

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

INGRID FOLTZ HANSER

**COMÉRCIO DE PARTES DO CORPO HUMANO: TRÁFICO DE ÓRGÃOS
NO BRASIL E ARGUMENTOS ACERCA DA DESCRIMINALIZAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso

Orientador: Prof. Dr. Víctor Gabriel de Oliveira Rodríguez

Ribeirão Preto

2015

INGRID FOLTZ HANSER

**COMÉRCIO DE PARTES DO CORPO HUMANO: TRÁFICO DE ÓRGÃOS
NO BRASIL E ARGUMENTOS ACERCA DA DESCRIMINALIZAÇÃO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da
Universidade de São Paulo (FDRP – USP) para a
obtenção do grau de bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Víctor Gabriel de Oliveira
Rodríguez

Ribeirão Preto

2015

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

Hanser, Ingrid Foltz

Comércio de partes do corpo humano: tráfico de órgãos no Brasil e argumentos acerca da descriminalização. Ribeirão Preto, 2015.

103 p. ; 30 cm

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/ USP

Orientador: Rodríguez, Victor Gabriel de Oliveira

1. Tráfico de órgãos. 2. Comércio de partes do corpo 3. Lei de Transplantes 4. Bem jurídico penal

Nome: HANSER, Ingrid Foltz

Título: COMÉRCIO DE PARTES DO CORPO: TRÁFICO DE ÓRGÃOS NO BRASIL E ARGUMENTOS ACERCA DA DESCRIMINALIZAÇÃO.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP – USP) para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

“O Estado proíbe ao indivíduo a prática do mal, não porque deseja aboli-la, mas porque deseja monopolizá-la, tal como sal e fumo.”
(Sigmund Freud - Reflexões para os tempos de guerra e morte)

AGRADECIMENTOS

À minha mãe e minha irmã, pois sem nosso tripé eu jamais teria chegado até aqui.

Agradeço aos amigos e companheiros de jornada pela paciência, carinho e inúmeros momentos de alegria, sendo desnecessário nomeá-los, posto que sabem estar aqui contemplados.

Agradeço aos colegas de Vetusta que apoiaram desde o princípio meu desejo de mudança, e me acolheram em tempos tão difíceis.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Víctor Gabriel Rodríguez, pela constante disponibilidade e boa vontade, ensinamentos e serenidade com que me auxiliou na condução da pesquisa.

Agradeço ao Prof. Dr. Jair Aparecido Cardoso, pela amizade e apoio durante toda minha graduação.

RESUMO

O tráfico de órgãos é uma realidade de amplitude global e suas rotas incluem o Brasil como país tipicamente de origem de vítimas. O mercado ilegal de partes do corpo surge da alta demanda por órgãos e da insuficiência da oferta, uma vez que os sistemas fundamentados no altruísmo das doações - que são a regra no contexto mundial - não demonstram ser eficientes no atendimento de todos os pacientes que necessitam de transplantes. Diante disso, surge a proposta de que os Estados descriminalizem o comércio de órgãos, dando abertura para a criação de um mercado regulado de partes do corpo, de modo a suprir de modo mais satisfatório a demanda ao atribuir estímulos financeiros à oferta. A questão, no entanto, envolve tanto elementos éticos como econômicos e jurídicos, tornando a discussão acerca dos argumentos favoráveis e contrários à descriminalização essencial. A Constituição Federal do Brasil veda o comércio de órgãos, tecidos para fins de transplante em seu art. 199, § 4º, alinhando-se aos tratados internacionais de combate ao tráfico de pessoas, essencialmente o Protocolo de Palermo. Além disso, o ordenamento jurídico brasileiro criminaliza condutas relativas ao tráfico nos artigos 14 a 20 da Lei 9.434 de 1997, chamada Lei de Transplantes. Contudo, a legislação brasileira apresenta falhas, e as políticas públicas de enfrentamento ao tráfico e assistência às vítimas ainda são insuficientes. Nesse contexto, o presente trabalho visa apresentar dados sobre a realidade do tráfico de órgãos no Brasil, além de apontar falhas na legislação brasileira e destacar os principais argumentos contrários e favoráveis à descriminalização do comércio de partes do corpo, abordando, assim, diferentes perspectivas e propostas de solução ao problema do tráfico de órgãos.

PALAVRAS-CHAVE: Tráfico de órgãos. Comércio de partes do corpo. Lei de Transplantes. Bem jurídico penal.

ABSTRACT

The organ trafficking is a world-wide reality and its routes include Brazil as a typical country of origin of victims. The illegal Market of body parts arises from the high demand for organs and supply insufficiency, since the systems based on the altruism of donations – that are the rule in the global context - do not demonstrate to be efficient in serving all patients that require transplants. Therefore, emerge the proposal that de States decriminalize trade in organs, thus giving room for the creation of a regulated market of body parts in order to more satisfactorily meet the demand, giving financial incentives to the supply. The issue, however, involves both ethical elements as economic and legal, making the discussion about the arguments for and against the decriminalization essential. The Federal Constitution of Brazil prohibits trade in organs and tissues por transplantation purposes in its article 199, § 4, aligning itself with international treaties to combat trafficking in persons, primarily the Palermo Protocol . In addition, the Brazilian legal system criminalizes conducts concerning trafficking in articles 14-20 of the Law 9.434/1997, called Transplants Act. However, Brazilian law has flaws, and public policies for combating trafficking and assisting victims are still insufficient. In this context, this paper aims to present data on the reality of organ trafficking in Brazil , while pointing out flaws in Brazilian legislation and highlight the main arguments against and in favor of decriminalization of body parts trade, addressing different perspectives and proposed solutions to the problem of organ trafficking .

KEYWORDS: Organ Trafficking. Body parts trade. Transplant Act. Criminal juridical value.

LISTA DE SIGLAS

ABTO: Associação Brasileira de Transplante de Órgãos

ANVISA: Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CFM: Conselho Federal de Medicina

UNODC: Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime

OMS: Organização Mundial de Saúde

ONG: Organização não Governamental

SNJ: Secretaria Nacional de Justiça

DATPA: Dialysis and Transplant Patients Association

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

- Figura 1: Principais áreas de destino do tráfico transnacional e suas origens significativas, 2010-2012 P. 18
- Figura 2: Formas de exploração dentre as vítimas de tráfico detectadas, 2011 P. 19
- Figura 3: Formas de exploração entre as vítimas de tráfico detectadas, por região, 2010-2012 ou mais recentes P. 19
- Figura 4: Rotas do tráfico internacional de órgãos P. 24
- Figura 5: Número de denúncias recebidas sobre tráfico de pessoas no Dique 100 da Secretaria de Direitos Humanos, especificadas por tipos criminais e categoria das vítimas. P. 29
- Figura 6: Pacientes na lista de espera para transplantes no Irã em 2011 P. 58
- Figura 7: Crimes Correlatos ao Tráfico para Fins de Remoção de Órgãos, Tecidos e Partes do Corpo Humano P. 51

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 TRÁFICO DE ÓRGÃOS NO MUNDO E NO BRASIL	15
2.1 TRÁFICO DE PESSOAS	15
2.2 TRÁFICO DE ÓRGÃOS	21
2.3 TRÁFICO DE ÓRGÃOS NO BRASIL	27
3 O MERCADO HUMANO: ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS À DESCRIMINALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE ÓRGÃOS E TECIDOS HUMANOS	32
3.1 HISTÓRICO.....	33
3.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À ABERTURA DO MERCADO DE PARTES DO CORPO HUMANO	37
3.3 O CASO DO IRÃ.....	48
4 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL NO BRASIL	53
4.1 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTES.....	53
4.2 LEGISLAÇÃO EM VIGOR	55
5 BEM JURÍDICO TUTELADO	67
5.1 TEORIA DO BEM JURÍDICO PENAL.....	67
5.2 BEM JURÍDICO TUTELADO NA CRIMINALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE ÓRGÃOS E TECIDOS HUMANOS	74
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	83

1 INTRODUÇÃO

O Brasil, ao tornar-se signatário do Protocolo de Palermo¹ por meio do Decreto nº 5.017 de 2004, assumiu junto à comunidade internacional o compromisso e implementar políticas de combate e prevenção ao tráfico de pessoas. A norma visa, essencialmente, o estabelecimento de um instrumento universal apto a prevenir e punir a exploração de pessoas e proteger as vítimas destes crimes.

Este protocolo, ao definir o tráfico de pessoas, inclui no conceito a remoção de órgãos como uma das formas de exploração possíveis, ao lado da exploração sexual e trabalho escravo. Diz o texto da norma:

Artigo 3

Definições

Para efeitos do presente Protocolo:

a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a **remoção de órgãos**. (grifo nosso)

Posteriormente, em 2007, diante da preocupação demonstrada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) a respeito do tráfico internacional de órgãos e tecidos, a *Transplantation Society* em conjunto com a *International Society of Nephrology* lançaram as bases para que fosse elaborada uma Declaração formal, com o objetivo de inspirar medidas e unir os países em torno do combate às práticas antiéticas nos transplantes de órgãos. Em 2008, uma Assembleia que contou com mais de 150 representantes de 78 países aprovou em plenário o texto da Declaração, que incorporou o consenso de todos os participantes traçando

¹ BRASIL. Decreto 5.017 de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 de março de 2004, Seção 1 - 15/3/2004, p. 10.

a definição de tráfico de órgãos, do turismo de transplantes e do mercantilismo, além de lançar os princípios básicos das práticas de transplante e alternativas para solucionar o problema da escassez de órgãos.² Sua elaboração contou com a participação de representantes do Brasil, e foi endossada pela Associação Brasileira de Transplante de Órgãos (ABTO).

A chamada Declaração de Istanbul sobre Tráfico de Órgãos e Turismo de Transplantes adaptou os conceitos do Protocolo de Palermo especificamente ao tráfico de órgãos e tecidos, e consta como o principal documento de referência internacional sobre tal tema. No entanto, vale ressaltar que, enquanto Declaração, o documento não possui valor normativo, ou seja, não atribui obrigações aos signatários, apesar de expressar vontade no sentido de implementação dos princípios e medidas.

O Brasil, por sua vez, apresenta legislação própria com o fito de coibir o tráfico de órgãos no território nacional. A Lei 9.434 de 4 de fevereiro de 1997, chamada Lei de Transplantes, tipifica uma série de condutas diretamente relacionadas à manipulação de órgãos e tecidos humanos em seus artigos 14 a 20.³

Referidos artigos, previstos no Capítulo V, Seção I (Dos Crimes) da Lei, prevêem sanções para a remoção, comercialização, transporte, depósito, distribuição e realização de transplantes ou enxertos com órgãos, tecidos ou outras partes do corpo humano obtidos de forma ilegal. A mesma lei traz, ainda, em seus artigos 21, 22 e 23, sanções administrativas aos estabelecimentos de saúde e equipes médicas que atuarem em desacordo com as disposições previstas no diploma normativo.

A Lei de Transplantes ao criminalizar o comércio de órgãos, tecidos e partes do corpo e demais condutas relacionadas ao tráfico, está em consonância com o texto constitucional. A Constituição Federal de 1988, além de prever em seu art. 5º, III, que ninguém será submetido a tratamento desumano e degradante, dispõe claramente sobre a remoção de órgãos e tecidos, *in verbis*:

² DECLARATION OF ISTANBUL CUSTODIAN GROUP. **The history and development of the Declaration of Istanbul**. 2014. Disponível em: <<http://www.declarationofistanbul.org/about-the-declaration/history-and-development>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

³ BRASIL. Lei nº 9.434.. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 fev. 1997. Seção 1 - 5/2/1997. p. 2191.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.
(...)

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.⁴

Há, ainda, no ordenamento pátrio, previsão de normas administrativas diretamente relacionadas aos transplantes, a exemplo das portarias do Ministério da Saúde e do Conselho Federal de Medicina, referentes a procedimentos técnicos e operacionalização do Sistema Nacional de Transplantes.⁵

Não obstante a previsão de um sistema organizado de transplantes, da tipificação de condutas relacionadas à manipulação ilegal de órgãos e tecidos humanos com penas de até vinte anos de reclusão e um complexo de normativas técnicas que visam garantir o perfeito funcionamento do Sistema Nacional de Transplantes, o tráfico de órgãos é uma realidade no Brasil.

Apesar de tomado ainda como lenda urbana ou sensacionalismo pela opinião pública, a repercussão de casos de tráfico nacional, bem como da participação do país na rota internacional, fez com que especial olhar fosse lançado à questão e políticas de prevenção e repressão fossem repensadas. No entanto, as iniciativas legislativas não constituem, ainda, resposta satisfatória diante da complexidade de tal crime.⁶

Não existem dados precisos sobre o número de casos de tráfico de órgãos no Brasil. Isso se justifica, primeiramente, por serem vítimas, em regra, pessoas socialmente excluídas, que, por sua própria situação, não comunicam as autoridades e são resistentes em prestar informações. Nesse ponto é válido ressaltar que a Lei de Transplantes tipifica em seu art. 15 a venda de tecidos, órgãos, e partes do corpo, ou seja, o indivíduo que dispõe de seus órgãos incide em crime e está sujeito a pena de até oito anos de reclusão, além de multa.

⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 de outubro de 1988.

⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de investigar a atuação de organizações criminosas atuantes no tráfico de órgãos humanos**. Brasília, nov. 2004, p. 43-50. Disponível em: <<http://www.justica.sp.gov.br/StaticFiles/SJDC/ArquivosComuns/ProgramasProjetos/NETP/CPI%20ORGAO S.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2015.

⁶ Ibidem, p. 5.

No entanto, é necessário ressaltar que o tráfico de órgãos no Brasil não se constitui em uma única modalidade. A atuação das máfias não é homogênea, e não atinge o mesmo padrão de vítimas. Os casos apurados pela justiça brasileira envolvem tanto o aliciamento de pessoas em situação de extrema pobreza para que vendam seus órgãos, como a atuação de equipes médicas na suspensão de cuidados médicos e a decretação duvidosa de morte encefálica em pacientes terminais para remoção e extravio de órgãos.⁷ Situações tão díspares merecem atenção do legislador quanto a suas peculiaridades, para que os meios de prevenção e repressão sejam eficazes.

No caso específico de comércio de órgãos por pessoa viva, portanto, não há qualquer incentivo para denúncia por parte das vítimas. Por sua vez, na remoção ilegal de órgãos e tecidos de cadáveres, a apuração dos fatos é bastante difícil.⁸ Some-se a isso o fato de que não existe interesse político em que as informações sobre o tráfico sejam apuradas e divulgadas, diante da premissa de que a doação voluntária seria desestimulada, agravando ainda mais a disparidade entre a oferta e a demanda de órgãos, situação já drástica no país.

Cabe a consideração, ainda, de que o tráfico de órgãos é um crime complexo, de estrutura organizada e que dá às máfias poder e influência política. Os valores bilionários que o tráfico de pessoas movimenta, a organização e amplitude das condutas delitivas e a vulnerabilidade das vítimas, o cenário de baixa fiscalização por parte dos órgãos públicos, demanda inesgotável e poder de barganha política, tornam o combate ao tráfico de órgãos uma questão muito mais abrangente do que a simples imposição de sanções penais.⁹

Diante da força das máfias e a dificuldade de fiscalização de suas práticas, uma das possibilidades levantadas como instrumento de combate ao mercado ilegal é a descriminalização e regulamentação do comércio de órgãos e tecidos humanos. Amplamente debatida, a hipótese está longe de alcançar consenso.

Partindo de uma lógica estritamente econômica, a dinâmica do mercado resolveria em grande parte o problema das filas de espera, reduziria drasticamente o preço de órgãos em

⁷ Ibidem, p. 69-168.

⁸ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME; BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. **Relatório Nacional sobre o Tráfico de Pessoas**: consolidação dos dados de 2005 a 2011. 2013, p. 5. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/noticias/2013/04/2013-04-08_Publicacao_diagnostico_ETP.pdf> Acesso em: 15 jun. 2015.

⁹ RIBEIRO, Fábio Pereira. Tráfico de órgãos uma tragédia silenciosa. **Exame**. Brasil e Mundo, fev. 2014. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/rede-de-blogs/brasil-no-mundo/2014/02/16/trafico-de-orgaos-uma-tragedia-silenciosa/>> Acesso em: 23 jan. 2015.

comparação aos praticados pelas máfias e, ainda, serviria de estímulo a mais doações.¹⁰ A ótica aqui utilizada é utilitarista: receberiam os órgãos aqueles que deles necessitam, e seriam remunerados aqueles que estão dispostos a vendê-los.¹¹ Sob tal perspectiva, ainda, argumenta-se a favor da autonomia do indivíduo sobre o próprio corpo e suas partes, enquanto direito de personalidade.

Por outro lado, inúmeros contrapontos são levantados a respeito da descriminalização e da regulação do comércio de órgãos. Referem-se, essencialmente, à proteção da dignidade da pessoa humana e à hipótese de exploração acirrada da população econômica e socialmente vulnerável. A Organização Mundial de Saúde e a Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos são instituições de peso que condenam a possibilidade de remuneração pela cessão de órgãos.¹²

Sob a ótica jurídica, existem interpretações divergentes a respeito da violação das previsões constitucionais com a descriminalização. Segundo uma das linhas interpretativas, a vedação constitucional não exige que a prática do comércio de órgãos seja tipificada penalmente, existindo alternativas de controle e sanção, preservando-se sempre a subsidiariedade do direito penal.

No mais, os casos emblemáticos de tráfico de órgãos no Brasil apontam para falhas tanto nos mecanismos de controle do Sistema Nacional de Transplantes, como nas respostas punitivas estabelecidas pela Lei de Transplantes Brasileira (9434/97) e Código de Ética Médica¹³. No âmbito internacional, observa-se já um movimento de integração entre os Estados para que sejam estabelecidas ações conjuntas de enfrentamento ao tráfico de pessoas, iniciativa esta que necessita da participação e da implementação pelo Brasil.¹⁴

¹⁰ FRIEDMAN, Eli; FRIEDMAN, Amy. Payment for donor kidneys: Pros and cons. **Official Journal of the International Society of Nephrology**, n. 69, p. 960-962, 2006. Disponível em: <<http://www.nature.com/ki/journal/v69/n6/full/5000262a.html>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

¹¹ BURGOS, Pedro; GARATONNI, Bruno. E se venda de órgãos fosse legalizada? **Revista Superinteressante**, ed. 252, maio de 2008. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ciencia/e-se-venda-de-orgaos-fosse-legalizada>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

¹² SEGATTO, Cristiane. Supermercado de órgãos. **Revista Época**, abr. de 2006. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI53875-15228,00-SUPERMERCADO+DE+ORGAOS.html>>. Acesso em 25 fev. de 2015.

¹³ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM Nº1931/2009. Código de Ética Médica. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 de setembro de 2009, Seção I. p. 90.

¹⁴ CONCIL OF EUROPE. **Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs**. Santiago de Compostela, 25 de março 2015. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/216.htm>> Acesso em: 16 mai. de 2015.

O que se pretende deixar evidente é o fato de que a discussão sobre o tráfico de órgãos e seu combate exige a análise desde inúmeras perspectivas e questões intrincadas. Para além do aspecto de técnica legislativa, devem ser ponderados fatores econômicos, sociais, políticos e bioéticos, além do ponto fundamental do estabelecimento de mecanismos eficientes de controle.

Nos próximos capítulos desenvolveremos aspectos primordiais acerca do tráfico de órgãos e a possibilidade de descriminalização do comércio, aprofundando o estudo sobre as questões anteriormente referidas. Serão abordadas, essencialmente, o contexto atual do tráfico de órgãos no mundo e no Brasil, as opções legislativas adotadas no ordenamento jurídico brasileiro, e o debate sobre a descriminalização da compra e venda de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, levantando tanto argumentos contrários como favoráveis, e a análise do bem jurídico tutelado pela norma penal que tipifica o comércio de partes do corpo.

2 TRÁFICO DE ÓRGÃOS NO MUNDO E NO BRASIL

2.1 TRÁFICO DE PESSOAS

Antes de adentrarmos especificamente ao tópico a respeito do tráfico de órgãos no mundo, é fundamental que sejam estudados, primeiramente, os dados a respeito do tráfico de pessoas, uma vez que a remoção de órgãos e partes do corpo é apenas uma das modalidades deste, como se verá.

O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, chamado Protocolo de Palermo, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto 5017 de 12 de março de 2004, traz, em seu art. 3º, a, a definição de tráfico de pessoas, *in verbis*:

Artigo 3

Definições

Para efeitos do presente Protocolo:

a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a **remoção de órgãos**; (grifo nosso)¹⁵

A partir da leitura da norma, depreende-se que o tráfico de pessoas apresenta três elementos constitutivos: o ato, o meio e o objetivo. O ato consiste no recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento de pessoas. O meio deverá caracterizar-se por ameaça ou uso de força, coação, rapto, fraude, engano, abuso de poder ou de situação de vulnerabilidade, ou entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios. A alínea b do mesmo artigo traz uma exceção à imprescindibilidade do meio para a caracterização do tráfico: presente o ato, se for a vítima criança (qualquer pessoa com idade inferior a dezoito

¹⁵ BRASIL, Decreto 5.017 de 12 de março de 2004, op. cit.

anos, nos termos da alínea c), configura-se o tráfico de pessoas independentemente do meio empregado não estar previsto na alínea a. Por fim, o propósito é a exploração da vítima, que pode ser de vários modos: sexual, trabalho escravo, remoção de órgãos, etc, sendo que o rol apresentado não é taxativo.¹⁶

Aqui é interessante notar que os conceitos são abertos, determináveis por cada ordenamento jurídico em sua construção. Considerando que tanto os meios como os propósitos variam de acordo com a realidade de cada país e a legislação de cada um deve se adequar a tal realidade, o crime de tráfico de pessoas é complexo, e não encontra definição fechada e imutável.

Partindo da definição acima apontada, podemos afirmar que o tráfico de pessoas é uma realidade que afeta o mundo todo. No entanto, em razão da própria natureza do crime, não existe uma fonte confiável que apresente dados completos sobre o fenômeno, de modo que mesmo os estudos mais aprofundados sobre o tema não são suficientes, ainda, para a construção de um panorama que possibilite definir a dimensão da ocorrência do tráfico. Contudo, mesmo diante da escassez de informações completas, é possível determinar a maneira como as redes de tráfico atuam, e quais seus principais fluxos.

Considerando que o tráfico para remoção de órgãos e tecidos consiste em uma das modalidades do crime de tráfico de pessoas, os dados obtidos a respeito deste último são fundamentais para o entendimento da dinâmica do tráfico de órgãos.

O Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), com vistas a implementar as diretrizes do Plano Global de Combate ao Tráfico de Pessoas¹⁷, reuniu esforços para levantar informações e reuni-las em um relatório que permitisse a compreensão do fenômeno do crime a nível global. O Relatório Global de Tráfico de Pessoas, lançado em 2014, apesar de não apresentar dados consideráveis a respeito especificamente do tráfico para fins de remoção de órgãos e tecidos, é valioso ao demonstrar características peculiares do crime de tráfico de pessoas, seus fluxos, amplitude e sistema de organização, oferecendo as bases para que a estrutura e o modo de funcionamento das redes de tráfico sejam compreendidas.

¹⁶ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, op. cit.

¹⁷ GENERAL ASSEMBLY OF THE UNITED NATIONS. Resolution 64/293. **United Nations Global Plan of Action to Combat Trafficking in Persons**. 2010. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/United_Nations_Global_Plan_of_Action_to_Combat_Trafficking_in_Persons.pdf> Acesso em 10 jun. 2015.

