



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS, LETRAS E ARTES - CCHLA
NÚCLEO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITOS HUMANOS, CIDADANIA E POLÍTICAS PÚBLICAS –
PPGDH**

SUANA GUARANI DE MELO

**A CRIMINALIZAÇÃO DAS VÍTIMAS DO TRÁFICO DE ÓRGÃOS
PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA À LUZ DO PRINCÍPIO DA
ISONOMIA**

**JOÃO PESSOA-PB
AGOSTO/2014**

SUANA GUARANI DE MELO

A CRIMINALIZAÇÃO DAS VÍTIMAS DO TRÁFICO DE ÓRGÃOS PELA
LEGISLAÇÃO BRASILEIRA À LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Dissertação apresentada à Banca de Qualificação do Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas da Universidade Federal da Paraíba – UFPB, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos.

Linha 1 - Direitos humanos e democracia: teoria, história e política.

Orientador: Prof. Dr. Sven Peterke

JOÃO PESSOA-PB
AGOSTO/2014

M528c

Melo, Suana Guarani de.

A criminalização das vítimas do tráfico de órgãos pela legislação brasileira à luz do princípio da isonomia / Suana Guarani de Melo.- João Pessoa, 2014.

140f.

Orientador: Sven Peterke

Dissertação (Mestrado) – UFPB/CCHLA

1. Direitos humanos. 2. Direitos humanos e democracia.
3. Tráfico de órgãos. 4. Criminalização das vítimas. 5.
Princípio da isonomia.

UFPB/BC

CDU: 342.7(043)

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS, LETRAS E ARTES – CCHLA
NÚCLEO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITOS HUMANOS, CIDADANIA E POLÍTICAS PÚBLICAS – PPGDH

SUANA GUARANI DE MELO

A CRIMINALIZAÇÃO DAS VÍTIMAS DO TRÁFICO DE ÓRGÃOS PELA
LEGISLAÇÃO BRASILEIRA À LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

BANCA DE QUALIFICAÇÃO

MEMBROS DA BANCA

Prof. Dr. Sven Peterke (Presidente)

Prof. Dr. Gustavo Barbosa de M. Batista (Interno)

Prof^a. Dr^a. Giuliana Dias Vieira (Externo)

JOÃO PESSOA-PB
AGOSTO/2014

Dedico esse trabalho a todos e a todas que se dispõem em suas pesquisas a estudar violações de direitos humanos, principalmente quando as vítimas não sabem, ou não podem mais, dar voz ao seu sofrimento.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu pai José Francisco de Melo Neto e a minha mãe Maria do Socorro de Melo pelos ensinamentos de vida, apoio e dedicação para que eu tivesse a oportunidade da qual desfruto.

Ao meu companheiro e amigo Elias pelo amor e compreensão durante os últimos anos, pela dedicação a que esse projeto se concretizasse e pelo melhor presente que alguém pode receber: as nossas filhas Elisa e Laís.

Aos meus irmãos Anaína, Guerreiro, Livia e Lucas e ao lindo sobrinho Iago, por toda a trajetória de apoio à concretização de vários sonhos.

Ao meu orientador Prof. Dr. Sven Peterke, pelo empenho no estudo da temática do tráfico de pessoas, que é contagiante, pelo profissionalismo, humildade, gentileza e excelentes orientações durante a confecção desse trabalho, essenciais para os resultados finais.

A toda equipe (professores, funcionários e estagiários) do Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos (NCDH) da Universidade Federal da Paraíba, pelo esforço conjunto em criar esse programa de Mestrado em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas, cuja importância transcende os limites do Brasil! Um desafio e conquista de todos os professores e funcionários que compõem o Núcleo, motivo de orgulho para os estudantes que realizam um sonho pessoal e profissional em aprimorar-se no estudo dos direitos humanos.

Aos estudantes da 1ª Turma do Mestrado do NCDH por compartilhar experiências, vivências, e, é claro, bons momentos dentro e fora da sala de aula.

Aos amigos da Polícia Civil da Paraíba, em especial da Gerência de Inteligência, por compreender, incentivar e colaborar com a concretização desse trabalho.

RESUMO

A presente dissertação parte do fato de que o legislador brasileiro optou por proibir totalmente a comercialização de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, criminalizando não apenas a sua compra, mas também a venda, desconsiderando o motivo e a situação pessoal do vendedor. Assim, é descartada a possibilidade de tratá-lo como réu, mas, como vítima. Diante disso, foi adotada a hipótese de que tal criminalização rigorosa esteja contrariando o princípio da isonomia, porque afeta também pessoas que sofreram exploração como vítimas do tráfico de órgãos. Para verificar essa hipótese, não somente sob a perspectiva jurídica, mas por oferecer uma visão mais holística, ou seja, interdisciplinar, o trabalho foi dividido em três capítulos: o primeiro, destinado à compreensão da dignidade e seus princípios, como fundamento dos direitos humanos, trazendo o princípio da isonomia como um ponto de partida para as reflexões. Discutiu-se o tema do tráfico de órgãos, como crime organizado transnacional, com enfoque na comercialização, demanda e oferta, abordando-se aspectos relativos ao Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças (Protocolo de Palermo) e sua aplicação no Brasil; o segundo capítulo volta-se à compreensão da vitimologia e de umas das mais importantes teorias de direito penal, buscando entender aspectos da bioética e do consentimento informado. Foi realizada uma análise da legislação brasileira voltada à criminalização do comércio de órgãos. No terceiro e último capítulo, analisou-se a sentença criminal do processo que envolveu a ‘Operação Bisturi’, deflagrada em 2003, pela Polícia Federal no estado de Pernambuco, Ação Penal 2003.83.00.27440-0, que indiciou várias pessoas por compra e/ou venda de órgãos, como previsto na Lei de Transplantes n. 9.434/1997, mostrando algumas peculiaridades que confirmam as hipóteses levantadas nessa pesquisa. A metodologia baseou-se no método indutivo, sendo ainda teórico-descritiva, com caráter exploratório, qualitativa e bibliográfica. Concluiu-se pela necessidade de reflexões críticas acerca da total proibição da comercialização de órgãos, que a referida lei n. 9.434/1997 necessita de alterações, com a exclusão de tipos abertos. Sugeriram-se ainda tipos que abarquem o resultado morte, de forma dolosa, bem como a formulação de tipos intermediários e a aplicação de efeitos extrapenais da condenação. e jurisprudência que viesse a declarar a baixa ofensividade da conduta das vítimas.

Palavras-chave: Tráfico de órgãos. Criminalização das vítimas. Princípio da isonomia.

ABSTRACT

This dissertation begins by stating the fact that the Brazilian legislators chose to criminalize the organ trade, which includes organs, tissues and other body parts, by making illegal not only the purchase, but also the sale, with disregard for the motive and personal circumstances of the seller. As a result, the seller cannot be treated as a defendant, but only as a victim. Said that, it was considered the hypothesis that this heavy criminalization is against the principle of equality because it also affects the people who suffered exploitation as victims of organ trafficking. Said that, it was considered the hypothesis that this heavy criminalization is against the principle of equality because it also affects the people who suffered exploitation as victims of organ trafficking. In order to verify this hypothesis, not only through a legal perspective, but also through a more holistic point of view, i.e., interdisciplinary, this article was divided into three chapters: the first one gives an understanding of the fundamentals of Human Rights, such as dignity and other principles, and puts the principle of equality as a key topic for further reflexions. The organ trafficking is debated as a transnational organized crime with a focus on the organ trade, its demand and supply, and some aspects of the UN Protocol to Prevent, Suppress and punish Trafficking in Persons, especially Women and Children (Palermo Protocol) and its application in Brazil; The second chapter provides an understanding of the victimology and one of the most important theories of criminal law, through aspects of bioethics and informed consent. It was done an analysis of the Brazilian laws connected to the criminalization of the organ trade. The third and last chapter analyzes a Court case and its sentencing. This case involved 'Operação Bisturi', an investigation initiated by the Federal Police in the state of Pernambuco in 2003, and the Criminal Case number 2003.83.00.27440-0, which has indicted several people for purchase and / or sale of organs based on the Transplant Law n. 9434/1997. This case shows some peculiarities that confirm the hypotheses in this research. The methodology was based on inductive method and is still theoretical-descriptive and exploratory, qualitative, documentary and bibliographic character. In conclusion, the article finishes by stating the need for further critical analysis of the total prohibition of organ trade and for changes in the Law number 9.434/1997, specifically the removal of overly broad elements from the statute. It was suggested that statute should carry death as a result in intentional crimes, as well as mid-term conducts and the enforcement of collateral consequences of the conviction. In addition, It was suggested further jurisprudence stating the low-degree offense in the victims conducts.

Keywords: Organ trafficking. Criminalization of the victims. Principle of equality

SUMÁRIO

RESUMO

ABSTRACT

INTRODUÇÃO 09

CAPÍTULO I – TRÁFICO DE ÓRGÃOS COMO CRIME CONTRA OS DIREITOS HUMANOS 15

1.1 A proteção da dignidade da pessoa humana 16

1.1.1 Princípio da Igualdade ou princípio da isonomia 19

1.1.2 Princípio da liberdade e a autonomia 22

1.1.3 Princípio da Integridade física e moral 24

1.1.4 A vítima como titular de direitos (humanos) 25

1.2 Novos desafios para os Direitos Humanos pelo desenvolvimento da medicina, em particular, pelo transplante de órgãos 28

1.2.1 A comercialização de órgãos como atividade criminosa 31

1.2.1.1 A demanda para órgãos 32

1.2.1.2 A oferta de órgãos: Oferta lícita (não comercial) X Oferta ilícita (comercial) 33

1.2.2 A satisfação da demanda por grupos criminosos 37

1.2.3 Envolvimento de diferentes profissionais no crime 40

1.3 Tráfico para fins de remoção de órgãos como modalidade do tráfico de pessoas 42

1.3.1 Conceito de tráfico de pessoas conforme o Protocolo da ONU (Protocolo de Palermo) 46

1.3.2 O Protocolo da ONU no ordenamento jurídico brasileiro 53

1.3.3 O conceito de vítima conforme o Protocolo da ONU 55

CAPÍTULO II - A CRIMINALIZAÇÃO DO TRÁFICO DE ÓRGÃOS PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA 58

2.1 Breve apontamento sobre as Teorias do Delito 59

2.2 Vitimologia e outros aspectos 63

2.2.1 Consentimento do ofendido e a autocolocação da vítima em risco 66

2.2.2 A situação de vulnerabilidade das vítimas 69

2.2.3 Termo de consentimento livre e esclarecido 72

2.2.4 A bioética médica 77

2.3 O artigo 199, §4º da CF/1988 81

2.4 Lei nº 9.434/1997 – Lei de Transplante	86
2.4.1 História	86
2.4.2 Conteúdo	89
2.4.3 Artigo 14 da Lei 9.434/1997	91
2.4.4 Artigo 15 da Lei 9.434/1997	95
2.4.4.1 Objetivo e bem jurídico protegido	97
2.4.4.2 O papel do consentimento livre e esclarecido	100
2.5 Análise do artigo 15 da Lei n. 9.434/1997 à luz do Protocolo da ONU	102
CAPÍTULO III – AS VÍTIMAS DO TRÁFICO DE ÓRGÃOS NO BRASIL: UM ESTUDO DA OPERAÇÃO BISTURI	108
3.1 Correntes em relação ao tráfico de órgãos: abolicionista, reguladora, criminalizadora	109
3.2 O perfil das vítimas do tráfico de órgãos no Brasil	113
3.3 Sobre a obtenção das informações	115
3.3.1 Os Fatos	116
3.3.2 Estudo da sentença criminal condenatória	118
CONSIDERAÇÕES FINAIS	124
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	131

INTRODUÇÃO¹

Na última década, a temática do tráfico de pessoas tem adquirido importância considerável tanto no discurso acadêmico como no discurso político. Sobretudo, isto vale para o tráfico para fins de exploração sexual, cujas vítimas principais são, sob uma perspectiva universal, mulheres e crianças.

Como estas pessoas estão efetivamente forçadas a se prostituir e, assim, perderam o controle sobre as suas vidas, fala-se de uma nova forma de escravidão. Ela é presente em praticamente todos os cantos do mundo, representando um fenômeno verdadeiramente globalizado, como antigamente o tráfico de escravos.

Por várias razões, é difícil ou até impossível estimar o número das vítimas, mas quanto ao perfil geral delas, há poucas dúvidas: trata-se de pessoas sofrendo exclusão social, vulneráveis para falsas promessas ou práticas violentas que as submetem a esquemas de exploração, em desrespeito dos seus direitos mais fundamentais, como se fossem objetos ou mercadorias descartáveis.

É evidente que tais esquemas envolvem, muitas das vezes, o chamado crime organizado: grupos ou redes que demonstram um elevado grau de divisão de trabalho, sofisticação e profissionalização, cuja principal finalidade é fazer o máximo lucro possível. Trata-se, em essência, de empresários criminosos que aspiram a satisfazer a demanda articulada de seus clientes que, em geral, são membros “honoráveis” da sociedade com poder aquisitivo considerável.

Provavelmente já foram escritas inteiras bibliotecas sobre o tráfico de pessoas. O que chama atenção, porém, é a escassez de publicações, em especial, em língua portuguesa, sobre uma modalidade específica deste crime, que envolve a comercialização ilícita de partes do corpo humano: o tráfico de órgãos.

O tráfico de órgãos é uma modalidade do tráfico de pessoas, e pode ocorrer tanto nacionalmente (com venda de órgãos dentro de um mesmo território), quanto internacionalmente (com a venda de órgãos para pessoas de outros países). O tráfico de

¹ A autora é graduada em Direito pelo UNIPE-PB. Especialista em Segurança Pública e Direitos Humanos pela UFPB. Especialista em Gestão e Tecnologias educacionais pela PMPB. Mestre em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas pelo NCDH/UFPB. É Escrivã da Polícia Civil do Estado da Paraíba, desde 2003, e Professora de Direitos Humanos da Academia de Polícia Civil do Estado da Paraíba, desde 2009. Integra o Grupo de Pesquisa Análise de Estruturas de Violência e Direitos, Linha 2: *Crime Organizado e Terrorismo*, CCJ/UFPB e do Grupo de Pesquisa *Violência, Segurança Pública e Direitos Humanos* do NCDH/UFPB.

peessoas ainda abarca o tráfico para exploração sexual e trabalho forçado, mas já se conhecem o tráfico para casamentos forçados e adoções ilegais.

Apesar de muitos não acreditarem na existência do fenômeno e o tratarem como ‘lenda urbana’, a ocorrência de casos já foi oficialmente registrado pelas Nações Unidas em mais que 16 países (UNODC, 2012, p. 07). O Brasil faz parte deste grupo. É o país em que talvez tenha ocorrido o caso melhor documentado, oriundo da famosa “Operação Bisturi”, ocorrida em 2003, levando à condenação de brasileiros e de estrangeiros, por envolvimento no tráfico internacional de órgãos.

Acredita-se que as vítimas desse crime são, no mundo inteiro, os moradores das periferias, que se encontram em situação de vulnerabilidade, circunstância muito bem aproveitada pelos criminosos. Estes enganam suas vítimas, com promessas de pagamentos em dinheiro, que nem sempre ocorrem. Convencem-nas a viajar para outros países para realizar as cirurgias que culminarão com a remoção de um órgão, normalmente um rim, mas não se sabe se destas vítimas se retiram apenas um órgão, e se elas continuam vivas após as cirurgias. Essas pessoas, vivem geralmente na miséria, à margem da sociedade, que estão numa situação tão ruim que, para elas, vale à pena correr o risco de se submeter à cirurgia de remoção de um órgão, para receber determinada contrapartida e, assim, ter uma vida melhor. No entanto, ficam com a saúde debilitada e ainda mais fragilizadas.

Ademais, parece existir a prática de orientar ou obrigar as vítimas a assinar um termo de consentimento, através do qual autorizam a realização das cirurgias. Contudo, o consentimento que é dado para a prática desse procedimento está eivado de vícios, primeiramente porque são prometidos pagamentos em dinheiro para a remoção do órgão, que já torna ilegal o ato, e em alguns casos se tem falsificado esses documentos sob alegação de doações altruístas. A realidade é que raramente essas pessoas têm sido orientadas sobre os riscos das cirurgias, nem lhes são dadas condições para o necessário tratamento pós-operatório. Portanto, esse consentimento não pode ter validade jurídica, pois estas vítimas são consideradas ‘falsas doadoras’.

É impossível compreender este fenômeno altamente preocupante sem as demoradas filas de espera por um órgão para transplante e a esperança dos futuros receptores de salvar suas vidas faz com que pessoas saiam em busca de outros doadores. A existência dessa demanda por órgãos vitais vem sendo considerada como um dos problemas que levam ao ‘mercado negro’. Este é sustentado por pessoas que fornecem seus órgãos, às vezes mais, às vezes menos voluntariamente.

A globalização parece ter facilitado o trabalho dos grupos criminosos que atuam na clandestinidade à procura de pessoas que aceitem a oferta de vender órgãos. No mundo todo, existem pessoas à espera de algum órgão vital. Indivíduos, angustiados com a fila de espera, decidem ir em busca de ‘doações’, a fim de salvar um familiar. Em troca de fortunas, criminosos vão às periferias do mundo em busca de pessoas interessados na venda de um órgão vital, em troca de algum pagamento.

São exatamente essas pessoas que estão sendo criminalizadas pela legislação brasileira atual, porque a lei doméstica adotou uma postura mais rigorosa e assim, considera criminoso aquele que compra órgãos, como também os que vendem os próprios órgãos, nestes casos, as verdadeiras vítimas do crime. É o que prevê a Lei de Transplantes n. 9.434/1997, em seu artigo 15.

A hipótese deste trabalho reside no dilema de que a atual legislação brasileira no que se refere ao tráfico de órgãos, leva à criminalização excessiva dos excluídos, porque estes compõem, sobretudo por necessidade financeira, a lista dos que vendem órgãos, assim resultando em tratamento possivelmente incompatível com o princípio da isonomia. Este princípio prevê um tratamento desigual aos desiguais e, não parece ter qualquer efeito diante dessa contradição. Nesse sentido, questiona-se: por que punir com rigor da lei aqueles já punidos ‘pela vida’, pelas circunstâncias sociais que as fazem até vender partes do seu corpo? Pelo menos, parece ser uma provação que merece atenção acadêmica, mas que, até agora, foi pouco discutida no Brasil.

Os Estados democráticos de direito reconhecem o princípio da igualdade sob seu aspecto formal em uma igualdade perante o texto seco da lei, esquecendo que o princípio somente adquirirá efetiva aplicabilidade, quando também lhe for conferida uma igualdade material baseada em instrumentos reais e sólidos de concretização dos direitos conferidos nas normas programáticas insculpidas nos ordenamentos legais. A igualdade material torna-se relevante porque decorre de que somente ela possibilita que todos tenham interesses semelhantes na manutenção do poder público e o considerem igualmente legítimo.

Nesse sentido, o objetivo geral é discutir a criminalização das vítimas do tráfico de órgãos sob a égide dos ordenamentos jurídicos nacional e internacional, pois a aplicação formal da lei através de um tratamento rigorosamente igual, tem atingido segmentos mais pobres da sociedade.

Importante ponto referencial é a já citada Operação Bisturi. Ele resultou em sentença criminal que levou à condenação indivíduos brasileiros e estrangeiros,

envolvidos com o tráfico internacional de órgãos. As vítimas, recrutadas nas periferias da cidade de Recife, capital pernambucana, eram levadas à África do Sul para realizar as cirurgias. Muitas dessas vítimas, apesar de assinarem um termo de consentimento, desconheciam as reais consequências das intervenções cirúrgicas a que foram submetidas. Todo esse esquema encontrou ambiente propício no Brasil, possivelmente porque esse crime pode estar relacionado à condição do Brasil de país subdesenvolvido e desigual, que engloba bolsões de miséria e baixa escolaridade de seu povo.

Nesse sentido, a escolha do tema se justifica pela sua relevância social, já que se trata de um estudo acerca de um crime que ofende o princípio da dignidade da pessoa humana, restringe a liberdade dos indivíduos, viola a integridade física e moral, atenta contra a saúde pública, e ainda extirpa a segurança dos indivíduos, em especial das vítimas, pessoas humildes e pobres que estão sendo exploradas. Diante de tantas violações aos direitos humanos, o tráfico de órgãos está na contramão de um mundo que tem presenciado avanços científicos e tecnológicos, não se podendo permitir esse paradoxo.

Torna-se assim, uma afronta à ordem interna dos Estados nacionais por infringir tanto padrões internacionais de proteção dos direitos humanos, quanto à soberania dos Estados e à moralidade das instituições democráticas. Os Estados têm um dever para com a sociedade, de protegê-las da atuação desses grupos organizados que se prestam a denegrir o ser humano e violar direitos, por mirar um público afetado pelas desigualdades sociais, pela estigmatização e discriminação, e pela incapacidade de sustentação financeira. Vai-se criando no mundo segmentos potenciais de pessoas passíveis de serem recrutadas e exploradas como indivíduos rentáveis.

A dissertação foi dividida em três capítulos. No primeiro capítulo, discorre-se sobre a comercialização de órgãos como atividade criminosa, apresentando como acontece o mercado internacional de órgãos. A demanda por órgãos e a oferta destes tem propiciado a atuação de grupos criminosos, alimentando esse tipo de exploração. Apresentaremos o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças, conhecido como Protocolo de Palermo, e seu conceito sobre tráfico de pessoas, para expor de que forma a comunidade internacional aspira, no campo penal, o enfrentamento de um crime que, muitas das vezes, não parece ter vítimas, pois elas não se identificam como tal ou tem simplesmente medo de serem perseguidas pela justiça.

No segundo capítulo, abordou-se a criminalização do tráfico de órgãos pela legislação brasileira. Nesse capítulo, abordou-se a vítima, destacando questões relativas à sua situação, como sujeito titular de direitos, especialmente, direitos humanos. Isso implica em estudar o papel do consentimento livre e esclarecido dentro do contexto do tráfico de órgãos, já que ele pode representar o limite entre as ‘vítimas’ e pessoas ‘livres’. Elencam-se os instrumentos normativo-legais existentes no Brasil, que dizem respeito ao tráfico de pessoas para fins de remoção de órgãos. Destacam-se os dispositivos constantes na Constituição Federal, a exemplo do artigo 199, §4, com ênfase na Lei 9.434/1997, que regulamenta o transplante de órgãos no país. Outrossim, há atenção especial às especificidades do artigo 15 Lei 9.434/1997, vez que este se reporta à criminalização das pessoas que compram e vendem órgãos, sendo estas últimas, aqui, consideradas como vítimas. Discutiu-se o modelo extremamente punitivo optado pelo legislador brasileiro, e algumas das correntes atualmente existentes que se opõem entre uma corrente menos radical, uma chamada reguladora e outra abolicionista.

No último capítulo, apresentam-se algumas estatísticas sobre tráfico de órgãos no Brasil, colocando-se em discussão a problemática das vítimas do tráfico de órgãos no Brasil e a sua situação de vulnerabilidade conscientemente explorada pelos criminosos.

