



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
Assessores do Gabinete da PGR

Rua da Escola Politécnica, n.º 140, 1269-269 Lisboa-Portugal.

Tel: 213 921 900 Fax: 213 975 255 Email: correiopgr@pgr.pt

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
N.º PROC.: 9484/18
N.º ENTRADA: 1046
DATA: 15 JAN. 2019
Maria José Veiga Assistente Técnica (Assinatura)

Exmo. Senhor
Chefe de Gabinete de S.E a
Senhora Ministra da Justiça
Dr. Henrique Ataíde Rosa Antunes
Praça do Comércio
1149-019 Lisboa

Ofício n.º 11037.19 de 11-01-2019 - DA n.º 364/19
2018

V. Ref. Ofício n.º 2770/2018 19-12-

Assunto - Parecer sobre o a Proposta de Lei relativa à Alteração ao Código Penal e ao Código de Processo Penal acolhendo as disposições da Convenção do Conselho da Europa contra o Tráfico de Órgãos Humanos

Por determinação do Senhor Vice Procurador-Geral da República, e por reporte ao V. Ofício 2770, de 19/12/2018, tenho a honra de remeter a Vossa Excelência, o contributo da Procuradoria-Geral da República relativamente á Proposta de Lei relativa à Alteração ao Código Penal e ao Código de Processo Penal acolhendo as disposições da Convenção do Conselho da Europa contra o Tráfico de Órgãos Humanos.

Com os melhores cumprimentos,

O Secretário da Procuradoria-Geral da República

Carlos Adérito Teixeira

(Procurador da República)





**MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL**

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

DA: 364/19

PARECER

Assunto:

Proposta de Lei relativa à alteração ao Código Penal e ao Código de Processo Penal acolhendo as disposições da Convenção do Conselho da Europa contra o Tráfico de Órgãos Humanos

*

1- O Ministério da Justiça, através do Gabinete de Sua Excelência a Sra. Ministra da Justiça, solicitou a emissão de parecer escrito sobre a Proposta de Lei relativa à alteração ao Código Penal e ao Código de Processo Penal acolhendo as disposições da Convenção do Conselho da Europa contra o Tráfico de Órgãos Humanos.

Contextualização da Proposta de Lei segundo a sua exposição de motivos

2- A exposição de motivos da iniciativa legislativa supra identificada justifica a sua apresentação, em síntese, com base nos seguintes considerandos:

"A Convenção do Conselho da Europa contra o tráfico de órgãos humanos, aberta à assinatura em Santiago de Compostela em 25 de março de 2015, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 236/2018, em 23 de março de 2018, foi ratificada por Portugal por Decreto do Presidente da República n.º 48/2018, de 07 de Agosto.



**MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL**

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A convenção assenta em três pilares fundamentais: a criminalização de práticas de tráfico de órgãos humanos, o reforço da cooperação internacional e a protecção das vítimas e das testemunhas, tem um pendor essencialmente penal mas não auto exequível, implicando, conseqüentemente, a necessidade de adaptação da legislação penal portuguesa.

O ordenamento jurídico-penal português não consagra o tráfico de órgãos humanos, com a densidade axiológica prevista na mencionada Convenção, como uma incriminação autónoma, pelo que se introduz no Código Penal um tipo legal para conformar o ordenamento jurídico interno às exigências da Convenção – o crime de tráfico de seres humanos.”

A presente alteração ao Código penal e ao Código de Processo Penal permite dar pleno cumprimento às exigências decorrentes da Convenção do Conselho da Europa contra o tráfico de órgãos humanos, reforçando a protecção a vítimas especialmente vulneráveis que muitas vezes são exploradas por associações criminosas altamente organizadas, dedicadas de forma perene a este tipo de práticas.”

3- Análise

3.1 – A Proposta de Lei apresentada a parecer contempla uma revisão a normas do Código Penal e do Código de Processo Penal que visam adaptar a legislação nacional às exigências da Convenção do CE contra o tráfico de órgãos humanos. Diga-se desde já, que tais alterações merecem, na sua globalidade, a nossa concordância.

Em cumprimento do determinado, procede-se à análise da Proposta de Lei remetida pelo Ministério da Justiça.

Procurar-se-á proceder a análise das alterações legislativas propostas, em particular das normas que se relacionem com as atribuições e a atividade do Ministério Público.



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Assim, sobre as normas que, não obstante se prever a sua alteração, não levantem questões de técnica legislativa que contendam com a clareza da interpretação ou outros princípios gerais de Direito e que não respeitem às atribuições do Ministério Público, não nos pronunciaremos.