Da análise do Relatório, restou evidente que o tráfico de pessoas afeta, de forma direta ou indireta, todos os países e regiões do mundo. Considerando o período entre 2010 e 2012, vítimas de 152 nacionalidades foram atendidas, e tal número reflete apenas a parcela visível do fenômeno.¹⁸

No que se refere ao tráfico transnacional, como esperado, os países economicamente desenvolvidos são aqueles que mais recebem vítimas, estas provenientes das mais diversas nacionalidades. O Oriente Médio, Europa Ocidental, e América do Norte se destacam como regiões de destino das vítimas. Por outro lado, em se tratando de países subdesenvolvidos, nota-se que o perfil do tráfico é predominantemente doméstico, ou entre localidades próximas (dentro de um mesmo país, ou entre países vizinhos). Em outras palavras, enquanto países desenvolvidos recebem predominantemente vítimas de outras localidades, países subdesenvolvidos apresentam maior número de casos de tráfico doméstico ou regional, e são, em regra, países de origem dentro da dinâmica do tráfico internacional.

Nesse ponto, é importante destacar a distinção feita, em observância às rotas do tráfico, entre países destinatários e países origem. A diferenciação não pode ser traçada de forma rígida, uma vez que nos casos de tráfico doméstico - que constitui grande parte dos casos - os países se tornam ao mesmo tempo origem e destino. Dessa maneira, cada Estado deve ser classificado de acordo com sua característica predominante: um país tipicamente de origem irá encontrar vítimas estrangeiras, que são exploradas dentro de seu território; no entanto, o número de nacionais vítimas de exploração em países estrangeiros será expressivamente maior. De forma inversa, os Estados que figuram tipicamente como destinos, apresentarão índice menor de vítimas nacionais exploradas em outros territórios, mas receberão um número alto de vítimas estrangeiras.

De acordo com o estudo, dos 78 países que ofereceram informações, 37 foram considerados países tipicamente de origem, e 41 tipicamente países de destino. A Figura 1 apresenta os principais fluxos de tráfico de pessoas detectados, corroborando as afirmações anteriores.

Figura 1 - Principais áreas de destino do tráfico transnacional e suas origens significativas, 2010-2012

¹⁸ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, op. cit., p. 12.

Main destination areas of transregional trafficking flows (in blue) and their significant origins, 2010-2012



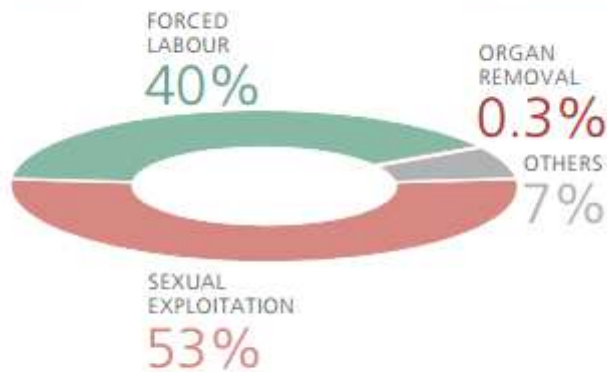
Fonte: United Nations Office on Drugs and Crime. Global report on trafficking in persons, 2014.

Outra informação relevante é a de que, embora os dados não sejam reflexo fiel da realidade do tráfico, que ao que parece é mais amplo, a prática criminosa tem se expandido do ponto de vista global. Nas modalidades mais comuns do tráfico - para fins de exploração sexual e trabalho forçado - o aumento é mais perceptível, possivelmente em razão dos maiores esforços deslocados para investigação e repressão. Contudo, nas modalidades de menor expressão a expansão também é observada, incluindo, aqui, o tráfico para fins de remoção de órgãos e tecidos.

Nesse ponto, interessante observar que o tráfico de órgãos, comparativamente às outras modalidades, mostra-se ínfimo. Na Figura 2, que compara as formas de exploração dentre as vítimas detectadas, o tráfico de pessoas para fins de remoção de órgãos corresponde a apenas 0.3% dos casos, enquanto a exploração sexual 53%, e o trabalho escravo 40%. Já na Figura 3, que divide as formas de exploração de acordo com as regiões do mundo, verifica-se uma incidência mínima da remoção de órgãos no continente americano, sendo mais observada na África e no Oriente Médio.

Figura 2 - Formas de exploração dentre as vítimas de tráfico detectadas, 2011

Forms of exploitation among detected trafficking victims, 2011 *



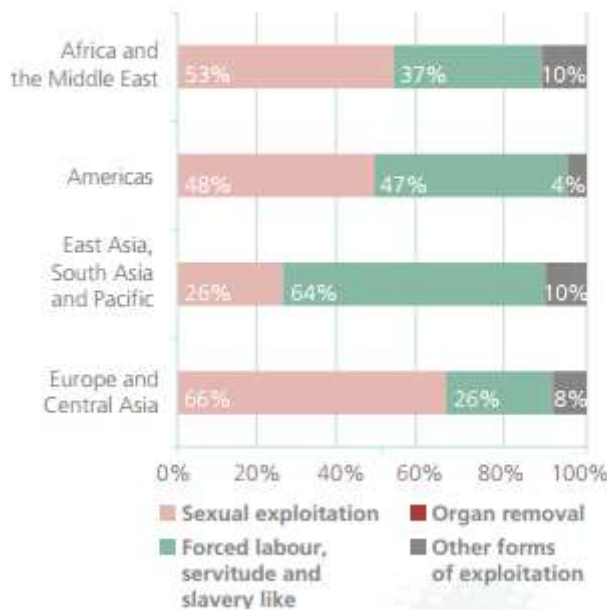
Source: UNODC elaboration on national data.

*Please note that the regional differences in detection capacities and definitions – particularly for forced labour – affect the global shares.

Fonte: United Nations Office on Drugs and Crime. Global report on trafficking in persons, 2014.

Figura 3 - Formas de exploração entre as vítimas de tráfico detectadas, por região, 2010-2012 ou mais recentes

Forms of exploitation among detected trafficking victims, by region of detection, 2010-2012 (or more recent)



Source: UNODC elaboration on national data.

Fonte: United Nations Office on Drugs and Crime. Global report on trafficking in persons, 2014.

Mesmo diante dos fatos de que o tráfico de pessoas tem se expandido e de que afeta, ainda de que forma indireta, todos os países do mundo, observa-se que 90% dos países que foram objeto do estudo dispõe de legislação que criminaliza a prática.¹⁹ Este é um forte indicador de que as leis estabelecidas por cada país não se constituem instrumentos suficientes para coibir e reprimir a modalidade criminosa do tráfico de pessoas.

O avanço legislativo é essencial, sobretudo na medida em que incorpora aos ordenamentos jurídicos nacionais os princípios insculpidos no Protocolo de Palermo e inclui nas agendas governamentais a preocupação com o combate ao tráfico. Inclusive, em seu art. 5º, o Protocolo estabelece a obrigação aos Estados de que adotem medidas legislativas que estabeleçam como infrações penais os atos descritos no já mencionado art. 3º, se dolosos, além de criminalizarem, também, a tentativa, e a atuação de partícipes e coautores.²⁰

A ampliação do número de países que incluíram dispositivos legislativos em seu ordenamento com o fito de coibir essa modalidade criminosa, é, por si, uma evolução no combate ao tráfico. Entretanto, as normas nem sempre são completas e abrangentes de forma a incorporar as diretrizes do Protocolo. Alguns dos países que editaram normas criminalizando o tráfico são muito populosos, de modo que se estima que mais de 2 bilhões de pessoas se encontram desprotegidas em relação a esse crime em razão de falhas legislativas. O Brasil, como se verá adiante, criminaliza o tráfico de pessoas em seu Código Penal, mas prevê apenas a modalidade de exploração sexual, de modo que os demais tipos de exploração previstos no Protocolo são tipificados em dispositivos normativos esparsos, chamados crimes subsidiários ou correlatos.

A insuficiência da adaptação dos ordenamentos jurídicos internos de cada Estado se explica, ainda, pela estrutura organizada do crime de tráfico de pessoas, sobretudo quando transnacional. Os riscos intrínsecos à transposição de fronteiras, o elevado número de vítimas e o caráter contínuo das práticas delitivas são fatores que evidenciam o nível de organização do tráfico, que se articula por meio de estruturas criminosas compostas por diversos atores para além das vítimas e receptores, como aliciadores e intermediários.²¹

Partindo do fato, portanto, de que o tráfico de pessoas trata-se de uma modalidade de crime organizado, seu combate exige do aparato estatal esforços no sentido de apurar,

¹⁹ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, op. cit.

²⁰ BRASIL, Decreto 5.017 de 12 de março de 2004, op. cit.

²¹ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, op. cit.

desarticular, e responsabilizar as organizações, o que, de acordo com os dados obtidos, ainda não ocorre. O estudo realizado pelo UNODC, que utilizou dados de 128 países, demonstra que 15% deles não registraram uma única condenação. Este dado não demonstra uma baixa incidência do crime de tráfico de pessoas, mas sim as falhas dos sistemas de justiça, uma vez que apesar dos baixos índices de condenação o número de vítimas detectadas permanece crescendo. Tecnicamente, denomina-se a isso cifra negra, ou seja, a permanência de grande parte dos crimes cometidos fora do sistema de justiça. O processo de combate e repressão ao tráfico de pessoas necessita da articulação de todo o sistema de justiça criminal para se efetivar, isso sem mencionar a imprescindibilidade da implementação de medidas de apoio e atendimento às vítimas.

2.2 TRÁFICO DE ÓRGÃOS

No que diz respeito ao tráfico de órgãos, é essencial o esclarecimento de alguns conceitos fundamentais para sua compreensão.

A declaração de Istanbul sobre Tráfico de Órgãos e Turismo de Transplantes insculpe em seu texto definições internacionalmente reconhecidas, que, portanto, serão aqui consideradas. Define a Declaração:

Definições

O **tráfico de órgãos** consiste no recrutamento, transporte, transferência, refúgio ou recepção de pessoas vivas ou mortas ou dos respectivos órgãos por intermédio de ameaça ou utilização da força ou outra forma de coacção, rapto, fraude, engano, abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade, ou da oferta ou recepção por terceiros de pagamentos ou benefícios no sentido de conseguir a transferência de controlo sobre o potencial dador, para fins de exploração através da remoção de órgãos para transplante (6).

O **comercialismo dos transplantes** é uma política ou prática segundo a qual um órgão é tratado como uma mercadoria, nomeadamente sendo comprado, vendido ou utilizado para obtenção de ganhos materiais.

As **viagens para fins de transplantação** são a circulação de órgãos, dadores, receptores ou profissionais do sector da transplantação através de fronteiras jurisdicionais para fins de transplantação. As viagens para fins de transplantação tornam-se **turismo de transplantação** se envolverem o tráfico de órgãos e/ou o comercialismo dos transplantes ou se os recursos (órgãos, profissionais e centros de transplantação) dedicados à realização de transplantes a doentes oriundos de fora de

um determinado país puserem em causa a capacidade desse país de prestar serviços de transplantação à respectiva população.²² (grifo original)

A partir dos referidos conceitos é que se pode tentar traçar um panorama geral sobre o fenómeno do tráfico de órgão no mundo. No entanto, como observado anteriormente, as informações a respeito das atividades do tráfico de pessoas são escassas, e no que diz respeito especificamente ao tráfico de órgãos o mesmo ocorre.

Referência internacional a respeito do tema é o estudo realizado pela antropóloga americana Nancy Scheper-Hughes. Sua pesquisa teve início no Brasil, no estado de Pernambuco, ao final da década de 80, e se expandiu para além do continente americano, abrangendo a África, Oriente Médio, Europa e Ásia. No intuito de desvendar internamente as rotas do tráfico de partes do corpo humano, os estudos da antropóloga consistem em uma fonte primordial de informações sobre o tráfico de órgãos no mundo, na medida em que expõe o sistema de ação das redes criminosas, os perfis das vítimas e aliciadores, além do envolvimento de diversas instituições.²³

A pesquisa de campo realizada por Scheper-Hughes demonstrou a existência de uma rede global de tráfico de órgãos e tecidos, provenientes essencialmente de populações econômica e socialmente vulneráveis, formada por vários circuitos de comércio de partes do corpo - tanto de pessoas vivas como de cadáveres - corroborando a afirmação de que os rumores e lendas a respeito do mercado negro de órgãos são reflexos de fatos reais.²⁴

Nancy deixou evidente com as informações que coletou a complexidade do crime de tráfico. Este não ocorre de maneira homogênea, por atores com perfis semelhantes. Suas rotas, desde a captação até o transplante, podem perpassar tanto favelas e cidades pobres, como clínicas sofisticadas de transplante, institutos de medicina legal, hospitais públicos e privados, orfanatos, prisões, institutos de saúde mental, etc. Nem mesmo o consentimento das

²² INTERNACIONAL SUMMIT ON TRANSPLANT TOURISM AND ORGAN TRAFFICKING. **The Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism**. Istanbul, Turquia. 2008. Disponível em: <http://www.declarationofistanbul.org/images/stories/translations/doi_portuguese.pdf> Acesso em: 29 abr. 2015.

²³ PESSOA, Luisa. Para especialista tráfico de pessoas para obter órgãos é crime protegido. **Folha de São Paulo**, Cotidiano, 02 set. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/09/1509539-para-especialista-traffic-de-pessoas-para-obter-orgaos-e-crime-protetido.shtml>> Acesso em: 25 jan. 2015.

²⁴ SCHEPER-HUGHES, Nancy. **Parts unknown: undercover ethnography of the organs-trafficking underworld**. Berkeley, Estados Unidos. **SAGE Publications**, v. 5, p. 29-73, 2004. Disponível em: <http://www.uky.edu/~tmute2/geography_methods/readingPDFs/scheper-hughes-PartsUnknown.pdf> Acesso em: 17 mai. de 2015.

transações não é uma constante, uma vez que as captações ocorrem tanto por meio de acordos consensuais, como por coerção, ameaça ou sequestro. Os casos de comércio ilegal de órgãos investigados no Brasil são exemplo de que mesmo dentro de um país as formas como o tráfico opera são variáveis.²⁵

A par da complexidade que o crime de tráfico de órgãos apresenta, uma característica apontada pela antropóloga está presente de forma constante: as vítimas fazem parte de populações vulneráveis, tanto do ponto de vista econômico como social. As redes de tráfico funcionam no sentido de oferecer saúde e vitalidade para pessoas que detêm poder econômico, mediante a exploração daquelas que se encontram em situação vulnerável, pois estas, além de oferecerem menos resistência, compõe uma cifra populacional que recebe pouca atenção das autoridades estatais, tanto em termos de saúde como de segurança. Dessa forma, cria-se um ambiente confortável para a atuação dos traficantes.²⁶ A maior parte das vítimas, portanto, são pessoas em situação de pobreza extrema. Em localidades como o sul da Ásia, Filipinas e América Central, a obrigação de vender um dos rins para auxiliar a família economicamente passa de geração a geração.

Aqui, um fato relevante a ser considerado é o de que o mercado negro de partes do corpo humano é consequência do modelo de mercado pautado na lógica neoliberal e atua de acordo com ele. Assim, os fluxos do tráfico seguem, em regra, o mesmo fluxo de circulação do capital: do sul do globo para o norte, de países pobres para os mais ricos, de pessoas negras e pardas para pessoas brancas, e, inclusive, de mulheres para homens. Nesse último ponto, interessante destacar que o relatório do UNDOC nos traz a informação de que mulheres adultas representam a maior parte das vítimas de tráfico de pessoas, ao passo que, segundo Nancy Scheper-Hughes, no que se refere ao panorama mundial do tráfico de órgãos, raramente mulheres figuram como receptoras.^{27 28}

Os dados obtidos por Scheper-Hughes nos mostram que, partindo da lógica de mercado mencionada, a classificação entre países de origem e países destino também se aplica ao tráfico de órgãos. Em interessante analogia com a escravidão, a autora nos mostra que, da mesma forma que os fluxos de escravos pelo Atlântico, o tráfico de órgãos se caracteriza pela

²⁵ SCHEPER-HUGHES, op. cit., p. 33.

²⁶ WATTERS, Ethan. The Organ Detective: a career spent uncovering a hidden global market in human flash. **Pacific Standard**. Jul. de 2014. Disponível em: <<http://www.psmag.com/business-economics/nancy-scheper-hughes-black-market-trade-organ-detective-84351>> Acesso em: 20 jun. 2015.

²⁷ SCHEPER-HUGHES, op. cit., p. 37.

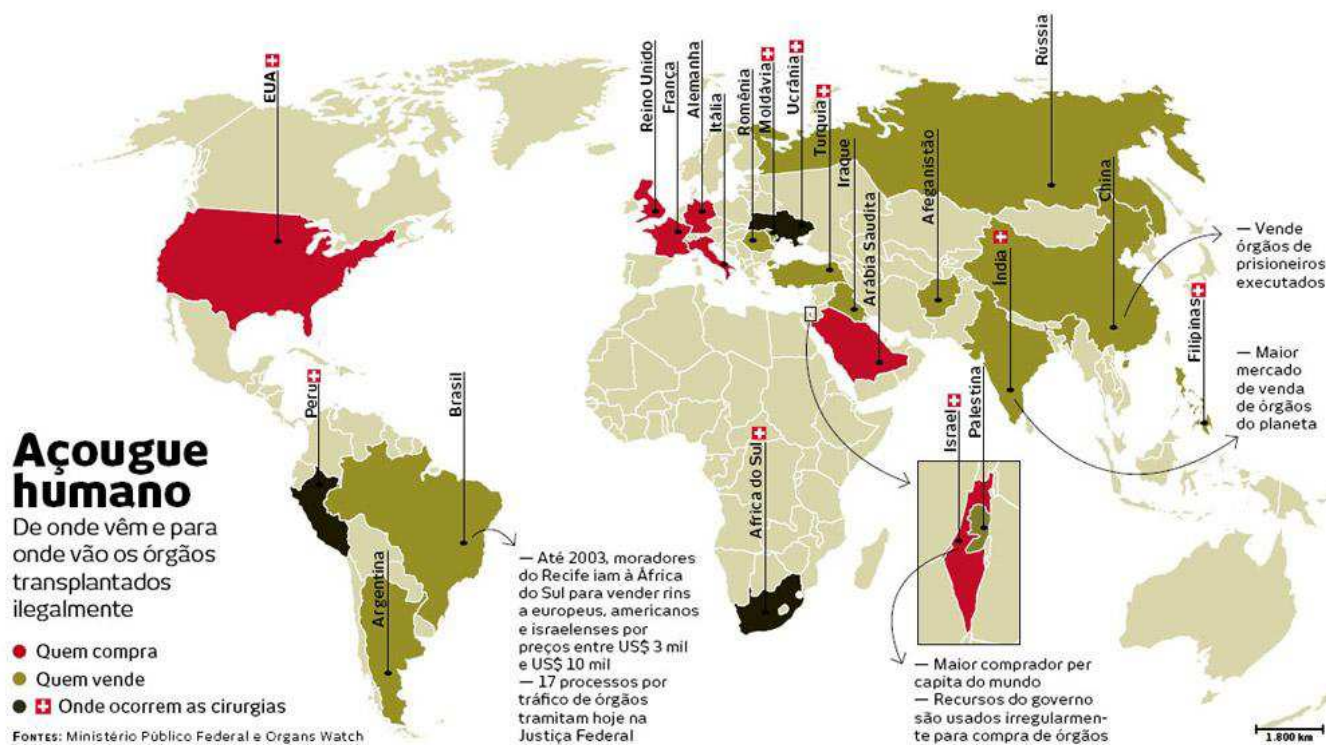
²⁸ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, op. cit., p. 5.

existência de países de onde se originam, aos quais se destinam, e pelos quais se transferem os “produtos”, no caso, corpos humanos. Como afirma Scheper-Hughes:

Pelos últimos 20 anos programas organizados levaram pacientes ricos de Israel, Arábia Saudita, Omã e Kuwait, inicialmente para a Índia para o transplante, posteriormente, para a Rússia, Romênia, Moldávia e Geórgia, e, mais recentemente para o Brasil e África do Sul, onde os vendedores de rim são recrutados de quarteis, cadeias e prisões, agências de emprego, mercados de pulga, shopping e bares. Assim, pode-se falar de nações doadoras x receptoras de órgãos. (tradução nossa)

A Figura a seguir, que demonstra o papel dos países nas rotas de tráfico de órgãos internacionais, reflete claramente a veracidade das afirmações feitas acima:

Figura 4 - Rotas do tráfico internacional de órgãos.



Fonte: Ministério Público Federal e Organs Watch

O surgimento do chamado “turismo dos transplantes” e a expansão do tráfico - assim como definidos pela Declaração de Istanbul - são decorrências das longas filas de espera por operações, realidade presente no mundo todo. Em alguns países, inclusive, oferece-se

incentivos ao turismo de transplantes. Nesse ponto é interessante notar que países reconhecidos internacionalmente como fontes de órgãos no mercado negro, como Brasil, Índia e Moldova, têm legislação que criminaliza o comércio de órgãos e tecidos, evidenciando a necessidade de adaptação legislativa e implementação de outros mecanismos de controle no combate ao tráfico.²⁹

Aqui é essencial a constatação de que o único país do mundo que tornou legal o comércio de órgãos é o Irã, ao instituir em seu território um modelo de mercado regulado. Via de regra o modelo apresentado por este país é utilizado como argumento para a abertura de mercado de órgãos, uma vez que no sistema iraniano permite-se a compra e venda de partes do corpo, sendo o governo responsável por pagar aos vendedores valores em dinheiro em troca dos órgãos e tecidos, o que, segundo especialistas iranianos, foi responsável por eliminar do país as filas de espera por transplantes.^{30 31}

Nesse sentido, o sistema capitalista e a globalização são fatores fundamentais para o surgimento e a expansão das redes de tráfico, de modo que os argumentos favoráveis á abertura de um mercado de partes do corpo se fundamenta em um discurso político e conceitos jurídicos de autonomia da vontade, igualdade formal e liberdade, de modo a transformar órgãos e tecidos em autênticas commodities, evidenciando uma verdadeira incorporação da lógica liberal.

O tráfico de partes do corpo, dessa forma, apresenta-se como prática altamente rentável. A demanda é quase inesgotável, vide-se as grandes filas de espera por cirurgia: no Brasil, em março de 2015, 18.818 pessoas esperavam por um transplante de rim, ao passo que no período entre janeiro e março deste mesmo ano, apenas 1.305 transplantes de rim foram realizados em todo o país.³² Desse modo, os riscos inerentes às transações do comércio de partes do corpo, em razão da criminalização, e também a crescente demanda tornam o tráfico

²⁹ NULLIS-KAPP, Clare. Organ trafficking and transplantation pose new challenges. **Bulletin of the World Health Organization**, v. 82, n. 9, p. 639-718, set. de 2004. Disponível em: <<http://www.who.int/bulletin/volumes/82/9/feature0904/en/index1.html>> Acesso em 17 de maio de 2015.

³⁰ GHODS, Ahad; SAVAJ, Shekoufeh. Iranian Model of Paid and Regulated Living-Unrelated Kidney Donation. **Clinical Journal of the American Society of Nephrology**, v. 1, p. 1136 –1145, 2006. Disponível em: <<http://cjasn.asnjournals.org/content/1/6/1136.full.pdf+html>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

³¹ ROSENBERG, Tina. Need a Kidney? Not Iranian? You'll wait. **New York Times**. The Opinion Pages. 31 jul., 2015. Disponível em: <http://opinionator.blogs.nytimes.com/2015/07/31/need-a-kidney-not-iranian-youll-wait/?_r=1#http://opinionator.blogs.nytimes.com/2015/07/31/need-a-kidney-not-iranian-youll-wait/?_r=0> Acesso em: 15 ago. de 2015.

³² ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. **Registro Brasileiro de Transplantes**. Ano XXI, n.1. 2015. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2015/rbt201508052015-lib.pdf>> Acesso em: 15 jul. de 2015.

uma atividade bastante lucrativa. De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), apesar dos dados não serem completos, estimativas referentes ao ano de 2004 previam que o preço pago aos intermediários variava entre US\$100.000,00 e US\$200.000,00, incluindo os custos de organização do sistema para a realização das transações. Os vendedores, por sua vez, em regra pessoas pobres, receberiam em média US\$5.000,00 por um rim, apesar de que, em alguns casos, o valor pode ser ainda mais baixo.³³

Some-se a isso o fato de que os esquemas de tráfico se revestem de invisibilidade, em decorrência de diversos fatores: a situação de vulnerabilidade das vítimas, como já mencionado; a confiança social na medicina e o caráter de altruísmo dos transplantes, que faz com que essas práticas permaneçam inquestionáveis; a presença marcante do corporativismo na classe médica, fundado em códigos morais de lealdade, o que perpetua a dificuldade das investigações e a impunidade da elite médica nos casos em que os esquemas têm envolvimento dos próprios transplantistas; a estrutura organizada das redes de tráfico; o desinteresse político em levantar e divulgar dados a respeito do tráfico, por receio de que se crie insegurança no sistema reduzindo as doações; e, por fim, as falhas nos próprios sistemas de transplante de cada Estado, que não apresentam a transparência e o controle necessários para coibir as práticas ilegais.³⁴

Estes dois fatores primordiais - a grande demanda por órgãos e a invisibilidade dos esquemas diante das instituições responsáveis pelo combate ao comércio ilegal - abrem espaço para a expansão das práticas criminosas, que, como visto anteriormente, têm de fato ocorrido em maior número. Tanto é que, em 2004, a Assembleia Mundial de Saúde, demonstrando preocupação em relação ao aumento da demanda por órgãos e seus reflexos na expansão do comércio ilegal, apelou aos Estados membros no sentido de que fossem implantadas medidas que ampliassem a captação de doadores vivos, e que se estabelecessem incentivos para as doações de cadáveres, na tentativa de suprir a demanda de modo mais significativo, restringindo, assim, a atuação do mercado negro. No mais, ainda que prezando pela ampliação das doações, as diretrizes da Assembleia reforçaram a necessidade de que exista, em cada Estado, um sistema de proteção aos grupos mais pobres e vulneráveis, maior parte das vítimas de tráfico.³⁵

³³ NULLIS-KAPP, op. cit.

³⁴ SCHEPER-HUGHES, op. cit., p. 37.

³⁵ NULLIS-KAPP, op. cit.

Seguindo a linha da proposta da Assembleia Mundial de Saúde, é indispensável que se amplie a captação de órgãos de doadores, sejam vivos sejam cadáveres, frente às filas de espera. Nesse ponto, abre-se a discussão a respeito de uma possível abertura de mercado, partindo da descriminalização do comércio de partes do corpo humano como forma de estimular a oferta e suprir mais satisfatoriamente a necessidade dos pacientes que aguardam por transplantes. Tal discussão é complexa, e traz consigo aspectos econômicos, sociais, bioéticos e jurídicos, de modo que, ao que nos parece, ainda está longe de atingir consenso. De qualquer forma, a conclusão é de que existe a necessidade latente de maior transparência e dados mais seguros a respeito das operações, além da estruturação de sistemas que garantam tanto a curto como a longo prazo a saúde física, psicológica e, inclusive, financeira, dos envolvidos.

2.3 TRÁFICO DE ÓRGÃOS NO BRASIL

O Brasil, após a ratificação do Protocolo de Palermo, buscou implantar medidas de combate ao tráfico de pessoas e também levantar e organizar dados a respeito do fenômeno no território nacional. Sendo assim, podemos afirmar que as tentativas de diagnóstico nacional do tráfico de pessoas no Brasil são recentes, de modo que não contamos ainda com informações completas, e nem mesmo uma fonte única de dados. Quanto ao tráfico de órgãos, refletindo o que ocorre no contexto mundial, as informações são ainda mais escassas.

Com o objetivo de diagnosticar o fenômeno do tráfico no Brasil para pautar a formulação das políticas estabelecidas no Protocolo de Palermo, em 2012 a Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), em cooperação com o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime realizou um projeto com o objetivo de produzir um amplo diagnóstico inicial, com base em dados referentes aos anos de 2005 a 2011, denominado Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: consolidação dos dados de 2005 a 2011. Como o intuito é de que a coleta e a análise das informações sejam periódicas, em 2012 foi lançado um novo relatório.

A primeira conclusão obtida a partir da realização dos referidos relatórios foi a de que as informações nacionais a respeito do tráfico de pessoas encontravam-se desarticuladas, sendo raro encontrá-las, e o acesso a elas difícil, uma vez que, como dito, trata-se de um crime revestido de invisibilidade. Dessa forma, o impulso da realização de relatórios periódicos visa,

essencialmente, criar uma base estatística que ofereça transparência e credibilidade às informações, sendo possível, a partir disso, elaborar e implantar políticas de enfrentamento ao tráfico de pessoas.³⁶

Da leitura do relatório de 2012, depreende-se de que os dados acessíveis são poucos, e no que se refere ao tráfico de órgãos quase não há menção. A ausência de dados e a dificuldade em obtê-los se explica por vários fatores. Primeiramente, como a fonte de informações do relatório parte dos dados do sistema de Justiça Criminal e Segurança Pública, em grande parte depende da manifestação espontânea das vítimas e sua auto identificação como vítima de tráfico. Além disso, não há uma padronização nas instituições dos métodos de coleta e registro dos dados, o que impede a realização de um diagnóstico de forma precisa. Soma-se a isso o fato de que na legislação brasileira o Código Penal define como tráfico de pessoas apenas as condutas com finalidade de exploração sexual (Art. 231-A), de modo que as outras modalidades, inclusive o tráfico para fins de remoção de órgãos e tecidos, não são catalogadas como tal. Em grande parte dos Estados brasileiros, portanto, verifica-se uma subnotificação dos casos de tráfico.³⁷

A principal informação trazida sobre o tráfico de órgãos no relatório de 2012 consiste na compilação das denúncias feitas ao Disque 100, sistema de denúncias telefônicas da Secretaria de Direitos Humanos. A Figura 4 permite avaliar o número de denúncias de tráfico internacional e interno para fins de remoção de órgãos, comparativamente às demais modalidades. A partir dessas informações, é possível traçar um perfil das vítimas.³⁸

Figura 5 - Número de denúncias recebidas sobre tráfico de pessoas no Disque 100 da Secretaria de Direitos Humanos, especificadas por tipos criminais e categoria das vítimas.

³⁶ UNITED NATIONS OFFICE OF DRUGS AND CRIME; op. cit., p. 14

³⁷ Ibidem, p. 17-20.

³⁸ Ibidem, p. 35

Tabela 4. Especificação dos tipos criminais, abrangência do crime e categoria da vítima nas denúncias recebidas sobre tráfico de pessoas pelo Disque 100 da SDH em 2012

	Crianças e adolescentes	LGBT	Pessoa idosa	Pessoas com deficiência	Total
Internacional para fins de adoção	16				16
Internacional para fins de exploração do trabalho	5		1		6
Internacional para fins de exploração sexual	14	1			15
Internacional para remoção de órgãos	8				8
Interno para fins de adoção	41				41
Interno para fins de exploração do trabalho	8				8
Interno para fins de exploração sexual	20				20
Interno para remoção de órgãos	9		1	1	11
Outros	15			1	16
TOTAL	136	1	2	2	141

Fonte: Disque 100 - SDH.

Fonte: Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. Relatório Nacional sobre tráfico de pessoas: dados de 2012

Vale ressaltar que a figura apresentada traz dados apenas das denúncias realizadas pelo número disponibilizado pela Secretaria de Direitos Humanos, de modo que representa apenas uma parcela das denúncias recebidas, não podendo seus dados, portanto, serem tomados como reflexo fiel do panorama geral do tráfico de pessoas no Brasil.

Como se observa da tabela, no ano de 2012 foram denunciados 19 casos de tráfico para fins de remoção de órgãos, incluindo tanto o tráfico interno como internacional, sendo que o primeiro apresenta número maior de ocorrências. De todos os casos contabilizados a partir dessa fonte, o número de casos de tráfico para remoção de órgãos - em ambas as modalidades - consiste em 13,4% do total. Em relação ao perfil das vítimas, a maioria das denúncias refere-se a crianças e adolescentes (89,4%).

Já as informações apresentadas pelo Ministério da Justiça dão acesso a aspectos mais detalhados das vítimas. Porém, como não há divisão a respeito das modalidades de exploração, tampouco se pode afirmar que, em se tratando do tráfico de órgãos, o perfil seguiria os mesmos parâmetros. Contudo, é interessante notar que, segundo as observações feitas por Nancy Scheper-Hughes, como já mencionado, as vítimas de exploração seriam predominantemente pertencentes a classes mais vulneráveis, afirmação que é corroborada

pelos dados do relatório, em que se verifica a maioria das vítimas como pessoas pretas ou pardas (59% em comparação a 39% de brancos), e mulheres (104 das 130 vítimas relatadas, o que corresponde a 80%).^{39 40}

Apesar dos dados apresentados pelo relatório é impossível quantificar a abrangência do tráfico de pessoas e do tráfico de órgãos no Brasil. Isso se dá tanto pela subnotificação dos casos (cifra negra) como pelas falhas na legislação e a falta de preparo dos profissionais responsáveis pelo atendimento às vítimas no reconhecimento da ocorrência de tráfico.

Em primeiro lugar, existe resistência por parte das vítimas em procurarem pela polícia e pela Justiça, seja por receio de uma possível incriminação ou discriminação, vergonha, desconhecimento sobre os mecanismos de denúncia, receio de represálias ou mesmo desconhecimento de sua própria situação de vítima. Além disso, ainda que exista a procura pelo sistema de Justiça, nem sempre os profissionais estão capacitados para detectar o evento criminoso como tráfico de pessoas e enquadram as denúncias em outros tipos penais, de modo que o tráfico permanece oculto nas informações oficiais. Por fim, com o desenvolvimento do relatório, restou evidente que não há padronização das metodologias de captação e análise de dados pelas diversas instituições do sistema de justiça, de modo que não é possível sistematizar e comparar as informações a respeito do tráfico dentro do território nacional. O Brasil, caracterizado como país essencialmente de origem de vítimas, assim como outros países menos desenvolvidos, não apresenta sistemas eficientes de coleta e análise de dados em razão dos poucos recursos, ausência da padronização de metodologias, e reduzida capacitação dos profissionais da Segurança Pública e da Justiça Criminal.⁴¹

Observa-se que, a nível federal, diversos esforços estão sendo feitos no sentido de implementar a Política Nacional de Enfrentamento de Pessoas. Contudo, em nível local, não se apresenta o mesmo retrato, o que é comprovado pelas estatísticas que apontam para uma ainda mais precária situação de apuração e de sistematização de informações. Ainda, a redação restritiva do tipo penal que trata do tráfico de pessoas no ordenamento jurídico brasileiro faz com que outras modalidades de tráfico, para além dos fins de exploração sexual, caiam em um limbo informacional restando fora das estatísticas oficiais.

³⁹ SHEPER-HUGHES, op. cit., p. 31.

⁴⁰ UNITED NATIONS OFFICE OF DRUGS AND CRIME, op. cit., p. 21.

⁴¹ UNITES NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, op. cit., p. 19.

Em suma, apesar da investigação e divulgação de casos emblemáticos de tráfico de órgãos no Brasil, culminando inclusive com a abertura de uma Comissão Parlamentar de Inquérito exclusivamente para investigar o fenômeno em 2004, não se conta ainda com dados suficientes para estabelecer com certeza a magnitude, perfil e peculiaridades do tráfico de órgãos dentro do território nacional, ou mesmo do tráfico transnacional cujas vítimas sejam brasileiras. A implantação dos Planos de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas é um avanço na apuração e combate destes crimes, mas, no que se refere ao tráfico de órgãos especificamente, é necessária maior atenção e planejamento estratégico, seja na apuração das informações como na implementação de mecanismos mais eficientes de controle no Sistema de Transplantes, combate às redes criminosas e atenção às vítimas.

3 O MERCADO HUMANO: ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS À DESCRIMINALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE ÓRGÃOS E TECIDOS HUMANOS

Apesar das discussões a respeito da concepção do corpo enquanto mercadoria não serem recentes, englobando situações amplas como a escravidão e prostituição, a partir da segunda metade do século XX os progressos da ciência apresentaram novos dilemas jurídicos, filosóficos e religiosos, uma vez que abriram a possibilidade de remoção, modificação, uso e transferência de partes separadas do corpo humano. Assim, a evolução dos transplantes e a consequente oportunidade da compra e venda de órgãos e tecidos trouxe consigo a questão da mercantilização do corpo.^{42 43}

O conflito que se estabelece está no fato de que as partes individualizadas são constitutivas de um ser humano, contudo, ao passo em que podem ser removidas e transferidas tornam-se objetos, aos quais pode ser atribuído valor econômico. Considerando que os transplantes deixaram de ser praticados apenas em centros médicos do Primeiro Mundo e se tornaram prática acessível e recorrente, a demanda por órgãos aumentou de forma exponencial, o que, por sua vez, deu origem a uma constante busca por novas fontes de captação.⁴⁴

O ponto crucial das discussões a respeito da mercantilização do corpo encontra-se na divergência entre argumentos jurídicos pautados no direito de propriedade, autonomia sobre o corpo e argumentos econômicos de fundo utilitarista, em oposição à concepção de que o corpo apresenta valor intrínseco, com base no princípio jusnaturalista do direito à integridade e intangibilidade do corpo e nos direitos humanos, diante da possibilidade de exploração dos potenciais doadores.⁴⁵

O desenvolvimento das práticas médicas de transplante consiste em uma conquista da comunidade médica, pois tornou possível a manutenção da vida e da saúde de inúmeros pacientes em casos em que não há alternativas terapêuticas. No entanto, existem disparidades

⁴² BERLINGER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. **O mercado humano**: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1996. p. 15-16.

⁴³ GARRAFA, Volnei. O Mercado de Estruturas Humanas. **Revista Bioética**, Brasília, v.1, n.2, nov. 2009. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/490/307. Acesso em: 15 mai. 2015.

⁴⁴ SCHEPER-HUGHES, op. cit., p. 33.

⁴⁵ BERLINGER; GARRAFA, op. cit., p. 45.

profundas quanto ao acesso, segurança e qualidade dos procedimentos em cada país, uma vez que os níveis de demanda e oferta, vulnerabilidade econômica, padrões éticos e legislativos e a efetividade dos mecanismos de controle são aspectos que impactam na dinâmica dos transplantes de cada Estado. O mercado negro, por sua vez, também se organiza de acordo com as circunstâncias mais propícias para sua expansão.

O surgimento recente das técnicas de remoção e transplante de células, tecidos e órgãos humanos e o progresso científico das últimas décadas exigiu, e ainda exige, adaptações legislativas e o debate a respeito de novos princípios jurídicos. Nesse ponto, os aspectos morais têm relevância evidente, mas outro determinante deve ser considerado: a presença do mercado, que influi de forma direta na própria ciência.⁴⁶

A análise cronológica a seguir apresentada permite demonstrar as mudanças de paradigma dentro do cenário dos transplantes no que diz respeito à comercialização de órgãos e tecidos, para que se compreenda o contexto atual dos debates.

3.1 HISTÓRICO

As tentativas de transplantar órgãos vitais não regenerativos de doadores cadáveres tiveram seu impulso inicial em 1951, pelo médico David M. Hume. No entanto, apenas em 1953 seria realizado um transplante renal bem sucedido a partir de doação de cadáver, em que o paciente receptor sobreviveu por seis meses. O primeiro transplante renal de doador vivo foi realizado em 1954, nos Estados Unidos, entre gêmeos idênticos. A operação, realizada pelos médicos Joseph Murray e John Merrill, é o marco inicial do desenvolvimento das técnicas científicas relacionadas aos transplantes.⁴⁷ A partir daí as pesquisas na área médica se desenvolveram, tornando os transplantes uma realidade acessível e responsável pela manutenção de vidas. Por outro lado, o avanço das pesquisas obteve o efeito reflexo de abrir espaço para que partes fossem desvinculadas do corpo como um todo, e adquirissem valor de troca. Consequentemente, a comunidade médica e todos os atores envolvidos nos procedimentos de transplante se viram diante de questionamentos éticos. Historicamente, a ideia do comércio de órgãos e tecidos era tomada com repugnância e afastada de forma

⁴⁶ Ibidem, p. 39-40.

⁴⁷ LAMB, David. **Transplante de Órgãos e Ética**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Vigilância de Medicamentos/Editora Hucitec, 2000. p. 27

absoluta, sobretudo nas primeiras décadas em que as pesquisas em transplantes se desenvolviam. A tendência que se observa, porém, é a de que esta mesma ideia é hoje aceita e propagada por determinados setores.⁴⁸

17 anos depois do primeiro transplante de rim, um ente oficial abordou abertamente as práticas de comércio neste campo, o que até então ainda não havia sido feito.⁴⁹ A manifestação partiu do Comitê de Moral e Ética da *Transplantation Society*, Organização não Governamental (ONG) internacional, que funciona como fórum mundial para o avanço dos transplantes de órgãos.⁵⁰ O objetivo da ONG ao se posicionar, enquanto grupo que trata diretamente de estudos biológicos e clínicos na área dos transplantes, foi o de lançar luzes a respeito da ética e da moral de seus próprios trabalhos. O documento final, cujo conteúdo em muito se assemelha aos Princípios Guiadores de Transplantes de Células, Tecidos e Órgãos Humanos, lançado em 1991 pela Organização Mundial de Saúde,⁵¹ contou com a participação de representantes de diversos países em sua elaboração, e é taxativo ao afirmar que: “A venda de órgãos por doadores vivos ou mortos é indefensável em quaisquer circunstâncias.” (tradução nossa)⁵²

A partir da década de 80, com o avanço das técnicas científicas e a expansão dos procedimentos de transplantes, a disponibilidade de órgãos para doação já despontava um desequilíbrio em relação à demanda, de modo que as denúncias de comercialização de partes do corpo humano se tornaram crescentes. Fato reflexo deste fenômeno foi a aprovação, em 1984, da lei federal norte americana chamada *National Organ Transplant Act*, que, em concordância com a opinião pública da época, proibia expressamente as práticas de comércio.⁵³ *In verbis*:

TÍTULO III- PROIBIÇÃO DA COMPRA DE ÓRGÃOS

⁴⁸ BERLINGER; GARRAFA, op. cit., p. 105-108.

⁴⁹ GARRAFA, op. cit.

⁵⁰ THE TRANSPLANTATION SOCIETY. **About The Transplantations Society**. Disponível em: <<https://www.tts.org/about-tts-5>> Acesso em 16 de julho de 2015.

⁵¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION. Resolution WHA63.22. **WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation**. Geneva, mai 2010. Disponível em: <http://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22en.pdf> Acesso em: 15 mai. 2015.

⁵² TRANSPLANTATION SOCIETY. Statement of the Committee on Morals and Ethics of the Transplantation Society. **Annals of Internal Medicine**, n. 75, p. 632-633, 1971. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2480815/?page=2>> Acesso em: 27 mar. 2015.

⁵³ BERLINGER; GARRAFA, op. cit., p. 107.

SEC. 301. (a) É ilegal que qualquer pessoa intencionalmente compre, receba, ou de outra forma transfira qualquer órgão humano a título oneroso para transplante humano se a transferência afetar o comércio interestadual.

(b) Qualquer pessoa que violar a subseção (a) será multado em não mais que US\$50.000 ou preso por não mais de cinco anos, ou ambos. (tradução nossa)⁵⁴

Logo no ano seguinte à aprovação da referida lei, novamente a *Transplantation Society* se posicionou pela proibição do comércio de órgãos e tecidos. As normas estabelecidas pelo Conselho da instituição previram, inclusive, a penalidade de expulsão para qualquer um de seus membros que violassem os comandos e participassem, direta ou indiretamente, da compra e venda de órgãos e tecidos.⁵⁵ Por outro lado, na mesma época despontaram teorias econômicas de apoio ao comércio de partes do corpo humano, em especial a compra em vida com a efetivação da doação apenas após a morte, abstraindo-se, nessas teorias, as questões éticas e sociais.⁵⁶

Posição diametralmente oposta, em defesa da compra e venda de órgãos - particularmente, de rins - por pessoas vivas sem grau de parentesco, foi apresentada de forma aberta pela primeira vez em 1987, pelo cirurgião indiano Chandrakant T. Patel.⁵⁷ O médico contribuiu para a difusão das expressões “rewarded donors” e “rewarded giftings”, ou doadores recompensados e doações retribuídas. Estas expressões são paradoxais, e sofrem críticas por distorcerem o conceito de “doar”, qual seja: “Transferir de modo legal e gratuito (bens ou vantagens) a (outrem) [...] 2. transmitir gratuitamente a posse de alguma coisa.”⁵⁸ Não apenas as expressões são questionáveis do ponto de vista linguístico, mas também permitem que práticas de comércio sejam caracterizadas como modalidades de doação, tornando tênue a linha que separa o que é ou não aceitável do ponto de vista ético.⁵⁹ Apesar das críticas, os termos são ainda utilizados nos debates e pesquisas a respeito.

As ideias lançadas por Patel deram espaço para que a discussão acerca do comércio de órgãos e tecidos fosse objeto dos fóruns internacionais sobre transplantes. Em um seminário internacional realizado em 1989, denominado “Ética, Justiça e Comércio nos Transplantes -

⁵⁴ PUBLIC LAW 98-507, October 19, 1954. **To provide for the establishment of the Task Force on Organ Transplantation and the Organ Procurement and Transplantation Network, to authorize financial assistance for organ procurement organizations, and for other purposes.** Disponível em: <<http://history.nih.gov/research/downloads/PL98-507.pdf>> Acesso em: 16 jul. 2015.

⁵⁵ GARRAFA, op. cit.

⁵⁶ Ibidem, p. 4

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ HOUAISS. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

⁵⁹ GARRAFA, op. cit.

uma visão global”, uma relevante classificação foi lançada pelo cirurgião Abdallah S. Daar, na época membro da Comissão de Ética da *Transplantations Society*, segundo a qual existiriam cinco formas de aquisição de órgãos e tecidos para transplante: doações de parentes vivos, doações de pessoas emocionalmente ligadas ao receptor, doações altruísticas, *rewarded donors*, e comércio desmedido. Posteriormente, o próprio autor subdividiu a classificação de *reward donors* em doações recompensadas e doações com incentivos.⁶⁰

A partir desse período a proposta de implantar um sistema de *rewarded donors* passou a ganhar espaço, inclusive incutindo divergências entre os próprios membros da *Transplantation Society*. Isso se tornou evidente quando a instituição enviou uma comissão formada por membros do Comitê de Ética até a Índia, para analisar a situação do mercado de transplantes naquele país. Apesar de apresentarem posições opostas, os representantes enviados à viagem, o inglês Robert Sells e o já citado Daar, concordaram em um ponto fundamental em seus pareceres: o de que as *rewarded giftings* seriam permissíveis, desde que, de acordo com as práticas de cada país, não se tornassem um mercado predatório.⁶¹

A proposta dos médicos seria colocada em discussão no ano seguinte em um Congresso intitulado “Ética, Justiça e Comércio na Terapia de Substituição de Órgãos”, em Munique. A peculiaridade deste encontro foi a de reunir profissionais não só da área médica, mas também de cientistas de diversas áreas do conhecimento, inclusive juristas. A pluralidade dos membros e o fato de que o evento foi realizado na Europa, em que os países possuíam posicionamentos já consolidados de reforço à ética e dignidade humana nos transplantes, de forma diversa à tendência observada nos Estados Unidos e na Ásia, o resultado do Congresso foi divergente da posição que vinha sendo incorporada pela *Transplantation Society*, e a tolerância às *rewarded gifts* foi rejeitada pelos membros.