Estuda-se parte do processo criminal fruto da operação Bisturi, a sentença da juíza Amanda Torres e suas considerações no que tange às vítimas, em especial no aspecto em que as desconsidera como criminosas, apesar de serem rés em toda a fase processual. Será traçado um perfil dessas vítimas e, através desse perfil, mostra-se como os criminosos se aproveitam dessas particularidades, como a legislação doméstica, extremamente punitiva, vem igualmente punindo os criminosos e as próprias vítimas do tráfico de órgãos. Considera-se um contrassenso se pensar no princípio constitucional da isonomia, cujo sentimento de igualdade na sociedade moderna busca o tratamento justo aos que ainda não conseguiram a viabilização e a implementação de seus direitos mais básicos e fundamentais.

A construção desse trabalho ocorreu de forma investigativa por meio de uma pesquisa da seara das ciências sociais aplicadas. Quanto aos objetivos, a pesquisa foi teórico-descritiva, cujo caráter exploratório permite pensar sobre as questões em torno do tráfico de órgãos, objetivando explicá-lo, esclarecer e interpretar fatos.

Quanto à abordagem metodológica, teve-se uma pesquisa qualitativa, cujo ambiente de coleta de dados indicou uma pesquisa de campo através da procura de

informações relativas ao tráfico de órgãos e à Operação Bisturi. O processo criminal fruto desta operação se desenvolve na Justiça Federal pernambucana, Ação Penal n. 2003.83.00.27440-0. Através dele, compreendeu-se o início do esquema de tráfico internacional de órgãos, a articulação do grupo criminoso, como ocorria o recrutamento e o aliciamento das vítimas, e a realização das viagens para a África do Sul, onde eram realizadas as cirurgias. Nessa dissertação não houve uma pesquisa de campo específica para identificar a atual situação das vítimas do crime, por uma questão de sigilo processual, que visa à preservação da identidade dessas pessoas.

Assim, foram realizados levantamentos em relatórios oficiais das Nações Unidas, da UNESCO, Organização Mundial de Saúde, de órgãos estrangeiros especializados na investigação de tráfico de órgãos, como Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization e Global Initiative to Fight Human Trafficking.

Também foram utilizados artigos científicos da mídia eletrônica e textos monográficos. Igualmente foram consultados Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o tráfico de órgãos nacional e internacional, documentos jurídicos (sentença criminal, apelação criminal) relativos ao caso da Operação Bisturi, Manuais e relatórios sobre tráfico de pessoas, caracterizando a pesquisa, quanto à coleta de dados, como bibliográfica. Utilizou-se o método indutivo, que ocorre quando o pesquisador desenvolve conceitos, ideias, a partir das informações coletadas nos acervos, que serão analisados para que se possam tecer interpretações necessárias à construção de um conceito maior.

Esse trabalho pretende contribuir para divulgar os aspectos que norteiam o tráfico de pessoas, em especial, problematizando o tráfico para fins de remoção de órgãos e a legislação que se aplica no Brasil hodiernamente, com o propósito de contribuir para as discussões que objetivam dar visibilidade às vítimas desse crime e amenizar o sofrimento delas.

CAPÍTULO I

TRÁFICO DE ÓRGÃOS COMO CRIME CONTRA OS DIREITOS HUMANOS

O acordo entre doador e receptor reúne duas pessoas que não têm nada em comum. Elas são de diferentes culturas, falam línguas diferentes e vivem realidades bem diferentes. A única coisa que elas compartilham é o desespero.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) juntamente com o Direito Internacional Humanitário (DIH) são dois conjuntos de normas distintos, mas que se complementam. Esses dois documentos versam sobre a proteção à vida, à saúde e à dignidade das pessoas.

Enquanto o DIH se aplica a situações de conflito armado, o DIDH está vigente a todo momento, seja em tempos de guerra ou de paz (BORGES, 2006, p. 08). Ele se encontra consolidado como disciplina jurídica autônoma, universalmente reconhecida, e, a partir do seu surgimento, promoveu a responsabilização dos Estados por violações de direitos humanos, estabelecendo o reconhecimento definitivo de que a pessoa humana é sujeito de direito em âmbito internacional.

O DIDH nasce com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 e, desde então, assiste-se ao desenvolvimento paulatino de diversos instrumentos e tratados internacionais que constituem um sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos.

Em termos históricos, esses tratados são conquistas na defesa de direitos humanos que se afirmam através da luta permanente contra a exploração, o domínio, a vitimização, a exclusão e todas as formas de apequenamento do humano. Revelam-se como o pilar das lutas pela emancipação e pela construção de relações solidárias e justas. (CARNOBANI, 2011, p. 34)

Assim, lutar contra formas de perpetrar violações contra princípios de direitos humanos a exemplo da igual proteção da lei sem qualquer tipo de discriminação e da segurança jurídica, constituem-se princípios basilares do DIDH, porque se compreende que “a discriminação é a própria negação do princípio da igualdade e uma afronta à dignidade humana”. (UNESCO, 2010, p. 36).

Procurando estudar cada vez mais esses tratados internacionais, frente à repercussão que têm sobre o ordenamento jurídico brasileiro, quando incorporados, e em razão da ocorrência de crimes relacionados ao tráfico de pessoas, com enfoque ao tráfico para fins de remoção de órgãos, busca-se com isso, preparar a análise do Protocolo de Palermo, principal documento referente ao combate ao tráfico de seres humanos, sob a perspectiva das vítimas e dos seus direitos mais fundamentais.

1.1 A proteção da dignidade da pessoa humana

A história do mundo é marcada pelas disputas envolvendo interesses econômicos, políticos, territoriais, religiosos, étnicos, e em todos esses conflitos houve violações aos direitos humanos, onde a diversidade era compreendida como elemento para aniquilar direitos e pessoas.

A diferença era visibilizada para conceber o “outro” como um ser inferior em dignidade e direitos, ou em situações limites, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável, supérfluo, objeto de compra e venda, merecendo destaque as violações cometidas na escravidão, no nazismo, no sexismo, no racismo, na homofobia, na xenofobia e em outras práticas de intolerância (PIOVESAN; KAMIMURA, 2013, p. 109)

A definição do escravo como coisa, objeto e não, como pessoa, perdurou por anos. E vale esclarecer que não há comparação entre a instituição social da escravidão na Grécia antiga com a que conhecemos no Brasil, quando milhões de africanos foram obrigados a trabalhar nas lavouras de cana-de-açúcar. No período da democracia grega, os escravos gozavam de certos benefícios que foram totalmente negados aos negros africanos. (LISBOA, BIZÂNCIO, 1998, p. 211-223 *apud* RABENHORST, 2001, p. 16-17).

Não concebemos como um regime excludente que diminui a existência humana a ponto de torná-la descartável seria justo, muito embora isso não fosse preocupação daqueles que tinham em sua mente preocupações em manter-se bem economicamente, ainda que isso significasse a coisificação do ser humano.

As ideias revolucionárias do século XVIII (Iluminismo) abalaram os motivos que justificavam a existência da escravidão, porque defendiam, em especial, os direitos naturais do homem, dentre eles, o de propriedade, de liberdade e de igualdade de todos

perante a lei. A escravidão de pessoas se contrapunha a tais direitos, razão por que passou a ser questionada, desencadeando processos revolucionários de libertação em várias partes do mundo e, assim como a escravidão, resultaram em várias vidas ceifadas.

Porém, as constituições advindas das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII limitaram o acesso à cidadania, promovendo a exclusão de grande parte da população, quando não consideravam os escravos como sujeitos de direitos. Enquanto se proclamavam direitos universais, instalava-se a discriminação racial, fruto da escravidão.

Lembremos que a mulher estava em situação de equiparação ao do escravo, uma vez que ambos eram considerados apenas como instrumento para a consecução do bem comum, enquanto que os homens nasceram para deliberar acerca do bem comum. Rabenhorst (2001, p. 20-21), ao escrever sobre as concepções aristotélicas, informa que “a desigualdade entre os homens não é simplesmente uma instituição social; ela é um instrumento que visa, em última instância, assegurar a perpetuidade da espécie (no caso da relação homem-mulher) e a própria conservação recíproca (no caso da relação mestre-escravo).”

Diante desse cenário, Coppini (2012, p. 229) afirma que o que se fez nesse período de escravidão foi “mercantilizar a vida, destituir o indivíduo de sua humanidade para negociá-lo, subjugar-lo e agir sobre a sua vida de modo arbitrário e cruel”. A escravidão de pessoas está fincada na história da humanidade, e a conquista da libertação dos escravos, embora sanguinária, alcançou o propósito: acabar com um regime que, onde se instaurou, somente potencializou a discriminação entre as pessoas.

Para entender o tráfico de seres humanos como uma violação de direitos humanos, vale destacar alguns dos direitos violados, e, nesse diapasão, os direitos humanos têm como fundamento uma característica que é própria das pessoas, a dignidade humana. A discussão sobre a dignidade não é algo contemporâneo. Vários estudos na teologia e na filosofia procuravam entender o sentido que atualmente existe sobre a dignidade da pessoa humana, para que esta atingisse o imperativo jurídico que possui.

Desde a Antiguidade, mesmo nos seus momentos democráticos (Atenas), uma parte da população não gozava dos mesmos direitos, não sendo, pois, considerados livres e iguais. De uma maneira geral, os antigos gregos acreditavam que os homens se distinguiriam dos animais pelo uso da razão, pela capacidade de compreender o mundo e de elaborar um pensamento lógico. (RABENHORST, 2001, p. 16)

A igualdade apareceu inicialmente a partir de dogmáticas religiosas, ganhando expressividade com São Tomás de Aquino, ao compreender que todos os homens são por natureza iguais, resultando em uma igual dignidade de todos os seres humanos e, por conseguinte, na construção de que todos têm iguais direitos e deveres para com todos, numa ideia de reciprocidade em busca do convívio fraterno em sociedade. (BRAGANÇA, 2011, p. 03)

Immanuel Kant destacou-se por suas ideias que compreendiam o homem com um fim em si mesmo, sendo a dignidade considerada um atributo inato, universal e ‘absoluto’ da pessoa humana, e por isto, exerceu influência sobre o pensamento jurídico, cuja consequência foi a reprobção de toda e qualquer degradação sofrida pelas pessoas. (BRAGANÇA, 2011, p. 04)

Esses pensamentos foram cruciais para Revolução Francesa e para o conteúdo das declarações posteriores que, ao longo dos séculos seguintes, conduziram a construção de sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. Mais importante ainda, colocaram os direitos humanos no foco da agenda política internacional como tema ligado estreitamente à paz e segurança internacionais.

Pensar na linguagem dos direitos humanos é pensar em uma atitude reflexiva que valorize a perspectiva de uma interação social que preserve a vida, em suas diversas manifestações – artísticas, culturais, ambientais, econômicas, produtivas –, vislumbrando a integração social através de incentivos à democracia, à tolerância, à compreensão das diferenças, ao diálogo profícuo, à valorização da diversidade, à integração multicultural dos povos. (BITTAR, 2008, p. 06)

A Constituição Federal do Brasil de 1988 incluiu em seus primeiros artigos que o país deve reger suas relações pelo respeito aos direitos humanos, reconhecendo a dignidade da pessoa humana. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; (...)”²

Ademais, Sarlet (2007, p. 71) entende que, a despeito dos direitos humanos encontrarem o seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, ela pode ir além deles, ou seja, gestar direitos fundamentais autônomos. Nesse aspecto, aduz Sarlet

² CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 jun. 2014, p. 01.

(2007, p. 378) que da dignidade da pessoa humana decorrem deveres de tutela por parte dos órgãos estatais, com vistas à proteção da dignidade de todos, assegurando-lhes também o devido respeito e promoção, por meio de medidas positivas (prestações).

Por outro lado, Rabenhorst (2005, p. 117) também está certo ao escrever que:

A dignidade humana é apenas um princípio prudencial, sem qualquer conteúdo prefixado. Trata-se de uma cláusula aberta que assegura aos seres humanos o direito à mesma consideração e respeito, mas que pressupõe (...) dos próprios julgamentos que fazemos acerca da admissibilidade ou não de determinadas formas de expressão da autonomia humana.

Preservar essa dignidade perpassa pela criação de condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, e dessa maneira, acaba dependendo da ordem comunitária, já que não é possível ao indivíduo sozinho, realizar, no todo ou em parte, suas necessidades existenciais básicas, necessitando para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (PODLECH *apud* SARLET, 2007, p. 379).

Considera-se existirem quatro princípios jurídicos fundamentais que concretizam a dignidade, na acepção de Maria Celina B. de Moraes (*apud* Sarlet, 2007, p. 381), sendo eles o princípio da:

igualdade (que, em suma, veda toda e qualquer discriminação arbitrária e fundada nas qualidades da pessoa), da **liberdade** (que assegura a autonomia ética e, portanto, a capacidade para a liberdade pessoal), da **integridade física e moral** (que, no nosso sentir inclui a garantia de um conjunto de prestações materiais que asseguram uma vida com dignidade) e da **solidariedade** (que diz com a garantia e promoção da coexistência humana, em suas diversas manifestações).

Diante desse aspecto, qualquer lesão a pelo menos um desses princípios, estar-se-ia diante de uma violação à dignidade, não devendo ser admitida em hipótese alguma. Portanto, entendendo aqueles princípios como cruciais à dignidade humana, e que destes princípios decorrem outros direitos, é salutar compreendê-los individualmente, para relacioná-los ao foco do presente estudo.

1.1.1 Princípio da igualdade ou princípio da isonomia

O princípio da igualdade, também chamado de princípio da isonomia é o alicerce de sustentação de qualquer Estado Democrático. Ele estabelece que todas as pessoas são

iguais perante a lei. Num país formalmente democrático, mas, em vias de desenvolvimento, como o Brasil, fazer com que todos sejam igualmente reconhecidos, sabendo-se haver indivíduos que estão em situações completamente diferentes, é um desafio diário. Para uma democracia, a isonomia é basilar, mas, é sempre contraditório quando existem disparidades. Daí porque é preciso tratar os diferentes de forma desigual, na medida em que se desigalam, com vistas a alcançar a igualdade de fato.

A igualdade tão almejada na sociedade moderna prima pelo tratamento justo aos que ainda não exercem direitos mais elementares e fundamentais. Quer-se não apenas a sobrevivência, mas, ter direito a uma vida digna. Quer-se preservar o fundamento do princípio da igualdade que passa pela proibição aos privilégios e distinções desproporcionais. Para D'Oliveira (2012, p. 03), a isonomia deve ser entendida como o “tratamento igual e uniformizado de todos os seres humanos, bem como sua equiparação no que diz respeito à concessão de oportunidades de forma igualitária a todos os indivíduos.”

No Brasil, a positivação do princípio da isonomia ocorreu somente na Constituição de 1934, em seu artigo 113, inciso I, e esse processo tardio deveu-se em especial ao regime escravocrata brasileiro que se baseava no tratamento de seres humanos como mercadorias e, não como indivíduos. (D'OLIVEIRA, 2012, p. 09) Resquícios de uma colonização exploratória, de massacre de milhares de povos nativos e a prolongada escravização de africanos, trouxe uma profunda cicatriz na história da formação do povo brasileiro.

Modernamente, seguindo as orientações da Declaração Universal dos Direitos Humanos/1948, e buscando combater as desigualdades no país, em seu artigo 1º, a Constituição Federal/1988 dispõe que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”³ No artigo 3º, e incisos, apresenta como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

Art. 3º. Incisos: I) construir uma sociedade livre, justa e solidária; II) garantir o desenvolvimento nacional; III) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 jun. 2014, p. 01.

Apesar da igualdade ser reconhecida em seu aspecto formal perante a lei (princípio da isonomia) é preciso lembrar que a importância da igualdade material ou substancial decorre de que somente esta possibilita que todos tenham interesses semelhantes na manutenção do poder público e o considerem igualmente legítimos. (PETERKE, 2010, p. 273-276)

Junto ao direito à igualdade surge, também como direito fundamental, o direito à diferença, que, segundo os pesquisadores possui três vertentes no que tange à concepção da igualdade:

a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei” (que, a seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios). (PIOVESAN; KAMIMURA, 2013, p. 110)

Sabendo da relevância da discussão em torno da igualdade, alerta-se para o entendimento de que: “A igualdade formal mais radical se converte em uma desigualdade também radical quando a sociedade não é homogênea, e a democracia formal se transforma em ditadura de classe dominante” (NETO, 2003, *apud* D’OLIVEIRA, 2012, p. 09).

Ante a esses aspectos, tratar com igualdade pessoas em diferentes situações econômicas e sociais significa uma latente desigualdade e injustiça. No mesmo sentido, escreve D’oliveira (2012, p. 07) que: “Juridicamente, a igualdade é uma norma que impõe tratar todos da mesma maneira os que estejam na mesma situação de igualdade e desigualmente os que se encontrem em situações diferentes.” Sendo assim, deve-se buscar minimizar essa desigualdade, dando oportunidades para que, sendo favorecidas, possam se aproximar dos já favorecidos.

Por essa razão, ações afirmativas, formalmente privilegiando determinados grupos sociais, possam ser justificadas, se houver um objetivo legítimo e houver proporcionalidade. Por outro lado, ao prevenir a aplicação discriminatória de leis, o legislador deve garantir exceções para que os efeitos da lei não culminarem em violação do princípio da isonomia. Isto vale, em especial, em relação a leis penais que efetivamente criminalizam determinado grupo social.

1.1.2 Princípio da liberdade e a autonomia

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP)⁴, ratificado pelo Brasil, reconhece a dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Acrescenta que o ideal do ser humano livre, não existe, caso não se goze das liberdades civis e políticas, libertas do temor e da miséria, sendo necessária a articulação e criação de condições que permitam às pessoas gozar de seus direitos civis e políticos, bem como direitos econômicos, sociais e culturais.

Tanto esse documento, quanto o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)⁵, prescrevem que todos os povos têm direito à autodeterminação (artigo 1º), princípio do direito internacional que objetiva garantir emancipação política, econômica a um dado grupo social. É a capacidade de decidir por si só, segundo princípios democráticos, pela premissa de cada cidadão participar das decisões comuns.

Após alguns anos da aprovação da Carta do Atlântico, em 1941, pela Grã-Bretanha e Estados Unidos, ao final da Segunda Grande Guerra, a autodeterminação dos povos, princípio constante naquela Carta, tornou-se um direito coletivo dentro dos âmbitos diplomáticos (PETERKE, 2013, p. 36). Tanto no PIDESC, quanto no PIDCP, afirmam que diante do direito à autodeterminação os povos devem determinar livremente sua condição política e perseguir livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

No entanto, o termo autodeterminação pode ter mais dois sentidos, sendo um na esfera jurídica, relacionada aos direitos humanos individuais, ao controle que a pessoa exerce sobre si, e outro sentido relativo à sua capacidade de tomar decisões, de escolher, de assumir responsabilidades, capacidade de autonomia. No âmbito psicológico, a autodeterminação é considerada como a capacidade da pessoa para saber o que e como escolher, traçando objetivos pessoais e trabalhando para alcançá-los, tornando-se

⁴ PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Entra em vigor no Brasil a partir do Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 10 mar. 2014, p. 01.

⁵ PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. Entra em vigor no Brasil a partir do Decreto n. 591, de 06 de julho de 1992. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm>. Acesso em: 30 jun. 2014, p. 01.

responsável por suas escolhas. Representa um conhecimento de si e pleno controle sobre sua vida.⁶

A partir dessa compreensão, a liberdade passa a ser uma prerrogativa natural do ser humano, e a consciência dessa liberdade o faz querer exercê-la como meio para realizar outras funções da vida, de forma autônoma. Os indivíduos que são formalmente e materialmente livres têm opções de escolha para sua vida, mas os que são apenas formalmente livres dispõem de apenas uma alternativa, sem chances para escolha.

A pobreza é a circunstância que reduz dramaticamente as escolhas dos desfavorecidos. Afeta os direitos entrando em contradição com o direito humano de respeito à dignidade, à qualidade de vida adequada, à saúde e ao bem-estar próprio e familiar. Outrossim, não existem seres humanos livres quando estes não podem desfrutar da ‘liberdade de escolha’, como estabelecem a Declaração Universal e os Pactos Internacionais de Direitos Humanos. Por isso, escreve-se que: “Em uma sociedade com alto grau de desigualdades sociais, ainda é comum a naturalização da exploração de determinados segmentos sociais, com a sua consequente desumanização e, portanto, destituição de direitos e garantias.” (OIT, 2010, p. 13)

A liberdade de escolha só pode ser alcançada se forem construídas as condições para que todos os seres humanos exerçam seus direitos civis e políticos, bem como seus direitos econômicos, sociais e culturais. Quer dizer que os Estados precisam empreender esforços na diminuição da miséria no mundo, a partir do monitoramento da aplicação dos instrumentos de direitos humanos. (SYMONIDES, 2003, p. 36) Como visto, no que se refere à questão da criminalização de certas condutas, Estados precisam tomar cuidados para não transformar o dever de proteger em leis discriminatórias contra tais grupos vulneráveis.

O princípio da liberdade individual representa a capacidade de realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as conforme suas aspirações (RIBEIRO, 2014, p. 01). O princípio da autonomia passou a produzir relevantes consequências no mundo jurídico, especialmente no campo da bioética perante a relação médico/paciente, como instrumento de concretização do Direito à Liberdade, entendido como um dos postulados materiais da dignidade da pessoa humana.

⁶ RIBEIRO, Alice. **Passaporte básico para a autodeterminação de pessoas com deficiência intelectual**. Disponível em: <<http://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0765.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2014, p. 02-03.

Assim, a dignidade humana somente é respeitada quando o homem é verdadeiramente livre, sendo capaz de ter e exercer direitos, com possibilidade de escolhas.

1.1.3 Princípio da integridade física e moral

Continuando no estudo dos princípios jurídicos fundamentais que concretizam a dignidade, vejamos o princípio da Integridade física e moral, que representa de certa forma direitos de personalidade, pois se relacionam às garantias individuais, que estão divididas em dois outros subgrupos distintos, porém intrinsecamente relacionados, direitos à integridade física e à integridade moral.

Nesse sentido, Buonicore (2011, p. 08) afirma que os direitos da personalidade abarcam a vida, a integridade física, a honra e a liberdade. Considera-se que a integridade física pode ser diminuída pela separação de uma parte do corpo, e que partes separadas do corpo são coisas, objetos do direito de propriedade daquele de cujo corpo foram separadas.

Essa proteção à integridade física e moral pode ser, num primeiro momento, interpretada como uma proteção do corpo e da mente. Mas, tratar meramente dessa forma é simplório, porque o direito à integridade física está relacionado à preservação da idoneidade e da circunstância imaculável do corpo humano, contra o arbítrio do indivíduo dispor ou se declarar apto a dispor de partes de seu corpo (neste caso, somente *post mortem*).

O Código Civil brasileiro demonstra, em seu artigo 13, as limitações à disposição do corpo, quando prescreve que:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costume. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Nesse ponto, pode-se considerar que a extração de órgãos para atender interesses individuais, mas, principalmente, arrefecer o mercado clandestino, sendo proibida porque implica na ‘diminuição permanente da integridade física’, além de contrariar os

bons costumes que primam pela doação voluntária, isenta de qualquer vantagem indevida.

