

# NOTAS SOBRE O REGIME LEGAL DOS TRANSPLANTES EM PORTUGAL <sup>1</sup>

Miguel Patrício<sup>2</sup>



ntes de proceder à breve análise do regime legal dos transplantes em Portugal, convirá definir, antes do mais, o que se entende por transplante médico e quais os tipos possíveis do mesmo.

## A.1) SUMÁRIO DE DEFINIÇÕES PRÉVIAS

O transplante médico pode definir-se, simplesmente, como acto de transladação, para fins de tratamento, de órgãos, tecidos ou células, de um indivíduo para um outro. Transplantes com a mencionada finalidade podem ser feitos entre diferentes espécies animais (cujos órgãos, tecidos ou células sejam compatíveis) mas, privilegiar-se-á, neste texto, o caso específico do transplante médico de humanos para humanos.

Quanto aos tipos de transplantes, múltiplas taxonomias podem ser encontradas. De todo o modo, seleccionou-se a seguinte, para efeitos de dilucidação do texto que se segue: 1) transplantes autoplásticos, i.e., que ocorrem quando se transplantam tecidos ou células do mesmo organismo, de um lugar para outro<sup>3</sup>; e 2) transplantes heteroplásticos, i.e., que ocorrem

---

<sup>1</sup> O presente texto constitui a versão escrita de participação em conferência sobre transplantação realizada na Faculdade de Medicina da Universidade de Lisboa em Junho de 2012.

<sup>2</sup> Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

<sup>3</sup> Também denominado “auto-transplante” ou “auto-enxerto”. Dentro deste ainda é possível identificar as seguintes subespécies: a) transplante autoplástico ortotópico (o enxerto ou transplante é aplicado na sua posição anatómica normal); b) transplante autoplástico heterotópico (o transplante é aplicado em lugar distinto do da sua posição anatómica normal); e c) transplante autoplástico paratópico (o enxerto é aplicado numa posição próxima à da posição anatómica normal). Outra classificação

quando se transplantam órgãos, tecidos ou células de um organismo para outro.<sup>4</sup> Dentro dos transplantes heteroplásticos, pode ainda proceder-se à seguinte subdivisão: 2.1) transplantes homólogos, i.e., transplantes heteroplásticos que ocorrem entre indivíduos da mesma espécie (entenda-se: não-geneticamente idênticos); e 2.2) transplantes heterólogos ou xenotransplantes, i.e., transplantes heteroplásticos que ocorrem entre indivíduos de espécies diferentes.

Ainda antes de versar sobre o regime legal, em concreto, convirá também ter presente que existem princípios éticos da transplantação médica que orientam ou devem orientar qualquer regulamentação.

## A.2) PRINCÍPIOS ÉTICOS DA TRANSPLANTAÇÃO MÉDICA

Esses princípios éticos podem ser divididos em princípios de ordem substancial e de ordem procedimental. Começando pelos primeiros, podemos identificar: 1) o princípio da intangibilidade corporal (segundo o qual o corpo pertence à identidade pessoal e, como tal, é merecedor da dignidade inerente à pessoa humana, não sendo livremente disponível); 2) o princípio da solidariedade (segundo o qual a possibilidade de realizar dádivas deve ser admitida em função do bem da comunidade, não devendo, no entanto, implicar o comprometimento da integridade vital ou a descaracterização da identidade pessoal do doador ou do beneficiário); e 3) o princípio da totalidade (a neces-

---

diz respeito à técnica utilizada: a) transplante pedunculado (quando a transferência se faz com partes de tecido não completamente separados do organismo do dador); b) transplante livre (quando o tecido transplantado é separado dos seus suportes naturais); e c) transplante com anastomose (quando o transplante exige a reconstrução de vasos, canais ou segmentos inteiros).

<sup>4</sup> Os implantes sintéticos (ou simplesmente metálicos), na medida em que não envolvem órgãos, tecidos ou células de humanos, estão excluídos desta enumeração. Contudo, com o crescente desenvolvimento da biomecatrónica, poderá justificar-se, a prazo, o acrescento de uma terceira categoria de transplantes.

sidade ou a adequação de cada transplante deve ser avaliada de acordo com a utilidade que traz para o bem-estar de todo o organismo do transplantado, e desde que não seja severamente afectado o bem-estar do doador).

Os principais princípios éticos de ordem procedimental são os seguintes: 1) o princípio da informação e autonomia (à semelhança do que sucede com inúmeros outros actos médicos, também neste caso, a colheita e transplante de tecidos ou órgãos tem de passar pelo consentimento prévio e informado do doador e do receptor ou beneficiário); 2) o princípio da confidencialidade (os indivíduos objectos de colheita ou de transplante têm o poder de decidir se o totalidade ou uma parte da informação pessoal que envolve os referidos actos deve ficar sob anonimato); 3) o princípio da gratuidade (os actos pelos quais um indivíduo entrega um órgão ou tecido a um outro para fins de transplante não podem ser onerosos, ou envolver uma vantagem equivalente); 4) o princípio da dignidade humana (embora este princípio tenha também uma dimensão substancial - reflectida nos princípios substanciais supra descritos -, ele implica, do ponto de vista procedimental, a proibição de práticas de transplantação que sejam atentatórias da referida dignidade, como é exemplarmente o caso do transplante do encéfalo<sup>5</sup> ou dos órgãos sexuais, ou a obrigação de acompanhamento - *follow-up* - dos dadores vivos e receptores após a transplantação); e 5) o princípio da não-discriminação (a selecção dos doadores, assim como dos tecidos ou órgãos a doar, só pode ser realizada em obediência exclusiva a critérios médicos).