Em 1992 seria realizado outro Congresso pela *Transplantation Society*, com o mesmo tema. Neste, reproduziu-se a tendência que vinha se firmando na comunidade médica de ampliação da aceitação e defesa do comércio como alternativa para suprir a carência mundial de órgãos e tecidos.

Ainda hoje não há consenso a respeito da descriminalização do comércio de órgãos. Assim, apesar de existirem correntes favoráveis, a proibição permanece presente em grande parte dos ordenamentos jurídicos no mundo todo, e cada vez mais os organismos

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Ibidem.

internacionais reúnem esforços no combate ao comércio ilegal, reforçando a ideia da proibição.

3.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À ABERTURA DO MERCADO DE PARTES DO CORPO HUMANO

A ética médica, como visto, acompanhando a evolução científica, mudou seu foco a respeito dos transplantes nas últimas décadas. Os dilemas bioéticos nesse aspecto em específico não se tratam mais da definição de vida e morte, dos momentos de início e fim da vida, ou dos critérios de constatação da morte encefálica (critério que, por lei, permite que os órgãos sejam removidos dos pacientes terminais), mas tomaram viés econômico, se voltando essencialmente para o questionamento acerca das condições em que o transplante deveria ou não ser recompensado, ou seja, se é aceitável ou não que seja retribuído financeiramente ou por meio de outros incentivos - como assistência pós operatória gratuita, pagamento das despesas do funeral, etc. - perdendo seu caráter essencialmente altruístico.⁶²

O avanço científico e a ampliação das práticas de transplante trazem, ainda, outros dilemas de cunho ético e jurídico, uma vez que os procedimentos médicos não nascem com seus princípios já articulados e disponíveis, mas, pelo contrário, as regras e princípios aplicáveis devem evoluir em conjunto com as técnicas. Nesse sentido, devem ser definidos critérios para o modelo de distribuição de órgãos entre os que aguardam por transplantes, visando um padrão de equidade e as obrigações do médico para com o doador e para com o paciente, a partir do momento em que se introduz na relação médico/paciente um terceiro indivíduo. Surge, assim, um embate entre os princípios utilitários e os princípios igualitários, na definição de quais políticas públicas e modelos legislativos devem ser adotados para a captação e distribuição de órgãos e tecidos para transplantes.⁶³

Redefinem-se, assim, os parâmetros da integridade e indisponibilidade do corpo humano e da dignidade humana. A autonomia dos pacientes sobre o próprio corpo, a liberdade de escolha e os princípios básicos da bioética da não maleficência e da beneficência passam por redefinições, e tendem a se enquadrar na lógica liberal e consumerista. A concepção utilitária apresenta o comércio de partes do corpo como uma situação de ganhos

⁶² Ibidem.

⁶³ LAMB, op. cit.

recíprocos, na qual a autonomia do vendedor e sua liberdade de escolha suprem quaisquer outros dilemas éticos que eventualmente surjam. ⁶⁴

O mercado de partes do corpo possui, ainda, um traço essencial: a demanda supera, em muito, a oferta, gerando um desequilíbrio cuja tendência é aumentar, uma vez que a ciência avança de forma mais rápida que a disponibilidade de doadores. A insuficiência de oferta diante do número de pacientes que necessitam de transplantes estimula os Estados a desenvolver e aprimorar seus sistemas de captação e distribuição de órgãos e tecidos para fins de transplante, mas, por outro lado, abre espaço para a organização de um mercado ilegal, que tem se utilizado das desenvolvidas facilidades de comunicação internacional para criar e expandir redes de tráfico. Como resultado, o tráfico de órgãos, o tráfico de pessoas para fim de remoção de órgãos e o turismo de transplante se tornaram práticas mais evidentes nas últimas décadas. ^{65 66}

A expansão do mercado ilegal de partes do corpo humano, sobretudo a difusão do comércio internacional, e também a tendência da classe médica em advogar favoravelmente à descriminalização do comércio são impulsionados, portanto, por dois fatores fundamentais: o progresso da ciência e as leis de mercado. ⁶⁷ O desenvolvimento acelerado das técnicas científicas de transplantes não foi acompanhado, ao mesmo passo, pelas fontes de suprimento de órgãos e tecidos, de modo que há um desequilíbrio mundial entre demanda e oferta. Paralelamente, a expansão do mercado de órgãos e tecidos encontra raízes nos interesses financeiros típicos do capitalismo globalizado e nas disparidades de acesso aos serviços de saúde em cada Estado. ⁶⁸

O crescimento do potencial dos transplantes fez com que a demanda se tornasse crescente e se expandisse pelo mundo todo. O fenômeno da globalização, por sua vez, permitiu um fluxo de partes do corpo entre os países, de modo que aqueles em que há menos controle e maior acesso a possíveis vendedores se tornaram foco de exploração para suprir tal demanda. A lógica capitalista, portanto, possibilitou a surgimento do chamado “turismo dos transplantes”, e a ampliação das redes criminosas do tráfico, práticas ilegais e altamente lucrativas. Estima-se, inclusive, que o tráfico de órgãos consiste na terceira modalidade de

⁶⁴ SCHEPER-HUGHES, op. cit., p. 62.

⁶⁵ BERLINGER; GARRAFA, op. cit., p. 43.

⁶⁶ WORLD HEALTH ORGANIZATION, op. cit.

⁶⁷ BERLINGER; GARRAFA, op. cit., p. 42.

⁶⁸ GARRAFA, op. cit.

crime organizado mais lucrativa do mundo, estando atrás apenas do tráfico de drogas e de armas.⁶⁹

Como já mencionado, no contexto apresentado a bioética vem redefinindo seus conceitos. Observando a tendência da comunidade médica em defender as práticas de comércio, nota-se que existe uma tentativa em racionalizar os procedimentos de transplante, os despidos do caráter religioso e moral. Em outras palavras, a bioética, no que se refere aos transplantes, mostra tendências de alinhamento com a lógica neoliberal na atribuição de valores à vida e ao corpo humano, sobretudo dentro da classe médica. O aumento expressivo da demanda por transplantes e a insuficiência das doações refletiu no campo da ética médica, de forma que argumentos como o anacronismo das leis, obsolescência das instituições de regulação e o atraso das normas médicas em relação ao desenvolvimento da prática ganharam força. Nesse sentido, uma corrente defende o livre mercado dos transplantes, enquanto outra argumenta pela abertura do mercado, porém com regulação, em clara oposição àqueles que defendem a manutenção do sistema atual de criminalização do comércio de órgãos, focando as ações na garantia do combate do tráfico e atenção às vítimas.

O argumento básico para a defesa da abertura de um mercado regulado de partes do corpo repousa no fato inquestionável de que muitas pessoas morrem ou passam anos tratando-se por diálise, em más condições de saúde a espera de transplantes, enquanto na outra ponta das transações estariam pessoas em dificuldades financeiras. Pela lógica apresentada pelos propositores da descriminalização haveria, nesse caso, um benefício recíproco entre as partes ao realizarem a troca: aos receptores, seria possível recuperar a saúde e qualidade de vida, ao passo que os vendedores receberiam benefícios financeiros, de modo a melhorar sua condição econômica. O argumento pretende a possibilidade de “ajuda financeira para complementar sacrifício altruísta”⁷⁰, de modo que os resultados do comércio de órgãos seriam, portanto, positivos a ambos os envolvidos.⁷¹ Na mesma linha, a regulação teria a função de impedir eventuais distorções do sistema e proteger possíveis vendedores em situação de vulnerabilidade da exploração.

⁶⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de integração nacional, desenvolvimento regional e da Amazônia. **Tráfico de órgãos é o terceiro crime mais lucrativo segundo Polícia Federal**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/caindr/audiencias-publicas/audiencias/noticias/trafico-de-orgaos-e-terceiro-crime-mais-lucrativo-segundo-policia-federal>> Acesso em: 05 set. 2015.

⁷⁰ FRATI, Paola apud PLEASANTS, Gabriel. Problematic Organ Sales. *Ethos*, n. 1, 2006. Disponível em: <<http://www.bc.edu/clubs/mendel/ethos/archives/2006/pleasants.shtml>> Acesso em: 16 jul. 2015.

⁷¹ PLEASANTS, op. cit.

Como parâmetro para a análise da proposta de criação de um mercado regulado de órgãos e tecidos, tomamos por base o modelo apresentado por Charles A. Erin e John Harris⁷², publicado em 2003 no multinacional *Journal of Medical Ethics*. De acordo com os autores, a proposta funcionaria tanto no sentido de aumentar o suprimento de órgãos, como no de proteger pessoas em situação de vulnerabilidade de exploração e garantir medidas de justiça e equidade. Propõem, assim, um intitulado “mercado ético de órgãos humanos”, direcionado apenas para transplantes realizados a partir de doadores vivos.

Primeiramente, afirmam os autores que a situação atual de criminalização do comércio de órgãos seria hipócrita, na medida em que a ação altruística é exigida unicamente do doador: os transplantistas, a equipe médica e as instituições hospitalares são pagos, e o receptor obtém o maior benefício do transplante. Assim, todo o procedimento é remunerado, não havendo justificativa para a vedação do recebimento de benefícios pelo doador. Além disso, ressaltam os benefícios a longo prazo e os menores riscos do uso de órgãos de doadores vivos para transplante, concluindo pela preferência desta modalidade em comparação à doação de cadáveres. Partindo de tais considerações, o modelo proposto por Erin e Harris apresenta a seguinte estrutura: o mercado seria delimitado a uma área geopolítica (um Estado ou bloco econômico, por exemplo) e restrito apenas a cidadãos desta área, de modo a evitar o turismo de transplantes e garantir confiança no sistema, uma vez que aqueles mesmos indivíduos que venderiam seus órgãos poderiam ser beneficiados - ou sua famílias - pelos banco de captação. Organizado o sistema dentro de uma região, haveria um único comprador oficial de órgãos: um ente vinculado à Administração da região geopolítica respectiva, responsável pela captação e distribuição dos órgãos e tecidos de acordo com critérios médicos e éticos de prioridade, e pelo controle de sua qualidade, prevenindo a propagação de doenças. De acordo com o modelo, portanto, não haveria negociações diretas entre comprador e vendedor, mas tão somente com o órgão público. A respeito dos valores envolvidos, caberia ao órgão público defini-los, de forma a tornar o procedimento atrativo aos possíveis compradores e vendedores. Nos termos dos autores:

A estrutura de um mercado ético seria assim: o mercado seria circunscrito a uma área geopolítica autogovernada tal qual uma nação-Estado, ou mesmo a União Europeia. Apenas cidadãos residentes dentro da União ou Estado poderiam vender

⁷² ERIN, Charles A.; HARRIS, John. An ethical market in human organs. *Journal of Medical Ethics*, v. 29, 2003. p. 137-138. Disponível em: < <http://jme.bmj.com/content/29/3/139.full.pdf+html> > Acesso em: 18 jul. 2015.

no sistema e eles e suas famílias seriam igualmente elegíveis para receber órgãos. Esses vendedores de órgãos saberiam que estariam contribuindo para um sistema que poderia beneficiar a eles e suas famílias e amigos uma vez que suas chances de receberem um órgão no caso de necessidade seriam aumentadas pela existência do mercado. (Se isso não fosse o caso a principal justificativa para o mercado seria derrotada.) Haveria um único comprador, uma agência como a *National Health Service (NHS)*, que compraria todos os órgãos e os distribuiria de acordo com concepções justas de prioridade médica. Não haveria vendas ou compras diretas, nem exploração de países subdesenvolvidos e sua população (sem compras na Turquia ou Índia para venda em *Harley Street*). Os órgãos seriam testados para HIV, etc, sua proveniência seria conhecida, e haveria controle estrito e penalidades para prevenir abusos. [...] Um mercado do tipo descrito acima é com certeza um método digno de consideração ativa e urgente. (tradução nossa)⁷³

Em referência ao modelo apresentado, o australiano Julian Savulescu traz, ainda, algumas considerações. O pesquisador em ética médica afirma que para além dos argumentos apresentados pela proposta de um “mercado ético de partes do corpo”, elemento fundamental a ser considerado é o de que a decisão sobre a disponibilidade do corpo é um direito do indivíduo, de modo que vedar o comércio de órgãos seria um constrangimento à autonomia e ao poder de escolha dos sujeitos de direito. Ainda de acordo com o autor, a restrição da escolha trata-se de paternalismo em sua pior forma, pois traz implícita a ideia de que pela condição de pobreza em que alguns dos potenciais doadores se encontram não seriam estes aptos a sobrepesarem os riscos envolvidos na transação.⁷⁴

Remete-se, aqui, ao conceito de consentimento livre e esclarecido, princípio básico da bioética no que se refere à relação entre médico e paciente, e às pesquisas envolvendo seres humanos. No que tange aos transplantes, a Organização Mundial da Saúde elencou seus princípios fundamentais, denominados Princípios Norteadores dos Transplantes de Células, Tecidos e Órgãos Humanos da OMS,⁷⁵ e, dentre estes, o Princípio Norteador 3, que insculpe o consentimento livre e consentido em transplantes de doador vivo:

3) Doações provenientes de cadáveres devem ser desenvolvidas para seu máximo potencial terapêutico, mas adultos vivos podem doar órgãos conforme permitido pelas regulamentações nacionais. Em geral, doadores vivos devem ser geneticamente, legalmente ou emocionalmente relacionados com seus receptores.
Doações de pessoa viva são aceitáveis

⁷³ ERIN; HARRIS, op. cit.

⁷⁴ SAVULESCU, Julian. Is the sale of body parts wrong? *Journal of Medical Ethics*, v. 29, 2003. p. 139-140. Disponível em: < <http://jme.bmj.com/content/29/3/139.full.pdf+html> > Acesso em 18 jul. 2015.

⁷⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION, op. cit.

quando o doador for informado e seu consentimento voluntário seja obtido, quando o cuidado profissional dos doadores for garantido e o acompanhamento for bem organizado, e quando os critérios de seleção dos doadores forem escrupulosamente aplicados e monitorados. Doadores vivos devem ser informados dos prováveis riscos, benefícios e consequências da doação de forma completa e compreensível; eles devem ser legalmente capazes e capazes de pesar a informação; e devem estar agindo de boa vontade, livres de qualquer influência indevida ou coerção. (tradução nossa)

Assim, de acordo com o entendimento de Savulescu, desde que ciente de todos os procedimentos e riscos, e livre de qualquer coação, deveria caber unicamente ao indivíduo a escolha pela disponibilidade das partes de seu corpo.

O sistema proposto teria como elementos fundamentais, assim, a restrição à uma área geopolítica, ausência de negociações diretas entre vendedores e compradores, e, por fim, mediação, controle e estipulação de preços sob responsabilidade de um órgão público (estatal ou paraestatal, a depender da respectiva região), levando em conta, ainda, a observância da indispensabilidade do consentimento livre e informado por parte do vendedor.

Do ponto de vista estritamente econômico, alguns argumentos ainda podem ser levantados.

Gary Becker, Nobel da Economia em 1992, levantou considerações acerca dos efeitos da descriminalização do comércio de órgãos e tecidos. De acordo com o autor, basear os sistemas de transplantes no altruísmo, proibindo a comercialização, já demonstrou ser alternativa ineficaz, considerando que, mesmo nos Estados em que as estatísticas demonstram um número crescente de doações, a demanda por órgãos cresce de forma ainda mais acelerada. Do mesmo modo, as iniciativas de alguns países de adotarem o sistema de consentimento presumido - no qual todos os cadáveres presumem-se doadores desde que não haja manifestação expressa em contrário⁷⁶ - a alternativa não se mostrou suficiente para amenizar o desequilíbrio entre demanda e oferta, culminando com longas filas de espera e a morte de vários pacientes.⁷⁷ Becker afirma, ainda, que tomando como base as teorias da economia, a maior razão para a existência de referido desequilíbrio está justamente na

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ BECKER, Gary. Should the Purchase and Sale of Organs for Transplant Surgery be Permitted? **The Becker-Posner Blog**. 2006. Disponível em: <<http://www.becker-posner-blog.com/2006/01/should-the-purchase-and-sale-of-organs-for-transplant-surgery-be-permitted-becker.html>> Acesso em: 12 jul. 2015.

proibição da compra e venda de órgãos e tecidos, de modo que alterações legais no sentido de permitir a comercialização, sem deixar de lado as doações altruísticas, mas abrindo espaço para retornos financeiros, seriam a opção mais efetiva para tornar maior o suprimento da demanda.

Em defesa de um livre mercado, o economista argumenta que os preços atingiriam um equilíbrio natural, muito mais baixo do que os que são praticados no mercado negro, tornando, assim, os transplantes mais acessíveis. De acordo com suas estimativas, com a abertura do mercado o preço de um rim seria reduzido em quase 80% em relação ao que se paga no comércio ilegal.⁷⁸ Nesse sentido, a permissão do pagamento de incentivos financeiros traria maior elasticidade à oferta de órgãos e tecidos, na medida em que seriam oferecidos incentivos a todos os potenciais doadores, tanto vivos como cadáveres, que, no sistema atual, permanecem inertes quanto às doações.⁷⁹ Todos esses reflexos da descriminalização da compra e venda de órgãos teriam ainda o efeito de reduzir drasticamente a atuação do mercado negro, uma vez que a demanda seria remanejada para um sistema legal de comércio de órgãos e tecidos, que, além de apresentar menor custo aos receptores, ofereceriam procedimentos médicos mais seguros, eliminando os riscos de operações realizadas na ilegalidade.

Em resumo, os argumentos fundamentais da proposta da criação de um mercado regulado de partes do corpo seriam:

- 1) As transações comerciais de partes do corpo trariam benefício mútuo na medida em que ofereceriam retorno financeiro a pessoas em situação de pobreza e possibilitariam a recuperação da saúde e da qualidade de vida de pacientes necessitados;
- 2) Garantida a liberdade e a informação, a análise dos riscos da transação e a escolha pela disponibilidade do próprio corpo seriam um direito do indivíduo vendedor, consistindo a vedação do comércio em paternalismo exacerbado;
- 3) A regulação do mercado de órgãos e tecidos por um ente estatal ou supra estatal garantiria a confiabilidade do sistema, e impediria o comércio

⁷⁸ BURGOS; GARATONNI, op. cit.

⁷⁹ BECKER, Gary; ELÍAS Julio J. Introducing Incentives in the Market for Live and Cadaveric Organ Donations. *Journal of Economic Perspectives*, v. 21, n. 3, p. 3–24, 2007. Disponível em: <<http://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.21.3.3>> Acesso em: 12 jul. 2015.

predatório e a exploração de possíveis vendedores, na medida em que impediria negociações diretas.

- 4) Os preços pelos órgãos cairiam drasticamente em comparação ao que se pratica no mercado negro, tornando os transplantes mais acessíveis.
- 5) Atingir-se-ia o equilíbrio entre oferta e demanda de órgãos, extinguindo-se o problema das longas filas de espera, e, ainda, restringindo drasticamente a atuação do mercado negro em razão do remanejamento da demanda.

As teorias contrárias à descriminalização do comércio de órgãos e tecidos não negam que uma possível abertura de mercado aumentaria a oferta, hoje insuficiente partindo do modelo baseado no altruísmo. Suas críticas se voltam, em essência, aos demais efeitos que a permissão poderia gerar, a violação de direitos fundamentais, além de considerarem a existência de outras opções a serem ponderadas que poderiam aumentar o suprimento de órgãos sem, no entanto, permitir o comércio.

A crítica central que se faz às propostas de descriminalização é a de que parte-se da premissa de que a autonomia do indivíduo ao dispor do próprio corpo em um sistema de mercado é absoluta, enquanto na realidade as circunstâncias demonstram que nem sempre isso é verdadeiro. A massa das pessoas que assumem o risco de vender seus órgãos encontra-se em situação de extrema vulnerabilidade e desinformação, de modo que não é possível afirmar que seu consentimento seja oferecido de forma livre, espontânea e esclarecida. Aliás, a própria condição de vulnerabilidade não permite que se acredite de forma absoluta que há poder de escolha por parte dos possíveis vendedores, que muitas vezes veem a disposição de seu corpo como única alternativa disponível para sanar a situação de miséria.⁸⁰

Os defensores na manutenção da criminalização - dentre estes, uma das mais expoentes representante é a já referida Nancy Schepes-Hughes - defendem que as teorias favoráveis à descriminalização levam em conta tão somente o fenômeno inicial da transação comercial, desconsiderando reflexos posteriores que podem sobrevir aos eventuais vendedores. O comércio de órgãos toma aqui aspecto mais amplo, de modo a demonstrar que a transação não pode ser tomada em seu sentido puramente contratual, na qual vigora a igualdade entre as partes, a autonomia da vontade, e contrapartidas recíprocas. A concepção de uma relação comercial apresentando partes do corpo como objeto, partindo da afirmação

⁸⁰ SCHEPER-HUGHES, op. cit., p. 62 et. seq.

de que os vendedores estariam em situação de vulnerabilidade, demonstra por si um desequilíbrio entre as partes.⁸¹

Outra premissa, ainda, a ser questionada é a de que o retorno financeiro poderia, inclusive, retirar os vendedores de sua condição de pobreza e vulnerabilidade social. A pesquisa de campo que a antropóloga realizou a levou à conclusão de que, além da contrapartida financeira não ser o suficiente para ascender o indivíduo de sua condição, pelo contrário, a disposição de um órgão ou tecido o debilitaria ainda mais, pois dificilmente retomaria a saúde física após a operação, sem considerar, aqui, os efeitos psicológicos decorrentes.⁸² Em países como o Brasil, em que o sistema de saúde não apresenta padrões de excelência, sobretudo no atendimento a populações carentes, os efeitos da proliferação dessas cirurgias são incalculáveis.

Na mesma linha, vale destacar que a instituição de um mercado de órgãos, além de abrir espaço para a exploração de pessoas econômica e socialmente vulneráveis, ainda restringiria seu acesso aos transplantes. A organização de um sistema de mercado, ainda que regulado como apresentado acima, excluiria a parte dos pacientes que necessitam de transplantes e não dispõe de condição financeira que os permita adquirir órgãos e tecidos por meio de pagamento. A abertura de mercado reduziria a oferta altruística, trazendo benefícios apenas àqueles que possuem recursos mínimos de investimento para a compra de um órgão, na mesma medida em que reduziria ainda mais o acesso de pessoas em situação de pobreza ao procedimento cirúrgico.

No caso do Brasil, especificamente, posições contrárias à descriminalização referem-se a normas do ordenamento jurídico nacional como fundamento de seus argumentos.

A Constituição Federal apresenta como princípio da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)⁸³. Nesse sentido, o ser humano seria figura central de proteção no ordenamento jurídico, e tomado como um fim em si mesmo, de modo que não seria possível atribuir valor monetário ao corpo ou às suas partes, posto que isso consistiria em violação frontal à dignidade humana. Citando o autor alemão Günther Dürig, Cíntia Rosa Pereira de Lima afirma que a dignidade da pessoa humana seria violada sempre que o indivíduo fosse rebaixado a um objeto, tomado como coisa, e, portando, descaracterizado

⁸¹ PLEASANTS, op. cit.

⁸² Ibidem.

