de autodeterminação ou de disposição do corpo para depois da morte) se concretize de modo efectivo.

Estamos aqui perante um campo de limitação de direitos da personalidade. Como tal, devem-se verificar os pressupostos para uma válida renúncia ou limitação. O artigo

---

<sup>378</sup> Somos, portanto, da opinião que o sistema do consentimento alargado (em que é necessário o consentimento do falecido ou dos familiares) não se revela a melhor solução quanto a nós. Também o modelo de informação não deve ser, pois o que defendemos acima de tudo é a protecção da autonomia do dador. A nosso ver, a família só será importante para transmitir, única e exclusivamente, a vontade do dador (e nunca a sua própria vontade) e quando não existir nenhum outro meio para aferir dessa vontade.

<sup>379</sup> Bell MD, *ob. Cit., passim*, refere que como praticante clínico nos cuidados intensivos, durante mais de 20 anos, apenas em uma ocasião um membro da família contrariou a vontade do possível dador, manifestada no seu cartão de transporte (um pai perante um filho falecido). Fundamentou a sua recusa no facto de não ter a certeza de que seu filho não tinha mudado de ideia sobre a doação de órgãos e não sabia se ele tinha conhecimento das diferenças de opinião dentro da profissão médica quanto ao verdadeiro estado de morte do tronco cerebral.

<sup>380</sup> Veja-se entre nós, COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, pág 228-229. O autor entende que tal é inconstitucional pelo facto de, nos termos do art. 41º, nº3 da CRP, ninguém poder, de um ponto de vista constitucional ser perguntado sobre as suas íntimas convicções.

81º, nº 1 do CC estabeleceu um critério relativamente seguro para definir a fronteira entre a validade e a invalidade em matéria de limitação dos direitos de personalidade: o consentimento daquele que vê os seus direitos limitados (desde que se verifique, também, a não violação dos bons costumes e dos outros imperativos legais). De facto e como vimos supra (Cap. V), a limitação voluntária de direitos da personalidade, como o é o direito à integridade do corpo vivo ou morto, só excepcionalmente pode ter na sua base o consentimento presumido<sup>381</sup>: designadamente, quando o mesmo acarrete um benefício para a pessoa e quando nenhum acto dessa mesma pessoa leve a conclusão contrária. Ora, entendemos que a colheita de órgãos e tecidos em cadáveres não pode ser um campo de aplicação deste consentimento presumido<sup>382</sup>. Pelo que nos parece estranho que a Lei nº 12/93, ignore tudo isto e, em caso de não oposição manifesta, dá como implicitamente presumida a vontade de o defunto autorizar a colheita<sup>383</sup>.

Deve rejeitar-se uma concepção redutoramente utilitarística do cadáver, que nele veja um mero instrumento de finalidades sociais, mais ou menos arbitrariamente definidas, e que abriria as portas a todos os abusos. Por exemplo, é comum ouvir, a este propósito expressões do género: “uma vez que a pessoa morreu, destinando-se o seu corpo, se outro fim não lhe for dado, a ser consumido pela terra, mais vale aproveitá-lo (ou melhor, aproveitar os seus órgãos e tecidos) para salvar outras vidas”. Ou “ao retirar-se-lhe os órgãos à pessoa depois de morta, não se lhe causa nenhuma lesão: não há um corpo vivo ou uma saúde que possam ser objecto de agressão, mas por outro lado, há inúmeras vidas que assim podem ser salvas ou pelo menos, melhoradas”. Somos totalmente contra este entendimento, que vê no cadáver uma espécie de *res communitatis*: para nós, a pessoa, ainda que morta, é um fim em si mesmo<sup>384</sup>, por respeito à vontade que manifestou em vida. O Estado não pode intervir para fazer prevalecer o interesse social de efectivar os transplantes, quase que impondo uma doação de órgãos e tecidos. Se se respeita a vontade das pessoas não quererem ser dadoras em vida, porque motivo se há-de ignorar a sua vontade de não ser dadora depois de morta? É que, ainda que se diga que não há uma lesão à integridade física (porque o cadáver, não é de facto uma pessoa, é uma res), há uma “lesão da incolumidade (noli me

---

<sup>381</sup> Neste sentido também, ainda que a propósito da renúncia a direitos fundamentais, NOVAIS, Jorge Reis, *ob. cit.*, pág. 309.

<sup>382</sup> V. também DINIZ, Maria Helena, *ob. cit.*, pág. 343

<sup>383</sup> NOVAIS, Jorge Reis, *ob. cit.*, pág. 309

<sup>384</sup> O famoso, mas lamentavelmente, às vezes, esquecido, imperativo categórico de Kant: “age sempre de tal forma que trates a humanidade, quer seja na tua pessoa, quer na pessoa dos outros, nunca somente como um meio, mas sempre e simultaneamente como um fim”. – KANT, Immanuel, *Fundamentação Metafísica dos Costumes*, 1785.

tangere) do corpo alheio”<sup>385</sup>. A doação tem que ser um acto altruísta, pressupondo antes da sua efectivação, informação, conscientização e manifestação da vontade livre de dispor do seu corpo. Tem que respeitar-se a autonomia da vontade. O ordenamento jurídico, “não deve ser visto como detentor de supremacia sobre a autonomia da vontade, mas sim como seu limitador, que não deve ser ultrapassado”<sup>386</sup>.

Por outro lado, é lamentável que se verifiquem todos os cuidados para que a dádiva de órgãos em vida seja o mais consciente, livre e altruística<sup>387</sup> possível, e o mesmo esforço não seja feito quanto à “dádiva” de órgãos após a morte. Os direitos da personalidade e a vontade do *de cuius*, apesar de ter cessado a sua existência, devem continuar a ser respeitados.