Notadamente, a vontade do indivíduo de, de repente, querer dispor de seu corpo é protegida pelo Estado, portanto, ele não pode dispor de seu corpo para fazer o que bem entender, porque existe uma limitação promovida no âmbito estatal. Contudo, todos merecem proteção, e o Estado tem o dever de ser garantidor e protetor das pessoas.

O problema é achar um equilíbrio entre os princípios expostos, ou seja, enquanto a proteção da dignidade pode justificar até restrições da autonomia individual, inclusive por leis penais, para proteger a integridade física e moral, as últimas precisam estar compatíveis com o princípio da isonomia. Como veremos, a seguir, este dilema torna-se particularmente perceptível no caso do tráfico de órgãos.

1.1.4 A vítima como titular de direitos (humanos)

A pessoa humana é destinatária de várias normas de Direito Internacional e, para que possa ser sujeito de direito internacional, é indispensável que lhe sejam conferidos direitos e lhe sejam proporcionados os meios para assegurá-los.

O movimento acerca do processo de internacionalização dos direitos humanos se iniciou com o direito humanitário (a respeito do qual brevemente se escreveu no início do capítulo I), com a formação da Liga das Nações e da própria criação da Organização Internacional do Trabalho. No caso do direito humanitário, evidencia-se que essas normas são aplicadas quando temos o envolvimento de Estados em conflitos armados e que garantem a proteção para os envolvidos no combate; já com relação à Liga das Nações, esta foi concebida para viabilizar melhores circunstâncias para os Estados, e por consequência, para o indivíduo, na medida em que deveria assegurar a cooperação, a paz e a segurança internacional. No que tange à Organização Internacional do Trabalho, esta, busca melhores condições de trabalho e bem-estar do trabalhador. (GUERRA, 2008, p. 944)

Para Piovesan, (1996, p. 134 *apud* GUERRA, 2008, p. 944-945) esses três institutos rompem com o conceito tradicional que concebia o Direito Internacional apenas como a lei da comunidade internacional dos Estados e que sustentava ser o Estado o único sujeito de Direito Internacional.

Surgiu, naquela época, momentos históricos que alteraram o plano das relações internacionais, como a 2ª Grande Guerra mundial, e esse cenário condicionou a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), impulsionada pelos Estados que lutavam contra o eixo nazista (Alemanha, Itália e Japão), numa demonstração de preocupação em relação à proteção dos direitos da pessoa humana.

A ONU, então, proclamou em 10 de dezembro 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que enumera direitos fundamentais a todas as pessoas indistintamente, sem discriminação de raça, sexo, cor, religião etc.

O artigo 1º da DUDH preconiza que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”⁷ é preciso pensar que essas pessoas a que se refere o artigo, são todos os seres humanos, sem qualquer tipo de distinção “seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição” (artigo 2º da DUDH)

Por ser considerado um valor intrínseco da condição de ser humano, todas as pessoas são, portanto, possuidoras de dignidade, e, conforme destaca Sarlet (2007, p. 367): “em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmo”, devendo ser a dignidade humana reconhecida, respeitada, promovida e protegida.

Ao contrário do que indicou Günter Dürig (p. 125 *apud* Sarlet, 2007, p. 368), acredita-se que o reconhecimento da dignidade não capacita a pessoa, com base em sua própria decisão, à consciência de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda.

Uma coisa é entender o indivíduo como ser humano, e as vítimas do tráfico são seres humanos detentores de dignidade. Outra situação é compreender a sua natureza e o alcance de sua autonomia no mundo. Esta autonomia associa-se à liberdade, e, dessa forma, observa-se que as pessoas vítimas do tráfico para retirada de órgãos não são autônomas pela condição de não estarem verdadeiramente ‘livres’, e não estão livres, porque não desfrutam de garantias em iguais condições que outras pessoas.

Nesse momento, já se pode considerar uma circunstância para que não seja dado à vítima do tráfico para fins de remoção de órgãos o mesmo tratamento jurídico que se dá ao criminoso (consoante se discutirá mais adiante). Dizer que o ser humano é livre,

⁷ Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 15 mar. 2014.

para More (2003, p. 11-12.) é se referir a três situações distintas: a) que todo ser humano deve ter uma esfera de atividades protegida da ingerência externa, em especial do Estado; b) que todo ser humano deve participar de forma direta ou indireta da formação das leis que irão regular sua esfera de condutas; c) que todo ser humano deve ter o poder de converter comportamentos abstratos em concretos previstos pelas leis que lhe atribuem este ou aquele direito.

O artigo 3º da DUDH prescreve que: “Todo indivíduo tem o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

Assim, sem condições mínimas para se viver de forma digna e sem a verdadeira autonomia para ser efetivamente livre, há que se redobrar a proteção aos nacionais contra a atuação dos grupos criminosos que agem na ilegalidade.

A Declaração de Istambul⁸ representa um consenso entre os países sobre a necessidade de enquadramento jurídico e profissional para reger as atividades de doação e de transplantes de órgãos, frente aos problemas urgentes da venda de órgãos do turismo de transplante e do tráfico de doadores de órgãos que cresce com a demanda de turistas doentes de países ricos que se deslocam em viagens para o estrangeiro em busca de comprarem órgãos de pessoas pobres e vulneráveis. (DECLARAÇÃO DE ISTAMBUL, 2008, p. 01)

Está previsto no Protocolo de Palermo que, dentre suas ações e objetivos, é preciso proteger e ajudar as vítimas do tráfico, protegendo e respeitando plenamente os seus direitos fundamentais, internacionalmente reconhecidos, haja vista que o documento considera que as vítimas estão em ‘situação de vulnerabilidade’. (BRASIL, 2004b, p. 01)

Aquele documento, portanto, prevê uma dimensão associada com a proteção e reparação dos direitos humanos violados das vítimas. Remete para o reconhecimento da existência de seres humanos em situação de maior vulnerabilidade, reflexos das desigualdades, além do reconhecimento de que as violações dos direitos estão ocorrendo e a partir disso, pessoas estão se tornando vítimas. “Victims are inevitably poor, often unemployed and with low levels of education, rendering them vulnerable to deception about the nature of the transaction and its potential impacts.” (ONU, 2013, p. 07)

⁸ O Brasil passou a ser signatário da Declaração de Istambul pela Portaria nº 201 de 7 de fevereiro de 2012, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano vivo para fins de transplante no território nacional envolvendo estrangeiros não residentes no País.

Portanto, a pobreza global é vista como a negação das oportunidades de se ter uma vida longa e saudável, que, pela Organização Mundial da Saúde, refere-se a um completo bem-estar físico, mental e social. Tal negação se torna uma latente violação aos direitos humanos das pessoas de desfrutar da dignidade, da liberdade, e outros direitos deles advindos.

1.2 Novos desafios para os Direitos Humanos pelo desenvolvimento da medicina, em particular, pelo transplante de órgãos

O desenvolvimento científico proporcionou avanços na vida de pessoas em todo o mundo. Com as pesquisas e experimentos dos cientistas e cirurgiões, aprendeu-se a transplantar órgãos humanos, renovando a esperança e a vida de milhares de pacientes gravemente doentes. O transplante de órgãos foi uma das grandes conquistas da humanidade por prolongar e melhorar a qualidade de vida dos indivíduos que se submetem a esses procedimentos cirúrgicos.

Teoricamente, consiste na substituição de um órgão ou de um tecido doente de uma pessoa (chamada de receptor) por outro sadio, de um doador vivo ou falecido. Pessoas que apresentam doença irreversível, crônica ou aguda, mais comumente no rim, fígado, pulmão ou coração, além de tecidos como a córnea e a medula óssea, podem ser contempladas com um transplante, sejam crianças, jovens ou adultos. Para Parili (p. 22, *apud* CARRIÃO, 2004, p. 11), transplante é a retirada de um órgão ou material anatômico proveniente de um corpo, vivo ou morto e sua utilização com fins terapêuticos em um ser humano.

Trata-se de um dos procedimentos mais complexos da medicina e sua prática é indicada como alternativa terapêutica no tratamento de doenças, cuja cura ainda não foi encontrada. Não mais vem sendo considerada uma prática extrema, mas, uma terapêutica de massa. “La greffe d'organes fait désormais partie de la routine chirurgicale des sociétés industrialisées contemporaines: il ne s'agit plus d'une pratique extrême, mais d'une thérapeutique de masse.” (STEINER, 2004, p. 255)

O primeiro transplante renal no homem foi realizado em 1933 por Voronoy, um cirurgião ucraniano, que buscava tratar uma insuficiência renal aguda causada por

envenenamento com mercúrio. Barnard, em 1967, realizou o primeiro transplante cardíaco e Starzl, em 1963, o primeiro de fígado.⁹

No Brasil, os transplantes primeiros datam da década de 60, com início no Hospital das Clínicas da USP, instituição hoje que é um centro de referência em determinadas áreas de transplantes, tanto em nível nacional quanto internacional (LIMA, MAGALHÃES, NAKAMAE, 1997, p. 03). O primeiro transplante de fígado foi realizado pela equipe do Dr. Marcel Machado, em 1968.¹⁰ Hoje, o ato cirúrgico envolve outros tipos de órgãos e tecidos e atinge resultados tão satisfatórios que a procura por órgãos vem sendo maior que a oferta.

Segundo estimativas, anualmente em todo o mundo, aproximadamente 500 mil pacientes podem desenvolver insuficiência renal crônica; 300 mil, insuficiência cardíaca; e 200 mil, insuficiência hepática, o que pode levar a uma demanda por órgãos que chegue a um milhão de transplantes por ano, se todas as pessoas tivessem acesso ao tratamento. (LIMA, MAGALHÃES, NAKAMAE, 1997, p. 03)

O número de candidatos a transplantes inscritos em lista de espera cresce continuamente. Apenas no Brasil existem cerca de trinta mil inscritos para transplante de rim e cerca de cinco mil para fígado. No ano passado foram realizados apenas 2.990 transplantes de rim e 658 de fígado. (ABTO, 2013, p. 01)

Os órgãos possíveis de doar são: rim, fígado, coração, pâncreas e pulmão, e os tecidos são: córnea, pele, ossos, válvulas cardíacas, cartilagem, medula óssea e sangue de cordão umbilical. Um órgão poderá ser transplantado pós-morte ou em vida, neste último caso, não poderá ser um órgão vital. A doação de órgãos como o rim (que é um órgão duplo), parte do fígado e da medula óssea (obtida por meio da aspiração óssea direta ou pela coleta de sangue) poderá ser feita em vida.¹¹

Pessoas recém-falecidas constituem a maior fonte de transplantes de órgãos, e, na maioria dos casos, de fato, são a única fonte possível para certos transplantes, a exemplo dos que envolvem coração e pulmão. Os rins, por exemplo, são preferíveis que sejam transplantados de uma pessoa viva, frente ao alcance de melhores resultados para o destinatário e, em tese, com menos danos para o doador. (ONU, 2013, p. 05)

⁹ Hospital Albert Einstein – Sociedade Beneficente Israelita Brasileira. Disponível em: <<http://www.einstein.br/Paginas/home.aspx>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

¹⁰ Idem.

¹¹ ABTO – Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/entendadoacao.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

Outros órgãos/tecidos que podem ser obtidos de um doador vivo são: parte do fígado, parte da medula e parte dos pulmões.¹² Não se pode olvidar que os órgãos e partes do corpo têm um tempo máximo de preservação fora do corpo, sob condições especiais: em média de 04 a 06 horas para órgãos como coração, pulmão; de 12 a 24 horas para fígado, pâncreas; de 48 horas para o rim; de 07 dias para as córneas e de até 05 anos para ossos. Existe ainda um tempo máximo para retirada desses órgãos do corpo humano: para o coração, pulmão, fígado, pâncreas, o tempo de retirada deve ser antes de uma parada cardíaca; no caso das córneas e ossos, até 06 horas após uma parada cardíaca, e no caso dos rins, estes podem ser retirados até 30 minutos após uma parada cardíaca.¹³ Percebe-se, assim, que o tráfico de órgãos é um crime complexo e sofisticado e necessariamente envolve um grupo de pessoas. Por essa razão, é tratado, como ainda veremos, como crime muito sério, ou seja, criminalidade organizada.

Defende-se que a doação de órgãos e tecidos seja uma prática altruísta, onde os indivíduos possam ajudar pessoas doentes, renovando a esperança destes, por meio de ato solidário e, portanto, desvinculado de qualquer tipo de benefício que tenha caráter pecuniário. Ato assim é próprio do ser humano, devendo ser estimulado pelo bem comum e pelo fato de que a ação de uma pessoa pode beneficiar outras, e essa deve ser uma busca do humano que vive em sociedade, dedicar-se uns aos outros. No entanto, a proibição da comercialização de órgãos e outras partes do corpo humanos criou um mercado ilegal, que é explorado por grupos criminosos cuja única finalidade é o lucro.

Os resultados são flagrantes violações de direitos humanos, que levam o sofrimento para inúmeras pessoas, entre mulheres, homens e crianças.

Embora se enalteça o avanço científico, que vem renovando a vida de pacientes doentes, muitos ainda não têm confiança de participar de um procedimento dessa natureza com a doação de um órgão, a não ser que seja para atender à necessidade de um ente querido. Há o medo natural de se submeter a uma cirurgia e perder a vida ou

¹² Entende-se por ‘tecido’ todas as partes constitutivas do corpo humano formadas por células. O esperma, o óvulo são considerados células sexuais. ‘Órgão’ é uma parte diferenciada e vital do corpo humano, constituída por vários tecidos, que mantém de modo largamente autônomo a sua estrutura, vascularização e capacidade de desenvolver funções fisiológicas. Doador é a pessoa maior e capaz, apta a fazer doação em vida, ou “post mortem” de tecidos, órgão ou parte de seu corpo, com fins terapêuticos e humanitários. Receptor é a pessoa em condições de receber por transplante tecidos, órgãos ou partes do corpo de outra

pessoa viva ou morta e que apresenta perspectivas fundadas de prolongamento de vida ou melhoria de saúde.

¹³ ABTO – Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/entendadoacao.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

tempo de vida saudável. Não podemos olvidar que as tradições culturais e religiosas de uma população também podem influenciar nessa decisão:

A majority of people on this planet have cultural, societal and religious traditions that find it repugnant to desecrate the bodies of their dead relatives for organ harvesting. Additionally, even those who applaud the science abhor the merchandizing of organs because it reduces the gift of life to a mere purchase of life. (PANJABI, 2010, p. 02)

Observa-se que os avanços médicos não estão sendo suficientes para resolver o problema da falta de órgãos que atualmente é um problema de escala global. O grande número de pessoas enfermas à procura de um órgão só faz aumentar as listas de espera em todo o mundo, e essas pessoas sofrem e morrem à espera de um órgão: “Les listes d’attente s’allongent partout dans le monde, et nombreux sont les malades qui souffrent et meurent en attente d’un organe susceptible de les sauver”. (STEINER, 2004, p. 255)

Destarte, as possibilidades geradas pelo desenvolvimento científico e consequente inovações tecnológicas, com novos equipamentos, drogas, procedimentos cirúrgicos que visavam prolongar a vida humana foram acompanhadas da escassez de doadores, gerando mais um comércio ilícito em escala global: o Tráfico de Órgãos. (ANDRADE, 2013, p. 554)

1.2.1 A comercialização de órgãos como atividade criminosa

A busca por órgãos e as leis proibitivas de comércio de órgãos parecem contribuir para a existência de um mercado clandestino de órgãos humanos. Na visão de Garrafa (2009, p. 02), a questão do mercado humano é muito antiga, e vem sendo potencializada pela era dos transplantes, a partir do aprimoramento, da evolução de situações mais amplas como a escravidão, prostituição ou exploração física do trabalho, para aspectos mais sutis, delicados e específicos de compra, venda ou aluguel de órgãos e estruturas separadas do corpo das pessoas.

Mas, existe uma oferta por órgãos que está sendo atendida pelo mercado clandestino? Ou seria a existência de uma demanda mundial que está aquecendo esse mercado ilegal e assim, conseguindo boas ofertas? Ainda para o mesmo autor, a principal razão do crescimento do mercado de órgãos assenta-se basicamente nas velhas razões históricas que originaram a acumulação exacerbada de capital: “a insaciável sede

de lucro, e crônicos desequilíbrios mundiais verificados entre a oferta, a demanda e o acesso aos serviços de saúde”. (GARRAFA, 2009, p. 01) Com isso, é salutar estudar esses aspectos para tentar compreender algumas questões que serão discutidas mais adiante.

1.2.1.1 A demanda para órgãos

Estudos apontam que há no mundo um mercado internacional de órgãos, reflexo de problemas econômicos e divisões sociais dentro dos países e, mais particularmente, entre eles. No relatório de 2013 da pesquisadora Joy Ngozi Ezeilo, da Organização das Nações Unidas, sobre o tráfico de pessoas para fins de remoção de órgãos, em 2000, o fluxo de órgãos tinha o seguinte destino: do Sul para o Norte, a partir do Terceiro Mundo para o Primeiro Mundo, do pobre para o rico, do preto e pardo para o branco, e da fêmea para o macho. Dados revisados confirmaram os pontos-chave desta afirmação, exceto em relação ao aspecto do gênero. (ONU, 2013, p. 06)

A grande procura tem sido de países ricos, por parte de pessoas que tem condições de pagar caro por um órgão, estão dispostas a correr esse perigo e muito desesperadas por uma melhoria de vida para perceber o sofrimento alheio. “This void has spawned an international trade in adult organs to meet the excessive demand for organs and to bypass Western countries laws prohibiting financial remuneration for organ donations.” (MORELLI, 1995, p. 917)

Estudos da Organização das Nações Unidas (ONU) apontam para a existência de três categorias ligadas ao comércio ilegal de órgão: na primeira, o traficante força ou engana as vítimas a desistir de um órgão; na segunda categoria, as vítimas, formal ou informalmente, concordam em vender um órgão, mas são enganadas, porque para elas não são pagos os valores acordados, ou então, recebem menos do que o preço prometido pelo órgão; e na terceira categoria, as pessoas vulneráveis, incluindo trabalhadores migrantes, refugiados, os sem-teto, ou os analfabetos, são tratados como detentores de uma doença que não existe e, em seguida, seus órgãos são retirados sem o seu conhecimento. (UN.GIFT, 2014, p. 01)

Como se observa, vem se tornando crescente a demanda por órgãos no mundo, do mesmo modo que é visível a escassez de órgãos para transplante (procedimento cirúrgico que beneficiaria várias pessoas), indicando que muitas irão morrer.

[...] most countries face shortages of donor organs for use in such operations, and these shortages have given rise to an international organ trade. This trade has been found to follow established global patterns for commerce, with customers in more affluent countries obtaining organs from people in poorer countries. (UNODC, 2012, p. 39)

Existe atualmente um descompasso entre a crescente demanda por transplantes de órgãos e a oferta de órgãos disponível. O trato normativo diferenciado, com que os países têm lidado com essa questão, tem contribuído para que os grupos criminosos ignorem as leis rígidas que proíbem a remuneração financeira para a doação de órgãos, e se desloquem para outros países, a fim de realizar essas cirurgias em Estados.

Assim se constroem muitos dos problemas ético-legais e das questões de direitos humanos que surgem em torno de transplante de órgãos. Somam-se a estes, outros aspectos para a existência do fenômeno do tráfico.

1.2.1.2 A oferta de órgãos: Oferta lícita (não comercial) X Oferta ilícita (comercial)

Apesar de haver uma demanda atual que é crescente, a oferta de órgãos ainda é muito escassa. O receio de pessoas em doar um órgão existe porque, a princípio, é algo novo, mas há também medo de que, nessa cirurgia, sejam retirados outros órgãos ou partes do corpo, além do órgão previsto, e é claro, o medo geral que a extração de um órgão representa.

A oferta lícita ocorre quando o indivíduo identifica uma pessoa a quem ele pode doar o órgão e, pela legislação pátria, esse ato deve ocorrer entre parentes, em caso de indivíduos vivos, ou entre pessoas mortas e vivas, não havendo nessas duas situações qualquer pagamento pelo gesto. Depara-se assim com uma situação em que há uma oferta lícita de órgãos, isto é, não comercial.

Segundo Garrafa (2009, p. 02), em razão da preocupação com as notícias do comércio de órgãos, três cientistas vencedores do prêmio Nobel escreveram, em 1984, ao presidente norte-americano, Ronald Reagan, recomendando que:

em nenhuma circunstância deveriam ser utilizados nos transplantes órgãos de pessoas que não fossem aparentadas do receptor. Esta iniciativa originou a criação imediata de uma lei federal nos Estados Unidos, a *National Organ Transplant Act*, proibindo a compra e venda de órgãos.

No caso de transplante de órgãos de pessoas falecidas, esse somente acontece após a confirmação do diagnóstico de morte encefálica. Este tipo de morte ocorre quando a pessoa sofreu um acidente que provocou traumatismo craniano (casos de acidente com veículo, uma queda etc.) ou sofreu um acidente vascular cerebral (derrame) que tenha evoluído para uma morte encefálica.¹⁴

Nessa situação, não se configura o crime do tráfico para fins de remoção de órgãos se a ‘doador’ for cadáver, consoante definido no Protocolo do Tráfico de Pessoas, uma vez que o ato de remoção de órgãos não foi cometido contra ‘pessoa viva’ e não houve outros elementos como recrutamento, por exemplo, destinado à exploração, conforme se verá adiante. (UNODC, 2012, p. 39)

Já a oferta ilícita de órgãos é uma situação que merece atenção, isto porque os estudos tem demonstrado que oferta de órgãos, em geral, estar partindo das periferias dos países, onde se encontram pessoas que passam muita necessidade e podem ser vulneráveis ou se encontrar em situação de vulnerabilidade. Garrafa afirma que:

(...) não é de hoje que pacientes do mundo ocidental com condição econômica adequada à realização de diálises em seus países de origem viajam até a longínqua Índia em busca de transplantes renais, estimulados pela certeza de encontrar doadores disponíveis e já previamente determinados por médicos e ‘corretores’ indianos. (2009, p. 03)

Dessa forma, em algum momento, essas pessoas perdem o controle sobre a sua autodeterminação e, com isso, formam grupos fragilizados pela miserabilidade que poderão constituir-se em potenciais ‘vendedores de órgãos’, daí porque se prefere utilizar o termo ‘em situação de vulnerabilidade’, porque a pessoa é levada a essa situação.

Esse grupo que oferece seus órgãos busca uma compensação pecuniária, portanto, desvinculando seu ato de qualquer prática altruísta.

A oferta ilícita de órgãos representa um elemento fundamental no mercado ilegal de órgãos. Atualmente, vem se discutindo a existência de um ‘turismo de transplantes’, onde pessoas são recrutadas das periferias para realizar viagens em direção a outros

¹⁴ ABTO – Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/entendadoacao.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

países e, nesses locais, submeterem-se a cirurgias para terem um órgão transplantado para outro indivíduo.