⁸³ BRASIL, Constituição (1998), op. cit.

como sujeito de direitos. Enquanto coisas possuem valor instrumental, relativo, o ser humano tem um fim intrínseco, que é sua própria dignidade.⁸⁴ Para além do ordenamento brasileiro, outros diplomas preveem a dignidade da pessoa humana como elemento central das ordens jurídicas. Como exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas de 1948, que já no preâmbulo prediz que “[...] o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo[...]”⁸⁵ Outro documento relevante, este, aplicável também aos transplantes de órgãos, é a Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade, proclamada pela ONU em 1975, que busca justamente prevenir que os avanços científicos e tecnológicos sejam utilizados como instrumentos de violação aos direitos e liberdades humanas .⁸⁶

Argumenta-se, pois, que se permitindo a comercialização de partes do corpo humano, estar-se-ia violando a dignidade da pessoa humana, princípio fundador do ordenamento jurídico brasileiro, e também fonte de todos os direitos fundamentais. Os avanços científicos e os benefícios do desenvolvimento da medicina, no presente caso, dos transplantes, não poderiam tornar-se ameaça aos direitos fundamentais e ao princípio nuclear da dignidade da pessoa humana, o que, segundo a linha oposta à abertura de mercado, ocorreria no caso de atribuição de valor econômico às partes do corpo humano.⁸⁷

Ainda nesse sentido, apresentam-se alternativas viáveis para que a oferta de órgãos seja ampliada, sem que para isso seja necessária permissão do oferecimento de incentivos financeiros aos potenciais doadores.⁸⁸ Nesse ponto, é interessante notar que a maior parte da população brasileira - de forma similar ao que ocorre nos Estados Unidos⁸⁹ - é favorável à

⁸⁴ ROSA, Cíntia Pereira de Lima. O valor do corpo e as leis de mercado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106-107, p. 159-178, jan/dez 2011-2012. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67942/70550>> Acesso em: 10 mar. 2015.

⁸⁵ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 217 A (III). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>> Acesso em: 14 de agosto de 2015

⁸⁶ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 3384 (XXX). **Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade**. 10 nov. 1975. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-uso-do-progresso-cientifico-e-tecnologico-no-interesse-da-paz-e-em-beneficio-da-humanidade.html>> Acesso em: 14 ago. 2015.

⁸⁷ ROSA, op. cit.

⁸⁸ NULLIS-KAPP, op. cit.

⁸⁹ HANSMANN, Henry. The Economics and Ethics of Markets for Human Organs. **Journal of Health Politics, Policy and Law**. n. 14, 1989. p. 57-85. Disponível em:

doação de órgãos, no entanto a quantidade de doadores efetivos é baixa. Segundo dados da pesquisa realizada pelo DATAfolha, no Brasil, em 2009, 64% dos entrevistados doariam seus órgãos para transplante após a morte, no entanto, apenas 39% declararam já ter comunicado a família sobre essa opção.⁹⁰ Essa observação sugere que com alguns esforços no sentido se incentivar e abordar mais incisivamente o assunto poderiam elevar significativamente o número de doações. Nesse intuito, três principais medidas são sugeridas:

- 1) “Presumed Consent”, ou consentimento presumido: como já referido, trata-se da instituição de um modelo legislativo no qual os órgãos e tecidos presumem-se disponíveis para transplantes desde que não haja manifestação em contrário da pessoa em vida, ou dos familiares no momento da morte. Vale ressaltar que essa opção seria aplicável apenas aos casos de doações *post mortem*.
- 2) “Required Request”: instituição de uma obrigação legal aos profissionais da saúde, de que apresentassem à família de potenciais doadores cadáveres um pedido para que autorizassem a doação.
- 3) Mandated Choice: Obrigação legal de que, atingindo determinada idade, teriam de escolher a respeito de se tornarem ou não doadores. Aqui, há a possibilidade de inscrição dessa opção em documentos pessoais.⁹¹

A respeito do consentimento presumido, cabem ainda algumas ponderações. Segundo Hansmann⁹², a experiência nos Estados Unidos mostrou resultados positivos, mas de forma limitada, não sendo, assim, uma forma promissora de aumentar o suprimento de órgãos. No contexto brasileiro, como se verá adiante, a legislação atual não prevê essa modalidade de consentimento, permitindo o transplante apenas em caso de manifestação expressa do doador, ou com autorização dos familiares. No entanto, tramita um Projeto de Lei no Senado Federal que visa, justamente, incluir o consentimento presumido na Lei de Transplantes brasileira, o que tem causado divergências entre os parlamentares. De acordo com o relator do Projeto, Senador Paulo Davim, as experiências que o Brasil teve nesse sentido não apresentaram os efeitos desejados, além de diversos segmentos da sociedade terem sido resistentes. Sem contar o fato de o acesso à informação é limitado e ainda há

<<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/Hansmanntheeconomicsandethics.pdf>> Acesso em: 20 jul. 2015.

⁹⁰ ALIANÇA BRASILEIRA PELA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS. **Principais resultados da pesquisa Datafolha**. 2009. Disponível em: <http://www.adote.org.br/pdf/adote_datafolha_pesquisa.pdf> Acesso em 20 de julho de 2015.

⁹¹HANSMANN, op. cit.

⁹²Ibidem.

grande taxa de analfabetismo na população brasileira, o que prejudicaria as manifestações de vontade de não-doadores.⁹³ Aguardamos, ainda, a decisão do Senado.

Em resumo, as posições expressas em relação à descriminalização do comércio de partes do corpo humano apresentam fortes argumentos. Cabe a cada Estado, portanto, colocar em pauta a discussão e incorporar a seu ordenamento jurídico aquela que melhor reflete o contexto e os anseios nacionais. Contudo, apesar de antagônicas todas as propostas buscam alternativas para reduzir ou eliminar o mercado negro, de modo que o combate a tal prática deve ser alcançado por meio de medidas efetivas, inclusive com a cooperação internacional no âmbito da apuração e sistematização de informações, investigação das denúncias, responsabilização dos infratores e atendimento às vítimas.

No Brasil a posição predominante é a de manutenção da proibição do comércio, inclusive por seu caráter constitucional.

3.3 O CASO DO IRÃ

No contexto da discussão a respeito da descriminalização e legalização de um mercado de partes do corpo, o exemplo do Irã é paradigmático. Este é o único modelo em âmbito mundial da instituição de um mercado regulado de órgãos e tecidos, o que permite auferir quais os possíveis reflexos dessa opção.

Como já mencionado, desde a década de 80 vários países editaram legislação proibindo o comércio de órgãos e tecidos baseando seus sistemas de transplantes na doação altruística, sendo esta hoje a regra internacional. Em linha inversa, em 1988 o Irã adotou um sistema regulado de transplantes permitindo compensações financeiras em transações entre pessoas vivas sem relação de parentesco. A partir de tal modelo afirma-se que já em 1999 a lista de espera para transplante de rim havia sido completamente eliminada.⁹⁴

⁹³ BRANDÃO, Gorette. Senado examina projeto que restabelece doação presumida de órgãos para transplantes. **Agência Senado**, 20 jul 2013. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/07/26/senado-examina-sugestao-de-retorno-da-doacao-presumida-de-orgaos-para-transplantes>> Acesso em 21 jul. 2015.

⁹⁴ GHODS, Ahad; SHAVAG, Shekoufeh. Iranian Model of Paid and Regulated Living-Unrelated Kidney Donation. **Clinical Journal of the American Society of Nephrology**, n. 1. p. 1137, 2006. Disponível em: <<http://cjasn.asnjournals.org/content/1/6/1136.full.pdf+html>> Acesso em: 5 set. 2015.

O primeiro transplante de rim foi realizado no Irã em 1967, e até a reforma do sistema o número de transplantes realizados era baixo e a grande maioria dos pacientes com problemas renais terminais se tratavam por diálise. Em 1980, em razão desta baixa atividade de transplantação no país, o Ministério da Saúde passou a oferecer verba para que os pacientes viajassem para outros países para realizar as operações, sendo que durante os 5 anos em que essa medida vigorou, mais de 400 pacientes se deslocaram para países europeus e Estados Unidos para receber transplante renal. O aumento dos pacientes, e, conseqüentemente, do gasto de dinheiro público aplicado no subsídio das viagens, além do fato de que as filas de espera nacionais permaneciam grandes, foram fatores que levaram o governo a repensar seu sistema interno e adotar, em 1988, um modelo de financiamento e regulação pública e compensação financeira a doadores vivos sem grau de parentesco, para fins de transplante de rim.⁹⁵

O modelo iraniano funciona da seguinte forma: primeiramente, há preferência para realização das doações entre pessoas com grau de parentesco, de modo que na triagem dos candidatos é verificado se não existe nenhum potencial doador com tal característica, sendo que, se não houver, o paciente é encaminhado para a chamada “*Dialysis and Transplant Patients Association*” (DATPA), onde se iniciam as buscas por um doador compatível. As pessoas que se candidatam como doadores não relacionados (sem grau de parentesco) o fazem por meio da mesma instituição. Tanto receptores como doadores passam por avaliações clínicas e psicológicas ao serem aceitos. Interessante notar que a Associação é formada por pacientes portadores de doenças renais, e não recebe incentivos financeiros externos para a realização de suas atividades. Além disso, com o modelo implantado a instituição se expandiu para atender a demanda, fazendo com que, em tese, não haja espaço para agências externas ou burla ao sistema.⁹⁶

Todas as equipes de transplante pertencem a hospitais universitários, e o governo é responsável pelo pagamento de todas as despesas médicas relacionadas às operações. Realizado o transplante renal, o doador recebe do governo sua recompensa, além de seguro de saúde. Grande parte dos doadores também recebe contraprestação financeira do paciente receptor, com valor estabelecido previamente pela DATPA, e, sendo este pobre, a quantia é para por instituições de caridade.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Ibidem.

Ainda, visando garantir a observância de padrões éticos em todo o procedimento, há fiscalização estrita pela Sociedade Iraniana de Transplante de Órgãos, e, no intuito de evitar o turismo de transplantes, existe a proibição de que estrangeiros recebam rins ou sejam doadores nesse sistema, sendo que, nesse caso, as transações só podem ocorrer entre estrangeiros de mesma nacionalidade.⁹⁷

O sistema exposto acima auxiliou na eliminação da lista de espera para transplantes de rim no Irã. No entanto, outro fator também deve ser levado em conta para que isso tenha ocorrido. A maior parte dos pacientes iranianos não recebe diagnóstico preciso de sua doença, o que faz com que a lista de candidatos para transplante seja menor relativamente a países mais desenvolvidos, de modo que a eliminação da lista de espera foi mais simples e rápida. Justamente nesse ponto o modelo do Irã é contestado. De acordo com publicação do *Declaration of Istanbul Custodian Group* a apresentação do sistema de compensação financeira adotado pelo Irã como solução para as listas de espera para transplante é um mito, uma vez que a razão da eliminação seria justamente a falta de acesso da população a tal lista.⁹⁸

No mais, a análise de dados oferecidos pelo Registro Nacional de Doação e Transplante e pelo Ministério da Saúde e Educação Médica do Irã demonstra que existe uma lista de espera, contradizendo as afirmativas antes apresentadas.⁹⁹ A Figura 6 representa a disparidade entre a demanda e o número de transplantes realizados em 2011 no país:

Figura 6: Pacientes na lista de espera para transplantes no Irã em 2011

⁹⁷ Ibidem, p. 1138.

⁹⁸ DECLARATION OF ISTANBUL CUSTODIAN GROUP. **Incentives, kidney donations, and the myth of the iranian waiting list**. 2014. Disponível em: <<http://www.declarationofistanbul.org/>> Acesso em 5 de setembro de 2015.

⁹⁹ ROUCHI, Alireza Heidary; GHAEMO, Fatemeh; AGHIGHI, Mohammamed. Outlook of Organ Transplantation in Iran: a time for quality assessment. **Iranian Journal of Kidney Diseases**. v. 8, n. 3. mai. 2014. p. 185. Disponível em: <http://www.sid.ir/en/VEWSSID/J_pdf/116620140307.pdf#http://www.sid.ir/en/VEWSSID/J_pdf/116620140307.pdf> Acesso em 5 de setembro de 2015.

Table 2. Patients on Waiting List and Organ Transplantation Procedures in 2011

Organ	Waitlisted Patients	Transplants
Kidney	17910	2273
Liver	1280	395
Heart	351	82
Lung	220	18
Pancreas	200	24

Fonte: Iranian Journal of Kidney Diseases

Além disso, o modelo apresenta vários problemas éticos que serão apontado a seguir, de modo que não pode ser tomado em absoluto como um exemplo a ser implantado indistintamente em demais países.

Contando com subsídios governamentais e das instituições de caridade, mesmo os pacientes sem condições financeiras recebem o transplante, contudo, como visto, grande parte destes pacientes permanece fora da lista de espera, o que evidencia desigualdade no acesso.¹⁰⁰ Além disso, as estatísticas demonstram que a maioria dos doadores pertencem às classes econômicas mais baixas e os incentivos financeiros oferecidos não são suficientes para alavancar a condição econômica dos doadores, e tão menos têm um efeito de longo prazo, o que gera um alto índice de arrependimento dentre os vendedores, corroborando as afirmativas feitas pelas linhas contrárias à abertura de mercado, como exposto nos capítulos anteriores. Estima-se que o índice de arrependimento entre os doadores de rins dentro desse sistema seja de 79%.¹⁰¹ Por outro lado, o sistema iraniano fez com que grande parte do mercado ilegal fosse eliminado, bem como o turismo de transplantes, e que a qualidade das cirurgias fosse garantida mediante exames clínicos prévios.¹⁰²

Conclui-se, assim, que o sistema apresentado pelo Irã detém vantagens, no entanto não pode ser utilizado indistintamente como um exemplo de sucesso do modelo de mercado de partes do corpo pois seus resultados envolvem fatores peculiares do país, como o número de pacientes diagnosticados e a extensão da fila de espera, não podendo garantir, assim, que os mesmos resultados seriam alcançados em quaisquer outros Estados. No mais, resta evidente

¹⁰⁰ GHODS; SHAVAG, op. cit., p. 1140.

¹⁰¹ BURGOS; GARATONNI, op. cit.

¹⁰² GHODS; SHAVAG, op. cit.

que o modelo iraniano não atendeu a problemas como a desigualdade no acesso aos transplantes e a proveniência das doações majoritariamente de pessoas de baixa renda, elementos de um modelo exploratório.

4 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL NO BRASIL

4.1 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTES

Como citado anteriormente, o tráfico de órgãos no Brasil é criminalizado por meio de tipos correlatos, presentes na Lei de Transplantes - Lei 9434 de 1997, em seus artigos 14 a 20.

A legislação a respeito dos transplantes no Brasil é relativamente recente, e sofreu diversas modificações, alterando as regras a respeito do consentimento, os critérios para realização das doações, e também as disposições acerca da gratuidade. Nesse sentido, é relevante apresentarmos um breve histórico destas alterações, para compreendermos o contexto em que as disposições legais em vigor se inserem.

A primeira lei relacionada aos transplantes no Brasil foi a Lei 4.280, de 6 de novembro de 1963. Este diploma não previa a possibilidade de doações *inter vivos*, considerando apenas a remoção de órgãos para transplante de cadáveres. Quanto ao consentimento, considerava tanto a vontade expressa em vida pelo doador, quanto o consentimento presumido, uma vez que permitia a remoção dos órgãos, na ausência de manifestação expressa, desde que não houvesse oposição por parte do cônjuge, parentes até segundo grau, ou corporações religiosas ou civis responsáveis pelos despojos. O diploma, ainda, era silente a respeito de critérios específicos para decretação da morte, além de não se referir expressamente à gratuidade dos transplantes e não prever punições a eventuais infrações das regras ali estabelecidas. Por fim, determinava a preferência de que o procedimento de remoção dos órgãos fosse realizado pelo encarregado do transplante na instituição, se possível, acompanhado pelos médicos que atestaram o óbito.

A lei 5.479, de 1968, revogou a lei anterior, e trouxe inovações ao determinar expressamente a gratuidade da doação de partes do corpo de cadáveres, além de permitir doações *inter vivos* para fins humanitários e terapêuticos. No entanto, apesar de prever a doação entre pessoas vivas, o texto da lei não definiu seus critérios, deixando sem regulação a questão da gratuidade nesses casos, e da exigência de grau de parentesco ou autorização judicial, determinando apenas que fosse comprovada a necessidade terapêutica do receptor, e que as doações fossem restritas a órgãos duplos ou tecidos que não prejudicassem o doador. Outra modificação que trouxe em relação à lei anterior refere-se ao consentimento, uma vez

que foi eliminado o consentimento presumido, autorizando-se a doação desde que houvesse manifestação expressa do doador, ou autorização do cônjuge não separado, descendentes, ascendentes e colaterais, sucessivamente, ou de corporações religiosas ou civis responsáveis pelos despojos. Em relação aos médicos autorizados a realizar a remoção, previa apenas que tivessem capacidade técnica comprovada. Finalmente, a respeito das infrações, o diploma previa pena de detenção de um a três anos.

Em 1988 A Constituição Federal viria instituir a vedação a todo tipo de comercialização no campo dos transplantes, em seu art. 199, § 4º:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

(...)

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

A regulamentação do texto constitucional seria dada pela Lei 8489 de 1992. A norma, aplicável tanto nas doações *inter vivos* quanto a *post mortem*, previa explicitamente a gratuidade, restringindo a doação *inter vivos* a avós, netos, pais, filhos, irmãos, tios, sobrinhos, primos até segundo grau, incluindo cunhados e cônjuges, além de exigir autorização judicial para doação entre pessoas não relacionadas. Interessante observar que este diploma legal voltou a prever o consentimento presumido regulado por familiares. No mais, quanto aos requisitos impostos aos médicos responsáveis pela remoção e às penalidades impostas às infrações permaneceram da mesma forma que a lei anterior determinava.

Os elementos destacados em cada texto normativo são relevantes ao tema em questão na medida em que balizaram o sistema de transplantes brasileiro, o que tem interferência direta na maneira como o tráfico opera.

A permissão de doações entre pessoas vivas e a disciplina do consentimento apresentam reflexos na oferta de órgãos. Inclusive, o consentimento presumido está presente nas legislações de países como Espanha, Bélgica, Áustria, Itália e Argentina, justamente com o fito de ampliar o número de doações *post mortem* diante da demanda crescente, obtendo resultados positivos.

Já os requisitos dos médicos e instituições responsáveis pela remoção dos órgãos oferecem segurança ao sistema de transplantes, evitando conflitos de interesses. Os critérios estabelecidos podem, inclusive, coibir práticas ilícitas por parte dos próprios profissionais da saúde, que possuem acesso direto aos órgãos e tecidos removidos. Nesse sentido, um dos Princípios Norteadores dos Transplantes de Células, Tecidos e Órgãos Humanos da OMS é explícito ao determinar que:

2) Os médicos que determinam que o potencial doador faleceu não devem estar diretamente envolvidos na remoção de células, tecidos e órgãos do doador, ou procedimentos de transplante subsequentes, nem devem ser responsáveis pelo atendimento de candidatos a receptores destas células, tecidos e órgãos. dos órgãos e tecidos. (tradução nossa)¹⁰³

No comentário que segue ao princípio, torna-se claro o objetivo de evitar conflitos de interesses que poderiam surgir nos casos em que o mesmo médico ou equipe responsável pela constatação da morte de possível doador fosse também responsável pelos cuidados médicos dos pacientes que aguardam pela recepção dos órgãos e tecidos. Isso demonstra a importância do estabelecimento de tais critérios na legislação, como forma de proteção do sistema contra possíveis abusos e práticas de manipulação das filas de espera e do comércio ilegal.

Por fim, a gratuidade apresenta papel essencial, na medida em que dá ao comércio de órgãos e tecidos seu caráter de ilegalidade. Sobre este ponto repousam as bases da discussão a respeito do tráfico de órgãos.

4.2 LEGISLAÇÃO EM VIGOR

O Brasil ratificou o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças (denominado Protocolo de Palermo), promulgando-o por meio do Decreto nº 5.017 de 2004. Após a ratificação, com o objetivo de implementar no país as medidas estabelecidas no Protocolo, em 2006 foi promulgado o

¹⁰³ WORLD HEALTH ORGANIZATION, op. cit.

Decreto nº 5.948, que aprovou a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Este instrumento normativo, além de estabelecer princípios, diretrizes e as áreas de atuação no enfrentamento ao tráfico de pessoas, também incorporou definitivamente o tema à agenda governamental, abrindo espaço para que fosse aprovado o I Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, por meio do Decreto nº 6.347 em 2008, com o objetivo primordial de materializar as ações propostas pela Política Nacional de combate ao tráfico, dentre elas a garantia de atenção às vítimas mediante ações incisivas de proteção aos grupos de pessoas expostos à exploração; a inibição da ação dos aliciadores; o aumento da repressão, sobretudo mediante o combate contundente aos traficantes; e o fomento da interação com outros governos para desestruturar as redes criminosas. Em 2013, dando seguimento a essa Política, foi aprovado o II Plano Nacional, que prevê como uma de suas atividades centrais a produção de dados sobre o fenômeno do tráfico de pessoas no Brasil, ação que vem sendo implementada pelos diversos órgãos parceiros e pelo Ministério da Justiça.

O marco normativo mundial em relação ao tráfico de pessoas, portanto, consiste no Protocolo de Palermo. Tal documento nomeia as formas de exploração mais conhecidas e reconhecidas pela literatura nacional e internacional na definição do tráfico de pessoas. Isto significa dizer que as modalidades de exploração reconhecidas pelo Protocolo, e, portanto, internacionalmente reconhecidas, e incorporadas pelo Brasil ao ratificá-lo, são o Tráfico para Fins de Exploração Sexual, Tráfico para Fins de Remoção de Órgãos, Tecidos e Partes do Corpo Humano, Tráfico para Fins de Trabalho Escravo e Tráfico para Fins de Casamento Servil. Vale ressaltar, no entanto, que o Protocolo não apresenta um rol taxativo de modalidades de exploração, sendo que cada legislação pode complementá-lo de acordo com as peculiaridades e interesses locais. As modalidades trazidas pelo Protocolo de Palermo consistem nas práticas relatadas de forma mais intensa, tratando-se, assim, de rol exemplificativo.¹⁰⁴

Em se tratando do tráfico de órgãos, especificamente, não há ainda uma norma internacional a respeito. No entanto, como já citado, a Declaração de Istanbul é internacionalmente reconhecida como o documento que estabelece as definições, princípios e medidas a serem implementadas no campo dos transplantes. A Declaração contou em sua elaboração com representantes do Brasil, e é subscrita pela Associação Brasileira de Transplante de Órgãos, de modo que seus dispositivos são referência para o Brasil, e devem

¹⁰⁴ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME; op. cit., p. 7.

ser incorporados em nosso ordenamento jurídico com o objetivo de implementar os objetivos ali traçados. Vale ressaltar que a Declaração de Istanbul posiciona-se contrariamente à comercialização de partes do corpo, o que é atualmente seguido pela legislação brasileira. Afirma a Declaração que:

4. O objectivo principal das políticas e dos programas de transplantação deverá ser a existência de cuidados médicos de curto e longo prazo excelentes, no sentido de promover a saúde tanto de dadores como de receptores. a. As considerações financeiras ou os ganhos materiais de qualquer um dos intervenientes não deverão sobrepor-se à consideração principal pela saúde e pelo bem-estar de dadores e receptores.

(...)

6. O tráfico de órgãos e o turismo de transplantação violam os princípios da equidade, da justiça e do respeito pela dignidade humana, pelo que devem ser proibidos. Uma vez que o comercialismo dos transplantes tem como alvo dadores empobrecidos ou vulneráveis por qualquer outro motivo, conduz inexoravelmente à iniquidade e à injustiça, devendo ser proibido. Na sua Resolução 44.25, a Assembleia Mundial da Saúde instou os países a prevenir a compra e venda de órgãos humanos para fins de transplantação.

a. As proibições destas práticas deverão incluir uma proibição a todos os tipos de publicidade (inclusive em suportes electrónicos e impressos), solicitação ou intermediação para fins de comercialismo dos transplantes, tráfico de órgãos ou turismo de transplantação.

b. Tais proibições deverão igualmente incluir penalizações para actos — como o rastreio médico de dadores ou órgãos ou o transplante de órgãos — que auxiliem, incentivem ou utilizem os produtos do tráfico de órgãos ou do turismo de transplantação.

c. As práticas que induzem pessoas ou grupos vulneráveis (tais como pessoas analfabetas ou pobres, imigrantes sem documentos, prisioneiros e refugiados políticos ou económicos) a tornar-se dadores em vida são incompatíveis com o objectivo de combater o tráfico de órgãos, o turismo de transplantação e o comercialismo dos transplantes.¹⁰⁵ (sic.)

