



UNIVERSIDADE
CATÓLICA | FACULDADE
PORTUGUESA | DE DIREITO

Transplantes a Partir de Dadores Vivos - Aspetos Jurídico - Penais

Ana Filipa Oliveira de Sousa

Porto

2012

Universidade Católica Portuguesa
Centro Regional do Porto
Pólo da Foz

Faculdade de Direito
Mestrado em Direito Criminal

Transplantes a Partir de Dadores Vivos - Aspetos Jurídico - Penais

Por
Ana Filipa Oliveira de Sousa

Dissertação de Mestrado em Direito Criminal
Orientadora: Prof. Doutora Paula Ribeiro de Faria

Porto
2012

Aos meus pais

Índice

Siglas e Abreviaturas.....	7
Introdução.....	8
I – Nota histórica sobre os transplantes	8
II – Enquadramento e Relevância dos Transplantes	11
1 – Transplantes a partir de doadores vivos	11
2 – Transplantes a partir de doadores mortos	12
III – Objeto e sequência do estudo.....	14

Parte I - Da Colheita em Vida

Capítulo I.....	16
A transposição da Diretiva nº 2004/29/CE.....	16
Capítulo II.....	19
Beneficência para recetor vs maleficência para o dador.....	19
Capítulo III.....	20
A análise dos tipos legais de crime do Código Penal	20
1. A questão da colheita de órgão par ou ímpar e o preenchimento dos respetivos tipos legais.....	20
2. O enquadramento do ato do implante através do artigo 150º do Código Penal	21

Parte II - Relevância do consentimento

Capítulo I.....	23
O consentimento como causa de justificação	23
Capítulo II.....	26
Requisitos de validade do consentimento do dador.....	26
1. A liberdade do consentimento.....	26
2. O consentimento informado e esclarecido.....	27

3. A capacidade: consentimento de menores e outros incapazes	29
3.1. O limite de idade para consentir em direito penal	29
3.2. Dos poderes dos representantes legais	31
4. A forma do consentimento	35

Parte III - Proibição da comercialização de órgãos

Conclusões.....	40
Bibliografia.....	42

Siglas e Abreviaturas

Apud. - (citação) da obra de / em casa de

Art.(s) - artigo (s)

C.C. - Código Civil

C.P. – Código Penal

Cfr. - Confira

Cit. – Citação

CNECV – Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

C.R.P. – Constituição da República Portuguesa

Ibidem - No mesmo lugar

Idem - O mesmo

Op.Cit. - Obra Citada

pág. - página

págs. - páginas

ss. - seguintes

Vd. - Vide

Vol. – Volume

Introdução

I – Nota histórica sobre os transplantes

Muito cedo o homem concluiu que poderia usar tecidos e órgãos de um seu semelhante para fins terapêuticos e científicos, existindo inúmeros relatos sobre essa utilização que compõem a história dos transplantes.

Apesar de só se impor como método curativo no século XX, o instituto dos transplantes sofreu uma evolução que, apesar de morosa, culminou naquilo a que poderemos chamar milagre científico.

O primeiro dos transplantes, encontra-se imortalizado numa pintura de Fra Angélico do século III, onde se observam os santos São Cosme e São Damião a amputar a perna de um etíope morto e a enxerta-la no diácono Giustiniano enquanto este dormia. Estes santos gémeos, dotados pelo saber da medicina são, por isso, considerados os santos da transplantação, simbolizando esta pintura de Fra Angélico, o anunciar de um “desejo visionário”¹.

As primeiras referências ao fenómeno da *Quimera Humana* remontam aos séculos VI e V a.C. e referem-se ao conhecimento médico desenvolvido na Índia que possibilitaria a realização de enxertos de pele. Sushruta², médico-cirurgião hindu, terá sido o responsável pelas primeiras rinoplastias³ e otoplastias⁴.

Gaspare Tagliacozzi foi o cirurgião de nacionalidade italiana que no século XVI realizou o primeiro transplante, a partir dos seus próprios tecidos do doente. Nesta medida, e dando continuidade ao trabalho de Gustavo Branca, conseguiu o feito de reconstituir um nariz recorrendo a pele enxertada do braço da própria pessoa.

No entanto, muitos foram os casos em que os cirurgiões se depararam com a rejeição dos órgãos implantados, entendendo que ela se devia a processos infecciosos muito comuns na época devido à falta de condições assépticas. Neste âmbito, as

¹ Cit. BARCELOS, Marta Raquel Dias, *Integridade da Pessoa: Fundamentação Ética para a Doação de Órgãos e Tecidos para Transplantação*, Tese de Mestrado, 2009, págs. 54.

² Sushruta foi o fundador da medicina Ayurveda (ciência da vida), que ainda hoje é tida como uma técnica eficaz de medicina tradicional.

³ Cirurgia realizada na estrutura nasal para melhorar a estética ou a respiração da pessoa.

⁴ Cirurgia realizada às orelhas com finalidade estética ou reparadora.

experiências que então foram feitas em animais vieram contribuir para uma melhor compreensão da regeneração dos tecidos. Assim, no século XVIII, o empenho de vários cientistas possibilitou as experiências que foram feitas em animais invertebrados, como a hidra de água doce, onde se verificou que era possível unir duas porções de hidras diferentes, mas de cor igual. Várias tentativas de transplantes foram feitas em animais até que se conseguisse realizar o procedimento dos transplantes de pele no ser humano.

Após um intensivo estudo dos processos de regeneração da pele, o cirurgião Jacques-Louis Reverdin foi o responsável pelo primeiro enxerto de pele em seres humanos, tendo em 1870 realizado enxertos com partes grossas da pele, em vez das camadas superficiais. As experiências realizadas por este cirurgião, comprovaram que esta nova técnica permitia uma revascularização e regeneração mais rápida dos tecidos enxertados.⁵

O austríaco Karl Landsteiner reconhece, em 1901, a existência de diferentes grupos sanguíneos do sistema ABO. A identificação deste sistema consolidou um importantíssimo avanço, pois só a partir daqui se conseguiu acautelar o funcionamento dos órgãos após o transplante. David Hume, nos finais da década de 40, realizou um transplante de rim numa jovem que sofria de insuficiência renal. O rim foi colocado na prega do cotovelo e após ter assegurado a vida da doente o órgão enxertado foi retirado.

Em 1950, Richard Lawler extraiu um rim de um cadáver e implantou-o num doente tendo este sobrevivido durante seis meses. Os conhecimentos sobre o sistema de sangue ABO juntamente com aqueles que já existiam sobre cirurgia vascular eram ainda insuficientes pelo que, todos os transplantes que por todo o mundo iam sendo tentados, nenhum tinha sucesso.

Joseph Murray foi o responsável pelo primeiro transplante de rim bem sucedido, operado em Boston em 1954. O dador era Ronald que doou um dos seus rins ao seu irmão Richard Herrick, um jovem de 23 anos que sofria de insuficiência renal.

No entanto, a maior revolução nesta área teve lugar pelas mãos de Christiaan Barnard na África do Sul em 1967, com o primeiro transplante de coração.

⁵ Cfr. GRACIA, Diego, *Historia del Transplante de Órganos apud* GAFO, Javier (ed.), *Trasplantes de Órganos: problemas técnicos, éticos y legales*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1996, pág. 14.

A evolução sofrida pelo instituto dos transplantes, levou a que um grande número de pessoas se candidatassem a um transplante para prolongar a sua vida, embora a procura tenha acabado por ser superior ao número de órgãos disponíveis. Assim, a colheita de órgãos em animais para transplante – xenotransplantação – apareceu neste contexto como alternativa aos órgãos humanos. J.Hardy em 1964 tentou implantar o coração de uma jovem que sofria de encefalite irreversível num doente cardíaco em fase terminal, mas o coração do doente parou de bater quando a jovem ainda respirava pelo que foi necessário recorrer de urgência ao coração de um chimpanzé que se encontrava em cativeiro. O doente morreu momentos depois. A grande dificuldade que aqui se impunha era a rejeição do órgão transplantado.

Em Portugal, o primeiro transplante ocorreu a 20 de Julho de 1969 no Hospital da Universidade de Coimbra, e foi realizado pelo cirurgião Linhares Furtado. Tratou-se de um transplante de órgão proveniente de dador vivo. Onze anos mais tarde realizou-se um transplante de rim pela primeira vez com órgão proveniente de cadáver. O primeiro transplante cardíaco teve lugar a 18 de Fevereiro de 1986 e foi levado a cabo pelo cirurgião João Queiroz e Melo no Hospital de Santa Cruz em Carnaxide.

Evidentemente é-nos impossível descrever aqui todos os passos que foram dados ao longo dos anos na área dos transplantes, tendo-nos limitado a referir apenas os mais marcantes⁶.

Citando DIEGO GRACIA “ Os transplantes de órgãos supuseram uma autêntica revolução no mundo da medicina e converteram-se num procedimento imprescindível para o controlo de muitas patologias. Sob o ponto de vista técnico, os avanços foram surpreendentes, abrindo perspectivas terapêuticas que até há pouco haviam sido consideradas utópicas”⁷.

⁶ Para um maior desenvolvimento do tema *vd.* BARCELOS, Marta Raquel Dias, *op. cit.*, págs. 53 e ss.

⁷ *Vd.* GRACIA, Diego, *Transplante de órganos: medio siglo de reflexión ética en Revista de Nefrologia*, Vol. XXI, Suplemento 4, 2001, pág.15.

II – Enquadramento e Relevância dos Transplantes

1 – Transplantes a partir de dadores vivos

A doação de órgãos em vida assenta num conjunto de princípios que legitimam uma intervenção, em princípio, profundamente invasiva para o ser humano. A saber: o princípio da autonomia, da gratuidade, da acessibilidade, da transparência, da confidencialidade e da subsidiariedade.

A colheita de órgãos a partir de dadores vivos só é possível relativamente a órgãos duplos ou regeneráveis e deve obedecer a um princípio de subsidiariedade segundo o qual a dádiva em vida apenas é permitida quando não exista órgão compatível proveniente de cadáver e quando não exista tratamento terapêutico alternativo de eficácia semelhante à do transplante. Esta é a conclusão que se retira da leitura da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, do Conselho da Europa⁸ e do Protocolo adicional à Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina na transplantação de órgãos e tecidos de origem humana⁹.

No entanto, apesar da subsidiariedade a que está sujeito o transplante de órgãos realizado a partir de dadores vivos, ele é considerado vantajoso em relação ao que é realizado *post mortem*, uma vez que os índices de compatibilidade podem ser mais elevados quando a colheita de órgãos é realizada a partir de parentes do recetor. Outro ponto positivo da doação em vida é a forma programada como decorre todo o processo uma vez que, como se sabe em que dia vai ocorrer a intervenção cirúrgica, é possível medicar o doente previamente para que se possam minimizar os riscos de rejeição que eventualmente possam surgir. Na medida em que a recolha e a receção do órgão é realizada em simultâneo, o órgão permanece poucos minutos fora de um corpo, o que evita eventuais problemas de conservação dos órgãos¹⁰.