### A.3) BREVE NOTA HISTÓRICA SOBRE OS AVANÇOS EM TRANSPLANTAÇÃO

Em termos históricos, tem-se afirmado que o primeiro transplante realizado com sucesso em humano data de 1905,

---

<sup>5</sup> Embora possa haver transplante de tecidos cerebrais.

tendo sido um transplante de córnea executado pelo vienense Eduard Zirm (1863-1944).<sup>6</sup>

Descontando descobertas e experiências feitas entre os anos de 1910 e 1940, por cientistas como Georg Schöne, Harold Gillies, Yu Yu Voronoy ou Peter Medawar, pode afirmar-se que o desenvolvimento e a expansão das técnicas de transplantação apenas começaria a ganhar velocidade e projecção nas décadas de 1950 e de 1960, com os primeiros transplantes bem sucedidos de órgãos como fígado, rins, coração e pâncreas.

Para este avanço parece terem contribuído, de forma significativa, o sucesso obtido com a transplantação de rim entre gémeos idênticos (feita em 1954 por Joseph Murray e Hartwell Harrison) e, por outro lado, os estudos realizados por Peter Medawar sobre as drogas imunossupressoras.

Estavam, assim, lançadas algumas das bases para o salto referido, com o uso de drogas imunossupressoras progressivamente mais avançadas (da cortisona, à azatioprina e, mais tarde, à ciclosporina), e com as transplantações bem sucedidas em órgãos cada vez mais complexos: primeiro transplante do pâncreas por Richard Lillehei e William Kelly em 1966, primeiro transplante de fígado por Thomas Starzl em 1967, e primeiro transplante de coração por Christian Barnard, também em 1967.

A partir dessa altura, o ritmo dos avanços nas possibilidades de transplantação, bem como nas técnicas aplicadas e nas drogas imunossupressoras (em combinação com sofisticados antimicrobianos), foi e continua a ser impressionante, o que se traduziu, em muitos países, na relativa “massificação” dos (ou,

---

<sup>6</sup> Em rigor, o pioneiro em matéria de transplantação humana terá sido o suíço Theodor Kocher, quando, em 1883, realizou, com sucesso, um transplante de tecido da tiróide. Por outro lado, deve, ainda, lembrar-se que experiências bem sucedidas com outros animais não eram raras na viragem do séc. XIX para o séc. XX (note-se, por ex., as experiências realizadas pelo francês Alexis Carrel entre 1901 e 1910, ou pelo austríaco Emerich Ullmann em 1902).

mais rigorosamente, de alguns tipos de) transplantes e no progressivo aumento das taxas de sobrevivência, dos tempos de sobrevida e da qualidade de vida dos beneficiários.

O desenvolvimento actual de novas drogas imunossupressoras, das técnicas de transplantação e de novas áreas de investigação como a xenotransplantação e a geração de células, tecidos ou órgãos “em laboratório”, por técnicas de medicina regenerativa, abrem perspectivas praticamente ilimitadas na transplantação (e, pelo caminho, geram também, como não é de estranhar, alguns problemas complexos em domínios como os da bioética e da responsabilidade médica...).

#### A.4) ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Pode aqui fazer-se um breve esboço histórico da evolução legislativa em matéria de transplantes.

Nesse sentido, vale a pena recordar que é, em especial, em resposta à crescente generalização dos transplantes de córnea que o legislador resolve introduzir o primeiro texto legal sobre a matéria em meados dos anos de 1960, com o Decreto-Lei n.º 45.683, de 25/4/1964 (que seria complementado e melhorado, ao longo do Estado Novo, com as Portarias n.º 20.688, de 27/7/1964, e n.º 156/71, de 24/3/1971).

No preâmbulo desse texto falava-se, especificamente, de enxertos de pele de falecidos por queimadura, e, como já se fez referência, à extracção e aproveitamento da córnea dos cadáveres. Nota-se, desde logo, o cuidado de estabelecer os princípios gerais destas transplantações: 1) o princípio da livre disposição do corpo, para autorizar ou proibir que nele se façam colheitas depois do falecimento<sup>7</sup>: v. arts. 4.º e 5.º; 2) o princípio de respeito da colheita pela “moral” ou “bons costumes” (ou,

---

<sup>7</sup> Na falta desta autorização, a colheita poderia, ainda, efectuar-se, desde que a família do falecido não se opusesse e o óbito tivesse tido lugar “em instalações de algum centro autorizado de colheita ou dos estabelecimentos a ele anexados”: v. art. 7.º

quando se verificasse o caso de morte sem assistência médica, de morte violenta não provocada por acidente ou qualquer outro em que por lei se devesse proceder a autópsia forense): v. art. 1.º, §1.º; 3) o princípio de proibição de transacção lucrativa (o cadáver humano ou qualquer parte do mesmo não pode ser objecto de tal transacção): art. 8.º, proémio; 4) o princípio da necessidade da colheita para fins terapêuticos ou científicos: art. 1.º, proémio; 5) o princípio da confirmação do óbito para efeitos de colheita de tecidos ou órgãos para transplante (“nenhuma colheita de tecidos ou órgãos se pode efectuar [...] sem que o óbito seja verificado pelo menos por dois médicos, segundo as regras de semiologia médico-legal”): v. arts. 10.º a 14.º; e 6) o princípio da confidencialidade (“não é lícito, salvo em cumprimento de mandado judicial, revelar à família ou herdeiros do falecido a aplicação concreta dada aos tecidos ou órgãos recolhidos nem ao beneficiário a origem dos que forem utilizados para fins terapêuticos”): v. art. 17.º. A finalizar, o diploma continha, ainda, regras penais específicas para os casos de infracção ao mesmo: v. arts. 19.º e 20.º.