Internamente, a legislação penal brasileira vigente trata do tráfico de pessoas tanto interno como internacional nos artigos 231 e 231-A do Código Penal¹⁰⁶. No entanto, referidos tipos referem-se tão somente ao tráfico para fins de exploração sexual, de modo que não reflete fielmente as determinações estabelecidas no Protocolo de Palermo. Não obstante, existem outros artigos do Código Penal e demais leis que tipificam condutas relacionadas ao tráfico de pessoas, abrangendo outras formas de exploração e criminalizando, por exemplo, a redução de alguém à condição análoga a de escravo (art. 149 do Código Penal), promessa ou

¹⁰⁵ DECLARATION OF ISTANBUL CUSTODIAN GROUP, 2008, op. cit.

¹⁰⁶ BRASIL. Decreto Lei 2.848 de 1948. Código Penal. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**, 31 de dezembro de 1940, Seção 1 - 31/12/1940, p. 23911.

entrega de filho ou pupilo a terceiro mediante paga ou recompensa (Art. 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente)¹⁰⁷, e introdução clandestina de estrangeiros no país (Art.125, XII, do Estatuto do Estrangeiro)^{108 109}.

O tráfico de órgãos é tipificado de acordo com tal classificação de crimes subsidiários, sendo que os tipos estão previstos na lei que regula o sistema de transplantes no Brasil, a Lei 9434 de 4 de fevereiro de 1997, regulada pelo Decreto 2434 de 30 de junho de 1997. A Figura 7 explicita os crimes correlatos ao Tráfico para Fins de Remoção de Órgãos, Tecidos e Partes do Corpo Humano:

Figura 7 - Crimes Correlatos ao Tráfico para Fins de Remoção de Órgãos, Tecidos e Partes do Corpo Humano

Tabela 4. Correlatos ao Tráfico para Fins de Remoção de Órgãos, Tecidos e Partes do Corpo Humano

TIPO PENAL	LEGISLAÇÃO	CONDUTA
Crimes contra a Lei de Transplante	Art. 14 da Lei nº 9.434/97	- Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver com o fim de lucro ou sem a autorização do doador ou responsável.
		- Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano.
Crimes contra a Lei de Transplante	Art. 15 da Lei nº 9.434/97	- Promover, intermediar, facilitar ou auferir vantagem com a transação.
		- Realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos de forma ilícita.
	Art. 17 da Lei nº 9.434/97	- Recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos de forma ilícita.

¹⁰⁷ BRASIL. Lei 8.096 de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**, 16 de julho de 1990, Seção 1, de 16 de julho de 1990, p. 13563.

¹⁰⁸ BRASIL, Lei 6.815 de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**, 21 de agosto de 1980, Seção 1 - 21/8/1980, p. 16533.

Fonte: Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime e Ministério da Justiça: Relatório Nacional sobre o Tráfico de Pessoas: Consolidação dos dados de 2005 a 2011.

A chamada Lei de Transplantes autoriza a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, tanto em vida como *post mortem*, para fins de transplante e tratamento. Prosseguindo com a lógica adotada no tópico anterior, vale destacar os critérios e regras estabelecidos pela Lei e pelo Decreto, que definem toda a dinâmica dos transplantes no Brasil.

No que se refere ao consentimento a Lei 9434/97 previa em sua redação original, art. 4º, que: “Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica post mortem.”¹¹⁰ Além disso, previa nos parágrafos subsequentes a inscrição na Carteira de Identidade Civil e na Carteira Nacional de Habilitação da condição de não-doador de órgãos e tecidos, de modo que, vigente a lei, ausente a referida inscrição nos casos de doação post mortem presumir-se-ia o consentimento. Com referida redação a lei instituiu um modelo de consentimento até então não experimentado pela legislação brasileira, uma vez que previa o consentimento presumido, no entanto, sem a consideração da vontade dos familiares do doador, além de apresentar o requisito formal da declaração nos documentos de identificação.¹¹¹

Um regresso apresentado pela Lei de Transplantes em sua redação original foi a ausência de previsões a respeito das exigências de parentesco ou autorização judicial para realização dos transplantes. O silêncio legislativo nestes aspectos abre espaço para que as práticas ilegais aconteçam, na medida em que reduzem o controle das operações, facilitando a manipulação das listas de espera para transplantes. Nancy Scheper-Huges, em referência à Lei brasileira, afirma que a permissão das doações entre pessoas que não possuem grau de parentesco apresenta-se como um problema, pois abre espaço para fraudes no sistema. Esse fato pode, inclusive, ser indicado como uma das causas do boom no mercado negro de órgãos

¹¹⁰ BRASIL. Lei 9434 de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Publicação Original. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**, 05 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1997/lei-9434-4-fevereiro-1997-372347-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 28 jul. 2015.

¹¹¹ Ibidem.

e tecidos. Na mesma linha, Volnei Garrafa acredita que a Lei de Transplantes é permissiva, e fragiliza populações mais pobres quando deveria protegê-las.¹¹²

Frente às lacunas e falhas apresentadas no texto original da Lei 9434/97, em março de 2001 foi promulgada a Lei 10.211, que veio a aprimorar as disposições, incorporando modificações relacionadas à autorização da família, doações *inter vivos* e lista de espera. Desse modo, pela redação em vigor, foi instituído que as doações entre pessoas vivas pode ocorrer somente entre cônjuges ou parentes consanguíneos até o quarto grau, ou então para qualquer pessoa, desde que precedida de autorização judicial.

Quanto ao consentimento, determina que:

Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Eliminado, portanto, o consentimento presumido. Contudo, em 2012 foi lançado no Senado Federal, pelo Senador Humberto Costa, um Projeto de Lei que instituiria na legislação brasileira, novamente, tal modalidade de consentimento. A explicação da ementa dispõe:

Altera a Lei nº 9.434/1997 (que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências) para dispor que salvo manifestação de vontade em contrário presume-se autorizada a doação “post mortem” de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para transplantes ou outra finalidade terapêutica; a pessoa que não desejar dispor de seus órgãos, tecidos ou partes do corpo para a doação deverá solicitar a gravação da expressão “não doador de órgãos e tecidos” em documento público de identidade; estabelece que a lei entrará em vigor após cento e oitenta dias da data de sua publicação.¹¹³

O projeto, na data de apresentação do presente trabalho, encontra-se em trâmite na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, aguardando designação de relator.

¹¹² SALVADORI, op. cit.

¹¹³ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 405 de 2012**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=108638 Acesso em: 15 ago. 2015.

O art. 10 da Lei 9434 traz, ainda, a necessidade de consentimento por parte do receptor, a exigência da inscrição na lista única de espera, e também do aconselhamento sobre as excepcionalidades e riscos do procedimento do transplante, ou seja, disciplina o consentimento informado por parte do paciente receptor do órgão ou tecido.

Como dito, as referências a esses elementos legislativos é relevante na medida em que estes apresentam reflexos diretos na dinâmica em que se constrói o tráfico de órgãos. A par da criminalização, os critérios estabelecidos para o funcionamento do sistema de transplantes irão instituir maior ou menor controle sobre os procedimentos, e podem evitar a ocorrência de práticas ilegais. No entanto, no que diz respeito ao tema do tráfico de órgãos, os dispositivos primordiais que nos traz a Lei de Transplantes encontram-se no Capítulo V da Lei, que trata dos crimes, suas respectivas penas, e institui sanções administrativas.

Na esfera penal, os arts. 14 a 20 da Lei tipificam as condutas e estipulam qualificadoras. São esses tipos que criminalizam o tráfico de órgãos no ordenamento jurídico brasileiro. Estabelece o texto da lei:

CAPÍTULO V

DAS SANÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS

SEÇÃO I

Dos Crimes

Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa.

§ 1.º Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 100 a 150 dias-multa.

§ 2.º Se o crime é praticado em pessoa viva, e resulta para o ofendido:

I - incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV - aceleração de parto:

Pena - reclusão, de três a dez anos, e multa, de 100 a 200 dias-multa

§ 3.º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta para o ofendido:

I - Incapacidade para o trabalho;

II - Enfermidade incurável ;

III - perda ou inutilização de membro, sentido ou função;

IV - deformidade permanente;

V - aborto:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

§ 4.º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta morte:

Pena - reclusão, de oito a vinte anos, e multa de 200 a 360 dias-multa.

Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufere qualquer vantagem com a transação.

Art. 16. Realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:

Pena - reclusão, de um a seis anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

Art. 17 Recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:

Pena - reclusão, de seis meses a dois anos, e multa, de 100 a 250 dias-multa.

Art. 18. Realizar transplante ou enxerto em desacordo com o disposto no art. 10 desta Lei e seu parágrafo único:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Art. 19. Deixar de recompor cadáver, devolvendo-lhe aspecto condigno, para sepultamento ou deixar de entregar ou retardar sua entrega aos familiares ou interessados:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Art. 20. Publicar anúncio ou apelo público em desacordo com o disposto no art. 11:

Pena - multa, de 100 a 200 dias-multa.¹¹⁴

O art. 14 descreve, essencialmente, a ação dos responsáveis pela remoção dos órgãos e tecidos, ou seja, a realização cirúrgica. Trata-se de norma penal em branco, pois necessita de complemento proveniente da própria norma incriminadora, no caso, a Lei 9.434. Vale ressaltar que aqui é indiferente o consentimento da vítima, assim como estabelece o Protocolo de Palermo e a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.¹¹⁵ O consentimento é irrelevante porque não é informado ou espontâneo, tendo sido obtido por

¹¹⁴ BRASIL. Lei 9.434 de 1997, op. cit.

¹¹⁵ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME; op. cit., p. 7.

meio de fraude, engano ou falsa promessa, aproveitando-se da situação de vulnerabilidade das vítimas. Assim, independente da concordância da vítima (ou da família, no caso de doador cadáver) em realizar o procedimento, comete crime aquele que procede à remoção de tecidos órgãos ou partes do corpo sem a observância dos dispositivos legais. Portanto, basta que o meio utilizado tenha sido a “força ou outras formas de coação, o rapto, a fraude, o engano, o abuso de autoridade, situação de vulnerabilidade ou entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios”, para que o consentimento seja juridicamente irrelevante.¹¹⁶

Importante destacar as penas estabelecidas pelo art. 14, que se apresentam mais severas do que aquelas estabelecidas para o homicídio culposo (art. 121, § 3º, do Decreto Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940). Enquanto o tipo trazido pelo Código Penal estabelece pena de detenção de um a três anos, a Lei de Transplantes comina para as condutas previstas no art. 14 pena base de reclusão de dois a seis anos, além de multa de 100 a 360 dias-multa. O §4º do artigo estabelece que se o crime é praticado em pessoa viva e resulta em morte, a pena base é a de reclusão de oito a vinte anos, e multa de 200 a 360 dias-multa, ou seja, apesar de ter o mínimo mais elevado, estabelece pena máxima idêntica a do homicídio (art. 121, caput, do Código Penal), além da multa, que não é prevista neste último.

Por sua vez, o art. 16 criminaliza a conduta de realização de transplante ou enxerto com órgãos, tecidos ou partes do corpo obtidos de forma ilegal, sendo exigida para configuração do crime a ciência do autor quanto à proveniência ilícita, o que é reforçado pelo art. 18, que veda a realização de transplante ou enxerto se houver irregularidade nos procedimentos administrativos (inscrição na lista única de espera). Além disso, este último reforça a necessidade de consentimento informado por parte do receptor, diante da exigência de que o paciente seja aconselhado sobre a excepcionalidade e riscos do procedimento. As penas estabelecidas são, respectivamente, reclusão, de um a seis anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa, e detenção, de seis meses a dois anos.¹¹⁷

No que diz respeito ao art. 15, uma peculiaridade da lei brasileira se apresenta: a venda de tecidos, órgãos ou partes do corpo também é tipificada, ou seja, suposta vítima do tráfico também incorre em crime, e pode receber pena de até 8 anos de reclusão e multa. Nos termos do referido artigo e seu parágrafo único restam previstas as condutas do comprador do órgão ou tecido (receptor), do vendedor (vítima), e dos partícipes e coautores. Este artigo não

¹¹⁶ Ibidem.

¹¹⁷ BRASIL. Lei 9.434 de 1997, op. cit.

abrange as múltiplas situações que ocorrem na realidade no tráfico. Primeiramente, não diferencia o vendedor consciente da vítima das redes criminosas, que atuam sob coerção ou mesmo coação. Além disso, pune indistintamente os traficantes e suas vítimas. Uma das propostas de modificação da lei é a criação de um tipo autônomo que criminalizasse condutas referentes ao tráfico como o transporte e aliciamento de pessoas para fins de extração de órgãos e tecidos com interesse comercial, e submetesse a penas alternativas os vendedores conscientes, isentando de pena a vítima coagida. Desse modo, a norma observaria o princípio da proporcionalidade e deixaria menos espaço para a discricionariedade do aplicador da lei, de forma contraposta ao que se observa no texto em vigor.¹¹⁸

Em relação à pena, o art. prevê reclusão, de três a oito anos, e multa de 200 a 360 dias-multa.

O art. 17, tipifica o recolhimento, transporte, guarda e distribuição de partes do corpo de origem ilícita, também, aqui, exigindo-se do autor ciência da proveniência ilegal destas, da mesma forma que o art. 16. A pena é de reclusão de seis meses a dois anos, e multa de 100 a 250 dias-multa.

O art. 19 refere-se à obrigação de recomposição do cadáver, mantendo sua condição condigna e a entrega deste à família, e, por fim, o art. 20 veda à publicidade referente aos transplantes feita em desconformidade com as previsões da Lei, em consonância ao que é estabelecido na Declaração de Istanbul, como visto. As penas são de detenção de seis meses a dois anos, e multa, de 100 a 200 dias-multa, respectivamente.

Além de criminalizar condutas nos artigos supracitados, a Lei de Transplantes traz ainda sanções administrativas aos estabelecimentos de saúde, equipes médico-cirúrgicas e empresas de comunicação social que atuem em desacordo com os termos da lei.

O Decreto 2.268 de 97, que regulamenta a Lei 9.434, teve como função primordial a criação no Sistema Nacional de Transplantes e a definição de sua estrutura. Além disso, pela

¹¹⁸ FERRACIOLI, Jéssica. Tráfico de pessoas para fins de extração de órgãos, células e tecidos humanos e o direito penal brasileiro: uma breve análise. **BOLETIM do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ed. 227. Out. 2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4461-Trfco-de-pessoas-para-fins-de-extrao-de-rgos-clulas-e-tecidos-humanos-e-o-direito-penal-brasileiro-uma-breve-anlise> Acesso em 24 de abril de 2015.

primeira vez faz menção à lista de espera de transplantes, o que seria incorporado à Lei pelas alterações de 2001.¹¹⁹

Para além da Lei dos Transplantes e seu Decreto regulamentador, o ordenamento jurídico brasileiro com ainda com diversas normas administrativas referentes aos transplantes de órgãos. Destacam-se as portarias do Ministério da Saúde, Resoluções da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM). Tais normas visam estabelecer critérios e regras básicas para que o Sistema Nacional de Transplantes funcione de forma eficaz e ética, evitando, assim, desvios nos procedimentos.

Dentre as principais normas administrativas podemos assinalar as Portarias do Ministério da Saúde nº 2600 de 2009 que aprova o Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes, e a nº 3407 de 1998, que aprova o Regulamento Técnico sobre as atividades de transplantes e dispõe sobre a Coordenação Nacional de Transplantes, além da Portaria nº 91 de 2001, que dispõe sobre a Central Nacional de Transplantes Regionais.^{120 121} Quanto às normativas da ANVISA, merece relevo a Resolução RDC nº 1 de 2002, que aprova o regulamento técnico para fins de vigilância sanitária de mercadorias importadas, incluindo tecidos humanos.¹²² Por fim, no que se refere às Resoluções do Conselho Federal de Medicina destacamos o Código de Ética Médica, Resolução CFM nº 1931 de 2009, que em seu Capítulo VI trata especificamente da Doação e Transplante de Órgãos e Tecidos, e também a Resolução CFM nº 1.480 de 8 de agosto de 1997 que normatiza a determinação da morte encefálica, sendo relevante na medida em que somente a partir dos critérios ali definidos pode ser realizada a remoção dos órgãos do doador.¹²³

Como resta evidente, o Brasil dispõe de legislação ampla referente aos transplantes na busca de garantir padrões de ética e igualdade nos procedimentos, e também alinha-se às normas e diretrizes internacionais ao criminalizar as condutas relacionadas ao comércio de órgãos, tecidos e partes do corpo e insculpir na Constituição Federal a proibição da

¹¹⁹ BRASIL. **Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de investigar a atuação de organizações criminosas atuantes no tráfico de órgãos humanos**, op. cit., p. 41.

¹²⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Legislação Brasileira sobre doação de órgão humanos**. Centro de Documentação e Informação Coordenação de Publicações. Brasília, 2002. Disponível em: <file:///C:/Users/Ingrid/Downloads/Legislacao_Brasileira_sobre_doacao_de_orgaos.pdf> Acesso em: 27 ago. 2015.

¹²¹ BIBLIOTECA VIRTUAL EM SAÚDE. **Legislação Federal da Saúde**. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/legislacao/transplantes.php> Acesso em: 27 ago. 2015.

¹²² BRASIL. **Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de investigar a atuação de organizações criminosas atuantes no tráfico de órgãos humanos**, op. cit., p. 44.

¹²³ Ibidem.

comercialização. No entanto, como ainda persistem as evidências de que o tráfico ocorre no Brasil mostra-se necessária uma revisão dos instrumentos normativos e, sobretudo, dos mecanismos de controle, de modo que a legislação seja de fato aplicada e as práticas ilegais apuradas, reprimidas e combatidas.

5 BEM JURÍDICO TUTELADO

5.1 TEORIA DO BEM JURÍDICO PENAL

A teoria do bem jurídico, bem como a concepção de crime como ofensa a um bem jurídico se desenvolveram historicamente com a função de impedir a instituição de Estados autoritários e também de legitimar o Direito Penal no contexto de Estados Democráticos de Direito. Hodiernamente discute-se, no entanto, se o conceito de bem jurídico é ainda essencial na limitação da intervenção penal e na configuração dos injustos.¹²⁴

O Direito penal apresenta finalidade de proteção social, contudo, identifica-se na doutrina a divisão em dois posicionamentos distintos a respeito de sua função imediata. Enquanto uma delas adota a proteção de bens jurídicos, a outra parte da premissa de que referida função seria a de assegurar o próprio ordenamento e a vigência de suas normas.¹²⁵ Desse modo, a depender da linha que se adota, pode-se afirmar que os bens jurídicos legitimam as normas jurídicas, ou então que estes são prescindíveis para a vigência do ordenamento.¹²⁶

Para o desenvolvimento de uma análise a respeito do bem jurídico tutelado pelas normas que criminalizam o comércio de partes do corpo humano, cabe primeiramente a tentativa de traçar qual a definição e a função do bem jurídico penal.

A primeira vez que a concepção de bem jurídico foi utilizada, com bases na filosofia iluminista, apresentou-se com conteúdo liberal, individualista, identificando-se com os interesses particulares do indivíduo frente ao arbítrio estatal.¹²⁷ Johann Michael Franz Birnbaum, responsável pela elaboração dessa noção, partiu da concepção de que o núcleo material do crime surgiria da ofensa a direitos subjetivos de modo que, para o autor, a pena não apresentaria mais um caráter teológico de expiação como durante o absolutismo, mas

¹²⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **O rendimento da teoria do bem jurídico penal atual**. Revista Liberdades. n. 1, Mai/Ago 2006. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/3-ARTIGO> Acesso em: 30 ago. de 2015.

¹²⁵ RODRIGUEZ, Victor Gabriel. **Fundamentos do Direito Penal Brasileiro**. Lei Penal e Teoria Geral do Crime. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

¹²⁶ BECHARA, op. cit.

¹²⁷ SILVA, Ivan Luiz da. **O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal**. Ano 50, n. 197. jan./mar. 2013. p. 67. Revista de Informação Legislativa. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496972/000991309.pdf?sequence=1>> Acesso em: 30 ago. 2015.

sim retributivo. Apesar de em sua obra não utilizar a expressão “bem jurídico”, é de sua teoria que se origina o conceito¹²⁸, ao estabelecer que a intervenção penal estatal poderia ocorrer tão somente quando houvesse violação a algum direito do indivíduo, sobretudo à vida, ao corpo, à liberdade e ao patrimônio.¹²⁹

Já na segunda metade do século XIX, as teorias chamadas não-garantistas, afastando-se do iluminismo, tiram da definição de bem jurídico sua função axiológica, e reverte seu referencial dos interesses do indivíduo aos interesses do Estado, dilatando o Direito Penal ao incorporar situações de perigo abstrato ou presumido.¹³⁰ Nesse contexto, Karl Binding, pautado pelos ideais do positivismo, definiu o bem jurídico a partir de uma lógica formalista, ou seja, o bem jurídico caracterizar-se-ia pela escolha do legislador em elegê-lo como tal, de modo que o bem jurídico emanaria da norma e seria congruente a ela. O crime, assim, deixa de ser uma ofensa a um direito subjetivo do cidadão, como lançado pela teoria de Birnbaum, e passa a ser a violação de um direito subjetivo do Estado. Em posição diversa de Binding, Franz von Liszt viria a tomar os bens jurídicos não como resultantes do ordenamento jurídico, mas prévios a ele, na medida em que o fim do direito seria a proteção de interesses sociais vitais, interesses estes que seriam elementos da realidade e não normativos. Assim, o bem jurídico seria um bem do homem que o direito reconhece e protege¹³¹. Em resumo, enquanto para Binding eram bens jurídicos aqueles que o legislador escolhesse, ainda que arbitrariamente, emanados, portanto, da norma jurídica, para von Liszt os bens jurídicos seriam os interesses sociais primordiais e emanariam da própria realidade da sociedade e sua dinâmica, sendo posteriormente incorporados pelo ordenamento jurídico.¹³²

Após a Segunda Guerra Mundial a concepção de bem jurídico sofreu alterações com a retomada de uma cultura democrática.¹³³ Aqui, com base nas influências neokantianas o bem jurídico retomaria sua função axiológica, e seria alcançado por meio da interpretação dos tipos penais que deveriam atingir valores da sociedade. Tendo como marco inicial a obra de Richard Honig, o bem jurídico passa a ser identificado como a *ratio* da norma, ou seja, um fim reconhecido pelo legislador, não se confundindo com os elementos da realidade dos quais tal valor se extrai.¹³⁴ Novamente parte-se da ideia de que o bem jurídico seria prévio

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ BECHARA, op. cit.

¹³⁰ RODRIGUEZ, op. cit., p. 8

¹³¹ SILVA, op. cit.

¹³² BECHARA, op. cit.

¹³³ RODRIGUEZ, op. cit., p. 8.