Cumpre fazer aqui uma breve referência aos tipos de transplante possíveis de realizar uma vez que, nós juristas temos alguma dificuldade em compreender certos

⁸ Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e a Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, adotada e aberta a assinatura em Oviedo em 4 de Abril de 1997. Esta Convenção veio consensualizar os vários países da Europa no que toca à aplicação da Biomedicina ao Homem.

⁹ Que foi assinado por Portugal em 24 de Janeiro de 2002.

¹⁰ Nomeadamente o fígado não pode estar fora de um corpo por mais de meia hora e os rins por mais de uma hora sem serem submetidos à conservação em gelo que ocorre na doação *post mortem*.

conceitos próprios da medicina. O transplante autólogo é aquele que é feito com tecidos regeneráveis da própria pessoa. São comuns estes tipos de transplantes em situações como queimaduras e perdas de pele em determinadas cirurgias. Por sua vez, o transplante alogénico consiste no transplante de tecido ou órgão de um dador da mesma espécie. O transplante isogénico é aquele em que o tecido doado provém de um gêmeo homozigótico onde, devido ao facto de haver uma grande compatibilidade imunológica, há uma grande probabilidade de sucesso. O transplante xenogénico designa o transplante de órgãos, tecidos e células de proveniência animal realizado no ser humano. Este transplante é considerado por muitos como uma solução para combater a escassez de órgãos humanos existente.

2 – Transplantes a partir de dadores mortos

A maioria dos transplantes exige que o órgão a implantar seja proveniente de cadáver, uma vez que não é ética nem juridicamente admissível realizar transplantes de órgãos vitais, pois isso implicaria a morte do dador e o preenchimento do tipo legal do homicídio, e sendo certo que a recolha de certos órgãos, ainda que não vitais, levaria à diminuição significativa das capacidades do dador.

Atualmente o cadáver humano é a principal fonte de órgãos, constituindo para muitas pessoas a única possibilidade de continuarem a viver, ou de melhorarem de forma significativa a sua qualidade de vida. Importa, pois, no breve análise da relevância jurídico-penal das colheitas *post mortem* que nos propomos fazer, determinar quais os bens jurídicos em causa, bem como determinar quais os princípios éticos que têm de ser observados quando se utiliza um cadáver para transplantação.

À semelhança da doação em vida, na doação de órgãos a partir de dadores mortos, existem duas posições a analisar: a do dador, e a do recetor. Relativamente ao recetor, este deve ter a liberdade, ainda que esclarecida, de aceitar ou rejeitar o transplante que lhe é proposto fazer. Ao aceitar o transplante, não há questões juridicamente relevantes a tratar, uma vez que esta intervenção cirúrgica, relativamente ao recetor, e somente em relação ao recetor, enquadra-se no âmbito do nº1 art. 150º do

Código Penal¹¹. É de frisar que, apesar de estarmos no âmbito dos transplantes a partir de dadores mortos, as considerações que agora foram feitas valem também para os transplantes a partir de dadores vivos, pois que a distinção entre os dois tipos de transplantes está no dador: se este está vivo ou morto, e não no recetor.

As questões éticas e jurídicas respeitantes à colheita *post mortem* não se confundem com as que neste trabalho trataremos a propósito da doação de órgãos em vida. Como veremos, a colheita de órgão em vida do dador constitui sempre uma ofensa à sua integridade física. Relativamente à colheita que é feita a partir de cadáver diz-nos Paula Faria que "não se trata já da sua integridade física mas do espaço de autonomia ética da pessoa, de um direito de autodeterminação a ver respeitadas as suas determinações para depois da morte, sem que isso signifique um qualquer reconhecimento de direitos sem sujeito, ou de uma personalidade parcial do morto, ou ainda de uma qualquer subjetividade jurídica para além da capacidade para o direito, que indiscutivelmente cessou"¹². Ora, segundo o art. 68º C.C. a personalidade jurídica cessa com a morte, mas os direitos de personalidade continuam a gozar de proteção jurídica de acordo com o art. 71º do mesmo diploma. Não se trata aqui *de direitos de personalidade de um morto*¹³ mas sim do direito que a pessoa tem de, em vida, fazer disposições que *produzam eficácia post mortem*¹⁴, fazendo jus ao princípio da autonomia da pessoa segundo o qual esta pode decidir deliberadamente se autoriza ou proíbe a recolha dos seus órgãos depois de morrer¹⁵.

Apesar de não se tratar já da sua integridade física, a falta de consentimento prestado em vida da pessoa torna ilícita a utilização do seu cadáver para a colheita de

¹¹ Não se consideram ofensas à integridade física as intervenções e outros tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrem indicados e forem levados a cabo segundo as *leges artis*, por um médico ou outra pessoa legalmente autorizada a empreendê-los com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar uma doença, um sofrimento ou fadiga corporal ou uma perturbação mental.

¹² *Vd.* FARIA, Paula Ribeiro de, *Aspetos Jurídicos-Penais Dos Transplantes, Estudos e Monografias*, Universidade Católica Portuguesa - Editora, Porto, 1995, pág. 30.

¹³ *Idem*, *ibidem*, pág. 30.

¹⁴ LOUREIRO, João, "Transplantações: Um Olhar Constitucional, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág.25, *apud* BARCELOS, Marta Raquel Dias, *Integridade da Pessoa: Fundamentação Ética para a Doação de Órgãos e Tecidos para Transplantação, op. cit.* pág. 101.

¹⁵ Podemos afirmar que este entendimento encontra consagração constitucional no art. 25º nº1 da C.R.P. que nos diz que "a personalidade física e moral das pessoas é inviolável". Nesta medida a vontade negativa da deve ser respeitada, caso contrário estaremos perante uma lesão à integridade moral da pessoa.

órgãos. Assim, se contra a sua vontade manifestada em vida, se proceder à colheita no cadáver pensamos estar preenchido o tipo legal do art. 254º nº1 a) C.P. que nos diz que “quem sem autorização de quem de direito, subtrair, destruir, ou ocultar cadáver ou parte dele ou cinzas de pessoa falecida é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias”.

Entre nós a colheita em cadáveres é regulada pela Lei nº 22/2007 de 29 de Junho. Esta Lei sucedeu à Lei nº 12/93 de 22 de Abril, mas relativamente aos transplantes a partir de dadores mortos nada se alterou. A regra que no nosso ordenamento jurídico vigora é a que todos somos dadores de órgãos *post mortem* até declaração de vontade em contrário – art. 10 nº 1 do referido diploma (solução da não oposição)¹⁶. Esta solução foi introduzida em Portugal pelo Decreto – Lei nº 553/76 de 13 de Julho¹⁷ por forma a fazer face à escassez de órgãos para transplante permitindo o desenvolvimento deste instituto.

III – Objeto e sequência do estudo

Com a presente dissertação pretendemos proceder ao estudo da regulamentação legal dos transplantes a partir dadores vivos, referindo as questões mais pertinentes neste domínio, uma vez que, dada a complexidade da matéria, não se nos tornou possível desenvolver todos os aspetos relacionados com o tema.

Iniciaremos o nosso trabalho com a referência ao regime legal que entre nós vigora para a colheita em vida. Nesse contexto, iremos referir as principais modificações operadas no nosso ordenamento jurídico pela Diretiva nº 2004/29/CE, apontando ao mesmo tempo as soluções que ficaram por transpor e que consideramos

¹⁶ Esta é a solução que permite a colheita de órgãos de pessoa falecida desde que, em vida, a mesma não tenha manifestado a sua oposição à colheita, permitindo desta forma a existência de um maior número de órgãos disponíveis para transplante. Contrariamente a solução do consentimento estipula que apenas seremos dadores de órgãos *post mortem* se, em vida prestarmos consentimento nesse sentido. Para mais desenvolvimentos *vd.* FARIA, Paula Ribeiro de, *Aspetos Jurídico-Penais dos Transplantes*, *op.Cit.* pág.141 e ss., e pág. 192 e ss.

¹⁷ Antes deste Decreto – Lei os transplantes de órgãos eram regulados pela Lei nº 45 683 de 25 de Abril de 1964. Segundo este diploma, havia duas formas de legitimar a recolha de órgãos *post mortem*: através de declaração de vontade do possível dador em vida ou na sua ausência a não oposição à recolha por parte dos familiares.

ter igual pertinência. Seguidamente iremos perspetivar a posição do dador e recetor à luz da lei, para depois analisar os tipos legais de crime do Código Penal: é que se o recetor beneficia com a intervenção dirigida à implantação do órgão, que neste sentido será uma intervenção curativa, o dador, que sofre a privação do seu órgão, não retira da dádiva qualquer vantagem, constituindo essa dádiva uma verdadeira agressão. Vamos então procurar esclarecer que tipos de órgãos podem ser doados, quais os tipos legais de crime que se podem preencher em decorrência dessa dádiva, e analisar o enquadramento do ato do implante através do artigo 150º do C.P..

Na segunda parte, iremos debruçar-nos sobre a relevância do consentimento, e discutir a sua eficácia justificativa neste contexto: será lícita a colheita que contrarie os bons costumes ainda que consentida? E o que será de entender como “ofensivo dos bons costumes”? Valerá o estado de necessidade justificante como uma causa de justificação para além do consentimento? Quais os poderes dos representantes legais: entrando em conflito a vontade dos representantes legais, e a vontade do menor, a qual se deve atender? Porque vincula a proibição da comercialização de órgãos, se à sua conduta não corresponde nenhuma sanção penal?

São estas as questões que ao longo do trabalho iremos tentar responder.

Parte I - Da Colheita em Vida

Capítulo I

A transposição da Diretiva nº 2004/29/CE

A colheita em vida foi tardiamente disciplinada pela Lei 12/93, de 22 de Abril, que vigorou até 2007. No entanto, houve um primeiro diploma – Decreto-Lei 553/76 de 13 de Julho, que fez parte do processo que conduziu à atual legislação sobre transplantes, mas que se apresentou omissa quanto à colheita de órgãos e tecidos em pessoas vivas.

“A presente lei aplica-se aos atos que tenham por objeto 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” – assim dispõe o nº 1 do art. 1º da Lei 22/2007 de 29 de Junho. Esta lei¹⁸ tem como objeto a transposição, para a ordem jurídica nacional, da Diretiva nº 2004/23/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, na parte respeitante à dádiva e colheita de tecidos e células de origem humana.

Cumpram então fazer aqui uma breve análise das significativas modificações legislativas, operadas pela Lei 22/2007 de 29 de Junho, quanto à doação em vida, explicando posteriormente os princípios que foram introduzidos pelas leis anteriores e que ainda hoje vigoram.