O texto legal seguinte é o Decreto-Lei n.º 553/76, de 13/7 (que vigorou com o apoio das Portarias n.ºs 20.799 e 20.800, ambas de 10/9/1964, e n.º 24.217, de 2/8/1969, que continuaram em vigor em tudo o que não contrariasse o mencionado Decreto-Lei).

O articulado é substancialmente mais pequeno (embora o articulado do anterior texto também não fosse muito desenvolvido).

Nele há a relevar, no entanto, os seguintes aspectos: 1) no preâmbulo, salienta-se o parecer n.º 35/52 da Procuradoria-Geral da República, de 27/11, cuja opinião jurídica conferia prioridade ao uso dos órgãos e tecidos para fins terapêuticos, sobre os direitos que em relação ao corpo detêm os familiares e amigos, “os quais não vão além daquele que lhes assiste de prestarem aos despojos humanos honras e homenagens, em

condições estritamente definidas”, e a necessidade de “libertar o desenvolvimento dos processos clínicos de transplantação dos condicionalismos burocráticos que o têm tornado impossível e que permitem no estado actual da ciência salvar ou prolongar a vida ou a integridade física das pessoas.”; 2) à semelhança do texto legal anterior, há uma reafirmação de alguns dos princípios gerais da transplantação acima referidos: a) o princípio da livre disposição do corpo (“quando, por qualquer forma, lhes seja dado conhecimento da oposição do falecido”, mas sem referência a opinião de familiares, como sucedia antes): v. art. 5.º; b) o princípio da confidencialidade (sem ressalva de mandado judicial, como sucedia antes): v. art. 6.º; c) o princípio da necessidade da colheita para fins terapêuticos ou científicos: v. art. 7.º; d) o princípio da confirmação do óbito para efeitos de colheita de tecidos ou órgãos para transplante<sup>8</sup>: v. arts. 3.º e 8.º; 3) também à semelhança do anterior diploma, estavam previstas regras penais específicas para os casos de infracção do diploma: v. art. 9.º.

O diploma que se seguiu (e que está, ainda, em vigor) foi a Lei n.º 12/93, de 22/4 (com as alterações entretanto impostas pela Lei n.º 22/2007, de 29/6, e, de modo ainda mais subtil, pela Lei n.º 12/2009, de 26/03).

Ao contrário dos anteriores diplomas, que diziam tratar apenas de “órgãos e tecidos de falecidos”, esta Lei diz, de forma mais desenvolvida e abrangente, tratar de “actos que tenham por objecto a dádiva ou colheita de órgãos, tecidos e células de origem humana, para fins terapêuticos ou de transplante [retirou-se, em 2007, «para fins de diagnóstico»]”, bem como das próprias intervenções de transplante.

## A.5) ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL E INTER-

---

<sup>8</sup> Acrescentando-se, face ao texto legal anterior, que a morte do dador teria que ser certificada por dois médicos “não pertencentes à equipa” que procedesse à colheita, e que, pelo menos um desses dois médicos deveria “ter mais de cinco anos de exercício profissional”.

## NACIONAL DA TRANSPLANTAÇÃO

O enquadramento da legislação portuguesa actualmente em vigor necessita da apreciação, ainda que a título breve, de algumas das principais normas constitucionais e internacionais orientadoras da filosofia, dos princípios e dos limites que conformam as regras nacionais.

Nesse sentido, justifica-se, no plano constitucional português (CRP), salientar, para a compreensão da sistemática legal, a relevância de normas gerais como: o art. 1.º (segundo o qual a república portuguesa está “baseada na dignidade da pessoa humana”), o art. 24.º (inviolabilidade do direito à vida), o art. 25.º (inviolabilidade da integridade moral e física das pessoas), ou o art. 26.º, n.º 3 (protecção da dignidade pessoal “na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica”).