Ademais, o art. 13º, nº6 da Lei 12/93 é inadmissível tendo em conta que estabelece uma presunção de não oposição à dádiva, mas sem qualquer fundamento pessoal, o que comporta uma ampla margem de arbítrio. O dever de respeito ao cadáver tem que incidir igualmente sobre todos os cadáveres humanos, sobretudo no que ao aproveitamento dos seus tecidos ou órgãos diz respeito. Este preceito torna-se uma porta aberta do sistema, sobretudo no que aos sinistrados da estrada diz respeito<sup>388</sup>. Desrespeitam-se as convicções pessoais dos opositores à dádiva, tornando-os dadores, compulsivamente.

Além disso, é fundamental um esforço por parte do Estado no sentido de informar os cidadãos sobre os seus direitos e a concepção de um modelo normativo-procedimental que assegure e facilite a manifestação do doador num ou noutro sentido. Assim, adoptando-se um modelo de dissentimento, como actualmente se adopta em Portugal, há alguns reparos que urgem em ser feitos.

Em primeiro lugar, é de repudiar o excessivo formalismo em que está, actualmente, envolta a solução de dissentimento. A oposição deveria, à semelhança do que se exige noutros ordenamentos – ex. Espanha – ou do que já se exigiu em Portugal (art. 4º do DL 45683 e art. 5º do DL 553/73) – ser expressa por qualquer forma (verbal,

---

<sup>385</sup> CARVALHO, Orlando, em *Teoria geral do Direito Civil, ... (coord. de FERNANDES, F. Liberal et. Alli)*, cit., pág. 214.

<sup>386</sup> OLIVEIRA, Leônidas Muniz de, “Autonomia da vontade e a doação de órgãos - uma discussão acerca da classificação da doação post-mortem”, 2012, consultado em: <http://jus.com.br/artigos/25212/autonomia-da-vontade-e-a-doacao-de-orgaos>, a 05/09/2013.

<sup>387</sup> Por exemplo, ao submetê-la ao princípio da gratuidade.

<sup>388</sup> Neste sentido, SOUSA, R. Capelo de, *O Direito Geral...*, cit., pág. 190-191 (nota 340); LIMA, Madalena, *ob. cit.* pág. 118. Também Faria Costa é bastante crítico com este preceito, pois, para além de o silêncio ter efeitos jurídicos (como veremos infra), quer ainda presumir-se a não oposição á dádiva. Ou seja, não obstante a pessoa manifestar a sua vontade de não ser dador, de cumprir com todo o formalismo legalmente exigido, só porque o seu cadáver não é identificável passa a dador. Além disso, o autor não percebe a razão de se presumir a não oposição e de não se presumir a oposição. (COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, pág. 230).

expressa, tácita). Tudo o que fosse indício da vontade do *de cuius* deveria relevar. Aliás, o art. 10º da Lei nº 12/93 está em contradição com o Protocolo Adicional à Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina, relativo à transplantação de órgãos e tecidos de origem humana<sup>389</sup>, que foi assinado por Portugal no dia 21 de Fevereiro de 2002. O art. 17º deste Protocolo estabelece que a colheita não deve efectuar-se se a pessoa falecida se lhe opôs. Consagra uma concepção ampla da modalidade de oposição, já que considera as declarações de dissentimento exteriorizadas por forma diferente da inscrição no registo como declarações juridicamente relevantes (ao contrário dos arts. 15º e 16º do Dec.-Lei 244/94 que observam uma posição restrita desse dever, só exigindo a consulta do registo informatizado, tornando todas as formas de expressão da oposição diferentes da inscrição no registo juridicamente irrelevantes). O parágrafo 99 do relatório explicativo daquele Protocolo, afirma que a consulta de um registo oficial informatizado não há-de ser considerado como única via para estabelecer a vontade da pessoa falecida, “salvo se a inscrição no registo for obrigatória”. Ora, em Portugal a inscrição no RENNDA é apenas um ónus e não um dever jurídico. O parágrafo 102 do referido relatório estabelece ainda que quando a vontade da pessoa falecida não estiver suficientemente estabelecida, a equipa encarregada da colheita tem que recolher o testemunho dos parentes próximos sobre a vontade do dador/não dador. A entrada em vigor do art. 17º do Protocolo implica a reabilitação do princípio da liberdade declarativa. Deste modo, os médicos devem usar da diligência necessária para garantir que não realizam colheitas contra a vontade do falecido. Ou seja, a colheita em cadáver não deve ter lugar em todos os casos em que existam dúvidas sérias e razoáveis quanto ao não dissentimento do falecido. Desta forma é legítima a pergunta feita por Helena Diniz: “Se um doente terminal, porventura declarasse seu desejo de não ser doador de órgãos e tecidos e não o registasse (...), seus órgãos seriam preservados? Face à necessidade de registo no RENNDA, provavelmente não! Daí que a autora refira que não estaríamos aí perante uma doação post mortem, mas sim de retirada compulsória de órgãos e tecidos humanos<sup>390</sup>. Também Lopes Rocha é do entendimento que há responsabilidade extracontratual do médico quando a colheita se execute sobre um

---

<sup>389</sup> OLIVEIRA, Nuno Pinto, “Considerações em torno do Protocolo Adicional à Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina relativo à transplantação de órgãos e tecidos de origem humana”, em *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 2, 2004, pág. 15-23.