O preâmbulo da Convenção do Conselho da Europa contra o tráfico de órgãos humanos (adiante Convenção) salienta que o tráfico de órgãos humanos viola a dignidade humana e o direito à vida e constitui uma ameaça grave para a saúde pública.

As soluções legislativas adotadas pelos Estados com vista a conceder eficácia ao combate a um fenómeno criminal de consequências altamente prejudiciais para bens jurídicos de acentuada relevância deverão ser adequadas a afastar esses perigos da sociedade.

3.2- O artigo 2.º da Proposta de Lei apresentada procede à alteração dos artigos 5.º n.º 1 al. c) e 11.º n.º 2 do Código Penal.

As alterações nesta parte determinadas visam, essencialmente, conformar o ordenamento jurídico nacional às imposições da Convenção previstas nos seus artigos 10.º e 11.º. Com efeito, o artigo 10.º determina que os Estados deverão estabelecer a respectiva competência para perseguir as infracções penais criadas pela Convenção nos casos em que esta tenha sido cometida "*a) No seu território; ou b) A bordo de um navio arvorando o pavilhão dessa Parte; ou c) A bordo de uma aeronave registada em conformidade com as leis dessa Parte; ou d) Por um dos seus nacionais, ou e) Por uma pessoa com residência habitual no seu território*".

A generalidade dos casos de competência estabelecidos na Convenção encontram-se já contemplados na Lei portuguesa. Nesta perspetiva, considera-se acertado que a adaptação do ordenamento jurídico nacional tenha incidido na



**MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL**

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

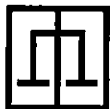
inclusão do crime de tráfico de seres humanos, agora criado, no elenco dos tipos legais de crime previstos no artigo 5.º al. c) do Código Penal. Este artigo passará a prever que o crime de tráfico de órgãos de seres humanos será aplicada a lei portuguesa nos casos em que *"o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado ou entregue em resultado de execução de mandado de detenção europeu ou de outro instrumento de cooperação internacional que vincule o Estado Português"*.

Pese embora a generalidade dos casos previstos na Convenção, quanto à atribuição de competência se encontrem abrangidos pela regulação dos artigos 4.º e 5.º do Código Penal, o certo é que não existe norma que permita a atribuição da lei penal portuguesa aos casos em que o crime tenha sido cometido por uma pessoa com *"residência habitual"* no território português. Ou seja, salvo mais avisada opinião, o critério da residência habitual do perpetrador da infração não se encontra incluído no elenco dos casos previstos nos artigos 4.º e 5.º do Código Penal.

Esta é todavia uma questão que depende apenas do modo como o Estado português se pretende posicionar quanto à adaptação das disposições da Convenção, uma vez que o artigo 10.º n.º 3 determina que *"Qualquer Estado ou a União Europeia poderá, no momento da assinatura ou do depósito do seu instrumento de ratificação, de aceitação ou de aprovação, através de declaração dirigida ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, declarar que se reserva o direito de não aplicar ou de aplicar apenas em casos ou condições específicas as normas de competência estabelecidas no n.º 1, alínea e) do presente artigo"*.

Por se tratar de uma opção de política legislativa, que não cumpre ao Ministério Público apreciar ou comentar, nada mais cumpre afirmar a este respeito.

Sucedem porém que, a confiar no que consta do registo de reservas e declarações disponibilizado pelo Conselho da Europa relativamente a esta



Convenção¹, os únicos países que comunicaram reservas relativamente a esta possibilidade de não aplicação da lei nacional aos casos de factos praticados por residentes habituais foram o Reino Unido e a República Checa.

Nessa medida, a confirmar-se a ausência de comunicação a que alude o citado artigo 10.º n.º 3 deverá, salvo melhor opinião, ponderar-se a inclusão deste critério na lei nacional.

3.3- Por outro lado, a adaptação da lei nacional ao artigo 11.º da Convenção, relativo à responsabilidade penal das pessoas colectivas através da inclusão do crime ora criado de tráfico de seres humanos no elenco do artigo 11.º n.º 2 do Código Penal não nos merece qualquer reparo. Com efeito, a lei nacional contempla todas as especificidades contempladas no artigo 11.º da Convenção, pelo que não poderá deixar de se considerar acertada a técnica legislativa seguida nesta parte.

3.4- O artigo 3.º desta iniciativa legislativa, por seu lado, estabelece as alterações ao Código de Processo penal.

A primeira alteração, e uma das mais relevantes, é a inclusão do crime de tráfico de órgãos humanos no elenco do conceito de criminalidade altamente organizada previsto no artigo 1.º al. m) do Código Processo Penal.