Num outro plano, internacional, convirá destacar normas como: o art. 1.º (liberdade de cada ser humano e dever de fraternidade entre seres humanos) e 3.º (inviolabilidade do direito à vida) da Declaração Universal dos Direitos do Homem; ou os arts. 2.º (primado do interesse e bem-estar do ser humano sobre o interesse único da sociedade ou da ciência), 5.º, n.º 1 (obrigatoriedade de prestação prévia, pela pessoa intervencionada, de consentimento livre e esclarecido), 6.º, n.º 1 e 2 (protecção das pessoas que careçam de capacidade para prestar consentimento e participação, na medida do possível, em função da idade e maturidade, de menores), 8.º (intervenção imediata em caso de emergência, na qual o consentimento apropriado não pode ser obtido previamente), 9.º (protecção da vontade anteriormente manifestada se, no momento da intervenção, não puder expressar a sua vontade), 15.º (protecção do ser humano na investigação científica nos domínios da biologia e da medicina), 19.º e 20.º (“Capítulo VI - Colheita de órgãos e tecidos em dadores vivos para fins de transplante”: a colheita é feita apenas no in-



teresse terapêutico do receptor e como medida de “último recurso”; nenhuma colheita poderá ser feita em pessoas que careçam de capacidade para prestar consentimento livre e esclarecido, a não ser, e a título excepcional, a colheita de tecidos regeneráveis, mediante as condições do n.º 2 do art. 20.º), 21.º (proibição de obtenção de lucros com o corpo humano ou partes do mesmo) e 22.º (preservação da finalidade e utilização para a qual foi originalmente colhida parte no corpo humano), todos da Convenção de Oviedo de 1997, que foi ratificada por Portugal em 2001.

Descontando a relevância de diversas recomendações e resoluções do Conselho da Europa sobre estas matérias<sup>9</sup>, é importante, também, apesar de ainda não ratificado pelo Estado português, o Protocolo adicional à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina sobre Transplantes de Órgãos e Tecidos de Origem Humana, de 24/1/2002. Por último, justifica-se mencionar os *WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation*, da OMS, de 1991 (com a redacção actualizada dada pela resolução de 21/5/2010), e a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, de 2005.

## B) OS TRAÇOS GERAIS E AS FALHAS DO REGIME DA LEI ACTUAL

Antes de uma análise mais detalhada, convém nomear as marcas distintivas desta Lei face às anteriores legislações.

Por um lado, a lei actualmente em vigor delimitou, inovadoramente, o âmbito positivo e negativo de aplicação: posi-

---

<sup>9</sup> A lista completa (e actualizada) desses documentos (incluindo o respectivo texto) pode ser obtida em: COUNCIL OF EUROPE – *Organs, Tissues and Cells – Safety, Quality and Ethical Matters Concerning Procurement, Storage and Transplantation*. Strasbourg, Directorate for the Quality of Medicines & Health Care of the Council of Europe (EDQM), 2<sup>nd</sup> Edition, 2012.

tivamente, no seu art. 1.º, n.º 1, referindo as dádivas e colheitas em vida (cujo regime consta dos art.ºs 6.º a 9.º), e negativamente, nos n.ºs 2 e 3 desse art. 1.º, com a remissão para legislação especial dos casos especiais (transfusões de sangue, dádiva de óvulos e esperma, transferência e manipulação de embriões, e dádiva e colheita de órgãos para fins de investigação científica).<sup>10</sup>

Também no plano da definição do âmbito pessoal ou subjectivo de aplicação, a Lei n.º 12/93 inovou. Contudo, não esgota, no seu articulado, as possibilidades, uma vez que não refere, por ex., qual o regime aplicável aos estrangeiros residentes clandestinos. Dir-se-á que, em princípio, vigorará sobre estes o regime nacional.

Quanto à definição do contexto de realização dos actos objecto da Lei, embora não haja uma verdadeira inovação face aos anteriores diplomas, a referida matéria surge mais desenvolvida. Por ex., há uma referência à avaliação periódica de actividades e resultados dos centros de colheita (de órgãos) e centros de transplante (porque, para centros de colheita de tecidos e células, os n.ºs 3 e 4 do art. 3.º foram revogados pela Lei n.º 12/2009, de 26/3, na parte relativa aos tecidos e células): v. arts. 2.º e 3.º.<sup>11/12</sup>

Na parte relativa aos princípios, não se registam grandes novidades.

Destaca-se, apenas, o princípio da confidencialidade,

---

<sup>10</sup> Na parte introdutória deste diploma reside, também, uma outra inovação (bem mais discutível) que diz respeito ao aditamento de um artigo para definições: art. 1.º-A (introduzido em 2007). As definições seguem de perto aquelas que constavam da Directiva n.º 2004/23/CE, de 31/3.

<sup>11</sup> Já quanto ao n.º 3 do art. 3.º justificar-se-ia uma revisão do texto, na medida em que, sendo certo que os referidos centros estão sujeitos a autorização do Ministro da Saúde, a escolha destes está, também, dependente da audição prévia da Organização Portuguesa de Transplantação (OPT): v. pontos 1.º, 7.º e 8.º da Portaria n.º 31/2002, de 8/1.

<sup>12</sup> Em termos de organização, merece ainda referência a Portaria n.º 357/2008, de 9/5, que regulamenta a rede nacional de coordenação de colheita e transplantação.

porque se remeteu, a partir de 2007 (por causa da necessidade, a breve trecho, de transpor para a ordem jurídica interna a Directiva 2006/86/CE, de 24/10), para regulamentação posterior (viriam a ser os arts. 8.º e ss. da Lei n.º 12/2009, de 26/3), a rastreabilidade dos órgãos e tecidos nos centros de colheita e de transplante (v. art. 4.º); e, ainda, o princípio da gratuidade, a respeito do qual se acrescentou que os agentes das intervenções e os estabelecimentos autorizados “podem receber uma remuneração única e exclusivamente pelo serviço prestado, não podendo o cálculo desta remuneração atribuir qualquer valor aos órgãos, tecidos ou células colhidos ou transplantados” (v. art. 5.º). Ou seja, o serviço respeitante ao transplante é pago, embora não com base em eventual valor subjacente ao órgãos, tecido ou célula a transplantar.