<sup>390</sup> DINIZ, Maria Helena, *ob. cit.*, pág. 344.

cadáver, conhecida a oposição do falecido, ainda que manifestada por forma diferente da legalmente prevista<sup>391</sup>

Outro aspecto necessário é pôr em prática o dever de informação. A colheita de órgãos baseada na falta de informação levanta questões éticas e legais importantíssimas.

Desde logo, não se pode presumir, entendemos nós, o consentimento livre sem uma adequada informação. No caso da presente lei, a solução é a de não oposição. Mas também aí a crítica é válida. Não se pode exercer a autonomia de decidir, de não se opor, num contexto de omissão de informação. E o argumento de que são os cidadãos que se devem informar, não colhe provimento, tendo em conta a clara disposição legal que impõe ao governo a promoção de campanhas de informação e elucidação.

Por outro lado, se é certo que o médico pode legalmente colher órgãos ou tecidos, post mortem, de alguém que não está inscrito no RENNDA, temos dúvidas da eticidade de tal conduta, por força do respeito pelo princípio da autonomia. É que o médico poderá estar perante alguém que não quer ser dador e “que não fez a sua inscrição no RENNDA apenas por ignorância que, neste caso, não poderemos apelidar de culpável”<sup>392</sup>, uma vez que neste caso, o desconhecimento generalizado da lei deve ser imputada aos sucessivos governos.

Ademais, não temos dúvida que se o princípio configurador da lei dos transplantes fosse a solução de consentimento, não se verificaria a mesma atitude omissiva do governo no que às campanhas de informação, sensibilização e elucidação dos cidadãos diz respeito<sup>393</sup>.

O Tribunal Federal Suíço entendeu que a legitimidade constitucional da solução de dissentimento pressupõe o preenchimento de 3 condições<sup>394</sup>, correspondentes ao nível mínimo de protecção do direito de determinar o destino do seu cadáver: a eficácia prática da oposição; a informação do público, no sentido de dever proporcionar a todas as pessoas potencialmente atingidas o conhecimento da regulação vigente, para que tivessem a possibilidade real, efectiva de exercerem o seu direito de oposição (e a publicação oficial das normas é insuficiente, devendo ao invés, existir uma política de informação directamente dirigida ao conjunto da população e periodicamente renovada); e ainda o dever de informação dos parentes próximos do potencial dador,

---

<sup>391</sup> ROCHA, Manuel Lopes, *ob. cit.*, pág. 46

<sup>392</sup> PINTO, José Rui da Costa, *ob. cit.*, pág. 458

<sup>393</sup> *Ibid.* Costa Pinto, faz uma analogia perspicaz com as campanhas promovidas pelo Instituto Português do sangue, de sensibilização para a dádiva de sangue e a “correspondente “máquina” operativa para a recolha, criticando a falta do mesmo empenho relativamente a lei dos transplantes.

<sup>394</sup> OLIVEIRA, Nuno Pinto “*O Direito Geral de...*”, *cit.*, pág. 217 e ss.

quando a oposição possa ser manifestada de diferentes formas que não só o registo formal no instituto público. Assim, o dever de informação dos familiares contribui para assegurar o respeito pela decisão do *de cuius*, que podem ter conhecimento de oposição oral, ou terem em sua posse uma declaração escrita ou pode existir ainda uma carta do dador transportada por si. No fundo, o que se pretende dizer é que não é admissível que para possibilitar a obtenção de órgãos e tecidos para transplante, se incentive o desconhecimento da lei por parte da generalidade dos cidadãos. O exercício de uma liberdade só será efectivo se a liberdade individual for exercida de forma positiva; ou se, sendo exercida de forma negativa, o indivíduo estiver esclarecido sobre as consequências da sua inacção – é o que se passa, por exemplo, em Itália<sup>395</sup>.

A colheita realizada sem a observação destes condicionantes é, quanto a nós, eticamente inaceitável e ofende gravemente os direitos da personalidade (nomeadamente, o direito de autodeterminação ou de disposição do corpo para depois da morte)

Todavia, o que nós de facto pensamos é que a solução de dissentimento não é a mais consentânea com a protecção de direitos de personalidade. Um autor brasileiro dizia: “doar é um acto de solidariedade humana que deve ser traduzido concretamente por uma atitude explícita. E quando a lei passa a presumir que esse acto existe, está claramente retirando do cidadão o seu direito à solidariedade”<sup>396</sup>.

O “afã em conseguir muitas colheitas não justifica nem ligeirezas em matéria de cronotanatologia, nem ficções em matéria de consentimento como o que a teoria da suficiência da não vontade *in adversum* (ou o “*widerspruchsmodell*” da teoria alemã) verdadeiramente constitui”<sup>397</sup>.

Por meio do sistema do dissentimento, substitui-se a livre disposição do seu corpo pelo direito da sociedade o utilizar no interesse colectivo. Com a solução de dissentimento, embora não se suprima a liberdade de disposição do seu corpo,

---

<sup>395</sup> Nuno Oliveira entende assim que o art. 10º da Lei 12/93 deve considerar-se (materialmente) inconstitucional por não consagrar um dever de informação em sentido estrito (OLIVEIRA, Nuno Pinto, *ult. ob. cit.*, pág. 233-234; e “Direitos de Personalidade: Contributo para a Revisão...”, *cit.*, pág. 222-224. O autor, nesta última obra, pergunta então se o “legislador civil deve preferir o valor da autonomia, acolhendo a solução do consentimento, ou o valor da solidariedade, escolhendo a solução do dissentimento (...)?”). Mais refere que entre as soluções há uma diferença essencial na solução de consentimento a decisão sobre a dádiva de órgãos é uma decisão do indivíduo, não o sendo necessariamente na solução de dissentimento, onde o Estado se arroga o direito de decidir sobre o uso do corpo inanimado dos indivíduos que nada disseram sobre a colheita de órgãos e tecidos. Conclui então que o legislador civil, de forma a respeitar “a liberdade ética do homem individual deverá optar, sem hesitação (...) pela solução de consentimento” (*op. cit.*, pág. 225-226)

<sup>396</sup> CATÃO, Marconi do Ó, *ob. cit.*, pág 245.