Os efeitos desta inclusão no conceito de criminalidade altamente organizada são estruturantes, e permitem o recurso a diligências de obtenção de

¹Disponível *online* no seguinte endereço de acesso livre e gratuito:
https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/216/declarations?p_auth=y8LABvlu



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

prova e aplicação de mecanismos processuais necessários à investigação dos crimes mais graves e complexos. Destaca-se a este respeito a possibilidade de realização de buscas domiciliárias entre as 21 e as 7 horas, a possibilidade de realização de escutas telefónicas; possibilidade de aplicação de prisão preventiva, e o alargamento dos prazos da prisão preventiva, nos termos do Código de Processo Penal.

Esta opção legislativa é deste modo merecedora de aclamação, e merece a nossa inteira concordância.

3.5- Por outro lado, o **artigo 3.º** desta iniciativa legislativa procede igualmente à inclusão do crime de tráfico de órgãos humanos no elenco do artigo 88.º n.º 2 alínea c), que impede a publicação, por qualquer meio, da identidade de vítimas dos crimes aí identificados pelos órgãos de comunicação social. Naturalmente que esta disposição deverá ser considerada plenamente justificada e necessária. A necessidade de protecção da identidade das vítimas deste crime é tão intensa como das demais infrações que se encontram elencados no mesmo artigo, designadamente os crimes de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual.

3.6- Para além das enunciadas alterações, a presente iniciativa legislativa incluiu ainda o crime de tráfico de órgãos humanos no elenco dos crimes que permitem o recurso a declarações para memória futura, nos termos do artigo 271.º do CPP.

A possibilidade de recurso ao mecanismo de declaração para memória futura visa a protecção das vítimas do crime de tráfico de órgãos, poupando-o ao trauma de reviver vezes sem conta os acontecimentos e ao constrangimento inerente à solenidade e formalismo de uma audiência de julgamento.



Nesta perspectiva, e considerando que com esta alteração legislativa se potencia a indispensável protecção da vítima, não poderá deixar de se concordar com a inclusão deste crime no elenco do artigo 271.º n.º 1.

Note-se que a protecção da vítima é inclusivamente assumida como um dos objectos definidos no artigo 1.º n.º 1 al. b) da Convenção, e os artigos 18.º a 20.º concretizam precisamente este desiderato.

4- O artigo 4.º da Proposta de Lei apresentada visa, por seu lado, aditar ao Código Penal o artigo 144.º-B, sob a epígrafe "Tráfico de órgãos humanos".

O artigo 144.º-B do Código Penal, sob epígrafe Tráfico de órgãos humanos na redação ora proposta assume presente redação:

"1 - Quem extrair órgão humano:

- a) De dador vivo, sem o seu consentimento livre, informado e específico ou de dador*
- b) Quando, em troca da extração, se prometer ou der ao dador vivo, ou a terceiro vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou estas as tenham recebido.*

É punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.

2 - A mesma pena é aplicada a quem, tendo conhecimento das condutas previstas no número anterior:

- a) Por qualquer meio, preparar, apresentar, armazenar, transportar, transferir, receber importar ou exportar órgão humano extraído nas condições nele previstas; ou*
- b) Utilizar órgão humano, ou parte, tecido ou células deste para fim de transplantação investigação científica ou outros fins não terapêuticos. "*



**MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL**

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

3 – Quem, com a intenção de obter, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, aliciar dador ou recetor para fins de extração ou transplantação de órgão humano, é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.

4 – Quem extrair, atribuir ou transplantar órgão humano, em violação das legis artis ou fora das condições legais, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, se pena mais grave lhe não couber por torça de outra disposição legal.

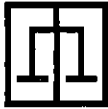
5 – As penas previstas nos números anteriores são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a conduta tiver lugar no quadro de uma associação criminosa ou se a vítima for especialmente vulnerável"

6- A pena é especialmente atenuada sempre que o agente, até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, auxiliar concretamente na obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação de outros responsáveis.»

4.1- O aditamento deste artigo visa adaptar o ordenamento jurídico nacional às disposições da Convenção relativamente aos comportamentos que devem ser criminalizados.

Começando pela integração sistemática, cumpre salientar que a criação deste tipo legal de crime no capítulo do Código Penal dedicado aos crimes contra a integridade física deverá considerar-se uma das soluções admissíveis, podendo não ser, todavia, a única possível ou a mais adequada.