¹³⁴ SILVA, op. cit., p. 68.

ao ordenamento, encontrando-se nos valores culturais da comunidade. No entanto, tal teoria não refletiria o aspecto limitador das intervenções penais, uma vez que não apresenta um critério vinculante ao legislador. Resposta a essa lacuna seria, portanto, vincular as decisões do legislador aos valores insculpidos na Constituição, proposta esta feita pelas denominadas teorias constitucionais. Nesse sentido, o bem jurídico seria a expressão de um interesse socialmente relevante, seja por apresentar-se útil ao indivíduo ou para o funcionamento e o alcance dos fins do próprio sistema social. Winfried Hassemer reafirma esse entendimento no sentido de que no contexto de um Estado Democrático de Direito o legislador constituinte elege os bens dignos de tutela jurídica, criando um padrão para o Direito Penal a respeito daquilo que pode ou não entrar em seu âmbito de imputação. Desse modo, o bem jurídico partiria de elementos da realidade da sociedade, sendo prévio ao ordenamento jurídico, porém estabelecido pela Constituição como juridicamente relevante, limitando a atividade legiferante na seara penal ao vincular o legislador.¹³⁵

Considerando o atual contexto da ciência jurídica nos Estados Democráticos de Direito é patente o fato de que todas as áreas do Direito se submetem à Constituição. O Direito Penal e os bens jurídicos penalmente tutelados, portanto, devem ter necessariamente respaldo na ordem constitucional não se expandindo para além desta ou lhe sendo contrários, sob pena de suas normas serem ilegítimas. As teorias constitucionais do bem jurídico, assim, tanto apresentam seu elemento valorativo, uma vez que parte-se da premissa de que o legislador elege como bem juridicamente relevante aquele que se mostra como valor na realidade social, bem como delimitam a atividade do legislador penal. Ademais, na medida em que a lei penal restringe direitos e liberdades do indivíduo (agressor), só pode ser legitimada na medida em que protege valores trazidos pela Constituição, na tentativa de conciliar os direitos das vítimas e da sociedade com os do indivíduo violador das normas penais.¹³⁶

Levando em conta a complexidade da sociedade moderna, Claus Roxin se posiciona no sentido de que em um Estado Democrático de Direito as normas do Direito Penal possuem a função de garantir uma existência livre e segura aos cidadãos e assegurar os direitos humanos, sempre que estes objetivos não possam ser alcançados por outros ramos do Direito ou pelo próprio controle social. As normas penais, assim, devem garantir direitos individuais bem como a manutenção de instituições estatais necessárias para tal coexistência,

¹³⁵ BECHARA, op. cit.

¹³⁶ Ibidem.

como o sistema de justiça e o sistema financeiro. Dessa forma, os bens jurídicos seriam “realidades ou fins” imprescindíveis para a coexistência social livre e pacífica, seja no sentido de assegurar os direitos humanos ou o próprio funcionamento da máquina do Estado, ou seja, apresenta-se uma concepção pessoal, individual do bem jurídico, porém também com função de limite à intervenção penal.¹³⁷

Claus Roxin estabelece, ainda, alguns parâmetros gerais em relação a sua concepção de bem jurídico: primeiro, seriam ilegítimas as normas penais motivadas por concepções ideológicas, bem como pela mera imoralidade das condutas, sendo imprescindível a existência de ameaça ou lesão ao bem jurídico para justificar sua criação. No mesmo sentido, a tutela de determinados sentimentos só se justifica quando se tratar de insegurança, posto que em uma sociedade multicultural e pluralista as normas penais não podem refletir valores pessoais do legislador. Afirma, ainda, que nem a mera delimitação da finalidade da norma nem a dignidade humana podem ser consideradas, por si, bens jurídicos. Por fim, partindo do pressuposto de que o bem jurídico tem a finalidade de proteção do indivíduo em relação a terceiros, a lesão consciente a si mesmo não legitima a norma penal. Segundo as premissas apresentadas por Roxin, tem-se que o Estado tem a função de tutelar apenas as condições necessárias para uma vida social segura, garantindo a liberdade individual, de modo que não pode arbitrariamente eleger padrões de comportamento e torná-los obrigatórios se não servirem para a consecução deste fim.¹³⁸

As normas penais, assim, perdem legitimidade quando não se fundam na proteção de bens jurídicos essenciais à convivência humana, sendo que, em um Estado Democrático de Direito, considerada a pluralidade social e o multiculturalismo, a seleção dos bens jurídicos penais deve ser feita por meio da comunicação democrática, surgindo das relações sociais e culminando com a participação política dos cidadãos.¹³⁹ Partindo dessa aceção de bem jurídico penal direcionado à manutenção da coexistência social por meio da comunicação democrática, este toma aspecto mais público e fluido, apesar de ainda assim representar um padrão crítico de referência para a legitimação da norma penal no caso concreto.¹⁴⁰

¹³⁷ Ibidem.

¹³⁸ ROXIN, Claus. Es la protección de los bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: **La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Roland Hefendehl (ed.). Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 447 apud BECHARA, op. cit.

¹³⁹ BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 apud SILVA, op. cit., p. 72.

¹⁴⁰ BECHARA, op. cit.

Como visto, o conceito de bem jurídico não é estanque, sendo desenvolvido a partir dos contextos históricos e culturais em que se desenvolvem suas teorias de modo que não há uma concepção consensual e única a respeito. Partindo-se da ideia de que a função do Direito Penal seja a tutela de bens jurídicos indispensáveis para a realização do homem no convívio social, tais bens são mutáveis de acordo com o momento e os valores de cada sociedade. Assim, o conceito de bem jurídico não pode ser idealizado como uma ferramenta automática de determinação daquilo que deve ou não ser criminalizado, visto que apresenta função político-criminal nas reformas legislativas. Portanto, segundo afirma Bechara, “bem jurídico-penal deve, nessa linha, ser considerado fundamentalmente como o padrão crítico com o qual se deve verificar a legitimidade da função do direito penal no caso concreto.”¹⁴¹ No mesmo sentido, posiciona-se Figueiredo Dias¹⁴², para quem as teorias em torno do bem jurídico não se encontram desenvolvidas ainda a ponto de que seja possível determinar um conteúdo fechado e objetivo daquilo que pode ser ou não tipificado penalmente de forma legítima. Em outras palavras, os conceitos traçados pelas teorias permitem a compreensão do bem jurídico, porém não oferecem instrumentos para que sejam identificados materialmente, ou seja, não há a identificação dos elementos que objetivamente possibilitem a definição de qual bem deve ou não ser juridicamente tutelado pela norma penal.

Observa-se na evolução da ciência jurídica, especificamente no que tange ao Direito Penal, uma tendência de dissolução dos bens jurídicos, uma vez que não mais se pautam apenas em direitos individuais, mas expandiram seus contornos aos bens jurídicos supra individuais. No contexto atual os bens jurídicos apresentam-se cada vez menos densos e materializados, trazendo ainda mais dificuldade em sua determinação. Se, como visto, até a segunda metade do século XX o conceito bem jurídico detinha função primordial de limitar a intervenção penal, atualmente o mesmo conceito serve como base para justificar e intensificar tal intervenção. Os ordenamentos jurídicos cada vez mais têm aproximado o Direito Penal de uma ferramenta acessória da Administração Pública em situações emergenciais concretas, afastando-o, assim, de suas características clássicas: a generalidade e a abstração, e ampliando o direito penal na proteção de bens jurídicos que poderiam ser protegidos por outros ramos do Direito.¹⁴³

¹⁴¹ BECHARA. op. cit.

¹⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo apud SILVA, op. cit., p. 71.

¹⁴³ BECHARA, op. cit.

De acordo com Hassemer, a função do Direito Penal seria a de proteger bens jurídicos penalmente relevantes, primordialmente os individuais, de modo que a tutela de bens coletivos só deveria ocorrer na medida em que estes fossem instrumentais à consecução dos interesses individuais.¹⁴⁴ Nesse sentido, apresenta sua crítica às características do Direito Penal contemporâneo, que apresenta caráter simbólico, muitas vezes vazio de conteúdo e voltado para a implementação de medidas políticas populistas. Exemplo disso seriam as normas de apelo moral, leis de emergência e leis de compromisso, que não possuem pretensão de aplicabilidade, mas tão somente demonstram as preocupações do legislador. Além disso, o Direito Penal da atualidade deixou de lado sua função limitadora da intervenção arbitrária do Estado, passando a ser instrumento de uma sociedade de riscos, temerosa em relação a ameaças tanto humanas como tecnológicas. A tendência que se traça é a de alteração das normas penais no sentido de garantir segurança, ainda que em detrimento de liberdades individuais, de modo que as garantias constitucionais e os princípios tradicionais do Direito Penal, como dito, ficam em segundo plano em relação às noções de eficiência, economia e segurança. O Direito Penal, assim, expande-se ao incorporar normas de caráter simbólico, que servem apenas para afirmar uma retórica de segurança e são marcadas de excessivo punitivismo, na medida em que sua função imediata além de preservar bens jurídicos passa a ser a garantia de expectativas de comportamento.¹⁴⁵

Diante do contexto apresentado, a dificuldade em configurar o indivíduo como sujeito pessoal de direitos e a indefinição do próprio conceito de sujeito abre margem para as críticas às teorias que defendem a proteção de bens jurídicos como função imediata do Direito Penal, dando origem às linhas de pensamento de acordo com as quais tal função seria a de garantia de valores ético-sociais, atingindo a proteção do próprio ordenamento jurídico.¹⁴⁶ Constatando-se a fluidez dos objetos de tutela jurídica, algumas teorias defendem o abandono do conceito de bem jurídico, destacando que existem na sociedade moderna conflitos que não envolvem interesses individuais, mas de toda a humanidade e mesmo das gerações futuras, como é o caso dos problemas concernentes ao meio ambiente e engenharia genética.¹⁴⁷ O problema dessa proposta consiste na expansão do Direito Penal, e, conseqüentemente, a ampliação do Estado na tentativa de garantir relações livres de risco, que são intrínsecas à sociedade atual. Como afirma Victor Gabriel Oliveira Rodriguez:

¹⁴⁴ RODRIGUEZ, op. cit., p. 7.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 13.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 10

¹⁴⁷ ÁVILA et al, op. cit.

A ideia da impossibilidade de o Direito penal ter como missão, na complexa sociedade pós-moderna, a proteção de bens jurídicos individuais ou que, ainda que coletivos, sejam diretamente relacionados ao desenvolvimento da personalidade esbarra, em nossa opinião, menos na indefinição das relações, papéis e aspirações sociais de indivíduo e mais na ideia de garantia de relações livres do risco, típicas de uma sociedade hedonista, que pouco se prepara para as más consequências de seu extremo comodismo: a perda da liberdade no excesso normativo e na própria indefinição das proibições, calcadas em meras expectativas de comportamento que são mais indefinidas que os direitos individuais.¹⁴⁸

O abandono da ideia de bem jurídico face aos interesses supra individuais e inclusive futuros poderia significar o retorno do Direito Penal a mero promotor de valores, ou então atribuir à tutela jurídico-penal a proteção de aspectos morais.

Em se tratando da linha de pensamento que se põe contrária à proteção de bens jurídicos como função imediata do Direito Penal, podemos citar as críticas de Günther Jakobs, segundo o qual uma teoria individual do bem jurídico se mostra inconsistente.¹⁴⁹ A primeira crítica apresentada pelo autor é a de que a lesão a bens jurídicos decorre de eventos naturais, que ocorrem na realidade e nem por isso têm incidência da ordem jurídica. Assim, a lesão de que se ocupa o Direito Penal deve ser definida pela norma, e não decorrência de fenômenos sociais. Além disso, se posiciona ainda no sentido de que a imposição da sanção penal é uma expressão comunicativa que reafirma a vigência das normas, diante de sua violação. Nesse sentido, a pena não tem a função de reparar os danos, mas de confirmar a vigência da norma penal, de modo que não se poderia falar em proteção a bens jurídicos uma vez que a lei penal incide após sua violação, como reafirmação da ordem jurídica.¹⁵⁰

No entanto, ainda que contrário à teoria do bem jurídico, Jakobs reconhece sua utilidade na medida em que a formulação de bens oferece uma “configuração prévia dos objetos de interesse do Estado e idealização social.”¹⁵¹

¹⁴⁸ RODRIGUEZ, op. cit., p. 11.

¹⁴⁹ JAKOBS, Günther. Danosidade social? Anotações sobre um problema teórico fundamental do direito penal. In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo (org). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs. 2012. p. 101.

¹⁵⁰ NAVARRETE, Miguel Polaino. Proteção de bens jurídicos e confirmação da vigência da norma: duas funções excludentes. In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo (org). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs. 2012. p. 118-120.

¹⁵¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem jurídico-penal: leituras conflituosas. In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo (org). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs. 2012. p. 145.

Os posicionamentos apresentados a respeito da função imediata do Direito Penal são conflituosas, e não se pretende aqui chegar a um consenso. No entanto, válido citar as reflexões de Renato de Mello Jorge Silveira:

Mesmo as mais recentes ponderações de Roxin sobre criminalizações sem a contestação clara de um bem jurídico (ou de lesividade indemonstrável), ou, ainda, as construções de Jakobs (segundo as quais se dá, sim, a proteção de expectativas sociais), ou, ainda, ao se mencionar que o referencial de um mínimo necessário como fundamento e limite ao Direito Penal, fato é, como ressalva Stratenwerth, que até hoje não se chegou, nem mesmo de modo aproximado, a esclarecer o conceito de bem jurídico. Entrementes, seu papel é basilar, ao menos como menciona Amelung, como um instrumento polivalente de argumentação jurídico-penal. Mesmo se mostrando sobre diferentes perspectivas, ele, de uma forma ou de outra, acaba por exigir um referencial quanto ao juízo de valor do legislador, o que, apesar de necessária referência constitucional, tem inegável papel valorativo desde um prisma de ultima *ratio*.¹⁵²

5.2 BEM JURÍDICO TUTELADO NA CRIMINALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE ÓRGÃOS E TECIDOS HUMANOS

Ao tratar do bem jurídico tutelado na norma que criminaliza o comércio de órgãos, tecidos e partes do corpo humano no ordenamento brasileiro nos referimos especificamente ao art. 15 da Lei 9.434 de 1997.

O tipo consubstanciado no referido artigo apresenta dois núcleos, comprar e vender. Já o parágrafo único tipifica as condutas de promover, intermediar, facilitar e também de auferir vantagem com a transação. Ao interpretar-se o texto da norma, verifica-se a intenção do legislador em criminalizar a disposição de partes do corpo para fins de transplante sempre que existente objetivo comercial, cumprindo, assim, as disposições da Constituição Federal. No entanto, insta ressaltar que o já citado art. 199, § 4º da Carta Magna não determinou a obrigatoriedade da criminalização da conduta, de modo que o comércio de partes do corpo poderia ser impedida por meio de outros instrumentos normativos não penais, caso fosse a escolha do legislador infraconstitucional.

A opção legislativa em tipificar o comércio, ainda, aparenta consistir em exceção ao direito fundamental à livre disposição do corpo, contemplado no princípio genérico da

¹⁵² SILVEIRA, op. cit., p. 144.

liberdade. Tomando como exemplo a descriminalização da tentativa de suicídio, do homossexualismo e da prostituição no contexto do Direito Penal das últimas décadas, nota-se que o Direito tem evoluído no sentido de não interferir na escolha consciente do indivíduo entre os direitos à vida e à liberdade, de modo que o segundo pode se sobrepor ao primeiro. Apesar de prezar-se pela autonomia do indivíduo, no entanto, é necessário ressaltar que não se trata de direito absoluto, sobretudo na medida em que leva ao confronto de direitos fundamentais. No caso do comércio de órgãos devem ser sobreponderados os aspectos referentes à transformação voluntária de partes do corpo em mercadorias o que, contudo, não necessariamente deve ser feito pelo Direito Penal.¹⁵³

Como visto, o bem jurídico penal apresenta função de limitar o poder punitivo, de modo que não se pode afirmar que a inflação do Direito Penal seja permanente na medida em que novos direitos surgem na sociedade.¹⁵⁴ O tráfico de órgãos tornou-se problemático a partir do desenvolvimento da ciência médica, consistindo, assim, em um ilícito relativamente novo. No entanto, não se justifica a criação ou o uso de um bem jurídico abstrato unicamente no intuito de criminalizar a conduta.

Ressaltamos as considerações de Evandro Pelarin, segundo o qual

[...]o direito penal não é instrumento de governo para implementação de políticas públicas, não é mecanismo de prevenção de riscos, não é ferramenta para corrigir disfuncionalidades no sistema social, não é arma de combate ao crime. Com a nostalgia que marca nosso trabalho, dizemos que ele impõe vetores impeditivos da criminalização, típicos das bases do movimento iluminista, a tornar então a punição penal uma verdadeira exceção no Estado de Direito Democrático, aplicável apenas naquelas situações em que bens jurídicos constitucionais sofram agressões de relevante monta, não eficazmente diluídas por outra espécie punitiva, desde que, para a criminalização e consequente punição, sejam respeitados os princípios liberais do direito penal.¹⁵⁵

A par de tais considerações, o que temos no ordenamento jurídico brasileiro atual é a proibição do comércio por meio de um tipo penal. Cumpre, assim, buscar determinar qual o bem jurídico tutelado por essa norma.

¹⁵³ ARRUDA, Samuel Miranda. Notas Acerca Do Crime de Tráfico de Órgãos. **Revista Eletrônica da Procuradoria da República em Pernambuco (PRPE)**, mai. 2004. Disponível em: <www.prpe.mpf.mp.br/.../RE_SamuelMiranda-1.pdf> Acesso em: 10 ago. 2015.

¹⁵⁴ PELARIN, Evandro. **Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização**. São Paulo: IBCCRIM, 2002. 171 p. (Monografias, 21). p. 159.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 160-161.

Primeiramente, o art. 15 da Lei 9.434 representa expressão relevante do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que busca impedir que se atribua ao ser humano valor de mercadoria, transformando o corpo e suas partes em objetos de troca. Partindo da conexão entre a indisponibilidade do corpo com a dignidade humana, podemos afirmar que a norma visa, também, a proteção da integridade física e mesmo da saúde e da vida dos indivíduos. Contudo, partindo de uma análise sistêmica da Lei e da Constituição, o propósito da criminalização teria o objetivo de impedir que, em se tratando o Brasil de um país de terceiro mundo, se proliferasse um mercado que essencialmente exploraria pessoas vulneráveis, utilizando-se de argumentos econômicos para justificar a mercantilização do corpo humano.

156

No julgamento do Habeas Corpus nº 128.592 - PE, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou no sentido de que os bens jurídicos protegidos pela Lei de Transplantes ao tipificar a venda de órgãos seriam a integridade física e a dignidade do transplantado, ambos inerentes à personalidade humana e, portanto, inalienáveis. *In verbis*:

9. A preservação da integridade física da pessoa humana, pela sua importância, está prevista como dever dos Estados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, da Revolução Francesa. 10. Tais bens, integridade física e dignidade, são facetas dos direitos da personalidade humana - inerentes a esta - e desta forma inalienáveis e indisponíveis. 11. Em se tratando da Lei nº 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, ao definir como crime a conduta de vender órgãos do corpo humano, visa proteger o bem jurídico violado, na hipótese - a integridade física e a dignidade do transplantado.¹⁵⁷

A redação da norma, contudo, ao tipificar também a conduta do vendedor e puni-lo sem diferenciação em relação ao comprador/traficante, apresenta um paradoxo: o indivíduo coisificado, lesionado em sua dignidade e em sua integridade física é também sujeito ativo do crime.

Também visando traçar qual seria o bem jurídico penal tutelado pelo art. 15 da Lei 9434, Claudia Palmieri Buonicore afirma que, apesar de a dignidade da pessoa humana ser a pedra angular do ordenamento jurídico brasileiro, seu conceito seria muito amplo para tomar-se como bem jurídico deste crime em específico. Em linha inversa, a integridade física

¹⁵⁶ Ibidem.

¹⁵⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* 128592, PE 2009/0027030-1, Relator: Ministra Laurita Vaz. Data de Julgamento: 06/12/2011, Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 19/12/2011.

também não poderia ser definida como o bem jurídico penal da norma, por não abranger suficientemente a complexidade do tráfico de órgãos. Assim, sugere a autora que a dignidade corporal, conceituada como a dignidade humana especificamente nomeada para adequar-se ao tipo, seria o bem jurídico apropriado. A dignidade humana em seu aspecto particular da dignidade corporal seria um núcleo intangível dos direitos fundamentais, ao qual, portanto, não se poderia dispor, com vistas a proteger o ser humano enquanto um fim em si mesmo. Afirma a autora, ainda, que a proposta não se trata de criação desenfreada de bens jurídicos - crítica do modelo do Direito Penal da sociedade pós-moderna - mas a adequação de um bem já existente à especificidade da norma.¹⁵⁸ Ao referir-se à dignidade humana como bem jurídico da norma que criminaliza o comércio de órgãos, tecidos partes do corpo humano, abrange-se não só os casos de remoção de órgãos *inter vivos*, mas também aquelas realizadas *post mortem*, se considerarmos que ainda que não mais presente a vida, o corpo ainda abriga traços da identidade humana.¹⁵⁹

Em resumo, a dignidade humana trata-se do princípio do qual emanam todos os direitos fundamentais do indivíduo, que não podem, portanto, serem dispostos. No caso do tráfico de órgãos, partindo da premissa de que a atribuição de valor monetário ao corpo e suas partes os transforma em verdadeiras *commodities*, evidencia-se a violação da dignidade humana, e, também, da integridade física daqueles que dispõem do próprio corpo.¹⁶⁰ Situação similar se observa na criminalização do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e trabalho forçado: tendo em vista que ainda que existam situações em que as vítimas consentem com a exploração de seus corpos, o sistema normativo visa a proteção da dignidade humana das vítimas ao punir as condutas relativas ao tráfico. A tendência jurídica internacional de proibir a disposição do corpo em suas diversas modalidades reflete a manutenção do indivíduo enquanto fim em si mesmo, não podendo ser reduzido à condição de mercadoria, ou seja, protege-se a violação da dignidade humana das vítimas e, no caso do tráfico de órgãos, sua integridade física, saúde, e mesmo a própria vida.

¹⁵⁸ BUONICORE, Giovana Palmieri. Brevíssimas considerações acerca do tráfico de órgãos humanos. **Canal de Ciências Criminais**, abr. 2015. Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/brevissimas-consideracoes-acerca-do-trafico-de-orgaos-humanos-por-giovana-palmieri-buonicore/>> Acesso em: 09 set. 2015.

¹⁵⁹ ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó; GAUER, Ruth Maria Chittó; et. al. **Comércio de órgãos humanos: até onde vai a autonomia do indivíduo?** Revista de Direito da PUCRS. Porto Alegre, v. 34, n. 1. 2008. p. 39. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/5157/3781>> Acesso em: 30 ago. 2015.

¹⁶⁰ ROSA, op. cit., p. 162.

A ausência de proteção ao bem jurídico da dignidade humana e da integridade física nos casos acima mencionados tornaria legítimo um mercado de exploração humana, sobretudo de pessoas vulneráveis, concretizando as classificações já feitas pelo mercado ilegal entre países receptores e destinatários dos "produtos". No contexto dos atuais Estados Democráticos de Direito não há como se conceber tal retrocesso na proteção de direitos fundamentais do indivíduo, e a desconsideração da dignidade humana enquanto pedra angular das ordens jurídicas.

Diante do anteriormente exposto, e partindo-se da premissa de que a legitimidade da norma penal se funda na proteção de um bem jurídico, reconhecemos legítimo, em parte, o art. 15 da Lei de Transplantes. No entanto, mantêm-se as críticas à opção legislativa brasileira, uma vez que no que se refere à venda de órgãos o bem jurídico lesionado seria de titularidade do próprio acusado, não sendo possível submeter a inclusão do núcleo "vender" do tipo ao mesmo raciocínio apresentado anteriormente. Como ensina Samuel Miranda:

No atual estágio de desenvolvimento da ciência penal, não se admite mais a imposição de sanção sem que haja justificativa imperiosa; é dizer: não pode haver pena desprovida de finalidade. Por outro lado, a própria função do direito penal há de estar relacionada à preservação dos bens jurídicos caros à sociedade. Nos casos de tráfico de seres humanos, como demonstrado, não existe bem jurídico lesado senão os de titularidade dos próprios acusados. Evidentemente, não é razoável exigir que sejam punidos por mácula a interesse seu. Estão inteiramente afastadas quaisquer justificativas morais para a cominação de sanção que se mostraria absolutamente inócua.¹⁶¹

A atribuição de pena àqueles que dispõem de seu próprio corpo limita a autonomia e a liberdade do indivíduo, na medida em que a conduta afeta ao próprio titular do direito, ou seja, atribui-se à pessoa já lesionada em sua integridade e dignidade sanção penal em razão de sua própria conduta. A lei brasileira ao punir indistintamente o traficante, o vendedor consciente e a vítima do tráfico de órgãos ultrapassou a proteção da dignidade humana e da integridade física, interferindo na autonomia do indivíduo em relação ao próprio corpo e violando, ainda, o princípio da proporcionalidade.