O nº1 do art. 6º da Lei 12/93 de 22 de Abril dispunha que “só são autorizadas as colheitas em vida de substâncias regeneráveis”. No entanto, o nº 2 do mesmo art. dizia-nos que “pode admitir-se a dádiva de órgãos ou substâncias não regeneráveis quando houver entre o dador e o recetor relação de parentesco até ao 3º grau”. Estes dois artigos só se aplicavam a maiores capazes, pois os menores e outros incapazes só estariam admitidos a doarem os seus órgãos quando se tratasse de um órgão regenerável.

O nº2 do art. 6º desta lei gerou grande controvérsia, isto porque havia quem considerasse que o cônjuge não poderia ser dador, na medida em que não preenchia o

¹⁸ Que omite qualquer referência ao Protocolo Adicional à Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina.

requisito deste preceito. Este diploma restringiu o grupo de pessoas admitidas a doar em vida, excluindo desta forma, grande número de pessoas próximas do recetor. A atual lei eliminou o preceituado no nº2 do art. 6º e no nº3 do mesmo artigo dispondo agora que “no caso de dádiva e colheita de órgãos ou tecidos não regeneráveis, a respetiva admissibilidade fica dependente de parecer favorável, emitido pela Entidade de Verificação da Admissibilidade da Colheita para Transplante (EVA)”. Assim, permite-se que esta entidade apure da necessidade da transplantação sem ter que obedecer a um grau efetivo de parentesco, possibilitando a dádiva num contexto de uma relação de amizade, de união de facto ou entre cônjuges^{19/20}. Junta-se agora à doação *post mortem*, e à doação entre familiares um princípio de solidariedade e um apelo de ajuda ao próximo.

Tratando-se de dadores vivos, a doação de órgãos não regeneráveis deverá apenas ter lugar em situações excepcionais e, nesta medida, dispõe o nº 2 do art. 6º da lei 22/2007 de 29 de Junho que “a colheita de órgãos e tecidos de uma pessoa viva só pode ser feita no interesse terapêutico do recetor e desde que não esteja disponível qualquer órgão ou tecido adequado colhido de dador *post mortem* e não exista outro tratamento alternativo de eficácia comparável. Segundo Madalena Lima a dádiva de órgãos não regeneráveis como última instância “encontra justificação no perigo para a integridade física do dador e na violação fácil do princípio da proibição de comércio de órgãos e tecidos”.²¹

A supra citada lei introduziu um novo preceito (*vd.* art.6 nº6), segundo o qual a dádiva e a colheita de órgãos ou tecidos não regeneráveis, que envolvam estrangeiros sem residência permanente em Portugal, só podem ser feitas mediante autorização judicial. O grande problema ético, que em relação à doação de órgãos em vida se impõe, é a comercialização dos mesmos. Nesta medida o legislador entendeu que a EVA teria grandes dificuldades em fazer uma aferição fidedigna da vontade real do possível dador,

¹⁹ O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, afirmou que “o presente projeto de Proposta de Lei tem um alcance mais amplo que a Lei nº 12/93, designadamente sobre quem poderá ser dador quando se trate de órgãos não regeneráveis, como é o caso paradigmático do rim. Nestas circunstâncias não restringe a qualidade de ser dador aos familiares até ao 3º grau do doente recetor.” em *Documento Relativo à Colheita e Transplante de Tecidos e Órgãos de Origem Humana*, Parecer 50, Lisboa, 24 de Fevereiro de 2006. pág. 9.

²⁰ *Vd.* Protocolo adicional à Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina relativo ao transplante de órgãos e tecidos de origem humana”, Capítulo III, art. 10.º.

²¹ *Cfr.* LIMA, Madalena, *Transplantes - Relevância Jurídico – Penal*, Edições Almedina, 1996, pág. 93.

pelo que entendeu deixar à responsabilidade do tribunal essa investigação e possível autorização. Assegura-se o apuramento da verdadeira vontade dos indivíduos que não têm residência no nosso país, e que por este facto podem facilmente receber uma remuneração pecuniária em troca da doação de um órgão, sem que tal seja detetado, constituindo assim esta medida mais uma entrave à comercialização de órgãos.

O legislador teve uma boa oportunidade de, em 2007, modificar as disposições, que hoje entre nós vigoram, relativas à colheita de órgãos e tecidos regeneráveis em pessoas que careçam de capacidade para consentir. No entendimento do CNECV²² os menores e incapazes só deveriam ser dadores de substâncias regeneráveis como o sangue e a medula óssea em situações excepcionais de natureza urgente em que é impossível encontrar em tempo útil dador vivo imunologicamente compatível, e devendo nestas situações ser atendida a vontade do menor ou incapaz. Pretende-se aqui, e como mais a frente veremos, salvaguardar a posição destas pessoas, que pela falta de capacidade em consentir se encontram em situações propícias a possíveis coações. A Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina já neste sentido dispunha no seu art. 20º, encontrando-se esta solução consagrada igualmente em legislações de países como França²³ e Espanha²⁴.

Igualmente importantes são as premissas que o legislador manteve na atual lei nomeadamente aquela que prevê que quando houver elevado grau de probabilidade da possível diminuição grave e permanente da integridade física ou da saúde do dador as dádivas e a colheita de órgãos ou tecidos não regeneráveis são sempre proibidas (vd. art.6º nº 7 da Lei 22/2007 de 29 de Junho), protegendo, mesmo contra a vontade da própria pessoa, a sua integridade física. Segundo o CNECV, “não são eticamente admissíveis procedimentos que possam violar, de modo grave, a integridade física de alguém, mesmo que tal possa vir a beneficiar a vida de terceiros e haja consentimento livre, isento de coação, para doação”.²⁵

²² Vd. *Documento Relativo à Colheita e Transplante de Tecidos e Órgãos de Origem Humana, op.cit.*, pág.12.

²³ Vd. art. L1221-5 art. L1241-2 art. L1241-3 do Código de Saúde Pública.

²⁴ Vd. art. 7º do Real Decreto 1301/2006 de 10 de Novembro e art. 4º a) Lei 30/1979 de 27 de Outubro.

²⁵ Cfr. *Documento Relativo à Colheita e Transplante de Tecidos e Órgãos de Origem Humana, op. cit.*, pág. 10.

Capítulo II

Beneficência para recetor vs maleficência para o dador

A beneficência no seu sentido mais lato significa praticar o bem²⁶. Aplicando esta premissa ao assunto que aqui tratamos – os transplantes – podemos afirmar que este princípio se traduz na obrigação ética por parte do profissional de saúde de *maximizar os benefícios e minimizar os prejuízos* para o recetor. Só onde se cumpre este princípio é que se pode conferir eficácia ao consentimento do dador relativamente à ofensa da integridade física que a colheita significa (excluimos as colheitas de sangue embora também aqui exista uma lógica indireta de benefício). O médico terá que ter, pelo menos, a convicção de que o transplante é o tratamento apropriado.

Este princípio, que encontra proteção no nº 2 do art. 6º da Lei nº 22/2007 de 29 de Junho onde se lê que “a colheita de órgãos e tecidos de uma pessoa viva só pode ser feita no interesse terapêutico do recetor”, está de igual modo legislativamente consagrado no art. 150º, nº1, C.P., onde se estabelece que toda a intervenção curativa se tem que fundamentar, para o ser, na existência de uma indicação objectiva, ou seja, na existência de uma prévia ponderação que permita afirmar que as vantagens potenciais de um tratamento superam os riscos eventuais dele decorrentes. Nunca haverá interesse terapêutico relativamente ao dador pelo que a dádiva de órgãos terá que ser tratada com base no regime previsto para as ofensas à integridade física.

²⁶ Nas palavras de Aristóteles no livro *Ética a Nicômaco* “Não pesquisamos para saber o que é a virtude, mas para sermos bons”.

Capítulo III

A análise dos tipos legais de crime do Código Penal

1. A questão da colheita de órgão par ou ímpar e o preenchimento dos respectivos tipos legais

A intervenção cirúrgica com vista a recolha de órgãos para transplante a partir de pessoa viva é passível de importantes considerações jurídico-penais na medida em que esta dádiva se traduz sempre numa lesão à integridade física do dador. Podem ser doados os órgãos cuja recolha não resulte na perda de uma função vital para o dador. Estamos então a falar de órgãos pares, como os rins, em que é possível e viável que um único órgão assegure as funções vitais que até à doação eram asseguradas pelos dois, de tecidos e células regeneráveis como a pele, a medula óssea, o sangue, o esperma e até de órgãos regeneráveis como o fígado²⁷.

Como ficou dito, a doação apenas é permitida desde que não traga graves consequências para a vida do dador, não sendo por isso lícitas as extrações de órgãos ímpares, como o coração²⁸, pois como facilmente se depreende, tal recolha implica necessariamente a morte do dador e conseqüentemente o preenchimento do tipo legal do homicídio tutelado pelo art. 131º do C.P.. Cumpre aqui dizer que nem o consentimento do dador fará despir de ilicitude a recolha de órgão ímpar, que se traduzirá sempre num homicídio²⁹. No entanto, apesar da ineficácia do consentimento, este poderá fazer com que o tipo legal preenchido não seja já o do art. 131º C.P. mas o do art. 134º do mesmo diploma que prevê o homicídio a pedido da vítima³⁰.

Resolvidas que estão as questões suscitadas pela recolha de órgãos ímpares, coloca-se então a questão de saber como tratar a ofensa à integridade física que, em todo

27 Jean Bernard diz-nos que “o fígado (...) é também um órgão suscetível de regeneração. O transplante para uma criança de uma parte do fígado retirada de um dos seus pais, recentemente tentado, parece dar bom resultado”, em Bernard, Jean, *A Bioética*, coleção Biblioteca Básica de Ciência e Cultura, Instituto Piaget, pág.23 *apud* Rodrigues, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Ato Médico no Ordenamento Jurídico Português* (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente), Coimbra Editora, 2001, pág.153 nota 205.

²⁸ Este transplante apenas é possível a partir de dador morto.

²⁹ No entendimento de GEILLEN, “estaríamos a trocar os condenados à morte”, em FARIA, Paula Ribeiro de, *op. cit.* pág. 239, nota 5.

³⁰ *Vd.* art. 134º C.P.: “Quem matar outra pessoa determinado por pedido sério, instante e expresso que ela lhe tenha feito é punido com pena de prisão até três anos.”

o caso, é operada com a intervenção que tem em vista a transplantação. Consoante a intensidade da lesão podemos estar perante ofensas à integridade física simples previstas pelo art. 142º do C.P., ou perante ofensas à integridade física graves tuteladas pelo art. 143º do supra citado diploma.

2. O enquadramento do ato do implante através do artigo 150º do Código Penal

Coloca-se então a questão de saber como tratar estas ofensas à integridade física, do dador e do recetor, que sempre têm lugar onde se realize um transplante. O art. 150º C.P. veio afastar a ilicitude de algumas intervenções médicas. No entanto, apenas considera como intervenções curativas aquelas que realizadas de acordo com as *legis artis* “tenham a intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental”³¹. Nesta estrita medida, do ponto de vista do recetor o implante do órgão no seu corpo serve uma finalidade curativa pelo que, relativamente a ele, a intervenção não constitui uma ofensa corporal típica, independentemente de ter sido consentida.