<sup>397</sup> CARVALHO, Orlando de, “Transplantações...”, *cit.*, pág. 145 – 147. O autor receia que o resultado seja a tradicional inferiorização das classes menos abastadas. Entende que o mais importante é sim uma “contínua e imensa pedagogia no sentido da doação em benefício de vidas concretas ou em benefício geral”. Quando se criar na opinião pública uma onda entusiástica nesse sentido, o “*widerspruchsmodell*” deixará de ser necessário.

circunscreve-se a mesma ao direito de oposição. Assim, “a dádiva é obrigatória e só a oposição é voluntária”<sup>398</sup>.

Há pessoas que não querem ser dadoras *post mortem* mas que por pudor ou qualquer outra razão intima se inibem de levar o seu nome a um tal registo<sup>399</sup>.

Além disso, as dádivas, doações ou legados, têm que pressupor um incontornável *animus donandi* (art. 940º, nº1)<sup>400</sup>.

Por tudo isto, entendemos que a solução de dissentimento não é mais adequada. É uma solução desproporcional tendo em conta os interesses em causa. O legislador podia e devia ter adoptado outro meio igualmente adequado, mas menos desvantajoso para os cidadãos – a solução de declaração obrigatória<sup>401</sup>.

---

<sup>398</sup> RIVERO, Jean *Apud* OLIVEIRA, Nuno Pinto, *O Direito Geral de Personalidade...*, *cit.*, pág. 44.

<sup>399</sup> COSTA, José de Faria, *ob. cit.*, pág. 128-129. Faria Costa entende que a solução de dissentimento é inconstitucional, uma vez que todos estamos a ser perguntados sobre uma convicção (art. 41º CRP) e do nosso silêncio retira-se um gravíssimo efeito jurídico: a da disponibilidade de se ser doador. Assim, quando se impõe um acto, “um *facere*” (a manifestação de uma declaração de vontade como condição necessária e indispensável para o exercício duma liberdade (nomeadamente, a de consciência), essa imposição viola a dimensão negativa da liberdade em causa – a liberdade de não fazer. Além disso, a solução de dissentimento obriga a “exteriorização de uma manifestação de vontade, que se desejaria silenciar e manter no domínio da estrita reserva pessoal” (neste sentido, Ac. do TC nº 423/87, de 27 de Outubro).

<sup>400</sup> Neste sentido, SOUSA, R. Capelo de, *O Direito Geral de...*, *cit.*, pág. 190-191 (nota 340).

<sup>401</sup> Ver a caracterização do modelo e as críticas que lhe são feitas *supra* (pág. 20 e nota 50).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

*“Quando eu nasci, as frases que hão-de salvar a  
Humanidade já estavam todas escritas, só  
faltava uma coisa – salvar a humanidade”*

**Almada Negreiros**

É chegada a hora de concluir. Concluir o nosso trabalho, porque a temática em questão afigura-se-nos, para já, inconcluível. No nosso estudo, apenas demos enfoque a alguns dos vários problemas suscitados pelos transplantes. O tempo e o rigor não nos permitiram alongar muito mais.

Antes de mais, importa realçar que consideramos que os transplantes constituem uma conquista de relevante importância para o serviço à vida humana, ao contrário do que às vezes possa parecer nas linhas atrás escritas. Diremos mesmo, que a possibilidade de doação de órgãos é, na nossa opinião, das mais belas atitudes de que beneficia o ser humano. E consideramos que os transplantes, em si, são intrínsecamente lícitos. Aliás, se os considerássemos ilícitos, seria, por certo, inútil, perguntar-se por questões ulteriores que, entendemos, permanecem por resolver.

Todavia, a doação de órgãos, para que revista este carácter magnânico, há-de, necessariamente, fazer-se segundo formas eticamente aceitáveis e sem atropelos aos direitos de personalidade dos envolvidos e ao princípio da autonomia.

Estando nós perante direitos da personalidade, designadamente direitos relacionados com a integridade corporal, a utilização de órgãos e tecidos do corpo humano, deve merecer o correspondente tratamento jurídico, não com o sentido de impedir o avanço científico, mas com a finalidade de resguardar a vida, a autonomia da pessoa, a sua funcionalidade e o respeito devido ao cadáver.

A nossa abordagem ao tema passou por tentar comparar o regime dos transplantes provenientes de dadores vivos e os transplantes provenientes de dador cadáver, no que à limitação dos direitos da personalidade diz respeito. Se em relação aos primeiros não temos qualquer dúvida que se trata de uma verdadeira limitação voluntária aos direitos da personalidade (excepção feita, ao consentimento dos menores, como vimos), cumprindo com o preceituado no art. 81º, nº 1 do CC, o segundo, como expusémos, dificilmente se tratará de um caso de limitação de direitos da personalidade válido e consentido. Haverá, por certo, casos em que o silêncio é consentido, tendo o seu titular plena consciência das implicações. Todavia, o dever de informação imposto pela Lei,



não é (nem nunca foi) uma prioridade dos sucessivos Governos. Propositadamente ou não, não sabemos...