Available information indicates that, while trafficking in persons for the removal of organs can occur within a single country, it may involve legitimate regional cooperation or, most commonly, potential recipients travelling to another country for a transplantation that would be unlawful or otherwise unavailable at home (known as “transplant tourism”). (ONU, 2013, p. 07)

Estudos revelam que existem pessoas sendo vítimas do tráfico de órgãos vitais e que estas se concentram na Europa Oriental, América do Sul e Ásia, e que os pobres, normalmente desesperados, são atraídos para vender seus órgãos, com a promessa de receber um pagamento em dinheiro, muito embora, isso quase nunca ocorra na íntegra. (ONU, 2013, p. 07)

Especialistas da Organização Mundial de Saúde revelam que o comércio ilegal de rins aumentou para um nível tal que o número estimado é de 10.000 operações, anualmente, no mercado negro, envolvendo órgãos humanos comprados, o que sinaliza para mais de uma operação por hora. (UN.GIFT, 2014, p. 01)

Registros no mundo indicam que as crianças também têm sido vítimas do tráfico de órgãos, como se observa num caso em abril de 2013, onde cinco kosovares, incluindo três médicos, foram condenados pelo envolvimento em um esquema de tráfico de órgãos que atraiu pessoas pobres da República da Moldávia, Federação Russa e da Turquia para o Kosovo para vender seus rins e outros órgãos para pacientes ricos do Canadá, Alemanha, Israel e os Estados Unidos. Nesse caso, cobraram-se até 130 mil dólares dos recebedores de órgãos. Para as vítimas, foram prometidos pagamentos de até 26 mil dólares, e dentre elas havia cinco crianças. Além disso, as vítimas assinaram documentos falsos através do qual indicavam que estariam engajadas em uma doação altruísta de um parente. Muitos receberam pouca remuneração ou cuidados médicos inadequados. (ONU, 2013, p. 08)

Indícios apontam que os centros de transplantes ilícitos de doadores vivos estão localizados em países que combinam: excelente infraestrutura com fiscalização fraca e corruptível. De acordo com dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), há cinco ‘pontos quentes’ onde o tráfico de órgãos ocorre: Paquistão, China, Filipinas, Colômbia e Brasil — considerados grandes fornecedores de órgãos. A OMS informa ainda que só no Irã existem aproximadamente 137 agências e 23 clínicas ilegais, apenas para os

transplantes de rins. Já países como a África do Sul e a Turquia tendem a abrigar transplantes cujos “doadores” vieram de outros países. (ANDRADE, 2013, p. 554-555)

A China, em especial, tem colhido órgãos e tecidos humanos de prisioneiros condenados, o que chama a atenção das autoridades no mundo para essa prática arbitrária.

In China by contrast, the system of organ procurement was, according to the allegations of Chinese dissidents and human rights activists, state sanctioned and state supported. The harvesting of the organs and tissue and body parts of executed prisoners from a country that routinely executes more people than the rest of the world merits considerable notice and attention. The utilization in many instances of military hospitals for the transplantation procedures made the entire process appear even more state sanctioned. (PANJABI, 2010, p. 05)

Como se observa, busca-se a escolha de pessoas para serem traficadas de forma que haja o mínimo de resistência e de uma maneira que não alerte as autoridades. As vítimas são constituídas por pessoas que estão dispostas a desfazer-se de um órgão vital para melhorar sua condição de vida. Sequer passa por suas cabeças as complicações de atos realizados na clandestinidade, e das consequências futuras para sua saúde e vida.

As with trafficking in persons for other exploitative purposes, victims of trafficking for the purpose of organ removal are selected from vulnerable groups (for instance, those who are suffering from extreme poverty) and traffickers are often part of trans-national organized crime groups. (UNESCO, 2010, p. 46)

O baixo nível educacional e o desespero por uma melhoria de vida fazem com que algumas pessoas se tornem mais suscetíveis às astúcias dos aliciadores, frente à necessidade extrema e diária por comida para si e para seus parentes, e assim, muitos têm conseguido escapar da fome e da miséria. É pela existência de uma miséria que vitimiza massivamente os pobres, que o tráfico para fins de remoção de órgãos vem sendo visto como algo que beneficia o rico às custas dos excluídos.

Apesar disso, não há estudos que demonstraram o nível de procura por órgãos não vitais, mas é possível encontrar em sítios eletrônicos pessoas oferecendo órgãos para venda ou partes do corpo em troca de dinheiro. “En algunos países hay centros que utilizan abiertamente Internet y otros medios para invitar a los pacientes a que acudan del extranjero a recibir trasplantes ‘a precios de saldo’, con todos los costos del donante incluidos.” (OMS, 2010, p. 02)

Considera-se esta como uma criação artificial da oferta, mas o fato é que os órgãos de transplante devem ser um presente, gerado por um ato de altruísmo que não seja maculado por incentivos ou pagamentos. Trata-se de entender que a desigualdade social é o principal fator que leva pessoas a se tornarem vítimas do tráfico. E é possível que as legislações proibicionistas estejam contribuindo para a criação de um mercado ilegal.

1.2.2 A satisfação da demanda por grupos criminosos

Na década de 70, o tráfico foi considerado um fenômeno novo nos países europeus, muito embora já fosse um velho conhecido dos Estados Unidos, frente à atuação naquele território de grupos que praticavam crimes. Na década de 80, houve uma discussão internacional e mais ampla sobre o crime organizado, tendo como principais temas a busca por compreender o negócio ilícito, a estrutura hierárquica, o interesse financeiro, a corrupção de pessoas ligadas a instituições públicas. (MEYER, 2006, p. 210)

A preocupação em discutir a complexidade do crime organizado deve-se à preocupação com a repercussão dos seus efeitos negativos para as instituições políticas, para economia e para a segurança pública e internacional. O crime organizado internacional é intitulado pela Convenção de Palermo como crime organizado transnacional, algo com o qual a comunidade internacional tem se preocupado, pois implica, muitas vezes, em atividades que ultrapassam as fronteiras estatais.

A prática do tráfico para fins de remoção de órgãos não é um fato tão recente, contudo, mostra-se uma realidade no mundo que tem motivado grupos a agirem na ilegalidade para atendê-la. Esse mercado gera milhões em dinheiro, porque quem pode, paga o valor pedido pelos traficantes, e as somas em dinheiro envolvidas revigoram o interesse de quem trabalha na clandestinidade.

Con el fin de obtener un acceso fácil a órganos, algunas personas buscan en el extranjero trasplantes que son pagados por seguros de enfermedad privados o estatales en sus países de origen, aún cuando en esos países esté oficialmente prohibido el comercio de órganos. (OMS, 2010, p. 02)

A transnacionalidade é observada quando se introduz ilegalmente uma pessoa por uma fronteira, seja facilitando a sua passagem ou a sua entrada ilegal em outro país. No tocante ao tráfico de pessoas, não é preciso envolver a passagem por qualquer fronteira, em ocorrendo, a legalidade ou ilegalidade da passagem da fronteira é irrelevante. Contudo, prejudica as investigações. (UNODC, 2009, p. 17)

Organizações criminosas tem conseguido satisfazer a sua demanda por órgãos buscando nas periferias de países subdesenvolvidos, pessoas interessadas em sair da pobreza. Isso é bem explorado pelos grupos criminosos, que encontram, na miséria das populações, ambiente fértil para exploração. Então, saem em busca de pessoas dispostas a vender algum órgão humano, que será destinado a um indivíduo muito doente que está disposto a pagar por uma ‘nova vida’ e têm condições para isso.

[...] to explore the nexus between environmental degradation, impoverishment of populations and their consequent exploitation by criminals who seek to traffic their organs for sale to desperately ill people who are in a position to afford to buy themselves a new life, often without engaging in the conscience-challenging questions about the source or process by which they acquire a new lease on life. (PANJABI, 2010, p. 06)

As demoradas filas de espera por um órgão para transplante, no mundo, mostram o problema da falta de órgãos. Essa demanda existe pela atual escassez mundial de órgãos, e apesar de haver discussões sobre essa problemática, as nações ainda não definiram estratégias para resolver esse impasse.

O que estimula tais práticas são legislações proibitivas de alguns países quanto ao comércio de órgãos humanos, leis que, em razão das dificuldades de torná-las eficazes, não têm conseguido proteger seus nacionais dos criminosos, enquanto o poder público também não consegue criar condições que retirem essas pessoas da extrema pobreza e, conseqüentemente da falta de opções.

Para tentar resolver o dilema da escassez de órgãos humanos, alguns países têm buscado aumentar a oferta a partir do estímulo a doações entre pessoas que não tenham parentesco com os receptores. Mas, uma questão é que os futuros receptores sabem que a espera por um órgão nas filas de transplantes pode lhes custar a vida, por isso, pagam altas somas em dinheiro, com intuito de diminuir o tempo de espera. Isso só aquece o mercado clandestino.

La escasez de órganos disponibles no sólo ha llevado a muchos países a elaborar procedimientos y sistemas destinados a aumentar la oferta, sino

que también ha estimulado el tráfico comercial de órganos humanos, sobre todo de donantes vivo no emparentados con los receptores. Las pruebas de la existencia de ese comercio, y del tráfico de seres humanos que lo acompaña, se han hecho más evidentes en los últimos decenios. (OMS, 2010, p. 07)

O transplante ilegal tem sido realizado em hospitais que dispõe de estrutura e uma equipe médica pronta para realizar a operação, e que também participa do ato ilegal, incentivando o turismo de órgãos. De 2001 a 2003, cerca de 100 transplantes de rim ilegais foram realizados em um hospital africano. Os ‘receptores’ eram provenientes do Oriente Médio, enquanto que os órgãos eram de ‘doadores’ da Europa Oriental e da América do Sul:

Some 100 illegal kidney transplants were allegedly performed at a hospital in an African country from 2001 to 2003; most of the recipients came from the Middle East. The organs were sourced from persons from Eastern Europe and South America. Investigations revealed the existence of an international organ trafficking syndicate and brought into public view a long-standing and flourishing transplant tourism business. (ONU, 2013, p. 07)

Um problema relacionado à atuação dos profissionais de saúde, é que ao identificar pessoas que tenham obtido órgãos no exterior, podem estar impedidos de compartilhar informações com as autoridades, devido: a preocupações sobre a privacidade do paciente, às suas próprias obrigações de confidencialidade, e à incerteza quanto ao fato das leis terem ou não sido violadas. (ONU, 2013, p. 06)

Certamente a grande maioria dos médicos conduz sua vida profissional com moralidade e de forma ética, inclusive, desde 1985, a Assembleia Geral da Associação Médica Mundial emitiu várias resoluções e diretrizes através das quais condenou o comércio de órgãos humanos, exigindo dos governos medidas para impedir tal comercialização, inclusive, referindo-se ao uso de órgãos de prisioneiros executados, como vem ocorrendo na China.

Mais recentemente, em 2012, na 63ª Assembleia da mesma Associação Médica, reafirmaram sua rejeição à prática do comércio de órgãos. (ONU, 2013, p. 08-09)

En una reunión celebrada en 2008 en Estambul (Turquía), organizada por la Sociedad de Trasplantes y la Sociedad Internacional de Nefrología, más de 150 representantes de organismos científicos y médicos de todo el mundo, funcionarios gubernamentales y especialistas en ciencias sociales y ética definieron los fenómenos del ‘turismo de trasplantes’ y el ‘tráfico de órganos’, cuya frecuencia va en aumento, y declararon que estas prácticas ‘violan los principios de equidad, justicia y respeto de la dignidad humana, por lo que deben ser prohibidas’. (OMS, 2010, p. 02)

1.2.3 Envolvimento de diferentes profissionais no crime

Diante da complexidade que se observa no trato com o tráfico para fins de remoção de órgãos, há que se destacar que existem outros atores envolvidos, além de recrutadores, aliciadores. Eles não são traficantes, nem atuam exatamente como exploradores das vítimas.

Essas pessoas são ligadas à área de saúde (médicos, enfermeiras, auxiliares, motoristas de ambulância), a funerárias, coveiros, inclusive, servidores públicos ligados ao sistema de justiça, a exemplo de advogados e policiais.

The commission of this crime can be distinguished from others in terms of the sectors from which traffickers and organ “brokers” derive: doctors and other healthcare practitioners, ambulance drivers and mortuary workers are often involved in organ trafficking in addition to the actors involved in other criminal trafficking networks. (UNESCO, 2010, p. 46)

O deputado Neucimar Fraga falou sobre as dificuldades de investigar esse assunto no Brasil: “Sempre que se tenta investigar denúncias de tráfico de órgãos, jogam a investigação contra a fila de transplante. [...] É um crime de alta complexidade que envolve médicos e outros profissionais de saúde” (COIMBRA, 2009, p. 02). Nesses esquemas, encontramos pessoas envolvidas em diferentes atividades:

- a) Intermediários: recrutam as vítimas, convencem-nas a se submeter aos exames laboratoriais para saber da compatibilidade entre doador e receptor, além de organizar as viagens. São corretores, motoristas de ambulância, pessoas que trabalham em mortuárias, e até profissionais da saúde e policiais.
- b) Equipes de saúde: são responsáveis pela realização dos exames laboratoriais do ‘doador’ e ainda poderão ser responsáveis pela realização dos transplantes, e quem sabe até extrair órgãos de indivíduos em hospitais, sob alegação de morte encefálica. Isso é considerado muito arriscado, mas assim pode ter ocorrido no caso ainda investigado do menino Paulo Pavesi, ocorrido em Poço de Caldas-MG, em abril do ano 2000 (RELATÓRIO DA CPI, 2004, p. 76). Compõem as equipes médicas, os próprios médicos, enfermeiros, auxiliares de saúde.
- c) Servidores públicos administrativos: também compõem o grupo criminoso, pois são responsáveis por agilizar e liberar documentos verdadeiros ou falsos;

d) Profissionais ligados à justiça: geralmente policiais corruptos, advogados, que deveriam fiscalizar e agir de conformidade com a lei na proteção das pessoas e de seus direitos, agem dentro do grupo utilizando a influência que possuem nas instituições.

No mesmo sentido, os estudos demonstram o envolvimento de diversos setores no esquema ilegal de tráfico de órgãos:

Trafficking in organ trade is an organized crime, involving a host of offenders. The recruiter who identifies the vulnerable person, the transporter, the staff of the hospital/ clinic and other medical centres, the medical professionals, the middlemen and contractors, the buyers, the banks where organs are stored are all involved in the racket. It is a fact that the entire racket is rarely exposed and therefore, the dimensions are yet to be appropriately fathomed. (UN.GIFT, 2014, p. 01)

Os médicos não podem fazer algo que lesione o seu paciente por uma questão de ética médica, muito embora os relatos demonstrem que profissionais da saúde têm se sujeito a práticas de transplante ilegais, em razão dos lucros com a atividade.

É comum em redes muito organizadas que se identifique que uma pessoa adote diferentes funções dentro da organização criminosa. No tráfico de órgãos, por exemplo, indivíduos aliciados pela rede criminosa podem passar a aliciadores e captadores de ‘doadores’. “The larger and more sophisticated the organization, the greater the likelihood that police are able to identify different roles within the organization.” (UN.GIFT, 2010, p. 10) Essa pode ser uma tendência dos recrutados para a venda de órgãos, tendo em vista a facilidade de acesso a outras pessoas igualmente em situação semelhante a deles.

No entanto, mesmo com a informação de que o tráfico movimentava fortunas, pouco se sabe sobre o lucro efetivo (motivo e estímulo para o crime) gerado pelo tráfico e as aplicações financeiras dos traficantes.

Ademais, não se pode precisar como os lucros dessa atividade são reinvestidos: se para aumentar o negócio do tráfico, se o lucro é gasto na manutenção de um estilo de vida luxuoso, ou se o lucro é investido em empresas legítimas no país de origem do traficante - ou uma combinação destes. (UN.GIFT, 2010, p. 10)

1.3 Tráfico para fins de remoção de órgãos como modalidade do tráfico de pessoas

Na escravidão clássica, existia a exploração forçada de povos conquistados ou colonizados, de forma mais declarada, porque na época era considerada um ato legal. Com o passar dos anos, após a abolição do tráfico de escravos e da escravidão pelos Estados, outras formas de exploração foram se materializando na sociedade, e o tráfico de pessoas vem sendo considerada uma forma moderna/contemporâneo de escravidão (MEDEIROS, PETERKE, 2013, p. 536). Dessa maneira, a diferença entre a escravidão clássica e a moderna é que nesta, a exploração forçada é menos visível.

A partir de 1990, com inúmeros debates internacionais, cristalizou-se a ideia de que o tráfico de pessoas não poderia ser tratado apenas como mais um crime organizado e transnacional, nem se poderia continuar com a discussão de que era uma questão de gênero ou algo ligado à exploração da prostituição (embora as mulheres sejam as mais atingidas). (SOARES, 2013, p. 77-78) Havia outras formas de exploração, cujas vítimas detinham outros perfis.

Em 1998, o Estatuto de Roma (ratificado pelo Brasil em 2002) que dispõe sobre o Tribunal Penal Internacional¹⁵ (TPI), ao relacionar os crimes contra a humanidade passíveis de sua jurisdição, fez uma abordagem considerada pertinente ao tráfico de pessoas quando trata do crime de redução de alguém à situação de objeto/bem apropriável ou, nos termos do dispositivo, “o exercício de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa” (Estatuto de Roma. Art. 7º, parágrafo 2º, alínea ‘c’). Para Souza (2013, p. 78), em que pesem os requisitos específicos para submissão desse crime ao referido Tribunal, a menção ao tráfico de pessoas como delito que pode ser punido como crime contra humanidade é um avanço considerável para seu enfrentamento na esfera local.

O combate a essas formas de exploração no mundo contemporâneo tem se intensificado, e os Estados têm procurado instrumentos normativos de proteção às pessoas contra a atuação dos criminosos. No plano internacional, o principal instrumento de luta contra a criminalidade seria a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada pela Assembleia Geral em 15 de novembro de 2000, documento assinado em Palermo, na Itália, e que entrou em vigor em nível

¹⁵ Convenção concluída em Nova Iorque, a 21/03/1950. Assinada pelo Brasil em 05/10/1951. Aprovada pelo Decreto Legislativo 6, de 1958. Promulgada pelo Decreto 46.981, de 08/10/1959.

internacional, em setembro de 2003. A Convenção prevê, em primeiro lugar, obrigações de cooperação, mas também criminalização, por exemplo, no que se refere à participação em grupo organizado criminoso, lavagem de dinheiro e obstrução da justiça.

A Convenção é complementada por três protocolos que focam em atividades criminosas específicas: o Protocolo para Prevenir, Suprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e Crianças (Protocolo de Palermo); o Protocolo contra o Contrabando de Migrantes por Terra, Mar e Ar, e o Protocolo contra a Fabricação e o Tráfico Ilícitos de Armas de Fogo, suas Peças, Componentes e Munições.

A Convenção de Palermo é o ato normativo internacional mais abrangente no que se refere ao combate ao crime organizado transnacional. (HAUCK; PETERKE, 2010, p. 420) Ele prevê medidas e técnicas especiais de investigação na prevenção, controle e combate à criminalidade organizada. Sua estrutura influencia o mundo contemporâneo globalizado e ganhou abrangência transnacional, conforme define o Protocolo de Palermo,

Outros documentos igualmente reprovam a comercialização de órgãos, a exemplo dos princípios orientadores sobre Transplante de Órgãos Humanos (1991) da Organização Mundial de Saúde, que afirma que a comercialização de órgãos “é uma violação dos direitos humanos e da dignidade humana”; do Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Biomedicina, Transplante de órgãos e tecidos de origem humana (2002) que proíbe o tráfico de órgãos e tecidos, que objetivam ganho financeiro, apelando aos Estados para fornecer sanções adequadas ao tráfico.

O crime organizado atua na perspectiva política, econômica e social. Estas perspectivas indicam que o crime organizado é resultante de instituições públicas frágeis e desarticuladas (perspectiva política), em razão de uma visão comercial que se firma pela existência de um mercado/demanda por bens e serviços ilícitos (perspectiva econômica), e pela presença de fatores sociais, culturais e étnicos no desenvolvimento do crime organizado transnacional e sua forma de organização hierarquizada e em redes (perspectiva social). (WERNER, 2009, p. 16)

O artigo 2º da Convenção em comento estabelece na alínea ‘a’ que Grupo criminoso organizado é todo “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais

infrações graves [...] com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”.

Reside nesse aspecto a razão para incluir o comércio de órgãos como modalidade do tráfico de pessoas, em virtude da existência de casos concretos da atuação de organizações criminosas atuando no recrutamento e transporte de pessoas, ludibriando-as através de falsas promessas, fraude, engano a fim de atingir o fim de explorá-las para a obtenção de benefícios econômicos.

É nesse sentido que o tráfico para fins de remoção de órgãos foi incluído como nova modalidade do tráfico de pessoas, representa uma atividade complexa de caráter transnacional (GALLAGHER, 2011, p. 78).

Compreende-se que combate ao tráfico de pessoas perpassa pelo entendimento do que é o crime organizado, e de que este tem se mostrado presente em todos os níveis sociais e em todas as instituições, e é cediço que sua estrutura propicia corrupção, desvios, violação de direitos humanos e um grande dano à população.

Verifica-se uma divisão de trabalho que é também característica da atuação das organizações criminosas, consoante versa o §1º do artigo 1º da Lei n. 12.850¹⁶, de 02 de agosto de 2013, que assim define:

Art. 1º. § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Tal definição, embora tardia, é considerada um avanço, porque até a promulgação dessa lei, havia dúvidas sobre como enquadrar os criminosos, frente à falta de clareza jurídica quanto à definição de organização criminosa, de características mais complexas. Até a definição dessas organizações criminosas em 2013, a prática no Brasil era enquadrar os criminosos no artigo 288, *caput*, do Código Penal brasileiro (quadrilha ou bando), tipificação esta considerada mais branda.

Reconhece-se o tráfico para fins de extração de órgãos como crime organizado multifacetado, pela sua compreensão dentro de uma perspectiva multidisciplinar, pela influência no âmbito político, econômico, social e ambiental. Essa rede articulada

¹⁶ Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

deteriora a sociedade, adultera o mercado formal com as atividades ilegais e corrompe as instituições estatais por meio de instrumentos como a corrupção e o jogo de influências. (WERNER, 2009, p. 20)

Com isso, traficar pessoas com a finalidade de remoção de órgãos foi incluído como tráfico de pessoas, porque tem sido reconhecido como crime organizado transnacional e, dentre suas particularidades, destaca-se o seu início em países subdesenvolvidos, a partir do recrutamento de pessoas para a realização das cirurgias, e sua finalização em países desenvolvidos, onde existe uma melhor estrutura e até leis mais brandas.

O esquema abaixo foi construído para mostrar algumas particularidades do tráfico de órgãos, e assim, trabalhar na redução dos seus fatores de risco, conforme propôs Silva (2012, p.14) para análise de outras formas do tráfico, mas que, nesse momento, foram adaptadas para melhor compreensão acerca do tráfico para fins de extração de órgãos:

- a) Como começa? Pela ameaça ou uso da força ou de outras formas de coação, pelo rapto, fraude, engano, pelo abuso de autoridade ou pela situação de vulnerabilidade.
- b) Âmbito de atuação: dentro e fora do país.
- c) Relevância do pagamento para concretizar o ato delitivo: o dinheiro é o foco, mas nem sempre se recebe.
- d) Sujeitos envolvidos: a relação entre os sujeitos nem sempre finaliza com a remoção do órgão. Muitas vezes, uma vítima passa a recrutar outras vítimas.
- e) Tipos de vítimas: pessoas vivendo em extrema pobreza, normalmente homens.
- f) Contra quem: contra o indivíduo, contra sua dignidade, saúde, integridade física e moral. Sistemática violação de direitos humanos.