Com efeito, nos seus considerandos a Convenção reitera que os fenómenos criminosos relacionados com o tráfico de órgãos violam a dignidade humana e o direito à vida e constitui uma ameaça grave para a saúde pública. Ainda que a definição do bem jurídico protegido com este crime, ou com este conjunto de comportamentos criminalizados, careça naturalmente de aturada reflexão da doutrina e jurisprudência que sobre ele se venham a pronunciar, o



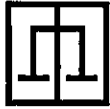
certo é que poderá eventualmente assumir-se como pacífico que os objetivos perseguidos pelos agentes deste crime não serão certamente provocar uma lesão da integridade física das vítimas, nem a esfera de proteção da norma incriminadora se restringe a este núcleo de salvaguardas.

O que verdadeiramente se pretende evitar, para além da extração fora das condições legais, é a comercialização ou utilização por qualquer modo de órgãos humanos fora dos estabelecimentos de saúde reconhecidos nos Estados. Trata-se, em bom rigor, de um crime de exploração ou de empreendimento, em que aquilo que efetivamente se pretende afastar é a remoção e a utilização dos órgãos, designadamente para fins mercantilísticos.

Nessa medida, consideramos que se trata de um fenómeno criminoso mais próximo do crime de tráfico de pessoas, do que dos crimes de ofensa à integridade física. Saliencia-se ainda a este respeito que o crime de tráfico de pessoas poderá inclusivamente ter como finalidade a extração de órgãos.

Consequentemente sugere-se que se pondere a integração sistemática do crime de tráfico de órgãos humanos no artigo 160.º-A do Código Penal, ou seja, na mesma secção e capítulo do crime de tráfico de pessoas.

4.2- A Convenção assume uma forte dimensão substantiva, e pretende criminalizar diversos comportamentos que considera que carecem de tutela penal. No capítulo II da Convenção identificam-se os seguintes comportamentos que devem ser criminalizados: Remoção ilícita de órgãos humanos (artigo 4.º); Utilização de órgãos removidos de forma ilícita para fins de implante ou para outros fins além do implante (artigo 5.º); Implante de órgãos fora do sistema de nacional de transplantes ou em violação de princípios fundamentais da legislação nacional sobre transplantes (artigo 6.º); Solicitação ilícita, recrutamento, oferta e pedido de vantagens indevidas (artigo 7.º); Preparação, preservação,



armazenamento, transporte, transferência, receção, importação e exportação de órgãos humanos removidos ilicitamente (artigo 8.º).

Preveem-se ainda um conjunto de circunstâncias agravantes que devem ser consideradas, bem como a necessidade de punição do Auxílio, instigação e tentativa.

4-3- No artigo **144.º-B n.º 1, alíneas a) e b)** pretende-se conceder efetividade ao disposto no artigo 4.º da Convenção.

Dispõe o artigo 4.º da Convenção que:

"1. Cada uma das Partes adotará as medidas legislativas e outras necessárias para qualificar como infração penal, nos termos do seu direito interno, quando cometida intencionalmente, a remoção de órgãos humanos de dadores vivos ou mortos:

a) Quando a remoção for realizada sem o consentimento livre, informado e específico do dador vivo ou morto, ou, no caso do dador morto, quando a remoção não for autorizada nos termos do seu direito interno;

b) Quando, em troca da remoção de órgãos, tenha sido oferecido ao dador vivo ou a uma terceira pessoa ou estes tenham recebido um ganho financeiro ou uma vantagem comparável;

c) Quando, em troca da remoção de órgãos de um dador morto, tenha sido oferecido a uma terceira pessoa ou esta tenha recebido um ganho financeiro ou uma vantagem comparável."

O artigo 144.º-B n.º 1, na versão constante da proposta integra todos os elementos típicos assinalados pela Convenção, numa redação clara e adaptada à realidade nacional.



Com efeito, o ordenamento jurídico nacional optou por estabelecer um regime em que a doação de órgãos, ou melhor, o consentimento tendente à respetiva doação é presumido, pelo que, desde o momento do nascimento que todos são potenciais dadores. Para que um cidadão nacional se torne não dador será necessário que proceda ao registo dessa indisponibilidade, nos termos do Decreto-lei 244/94, de 26 de Setembro, submetendo ao RENNDA os impressos próprios para a objeção à colheita de órgãos.

Para que alguém se torne não dador terá que, por si, ou através de alguém de direito que o represente (pais, no caso de menores), submeter ao RENNDA os impressos próprios para objeção à colheita de órgãos.

Nessa conformidade, não poderá deixar de se salientar o acerto da opção constante da iniciativa legislativa, onde, ao invés de importar acriticamente as disposições da Convenção, optou por integrar, nos termos da alínea a) do n.º 1 do proposto artigo 144.º-B, os elementos do tipo objetivo por referência às ações de extrair órgão humano *"de dador vivo, sem o seu consentimento livre, informado e específico ou de dador falecido, quando tiver sido validamente manifestada a indisponibilidade para a dádiva"*.