A parte substancial do diploma, que contém, ao todo, 18 artigos, subdivide-se em duas partes essenciais, a saber: a colheita em vida (Capítulo II: art.ºs 6.º a 9.º) e a colheita em cadáveres (Capítulo III: art.ºs 10.º a 14.º).

Na parte relativa à colheita em vida, cabe salientar os seguintes elementos fundamentais:

1) Pela primeira vez se admite expressamente a dádiva e colheita em vida de órgãos, tecidos ou células para fins terapêuticos ou de transplante (v. art. 6.º, n.º 1).

2) A referida colheita de órgãos e tecidos de pessoa viva é vista como solução de “último recurso” (“só pode ser feita no interesse terapêutico do receptor e desde que não esteja disponível qualquer órgão ou tecido adequado colhido de dador *post mortem* e não exista outro método terapêutico alternativo de eficácia comparável”): art. 6.º, n.º 2 - entendimento compatível com o art. 19.º, n.º 1, da Convenção de Oviedo de 1997.

3) Se se tratar de dádiva e colheita de órgãos ou tecidos não regeneráveis, e dada a insubstituibilidade destes, a mesma só é admissível se houver parecer favorável da parte da Entidade de Verificação da Admissibilidade da Colheita para Trans-

plante (ou EVA). Note-se, no entanto, que parece não terem sido previstas “EVAs” para hospitais privados (como se percebe pela leitura do art. 1.º, n.º 1, do Despacho n.º 26.951/2007, de 9/11): v., também, arts. 6.º, n.º 3, e 6.º-A, da Lei n.º 12/93.

Note-se, ainda, que na redacção original do art. 6.º da Lei n.º 12/93 se permitia a referida dádiva se existisse entre o dador e o receptor uma relação de parentesco até ao 3.º grau. Esta limitação de graus de parentesco desapareceu com a nova redacção do referido art. 6.º, dada pela Lei n.º 22/2007, de 29/6.<sup>13</sup> Por seu lado, a proibição de dádiva e colheita de órgãos ou tecidos não regeneráveis, quando envolvam menores ou outros incapazes, está expressa (v. art. 6.º, n.º 4), e segue uma formulação muito próxima da que se pode ler no art. 20.º, n.º 1, da Convenção de Oviedo de 1997.

4) A dádiva e a colheita de órgãos, de tecidos ou de células regeneráveis que envolvam menores ou outros incapazes terá que ser, como já antes se disse, uma solução de “último recurso”, mas, para além dessa exigência, terá, ainda, que, cumulativamente, preencher os seguintes requisitos: a) não poderá existir dador capaz compatível; b) o receptor terá que ser irmão ou irmã do dador; c) a dádiva terá que ser necessária à preservação da vida do receptor.

A este respeito, deve notar-se que se desconsidera, na Lei portuguesa, um outro requisito que hoje consta, por ex., do art. 20.º, n.º 2, v), da Convenção de Oviedo de 1997: o de que “o potencial dador [apesar de incapaz] não manifeste a sua oposição” à colheita ou ao transplante.

5) Uma outra falha parece resultar, rapidamente, da leitura do n.º 6 do art. 6.º da Lei n.º 12/93: o facto de apenas a dádiva e a colheita de órgãos ou tecidos não regeneráveis, que envolvam estrangeiros sem residência permanente em Portugal

---

<sup>13</sup> Tal facto não merece qualquer objecção de natureza ética, como se refere no Parecer n.º 50/CNECV/06, do CNECV, aprovado em 12/12/2006, embora exija um adensamento e cuidado extra na informação prestada ao dador e ao receptor.

(ver art. 2.º, n.º 2), estar dependente de autorização legal. Pergunta-se: e quanto aos órgãos ou tecidos regeneráveis?

6) Princípios fundamentais, como o princípio da protecção da integridade vital (“são sempre proibidas a dádiva e a colheita de órgãos, de tecidos ou de células quando, com elevado grau de probabilidade, envolvam a diminuição grave e permanente da integridade física ou da saúde do dador”: art. 6.º, n.º 7), ou o princípio geral da informação, quer para o dador, quer para o receptor (art. 7.º), estão presentes e surgem desenvolvidos.

Nesse sentido, note-se, por ex., a concretização do princípio geral da informação, através da obrigatoriedade de prestação de consentimento livre, esclarecido, informado e inequívoco (do dador e do receptor), como condição para a realização da dádiva ou colheita, com a previsão de que esse consentimento, no caso de transplante de órgãos, tecidos ou células não regeneráveis, deve ser feito perante médico que não pertença à equipa de transplante [art. 8.º, n.º 2, al. b)]: v. art. 8.º, n.º 1 e 2.

Contudo, há, ainda, uma série de aspectos que podem justificar maior atenção. É o caso, por ex., da possibilidade de identificação do beneficiário por parte do dador (v. art. 8.º, n.º 1, parte final). Será que essa possibilidade de identificação deve ser admitida em todos os casos? E o beneficiário<sup>14</sup> pode, também ele, identificar, em qualquer caso, o dador?<sup>15</sup>

Por outro lado, se não parece merecer dúvidas que, no caso de dadores menores, é necessário o consentimento prestado por pais ou, na falta destes ou inibição para o exercício do poder paternal, pelo tribunal (v. art. 8.º, n.º 3)<sup>16</sup>, já no caso de

---

<sup>14</sup> Excepcionalmente, e sem razão aparente, fala-se aqui em “beneficiário” e não em “receptor”, sendo que, de qualquer forma, nenhum destes “conceitos” aparece definido no art. 1.º-A...