Apesar de se poder revelar difícil, deve existir um equilíbrio entre o respeito que ao homem merece o cadáver de outro homem e as imposições terapêuticas que, sem menosprezo por aquele respeito, obrigam a utilizar os cadáveres humanos para benefício dos diminuídos, dos feridos e dos doentes. Temos de aceitar que ninguém tem um direito subjectivo aos órgãos de outra pessoa. Os nossos órgãos podem ser de valor para alguém, mas a sua ablação deve ser o resultado de uma decisão altruísta, sobre como queremos que o nosso corpo seja usado quando morrermos. Não pode ser uma opção política ou uma opção tomada por um terceiro. Não podemos esquecer que estamos perante direitos de personalidade, que neste caso são também direitos fundamentais, e que como tal impõem um dever geral de abstenção a toda a colectividade.

Pensamos que a mera observância da teoria geral dos direitos de personalidade (com o contributo da bioética), bem como dos princípios gerais de direito (designadamente, o princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia), é quanto basta para que a ordem seja (r)estabelecida e para que os atropelos sejam evitados...

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARANTE, Napoleão Xavier do, “Doação de Órgão de Pessoa Viva ou Morta para Fins Terapêuticos ou Científicos”, em *O Direito*, Ano 122º, 1990, pág. 503-553;
- ANDRADE, Manuel Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004, Coimbra;
- ANDRADE, Manuel de, “Esboço de um anteprojecto do código das pessoas e da família”, em *BMJ*, 102, Janeiro de 1961, págs. 153-166;
- ANTUNES, Ana F. M., *Comentário aos artigos 70º a 81 do Código Civil (Direitos de Personalidade)*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012;
- ARCHER, Luís, “Transplantações do animal para o Homem”, em *Brotéria*, Vol. 146, Maio/Junho 1998, pág. 601-604;
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2000;
- “Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade”, em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. L, Nºs 1 e 2, 2009, Coimbra Editora, pág. 9-31;
- BARCELOS, Marta Dias e NEVES, M. Patrão, “Reflexão ética sobre a doação de tecidos e órgãos humanos: entre o respeito pela autonomia e a exigência de solidariedade”, em *Revista Portuguesa de Bioética, Cadernos de Bioética*, nº 7, Maio 2009, pág. 23-42;
- BELL, MD, “The UK Human Tissue Act and consent: surrendering a fundamental principle to transplantation needs?”, em *Journal of Medical Ethics*, 2006 May; 32(5), 283–286, disponível em [www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/](http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/);
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, *Direitos da Personalidade e Autonomia Privada*, Coleção Prof. Agostinho Alvim, 2ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2007;

BOUSQUET, Joana Bione, “Contratos de Direitos de Personalidade - A pessoa humana como ser social perante o Direito e a possibilidade da sua tutela na Via Arbitral”, Dissertação de mestrado apresentada à faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob orientação do Professor Doutor Oliveira Ascensão, 2009, disponível em [http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/3837/1/ULFD113640\\_tese.pdf](http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/3837/1/ULFD113640_tese.pdf), consultado a 7/2/2013;

BRITO, Carlos, “Colheitas de órgãos e tecidos de pessoas falecidas com vista à realização de enxertos e transplantes”, em *ROA*, ano 48, Vol. I, Abril 1988, pág. 239 e ss., disponível em <http://www.oa.pt/upl/%7B751afc39-701e-4edc-9b04-5f886a5bba88%7D.pdf>;

BRITO, José Henrique Silveira de Brito, “A Bioética – um saber transdisciplinar?”, em *Brotéria*, Vol. 169, nº 5, Novembro 2009, pág. 669-676;

CAEIRO, António Miguel, “Condição Jurídica do Cadáver – Aspectos Jurídicos da Utilização de Material Cadavérico em Cirurgia”, Pareceres nº 35/52 de 27 de Novembro de 1952 e nº 60/59, de 14 de Janeiro de 1960, da Procuradoria-Geral da República, em *BMJ*, Nº 94, Março de 1960, pág. 49-78;

CAMPOS, Alexandra, “A nova lei sobre transplantes”, em *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, Vol. 11, nº 2, 1993, Lisboa, p. 73-75;

CAMPOS, Diogo Leite, *Lições de Direitos da personalidade*, Separata do vol. LXVI do BFDUC, 2ª Edição, Coimbra, 1995;

- “O Direito e os Direitos da Personalidade”, em *ROA*, Ano 53, Vol. II, 1993, Lisboa, pág. 201-224;
- “O Estatuto Jurídico do Nascituro”, em *ROA*, Ano 56, Vol. III, 1996, Lisboa, pág. 877-886;

CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Almedina, 2003;

- *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Livraria Almedina, Coimbra, 1974;