No caso de o recetor não ter dado o seu consentimento para a transplantação, “as intervenções médico-cirúrgicas assumem plena relevância penal, já não como atentados à integridade física do paciente, na medida em que correspondam a uma atividade profissional consciente por parte do médico, mas sim como lesões do valor da autodeterminação da pessoa humana ao serem levadas a cabo contra ou sem a vontade desse mesmo paciente, isto é, como atuações arbitrárias”³². Como da última frase se depreende o bem jurídico aqui tutelado já não é a integridade física do recetor, mas a liberdade da pessoa de dispor do corpo e da própria vida. Assim tratando-se de uma intervenção curativa, como é o caso do implante, realizada contra a vontade ou sem

³¹ *Cit.* art. 150º nº 1 C.P.

³² FARIA, Paula Ribeiro de, *op. cit.*, pág. 39.

consentimento do recetor, estaremos no âmbito do art. 156º nº1 do C.P.³³. Confere-se ao beneficiário do transplante o direito de recusa.

Para além do consentimento do recetor e do transplante servir uma finalidade terapêutica, é ainda necessário que o médico aja de acordo com as *leges artis* entendidas como “regras generalizadamente reconhecidas da ciência médica”³⁴. Pois que se houver violação das *leges artis* e for criada dessa forma “um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde”³⁵ do recetor estaremos no âmbito do art. 150º nº 2 C.P., segundo o qual o médico incorrerá numa pena de prisão até dois anos ou em pena de multa até 240 dias, se pena mais grave não lhe couber por previsão noutra disposição legal.³⁶

No entanto, a colheita que é realizada a partir de pessoa viva não poderá ser qualificada como intervenção curativa³⁷ uma vez que o dador será à partida uma pessoa saudável, e nessa medida não terá qualquer tipo de interesse na intervenção; o que o move será então um sentimento de solidariedade que se traduz no facto de o Homem ser um ser eminentemente social e portador da possibilidade de fazer um conjunto de sacrifícios em prol do bem da comunidade. Segundo GEILEN³⁸ a intervenção que aqui se trata será entendida como uma «ajuda curativa» na qual o dador, numa atitude de solidariedade, descarta dos seus interesses para promover o bem e felicidade do recetor.

³³ Note-se que o art. 156º nº 2 alíneas a) e b) consagra a exclusão da ilicitude, isto se, e citando a letra da lei, “não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado”. A alínea a) contempla os casos em que a inconsciência da pessoa não lhe permite “representar com indispensável segurança” a sua vontade. A alínea b) consagra as situações em que o consentimento dado pelo paciente relativo a uma certa intervenção não cobre uma outra, que depois de iniciada, se mostra necessário fazer. Em ambas as alíneas existe uma presunção de consentimento.

³⁴ Cit. FARIA, Paula Ribeiro de, *A Responsabilidade Penal dos Médicos –os tipos legais de crime do Código Penal*, em Revista da Sociedade Portuguesa de Anestesiologistas, vol.10, nº2, Junho, Porto, 1999, pág.77.

³⁵ Cit. art. 150º nº2 C.P.

³⁶ Segundo Teresa Quintela de Brito o art. 150º nº 2 CP “pune as intervenções médicas com violação das *leges artis* que não seja grave ao ponto de excluir a própria finalidade terapêutica e de impossibilitar a parcial recondução da conduta do agente a uma intervenção médico-cirúrgica, nos termos do art. 150º nº1”, *apud* Victor de Sá Pereira e Alexandre Lafayette, *Código Penal Anotado e Comentado*, Quid Iuris, Sociedade Editora, 2008, pág. 395.

³⁷ ENGISCH, K. afirma que “a existência de uma finalidade curativa a favor de outrem não modifica nada nesta apreciação. Isto porque só em relação ao próprio paciente é que essa finalidade curativa pode fazer despir à intervenção médica o seu caráter de ofensa corporal” em *Uber Rechtsfragen bei homologer Organtransplantation*, pág. 253 *apud* FARIA, Paula Ribeiro de, *Aspetos Jurídicos-Penais dos Transplantes*, *op. cit.* pág. 238.

³⁸ Cit. GEILEN, G., *Rechtsfragen der Organtransplantation*, pág. 133, *apud* FARIA, Paula Ribeiro de, *op.cit.*, pág. 27.

Assim, não caindo no âmbito do art. 150º nº 1 C.P., a intervenção que tem como finalidade a recolha de órgãos para transplante consolida-se, como acima referimos, numa ofensa corporal pelo que, para que o médico que realiza a intervenção não incorra em responsabilidade penal³⁹ é necessária uma causa de justificação, que legitime a intervenção. Esta causa de justificação será o consentimento do dador.⁴⁰

Contudo, o consentimento do dador não afasta sempre a ilicitude da intervenção. Pense-se no caso de a intervenção ter sido consentida pelo dador, mas em que há negligência por parte do médico ou da pessoa que executa a recolha do órgão, traduzindo-se em ofensas ao corpo ou à saúde do dador. Estará então aqui preenchido o tipo legal da ofensa à integridade física por negligência previsto no art. 148º C.P..

Parte II - Relevância do consentimento

Capítulo I

O consentimento como causa de justificação

O dador⁴¹ sofre ofensas corporais típicas só justificáveis mediante o seu consentimento válido e eficaz. Constituindo a integridade física um bem protegido pelo nosso ordenamento jurídico, a recolha de órgão traduz uma violação desse bem jurídico e um ilícito criminal. No entanto, a nossa política criminal permite excluir a ilicitude do facto através do consentimento⁴², por respeito ao princípio da autonomia individual. As ofensas à integridade física podem ser justificadas pelo consentimento na estrita medida em que o bem jurídico sujeito a lesão – a integridade física – cabe na liberdade de decisão do seu titular^{43/44}. Será de entender que “todas as condutas que configurem uma

³⁹ Note-se que em Portugal a intervenção médica para recolha de órgãos necessária ao transplante quando não justificada (ao contrário do que acontece no ordenamento jurídico de outros países, nomeadamente da Alemanha), não constitui uma ofensa corporal típica, integrando-se este tipo de ilícito no tipo legal onde se inserem as demais ofensas corporais (*vd.* art. 144º C.P.).

⁴⁰ Não é aqui lugar para me alongar sobre esta questão, uma vez que a descortinarei em capítulo próprio.

⁴¹ Ao contrário do que acontece com o recetor que, com o implante, se encontra ao abrigo do art. 150º nº 1 do C.P., constituindo este uma verdadeira intervenção curativa.

⁴² *Cfr.* art. 38º nº 1 C.P..

⁴³ É o que decorre da leitura do art. 149º nº 1 C.P..

lesão do bem jurídico da integridade física são univocamente valoradas pela ordem jurídica como constituindo manifestações de danosidade social, mesmo que sejam por ela toleradas em homenagem ao princípio da liberdade pessoal expresso no consentimento”⁴⁵.

Contudo, o consentimento só será eficaz se o facto praticado não for contrário aos bons costumes. Podemos afirmar que os bons costumes funcionam como a exceção da exceção: a ofensa à integridade física não constitui excepcionalmente um tipo de ilícito se houver consentimento do titular do bem jurídico, mas, e excepcionalmente também, se a ofensa for contrária aos bons costumes cairemos novamente no âmbito do ilícito criminal das ofensas corporais. Os bons costumes funcionam então como um limite à liberdade do dador de consentir na lesão. Mas o que se considera por ofensa aos bons costumes? Será de considerar ofensiva dos bons costumes a conduta socialmente danosa entendida como aquela que detém “carater grave e irreversível”⁴⁶, na medida em que “as lesões ligeiras escaparão sempre à censura dos bons costumes”⁴⁷. Cumpre dizer que a cláusula dos bons costumes não pretende aferir qualquer moralidade, apenas proteger bens jurídicos penalmente valorados como a vida e a integridade física.

A intervenção, que tenha como finalidade a colheita de um órgão, e que se consubstancie numa lesão com carater grave e em certos casos irreversível, deverá ser considerada ofensiva dos bons costumes. Será de se afirmar como ilícita uma colheita desta natureza, mesmo que consentida, uma vez que viola a cláusula dos bons costumes. A doutrina ultrapassa este problema através da valorização do fim juridicamente relevante que é prosseguido. Como refere COSTA ANDRADE, será necessário “um fim positivo suscetível de neutralizar o estigma da ofensa aos bons costumes em princípio indicado pela gravidade da lesão corporal”⁴⁸. Este é o entendimento que na doutrina alemã tem dominado, bem como entre nós⁴⁹.

⁴⁴ No entanto, bens jurídicos há cujo consentimento do titular na sua lesão não afasta a ilicitude da conduta: serão então considerados como bens jurídicos não livremente disponíveis.

⁴⁵ FARIA, Paula Ribeiro de, *op. cit.* pág. 254

⁴⁶ DIAS, Figueiredo, *Direito Penal I*, 2ª edição pág. 291 *apud* Victor de Sá Pereira e Alexandre Lafayette, *Código Penal Anotado e Comentado*, *op. cit.* pág. 390

⁴⁷ *Idem, Ibidem.*

⁴⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991. pág. 546.

⁴⁹ Pode ler-se no preâmbulo do nosso C.P. que o mesmo “optou conscientemente pela maximização das áreas de tolerância em relação a condutas ou formas de vida que, relevando de particulares

Relativamente à colheita de substâncias que se traduzam numa ofensa corporal simples (como a extração de sangue, ou a colheita de uma pequena porção de pele), será de entender que o consentimento exclui a tipicidade da conduta, devido à diminuta danosidade que esta possa provocar tanto na sociedade como no indivíduo. Será então nestes casos uma conduta atípica⁵⁰.

Após as considerações que acima fizemos acerca do consentimento como causa de justificação, cumpre aqui indagar acerca da possibilidade de se considerar o estado de necessidade justificante como uma causa de justificação para além do consentimento. Coloca-se então a questão de saber se a necessidade de salvar a vida do recetor, baseada num princípio de solidariedade é motivo bastante para que se legitime a recolha coativa de um órgão a determinada pessoa⁵¹. Se por um lado deve ser respeitada a autonomia do dador, por outro lado, o apelo à solidariedade⁵² social é cada vez mais crescente, sendo a transplantação a única forma de muitas pessoas prolongarem as suas vidas.