Esse esquema é o que se pode considerar para os casos registrados que envolvem o tráfico para fins de remoção de órgãos, não podendo considerá-lo com algo totalmente acabado. Vale destacar que há uma enorme dificuldade em se traçar perfis de vítimas e, não foi exatamente este o objetivo do esquema acima.

É nesse contexto que há de ser compreendida a problemática do tráfico para fins de remoção de órgãos na ordem contemporânea, com destaque para dois fatores: a crescente pobreza, miséria e exclusão social; e as acentuadas assimetrias entre os hemisférios Norte e Sul fomentadas pela globalização econômica.

1.3.1 Conceito de tráfico de pessoas conforme o Protocolo da ONU (Protocolo de Palermo)

Apesar de adotado pelas Nações Unidas no ano 2000, somente em 2004 é que o Brasil ratificou o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional para Prevenir, Reprimir e Sancionar o Tráfico de Pessoas, especialmente o de Mulheres e Crianças, mais conhecido como Protocolo de Palermo, reconhecendo suas disposições a partir da publicação do Decreto Presidencial n. 5.017, de 12 de março de 2004.

O Protocolo completou dez anos de pleno vigor no país, mas ainda parece longo o trabalho de fazer com que os objetivos por ele traçados se concretizem internamente, especialmente, no que se refere ao tráfico de órgãos.

Outro instrumento internacional que merece destaque são os Princípios e Diretrizes Recomendados Sobre Direitos Humanos e Tráfico de Pessoas, apresentados pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos ao Conselho Econômico e Social, em maio de 2002. Segundo Piovesan e Kamimura (2013, p. 114) esse documento destaca “a primazia dos direitos humanos das pessoas traficadas e todos esforços e medidas adotadas para prevenir e combater o tráfico de seres humanos, assim como para proteger, apoiar e reparar as vítimas”.

Porém, nada se compara ao Protocolo de Palermo, onde se pode encontrar a definição do tráfico de pessoas, e a previsão do tráfico para o fim de extração de órgãos, em seu artigo 3º. A partir dele, os Estados-membros devem alterar seus documentos internos, se necessário, incluindo a proibição da comercialização de órgãos nas legislações da maioria dos Estados.

Geralmente os documentos reportam-se à livre disposição dos órgãos após a morte, ou, no caso daqueles que não são vitais, ainda durante a vida. Mesmo assim, vale lembrar que para configurar o tráfico de pessoas, faz-se necessário que haja a remoção de órgãos de um ‘doador’ pessoa viva, com o fim de explorar.

O artigo 3º do Protocolo de Palermo, em sua alínea ‘a’ define o tráfico de pessoas como sendo:

o recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou 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 inclui, no mínimo, a exploração sexual, os trabalhos ou serviços forçados, escravidão ou práticas similares à escravidão, servidão ou a remoção de órgãos. (BRASIL, 2004b, p. 02-03)

Para o caso ser considerado como tráfico de pessoas no sentido do protocolo, é preciso verificar a natureza do ato criminoso cometido. Isto envolve, no mínimo, a combinação de elementos cumulativamente, como conduta, meio específico e o fim. A ‘conduta, o ato’, o que é feito seria: recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento de pessoa; o ‘meio’ específico, como é feito, seria: utilização de algum meio específico, força, engano, abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra pessoa. A ‘ação’ deve ter por finalidade a exploração de uma pessoa, que inclui, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, trabalho ou serviços forçados, escravidão ou práticas similares à escravidão, servidão ou a remoção de órgãos, este último, o objeto de estudo dessa pesquisa. (UN.GIFT, 2010, p. 17)

Ressalte-se que a exploração não é apenas um elemento de definição legal do tráfico de pessoas, mas é o principal motivador para o criminoso, impulsionando-o a cometer o crime. (UNODC, 2012, p. 34) A partir dessas informações, observa-se que o tráfico para fins de remoção de órgãos reserva características que o inclui na esfera do tráfico de pessoas.

A definição do tráfico para fins de remoção de órgãos foi uma novidade, uma vez que por muito tempo os estudos se concentraram numa das modalidades do tráfico comumente visíveis que era a exploração para fins sexuais e para trabalhos forçados. Inclusive, o próprio Código penal brasileiro, quando alterado por duas vezes, incluiu o tráfico para exploração sexual (interno e internacional) como tipo penal¹⁷, muito embora o mesmo ainda não ocorra com o tráfico para fins de remoção de órgãos e outras modalidades.

Apesar disso, o documento internacional determina que os Estados signatários devam adotar as medidas legislativas internas necessárias à sua efetivação, inclusive estabelecer os tipos penais que correspondam a condutas descritas em seu artigo 3º, quando praticados intencionalmente.¹⁸

¹⁷ CÓDIGO PENAL BRASILEIRO de 1940. Alterações ao art. 231 promovidos pelas Leis n. 11.106, de 2005, e n. 12.015, de 2009, resultando na inclusão do art.231-A.

¹⁸ PROTOCOLO DE PALERMO. Disponível em: <<http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/OIT-Protocolo-de-Palermo.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2014.

Destarte, o protocolo da ONU é, portanto, um documento inovador porque traz em seu texto a previsão do tráfico de pessoas para fins de remoção de órgãos, porque é um crime de alta complexidade, que viola direitos humanos, em especial, a dignidade da pessoa, a sua integridade física e psicológica, e a própria saúde. A prática deste crime retira da vítima sua condição humana, porque a equipara a mero objeto, a ‘coisa’, fazendo do corpo humano uma loja de negócios, cujos órgãos constituem-se em mercadorias comercializáveis.

No mesmo Protocolo, em seu art. 3º, as alíneas ‘b’, ‘c’ e ‘d’ mostram que:

- b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);
- c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados “tráfico de pessoas” mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo;
- d) O termo “criança” significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos. (BRASIL, 2004b, p. 03)

Sobre a afirmação contida na alínea ‘b’ serão apresentados comentários no tópico oportuno mais a frente.

Quanto ao conteúdo das alíneas ‘c’ e ‘d’ supracitadas, elas nos remontam à discussão em torno do tráfico de crianças que, juntamente com as mulheres, são as principais vítimas do tráfico de pessoas. As crianças têm sido vítimas de traficantes tanto para exploração sexual, para trabalhos forçados, para composição de exércitos/forças de combate, quanto para adoções ilegais e também para o tráfico de órgãos, muito embora os estudos neste último caso ainda sejam muito limitados. (UNODC, 2009, p. 10)

A Constituição Federal/1988, em seu artigo 227, §4º, prevê a punição a qualquer forma de abuso, violência e exploração sexual em face da criança e do adolescente. No entanto, não há no documento constitucional referência específica ao tráfico de pessoas, como destaca Piovesan e Kamimura (2013, p. 118).

Sobre o envolvimento de crianças como vítimas, o Protocolo de Palermo estabelece que o crime se verifica independentemente dos meios utilizados, pois a criança não tem capacidade para consentir e ainda que tenha consentido, a lei concede a elas um estatuto especial, pela particular situação de vulnerabilidade. “Não é necessário estabelecer os meios quando a vítima do tráfico é menor de 18 anos, embora a coação,

fraude e engano sejam normalmente usadas relativamente à mãe para obter assinaturas, amostras de sangue e certidões de nascimento.” (UNODC, 2009, p. 11-12)

Num mundo onde impera o sistema capitalista, no qual uns exploram os outros na busca por satisfazer interesses, crianças têm sido vítimas dessa troca de interesses, onde os mais fracos, os mais vulneráveis, sujeitam-se aos interesses dos mais fortes, para satisfação de seus interesses econômicos, porque os poderosos detém o poder do controle de seus direitos, inclusive, de vida e morte. (SILVA; LELI, 2014, p. 14)

Os Travaux Préparatoires e o United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) Legislative Guide explicam que a retirada de órgãos de uma criança com o consentimento de um dos pais ou tutor por questões médicas ou terapêuticas legítimas está fora do âmbito do protocolo. Por essa razão, os criminosos tentam utilizar a simulação de documentos ou documentos falsos para alcançarem sua finalidade de explorar e auferir lucro, agindo, pois, ilegalmente. (UNESCO, 2010, p. 46)

O Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantis abordou tal problemática, em seu artigo 3º, alíneas ‘a’, ‘i’, item b, onde proíbe a transferência de órgãos de uma criança com intuito lucrativo. Eis o texto:

Artigo 3º.

1. Todos os Estados Partes deverão garantir que, no mínimo, os seguintes atos e atividades sejam plenamente abrangidos pelo seu direito criminal ou penal, quer sejam cometidos a nível interno ou transnacional ou numa base individual ou organizada:

a) No contexto da venda de crianças, conforme definida na alínea a) artigo 2.º:

i) A oferta, entrega, ou aceitação de uma criança, por qualquer meio, para fins de:

a. Exploração sexual da criança;

b. Transferência dos órgãos da criança com intenção lucrativa;

c. Submissão da criança a trabalho forçado; (BRASIL, 2004a, p. 03, grifo nosso)

Tais atitudes colocam a infância de crianças em perigo, uma vez que esses atos causarão traumas irreversíveis, pelos efeitos psicológicos traumáticos. O poder que os criminosos exercem sobre as vítimas obriga essas pessoas a ações que, sem fossem realmente livres, talvez não realizassem. (UNODC, 2012, p. 34)

Mas este é um outro detalhe que coloca em pauta a discussão em torno de pessoas que, mesmo conscientes e esclarecidas quanto aos riscos da cirurgia, queiram de repente, desfazer-se de alguma parte de seu corpo, seja um rim ou algum órgão não

vital, como cabelos, dedos. São partes do corpo que, para um indivíduo comum pode não fazer diferença, mas, para pessoas públicas pode ser a salvação para aquele problema. É pensar que existe a possibilidade de alguém que, mesmo entendendo os riscos de uma ação, queira, ainda assim, assumi-los para atingir algum interesse específico. Será um debate para o momento oportuno nos próximos capítulos.

Retomando a questão do Protocolo de Palermo, a alínea ‘b’ do art. 3º aduz que: “O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea ‘a’ do presente artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na mesma alínea.” (BRASIL, 2004b, p. 03)

O efeito prático dessa cláusula é que as vítimas de tráfico de pessoas são “completamente liberadas da necessidade de comprovar que elas não consentiram com o tráfico”. (HEINTZE; PETERKE, 2011, p. 68). Ao contrário das outras situações que suprimem o consentimento, nesta hipótese:

o agente não pratica grande esforço para concretizar seu desiderato, pois não precisa ameaçar, coagir, enganar, fraudar, sequestrar, abusar da autoridade ou corromper. Basta recrutar, transportar, transferir, alojar ou acolher pessoa aproveitando-se ou prevalecendo-se de sua situação de vulnerabilidade. (CASTILHO, 2013, p. 136)

A pesquisadora ainda destaca que não se pode afastar a vulnerabilidade do próprio agente, o que se pode considerar como um reforço ao entendimento da possível existência de uma tendência que leva várias vítimas da exploração a se tornarem futuras exploradoras. Para Soares (2013, p. 80):

Ao mesmo tempo, em todas as fases do TP [tráfico de pessoas], além da violação da dignidade e liberdade das pessoas traficadas, há um padrão de violência que combina a restrição ou supressão da liberdade da vítima com o afastamento ou a vulnerabilidade acentuada de seus “portos seguros” - sejam estes pessoas ou espaços físicos.

Mesmo que a finalidade da exploração não se concretize, ou que o esquema criminoso seja desmontado antes, nas etapas anteriores, mesmo assim, o crime de tráfico está caracterizado. Houve para a vítima uma situação incomum, onde ela, em algum momento, foi distanciada do seu ambiente e das pessoas em quem confiava, ficando a mercê de indivíduos com quem ela nunca manteve vínculos.

A falta de clareza de alguns termos contidos no protocolo, que ficaram muito amplos e, portanto, prejudicam a sua aplicação, causando, pois, uma certa insegurança jurídica, podem sinalizar para a complexidade do crime. Podemos citar a ausência de explicação do termo “situação de vulnerabilidade”. Em todo caso, buscando melhor esclarecer essa expressão, o Relatório Explicativo da Convenção do Conselho da Europa¹⁹ relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos, em seu artigo 4º, §83, considera que o abuso de uma posição de vulnerabilidade significa abuso de qualquer situação em que a pessoa envolvida não tem alternativa real e aceitável a não ser submeter-se ao abuso. Explica, outrossim, que a vulnerabilidade pode ser de qualquer tipo, seja relacionada com a família, psicológica, emocional, social ou econômica. A situação pode, por exemplo, envolver a insegurança ou a ilegalidade da situação administrativa da vítima, a dependência econômica ou a fragilidade da saúde. Então, a situação pode ser qualquer estado de miséria em que um ser humano é impelido a aceitar ser explorado. Pessoas que abusam de tal situação flagrantemente violam os direitos humanos e a rigor, ninguém pode validamente renunciar à dignidade humana e à sua integridade (CONSELHO DA EUROPA, 2005, p. 13).

Esta pergunta vem sendo feita por estudiosos e torna-se importante, principalmente quando se trata do traficante que abusa desse meio, para alcançar o fim de ablação de órgãos.

Tão relevante também é considerar outro ponto ligado à remoção de órgãos que é o consentimento livre e esclarecido. O protocolo não considera o consentimento quando este é fornecido perante os elementos que o invalidam, constantes no artigo 3º, alínea ‘a’. Todavia, a prática, no caso da exploração para fins de remoção de órgãos, é de falsificar o termo de consentimento livre e esclarecido, ou seja, as vítimas não estão apenas consentindo com as remoções de seus órgãos, mas estão também ratificando sua vontade através desses documentos que preveem informações importantes sobre o procedimento cirúrgico, as consequências da extração do órgão, e necessidades de cuidados médicos periódicos.

Isso é perturbador para as vítimas do crime, uma vez que a saúde já estará no limite e a vida ficará sob risco, pois as cirurgias de retirada dos órgãos traficados podem ser realizadas em condições clandestinas e, principalmente, sem o acompanhamento médico pós-operatório. (ANDRADE, 2013, p. 554)

¹⁹ Aberta à assinatura em Varsóvia, em 16 de Maio de 2005 (Série de Tratados Europeus, n.º 197). Entrada em vigor na ordem jurídica internacional em 01 de fevereiro de 2008.

Ante ao exposto, detalhando melhor o crime, entende-se que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que atue exercendo as ações do tipo penal: o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas. Do mesmo modo, o sujeito passivo poderá ser qualquer pessoa, adulto ou criança, que tenha sido explorada (para prostituição sexual, trabalhos forçados, extração de órgãos), tendo o sujeito ativo recorrido 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 atingir a finalidade de explorar, consoante estabelece o artigo 3º, alínea “a” do Protocolo de Palermo.

Considera-se vítima do tráfico humano para fins de remoção de órgãos, aquela pessoa retirada de seu ambiente, de sua cidade e até de seu país, ficando com a mobilidade reduzida, sem liberdade de sair do confinamento para a remoção de órgãos e tecidos.²⁰

De acordo com o protocolo, em relação ao tráfico de órgãos, não se considera vítima a pessoa que decide submeter-se à cirurgia para ablação de um órgão, tendo total consciência das circunstâncias que norteiam a intervenção médica. Se a pessoa decide e consente, por livre vontade, e aceita o pagamento previamente acordado para venda de seu órgão e isto ocorre conforme combinado, não há que se falar em vítima. Todavia, não parece razoável alguém decidir por esse viés, se há tantas outras formas de se auferir dinheiro, sem comprometer a própria saúde, a capacidade laborativa e até a própria vida.

A Declaração de Istambul tem papel importante a título de comparação com o Protocolo da ONU, porque vislumbra que o comércio de transplante é uma prática que trata um órgão como mercadoria, como objeto de compra, sendo, vendido ou utilizado para obtenção de ganhos materiais. Ao contrário, o Protocolo de Palermo não aborda a questão do doador, restringe-se ao tráfico de órgãos em si.

Segundo Andrade (2013, p. 565), pelo Protocolo de Palermo, para se constituir crime de tráfico de seres humanos para remoção de órgãos, a ‘pessoa’ tem de ser ‘transportada’ com a finalidade de remoção de um órgão. Todavia, considera-se isso como um elemento implícito na definição do Protocolo, mas não se trata de um requisito ou mesmo um elemento constitutivo. Além disso, tanto o Protocolo, quanto a

²⁰ Definição proposta pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/trafico-de-pessoas>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

Declaração, não apresentam de forma satisfatória a questão do ‘tráfico de partes do corpo humano’, e, caso apresentasse, possibilitaria um combate mais efetivo.

No tráfico para o fim de extração de órgãos, o crime só ocorre quando a vítima é pessoa viva, consoante define o Protocolo de Palermo, necessitando de outros elementos, como o recrutamento, por exemplo, destinado à exploração, para se caracterizar o crime. (UNODC, 2012, p. 39)

1.3.2 O Protocolo da ONU no ordenamento jurídico brasileiro

Identificados os aspectos relativos à compreensão do tráfico pelo Protocolo, é salutar estudar a internalização desse documento no ordenamento pátrio, o seu status.

Com o Decreto presidencial n. 5.017/2004, de 26 de outubro de 2006, o Protocolo de Palermo foi ratificado no Brasil e assim, passou-se a reconhecer suas disposições e procurou-se internalizar suas orientações. A partir disso, foi possível pensar uma Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de pessoas, cujo propósito inicial era elaborar uma proposta do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (PNETP), que, nada versa especificamente sobre o tráfico de órgãos. Atualmente já estamos no segundo PNETP.

No entanto, esse processo ocorreu em março 2004 e, por ter sido ratificado internamente antes de entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45 de dezembro de 2004, a discussão que surge é acerca do posicionamento de referido tratado no ordenamento jurídico pátrio.

Para Heintze e Peterke (2011, p. 62) o Protocolo da ONU é o acordo mais importante no âmbito da luta contra o tráfico de pessoas. Eles consideram que o documento serve “essencialmente à melhoria da cooperação interestatal e à harmonização do direito”, não podendo, porém, ser considerado um instrumento de proteção internacional dos direitos humanos, pois carece de verdadeiras garantias individuais.

Por outro lado, Portela (2013, p. 874) considera o referido Protocolo como integrante do sistema global de proteção dos direitos humanos, cujos órgãos são voltados à promoção da dignidade humana em todo o mundo, sob a administração da ONU. Nesse diapasão, Bignami (2013, p. 491) afirma que o Protocolo tem nítida natureza de tratado internacional de Direitos Humanos e que, por esta razão, teria sido

recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro “com natureza de norma no mínimo supralegal”.

A partir de 2008, somente os tratados internacionais ‘de Direitos Humanos’, quando ratificados pelo Brasil, adentram na legislação brasileira com status de ‘norma supralegal’, ou seja, abaixo da Constituição Federal e acima da Lei. A supralegalidade é figura que passou a ser admitida no conjunto hierarquizado de normas jurídicas pelo entendimento da Corte Suprema, ora majoritário.

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos têm status diferenciado conforme procedimento de aprovação. Se aprovados conforme o artigo 5º, §3º da Constituição Federal (incluído pela Emenda Constitucional n. 45), ingressam no ordenamento constitucional como norma. Ao contrário, não obedecendo tal procedimento, teriam status de Lei Ordinária. Mas, e quanto aos Tratados de Direitos Humanos, como o caso do Protocolo de Palermo, que foram ratificados antes da EC n. 45?

Segundo a posição do Ministro Gilmar Mendes, os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados e vigentes no Brasil, mas não aprovados com quorum qualificado, possuem nível supralegal, posição que se diferencia da do professor Mazzuoli, para quem todos os tratados de Direitos Humanos seriam constitucionais. Ainda, para o STF, os tratados internacionais não relacionados com os Direitos Humanos possuem valor legal, se destacando uma vez mais da posição dos professores Mazzuoli e Celso de Mello, que acreditam possuir valor supralegal esse tipo de tratado.²¹

Piovesan (2006, p. 29) apresenta que existem quatro correntes interpretativas acerca da hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, que sustentam: a) a hierarquia supraconstitucional destes tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

Ela destaca que, no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, a matéria não se encontra pacificada e a “posição majoritária do STF defende a paridade hierárquica entre tratado e lei federal”, há posições favoráveis à hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, bem como à hierarquia infraconstitucional, mas supralegal

²¹ LEE, Elizabeth Höller. **A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11170&revista_caderno=16>. Acesso em: 30 jun. 2014.

destes, nos termos do art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal/1988. (PIOVESAN, 2006, p. 29).

A autora sustenta tese em prol da hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos, pois conforme o artigo e parágrafo anteriormente mencionados, os direitos fundamentais classificam-se em: a) direitos expressos na Constituição; b) direitos implícitos, advindos do regime e dos princípios adotados pela Magna Carta, e c) direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. De acordo com essa divisão, ela considera que a Constituição de 1988 inova ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente tutelados, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Constituição atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional. (PIOVESAN, 2006, p. 29-30)

Ao contrário, segundo Portela, (2013, p. 989), almejando conferir relevância maior às normas que visam à proteção e promoção da dignidade humana, afirma que o Supremo Tribunal Federal “passou a adotar majoritariamente a corrente de que tais tratados, aprovados antes da EC n. 45, têm caráter supralegal”, estando abaixo da Constituição e acima da legislação interna.

É fato que o Protocolo de Palermo no Brasil, por ter sido ratificado antes da E.C. n. 45, entrou no ordenamento jurídico com status de Lei federal Ordinária, pois era o entendimento adotado na época. No entanto, hoje não se tem uma jurisprudência assentada sobre o seu posicionamento particular na ordem jurídica nacional, se é considerado ou não como um Tratado de Direitos Humanos e, conseqüentemente, se tem ou não caráter supralegal.

Contudo, o que se verifica é que, apesar de passados dez anos de sua ratificação, a legislação brasileira ainda se mostra incompleta, frente aos compromissos assumidos pelo Brasil quando da assinatura do Protocolo de Palermo.

1.3.3 O conceito de vítima conforme o Protocolo da ONU

Um conceito mais sociológico de vítima indica que são vítimas todo ser humano que se encontra numa situação onde não seja considerado sujeito de direitos e onde “[...] é inviabilizada a possibilidade de produção e reprodução de sua vida material, de sua corporeidade, de sua identidade cultural e social, de sua participação política e de sua

expressão como pessoa, enfim, de seu ser sujeito de direitos.” (BRASIL, 2011a, p. 37-38) Esta definição é mais abrangente, diferente do Protocolo de Palermo que se resume a indicar apenas quem é vítima e quem não é.