<sup>15</sup> Note-se, que, por ex., no Parecer sobre transplantes de tecidos e órgãos (n.º 1/CNE/91), do CNECV, aprovado por unanimidade a 3/7/1991, se afirmou, claramente, que “deverá sempre ser assegurado o direito ao anonimato, quer em relação ao dador, quer no que se refere ao receptor”.

<sup>16</sup> Note-se, no entanto, que a admissão da colheita de órgãos ou tecidos em dadores

menores com capacidade de entendimento e de manifestação de vontade, em que o consentimento carece, igualmente, da concordância destes (v. art. 8.º, n.º 4), a dúvida instala-se: este número aplica-se aos maiores de 16 anos, seguindo o actual art. 38.º, n.º 3, do Código Penal, ou aos maiores de 12 anos, como parece ser regra para o direito civil?

Uma nota, ainda, para referir que, de forma inteiramente acertada, o n.º 5 do art. 8.º estabelece que a colheita em maiores incapazes por razões de anomalia psíquica só pode ser feita mediante autorização judicial.

A terminar a parte relativa ao princípio geral da informação, pode ler-se, no n.º 6 do art. 8.º, que o consentimento do dador ou de quem legalmente o represente é sempre prestado por escrito, sendo livremente revogável (e, presume-se, embora tal não esteja expresso, a todo o tempo). Talvez se justificasse, aqui, acrescentar uma exigência de avaliação psicossocial do dador, em especial para detectar eventuais constrangimentos (ou pagamentos) que possam existir (ou ter existido) a montante da declaração escrita de consentimento.

7) Há dois direitos que são desenvolvidos nesta Lei: o direito à assistência médica até ao completo restabelecimento (v. art. 9.º, n.º 1); e o direito à indemnização por parte dos estabelecimentos hospitalares públicos e privados (i.e., sem prejuízo do princípio da gratuidade, o dador tem direito a ser indemnizado pelos danos sofridos no decurso do processo de dádiva e colheita, independentemente de culpa, nomeadamente pelas despesas decorrentes da doação): v. art. 9.º, n.º 2 (e, ainda, o n.º 1 do Despacho n.º 5015/2011, de 16/3). Qualquer dos direitos deve ser assegurado por via da celebração de um contrato de seguro a favor de dador: v. arts. 9.º, n.º 3 e 4, e 3.º, n.º 1.

Nesta parte, não se criticará a solução que foi escolhida, atendendo ao especial risco subjacente aos actos médicos em

---

vivos menores, ainda que eventualmente sujeita a condições exigentes, não é ponto consensual. Basta fazer uma breve análise comparatística para verificar tal facto.

causa, mas antes a coerência global do sistema de responsabilização e indemnização por danos sofridos em resultado de actos médicos. Com efeito, se aqui se justifica esta solução, por que é que a mesma não se aplica em outros e muito mais frequentes casos, em que os actos médicos também podem, em tese, originar consequências severas ou em cadeia? Registou-se um progresso com alterações recentes em matéria de indemnização de vítimas de danos emergentes de transfusões de sangue resultantes de dádiva - ver art. 6.º, n.º 1, al. h), da Lei n.º 37/2012, de 27/8 -, mas estes desenvolvimentos não esgotam as possibilidades de actos médicos (inclusive casos especiais de transplantação) que podem justificar, nesta sede, uma alteração.

Na parte relativa à colheita em cadáveres, cabe salientar os seguintes elementos fundamentais:

1) São potenciais dadores *post mortem* “todos os cidadãos nacionais e os apátridas e estrangeiros residentes em Portugal que não tenham manifestado junto do Ministério da Saúde a sua qualidade de não dadores”: v. art. 10.º, n.º 1.

Novamente nesta parte, ficam algumas interrogações por esclarecer, tais como: devem os familiares do dador falecido poder identificar o receptor? e o receptor poder identificar o dador? e será que se deve presumir, pelo silêncio em vida, uma vontade póstuma?<sup>17/18</sup> e qual é a matriz de interpretação da hie-

---

<sup>17</sup> É o também chamado “*opting out*” ou “*contracting out*”. Como se refere no comentário ao *Guiding Principle 1* dos *WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation*, “*given the ethical importance of consent, such a system should ensure that people are fully informed about the policy and are provided with an easy means to opt out.*” Por outro lado, também é necessário notar que, “*although expressed consent is not required in an opting-out system before removal of the cells, tissues or organs of a deceased person who had not objected while still alive, procurement programmes may be reluctant to proceed if the relatives personally oppose the donation*”. Note-se que este último aspecto é relevante porque, em muitas ocasiões, o sucesso do transplante depende de informações que só podem ser facultadas, em prazo útil, pelos familiares do falecido.