4.4- No n.º 2 do referido artigo 144.º-B, são criminalizadas as condutas daqueles que, com conhecimento das condutas referidas no n.º 1:

"a) Por qualquer meio, preparar, preservar, armazenar, transportar, transferir, receber, importar ou exportar órgão humano extraído nas condições nele previstas, ou

b) Utilizar órgão humano, ou parte, tecido ou células deste para fim de transplantação, investigação científica ou outros fins não terapêuticos".

A disposição prevista na alínea a) deste preceito visa conceder eficácia ao disposto no artigo 8.º da Convenção, que estabelece que *"Cada umas das Partes*



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

adotará as medidas legislativas e outras necessárias para qualificar como infração penal, nos termos do seu direito interno, quando cometidos intencionalmente:

a) A preparação, preservação e armazenamento de órgãos humanos removidos ilicitamente, conforme descrito no n.º 1 do artigo 4 e, se for caso disso, no n.º 4 do mesmo artigo;

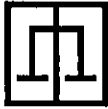
b) O transporte, a transferência, a receção, a importação e a exportação de órgãos humanos removidos ilicitamente, conforme descrito no n.º 1 do artigo 4 e, se for caso disso, no n.º 4 do mesmo artigo 4”.

A alínea b), por seu lado, visa adaptar o ordenamento jurídico nacional às imposições do artigo 5.º da Convenção, que prescreve que:

“Cada uma das Partes adotará as medidas legislativas e outras necessárias para qualificar como infração penal, nos termos do seu direito interno, quando cometido intencionalmente, a utilização de órgãos removidos ilicitamente, conforme descrito no Artigo 4, n.º 1, para fins de implante ou para outros fins que não o implante”.

A concretização da norma incriminadora constante do artigo 144.º-B n.º 2 não nos merece qualquer reparo.

Para além de uma clara e precisa definição dos elementos de que depende o tipo objetivo e subjetivo de ilícito, consideramos que foram cumpridas todas as exigências das designadas normas supranacionais. Com a incriminação destas condutas estará, em nossa perspetiva, salvaguardada a impossibilidade de manipulação, por qualquer modo, de órgãos humanos obtidos nas condições identificados no n.º 1 da norma.



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

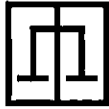
4.5- O n.º 3 da referida norma 144.º-B, por seu lado, determina que *"quem, com a intenção de obter, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, aliciar dador ou recetor para fins de extração ou transplantação de órgão humano, é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos"*.

A incriminação constante deste n.º 3 visa adaptar o ordenamento jurídico nacional às exigências do artigo 7.º da Convenção, que prescreve sob epígrafe de *"Solicitação ilícita, recrutamento, oferta e pedido de vantagens indevidas"*:

"1. Cada uma das Partes adotará as medidas legislativas e outras necessárias para qualificar como infração penal, nos termos do seu direito interno, quando cometidos intencionalmente, a solicitação e o recrutamento de um dador de órgãos ou de um recetor, quando realizado para obtenção de um ganho financeiro ou de uma vantagem considerável para a pessoa que faz a solicitação ou o recrutamento, ou para uma terceira pessoa.

2. Cada uma das Partes adotará as medidas legislativas e outras necessárias para qualificar como infração penal, nos termos do seu direito interno, quando cometidos intencionalmente, a promessa, a oferta ou a concessão, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem indevida a profissionais de saúde, aos seus funcionários públicos ou a pessoas que dirigem ou trabalham para entidades do sector privado, a qualquer título, tendo em vista realizar ou facilitar a remoção ou o implante de um órgão humano, sempre que tal remoção ou implante ocorra nas circunstâncias descritas no n.º 1 do artigo 4 ou no artigo 5 e, se for caso disso, no n.º 4 do artigo 4 ou no artigo 6.

3. Cada uma das Partes adotará as medidas legislativas e outras necessárias para qualificar como infração penal, nos termos do seu direito interno, quando cometidos intencionalmente, o pedido ou o recebimento por profissionais de saúde, pelos seus funcionários públicos ou por pessoas que dirigem ou trabalham para



**MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL**

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

entidades do setor privado, a qualquer título, de qualquer vantagem indevida com vista a realizar ou a facilitar a realização de uma remoção ou de um implante de um órgão humano, sempre que essa remoção ou implante ocorra nas circunstâncias descritas no n.º 1 do artigo 4 ou no artigo 5 e, se for caso disso, no n.º 4 do artigo 4 ou no artigo 6".