O que aqui está em causa é um conflito de interesses: por um lado o interesse do recetor em prolongar a sua vida e, por outro, o interesse do dador em ver respeitada a sua liberdade ética. Somos da opinião que não é legítima a recolha coativa de um órgão com vista à transplantação. A pessoa não pode ser instrumentalizada, devendo a doação ser altruísta e voluntária⁵³. No entendimento de TAIPA DE CARVALHO “(...) é óbvia e absolutamente injustificada a extração (forçada) de um rim (da pessoa que tem os dois rins saudáveis) para o implantar num doente, mesmo que, sem este transplante, este doente tenha morte certa”⁵⁴. No entanto, este autor defende a justificação da colheita coativa de sangue quando esta seja imprescindível para a vida de um terceiro, na medida em que uma intervenção deste género “não pode ser considerada uma lesão grave da

mundividências morais e culturais, não põe diretamente em causa os bens jurídicos penais nem desencadeiam intoleráveis danos sociais”.

⁵⁰ Para mais desenvolvimentos *vd.* CARVALHO, Américo A. Taipa de, *Direito Penal Parte Geral - Teoria Geral do Crime*, Vol. II, Publicações Universidade Católica, Porto, 2004, págs. 276 e ss.

⁵¹ A este propósito FARIA, Paula Ribeiro de, *op.cit.*, pág. 241.

⁵² “(...) a solidariedade é o princípio que expressa a realização de ações morais que promovem e conduzem ao bem e à felicidade do outro, numa atitude de generosidade e gratuidade”, Barcelos, Marta Raquel Dias, *op. cit.*, pág. 45.

⁵³ *Vd.* PAULA FARIA entende que “a imposição da doação contraria o princípio fundamental da dignidade humana, não representado a negação do direito de necessidade mais do que o reconhecimento puro e simples de que a pessoa não pode ser utilizada como meio para a prossecução de um determinado fim” em, *op. cit.* págs. 242 e 243.

⁵⁴ CARVALHO, Américo A. Taipa de, *op. cit.* pág. 241.

integridade corporal e não deve ser tida como uma ofensa à dignidade da pessoa humana”⁵⁵.

Capítulo II

Requisitos de validade do consentimento do dador

1. A liberdade do consentimento

O consentimento só será válido se for prestado de forma livre. A liberdade do consentimento decorre do art. 8º nº1 da Lei 22/2007. Entender-se-á por livre o consentimento que na sua formação não padeceu de nenhum vício como a coerção, indução ou intimidação. Este requisito está intimamente ligado ao caráter voluntário da dádiva.

Entende-se que qualquer tipo de influência na formação da vontade do agente se consubstancia na violação do direito à autodeterminação da pessoa. Serão pressões oriundas de várias situações que podem influenciar a formação de um consentimento menos livre. MARTA DIAS BARCELOS enumera algumas das situações que podem despoletar um vício de vontade: a pressão psicológica e social sobre os pais para que doem aos filhos quando, por razões diversas, não o querem de facto fazer; o da pressão psicológica e afetiva dos pais sobre um filho para que doe ao irmão; a geração de um filho com a finalidade assumida de se tornar dador de um filho doente desse mesmo casal, como, por exemplo, uma criança dadora de medula óssea ao irmão mais velho que sofre de leucemia e cujo consentimento é dado pelos pais; por fim, a colheita de tecidos numa pessoa com deficiência mental, autorizada pelo seu tutor, que geralmente é um irmão, e para benefício do próprio”⁵⁶.

A juntar a estas situações temos aquelas em que o recluso para ver diminuída a pena ou para obter determinadas vantagens consente na doação de um seu órgão⁵⁷. Entre nós este tipo de mecanismo não vigora, mas vigorou em países como o Brasil.

⁵⁵ *Idem, Ibidem*, pág. 242.

⁵⁶ BARCELOS, Marta Raquel Dias, *op. cit.*, pág. 122.

⁵⁷ Somos da opinião que também aqui há uma instrumentalização do dador, neste caso recluso, como fornecedor de matéria humana. No entanto, e como refere PAULA FARIA, “a maior parte dos autores alemães, no entanto, admite que muito embora não se trate de uma situação ideal para prestar o

Em todas estas situações a vontade, não é uma vontade livremente formada porquanto existe sempre uma posição de vulnerabilidade por parte do potencial dador: numas são relações de dependência e afeto que ditam essa vulnerabilidade, noutras a possibilidade de obter uma contrapartida com a doação.

Quando perante uma das supra citadas situações o médico se aperceber que o dador se opõe à dádiva do órgão, ainda que essa oposição não seja verbalizada e expressa, não deve autorizar a colheita em questão. Ainda assim, dificilmente o médico conseguirá impedir a colheita de um órgão de um filho menor para ser doado ao seu irmão, quando o consentimento é prestado pelos seus representantes legais, os pais, e se estiverem preenchidos todos os requisitos de que a lei faz depender a dádiva de menores. A menos que alegue não ser a doação medicamente possível⁵⁸.

2. O consentimento informado e esclarecido

O consentimento para ser eficaz tem que ser devidamente esclarecido. O esclarecimento consiste numa explicação clara e bastante acerca da intervenção e suas consequências por parte do médico⁵⁹, que permita ao titular do bem jurídico ponderar os riscos e benefícios da sua aceitação e concluir pela sua sujeição, ou não sujeição, a uma determinada intervenção.

Entendido como um requisito de validade do consentimento, o dever de esclarecimento médico encontra a sua razão de ser na existência do princípio de autodeterminação da pessoa de dispor do seu próprio corpo.

O nosso Código Penal (*vd.* Art.157º C.P.)⁶⁰ consagra este dever de esclarecimento dispondo que “o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido

consentimento, não se lhe deverá negar à priori toda e qualquer eficácia, posto que sejam postas na obtenção desse mesmo consentimento cautelas adicionais” em *op. cit.* pág. 261 e 262.

⁵⁸ FARIA, Paula Ribeiro de, *op.cit.*, págs. 262 e 263.

⁵⁹ *Vd.* Declaração de Lisboa (1981) da Associação Internacional de Médicos “o paciente tem o direito de consentir ou recusar tratamento na base de esclarecimento adequado” em ANDRADE, Manuel da Costa, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Dir. Jorge de Figueiredo Dias, Tomo I, arts. 131º a 201º, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, comentário ao art. 157º, pág. 396.

⁶⁰ O “direito de ser informado” encontra proteção no art. 37º nº1 da C.R.P. Esta obrigação de informação está também regulada pelo nosso C.C., onde se pode ler no seu art. 573º, que esta “existe sempre que o titular de um direito tenha dúvida fundada acerca da sua existência ou do seu conteúdo e outrem esteja em

devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento”. Considera-se fundamental que o paciente entenda o alcance da intervenção curativa que lhe é proposta pelo médico, nunca havendo lugar à sua dispensa⁶¹ porquanto o consentimento devidamente esclarecido afastará a qualificação da intervenção como arbitrária (vd. art. 156º C.P.)⁶².

As considerações tidas até aqui acerca do dever de esclarecimento valem para recetores, para quem o tratamento é realizado no âmbito do seu interesse, mas também para dadores, que não buscam na intervenção nenhuma vantagem⁶³. A intervenção que tenha a finalidade de colheita de um órgão, configurada como uma lesão à integridade física do dador, apenas encontra justificação no seu consentimento com particulares exigências de esclarecimento. Significa isto que, sob pena de ser tido como ineficaz e acarretar por isso mesmo a ilicitude da colheita, é necessário que o médico informe⁶⁴ o possível dador das consequências mais negativas da transplantação, sejam elas muito

condições de prestar as informações necessárias”. Com base nesta leitura podemos acrescentar que este dever de informação para além de envolver a explicação bastante envolve também a disponibilidade do médico em esclarecer as dúvidas que sejam suscitadas pelo paciente.

⁶¹ Opinião contrária, têm aqueles autores como DIAS, Figueiredo, MONTEIRO, Jorge Sinde que entendem que “é, com efeito o critério do risco para a finalidade terapêutica no seu sentido amplo o único motivo capaz de dispensar o médico do seu dever de cabal esclarecimento” em *A Responsabilidade Médica em Portugal*, em Boletim do Ministério da Justiça, nº 332, Janeiro, Lisboa, 1984, pág.57. No entanto pense-se na situação da pessoa que apesar de ter dado o seu consentimento para uma intervenção não foi devidamente informada de determinada consequência do tratamento, facto este que a podia ter feito recuar na vontade de ser tratada.

⁶² Para o caso de haver um défice de informação, não estando assim preenchido o requisito de validade do consentimento, mas se houver a certeza de que o paciente teria consentido na mesma, caso lhe tivesse sido prestada informação suficiente, poder-se-á falar em “consentimento hipotético”, não sendo por isso punido o ato médico. Vd. ANDRADE, Manuel da Costa, “Consentimento em Direito Penal Médico – O Consentimento Presumido”, em Revista Portuguesa de Ciência Criminal – Novas Tarefas e Fronteiras do Direito (Penal) Médico, Ano 14, Nº 1 e 2, Janeiro – Junho, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pág.133, nota 31.

⁶³ Exceto a consideração tida quanto ao tipo de ilícito preenchido. Como já dissemos, quando em causa está uma intervenção médica que não serve um interesse curativo, levada a cabo sem o consentimento do lesado, neste caso o dador, o tipo ilícito que se preenche é o das ofensas corporais, e não o da intervenção médica arbitrária.

⁶⁴ O esclarecimento de que aqui falamos é o conhecido esclarecimento para a autodeterminação que consiste na informação que o médico tem que fornecer antes da intervenção para recolha do órgão com vista à obtenção de uma livre decisão por parte do futuro dador respeitando assim o princípio da autonomia da pessoa humana. Este esclarecimento diverge do tradicional dever de esclarecimento terapêutico segundo o qual o médico apenas fornece informação com a finalidade de “afastar os medos e as preocupações do doente, reforçar a sua atitude e o seu apoio à terapia e acautelá-lo contra os perigos em que ele próprio pode incorrer com condutas contra - indicadas pela terapia”. ESER, “Ärztliche Aufklärung”, *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, *op. cit.*, pág. 415.

prováveis ou pouco prováveis bem como da sua probabilidade de sucesso⁶⁵, para que este devidamente informado e consciencializado consinta ou não na dádiva.

O dador será esclarecido dos riscos a que está sujeito por se submeter à colheita propriamente dita, mas também deve ser esclarecido dos riscos que decorram dos procedimentos a efetuar antes da colheita, que têm como finalidade aferir da compatibilidade imunológica entre dador e recetor. Relativamente à intervenção para recolha de órgão é necessário que o médico esclareça o dador das possíveis complicações que possam surgir durante o decorrer da colheita, como hemorragias, e efeitos derivados da administração da anestesia, bem como das complicações que possam emergir já no pós-operatório. O dador terá de estar informado do tempo estimado para a recuperação total de uma intervenção deste género bem como da possibilidade de, da operação, resultar incapacidade para o trabalho.⁶⁶

Terá ainda de ter a consciência de que, ao lhe ser colhido um dos seus órgãos pares, fica numa situação de maior vulnerabilidade face ao aparecimento de uma doença ou acidente que lhe afete o órgão que ficou.