<sup>18</sup> Em especial, cabe perguntar, neste contexto, se estará a ser cumprido o pressuposto (necessário para se poder admitir um regime de “*opting out*”) “de informação adequada disponível ao público sobre a possibilidade de manifestar a indisponibili-

rarquia de valores que sustenta e justifica a solução actual?<sup>19</sup>

2) É certo que se admite a possibilidade de indisponibilidades parciais para a dádiva de órgãos ou tecidos, ou em vista de certas finalidades, mas as mesmas devem ser expressamente indicadas nos respectivos registos e cartão. Nesse sentido, foi criado, em 1993, o Registo Nacional de Não Dadores (ou RENNDA: v. Decreto-Lei n.º 244/94, de 26/9), registo informatizado que contém o registo de todos aqueles que tenham manifestado, junto do Ministério da Saúde, a sua qualidade de “não dadores”, nos termos dos respectivos arts. 2.º, n.º 1, 5º e 14.º, n.º 1.<sup>20</sup>

---

dade para a dádiva e qual o procedimento para o efeito”, como lembrou o Parecer n.º 65/CNECV/2012, do CNECV, aprovado em 21/9/2012. Por seu lado, Elio Sgreccia, no seu *Manual de Bioética* (Princípa Editora, 2009, p. 817), admitindo embora a importância da dádiva, do esclarecimento e da sensibilização para o reforço da solidariedade, refere, no entanto, que considera “inadmissíveis, quer do ponto de vista ético, quer do ponto de vista jurídico, normas que prevejam que compita ao sujeito agir para fazer valer a sua própria vontade de não doar os órgãos *post mortem*.” Considera tal “inaceitável porque se consubstancia na imposição ao sujeito da obrigação de se preocupar com a declaração, nas formas e nos modos estabelecidos pela lei, do seu dissentimento em relação à dádiva dos órgãos.” E acrescenta ainda que, “sem que seja expressamente prevista uma forma legal de convite ao pronunciamento relativamente à questão da dádiva, dar-se-á também ao silêncio resultante da [eventual] simples ignorância do sujeito um significado positivo que ele não tem, atropelando de forma ilegítima aquela que poderá ser a efectiva vontade do sujeito.” Um exemplo de uma forma encontrada para fazer esse “convite” em massa pode ler-se no §2.º da *Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben* (ou *TPG*) que estabelece que todos os indivíduos que pretendam obter seguro de saúde devem ser, de modo frequente, esclarecidos sobre as possibilidades e os benefícios da doação, e interrogados sobre se estão dispostos a doar os seus órgãos após a sua morte.

<sup>19</sup> A solução nacional é similar à que vigora na Itália, Luxemburgo, Espanha, República Checa, Hungria, Eslovénia e Áustria. Mas há variantes que importa considerar: p. ex., na Bélgica, Finlândia e Noruega, a solução é idêntica à nacional mas permite que o “*familiar mais próximo*” possa vetar a doação (ao contrário do que sucede, por ex., em França ou na Suécia). Países como a Grécia, Grã-Bretanha, Suíça, Alemanha, e Países Baixos, adoptaram, por seu lado, a solução alternativa de admissão de doação apenas em caso de consentimento em vida (do próprio dador ou do “*familiar mais próximo*”), fixado, normalmente, com a emissão de cartão de dador de órgãos.

<sup>20</sup> Em 2011, os “não dadores” eram – segundo dados preliminares provenientes da Autoridade para os Serviços de Sangue e da Transplantação (ou ASST) – aprox.,



Por outro lado, um pequeno aperfeiçoamento justificarse-ia na parte final do n.º 3 do art. 10.º: com efeito, a menção à mera “possibilidade” (e não ao “dever”) de, sobre as referidas indisponibilidades, ouvir os menores com capacidade de entendimento e manifestação de vontade é, no mínimo, discutível. Por que razão é que, nestes casos, a opinião destes menores já não é considerada necessária e vinculativa?

3) Considerando os graves riscos, normalmente irreversíveis, que decorreriam de colheitas executadas em indivíduos erradamente presumidos cadáveres, há uma natural exigência de detalhamento da certificação da morte. O mesmo é dizer: de identificação de quem deve definir os critérios e regras de semiologia médico-legal idóneos para a verificação da morte cerebral (v. art. 12.º, n.º 1), e de identificação das formalidades de certificação (nomeadamente, quanto ao conteúdo e formalidades do auto de certificação, e quanto à exigência de não intervenção na certificação por parte de médico que venha a incorporar a equipa de transplante: v. art. 13.º, n.ºs 1, 2, 4 e 5).

Em termos substantivos, a pormenorização desta exigência encontra-se na Declaração da Ordem dos Médicos de 1/9/1994, prevista no art. 12.º da Lei n.º 12/93, de 22/4, e passa, em termos sintéticos, pela (nem sempre fácil) demonstração clínica da irreversibilidade da cessação das funções do tronco cerebral.<sup>21</sup>

---

38.500 pessoas. De notar que, nos termos do art. 10.º, al. b), do Decreto Regulamentar n.º 14/2012, de 26/1, a Direção-Geral da Saúde (DGS) sucedeu nas atribuições da (extinta) ASST no domínio da qualidade, segurança e autorização de unidades, serviços e processos em relação à dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento e distribuição de sangue humano, de componentes sanguíneos, de órgãos, tecidos e células de origem humana; e que, com a recente fusão da referida ASST e do Instituto Português do Sangue, na vez destas entidades, existe agora o Instituto Português do Sangue e da Transplantação, ou IPST - v. art. 12.º, al. a), do Decreto-Lei n.º 39/2012, de 16/2 - o qual sucedeu nas atribuições daquela autoridade na parte não assumida pela DGS.