Admite-se que se considere que os comportamentos previstos nos n.ºs 2 e 3 deste artigo 7.º da Convenção estarão já abrangidos pelos elementos típicos de outros crimes previstos no ordenamento jurídico nacional, designadamente aqueles que encontram previsão no universo dos fenómenos criminais relacionados com a corrupção.

Nessa media, não nos merece qualquer reparo a opção por consagrar neste n.º 3 do proposto artigo 144.º-B os elementos típicos definidos no artigo 7.º n.º 1 da Convenção.

Sucedem que, para além das referências à obtenção de vantagem patrimonial ou não patrimonial, (conceitos suficientemente assimilados pelo ordenamento jurídico nacional) a norma incriminadora assume como elemento típico nuclear a modalidade de ação de «aliciar».

Se é certo que este conceito de aliciar poderá incluir uma multiplicidade de comportamentos traduzidos em atos de convencimento de alguém para as referidas finalidades, temos algumas dúvidas que o mesmo permita integrar plenamente as modalidades típicas de «solicitação o recrutamento» que constam da Convenção.

Na verdade, o conceito de aliciar sendo adequado a integrar a modalidade prevista na Convenção traduzida no comportamento de solicitação, já não será suficientemente abrangente para que se considere, sem mais, que inclui o conceito de recrutamento. Seria, nesta perspetiva, eventualmente adequado que



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

se ponderasse a inclusão dos elementos típicos traduzidos nos comportamentos de solicitar e recrutar na norma incriminadora nacional.

Por outro lado, merecerá igualmente alguma reflexão a manutenção da moldura penal abstrata fixada entre 3 e 10 anos de pena de prisão. Se é certo que estes comportamentos assumem elevada ilicitude, e merecem, conseqüentemente, uma resposta penal suficientemente dissuasora, não é menos certo que deverá garantir-se a necessária harmonização entre as molduras penais previstas para os diferentes crimes do ordenamento jurídico nacional. Com efeito, é indispensável que nas molduras abstratas se espelhe a diferença de valoração relativa à maior ofensividade da censura jurídica dos diferentes crimes, sob pena de violação do **princípio da perequação**.

Poderá, nessa medida, existir na determinação da moldura abstrata da pena para este crime do n.º 3 do artigo 144.º-B um problema de respeito pelo princípio da perequação, uma vez que os comportamentos daqueles que, sendo funcionários, com acrescidos deveres de correção, praticarem os factos previstos nos n.º 2 e 3 da Convenção, estariam sujeitos, por eventual consumação de um crime de corrupção, a uma pena de prisão de 1 a 8 anos, eventualmente agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo, nos termos dos artigos 374.º e 374.º-A do Código Penal.

Nesta conformidade, sugere-se a seguinte redação:

"quem, com a intenção de obter, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, solicitar, aliciar ou recrutar dador ou recetor para fins de extração ou transplantação de órgão humano, é punido com pena de prisão até 8 anos".

4.6- O n.º 4 do artigo 144.º-B determina que *"quem extrair, atribuir ou transplantar órgão humano, em violação das leyes artis ou fora das condições legais, é*



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal."

Este artigo visa conceder eficácia ao artigo 6.º da Convenção, que sob epígrafe *"Implante de órgãos fora do sistema de nacional de transplantes ou em violação de princípios fundamentais da legislação nacional sobre transplantes"* determina que:

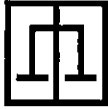
"Cada uma das Partes adotará as medidas legislativas e outras necessárias para qualificar como infração penal, nos termos do seu direito interno, quando cometido intencionalmente, o implante de órgãos humanos de dadores vivos ou mortos, quando o implante for realizado fora do âmbito do seu sistema nacional de transplantes ou quando for realizado em violação dos princípios fundamentais da legislação nacional sobre transplantes. (...)".

Não poderemos deixar de assinalar que a definição dos elementos do tipo objetivo deste crime nos merece alguns reparos.

Na verdade, assumimos fortes reservas quanto à verificação dos requisitos impostos pelo princípio da legalidade relativamente à conduta definida como *"quem extrair, atribuir ou transplantar órgão humano, em violação das leges artis (...)* é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal".

Como se refere no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28.09.2005, proferido no processo 05P1831 e relatado por Henriques Gaspar:

" O princípio da legalidade, com inscrição constitucional (artigo 29º, nº 1 da Constituição) significa, no conteúdo essencial, que não pode haver crime nem pena que não resultem de uma lei prévia, escrita, estrita e certa (nullum crimen, nulla poene sine lege).



O princípio da legalidade exige que uma infracção esteja claramente definida na lei, estando tal condição preenchida sempre que o interessado possa saber, a partir da disposição pertinente, quais os actos ou omissões que determinam responsabilidade penal e as respectivas consequências".