3. A capacidade: consentimento de menores e outros incapazes

3.1. O limite de idade para consentir em direito penal

O direito penal exige, para que o consentimento seja tido como eficaz, que o dador tenha pelo menos 16 anos e possua “o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”⁶⁷. Antes da revisão de 2007, bastava a idade de 14 anos para consentir, embora parte da doutrina duvidasse da capacidade de discernimento de um menor de 14 anos para entender o alcance e o sentido das lesões em que podia ser chamado a consentir⁶⁸. No entanto, é de referir que os dois requisitos eram cumulativos pelo que se o menor de 14 anos não tivesse a capacidade de

⁶⁵ PAULA FARIA afirma que o dador deve “tomar igualmente conhecimento das alternativas disponíveis, como o eventual recurso à colheita de órgãos a partir de pessoas já falecidas, ou a possibilidade de ultrapassar a insuficiência, durante um determinado período de tempo, através de métodos alternativos, como é o caso da diálise” em *op.cit.*, pág. 281.

⁶⁶ *Vd.* FARIA, Paula Ribeiro de, *op.cit.*, pág. 279.

⁶⁷ *Cit.* art. 38º n.º 3 C.P..

⁶⁸ A este propósito ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, pág. 410, nota 130.

discernimento que se exigia, e ainda hoje se exige, não estaria preenchida a condição *sine qua non* do art. 38º, nº 3, C.P.. O legislador⁶⁹ foi do entendimento que o limite mínimo para consentir deveria ser aumentado para os 16 anos, na medida em que em muitos casos se trataria de lesões suscetíveis de acarretar consequências gravosas para a saúde do menor.

No entanto, e uma vez que o menor é ouvido em ordem a aferir da sua capacidade de entender e querer, não será de considerar a idade em si mesmo como um fator irrelevante? Tenta-se descortinar se não será de atender à vontade de um menor com idade inferior à legalmente imposta, na estrita medida em que tenha capacidade para entender o sentido e limites do seu consentimento. Esta é a linha de pensamento que defende que a capacidade de entendimento deve ser avaliada no caso concreto e não tendo por base o limite físico da idade⁷⁰.

Somos da opinião que, com a imposição do limite legal nos 16 anos de idade se assegura a ideia de segurança jurídica, mas também a proteção do menor relativamente às consequências negativas que o seu consentimento pode trazer para a sua integridade física⁷¹. Pretende-se também, com a determinação deste limite mínimo de idade, evitar que o menor fique vulnerável a coações que possam surgir devido à carência de órgãos. De acordo com PAULA FARIA “esse limite de idade não deverá ser todavia demasiado baixo, uma vez que nesse caso, se estará a potenciar o risco de consentimentos irrefletidos ou apressados, por maiores que sejam as cautelas tomadas na sua obtenção”⁷².

⁶⁹ Pode ler-se na Proposta de Lei nº 98/X, que teve em vista à alteração do C.P., que “no sentido de promover uma tutela mais intensa das crianças e dos adolescentes, eleva-se a idade a partir do qual o consentimento justificante pode ser eficaz, de catorze para dezasseis anos. Não se entende que uma pessoa com catorze ou quinze anos deva consentir relevantemente em sofrer ofensas contra bens jurídicos disponíveis, como a integridade física.”

⁶⁹ Cfr. FARIA, Paula Ribeiro de, *op. cit.*, págs. 313 e 314.

⁷⁰ Neste sentido *vd.* RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento Informado para o Ato Médico no Ordenamento Jurídico Português*, Coimbra editora, pág. 204.

⁷¹ No entanto convém aqui referir o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25-06-98 que afirmou ser a idade compreendida entre os 18 e os 20 anos de idade, um período “em que o jovem é ainda muito imaturo, inexperiente, idealista imprevisto para a complexidade da vida atual...”, em Boletim do Ministério da Justiça, nº 478, págs. 293 a 302, *apud Idem Ibidem* pág. 206.

⁷² *Cit.* FARIA, Paula Ribeiro de, *op. cit.*, págs. 313 e 314. PAULA FARIA, em *A Responsabilidade Penal dos Médicos – os tipos legais de crime do Código Penal*, *op. cit.*, pág. 91, defende ainda que “até aos 18 anos o médico deverá solicitar o consentimento dos pais do menor, se bem que não deva prescindir do assentimento do próprio menor que tenha mais de 14 anos”.

Assim carecem de capacidade para consentir os menores com idade inferior a 16 anos⁷³, os interditos⁷⁴ e os inabilitados por anomalia psíquica⁷⁵. A carência de capacidade para consentir será legalmente ultrapassada pelo consentimento do representante legal⁷⁶.

3.2. Dos poderes dos representantes legais

A função que o nosso ordenamento jurídico atribui aos representantes legais é a de prosseguir os interesses daqueles que, por algum motivo, não tenham, em certo momento, capacidade para apreender as consequências dos seus atos⁷⁷. Os pais agem ao abrigo de um direito de assistência, não se podendo entender que através do consentimento estejam a exercer o direito de autodeterminação do menor, pois este tem caráter pessoal e é por isso intransmissível⁷⁸.

O facto de a nossa lei fazer depender a colheita em menores do consentimento dos seus representantes legais, tem gerado em certos casos alguma controvérsia. Até que ponto terá o representante legal, ao abrigo do direito de assistência que lhe é conferido por lei, legitimidade para negar a intervenção que se assume como imprescindível para a vida do menor (implante de órgão ou transfusão de sangue). Pense-se no caso dos pais que, motivados por crenças religiosas, recusam a transfusão de sangue vital para o filho. A recusa encontraria proteção legal no art. 1886º C.C., que confere “aos pais o direito de decidir sobre a educação religiosa dos filhos menores de 16 anos”, bem como no art. 41º C.R.P. por se encontrar aqui consagrado princípio de liberdade religiosa. No entanto, estes direitos não podem sobrepor-se ao direito do menor de manter a vida.

Cumpram então tratar jurídico-penalmente a intervenção executada pelo médico, que serve o superior interesse da criança em manter a sua vida mas que vai contra a vontade dos pais. Estará preenchido o tipo de ilícito das intervenções médicas

⁷³ Diferentemente, a lei civil exige a idade de 18 anos para se adquirir capacidade jurídica.

⁷⁴ *Vd.* art. 138º C.C.

⁷⁵ *Vd.* art. 152º C.C.

⁷⁶ O papel do representante legal poderá ser assumido pelo pai, o tutor ou o curador, consoante em causa esteja um menor, um interdito ou inabilitado.

⁷⁷ *Vd.* art. 1878º: “compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover o seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens”

⁷⁸ *Vd.* ANDRADE, Manuel da Costa, *op.cit.*, pág. 414.

arbitrárias? Entende-se⁷⁹ que o médico deve intervir, mesmo sem autorização dos representantes legais quando a intervenção cirúrgica se consubstancie vital para o menor e “desde que não existam outros motivos, relacionados com a saúde do menor, justificativos da recusa dos pais”⁸⁰. Uma vez que, “a execução da intervenção na pessoa do menor, tenha ou não tido lugar o consentimento do representante legal”⁸¹ constitui sempre uma limitação à sua autonomia, na medida em que não se pode obter o consentimento do titular do bem jurídico, deve adotar-se sempre a conduta que for mais benéfica para o menor. Ora se há aqui uma limitação da autonomia do menor, haverá sempre também uma limitação do direito de assistência dos representantes legais que lhe está subjacente.

Assim, não estará preenchido o tipo de ilícito do art. 156º C.P. pois que a legitimidade da intervenção médica encontra proteção na indicação médica do tratamento e não na existência do consentimento⁸².

Contudo antes de proceder à intervenção, o médico deve recorrer ao Tribunal de Menores ao abrigo do art. 91º da Lei 147/99 de 01 de Setembro⁸³, para que este supra o consentimento em falta e o autorize a realizar a intervenção, que se configura como o tratamento médico indicado.

Quando os dadores forem menores ou outros incapazes apenas é permitida a colheita de órgãos ou de tecidos regeneráveis⁸⁴. O art. 6º nº5 da Lei 22/2007 exige ainda que não exista outro dador capaz compatível, que o recetor seja irmão ou irmã do dador e que a dádiva seja necessária à preservação da vida do recetor. Manda também a lei atender à vontade do menor quando este “detenha capacidade de entendimento e de manifestação de vontade”⁸⁵. Os maiores incapazes por razões de anomalia psíquica apenas podem doar mediante autorização judicial (*vd.* art. 8º nº5 da Lei 22/2007).

Vimos já que a colheita de órgão para fim de transplante não serve nenhuma finalidade curativa, constituindo uma lesão à integridade física do menor que pode

⁷⁹ *V.d.* FARIA, Paula Ribeiro de, *op.cit.*, pág. 79.

⁸⁰ *Cit.* RODRIGUES, João Vaz, *op. cit.*, pág. 214.

⁸¹ *Cit.* FARIA, Paula Ribeiro de, *Aspetos Jurídico- Penais dos Transplantes, op. cit.*, pág. 317.

⁸² *Idem, Ibidem*, pág 318.

⁸³ Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.

⁸⁴ A colheita de órgãos ou tecidos não regeneráveis de menores ou outros incapazes é sempre proibida. *Cfr.* art. 6º nº4 da Lei 22/2007.

⁸⁵ *Cfr.* art. 8º nº 4 da Lei 22/2007.

trazer sequelas irreversíveis para a sua saúde⁸⁶. No entanto, para a colheita em menores, o art. 8º, nº3, da Lei 22/2007 impõe o consentimento prestado pelos pais ou pelo tribunal no caso de inibição do poder paternal ou na falta de ambos.

Se há pouco o implante era decisivo para a vida do menor, agora a colheita das suas substâncias, ainda que regeneráveis, não serve de todo o seu interesse. No entendimento de PAULA FARIA, a falta de indicação curativa da intervenção aliada à incapacidade do menor para consentir são fatores determinantes para se considerar a colheita de substâncias regeneráveis como uma lesão à integridade física tutelada pelo art.142º C.P.⁸⁷, não funcionando o consentimento dos representantes legais como uma causa de justificação.

A este propósito, pense-se no caso de um menor que necessita de um transplante de medula óssea, apresentando o seu irmão, também menor, as condições ideais para a dádiva, por questões de compatibilidade. Os pais negam o consentimento, protegendo um dos menores de ser sujeito a uma intervenção para extração daquela substância em detrimento do outro filho, que tanto precisa do transplante. Efetivamente, de acordo com a nossa lei é legítimo que os pais, porque representantes legais, não consentam na dádiva, até porque não existe qualquer benefício para o menor dador⁸⁸. Será de indagar até que ponto têm os pais legitimidade para dissentir na dádiva, pondo em causa a vida do outro filho.