<sup>21</sup> Partindo do princípio (que não é garantido...) de que existe acordo, científico ou filosófico, na adopção deste entendimento de “morte cerebral” para efeitos de definição do momento exacto da “morte”, e para se poder proceder à transplantação.

4) A enunciação do princípio do respeito pelo cadáver na execução da colheita, evitando-se todas as mutilações ou dissecações não estritamente indispensáveis (v. art. 14.º, n.º 1). Note-se, contudo, que, ao contrário do que sucedia no antigo Decreto-Lei n.º 45.683, o facto de a morte se ter verificado em condições que imponham a realização de autópsia médico-legal não obsta à efectivação da colheita (devendo o médico, contudo, relatar, por escrito, toda e qualquer observação útil a fim de completar o relatório daquela): v. art. 14.º, n.º 2.

Duas notas finais: uma para a inserção inadequada do n.º 6 no art. 13.º (relativo à presunção de não oposição à dádiva por dador não identificável), quando seria mais lógica a sua inserção no art. 10.º (relativo a “potenciais dadores”); e uma outra para o facto de que, ao contrário do que sucedeu em todos os anteriores diplomas, não há, neste diploma, regras penais específicas (além da responsabilidade civil, penal e disciplinar, nos termos gerais de direito) para casos de infracção da lei (v. art. 16.º).

Esta última falha não é muito séria, atendendo aos tipos penais aplicáveis em caso de infracção desta Lei - no entanto, talvez fosse útil aprofundar o tema e pensar se não se justificaria (mesmo tendo tal ilícito fraca ou nenhuma expressão em Portugal) uma regra penal específica para quem proceder à extracção ilegal de órgãos ou tecidos (visto que o actual art. 160.º do Código Penal só trata de traficantes e receptadores) - tanto mais que vários documentos internacionais o aconselham: ver a Recomendação Rec(2004)7 do Conselho da Europa sobre tráfico de órgãos, de 2004, no seu art. 4.º, ou a recente Declaração de Istambul sobre tráfico de órgãos e turismo de transplantação, de 2008, no seu princípio 6.º.

Termina-se pela identificação de cinco outras áreas em que a referida legislação aparenta ser omissa ou ter potencial para gerar polémica:

i) Não se prevêem as xenotransplantações (apesar das in-

dicações que constam, p. ex., da Recomendação n.º R (97) 15, de 1997, do Conselho da Europa), nem o regime aplicável aos transplantes autoplásticos (quer sejam decorrentes ou não de processos de medicina regenerativa);

ii) Subvaloriza-se o papel dos familiares na determinação da vontade do doador falecido para efeitos de transplante (com efeito, os familiares vêm a sua participação activa confinada aos casos de dádivas, em vida ou por morte, provenientes de dadores menores: v. arts. 8.º, n.º 3, e 10.º, n.º 3);

iii) Não se trata da possibilidade (ou da proibição) de realização de promoções altruísticas da doação, em vida, de células, tecidos ou órgãos humanos;

iv) Não se menciona se são ou não inadmissíveis as colheitas, em vida, a recém-nascidos anencefálicos<sup>22</sup>;

v) Não se prevêem os casos de remoção de órgão ou tecido para uma finalidade distinta da dádiva para transplantação<sup>23</sup>.

Um outro campo que poderia merecer mais atenção, e que não está desenvolvido na legislação actualmente em vigor, é o dos chamados “transplantes cruzados” (directos ou indirectos). E isto, apesar das reservas que podem merecer tais transplantes (ou até por causa delas...), dados os riscos de transacção ou de aproveitamento que podem resultar do mecanismo de “troca” subjacente.

<sup>22</sup> Como refere Ferraz Gonçalves (em “Conceitos e critérios de morte”, in: *Nascer e Crescer*, 16 (4), 2007, p. 247), “estes recém-nascidos não têm cortex cerebral, não têm nem podem vir a ter qualquer grau de consciência reflexiva. No entanto, tal como acontece no EVP [estado vegetativo persistente], o seu tronco cerebral funciona total ou parcialmente”. Estes casos são delicados porque, como também refere, “a escassez de órgãos para transplante em crianças levou [...] alguns pais destas crianças [a admitir o transplante porque] assim veriam uma finalidade no nascimento do seu filho pelo bem que resultaria, para outras crianças, da doação dos órgãos. Porém, estas crianças não estão mortas [mesmo que tenham uma existência raras vezes superior a 1 dia] segundo o conceito vigente de morte cerebral total ou de morte do tronco cerebral, condição necessária para se poder fazer a colheita de órgãos.”

<sup>23</sup> Talvez por causa da controvérsia subjacente... Bastará contrastar o que refere a Convenção de Oviedo (v. art. 22.º) com o Protocolo adicional de 2002 (v. art. 20.º, n.º 1).

Por outro lado, deve ter-se presente que as exigências e as consequências das “intervenções dependentes” (que podem, eventualmente, originar desfechos distintos...), obrigam a que se faça, a respeito destas, uma ponderação (ética, técnica e legal) muito cautelosa.