- CARDOSO, Cruz Netza; MARTINEZ, Maria de la Luz; GARCÍA, Hugo Ramírez, “Los costos del altruismo en donación de órganos – Análisis de casos”, em *Cuadernos de Bioética*, nº 72, vol. XXI, 2ª, 2010, Múrcia, pág. 157-167;
- CARVALHO, Orlando de, *Teoria geral do Direito Civil*, Sumários desenvolvidos para o uso dos alunos do 2º ano (1ª turma) do curso jurídico de 1980/81, Centelha, Coimbra, 1981;
- *Teoria geral do Direito Civil, em Teoria Geral do Direito Civil (coord de FERNANDES, F. Liberal et. alli, Coimbra Editora, 3ª Edição, 2012, pág. 85-208;*
  - “Transplantações e Direitos das Pessoas”, em *Transplantações – Colóquio Interdisciplinar (25 de Março de 1993)*, Publicações de Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. 3, Coimbra, 1993, pág. 135-147;
- CATÃO, Marconi do Ó, *Biodireito: Transplantes de órgãos humanos e direitos de personalidade*, Madras Editora, Lda., São Paulo, 2004;
- COSTA, José de Faria, “O valor do silêncio do legislador penal e o problema das transplantações”, em *BFDUC (Separata)*, Vol. LXIX, Coimbra, 1993, pág. 201-232;
- COSTA, Mário Almeida, *Direito das Obrigações*, 12ª Edição Revista e Actualizada, Almedina, 2009;
- CUPIS, Adriano de, *Os Direitos da Personalidade*, trad. de Jardim, Adriano Vera e Caeiro, António Miguel, Morais Editora, 1961, Lisboa;
- CURADO, Manuel e OLIVEIRA, Nuno (org.), *Pessoas Transparentes – Questões actuais de Bioética*, Almedina, Fevereiro de 2010, Coimbra, 5-15, 93-110, 111-119, 121-143;
- DANTAS, Eduardo, “Diferenças entre o consentimento informado e a escolha esclarecida, como excludentes de responsabilidade civil na Relação Médico x Paciente”, em *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4, nº 8, 2007, pág. 115-134;

- “O “Consentimento Presumido”, a Autonomia Relativa e as Inovações da Lei de Transplantes Brasileira”, em *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 6, nº 12, 2009, pág. 75-81;
- DIAS, Jorge de Figueiredo e MONTEIRO, Jorge Sinde, “Responsabilidade Médica em Portugal”, em *BMJ*, Nº 332, Janeiro de 1984, pág. 21-79;
- DINIZ, Maria Helena, *O Estado Atual do Biodireito*, 3ª Edição, Editora Saraiva, 2006, São Paulo, Brasil;
- FARIA, Paula Ribeiro de, *Aspectos Jurídico-Penais dos Transplantes*, Estudos e Monografias, Universidade Católica Portuguesa – Editora, Porto, 1995;
- FERNANDES, Luís Carvalho, “A definição de morte – Transplantes e outras utilizações do cadáver”, em *Direito e Justiça*, Revista de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Vol. XVI, 2002, Tomo 2, pág. 29-59;
- *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. 1, 3ª Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa;
- FESTAS, David Oliveira, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem – Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, Coimbra Editora, 2009;
- FIGUEIREDO, Amorim Rosa de, *Consentimento para o acto médico*, Gráfica de Coimbra 2, 2006, Coimbra;
- HERVADA, Javier, “Los Transplantes de Organos y el Derecho a Disposner del Proprio Corpo”, em *Persona y derecho: Revista de fundamentación de la Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 2, 1975, págs. 195-254, disponível em <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=903744>
- HÖRSTER, Heinrich, *A parte geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, 5ª Reimpressão, Almedina, 2009;
- JORGE, Fernando Pessoa, *Ensaio sobre os pressupostos da Responsabilidade Civil*, em *Cadernos de Ciência e Técnica fiscal*, nº 80, Lisboa, 1972;

- KRASTINS, Rosana Guida, *Direito ao Transplante de órgãos e tecidos como um direito da personalidade*, Dissertação de Mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, São Paulo, disponível em <http://www.sapientia.pucsp.br> consultado em 07/02/2013;
- LAMELAS, Maria Antónia Fernandez et alli, “Consideraciones éticas en el xenotransplante”, em *Cuadernos de Bioética*, Vol. XII, N ° 45, 2ª, 2001, Santiago de Compostela, pág. 266-270;
- LEITE, Rita de Cássia Curvo, *Transplantes de órgãos e tecidos e os direitos da personalidade*, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2000;
- LIMA, Madalena, *Transplantes – Relevância Jurídico-Penal (Legislação actual)*, Livraria Almedina, 1996, Coimbra;
- LIMA, Pires de e Varela, Antunes (com a colaboração de M. Henrique Mesquita), *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª Edição (Revista e Actualizada), Coimbra Editora;
- LOUREIRO, João, *Transplantações: um olhar constitucional*, Argumentum 9, Coimbra Editora, 1995;
- MACCRORIE, Benedita, “A Doutrina da Renúncia a Direitos Fundamentais: os casos da Eutanásia e da colheita de órgãos em vida”, em *Pessoas Transparentes – Questões actuais de Bioética*, Almedina, Fevereiro de 2010, Coimbra, pág. 93-110;
- MARCOS, Fermín García, “Aspectos éticos en transplante de órganos”, em *Cuadernos de Bioética*, Vol. XII, N° 45, 2ª, 2001, Santiago de Compostela, pág. 253-265;
- MARTINS, António Carvalho, *A colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres – Responsabilidade criminal nas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos (o art. 150º do Código Penal)*, Coimbra Editora, Lda., 1986;
- MATOS, Filipe Albuquerque, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao crédito ou ao bom nome*, Colecção Teses, Almedina, 2011;
- MCLEAN, Sheila A. M., *Autonomy, Consent and the Law*, Biomedical Law and Ethics Library, 2010, Rautledge, Cavendish;