Segundo a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder²²/1985, entende-se por ‘vítima’:

as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência (*sic*) de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proibem o abuso de poder. [...] (ONU, 1985, p. 01)

O mesmo documento apresenta definição complementar para o termo vítima, como sendo:

As pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido dano, seja físico seja mental, sofrimento emocional, perda econômica, ou que tenham sofrido substancial dano de seus direitos fundamentais, por meio de ações ou omissões que ainda não constituam violação das leis criminais nacionais, mas de normas relativas aos direitos humanos reconhecidos internacionalmente. (ONU, 1985, p. 03)

A Convenção do Conselho da Europa relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos preocupou-se com a situação das vítimas de tráfico ao considerar a necessidade de elaborar instrumentos jurídicos que criassem mecanismos de proteção e promoção dos direitos das vítimas. Em seu artigo 4º, alínea ‘e’, define a vítima como sendo: “qualquer pessoa física sujeita a tráfico de seres humanos” (CONSELHO DA EUROPA, 2008, p. 03). No caso de tráfico para fins de extração de órgãos, os exemplos são de mulheres, homens e crianças, como vítimas desse crime, e o que elas têm em comum é a baixa condição sócio-econômica na qual se encontram em seus países de origem, sendo esta a características em comum das vítimas.

Pesquisas no âmbito do Conselho da Europa contra o tráfico de pessoas na Europa concluíram que havia lacunas no quadro jurídico internacional e tal conclusão levou ao desenvolvimento em 2013, de uma proposta do Conselho da Europa contra o tráfico de órgãos humanos, que busca a prevenção e combate ao tráfico de órgãos

²² Organização das Nações Unidas (ONU). Resolução 40/34 da Assembleia Geral da ONU, de 29 de novembro de 1985, documento jurídico da Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder.

humanos, a partir da previsão da criminalização de atos específicos, que protegem os direitos das vítimas e facilita a cooperação nacional e internacional. (ONU, 2013, p. 10)

É essencial destacar que as organizações criminosas se valem de certo grau de colaboração da vítima para a execução do crime, todavia, conforme consta na própria definição do tráfico de pessoas, proposto pelo Protocolo, utiliza-se do meio “entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa” para conseguir a exploração. Assim, o Protocolo de Palermo não considera válido o consentimento da vítima quando conseguidos dessa maneira, segundo o próprio artigo 3º, alínea ‘b’: “O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a).”

Buscando assegurar maior proteção às vítimas, como reflexo da ratificação do Protocolo de Palermo, o Brasil aprovou a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas²³. Neste documento, afirma-se que o consentimento dado pela vítima é irrelevante para a configuração do tráfico de pessoas, previsão do seu artigo 2º, §7º.

Mesmo assim, para Scacchetti (2013, p. 518), apesar do Protocolo possuir dispositivos relevantes sobre o direito à compensação, “o conteúdo substantivo do Protocolo possui poucas disposições obrigatórias relativas ao dever do Estado de prestar apoio, não reforçando de forma satisfatória o eixo da proteção das vítimas.” Ela indica que outro instrumento internacional importante para o combate ao tráfico de pessoas é a Convenção do Conselho de Europa relativo à luta contra o tráfico de seres humanos, em razão da abordagem ampla e consistente sobre proteção às vítimas. (SCACHETTI, 2013, p. 519)

²³ Aprovada pelo Decreto n. 5.948, de 26 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5948.htm>. Acesso em: 30 jun. 2014.

CAPÍTULO II

A CRIMINALIZAÇÃO DO TRÁFICO DE ÓRGÃOS PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

419. [...] escolhiam pessoas bastante necessitadas e as ludibriavam, explorando-lhes a dignidade, por saberem que em face de suas precárias situações financeiras eram presas fáceis, fazendo-as supor que a conduta era lícita – fato que sabiam não ser verdadeiro. [...]

Trecho da sentença criminal da Juíza Amanda Torres.
Ação Penal 2003.83.00.27440-0 (fl. 81)

A partir das exposições do capítulo anterior, é possível entender como vem se desenvolvendo o tráfico de pessoas, em especial, para fins de remoção de órgãos. Foi possível compreender algumas de suas particularidades, dentre elas, o problema da atuação dos grupos criminosos na clandestinidade, a demanda por órgãos e a oferta destes, como também algumas peculiaridades relativas ao Protocolo de Palermo.

Nesse capítulo, iremos compreender a situação das vítimas e como a legislação pátria que criminaliza a compra e venda de órgãos tem igualmente atingido as vítimas do tráfico. O protocolo da ONU preocupou-se com algumas definições sobre o fenômeno, deixando a critério dos países estabelecer suas próprias especificações quanto ao crime.

O legislador brasileiro percebeu que não poderia ficar omissos diante da ocorrência do comércio interno e internacional de órgãos humanos. Pergunta-se, porém, como ele resolveu proteger seus nacionais contra esse nefasto comércio de órgãos? Quais os dispositivos legais que dispõem para tutelar as vítimas desse crime? Que exemplo se pode dar em matéria punitiva e quanto ainda se precisa avançar no âmbito legislativo? Antes de adentrar nessas questões, mister se faz abordar algumas particularidades em torno das vítimas e de seu comportamento diante do crime, conhecendo algumas teorias do direito penal, a percepção da culpa e do dolo, buscando entender se houve contribuição da vítima para o crime. Também é importante frisar alguns requisitos necessários à ocorrência de um transplante, mas que estão sendo evitados de vícios, a exemplo do consentimento livre e esclarecido, frente à conduta antiética dos criminosos e também de profissionais da saúde.

2.1 Breve apontamento sobre as Teorias do Delito

Sucintamente, o Direito penal busca somente a exclusiva proteção de bens jurídicos relevantes ao humano, intervindo quando estritamente necessário, atendendo, respectivamente, aos princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos e da intervenção mínima, dentre vários outros princípios.

A criminologia é um conjunto de conhecimentos que estuda o crime, o delinquente, a conduta delituosa e a maneira de ressocializá-lo. Considera-se crime o ato que viola uma norma moral. Para Bitencourt (2012, p. 640): “A definição atual de crime é produto da elaboração inicial da doutrina alemã, a partir da segunda metade do século XIX, (...) com a contribuição de outros países, como Itália, Espanha, Portugal, Grécia, Áustria e Suíça.”. O direito penal somente se preocupa com o crime enquanto fato descrito na lei para descobrir sua adequação típica e assim interpretar a norma e aplicar ao caso concreto. A criminologia pretende conhecer a realidade para depois explicar.

Os parâmetros para a criminalização devem orientar-se de acordo com a gravidade dos atos e benefícios da sanção penal. Não se admite o emprego da lei penal a condutas que não representam dano social. A Teoria do Delito surge mediante uma complexa teorização que assim vem sendo chamada porque afirma (com variáveis, segundo os autores) que ‘delito é uma ação típica, antijurídica e culpável. (ZAFFARONI, 1998, p. 253).

Na Teoria Geral do Delito, tenta-se compreender e explicar as características comuns das figuras delitivas diversas, contidas no ordenamento jurídico. Por isso, considera-se que as Teorias da Conduta são a parte central do Direito Penal, porque informaram a moderna teoria do delito.

Utiliza-se das teorias quando se pretende verificar quais os elementos que compõem cada tipo de infração, e as teorias que contribuem para isso são: Teoria Causalista Clássica, a Teoria Neokantista ou Neoclássica, a Teoria Finalista e a Teoria Funcionalista de Roxin. Todas trouxeram contribuições expressivas para a substancial afirmação do direito penal como ciência.

A doutrina majoritária brasileira adota a teoria clássica (ou causalista, ou naturalista ou mecanicista) ou tripartida, que estabelece que o crime é um fato típico, antijurídico (ilícito) e culpável. Esta teoria foi concebida por Franz Liszt, que defende a estrutura do crime dividida em três partes: o fato típico + ilícito + culpável.

Quando o fato típico e a antijuridicidade englobam apenas os aspectos objetivos do crime, e a culpabilidade trata dos aspectos de natureza subjetiva (dolo e culpa) estar-se diante da teoria clássica, porque na teoria finalista, que tem em Hans Welzel seu criador, o dolo e a culpa são verificados no elemento conduta que compõe o fato típico.

O ‘fato típico’ é a descrição do comportamento humano feito pela lei e é verificado pela conduta, resultado, nexos causal e tipicidade. Os elementos do tipo são: objetivo, é a descrição literal e formal da conduta na lei, e subjetivo, ânimo interno do agente. Quando se analisa o dolo (vontade livre e consciente de realizar uma conduta e provocar o resultado) ou a culpa do agente (age com culpa aquele que, com sua conduta, fere um dever de cuidado e provoca um resultado não desejado) na conduta, tem-se a teoria finalista. Quando se analisa dolo e culpa na culpabilidade, tem-se a teoria clássica causalista.

A ‘ilicitude’ do crime é a conduta contrária ao ordenamento jurídico, ela pode ser formal, quando há enquadramento prévio da conduta na lei, ou material, se a conduta efetivamente agride o bem jurídico protegido pela norma. Quanto ao terceiro elemento do crime, ‘culpabilidade’, esta é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada – reprovabilidade do fato típico e antijurídico.

Assim, a tipicidade, ilicitude e a culpabilidade são pressupostos de punibilidade. Quando ausentes, exclui o crime e, portanto, não há aplicação de sanção. São *excludentes de tipicidade*:

- a) a ausência de conduta típica (exclui dolo e culpa) = coação física irresistível, atos de inconsciência e movimentos reflexos imprevisíveis.
- b) erro do tipo escusável (exclui dolo e culpa).

Com relação a dolo e culpa, o artigo 18 do Código Penal disserta que o crime é doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Dolo, consoante a teoria finalista da ação, “é o elemento subjetivo do tipo; é a vontade consciente de concretizar as características objetivas do tipo.” (ANDREUCCI, 2014, p. 274)

Em relação ao dolo, existem algumas teorias que não serão objeto de estudo, porém, cabe informar que o Brasil adotou, no art. 18, I, do Código Penal, a ‘teoria da vontade’, significando que para existir dolo é preciso a consciência e vontade de produzir o resultado - dolo direto - de praticar uma ação consciente, um fato que se sabe contrário à lei. Exige-se, para sua configuração, que quem realiza a ação deve ter

consciência de sua significação, estando disposto a produzir o resultado. (ANDREUCCI, 2014, p. 275-276).

Nesse sentido, pode-se concluir que em todas as condutas de quem compra órgãos, há a intenção direta de aquisição, precedidas também da intenção de auferir lucro. Perfeitamente possível é considerar que a ação dos aliciadores e dos médicos está relacionada ao dolo eventual, posto que o agente representa o resultado como possível, assume o risco de produzir esse resultado e ainda atua com indiferença sobre o bem jurídico.

O aliciador sabe que a pessoa pode perder a vida, nem sempre receberá a quantia combinada, além de induzir a pessoa a praticar um ato que a vítima acredita inicialmente não constituir crime. Já o médico tem discernimento para entender as várias complicações à saúde que a suposta vítima terá ao realizar o procedimento sem que tenha o devido acompanhamento pós-operatório, que podem evoluir, causando a morte da vítima. Ou seja, é o que se denomina dolo eventual, quando o agente assume o risco de produzi-lo.

Bitencourt (2012, p. 850) escreveu que o dolo direto compõe-se de três aspectos, quais sejam, representação, querer e anuir, nos seguintes termos:

1) a 'representação' do resultado, dos meios necessários e das consequências secundárias; 2) o 'querer' a ação, o resultado, bem como os meios escolhidos para a sua consecução; 3) o 'anuir' na realização das consequências previstas como certas, necessárias ou possíveis, decorrentes do uso dos meios escolhidos para atingir o fim proposto ou da forma de utilização desses meios.

Já a 'teoria do assentimento' indica que existe dolo também quando o agente aceita o risco de produzir o resultado - dolo eventual, basta para o dolo a previsão ou consciência do resultado, não exigindo que o sujeito queira produzi-lo. É suficiente o assentimento do agente ao resultado. (ANDREUCCI, 2014, p 275-276). Pode-se dizer que no tráfico de órgãos, as condutas dos aliciadores ocorrem com dolo eventual.

Destarte, apesar da afirmativa do no art. 18, I, do Código Penal, aceitável é ponderar que se tem um conceito eclética (abrangente) que envolve tanto a teoria da vontade (dolo direto) como a teoria do assentimento (dolo indireto). Com isso, poder-se-ia aceitar que a conduta dos aliciadores seja um dolo direto de perigo, porque nem sempre é uma questão de assumir o risco, mas tão somente aceitar voluntariamente o risco e produzir o perigo.

São *excludentes de ilicitude*, previstas expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 23 do Código Penal brasileiro (CPB): a legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular de um direito e o estrito cumprimento de um dever legal. Cabe informar que a configuração dessas situações vem precedida de expressões como: ‘legítima’, ‘necessidade’, ‘regular’, ‘estrito e legal’. Esses termos revelam que existe uma circunstância particular para a ocorrência dessas situações. Seria aceitável evocar o estado de necessidade em defesa do comprador de órgãos, aquelas pessoas que aguardam nas filas dos transplantes, e que, num ato desesperador, acabam cedendo à prática ilegal e desumana, comprando a saúde de outros ou a vida.

Nessas situações particulares, busca-se a garantia da própria vida em detrimento do outro. Haveria, portanto, o mesmo comportamento do agente que intencionalmente compra e combina o pagamento de um rim de uma outra pessoa para livrar-se do risco de morte, caso não realize o transplante, mesmo havendo outra alternativa, que seria aguardar a fila de transplantes, mas, frente à urgência, poderia não suportar a espera? Talvez. Porém, não existe esse comportamento, quando o mesmo indivíduo compra para vender, e os grupos intermediam esse comércio, certos das grandes somas em dinheiro pagar, fazem-no para atingir a finalidade de lucro, motivo pelo qual o protocolo de Palermo considera como tráfico de órgãos.

A culpabilidade compreende: a imputabilidade (menoridade, doença mental ou desenvolvimento mental retardado) embriaguez completa, caso fortuito ou força maior), capacidade de ter contra si a aplicação de uma pena; o potencial conhecimento da ilicitude, a aplicação de uma pena ao autor de uma infração penal só é justa e legítima quando ele, no momento da conduta, era dotado, ao menos de possibilidade de compreender o caráter ilícito do fato praticado; e a exigibilidade de conduta diversa, que consiste na expectativa sobre a prática de uma conduta diversa daquela que foi deliberadamente adotada pelo autor de um fato típico e ilícito.

Quando se fala em *excludente de culpabilidade*, reporta-se ao artigo 26 do CPB, significa que, uma vez reconhecidas, isentam de pena o autor de um fato típico e antijurídico, pela ausência dos critérios: ausência de imputabilidade, ausência de potencial conhecimento da ilicitude - por erro de proibição inevitável ou erro de ilicitude -, ou pela ausência de inexigibilidade de conduta diversa, através da coação moral irresistível ou obediência hierárquica.

Todavia, não se pode olvidar das outras causas positivadas previstas nos arts. 21 e 22 do CPB, relativas respectivamente ao erro sobre a ilicitude do fato e coação irresistível e obediência hierárquica. Ou seja, quando se refere a excludentes de culpabilidade, os principais problemas são a exclusão da culpabilidade, arts. 26, 27 e 28 do CPB. Quando o problema for de conhecimento da ilicitude tem-se o art. 21. e quando for de exigibilidade de conduta diversa, o art. 22.

2.2 Vitimologia e outros aspectos

A vitimologia é o estudo da vítima no processo de uma ação criminal, numa relação de poder onde um dos pólos sai mais prejudicado. A vitimologia tem como objeto de estudo a vítima, e o método é diversificado porque a vitimologia é multidisciplinar, que se agrupa a outras ciências sociais, como a sociologia e a psicologia. Isto porque não se consegue explicar o fenômeno de vitimização de uma pessoa, grupo ou sociedade apenas pelo Direito Penal. Disso, resulta sua estreita relação com a Criminologia, pois ambas pretendem estudar os comportamento reprováveis a partir da ótica do criminoso e da vítima.

Assim, para Piedade Júnior (1993, p. 24 *apud* EVERTON JÚNIOR, 2012, p. 01) a vitimologia vem se desenvolvendo “ora prevenindo a vítima de processos vitimizantes, ora estudando e pesquisando a personalidade da vítima, ora tentando buscar alternativas que lhe assegurem a reparação de um dano”.

No decorrer da evolução histórica da vítima, Everton Júnior (2012, p. 01) expõe que esse processo ocorreu em três fases. A primeira fase foi marcada por um poder dado ao vitimizado, que “escolhia a solução para o problema decorrente do delito”, era uma forma de vingança a título de resposta à agressão, “consistia na imposição ao algoz de punições físicas, na retirada de seus bens materiais, culminando até em sua morte”. Com o tempo, a vítima teve seu poder enfraquecido, frente à evolução social e à política que passou a compreender que “a vingança ilimitada não era mais interessante”. Era a segunda fase da vítima, que passava a uma posição periférica. A respeito desse aspecto, Gomes & Molin (2000, p. 73 *apud* EVERTON JÚNIOR, 2012, p. 01) escrevem que:

O abandono da vítima do delito é um fato incontestável que se manifesta em todos os âmbitos: no Direito Penal (material e processual), na Política Criminal, na Política Social, nas próprias ciências criminológicas. Desde o

campo da Sociologia e da Psicologia social, diversos autores, têm denunciado esse abandono: o Direito Penal contemporâneo – advertem – acha-se unilateral e equivocadamente voltado para a pessoa do infrator, relegando a vítima a uma posição marginal, no âmbito da previsão social e do Direito civil material e processual”.

A terceira e atual fase da vítima, a fase do ‘redescobrimento’, iniciou-se após o fim da II Guerra Mundial, quando várias atrocidades foram perpetradas contra as pessoas. Surge nessa fase a Vitimologia proposta por Benjamin Mendelsohn, apresentada em 1947 e que “passou a estudar os motivos que levaram o sistema penal a relegar as vítimas ao esquecimento, e quais as razões de ela não poder ser enquadrada no rol dos sujeitos de direitos, prerrogativa esta concedida aos acusados.” (EVERTON JÚNIOR, 2012, p. 02). Ele deixou claro que:

não se poderia mais considerar a vítima como simples coadjuvante de um ilícito penal, mero sujeito passivo do crime, enfatizando ser indispensável o estudo do comportamento vitimológico, os atos conscientes e inconscientes que podem levar à eclosão de um crime. (MENDELSON *apud* EVERTON JÚNIOR, 2012, p. 03)

Ao longo do tempo, outros estudiosos contribuíram para a evolução dos estudos da vitimologia, até que em 1985, na Assembleia Geral das Nações Unidas, foi aprovada a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas do Delito e de Abuso de Poder, Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas do Delito e de Abuso de Poder, que é dividida em duas seções, uma contém as disposições relativas às vítimas da criminalidade, enquanto a outra seção refere-se às vítimas de abuso de poder.

A Declaração supramencionada define ‘vítima’ como sendo as pessoas individual ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, acrescentando que este pode constituir em um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, desde que este prejuízo seja causado por uma conduta que viole as leis penais em vigor num Estado Membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder. É uma definição abrangente, não faz distinção quanto à voluntariedade da conduta da vítima, e não exige um resultado material, além de não estipular um limite mínimo para a perda material.

Como se percebe, já há alguns anos que estudiosos buscam compreender a vítima e suas relações com o infrator. Geralmente há uma relação de oposição entre a vítima e o criminoso, deixando claro que a vítima resistiu, não colaborou para o resultado delituoso.

Essa relação, no entanto, em alguns casos, não é tão oposta quanto se pensa, e a vítima acaba desempenhando papel coadjuvante (às vezes até inconsciente) no desfecho do delito. Inclusive o papel desempenhado pela vítima no crime é tão importante que, verificando-se sua participação inconsciente no delito ou sua culpa, o crime poderia se tornar irrelevante ou, até mesmo, deixar de existir. (DELFIM, 2013, p. 01)

A relação entre criminoso e a vítima é indispensável para a verificação do dolo e da culpa do infrator. Para este o ponto principal na apuração do fato delituoso, como também a possibilidade de culpa da vítima ou de sua participação inconsciente no crime, circunstância em que o ilícito poderia deixar de existir ou, então, assumiria inexpressivo significado.

MASI (2012, p. 01) traz uma definição de crime como sendo:

Numa perspectiva material, o ‘crime’ é todo o fato humano que, propositada (crime doloso) ou descuidadamente (crime culposo), lesa (crime material) ou expõe a perigo (crime formal) bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social.

Vale destacar que compreender como a vítima colabora com o resultado danoso permite compreender particularidades atinentes à sua personalidade, seus antecedentes e condições pessoais, vez que são elementos que podem influenciar na classificação do crime e na aplicação da pena. (DELFIM, 2013, p. 01)

Nesse sentido, verifica-se que a vítima passa não apenas à condição de passiva numa ação delituosa, sendo, portanto, objetivo de investigação em um delito, razão por que os magistrados devem analisar aspectos determinados no artigo 59, *caput*, do Código Penal brasileiro²⁴, como as circunstâncias do crime e o comportamento da própria vítima, com vistas a atingir punições justas.

Delfim (2013, p. 02) afirma que: “segundo a doutrina, a participação da vítima no resultado fático não pode ser desconsiderada”, tendo em vista que, em muitos casos, “seu comportamento tem o poder de excluir o fato típico (a tipicidade deixa de existir) ou a culpabilidade do agente – excludente da culpabilidade - (por ausência de imputabilidade, por ausência de potencial conhecimento da ilicitude ou por ausência de inexigibilidade de conduta diversa).”

²⁴ Art. 59, *caput*, do CPB. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]. Redação dada pela Lei n. 7.209, de 11 de junho 1984.

Assim, compreender os motivos que levam os indivíduos a se tornarem vítimas do tráfico é outro desafio, pois existem diferentes motivações que podem levar um indivíduo à vitimização, dentre eles: as poucas oportunidades de trabalho e emprego, os baixos salários podem ser apontados como algumas causas que vêm colocando em situação de maior vulnerabilidade os grupos da população que enfrentam maiores dificuldades na construção de um projeto de vida com acesso a emprego, saúde, educação, lazer. “Essas causas devem também dialogar com outras relacionadas à discriminação e à busca por ascensão social, o que abre todo um outro leque de possibilidades e grupos em situação de vulnerabilidade ao tráfico de pessoas. (OIT, 2010, p. 16)

Todavia, nas situações em que a vítima detém pouca instrução educacional, e que foi traficada, ela pode vir a sofrer o problema da autoculpabilização ou autovitimização, acreditando ser responsável pelo crime. Ela passa a acreditar que se tivesse agido de outra maneira o delito poderia ter sido evitado.

2.2.1 Consentimento do ofendido e a autocolocação da vítima em risco

Conforme exposto anteriormente, além de se examinar os aspectos relativos ao crime, elementos normativos, objetivos e subjetivos do tipo, também há que se considerar importante esmiuçar outras características, que se juntam ao comportamento da vítima e que podem comportar-se como causas de justificação ou exclusão de culpabilidade, por exemplo.