Contudo, e se o irmão que apresenta as condições ideais para doar, manifestar a sua vontade no sentido de se submeter à intervenção? Será de atender à falta de consentimento dos representantes legais, ou à vontade do menor? Da leitura do nº 3 e nº4 do artigo 8º da Lei 22/2007, pensamos poder concluir o seguinte: quando os representantes legais estejam de acordo com a dádiva e o menor, que detém capacidade de entendimento e de manifestação de vontade, em desacordo, a dádiva não pode

⁸⁶ Ainda que por remota hipótese dado os órgãos e tecidos que é permitido recolher.

⁸⁷ FARIA, Paula Ribeiro de, *op.cit.*, pág. 323.

⁸⁸ Poderá no entanto colocar-se a questão ao contrário, isto é, se o menor precisa do transplante, e os pais motivados por razões emocionais, consentem, ao abrigo da lei, na colheita da medula óssea de um dos filhos para ser implantada no outro, descurando por isso o interesse do menor no qual é feita a colheita. Neste sentido CASTEL, J.G. e SHARPE, G.S. afirmam que “os pais podem ser livres para se tornarem mártires. Mas daí não resulta que sejam livres em idênticas circunstâncias para tornar mártires os seus próprios filhos antes de estes atingirem a idade em que se adquire a capacidade completa e legal para fazerem essa escolha por eles mesmos” em FARIA, Paula Ribeiro de, *op.cit.*, pág. 322, nota 205.

proceder⁸⁹. Ora, a concordância do menor complementa o consentimento dos representantes legais. Contudo, a nossa lei parece não regular a situação contrária: quando os representantes legais não deram o seu assentimento, mas o menor, que detém natural capacidade de querer e entender, quer submeter-se, no caso em apreço, à colheita de medula óssea, para ser implantada no seu irmão. Com base na nossa lei, o que prevalece é o dissentimento dos pais, não se realizando a colheita. Entendemos que tendo em conta que o menor é o titular do bem jurídico e detém capacidade de entender e querer, deveria atender-se à sua vontade em detrimento do desacordo dos pais⁹⁰. Fator determinante seria a impossibilidade de doação por outra pessoa em tempo útil⁹¹, bem como em causa estar a colheita de uma substância regenerável.

No entanto, e dado que devem ser exigidas especiais garantias ao consentimento do menor, defendemos que a lei deveria prever mecanismos que acautelassem todas estas situações, através do recurso ao tribunal, ou mediante a criação de uma entidade neutral a quem competisse avaliar cada caso que envolvesse a dádiva de menores. A este propósito PAULA SILVA sugere “a criação de uma entidade independente e pluridisciplinar que avalize (ou não) a expressão do consentimento parental”⁹².

⁸⁹ Paula Faria entende que será sempre de negar a legitimidade aos representantes legais para consentir, exceto na situação em que os menores tenham capacidade de entendimento e manifestação de vontade onde o consentimento dos representantes legais funciona como uma garantia dos interesses do menor. *Cfr. Idem, Ibidem*, pág. 334.

⁹⁰ Pense-se, a este propósito, no caso em que o menor, saturado de hospitais e intervenções cirúrgicas, recusa a intervenção para implante de um órgão que poderá solucionar o seu problema de saúde. Os pais, obviamente consentirão na intervenção que tem em vista a manutenção da vida do seu filho. Também aqui entendemos que deve dar-se atendimento à vontade do menor desde que este detenha capacidade natural de entender e querer.

⁹¹ No mesmo sentido o CNECV em *Documento Relativo à Colheita e Transplante de Tecidos e Órgãos de Origem Humana, op.cit.*, pág.12, entendeu que os menores apenas devem ser dadores de substâncias regeneráveis em excecionais situações, nomeadamente naquela em que não for possível encontrar em tempo útil dador compatível, e o menor concordar.

⁹² *Vd. SILVA, Paula Martinho da, Em torno da discussão sobre transplantes de órgãos e tecidos: o caso particular de Portugal e Espanha em Brotéria: Revista Contemporânea de Cultura*, Braga, Vol. 137, nº 6, 1993, pág. 531.

3. A forma do consentimento

Entre nós vigora o princípio da liberdade de forma: “a validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei exigir”⁹³. O art. 32º nº2 C.P. prevê que o consentimento possa “ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido” não estipulando assim nenhuma declaração formal ou solene para que o consentimento seja considerado eficaz.

Segundo o art. 6º nº6 da Lei 22/2007 o consentimento do dador ou de quem o represente será sempre prestado por escrito. Só em 2007⁹⁴ o nosso ordenamento jurídico aderiu a esta solução legislativa, ao contrário da maioria dos países europeus que já há muito exigiam a forma escrita como requisito do consentimento⁹⁵. A nossa lei apenas exige a forma escrita para o consentimento do dador não o exigindo para o do recetor, que pode consentir nos termos gerais, o que se compreende dado o interesse que este tem em se submeter à intervenção.

Para além de reduzido a escrito, o consentimento do dador deve ser prestado perante médico designado pelo diretor clínico do estabelecimento onde a colheita se realize quando esteja em causa a colheita de substâncias regeneráveis, e que não faça parte da equipa de transplante quando estejam em causa substâncias não regeneráveis.

No entendimento de PAULA FARIA a solenidade atribuída à forma escrita incute no dador um sentimento de maior ponderação e meditação. No entanto, pode o dador revogar livremente o consentimento^{96/97}, não fazendo a lei depender essa revogação de

⁹³ *Cit.* art. 219º C.C.

⁹⁴ A Lei 12/93 de 22 de Abril não consagrava este requisito de forma. Podia então, na vigência desta lei, ser o consentimento prestado de forma oral, perante médico designado pelo diretor clínico do estabelecimento onde a colheita se realizasse e que não pertencesse à equipa de transplante.

⁹⁵ Esta era uma solução já consagrada pela Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (no seu art. 19º nº2). A Resolução (78) 29 do Conselho da Europa também fazia referência a esta necessidade.

⁹⁶ Enquanto detenha capacidades para o fazer. Significa isto que o espaço temporal que o dador tem para revogar o seu consentimento vai até ao início do seu estado de inconsciência provocada pela administração de anestesia. A legislação espanhola dispõe que no caso da recolha de células progenitoras hematopoéticas do sangue e no caso da recolha de medula-óssea, a revogação do consentimento só poderá ter lugar até ao início dos tratamentos de condicionamento do dador (*vd.* art. 7º nº1 Real-Decreto 1301/2006).

⁹⁷ A falta de comparência do dador à colheita não aciona mecanismos do direito civil como o da execução específica ou o da sanção compulsória. Problemática é a questão da revogação do consentimento dar lugar ao pagamento, por parte do dador, de uma indemnização baseada nas expectativas criadas pelo recetor em ser submetido ao implante que prolongará a sua via.

forma escrita o que vem deitar por terra a maior ponderação que acima se falou. No entanto, esta autora afirma que “se o art. 38º supõe a seriedade da vontade manifestada, a imposição da forma legal neste caso não será mais do que a via de assegurar essa seriedade do modo mais eficaz possível”⁹⁸.

A exigência da forma escrita veio essencialmente acautelar os interesses do médico. O documento escrito de onde conste o consentimento do dador é um instrumento que pode ser utilizado pelo médico como prova que realizou a cirurgia de acordo com a vontade do mesmo. Contudo os interesses do médico ficariam mais protegidos se a revogação do consentimento fosse também submetida a forma escrita para evitar eventuais litígios que possam surgir⁹⁹.

Em termos de direito comparado, o legislador francês estipulou que quando estiver em causa a doação de órgãos, ou de substâncias regeneráveis que o justifique, o dador terá de prestar o seu consentimento perante o presidente do tribunal de grande instância do círculo judicial onde tiver a sua residência, ou perante um magistrado designado por ele¹⁰⁰. Quando em tempo útil não for possível recorrer ao tribunal pode o consentimento ser prestado, por qualquer meio, perante o procurador do Ministério Público. Relativamente à colheita de substâncias regeneráveis como o sangue, o Código de Saúde Pública Francês exige apenas o consentimento prestado perante médico¹⁰¹.

Parte III - Proibição da comercialização de órgãos

Os transplantes de órgãos foram sujeitos nas últimas décadas a uma evolução que veio permitir o tratamento e a cura para as mais variadas doenças. Se, por um lado, os progressos feitos merecem admiração social pelas vidas que foram salvas, por outro lado, os mesmos progressos levaram ao aparecimento de situações de difícil controlo

⁹⁸ FARIA, Paula Ribeiro de, op. cit., pág. 256.

⁹⁹ Pense-se na situação em que o dador, após a colheita se arrepende, ou com vista à obtenção de uma indemnização, alega que momentos antes de lhe ser administrada a anestesia disse ao médico que queria desistir da colheita. A liberdade de forma que é permitida à revogação pode deixar o médico em maus lençóis pela dificuldade que terá em provar que não houve essa declaração do dador. Ou ao contrário: em provar que houve essa declaração e que por isso não procedeu à colheita.

¹⁰⁰ *Vd.* art. L 1231-1, art. L 1241-1 do Código de Saúde Pública.

¹⁰¹ *Vd.* art. L 1221-3 do Código de Saúde Pública.

como aquela em que o consentimento para a colheita de órgãos é dado como contrapartida de uma remuneração pecuniária.

São dois os fatores que propiciam a venda de órgãos: por um lado, a escassez de órgãos que não permite fazer face às necessidades de transplantação existentes, e por outro, a existência de situações de extrema carência económica que favorece a venda do que as pessoas têm de mais valioso: os seus próprios órgãos. Por exemplo, em casos de colheita de um rim, a miséria em que as pessoas vivem e a sua má nutrição pode traduzir-se na diminuição grave da sua capacidade física pondo mesmo em risco a sua própria vida. Além disso, a falta de instrução que normalmente acompanha estas situações de carência económica, poderá levar a que estas pessoas consentam na colheita de forma “pouco” livre, por haver uma deficiente informação dos riscos a ela associados. Por outra banda, existe o risco de só as pessoas com poder económico terem acesso ao órgão de que necessitam, ficando os recetores sem poder económico impossibilitados de manterem a vida por falta de dinheiro.

A doação de órgãos deve obedecer a um princípio de gratuidade orientado por uma lógica altruísta, sendo de considerar como ilícita a comercialização de material biológico¹⁰². A remuneração como contrapartida de uma dádiva, para além de constituir uma violação do princípio ético de solidariedade, interfere também na liberdade do consentimento. O dador ao proceder à dádiva não o faz motivado por sentimentos de generosidade e de boa vontade, mas o que o motiva é antes a contrapartida monetária suscetível de condicionar um consentimento livre.

No entanto, há quem defenda a legitimidade da remuneração paga a título de gratificação e de recompensa pela dádiva, nomeadamente quando não existam relações de proximidade ou de parentesco entre dador e recetor que justifiquem o interesse do dador em doar o seu órgão. Este interesse na dádiva pode advir do pagamento de uma remuneração pecuniária que não deve ser “demasiadamente elevada para não passar a constituir a única razão pela qual a intervenção tem lugar”¹⁰³. Este é o entendimento que relega para segundo plano a dimensão altruísta e desinteressada da dádiva, colocando o

¹⁰² Tanto a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (*vd.* art. 21º) bem como posteriormente o Protocolo adicional à Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina relativo ao transplante de órgãos e tecidos de origem humana (*vd.* art. 21º) dispunham que o corpo humano e as suas partes não devem dar lugar a ganhos financeiros.