O problema com a redação desta norma incriminadora reside, em primeiro lugar, na indefinição do conceito de *legis artis* para estes efeitos². Pese embora este conceito seja utilizado na concretização dos elementos do tipo objetivo de outros ilícitos penais, designadamente no artigo 150.º do Código Penal, que incrimina as intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, não poderá, em nossa perspectiva, ser utilizado num crime comum, ou seja, num crime que não exige qualquer qualidade especial seja do sujeito ativo ou passivo do crime.

A referência às *legis artis*, qualquer que estas sejam, apenas fará sentido nos **crimes próprios**, ou seja, nos crimes que exigem uma determinada qualidade especial do agente. Sucede que a norma incriminadora ora proposta prevê uma conduta que pode ser praticada por qualquer pessoa (utiliza o pronome "quem"), pelo que, no limite, e não se definindo qualquer qualidade do agente, não se saberá sequer qual o domínio técnico que deverá servir de referência para concretizar as ditas "*legis artis*", designadamente se são as ciências médicas ou outras.

Todavia, e ainda que se considere que as *legis artis* que figuram como elemento típico determinante da norma incriminadora proposta são as artes médicas, ou seja o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina,

² Note-se, que, tal como se refere no citado Acórdão, os problemas de concretização dos elementos típicos, designadamente os "Esquecimentos, lacunas, deficiências de regulamentação ou de redação funcionam por isso sempre contra o legislador e a favor da liberdade, por mais evidente que se revele ter sido intenção daquele (ou constituir finalidade da norma) abranger na punibilidade também certos (outros) comportamentos» (Figueiredo Dias, "Direito Penal - Parte Geral", Tomo I, "Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime", 2004, pág. 168)."



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

consideramos que o problema não ficaria igualmente resolvido, agravando-se, porventura.

Nesse caso, para além de continuar a apresentar-se como altamente improvável a possibilidade de condenação por violação das *legis artis* médicas alguém que não tenha qualificações nas ciências médicas (designadamente por impossibilidade de concretização dos elementos do tipo objetivo) passaria igualmente colocar-se o problema de se estabelecer uma incriminação específica para os casos de "erro clínico" quando o que está em causa é uma intervenção médica no âmbito da transplantação de órgãos humanos. Ou seja, nestes casos, o que estaria em causa seria uma incriminação que já não estaria inserida no domínio específico do tráfico de seres humanos, mas a punição por violação do estado dos conhecimentos e da experiência da medicina no âmbito específico da transplantação de órgãos. Isto porque, desde logo, não se exige neste número 4 do artigo 144.º-B que os órgãos tenham sido obtidos por qualquer dos comportamentos descritos nos números anteriores, nem tal exigência poderia, em nossa opinião, ser consagrada, uma vez que constituiria, nesse caso, uma repetição do comportamento punido pelo n.º 2 alínea b) do mesmo artigo, num discurso que seria, nesse caso, assumidamente tautológico.

A este respeito seria necessário formular diversas questões, designadamente:

- Apurar se existe fundamento para que se crie um crime específico de violação das *legis artis* médicas especificamente para os casos de transplantação, designadamente qual a razão de ciência para que se considere que a ilicitude de um erro médico no âmbito da transplantação é mais intensa do que numa intervenção de outro domínio, designadamente na área da oncologia, pediatria ou qualquer outra área médica.



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

- Na afirmativa, qual a razão para que esta incriminação, que assume claramente autonomia relativamente aos demais comportamentos punidos, se encontre incluída nesta norma penal.

Por outro lado, não consideramos igualmente adequado que se definam os elementos do tipo objetivo de um crime por referência genérica e sem qualquer concretização aos casos de transplantação *"fora das condições legais"*. Isto porque, este conceito de "condições legais" abarca todas as situações reguladas legalmente nesta matéria, designadamente todos os procedimentos que se encontram abrangidos na Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, sobre colheita e transplante de órgãos.

Neste termos, tal como se encontra desenhada a norma incriminadora proposta, um transplante realizado num estabelecimento de saúde oficial, por profissionais habilitados e certificados poderia conduzir à punição de algum dos seus clínicos numa pena de 1 a cinco anos de prisão, se, por exemplo, não fosse verificada a confidencialidade a que respeita o artigo 4.º da referida lei, ou se não fosse devidamente assegurado o dever de informação previsto no artigo 7.º³, uma vez que nestes casos, por não terem sido cumpridas estas formalidades, o transplante poderia ser considerado realizado *"fora das condições legais"* ou seja, em violação de regras legalmente definidas. Sucede porém que a violação dessas regras não assume, em nossa perspetiva, dignidade penal, nem será nesse sentido que aponta o artigo 6.º da Convenção. A violação das condições legais deveria apenas ter por referência os princípios fundamentais da legislação sobre transplantação, e não assumir, em tese, todos os critérios legalmente definidos (designadamente os deveres acessórios dos clínicos para com os pacientes ou

³ Que determina que *"o médico deve informar, de modo leal, adequado e inteligível, o dador e o receptor dos riscos possíveis, das consequências da dádiva e do tratamento e dos seus efeitos secundários, bem como dos cuidados a observar ulteriormente"*.