Estudar o papel da vítima frente ao crime ocupa posição diferenciada no contexto atual, em virtude de sua contribuição para a ocorrência de um crime e interação com o agente ativo do crime, deixando a vítima de ser sempre inocente. Nesse sentido, amplia-se a compreensão sobre a ação da vítima, se teve o cuidado necessário para proteger o bem jurídico exclusivamente pessoal, ponderando o seu comportamento na prática delituosa e na fixação da pena do agente, ora isentando-o da punição, ora atenuando-a. (COELHO, 2008, p. 02)

A partir disso, há que se perceber a relação entre o consentimento do ofendido e da autocolocação da vítima em risco. Consoante já visto, o consentimento do ofendido, apesar de não estar explícito no Código penal brasileiro, atua como causa de justificação

supralegal ou de exclusão de tipicidade, a depender do caso, transformando condutas juridicamente relevantes em atos comuns.

A Teoria da Imputação Objetiva aparece para definir as condutas típicas, acrescentou critérios objetivos para se imputar um resultado a um indivíduo. A teoria defende, numa breve descrição, que somente é admissível a imputação objetiva do fato se o resultado tiver sido causado pelo risco não permitido criado pelo autor, estruturando-se basicamente sobre o conceito de risco permitido. Logo, quando o risco é permitido, não há a tipicidade. (COELHO, 2008, p. 02)

A autocolocação em risco está dentro dos critérios da imputação objetiva, situação em que a própria vítima se coloca, por livre e espontânea vontade, em situação de risco e por isso, os sujeitos ativos do delito não têm contra si a imputação dos ilícitos (ou, quando muito, têm sua responsabilidade diminuída). (COELHO, 2008, p. 02)

É prudente discutir outros elementos que estão associados à vítima. O consentimento é uma ação praticada pela vítima que se opera como causa supralegal da justificação quando o titular do bem disponível permite que outro pratique em relação ao bem uma ação que sem esse consentimento teria o caráter de fato punível (BRUNO, 1959, p. 20 *apud* COELHO, 2008, p. 03)

Quando a vítima consente de forma livre e esclarecida, considera-se que tal consentimento é excludente de ilicitude. Mas esse consentimento deve ser feito de forma expressa, pois o direito não admite o consentimento tácito.

O consentimento não obriga o titular do bem jurídico, até o momento em que o agente excuta ação autorizada, poderá o mesmo ser revogado, não obstante a sua motivação. Se a revogação se dá anteriormente à ocorrência do evento, os atos já praticados estarão justificados, enquanto os seguintes, persistindo o agente, serão a ele imputados. Logicamente, a revogação depois de ocorrido o evento, não terá eficácia. (COELHO, 2008, p. 06)

Para entender a autocolocação em risco é preciso alguns comentários sobre a teoria funcionalista de Roxin, que é a base da imputação objetiva. Os critérios norteadores dessa teoria visam alcançar um ‘método’ de imputação eficiente, através da relação de causalidade que é calcada pelo nexo entre a conduta criadora de relevante risco proibido e o resultado jurídico. “A teoria objetiva estrutura-se, basicamente, sobre um conceito fundamental: o *risco permitido*. Permitido o risco, isto é, sendo socialmente tolerado, não cabe a imputação; se, porém, o risco for proibido, caberá, em princípio, a imputação objetiva do resultado.” (BITENCOURT, 2012, p. 773)

Para Roxin (p. 337 *apud* BITENCOURT, 2012, p. 774): “um resultado causado pelo agente somente pode ser imputado ao tipo objetivo se a conduta do autor criou um perigo para o bem jurídico não coberto pelo risco permitido, e se esse perigo também se realizou no resultado concreto”. No caso do tráfico de órgãos, o agente que alicia para compra ou compra diretamente o órgão da vítima para vender a um paciente (outro comprador) sabe exatamente que a pessoa será submetida a um procedimento cirúrgico de ablação do órgão perquirido. Nesse sentido, coloca em perigo bens jurídicos como a vida, a integridade física e moral sabendo ainda que tal ação para a vítima resultará em restrições relativas à saúde e conseqüentemente para o trabalho, que podem inclusive, levá-la à morte, se não houver os tratamentos pós-operatórios adequados. Quem vende, porém, recebe informações superficiais sobre os procedimentos a que se submeterá, não sabe dos reais riscos do seu aceite, nem é informada sobre isso, também não tem dimensão das verdadeiras conseqüências.

A teoria da autocolocação da vítima em risco é um desdobramento da teoria da imputação objetiva, que busca uma imputação adequada do resultado ao agente. Admite-se que a compreensão de que quem se limita a participar de um comportamento perigoso realizado pela própria vítima não pode ser punido caso as coisas de fato acabem mal. Essa teoria exige que a vítima atue voluntariamente e de forma arriscada livremente, e para utilizá-la é necessário análise em conjunto com os demais elementos da imputação objetiva. A autocolocação em risco se justifica pelo “consenso entre autor e vítima na criação do risco”. (COELHO, 2008, p. 11).

Ressalta-se que somente se aplica a autocolocação em risco, quando se tratar de bens jurídicos individuais, pois os bens concernentes a interesses difusos não comportam margem de disponibilidade. Também a vítima deve ser imputável (alcançado a maioridade penal) e estar em pleno gozo de suas faculdades mentais, quando então estará apta a dispor de forma livre de seus bens jurídicos, e se colocar em situação de risco.

Contudo, esses requisitos não podem ser considerados para excluir a responsabilidade do agente que igualmente conhece os riscos que a vítima experimentará. Apesar de controverso na doutrina, sustenta-se que o comportamento da vítima seja analisado na fixação da pena, não sendo causa, em hipótese alguma de exclusão do tipo. (COELHO, 2008, p. 13)

Assim conclui que:

Assim, nos é permitido concluir que, sendo a autocolocação da vítima em risco um novo critério norteador da teoria da imputação objetiva, nos casos em que os requisitos do instituto em comento forem plenamente preenchidos, teremos a exclusão da imputação do resultado ao agente, assumindo o fato a condição de penalmente irrelevante.

De outro giro, quando o comportamento do ofendido não for capaz de excluir a imputação do resultado ao agente, deve ao menos ser considerado quando da aplicação da pena, atenuando-a.

Cumprir lembrar que a retirada da sobrecarga do agente não pode acarretar o deslocamento da responsabilização para a vítima. (COELHO, 2008, p. 13)

Entendendo que o consentimento é uma autorização da vítima para que o agente cometa o crime, precisa-se restar claro que ela age voluntariamente, consciência dos prováveis riscos a que exporá o bem, devendo seu comportamento ser livre. Com isso, não há como afirmar que a vítima se autocolocou em risco. Ademais, os bens jurídicos violados no tráfico de pessoas para fins de extração de órgãos tratam-se de bens difusos, para a coletividade, como a saúde e, portanto, ‘não comportam margem de disponibilidade’.

2.2.2 A situação de vulnerabilidade das vítimas

Apesar do protocolo da Organização das Nações Unidas (ONU) afirmar que o consentimento da vítima, quando se aproveita da sua condição de vulnerabilidade, não ter validade, não deixou claro o que exatamente seria essa ‘vulnerabilidade’.

Percebendo a necessidade de esclarecimento sobre esse termo, a ONU, através da United Nation Office on Drugs and Crime (UNODC)²⁵, a fim de facilitar a construção de leis internas voltadas ao combate ao tráfico de pessoas, interpretou “a situação de vulnerabilidade” como sendo qualquer situação em que a pessoa envolvida acredite que não tem alternativa real ou aceitável a não ser, submeter-se às circunstâncias do crime. É razoável considerar que se inclui como vulnerabilidade a situação em que a pessoa está economicamente e socialmente desprivilegiada, pois é comum que as vítimas do tráfico de órgãos encontrem-se nessa situação. (UNODC, 2009, p. 9-10)

Do mesmo modo, a Política de Enfrentamento ao tráfico de pessoas adotada no Brasil, ao considerar irrelevante o consentimento das vítimas, demonstra que a

²⁵ Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime.

concepção da vulnerabilidade e de hipossuficiência da vítima em todas as situações de tráfico humano indica que toda construção conceitual e todo o esforço no combate a este crime estão centrados na figura da vítima, na proteção de seus direitos. (SOUZA, 2013, p. 94)

Documento recente que trata das Regras de Brasília Sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade²⁶ traz novos enfoques sobre a situação de vulnerabilidade. Para Castilho (2013, p. 141), o referido documento conceitua pessoas em situação de vulnerabilidade nas regras 3 e 4 da seguinte forma:

(3) Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão de sua idade, gênero, estado físico ou mental ou, por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, entre outras, encontram especiais dificuldades em exercer com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

(4) Poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, o pertencimento a comunidades indígenas ou a minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o gênero e a privação de liberdade.

Afirma ainda que: “A concreta determinação das pessoas em condição de vulnerabilidade em cada país dependerá das suas características específicas, ou inclusive de seu nível de desenvolvimento social e econômico.” (CASTILHO, 2013, p. 141). No mesmo diapasão, escreve-se que:

Em outras palavras: a situação de vulnerabilidade é identificada pela fragilidade dos vínculos sociais, laborais, familiares e/ou psicológicos. São, na realidade, situações que conjugam precariedade e instabilidade no mercado de trabalho, fragilidade dos suportes e das relações sociais, irregularidade de acesso aos serviços públicos ou outras formas de proteção social, podendo ser dilatadas ou reduzidas a depender de crises econômicas ou elevação do desemprego, por exemplo. (SALGADO, 2013, p. 300-301).

Também, por ter uma definição ampla, o conceito do tráfico contido no Protocolo de Palermo necessita de uma melhor discussão, um texto mais específico através do qual se pudesse definir com clareza, o que se considera uma situação de vulnerabilidade (SILVA, 2012, p. 09). Talvez se tenha deixado aberto para que os Estados individualmente construíssem o conceito, cada um, de acordo com a realidade de seu país, o que parece razoável, muito embora seja uma ideia que contrária ao pensamento de uniformizar as legislações que criminalizam o crime.

²⁶ Documento aprovado pela XIV Conferência Judicial Ibero-Americana, realizada em Brasília, de 4 a 6 de março de 2008.

Conforme explica Castilho (2013, p. 136): “O Protocolo se encarrega de indicar, no art. 9, item 4, alguns fatores que tornam as pessoas, especialmente mulheres e crianças, vulneráveis ao tráfico, tais como pobreza, subdesenvolvimento e desigualdade de oportunidade”.

Contudo, chama a atenção para o fato de se prevalecerem alguns fatores de vulnerabilidade relacionados ao contexto social, sem, ao menos, haver menção a fatores ligados ao indivíduo e à família. Complementa ainda dizendo que “a investigação de um suposto crime de tráfico deve ter como foco não apenas a interação autor-vítima, mas o contexto socioeconômico e cultura em que vive esta última”. (CASTILHO, 2013, p. 137).

Classificam-se os fatores de vulnerabilidade em dois grandes grupos: posição ou estado de vulnerabilidade e o esforço pessoal para a vulnerabilidade. Essa divisão é proposta por Zaffaroni (1991, p. 271 *apud* CASTILHO, 2013, p. 142) que esclarece o seguinte: o primeiro grupo é predominantemente social e “consiste no grau de risco ou perigo que a pessoa corre só por pertencer a uma classe, grupo, estrato social, minoria etc., sempre mais ou menos amplo, como também por se encaixar em um estereótipo”, enquanto que o segundo grupo é predominantemente individual e consiste “no grau do perigo ou risco em que a pessoa se coloca em razão de um comportamento particular”.

Ressalta ainda que não se vinculam as notas aos trabalhos preparatórios dos negociadores do Protocolo, onde se indica que se compreende por abuso de ‘situação de vulnerabilidade’ qualquer situação em que a pessoa não disponha de outra alternativa real e aceitável, senão, submeter-se ao abuso em questão (NEDERSTIGT, Franz, 2011, p. 139 *apud* CASTILHO, 2013, p. 137). Pode-se compreender esta definição como algo a ser considerado na identificação do vulnerável, porque, sem dúvida, a falta de clareza no tocante a essa definição, com indicações muito abertas acarreta uma insegurança jurídica. Como bem alertou Heintze e Peterke (2011, p. 71), há várias lacunas no documento que colocam em risco a proteção das vítimas.

Diante dessa realidade, a visível desigualdade econômica entre ricos e pobres, constrói ‘alternativas’ para uns e ‘uma opção’ para outros, tanto que a decisão de vender um órgão do corpo, como um rim, por exemplo, é feita a partir dessa posição onde não há alternativas. “It is a manifestation of dire economic necessity, sometimes a means for an entire family briefly to eat and survive or pay off a debt to an assertive moneylender.” (PANJABI, 2010, p. 03)

As pesquisas demonstram que as pessoas vítimas desse tipo de crime nem sempre conseguem reconhecer a condição de exploradas, principalmente porque elas estão muito envolvidas com os aliciadores e sequer percebem que o seu consentimento foi obtido de forma ilícita, ou porque se sentem culpadas por terem aceitado a proposta inicial que as conduziu para a situação de tráfico sem que tivessem percebido que caíram numa cilada. (SOUZA, 2013, p. 81)

No tráfico para fins de remoção de órgãos, além da saúde, tempo de vida laborativa, em alguns casos, as vítimas perdem a vida, e quantas não já morreram por não suportar as cirurgias, ou mesmo, por não terem o acompanhamento médico necessário. Notadamente, o tráfico de pessoas resguarda particularidades que o diverge dos crimes comumente conhecidos.

2.2.3 Termo de consentimento livre e esclarecido

O consentimento informado, como inicialmente foi chamado, tem uma grande importância no que tange à autorização do paciente para a doação. É um documento hodiernamente chamado por consentimento livre e esclarecido, pois a simples informação é insuficiente para concretização, sendo necessários a liberdade e o entendimento para que o indivíduo possa decidir (RIBEIRO, 2014, p. 02).

O consentimento ou autorização é a escolha voluntária feita por um indivíduo, livre de coerção do médico, do pesquisador, de outros profissionais de saúde, de seus familiares, amigos ou da própria sociedade. Alguns autores enfatizam que consentimento é uma autorização ativa e não uma simples concordância passiva. (GONDIM, 1997a, p. 01)

O legislador brasileiro já adotou alguns tipos de consentimento, como por exemplo, a doação voluntária vigente até 1997, onde o indivíduo manifestava espontaneamente a sua opção em aceitar doar os seus órgãos, e não havendo manifestação individual expressa, a família era chamada a consentir com o procedimento. Tal abordagem permitia que as equipes médicas retirassem órgãos de cadáveres, no instante da morte, o que ampliava as chances de sucesso do transplante. Essa abordagem foi utilizada em diversos países, a exemplo dos Estados Unidos. (GONDIM, 1997b, p. 01)

Tal manifestação de vontade foi modificada a partir de 1997, com a Lei 9.434, que adotou o ‘consentimento presumido’. O consentimento presumido subdivide-se em dois tipos: o forte ou amplo, utilizado na Áustria, Dinamarca, Polônia, Suíça e França, e o fraco, utilizado no Brasil até 2001, e também na Finlândia, Grécia, Itália, Noruega, Espanha e Suécia. Segundo o autor: “O consentimento presumido forte possibilita que o médico retire órgãos de todo e qualquer cadáver, enquanto que o fraco apenas dos que não declararam objeção a este procedimento.” (GONDIM, 1997c, p. 01)

Em todos os casos, o consentimento deve expressar, idealmente, a reflexão e deliberação baseada nos valores próprios de cada indivíduo, seja ele um paciente ou um voluntário.

Apesar do Protocolo de ONU não trazer a definição exata do que seja o consentimento, daí por que se utiliza dos conceitos empregados no âmbito da ética médica, ao menos o protocolo trouxe em seu texto que o consentimento é irrelevante para a caracterização do tráfico de pessoas, desde que o criminoso se utilize da ameaça, força, coação, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade, pagamentos, benefícios ou se aproveite da situação de vulnerabilidade, para a exploração da vítima.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XIV, assegura a todos o acesso à informação, como preceito constitucional que assegura ao indivíduo informações sobre a sua pessoa, que sejam do seu interesse. Esse princípio está igualmente presente no princípio bioético da autonomia, garantindo às pessoas receber todas as informações sobre o procedimento a que será submetido, para o livre e consciente consentimento. (LOUREIRO, 2009, p. 19)

Atualmente, o Brasil utiliza o consentimento livre e esclarecido, um elemento característico do atual exercício da medicina, considerado como um direito moral dos pacientes, e que também gera obrigações morais para os médicos. Esses princípios devem servir como orientadores para a relação médico-paciente. (BUONICORE, 2011, p. 09)

Agindo de forma inadequada na prestação do seu serviço, pode o médico responder no Brasil, tanto criminalmente (nos moldes do artigo 14 da Lei n. 9.434/1997 e outros, conforme veremos mais adiante) como também civilmente, de acordo com o artigo 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor²⁷, pois a culpa do médico é subjetiva, ou seja, a responsabilidade civil deste profissional é baseada na culpa.

²⁷ CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC). Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 10 mai. 2014, p. 04.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores²⁸ por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

No mesmo sentido, registra-se no Código Civil brasileiro que: “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se com risco de vida a tratamento médico ou intervenção cirúrgica.” Por conta de dessa previsão, a pessoa constrangido a esse risco pode ajuizar ação de indenização na esfera cível em desfavor do médico. Para complementar, eis o dispositivo:

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Nessa circunstância, pode-se considerar que o médico responde civilmente pelo artigo acima, em virtude da insuficiência de informações ou omissão delas, e no caso de constranger pessoa a submeter-se à realização de procedimento cirúrgico.

Podendo ainda responder administrativamente, de acordo com o previsto no Código de Ética Médica, em seu art. 44 que prescreve: “Deixar de esclarecer o doador, o receptor ou seus representantes legais sobre os riscos decorrentes de exames, intervenções cirúrgicas e outros procedimentos nos casos de transplantes de órgãos.” Também o art. 46 aduz que: “Participar direta ou indiretamente da comercialização de órgãos ou de tecidos humanos.”.

Outra atitude médica necessária e que merece relevância é quanto à adequação vocabular dos documentos, pois é uma das características mais fundamentais do consentimento. A utilização de palavras técnicas na elaboração desses consentimentos pode prejudicar a compreensão, devendo, sempre, serem fornecidos todos os esclarecimentos sobre o seu significado. (GONDIM, 2006, p. 118)

É possível que não haja a explicação dessas informações com a devida clareza, e as pessoas podem estar consentindo com a cirurgia pela expectativa do ganho financeiro posterior, prometido pelos grupos criminosos. Ademais, a outra hipótese é a de que, mesmo ocorrendo o esclarecimento, conscientes da previsibilidade de que permanecerão

²⁸ Segundo o artigo 17 do CDC, equiparam-se a consumidores todas as vítimas do evento. p. 05

vivas após a cirurgia, mas fixadas na expectativa do retorno pecuniário, essas pessoas podem estar consentindo com a retirada de seu órgão.

O combate ao tráfico torna-se ainda mais difícil quando as suas vítimas consentem para a remoção, pois elas acreditam que tem parte no evento criminoso e passam a fugir das autoridades e colaborar com os criminosos, como já mencionado, passam de exploradas para exploradoras, recrutando outras pessoas. É um comportamento adotado pela vítima pelo desconhecimento, por não ter outra oportunidade, por um estado de necessidade, ou por não ter outra conduta a adotar, a não ser a de explorar outras pessoas.

Mas, nesse sentido, e retomando o Protocolo da ONU, em seu art. 3º, alínea 'b', este descreve que: “O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a)”.

A Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de pessoas tomou uma atitude radical, porque desconsidera o seu consentimento em qualquer situação, mesmo que a vítima não se oponha ao recrutamento e ao transporte e concorde em ser explorada.

Conforme já visto, o Código Civil brasileiro limita a intervenção do humano sobre seu corpo, o que fica demonstrado no seu artigo 13, quando prescreve que “é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física”. Novamente sinaliza para a autonomia relativa que o indivíduo possui e que o Estado evoca para si o dever de proteger.

A Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem e sobre a Biomedicina define em seu Capítulo VII, artigo 21 que “The human body and its parts shall not, as such, give rise to financial gain.” (UNIÃO EUROPEIA, 1997, p. 05). Isto quer dizer que ganhos financeiros e a alienação de partes do corpo não podem se sobejar ao ser humano, porque este deve ser considerado um fim em si mesmo. Ainda assim existe “a falta de ética de alguns médicos e de pacientes que realizam essa prática e não veem problema em obter órgãos de pessoas em situação de necessidade” (SALES; ALENCAR, 2010, p. 52). Parece haver um paradoxo entre interesses pessoais e deveres estatais, fazendo com que alguns médicos priorizem o recebimento de vantagens indevidas, por meio de ações antiéticas e ilegais, em detrimento do dever de respeitar a dignidade humana.

Com efeito, pode-se considerar que o consentimento figura-se como um respeito aos princípios bioéticos e, em especial, ao princípio da autonomia da pessoa humana, previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos/1948 e na Constituição Federal/988, em seu inciso III, artigo 1º.

O consentimento livre e esclarecido prevê que o responsável pelo processo de doação deverá assegurar que o doador, no mínimo tenha sido informado adequadamente dos aspectos relativos à doação e à coleta; também a informação tem de ser prestada antes da doação, e por uma pessoa formada capaz de transmitir de forma adequada e clara, usando termos facilmente compreensíveis pelo doador.

Acrescenta ainda que a informação deve mencionar a finalidade e a natureza da coleta e as suas consequências e riscos, os exames laboratoriais, caso sejam efetuados, o registro e a proteção dos dados relativos ao doador, o sigilo médico, o objetivo terapêutico e os benefícios potenciais, bem como informação sobre as salvaguardas destinadas a proteger o doador. Este igualmente deverá ser informado de que tem o direito de receber os resultados confirmados dos testes laboratoriais e de receber explicações claras sobre esses resultados, além de que tem que ser prestada informação sobre a necessidade do consentimento, certificação e autorização obrigatórios requeridos para que a coleta de tecidos e/ou células possa concretizar-se.

As circunstâncias que norteiam os casos de doação quando a pessoa está morta, não serão objeto de estudo desse trabalho, pois se busca entender até que ponto esse consentimento livre e esclarecido pode de fato representar um documento válido quando pessoas vivas em situação de vulnerabilidade o assinam, dando autorização para remoção de seu órgão.

Pensando na abrangência do consentimento livre e esclarecido, questiona-se até que ponto esse consentimento atesta a plena autonomia, ou mesmo, a consciência dos indivíduos diante da venda de órgãos?

Assim, a validade do consentimento deve ser colocada sob questionamento, quando o doador se encontrar em situação de vulnerabilidade social e econômica. Do mesmo modo, os textos da legislação brasileira precisam ampliar suas redações e incluir que uma pessoa que é traficada, mesmo que consinta com a extração de seu órgão, estando ela nessa circunstância de vulnerabilidade econômica e social, deva-se retirar a validade do consentimento e assim, desde o início da investigação serem consideradas como vítimas do crime. A pessoa que se encontra em situação de vulnerabilidade não pode ser punida por violação da Lei n. 9.434, pois já é punida “pela vida”, ou seja, sua

vulnerabilidade social aumentou o risco de vitimização pelo tráfico, o que justifica a necessidade de um trato desigual por parte da lei daqueles casos de pessoas que não sofrem tal tipo de exclusão.