- MELLO, Fernando de Paula Baptista, *O Dano À Pessoa Humana: os Direitos da Personalidade como objecto de Violação*, Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, em Ciências Jurídico-Civilísticas, FDUC, Coimbra, 2012;
- MELO, Helena Pereira de, *Manual de Biodireito*, Almedina, Maio de 2008, Coimbra;
- MENDES, Castro, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, AAFDL, Lisboa, 1978;
- MERLO, Alejandro Serani, “La muerte encefálica y la detrmínación practica de la muerte: otra opinión disidente”, em *Cuadernos de Bioética*, Vol. X, Nº 37, 1ª, 1999, Santiago de Compostela, pág. 149-159;
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, Maio 2010, pág. 1305 a 1322;
- MONCADA, Cabral da, *Lições de Direito Civil*, 4ª Edição, Almedina, 1995;
- MONTERREAL, José Reyes, “Problemática Jurídica de los Transplantes de Organos”, em *Revista General de Legislación y Jurisprudência*, Año CXVIII, Marzo de 1969, Réus, S.A., Madrid, pág. 404-447;
- MUÑIZ, Carmen Núñez, “Respeto a la Voluntad del Fallecido en la Legislación sobre Transplantes de Órganos”, em *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, Nº 7, 1994, págs. 339-354, disponível em <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=175447>;
- NETO, Luísa, “Existe um direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo?”, em *Pessoas Transparentes – Questões Actuais de Bioética*, Almedina, Fevereiro de 2010, Coimbra, pág. 111-119;
- “O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo”, em *Revista FDUP*, Ano I, 2004, Coimbra Editora, pág. 221-246;
  - “Revisão do conceito de “ordem pública”? Cinco considerações sobre a legitimidade de intervenção do Direito na relação do sujeito consigo mesmo”, em *Scientia Iuridica* – Tomo LX, Nº 326, 2011, Universidade do Minho, Braga, pág. 331-343;

- NEVES, M. Patrão, “O que é a Bioética?”, em *Cadernos da Bio-Ética*, 11, Edição do Centro de Estudos de Bioética, pág. 7-26;
- NOVAIS, Jorge Reis, “Renúncia a Direitos Fundamentais”, em *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição de 1976*, Jorge Miranda (org.) Vol. I, Coimbra Editora, 1996, pág. 263 – 335;
- NUNES, Lydia Neves, “Brief Observations about Organ and Tissue Removal from Living Donors for Transplantation in Brazilian Law”, em *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 9, nº 17, 2012, pág. 207-213;
- OLIVEIRA, Guilherme de, e PEREIRA, André Dias, *Consentimento Informado*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, 2006, disponível em <http://www.centrodedireitobiomedico.org/files/ConsInfLivroPratico.pdf>, consultado a 22/09/2013;
- OLIVEIRA, Leônidas Muniz de, “Autonomia da vontade e a doação de órgãos - uma discussão acerca da classificação da doação post-mortem”, 2012, disponível em <http://jus.com.br/artigos/25212/autonomia-da-vontade-e-a-doacao-de-orgaos>, consultado a 05/09/2013;
- OLIVEIRA, Nuno Pinto de, “Autonomia, Dignidade e Transplantação de Órgãos”, em *Pessoas Transparentes – Questões actuais de Bioética*, Almedina, Fevereiro de 2010, Coimbra, pág. 121-143;
- “Colheita de Órgãos e “Casos de Provocação” – Considerações sobre os Acórdãos do OLG Schleswig de 3 de Outubro de 1986 e do BGH de 30 de Junho de 1987”, em *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 3, nº 5, 2006, pág. 23-29;
  - “Considerações em torno do Protocolo Adicional à Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina, relativo à transplantação de órgãos e tecidos de origem humana”, em *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 1, nº 2, 2004, pág. 15-23;
  - “Direitos de Personalidade: Contributo para a Revisão das Disposições do Código Civil Português”, em *Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Edic.



Especial “Código Civil Português – Evolução e Perspectivas Actuais”, 2008, Almedina, pág. 209-227;

- “Direitos de Personalidade e Responsabilidade Civil no Regime Jurídico do Transplante de Órgãos”, em *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4, nº 8, 2007, pág. 17-26;
- “Inconstitucionalidade do Art. 6º da Lei sobre a Colheita e Transplante de Órgãos e Tecidos de Origem Humana”, em *Scientia Iurica*, Tomo XLIX, 2000, nºs 286/288, pág. 249-262;
- *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução de Dissentimento” – Ensaio sobre um caso de “constitucionalização do Direito Civil*, Publicações do Centro de Direito Biomédico, 5, Coimbra Editora, 2002;
- “O princípio da dignidade da pessoa humana e a regulação jurídica da bioética”, em *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 8, nº 15, 2011, Coimbra Editora, pág. 29-33;
- “The Right to Bioethical Self-Determination in the Charter of Fundamental Rights of the European Union”, em *BFDUC*, Vol. LXXX, Coimbra, 2004, pág. 631-639;

OSSWALD, Walter, “Limites da Bioética”, em *Brotéria*, Volume 174, nºs 5/6, Maio/Junho 2012, pág. 453-461;

*Parecer nº 74/85, de 28 de Agosto de 1985*, da Procuradoria Geral da República, em *BMJ*, nº 352, Janeiro de 1986, pág. 136 a 154;

PEREIRA, André Dias, “A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica”, em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra Editora, 2006, pág. 199 – 249;

- *Falcone Project JHA/2001/FAL/122 - Trafficking in Human Organs – Portuguese Report*, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt>, consultado a 28/08/2013;
- “O Consentimento Informado na Experiência Europeia”, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/>, consultado a 7/11/2012;

- *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente – Estudo de Direito Civil*, Publicações do Centro de Direito Biomédico, 9, Coimbra Editora, 2004, Coimbra;
- “O consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico”, em *BFDUC*, Vol. LXXVI, Coimbra, 2000, pág. 433-471;
- “O dever de sigilo do médico: um roteiro da lei portuguesa”, em *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, nº 19, 2009, pág. 9-50 e disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/13335>, consultado em 22/11/2012);
- “Transplantation of Organs and Tissues and Some Reflections on the “Solidarity” of the Human Cadaver in Portugal”, em *European Journal of Health Law*, nº 18, 2011, pág. 55-63, disponível em <http://booksandjournals.brillonline.com/content/10.1163/157180911x546679>, consultado a 28/08/2013;
- “Um Direito da Saúde para a Europa?”, em *Debater a Europa (25 anos de integração europeia)*, nº 2 e 3, Jan.-Dez. 2010, pág. 25-37 (disponível em <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa>, consultado em 13/06/2013);