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

outros que não devam ser incluídos neste núcleo dos princípios fundamentais da legislação).

Por fim, e como elemento determinante, consideramos que tal como se encontra redigida, esta norma não possui a virtualidade de integrar no ordenamento jurídico nacional a incriminação prevista no artigo 6.º da Convenção, que no essencial, assume como elemento típico determinante os casos em que o implante é realizado fora do âmbito do sistema nacional de transplantes ou quando é realizado em violação dos princípios fundamentais da legislação nacional sobre transplantes.

Com efeito, a realização dos transplantes de órgãos fora do sistema nacional de transplantação deveria, em nossa perspectiva, merecer consagração expressa.

Nessa medida, sugere-se a seguinte redação para o n.º 4 deste artigo 144.º-

B:

“Quem extrair, atribuir ou transplantar órgão humano, fora de estabelecimento de saúde autorizado para esse efeito, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”

4.7- O n.º 5 da norma incriminadora prescreve, por seu lado, que *“as penas previstas nos números anteriores são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a conduta tiver lugar no quadro de uma associação criminosa ou se a vítima for especialmente vulnerável”*.



A convenção que a presente iniciativa legislativa visa implementar, adaptando o ordenamento jurídico nacional, prevê no artigo 13.º as seguintes circunstâncias agravantes, relativamente aos tipos legais de crime identificados:

"a) A infração ter causado a morte ou ter causado um dano grave à saúde física ou mental da vítima;

b) A infração ter sido cometida por uma pessoa com abuso do seu cargo;

c) A infração ter sido cometida no contexto de uma organização criminosa;

d) O autor da infração ter sido previamente condenado por infrações previstas de acordo com a presente Convenção;

e) A infração ter sido cometida contra uma criança ou qualquer outra pessoa particularmente vulnerável".

Não poderá deixar de se salientar que a generalidade das circunstâncias agravantes encontram já consagração expressa no ordenamento jurídico nacional.

Aquelas que exigiriam, eventualmente, previsão autónoma são precisamente aquelas que constam da alínea c) e da alínea e).

Relativamente à agravação resultante da circunstância de o facto ter sido praticado no âmbito de uma associação criminosa será eventualmente adequado considerar algumas especificidades. Em primeiro lugar, se estiverem verificados os elementos típicos do crime de associação criminosa, previsto no artigo 299.º do Código Penal, os agentes serão punidos pela prática deste crime. Sendo punidos pela prática deste crime falecem os pressupostos para que possa operar esta circunstância agravante. Nesta conformidade, com vista a que sejam abrangidos comportamentos que não se encontrem necessariamente consumidos pela punição pelo crime de associação criminosa, sugere-se que se pondere a eventual



previsão, como circunstância agravante da circunstância de os factos terem sido praticados de forma organizada.

Nesta conformidade, sugere-se a seguinte redação:

"As penas previstas nos números anteriores são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a conduta tiver sido praticada de forma organizada ou se a vítima for especialmente vulnerável".

4.8- O n.º 6 do proposto artigo 144.º-B do Código Penal determina que *"a pena é especialmente atenuada sempre que o agente, até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, auxiliar concretamente na obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação de outros responsáveis"*.

A formulação deste preceito segue precisamente a mesma estrutura e a mesma formula utilizada, entre outros, no artigo 374.º-B n.º 2 do Código Penal, no artigo 19.º-A da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, ou em algumas normas da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto.

Nesta conformidade, e porque se considera que este mecanismo de atenuação de pena poderá, em determinados casos, constituir uma medida potencialmente eficaz na busca da verdade material, não poderá deixar de se concordar com a sua previsão expressa.

CONCLUSÕES

IV- As propostas de alteração ora apresentadas contribuem, na sua generalidade para assegurar uma correta e efetiva adaptação do ordenamento jurídico nacional às exigências da Convenção do Conselho da Europa contra o



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Tráfico de Órgãos Humanos em conformidade com as considerações que
antecedem.

*

Este é o nosso parecer.

9484/2018
Larrea