A inserção do núcleo "vender" no tipo penal atenta contra o princípio da lesividade do Direito Penal, uma vez que os efeitos da conduta se referem à esfera pessoal do indivíduo, não atingindo a terceiros. Assim discorre Rogerio Greco:

¹⁶¹ ARRUDA, op. cit., p. 7.

“Finalmente, com a adoção do princípio da lesividade busca-se, também, afastar a incidência da aplicação da lei aquelas condutas que, embora desviadas, não afetam qualquer bem jurídico de terceiros. Por condutas desviadas podemos entender aquelas que a sociedade trata com certo desprezo, ou mesmo repulsa, mas que, embora reprovadas sob o aspecto moral, não repercutem diretamente sobre qualquer bem de terceiros. [...] Enfim, muitas condutas que agridem o senso comum da sociedade, desde que não lesivas a terceiros, não poderão ser proibidas ou impostas pelo Direito Penal.”¹⁶²

Nesse sentido, ao definir como autor da ação o titular dos próprios bens jurídicos tutelados pela norma penal – dignidade humana e integridade física – ou seja, a vítima, e atribuir a ela a mesma pena dos traficantes, o art. 15 da Lei de Transplantes nos parece ilegítimo. Não serve a norma penal à imposição de preceitos morais ou religiosos, devendo manter preservada a autonomia e a liberdade dos indivíduos na medida em que não houver violação a bens jurídicos de terceiros ou supra individuais, que é o caso da venda de partes do próprio corpo.

Concluimos, portanto, que os bens jurídicos tutelados pelo art. 15 da Lei 9.434 e seu parágrafo único são, primeiramente a dignidade humana, ou dignidade corporal, e a integridade física. Porém, em se tratando do núcleo do tipo “vender”, não é possível determinar o bem jurídico penal, uma vez que atribui-se pena ao próprio titular do direito violado. Considerando o posicionamento de que a norma penal se legitima a partir da proteção de um bem jurídico, e de que este deve visar a garantia de uma sociedade segura na qual o indivíduo possa exercer sua liberdade, não se justifica a criminalização da disposição de partes do próprio corpo, sobretudo considerando que a lei brasileira não diferencia o vendedor consciente da vítima de exploração do tráfico.

¹⁶² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 54-55.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tráfico de órgãos é uma realidade que atinge o mundo todo, na medida em que se constitui a partir de redes criminosas organizadas que intermediam a compra e venda ilegal de partes do corpo humano.

A evolução científica na área dos transplantes constitui um grande avanço da medicina ao possibilitar a cura e a manutenção da qualidade de vida de inúmeros pacientes. Por outro lado, abriu espaço para que o mercado negro de partes do corpo surgisse e se expandisse, tendo em vista a crescente demanda por órgãos e a insuficiência da oferta. Apesar de não contarmos atualmente com uma fonte completa e confiável de informações, podemos afirmar que tanto o tráfico de pessoas como o tráfico de órgãos - enquanto uma de suas modalidades - têm se expandido, e se caracterizam como atividades ilegais altamente rentáveis, chegando ao ponto de representar o tráfico de órgãos a terceira prática do crime organizado mais lucrativa do mundo.

Mesmo diante da ausência de informações completas, observa-se que a dinâmica do tráfico de órgãos se organiza paralelamente à lógica de mercado internacional, de modo que seus fluxos partem essencialmente de populações sem perspectiva econômica e socialmente vulneráveis, com destino a receptores com maior poder aquisitivo. Nesse sentido, os Estados podem ser classificados em sendo tipicamente de origem ou tipicamente de destino. O Brasil, enquanto país subdesenvolvido e de acordo com os dados apurados enquadra-se na primeira categoria.

Observa-se que o tráfico surge e opera diante do desequilíbrio entre a demanda e a oferta de órgãos e tecidos para transplante, de modo que o aumento da captação, suprimindo-se de forma mais eficaz a necessidade das cirurgias, seria o instrumento adequado para o desmantelamento das redes criminosas. Atingir esse objetivo, contudo, não é tarefa simples.

O parâmetro legislativo mundial, excepcionado pelo Irã, é de proibição do comércio de órgãos e tecidos, posição consolidada por tratados internacionais, em especial o Protocolo de Palermo. Contudo, a insuficiência da oferta pautada no altruísmo culminou com o surgimento de questionamentos acerca da política atual, e propostas de que a criminalização do comércio seja repensada, inclusive despontando propostas no sentido de que sejam

instituídos mercados regulados de partes do corpo como medida efetiva na diminuição das filas de espera para transplantes.

A possibilidade de abertura de um mercado regulado de partes do corpo traz consigo questionamentos bioéticos, econômicos e jurídicos, que não atingiram ainda um consenso. É possível observar a divisão entre duas linhas divergentes de pensamento, uma favorável e outra contrária à descriminalização da compra e venda de órgãos e tecidos humanos. A primeira delas baseia-se essencialmente em argumentos econômicos, no fracasso do sistema atual que veda o comércio, permitindo as doações apenas de forma altruística, e na autonomia do indivíduo sobre o próprio corpo, que estaria sendo violada com a proibição da disposição voluntária. Já os defensores da segunda linha de pensamento argumentam a favor da dignidade da pessoa humana, que seria frontalmente lesionada ao atribuir-se ao corpo e suas partes valor econômico, transformando-os em mercadorias, além da possível exploração voraz à qual estariam submetidos os indivíduos em situação de vulnerabilidade econômica e social.

Apesar de, como dito, não existir consenso, as normativas internacionais e os ordenamentos jurídicos de cada Estado refletem a adesão à segunda linha de pensamento, mantendo a proibição ao comércio de partes do corpo humano. É o caso do Brasil, que criminaliza a compra e venda e demais condutas relativas ao tráfico de órgãos nos artigos 14 a 20 da Lei 9.434 de 1997. Apresenta, ainda, diversas normas administrativas que visam a garantia da igualdade e da eficiência do Sistema Nacional de Transplantes.

Mesmo incorporando os comandos do Protocolo de Palermo e atendendo ao texto constitucional, a lei brasileira é deficiente em diversos aspectos. Primeiramente, em seu art. 15, e parágrafo único, ao tipificar a compra e venda de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, a norma não faz distinção entre o vendedor consciente e a vítima do tráfico, coagida a dispôr de seu corpo. Além disso, atribui pena indistintamente à vítima e ao traficante, em violação evidente ao princípio da proporcionalidade. No que se refere ao bem jurídico tutelado, nota-se que a legislação brasileira também é falha. Ao criminalizar a conduta do vendedor, sob o argumento de proteção da dignidade humana ou da integridade física, coloca-se o titular do bem jurídico como autor do tipo.

O que foi possível concluir das informações levantadas é que ao menos nos próximos anos a vedação ao comércio de partes do corpo permanecerá sendo a regra dos ordenamentos jurídicos mundiais, tendo em vista que os organismos internacionais persistem em reunir esforços no combate ao tráfico de pessoas em todas as suas modalidades, e, no que se refere

ao tráfico de órgãos e tecidos, a tendência é de alinhamento internacional nas políticas de combate, sobretudo com a apuração e sistematização de informações, cooperação entre os Estados no desmantelamento das redes de tráfico, e implementação de programas de atenção às vítimas e proteção às pessoas vulneráveis - potenciais vítimas.

Nesse contexto, resta evidente que o Brasil ainda tem muito a fazer, principalmente no estabelecimento de metodologia padronizada nos órgãos do sistema de justiça criminal para o levantamento e sistematização efetiva das informações. Além disso, a revisão legislativa é essencial, tanto no que tange aos tipos consubstanciados na Lei de Transplantes, em especial o art. 15, como também das normas administrativas, para que os mecanismos de controle e fiscalização sejam eficazes na manutenção de um sistema de transplantes transparente, igualitário e eficiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

¹ BRASIL. Decreto 5.017 de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 de março de 2004, Seção 1 - 15/3/2004, p. 10.

² DECLARATION OF ISTANBUL CUSTODIAN GROUP. **The history and development of the Declaration of Istanbul**. 2014. Disponível em: <<http://www.declarationofistanbul.org/about-the-declaration/history-and-development>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

³ BRASIL. Lei nº 9.434.. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 fev. 1997. Seção 1 - 5/2/1997. p. 2191.

⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 de outubro de 1988.

⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de investigar a atuação de organizações criminosas atuantes no tráfico de órgãos humanos**. Brasília, nov. 2004, p. 43-50. Disponível em: <<http://www.justica.sp.gov.br/StaticFiles/SJDC/ArquivosComuns/ProgramasProjetos/NETP/CPI%20ORGAOS.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2015.

⁶ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME; BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. **Relatório Nacional sobre o Tráfico de Pessoas: consolidação dos dados de 2005 a 2011**. 2013, p. 5. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/noticias/2013/04/2013-04-08_Publicacao_diagnostico_ETP.pdf> Acesso em: 15 jun. 2015.

⁷ RIBEIRO, Fábio Pereira. Tráfico de órgãos uma tragédia silenciosa. **Exame**. Brasil e Mundo, fev. 2014. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/rede-de-blogs/brasil-no-mundo/2014/02/16/trafico-de-orgaos-uma-tragedia-silenciosa/>> Acesso em: 23 jan. 2015.

⁸ FRIEDMAN, Eli; FRIEDMAN, Amy. Payment for donor kidneys: Pros and cons. **Official Journal of the International Society of Nephrology**, n. 69, p. 960-962, 2006. Disponível em: <<http://www.nature.com/ki/journal/v69/n6/full/5000262a.html>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

⁹ BURGOS, Pedro; GARATONNI, Bruno. E se venda de órgãos fosse legalizada? **Revista Superinteressante**, ed. 252, maio de 2008. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ciencia/e-se-venda-de-orgaos-fosse-legalizada>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

¹⁰ SEGATTO, Cristiane. Supermercado de órgãos. **Revista Época**, abr. de 2006. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI53875-15228,00SUPERMERCADO+DE+ORGAOS.html>>. Acesso em 25 fev.de 2015.

¹¹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM N°1931/2009. Código de Ética Médica. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 de setembro de 2009, Seção I. p. 90.

¹² CONCIL OF EUROPE. **Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs**. Santiago de Compostela, 25 de março 2015. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/216.htm>> Acesso em: 16 mai. de 2015.

¹³ GENERAL ASSEMBLY OF THE UNITED NATIONS. Resolution 64/293. **United Nations Global Plan of Action to Combat Trafficking in Persons**. 2010. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/United_Nations_Global_Plan_of_Action_to_Combat_Trafficking_in_Persons.pdf> Acesso em 10 jun. 2015.

¹⁴INTERNACIONAL SUMMIT ON TRANSPLANT TOURISM AND ORGAN TRAFFICKING. **The Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism**. Istanbul, Turquia. 2008. Disponível em: <http://www.declarationofistanbul.org/images/stories/translations/doi_portuguese.pdf> Acesso em: 29 abr. 2015.

¹⁵ PESSOA, Luisa. Para especialista tráfico de pessoas para obter órgãos é crime protegido. **Folha de São Paulo**, Cotidiano, 02 set. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/09/1509539-para-especialista-traffic-de-pessoas-para-obter-orgaos-e-crime-prottegido.shtml>> Acesso em: 25 jan. 2015.

¹⁶ SCHEPER-HUGHES, Nancy. Parts unknown: undercover ethnography of the organs-trafficking underworld. Berkeley, Estados Unidos. **SAGE Publications**, v. 5, p. 29-73, 2004. Disponível em: <http://www.uky.edu/~tmute2/geography_methods/readingPDFs/scheper-hughes-PartsUnknown.pdf> Acesso em: 17 mai. de 2015.

¹⁷ WATTERS, Ethan. The Organ Detective: a career spent uncovering a hidden global market in human flash. **Pacific Standard**. Jul. de 2014. Disponível em: <<http://www.psmag.com/business-economics/nancy-scheper-hughes-black-market-trade-organ-detective-84351>> Acesso em: 20 jun. 2015.

¹⁸ NULLIS-KAPP, Clare. Organ trafficking and transplantation pose new challenges. **Bulletin of the World Health Organization**, v. 82, n. 9, p. 639-718, set. de 2004. Disponível em: <<http://www.who.int/bulletin/volumes/82/9/feature0904/en/index1.html>> Acesso em 17 de maio de 2015.

¹⁹ GHODS, Ahad; SAVAJ, Shekoufeh. Iranian Model of Paid and Regulated Living-Unrelated Kidney Donation. **Clinical Journal of the American Society of Nephrology**, v. 1, p. 1136 –1145, 2006. Disponível em: <<http://cjasn.asnjournals.org/content/1/6/1136.full.pdf+html>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

²⁰ ROSENBERG, Tina. Need a Kidney? Not iranian? You'll wait. **New York Times**. The Opinion Pages. 31 jul., 2015. Disponível em: <http://opinionator.blogs.nytimes.com/2015/07/31/need-a-kidney-not-iranian-youll-wait/?_r=1#http://opinionator.blogs.nytimes.com/2015/07/31/need-a-kidney-not-iranian-youll-wait/?_r=0> Acesso em: 15 ago. de 2015.

²¹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. **Registro Brasileiro de Transplantes**. Ano XXI, n.1. 2015. Disponível em:

<<http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2015/rbt201508052015-lib.pdf>> Acesso em: 15 jul. de 2015.

²² BERLINGER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. **O mercado humano**: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1996. p. 15-16.

²³ GARRAFA, Volnei. O Mercado de Estruturas Humanas. **Revista Bioética**, Brasília, v.1, n.2, nov. 2009. Disponível em:http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/490/307. Acesso em: 15 mai. 2015.

²⁴ LAMB, David. **Transplante de Órgãos e Ética**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Vigilância de Medicamentos/Editora Hucitec, 2000. p. 27

²⁵ THE TRANSPLANTATION SOCIETY. **About The Transplantations Society**. Disponível em: <<https://www.tts.org/about-tts-5>> Acesso em 16 de julho de 2015.

²⁶ WORLD HEALTH ORGANIZATION. Resolution WHA63.22. **WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation**. Geneva, mai 2010. Disponível em: <http://www.who.int/transplantation/Guiding_PrinciplesTransplantation_WHA63.22en.pdf> Acesso em: 15 mai. 2015.

²⁷ TRANSPLANTATION SOCIETY. Statement of the Committee on Morals and Ethics of the Transplantation Society. **Annals of Internal Medicine**, n. 75, p. 632-633, 1971. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2480815/?page=2>> Acesso em: 27 mar. 2015.

²⁸ PUBLIC LAW 98-507, October 19, 1954. **To provide for the establishment of the Task Force on Organ Transplantation and the Organ Procurement and Transplantation Network, to authorize financial assistance for organ procurement organizations, and for other purposes**. Disponível em: <<http://history.nih.gov/research/downloads/PL98-507.pdf>> Acesso em: 16 jul. 2015.

²⁹ HOUAISS. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

³⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de integração nacional, desenvolvimento regional e da Amazônia. **Tráfico de órgãos é o terceiro crime mais lucrativo segundo Polícia Federal.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/caindr/audiencias-publicas/audiencias/noticias/trafico-de-orgaos-e-terceiro-crime-mais-lucrativo-segundo-policia-federal>> Acesso em: 05 set. 2015.

³¹ PLEASANTS, Gabriel. Problematizing Organ Sales. **Ethos**, n. 1, 2006. Disponível em: <<http://www.bc.edu/clubs/mendel/ethos/archives/2006/pleasants.shtml>> Acesso em: 16 jul. 2015.

³² ERIN, Charles A.; HARRIS, John. An ethical market in human organs. **Journal of Medical Ethics**, v. 29, 2003. p. 137-138. Disponível em: <<http://jme.bmj.com/content/29/3/139.full.pdf+html>> Acesso em: 18 jul. 2015.

³³ SAVULESCU, Julian. Is the sale of body parts wrong? **Journal of Medical Ethics**, v. 29, 2003. p. 139-140. Disponível em: <<http://jme.bmj.com/content/29/3/139.full.pdf+html>> Acesso em 18 jul. 2015.

³⁴ BECKER, Gary. Should the Purchase and Sale of Organs for Transplant Surgery be Permitted? **The Becker-Posner Blog**. 2006. Disponível em: <<http://www.becker-posner-blog.com/2006/01/should-the-purchase-and-sale-of-organs-for-transplant-surgery-be-permitted-becker.html>> Acesso em: 12 jul. 2015.

³⁵ BECKER, Gary; ELÍAS Julio J. Introducing Incentives in the Market for Live and Cadaveric Organ Donations. **Journal of Economic Perspectives**, v. 21, n. 3, p. 3–24, 2007. Disponível em: <<http://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.21.3.3>> Acesso em: 12 jul. 2015.

³⁶ ROSA, Cíntia Pereira de Lima. O valor do corpo e as leis de mercado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106-107, p. 159-178, jan/dez 2011-2012. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67942/70550>> Acesso em: 10 mar. 2015.

³⁷ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 217 A (III). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>> Acesso em: 14 de agosto de 2015

³⁸ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 3384 (XXX). **Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade**. 10 nov. 1975. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-uso-do-progresso-cientifico-e-tecnologico-no-interesse-da-paz-e-em-beneficio-da-humanidade.html>> Acesso em: 14 ago. 2015.

³⁹ HANSMANN, Henry. The Economics and Ethics of Markets for Human Organs. **Journal of Health Politics, Policy and Law**. n. 14, 1989. p. 57-85. Disponível em: <<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/Hansmanntheeconomicsandethics.pdf>> Acesso em: 20 jul. 2015.

⁴⁰ ALIANÇA BRASILEIRA PELA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS. **Principais resultados da pesquisa Datafolha**. 2009. Disponível em: <http://www.adote.org.br/pdf/adote_datafolha_pesquisa.pdf> Acesso em 20 de julho de 2015.

⁴¹ BRANDÃO, Gorette. Senado examina projeto que restabelece doação presumida de órgãos para transplantes. **Agência Senado**, 20 jul 2013. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/07/26/senado-examina-sugestao-de-retorno-da-doacao-presumida-de-orgaos-para-transplantes>> Acesso em 21 jul. 2015.

⁴² GHODS, Ahad; SHAVAG, Shekoufeh. Iranian Model of Paid and Regulated Living-Unrelated Kidney Donation. **Clinical Journal of the American Society of Nephrology**, n. 1. p. 1137, 2006. Disponível em: <<http://cjasn.asnjournals.org/content/1/6/1136.full.pdf+html>> Acesso em: 5 set. 2015.

⁴³ DECLARATION OF ISTANBUL CUSTODIAN GROUP. **Incentives, kidney donations, and the myth of the iranian waiting list**. 2014. Disponível em: <<http://www.declarationofistanbul.org/>> Acesso em 5 de setembro de 2015.

⁴⁴ ROUCHI, Alireza Heidary; GHAEMO, Fatemeh; AGHIGHI, Mohammamed. Outlook of Organ Transplantation in Iran: a time for quality assessment. **Iranian Journal of Kidney Diseases**. v. 8, n. 3. mai. 2014. p. 185. Disponível em: <http://www.sid.ir/en/VEWSSID/J_pdf/116620140307.pdf#http://www.sid.ir/en/VEWSSID/J_pdf/116620140307.pdf> Acesso em 5 de setembro de 2015.

⁴⁵ BRASIL. Decreto Lei 2.848 de 1948. Código Penal. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**, 31 de dezembro de 1940, Seção 1 - 31/12/1940, p. 23911.

⁴⁶ BRASIL. Lei 8.096 de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**, 16 de julho de 1990, Seção 1, de 16 de julho de 1990, p. 13563.

⁴⁷ BRASIL, Lei 6.815 de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**, 21 de agosto de 1980, Seção 1 - 21/8/1980, p. 16533.

⁴⁸ BRASIL. Lei 9434 de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Publicação Original. Brasília, DF. **Diário Oficial da União**, 05 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1997/lei-9434-4-fevereiro-1997-372347-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 28 jul. 2015.

⁴⁹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 405 de 2012**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=108638 Acesso em: 15 ago. 2015.

⁵⁰ FERRACIOLI, Jéssica. Tráfico de pessoas para fins de extração de órgãos, células e tecidos humanos e o direito penal brasileiro: uma breve análise. **BOLETIM do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ed. 227. Out. 2011. Disponível em:

<http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4461-Trfco-de-pessoas-para-fins-de-extrao-de-rgos-clulas-e-tecidos-humanos-e-o-direito-penal-brasileiro-uma-breve-anlise> Acesso em 24 de abril de 2015.

⁵¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Legislação Brasileira sobre doação de órgão humanos**. Centro de Documentação e Informação Coordenação de Publicações. Brasília, 2002. Disponível em: <file:///C:/Users/Ingrid/Downloads/Legislacao_Brasileira_sobre_doacao_de_orgaos.pdf> Acesso em: 27 ago. 2015.

⁵² BIBLIOTECA VIRTUAL EM SAÚDE. **Legislação Federal da Saúde**. Disponível em: <<http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/legislacao/transplantes.php>> Acesso em: 27 ago. 2015.

⁵³ BECHARA. Ana Elisa Liberatore Silva. **O rendimento da teoria do bem jurídico penal atual**. Revista Liberdades. n. 1, Mai/Ago 2006. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/3-ARTIGO> Acesso em: 30 ago. de 2015.

⁵⁴ RODRIGUEZ, Victor Gabriel. **Fundamentos do Direito Penal Brasileiro**. Lei Penal e Teoria Geral do Crime. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

⁵⁵ SILVA, Ivan Luiz da. **O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal**. Ano 50, n. 197. jan./mar. 2013. p. 67. Revista de Informação Legislativa. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496972/000991309.pdf?sequence=1>> Acesso em: 30 ago. 2015.

⁵⁶ JAKOBS, Günther. Danosidade social? Anotações sobre um problema teórico fundamental do direito penal. In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo (org). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs. 2012. p. 101.

⁵⁷ NAVARRETE, Miguel Polaino. Proteção de bens jurídicos e confirmação da vigência da norma: duas funções excludentes. In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo (org). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs. 2012. p. 118-120.

⁵⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem jurídico-penal: leituras conflituosas. In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo (org). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs. 2012. p. 145.

⁵⁹ ARRUDA, Samuel Miranda. Notas Acerca Do Crime de Tráfico de Órgãos. **Revista Eletrônica da Procuradoria da República em Pernambuco (PRPE)**. mai. 2004. Disponível em: <www.prpe.mpf.mp.br/.../RE_SamuelMiranda-1.pdf> Acesso em: 10 ago. 2015.

⁶⁰ PELARIN, Evandro. **Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização**. São Paulo: IBCCRIM, 2002. 171 p. (Monografias, 21). p. 159.

⁶¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* 128592, PE 2009/0027030-1, Relator: Ministra Laurita Vaz. Data de Julgamento: 06/12/2011, Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 19/12/2011.

⁶² BUONICORE, Giovana Palmieri. Brevíssimas considerações acerca do tráfico de órgãos humanos. **Canal de Ciências Criminais**, abr. 2015. Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/brevissimas-consideracoes-acerca-do-traffic-de-orgaos-humanos-por-giovana-palmieri-buonicore/>> Acesso em: 09 set. 2015.

⁶³ ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó; GAUER, Ruth Maria Chittó; et. al. **Comércio de órgãos humanos: até onde vai a autonomia do indivíduo?** Revista de Direito da PUCRS. Porto Alegre, v. 34, n. 1. 2008. p. 39. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/5157/3781>> Acesso em: 30 ago. 2015.

⁶⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 54-55.