PEREIRA, Paula Francesconi, *Relação Médico-Paciente – O respeito à Autonomia do Paciente e a Responsabilidade Civil do Médico pelo Dever de Informar*, Lumen Iuris Editora, 2011, Rio de Janeiro;

PINTO, C. A. Mota, “A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos”, em *BFDUC*, Suplemento XIV, Coimbra, 1966, pág. 143- 252;

- *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2005;

PINTO, José Rui da Costa, “A lei dos transplantes: Questões (im)pertinentes”, em *Brotéria*, Vol. 158, nº 5/6, Maio/Junho 2004, pág. 451-459;

- *Questões actuais de ética médica*, Colecção “Temas Hoje”, 1, Editorial A.O., Braga, 1979;

- PINTO, Paulo Mota, “A Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada”, em *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues (org. Jorge de Figueiredo Dias, et al.)* Coimbra Editora, 2001, Coimbra, pág. 527-558;
- “O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade”, em *Portugal-Brasil Ano 2000, Studia Iurica*, 40, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1999, Coimbra, pág. 149-246;
  - “O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada”, em *BFDUC*, Vol. LXIX, Coimbra, 1993, pág. 479-586;
- RAPOSO, Vera Lúcia, “O corpo humano, a nova “galinha dos ovos de ouro””, em *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 8, nº 15, 2011, pág. 47-64;
- RIBEIRO, Geraldo Rocha, “Quem decide pelos menores? (Algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para os actos médicos)”, em *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 7, nº 14, 2010, Coimbra Editora, pág.105-138;
- ROCHA, Manuel Lopes, “Responsabilidade Civil do Médico – Recolha de órgãos e transplantações”, em *Tribuna de Justiça*, nº 3, Abril-Maio 1990, pág. 37-53;
- SCHREIBER, Anderson, *Direitos da Personalidade*, Editora Atlas, São Paulo, 2011;
- SERRA, Adriano Vaz, *Anteprojecto do Código Civil*, em *BMJ*, nº 101, pág. 160 e 161;
- “Fundamento da Responsabilidade Civil (em especial responsabilidade por acidentes de viação terrestre e por intervenções lícitas)”, em *BMJ*, nº 90, Novembro 1959, pág. 5 a 322;
- SGRECCIA, Elio, *Manual de Bioética - Fundamentos e Ética Biomédica* (trad. Matos, Mário), Princípia, 1ª Edição, Setembro 2009;
- SILVA, Manuel Duarte Gomes da, *Esboço de uma concepção personalista do Direito – Reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos*, Lisboa, 1965;

- *Colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres*, Coleção Scientia Iurica, Livraria Cruz, Braga, 1970;
- SILVA, Paula Martinho da, “Em Torno da Discussão sobre Transplantes de Órgãos e Tecidos – O caso particular de Portugal e Espanha”, em *Brotéria*, Vol. 137, nº 6, Dezembro de 1993, pág. 523-532;
- SILVEIRA, Diana Filipa Montenegro da, “O problema da constitucionalidade da solução do dissentimento – O regime jurídico da colheita de órgãos e tecidos em cadáveres para transplantação”, em *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 3, nº 5, 2006, pág. 159-187;
- SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Teoria geral do Direito Civil*, Vol. I, Coimbra Editora, 2003;
- *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995;
- SZANIAWSKI, Elimar, *Direitos de Personalidade e sua tutela*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, 2005, São Paulo, Brasil;
- TORRES, António Maria M. Pinheiro, *Acerca dos Direitos de Personalidade*, Editora Rei dos Livros, 2000;
- VALDÉS, Ernesto Garzón, “Algunas Consideraciones Eticas sobre el Transplante de Organos”, em *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 1, 1994, Distribuciones Fontamara, S.A., México, pág. 151-189;
- VARELA, João Antunes, *Direito das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª Edição, Almedina, Coimbra, 2000;
- “Rasgos Inovadores do Código Civil Português de 1966”, em *BFDUC*, Vol. XLVIII, 1972, Coimbra, pág. 77-106;
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2006;
- *Teoria Geral do Direito Civil*, 2010, 6ª Edição, Almedina;

VÁZQUEZ, Rodolfo, “Consentimiento y Extracción de Organos”, em *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 1, 1994, Distribuciones Fontamara, S.A., México, pág. 191-200;

VILELA, Alexandra, “Colheita de Órgãos e Tecidos em Dadores Vivos para fins de Transplante”, em ”, em *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 1, nº 2, 2004, pág. 25-38;

## SITES CONSULTADOS

Bases jurídico-documentais - [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Jurisprudência Tribunal Constitucional – [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

Associação Portuguesa de Urologia - [www.apurologia.pt](http://www.apurologia.pt)

Instituto português do sangue e da transplantação – [www.ipsangue.org](http://www.ipsangue.org)

Sociedade portuguesa de transplantação – [www.spt.pt](http://www.spt.pt)

Autoridade para os serviços de sangue e transplantação - [www.asst.min-saude.pt](http://www.asst.min-saude.pt)

U.S. Government Information on Organ and Tissue Donation and Transplantation - [www.organdonor.gov/about/livedonation.html](http://www.organdonor.gov/about/livedonation.html)