¹⁰³ *Cit.* FARIA, Paula Ribeiro de, *op. cit.*, pág. 265.

principal foco na contrapartida monetária. Esta é a situação dos países onde a colheita de sangue dá lugar ao pagamento de determinada quantia em dinheiro. Apesar de no nosso ordenamento jurídico existir a convicção de que a dádiva deve consubstanciar-se num ato de entre ajuda, a verdade é que até há bem pouco tempo quem doasse sangue ficava isento de taxas moderadoras, o que no fundo se consubstanciava numa contrapartida também ela económica, e que só deixou de existir devido à conjuntura financeira do país.

Já o art. 9º da Resolução (78) 29 do Conselho da Europa referente à harmonização das legislações dos Estados membros sobre a recolha e transplante de substâncias humanas afirmava que “nenhuma substância pode ser doada em ordem a obter lucro. Todavia perdas de salários ou quaisquer despesas causadas pela colheita devem ser reembolsadas”¹⁰⁴. Entre nós a proibição da comercialização¹⁰⁵ consta do art. 5º nº1 da Lei 22/2007. O que a nossa lei permite é *única e exclusivamente* o recebimento de uma remuneração pelo serviço prestado, pelos agentes referidos no nº1 do art.1º, e pelos estabelecimentos onde se realizem os transplantes de órgãos, “não podendo o cálculo desta remuneração atribuir qualquer valor aos órgãos, tecidos ou células colhidos ou transplantados”¹⁰⁶. É ainda lícita a indemnização pelos danos que o dador sofra durante a dádiva, “independentemente de culpa, nomeadamente pelas despesas decorrentes da doação”¹⁰⁷. Para tal é necessário que os hospitais públicos ou privados onde se realizem estas intervenções celebrem a favor do dador um contrato de seguro.

O ordenamento jurídico espanhol diferencia, em termos de diplomas legais, a doação de substâncias regeneráveis da doação de substâncias não regeneráveis. Assim a Lei 30/1979, de 27 de Outubro, estabelece que “não se poderá receber remuneração

¹⁰⁴ Cit. Faria, Paula Ribeiro de, *Os transplantes de Órgãos*, Opúsculos do IESF, nº 17, Edições ASA, 1995, pág. 28.

¹⁰⁵ Esta é uma premissa que encontra proteção no art. 13º nº2 da C.R.P., onde se pode ler que “ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social”. Entendemos estarem aqui acautelados tanto o interesse do dador em ver respeitado o seu direito à autodeterminação, ficando protegido contra a eventual exploração da sua precária situação, bem como o interesse do recetor em se submeter a um implante sem que para isso tenha que ser detentor de uma avulta quantia de dinheiro. Afere-se então aqui a um princípio de justiça.

¹⁰⁶ *Cfr.* art. 5º nº3 da Lei nº 22/2007.

¹⁰⁷ *Cfr.* art. 9º nº2 da Lei nº22/2007.

alguma pela doação de órgãos”. O Real Decreto 1301/2006 no seu art. 3º, nº1, dispõe que “a doação de células e tecidos será, em todo o caso, voluntária e altruísta não podendo o dador, ou qualquer outra pessoa, física ou jurídica, receber prestação monetária ou remuneração alguma pelo ato da dádiva”. Estabelece também o nº3, deste artigo, que os dadores poderão receber uma compensação da instituição onde a colheita se realize para ajudar a cobrir a perda de salários perdidos. Na Suíça, a Lei Federal sobre a transplantação de órgãos, de tecidos e células, de 8 de Outubro, de 2004, estabelece no seu art. 6º, que o dador não pode receber qualquer vantagem pecuniária pela dádiva do órgão, mas tem como legítima a compensação do dador pelos danos diretamente causados com a dádiva, considerando lícito e não remuneratório o gesto simbólico de agradecimento pós-transplante.

Cumpra agora aferir do tratamento desta questão sob o prisma do nosso direito penal. Vimos já que a cláusula dos bons costumes impõe um limite ao consentimento para que este seja tido como eficaz. Dissemos também que a cláusula dos bons costumes não pretende aferir de qualquer moralidade pelo que, nas palavras de COSTA ANDRADE, “ a cláusula dos bons costumes não pode abrir a porta à punição de lesões corporais (consentidas) em nome da sua imoralidade”. Estando de acordo com este autor, não poderíamos considerar a venda de órgãos ilícita porque contrária aos bons costumes¹⁰⁸. A proibição da sua venda é constante de legislação avulsa (*vd.* art. 5º nº1 da Lei 22/2007) mas que não prevê qualquer tipo de sanção para quem vende o seu órgão nem para quem o compra. Em França, contrariamente, a obtenção de um órgão pelo pagamento de uma remuneração, seja ela monetária ou não, é punida com 7 anos de prisão e uma multa de 100.000 euros (*vd.* art. L1272-1 do Código de Saúde Pública e art. 511º-2 do C.P.).

Diferentemente no plano civil este tipo de negócios são sancionados podendo ler-se no art. 282º nº2 C.C. que “é anulável, por usura, quando alguém explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de caráter de outrem, obtiver deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados”.

¹⁰⁸ Na verdade, a colheita do órgão não é contrária aos bons costumes uma vez que serve um interesse socialmente relevante.

Conclusões

Após finalizarmos o estudo da relevância jurídico - penal dos transplantes a partir de dadores vivos a que nos propusemos, podemos concluir o seguinte:

Primeira conclusão: As intervenções de recolha de órgãos com vista à sua transplantação trouxeram consigo a necessidade de proteção dos interesses envolvidos, tendo-se evoluído para a regulação desta matéria em lei própria.

Segunda conclusão: A Lei nº 22/2007 de 29 de Junho, apesar de ter introduzido significativas modificações no nosso ordenamento jurídico quanto aos transplantes a partir de dadores vivos, como o alargamento das pessoas autorizadas a doar em vida, não impôs requisitos mais apertados à colheita a partir de dadores menores.

Terceira conclusão: A indicação objetiva do tratamento médico, exclui a tipicidade do crime de ofensa à integridade física. Com base nesta premissa o implante do órgão, constitui uma verdadeira intervenção médico – cirúrgica penalmente irrelevante.

Quarta conclusão: Relativamente ao dador, a colheita que se afigure como uma ofensa corporal grave, deve ser tratada segundo o regime previsto para as ofensas à integridade física, cuja ilicitude apenas se deixa excluir por respeito ao princípio da autonomia individual, manifestado através do consentimento que se configura, desta forma, como uma causa de justificação; quando da colheita resulte uma ofensa corporal simples, o consentimento afasta a tipicidade da conduta.

Quinta conclusão: O consentimento terá de obedecer à cláusula dos bons costumes, impondo-se esta como um limite à liberdade do dador em consentir. Podemos considerar o estado de necessidade justificante como uma causa de justificação se em causa estiver a colheita de substâncias regeneráveis cuja extração não seja perigosa nem se configure numa lesão grave da integridade física, sendo ainda necessário que a colheita se configure como um meio de evitar a morte do possível recetor.

Sexta conclusão: Cabe ao médico apurar da liberdade com que consentimento foi obtido evitando situações tão melindrosas como aquelas em que o dador consente em virtude de pressões que sobre ele foram exercidas.

Sétima conclusão: Por não retirar da dádiva nenhuma vantagem, o consentimento do dador deve ser rodeado de especiais exigências, para que possa, decidir conscientemente se consente na dádiva ou não.

Oitava conclusão: A criação de uma entidade neutra e independente que avalie as situações em que os menores intervenham como dadores, afigura-se-nos como uma boa solução para uma maior proteção dos interesses do menor, resolvendo-se desta forma situações em que a vontade do menor vai contra a opinião dos pais.

Nona conclusão: Pese embora a importância da modificação introduzida pela Lei 22/2007 de 29 de Junho relativamente à exigência de forma escrita para o consentimento, somos do entendimento que esta mesma exigência deveria também ter sido estipulada para a revogação do consentimento.

Décima conclusão: A dádiva terá de ser sempre gratuita, sendo proibida a comercialização de órgãos humanos. No entanto, a lei que entre nós regula esta matéria, deixou por prever qualquer sanção para quem infringir a proibição da remuneração da dádiva.

Bibliografia

ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial* (Dirigido por DIAS, Jorge de Figueiredo), Tomo I, arts. 131º a 201º, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento em Direito Penal Médico – O Consentimento Presumido*, em Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Novas Tarefas e Fronteiras do Direito (Penal) Médico, Ano 14, Nº 1 e 2, Janeiro, Junho, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, págs. 117 a 148.

BARCELOS, Marta Raquel Dias, *Integridade da Pessoa: Fundamentação Ética para a Doação de Órgãos e Tecidos para Transplantação*, Tese de Mestrado, 2009.

CARVALHO, Américo Taipa, *Direito Penal Parte Geral, Vol. II, Teoria Geral do Crime*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2004.

Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida – *Documento Relativo à Colheita e Transplante de Tecidos e Órgãos de Origem Humana*, Parecer 50, Lisboa, 24 de Fevereiro de 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo e MONTEIRO, Jorge Sinde, *Responsabilidade Médica em Portugal*, em Boletim do Ministério da Justiça, nº 332, Janeiro, Lisboa, 1984, págs. 21 a 79.

Faria, Paula Ribeiro de, *A Responsabilidade Penal dos Médicos – os tipos legais de crime do Código Penal*, em Revista da Sociedade Portuguesa de Anestesiologistas, volume 10, nº2, Junho, Porto, 1999, pág.74 a 93.

FARIA, Paula Ribeiro de, *Aspetos Jurídico-Penais dos Transplantes*, Porto, Coleção Estudos e Monografias – UC.P. Editora, 1995.

FARIA, Paula Ribeiro de, *Os transplantes de Órgãos*, Opúsculos do IESF, nº 17, Edições ASA, 1995.

GAFO, Javier, *Trasplantes de Órganos: problemas técnicos éticos y legales*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1996.

LIMA, Madalena, *Transplantes – Relevância jurídico-penal*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996.

PEREIRA, Victor de Sá, e LAFAYETTE, Alexandre, *Código Penal Anotado e Comentado*, Quid Iuris Sociedade Editora, 2008.

RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Ato Médico no Ordenamento Jurídico Português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)*, Coimbra Editora, 2001.

SILVA, Paula Martinho da, *Em torno da discussão sobre transplantes de órgãos e tecidos: o caso particular de Portugal e Espanha em Brotéria*: Revista Contemporânea de Cultura, Braga, Vol. 137, nº 6, 1993, págs. 523 a 532.

Porto, 31 de Maio de 2012