Impende destacar que o consentimento não significa disposição do próprio corpo, o que é vedado por lei. Significa, ao contrário, a consciência acerca de determinado tratamento e que se pretende optar pela menor agressão ao corpo ou o melhor resultado positivo, fixando limites à incursão do profissional da saúde no corpo humano, tornando o ato coerente com a preservação da vida e da dignidade humana. Vê-se que a liberdade no tratamento está ligada à informação, à autodeterminação do paciente, com limite para questões de ordem pública, e o desrespeito a esse direito pode resultar em consentimento inválido, por isso também ilícito, conferindo outros direitos ao paciente na seara da responsabilidade civil. (MAIA, 2011, p. 32-33).

2.2.4 A bioética médica

Para compreender o surgimento da bioética e sua importância no contexto atual é preciso destacar as transformações científicas e político-culturais da segunda metade do século XX. Houve avanços na ciência médica e transformações sociais, um período em que os movimentos lutavam por liberdade, igualdade, e desconfiavam da atuação das instituições.

O surgimento da moderna bioética está associada ao crescente desenvolvimento tecnológico, a uma cultura moral pautada na autonomia e igualdade, à divulgação de abusos²⁹ cometidos contra seres humanos em pesquisas científicas e ao renascimento do interesse pela ética normativa.

Em meio às indagações éticas da experimentação e outros temas polêmicos atinentes à vida, surge o Biodireito, estudando os deveres humanísticos como o consentimento informado, reforçado com a produção de documentos internacionais de caráter jurídico ou mesmo deontológicos e, no Brasil, o CDC [Código de Defesa do Consumidor] dá novo impulsionar aos direitos à informação e ao consentimento. (MAIA, 2011, p. 28)

²⁹ Foram as experiências médicas nazistas levadas a termo durante a segunda guerra mundial que trouxeram discussões sobre o consentimento do paciente, dando origem ao Código de Nuremberg. Este código foi o primeiro a indicar a necessidade de aliar a pesquisa científica ao respeito pelo ser humano. (GUERRA, 2005, p. 318 *apud* MAIA, 2011, p. 25)

Em 2006, foi divulgada no Brasil a versão da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos³⁰, e serve para nortear os países em suas legislações relativas ao tema, sendo decorrente da minuta aprovada por unanimidade pelos 191 países componentes da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), em 19 de outubro de 2005.

Esse documento considera, entre outros aspectos, o respeito aos direitos humanos e os rápidos progressos da ciência e da tecnologia, reconhecendo que a identidade de um indivíduo inclui dimensões biológicas, psicológicas, sociais, culturais e espirituais, e que as condutas científicas e tecnológicas antiéticas já produziram impacto específico em comunidades indígenas e locais. Enfatiza a necessidade de reforçar a cooperação internacional no campo da bioética, considerando em especial as necessidades específicas dos países em desenvolvimento, das comunidades indígenas e das populações vulneráveis³¹.

Essa Declaração adota como princípios o art. 3º ao art. 17, entre os quais destacamos:

O Artigo 5º, que versa sobre autonomia e responsabilidade individual, através do qual se deve respeitar a autonomia dos indivíduos para tomar decisões, quando possam ser responsáveis por essas decisões, devendo adotar-se medidas especiais para “proteger direitos e interesses dos indivíduos não capazes de exercer autonomia”. Diante desse aspecto, considera-se que a pessoa não capaz de exercer a autonomia não é apenas as civilmente incapazes (relativamente ou absolutamente), nos moldes do artigo 3º do Código Civil brasileiro³², mas aqueles que em razão de uma situação vivida constantemente com necessidades alimentares, de saúde, de emprego, habitação, não tem discernimento ou capacidade para saber escolher.

Outro ponto importante da Declaração é o princípio do Consentimento, descrito no artigo 6º, que estabelece:

³⁰ CENTRO DE BIOÉTICA CREMESP. Disponível em: <<http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Destaques&id=64>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

³¹ DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS, aprovada em 19 outubro de 2005 na 33ª sessão da Conferência Geral da UNESCO. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

³² CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 30 jun. 2014.

Artigo 6º – Consentimento

- a) Qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve **ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada**. O consentimento deve, quando apropriado, ser manifesto e poder ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer momento e por qualquer razão, sem acarretar desvantagem ou preconceito.
- b) A pesquisa científica só deve ser realizada com o prévio, livre, expresso e esclarecido consentimento do indivíduo envolvido. **A informação deve ser adequada, fornecida de uma forma compreensível e incluir os procedimentos para a retirada do consentimento**. O consentimento pode ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer hora e por qualquer razão, sem acarretar qualquer desvantagem ou preconceito. Exceções a este princípio somente devem ocorrer quando em conformidade com os padrões éticos e legais adotados pelos Estados, consistentes com as provisões da presente Declaração, particularmente com o Artigo 27 e com os direitos humanos.
- c) (...) (grifo nosso)

Diante dessa circunstância, vê-se que as intervenções médicas devem ser precedidas do consentimento prévio, que seja colhido de forma livre e que contenha informações claras e necessárias para que a pessoa compreenda a dinâmica do procedimento a que se submeterá. Um procedimento ético que deve ser colhido a partir da manifestação de vontade individual e que pode ser retirada pelo indivíduo a qualquer momento.

No que tange ao respeito pela Vulnerabilidade Humana e pela Integridade Individual, outro princípio da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, tem-se que no artigo 8º que: “A vulnerabilidade humana deve ser levada em consideração na aplicação e no avanço do conhecimento científico, das práticas médicas e de tecnologias associadas. Indivíduos e grupos de vulnerabilidade específica devem ser protegidos e a integridade individual de cada um deve ser respeitada.”

Isso quer dizer, que é responsabilidade médica, a adoção de atitudes éticas e morais que visem proteger pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade. Em relação ao tráfico de órgãos, compreendem-se como grupos em situação de vulnerabilidade: crianças, refugiados, civis fugidos da guerra, pessoas vivendo em extrema pobreza, nas periferias de países subdesenvolvidos.

Entre os princípios fundamentais do Código de Ética Médica³³, encontramos no seu inciso VI que: “O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa

³³ Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_1.asp>. Acesso em: 30 jun. 2014.

contra sua dignidade e integridade.” Versa ainda nos incisos IX e X que: “IX - A Medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio.” E, na mesma linha, o inciso X prevê que: “O trabalho do médico não pode ser explorado por terceiros com objetivos de lucro, finalidade política ou religiosa.” Agindo em desconformidade com seu código de ética, pode ensejar para o médico uma responsabilidade administrativa, conforme já visto.

Já no artigo 10 da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, que trata do princípio da Igualdade, Justiça e Equidade, o texto apresenta a seguinte redação: “A igualdade fundamental entre todos os seres humanos em termos de dignidade e de direitos deve ser respeitada de modo que todos sejam tratados de forma justa e equitativa.” Esse respeito e tratamento justo significam considerar as peculiaridades de cada indivíduo ou grupo e fazer com que se diminuam as desigualdades.

Na relação médico/cliente, Ribeiro (2014, p. 01) afirma que “há uma relação entre particulares onde a relação de poder, estabelecida pela disparidade na relação de conhecimento, necessita de condições específicas para que possa ocorrer.”

No caso, a informação a ser dada a essas pessoas deve ser no idioma do paciente e com termos de fácil compreensão. Do contrário, o médico viola o direito ao paciente quando não informa qualquer fato necessário a permitir um consentimento racional, um consentimento livre e esclarecido. (MAIA, 2011, p. 25 *apud* GUERRA, 2005, p. 317).

No que tange à aplicação desses princípios, o artigo 21 da mesma Declaração, sobre Práticas Transnacionais, aduz em sua alínea ‘e’ que: “Art. 21. (...) e) Os Estados devem tomar medidas adequadas, em níveis nacional e internacional, para combater o bioterrorismo e o tráfico ilícito de órgãos, tecidos, amostras, recursos genéticos e materiais genéticos.”

Esse artigo demonstra que na edição do documento já houve preocupação com o tráfico de órgãos, porque no âmbito médico é uma conduta ilegal conhecida, moralmente reprovável e antiética. Por isso, não poderia estar de fora de uma declaração que versa sobre aspectos relativos à bioética, principalmente, porque sua razão de existência deveu-se também a recorrência de atos envolvendo o humano como mercadoria.

Existem princípios básicos da Bioética que vale destacar, pois dizem respeito à autonomia, à justiça, à beneficência/ não maleficência, servindo como regras gerais para orientarem os problemas que surgem na sociedade.

A Declaração sobre Bioética e Direitos Humanos prevê ainda que os Estados

devem respeitar e promover a solidariedade, com atenção especial para aqueles ‘tornados vulneráveis’, por doença ou incapacidade ou por outras condições individuais, sociais ou ambientais e aqueles indivíduos com maior limitação de recursos. Ou seja, deve-se interpretar em consonância com o entendimento de que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais tratados desigualmente na medida de suas desigualdades. É preciso levar em consideração as capacidades e limitações de cada paciente na obtenção do consentimento.

Procedimentos realizados de maneira inadequada demonstram latente violação de direitos, com destaque para a vida, a dignidade, a igualdade, a autodeterminação, a saúde e a integridade física e moral do paciente. Percebe-se, portanto, a importância da bioética médica na colheita do consentimento informado, uma vez que este resguarda direitos fundamentais.

2.3 O artigo 199, §4º da CF/1988

A Constituição Federal é o documento mais importante do ordenamento jurídico brasileiro, formado por um conjunto de direitos e deveres. Tem nas normas infraconstitucionais o reflexo de seu comando, que sinalizam o sentido e a finalidade da norma. Devem ser interpretadas nos estritos limites de suas atribuições de complementação, ordenação ou regulação, e não como instrumento, sem o qual restaria inerte a Constituição.

A Constituição não só limita a atuação do Estado, como também o obriga a dirigir suas atividades à prestação e empenho na satisfação das necessidades econômicas, culturais e sociais de seu povo, além de ser uma fonte de disciplina das relações entre seus cidadãos. (ARRUDA, 2009, p. 38-39)

Esses dispositivos estão sobretudo distribuídas no artigo 5º ao 17 da Magna Carta e sistematizam noções básicas e centrais que regulam a vida social, política e jurídica de todo o cidadão brasileiro. No artigo 5º, é possível encontrar direitos e garantias individuais e coletivos com ênfase na igualdade perante a lei, e ainda, a previsão do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Os artigos 6º ao 11 dedicam-se aos direitos sociais, e o artigo 6º em especial enumera quais são esses direitos sociais, indicando: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia,

lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

Fazendo um breve estudo sobre a história da saúde pública do Brasil, observa-se um tratamento desigual a que sempre esteve submetida a população brasileira. Destacam-se a ausente ou pouca intervenção do Poder Público e a restrição de serviços de saúde a determinadas classes sociais (MOURA, 2013, p. 05).

A saúde foi inserida pela primeira vez como direito humano fundamental na Constituição Federal de 1988, e o direito à saúde foi eleito como de peculiar importância, porque está estreitamente ligado ao direito à vida, demonstrando preocupação do constituinte com a proteção constitucional da dignidade da pessoa humana.

Para Silva (2010, p. 286), os direitos sociais são prestações positivas asseguradas pelo Estado de forma direta ou indireta, anunciadas por normas constitucionais que buscam melhores condições de vida aos mais fracos. São direitos que tendem a realizar a igualdade de situações desiguais. Esses direitos sociais constituem-se numa prestação positiva em benefício do indivíduo, a fim de garantir-lhe o mínimo existencial.

O direito à saúde é considerado um direito social, porque os direitos sociais refletem a preocupação do constituinte com a integridade física das pessoas e, dessa forma, relaciona-se aos princípios de dignidade da pessoa humana, solidariedade e igualdade, na busca por atingir a justiça social. Os direitos sociais exigem uma atuação do Estado para sua efetivação, seja através de legislação aplicada, ou por decisões judiciais ou ainda, pela definição de políticas públicas que envolvam o econômico e o social. (ARRUDA, 2009, p. 39)

Com tais explanações, verifica-se que o art. 199 concretiza o dever de proteger a saúde e a integridade física do cidadão, cuja concretização se confirmar pela aplicação da Lei 9.434/1997, como veremos mais a seguir.

Há quem considere a existência do direito humano social, atribuindo a sua origem às questões entre patrões e operários das grandes indústrias, da luta operária, da denominada luta de classes. Foi tratado como direito dos trabalhadores, dos operários, ou como legislação social. Carvalho aduz que:

O direito humano social é aquele que se refere à proteção dos indivíduos economicamente enfraquecidos ao ter por finalidade o equilíbrio social, o bem comum, o direito à satisfação das necessidades vitais do indivíduo como membro da coletividade ante um esforço conjunto dos institutos jurídicos

para a eficácia e efetividade das normas consagradoras de direitos humanos sociais. (CARVALHO, 2012, p. 83)

O Direito à saúde está inserido na Constituição, entre os artigos 196 e 200, cujo objetivo é o bem-estar e a justiça social, como sendo ‘direito de todos e dever do Estado’ (art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços qualificados como ‘de relevância pública’ (artigo 197). Para Moura (2013, p. 09), não cabe à Lei restringir a extensão desse direito fundamental: “Do mesmo modo, não se autoriza interpretação que reduza o direito à saúde às prestações de saúde a apenas uma categoria de pessoas.”

É importante fazer uma análise sistemática da norma jurídica contida na Constituição, procurando entender o sentido e alcance da ‘relevância pública’, e assim, saber quais medidas necessárias à sua garantia. Isto porque o artigo 197 estabelece que é de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle. A saúde é, assim, um estado de bem-estar prioritário, sem o qual o indivíduo não teria condições de gozar outras oportunidades proporcionadas pelo Estado, como a educação, o lazer: “No momento em que se reconhece a saúde como direito social fundamental, o Estado obrigou-se a prestações positivas e, por conseguinte, à formulação de políticas públicas sociais e econômicas destinadas à promoção, à proteção e à recuperação da saúde.” (MOURA, 2013, p. 02)

O direito à saúde é, pois, um direito social, coletivo, indisponível, indivisível e assim, alguns autores o consideram como transdimensional por perpassar por várias dimensões dos direitos humanos. Na primeira dimensão, por ser a saúde um elemento da vida, sendo condição para que esta ocorra, com dignidade e não por mera sobrevivência. Seria ainda da terceira dimensão, por se vincular ao direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade de vida, tendo em vista que os seus titulares são indeterminados e dizem respeito a um bem jurídico indivisível. (VIEIRA, 2013, p. 321)

A Organização Mundial da Saúde no preâmbulo de sua Constituição em 1946 declarou que a saúde não é somente a ausência de doenças ou de enfermidade, mas um estado de completo bem-estar físico, mental e social.

São bens jurídicos que devem ser protegidos, porque bem jurídico: é o interesse juridicamente protegido, sendo todos os interesses vitais do indivíduo ou da comunidade: “A ordem jurídica não cria o interesse, ele é criado pela vida; mas a

proteção do Direito eleva o interesse vital à categoria de bem jurídico [...].” (LISZT, s/d, t. 2, p. 06 *apud* ALMEIDA, 2009, p. 308).

Outros autores entendem a relevância do bem jurídico no direito penal, porque:

a proteção de bem jurídico [...] oferece um critério material, extremamente importante e seguro para a construção dos tipos penais, porque, assim, ‘será possível distinguir o delito das simples atitudes interiores, de um lado, e de outro, dos fatos materiais não lesivos de bem algum’ [...]. No atual estágio da teoria do delito, deve-se partir do ponto de vista de que no tipo somente se admitem aqueles elementos que fundamentam o conteúdo material do injusto. O tipo tem a finalidade precípua de identificar o bem jurídico protegido pelo legislador (BITENCOURT, 2012, p. 819).

O artigo 199 da Constituição Federal regulamenta que a assistência à saúde pode ser exercida pela iniciativa privada. O seu parágrafo 4º disciplina que a lei disporá sobre os requisitos e condições 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, vedando expressamente a comercialização de órgãos. É a tentativa de proteger bens jurídicos: vida, saúde, integridade física e moral. Eis o seu texto:

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.** (grifo nosso)³⁴

No mesmo diapasão, no capítulo Dos Direitos da Personalidade, o Código Civil brasileiro estabelece que:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. **Parágrafo único.** O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.³⁵ (grifo nosso)

Portanto, o legislador adotou uma postura protecionista de tutela sobre o corpo, e, assim, as pessoas não possuem completa autonomia sobre si mesma. Isso é regulado pelo Estado, cujo objetivo parece ser a proteção contra práticas que lesem a vida, saúde,

³⁴ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 fev. 2014. p. 83.

³⁵ CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO de 2002. Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 25 mar. 2014. p. 02.

integridade física ou contrariem os bons costumes, deixando outros detalhes a cargo de lei especial, qual seja, a Lei de Transplantes n. 9.434/1997, que limita tais práticas e as vincula à existência de autorizações do órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde.

Por se tratar de tópico ligado à saúde, pode-se considerar que o §4º do art. 199 da CF/88 constitui-se como elemento impeditivo para o comércio de órgãos, tecidos, substâncias humanas e partes de corpo. O texto é abrangente, englobando órgãos vitais e não vitais, sendo opção do legislador adotar um caráter protecionista da saúde e integridade humana, por meio de uma norma totalmente proibicionista, porque num panorama geral, relacionou-se princípios bioéticos e constitucionais para articular uma compreensão integradora da cidadania.

Houve uma preocupação da legislação com a comercialização de órgãos humanos, não havendo, porém, uma definição para o tráfico de órgãos, que, a propósito, a Declaração de Istambul faz uma adaptação ao Protocolo de Palermo, indicando que:

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 coação, 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 controle sobre o potencial doador, para fins de exploração através da remoção de órgãos para transplante. (ANDRADE, 2013, p. 564. Tradução livre)

Assim, buscando uma melhor compreensão do tráfico de partes do corpo humano, escreveu a pesquisadora³⁶ que elaborou o relatório de Tráfico de partes do corpo em Moçambique e na África, que:

Se uma parte do corpo for usada ou vendida num local diferente do local de onde foi removida do corpo, então terá ocorrido movimento da parte do corpo. Tráfico é o ato de movimentar e comercializar algo ilegal. Uma vez que está na posse de partes de corpo para fins comerciais é considerado ilegal, este relatório argumenta que o movimento de uma parte de corpo para venda ou transação comercial é tráfico de partes de corpo (FELLOWS, 2009, *apud* ANDRADE, 2013, p. 566).

Com a apresentação do problema, Fellows concluiu com a seguinte definição: “É considerado tráfico de partes de corpo o transporte ou o movimento de uma parte de

³⁶ FELLOWS, Simon. **Tráfico de Partes do Corpo em Moçambique e na África do Sul**. Liga Moçambicana dos Direitos Humanos, 2009. (*apud* ANDRADE, p. 565)

corpo, quer através de uma fronteira ou dentro de um país para venda ou transação comercial” (FELLOWS, 2009, *apud* ANDRADE 2013, p. 566).

Ora, observa-se que a pesquisadora buscou fazer uma sutil distinção entre órgãos vitais humanos e partes do corpo (não vitais), uma vez que há casos em que pessoas são transportadas, enganadas, sendo ofertadas importâncias em dinheiro (nem sempre cumpridas) para conseguir o consentimento e alcançar a exploração para retirada de um órgão. Esse seria um caso cristalino do tráfico de pessoas para esta finalidade.

Todavia, há os casos em que somente se compra e/ou vende partes do corpo, ossos, membros (mãos, pés, cabeça) para pesquisas, não havendo recrutamento ou transporte de indivíduos. Seria o caso, não de tráfico de órgãos, mas, do típico comércio partes do corpo, que está tutelado pelo artigo 199, §4º da Constituição Federal, que proíbe a comercialização.

No Código penal brasileiro também não existe nenhum dispositivo que tipifique o tráfico para fins de remoção de órgãos. O Código penal apenas contempla a figura do tráfico para exploração sexual.

Dessa forma, verifica-se que o legislador entendeu que se deve respeito aos princípios constitucionais de dignidade, à integridade física e moral, à saúde numa perspectiva bioética, e por isso vetou qualquer tipo de comercialização que envolva órgãos, tecidos e partes do corpo humano. Quer-se que o incentivo ao desenvolvimento médico não seja atropelado por interesses privados e mesquinhos que façam do corpo humano um balcão de negócios. O corpo humano deve ser objeto de estudo para melhoria da saúde das pessoas, resultando em bem estar e melhor qualidade de vida.

2.4 Lei nº 9.434/1997 – Lei de Transplantes

2.4.1 História

A Lei nº. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, teve sua redação parcialmente alterada pela Lei n. 10.211/2001 e pela Lei nº. 11.521/2007. Pensar a Lei de Transplantes, nº. 9.434, sancionada pelo Presidente da República em 04 de fevereiro de 1997, é dissertar sobre um avanço na legislação em termos de regulamentação dos transplantes e punição para infratores, mesmo sendo uma lei que aparenta certa defasagem tanto temporal quanto pela amplitude do crime, pois com o passar dos anos,

os criminosos se aperfeiçoaram e houve outros aspectos a serem abordados, condizentes à vítima que praticamente não aparece na legislação e à coleta da declaração de vontade, cujos vícios devem tornar o ato inexistente, nulo ou ineficaz.

O Código Penal Brasileiro não disciplina a comercialização de órgãos ou mesmo a questão do tráfico de pessoas para fins de remoção de órgãos, considerado um grave problema. Em muitos países, especialmente aqueles cujo marco legal inexistente, ou não seja completo, ou então esteja sendo aplicado de forma ineficaz, somente permite o lucro incontrolado com a extração de órgãos de pessoas em situação de vulnerabilidade. (OMS, 2010, p. 03)

Aliando-se às legislações frágeis, estão a falta de investimentos em tecnologias e infra-estrutura moderna, e de pessoal qualificado e resistente à corrupção. Essas circunstâncias não permitem uma criminalização adequada. Esses elementos deveriam integrar-se e cooperar para repremir ao crime organizado transnacional. (PETERKE; LOPES, 2008, p. 395-396)

A Lei de transplantes de órgãos foi fundamental para os direitos humanos, no sentido de legislar sobre o transplante e ser contra o comércio de órgãos, antes mesmo da definição do Protocolo de Palermo. Trouxe à tona discussões concernentes à bioética, em virtude dos constantes avanços da biotecnologia, dos benefícios e efeitos negativos que surgiram a partir dos rumores de um mercado oculto de órgãos muito lucrativo.

Essa lei regularizou a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*, para fins de transplante e tratamento (artigo 1º). Definiu que a realização de transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano só poderão ser realizados por estabelecimentos de saúde público ou privado (uma adaptação ao artigo 199, §4º da CF/1988), mas que as equipes médico-cirúrgicas responsáveis pela remoção e transplante deveriam estar previamente autorizadas pelo Sistema Único de Saúde (artigo 2º).

A Lei de transplantes de órgãos determinou ainda que a retirada *pos mortem* de tecidos e órgãos humanos para transplante ou tratamento deveriam ser precedidas do diagnóstico de morte encefálica. Os critérios para a caracterização de morte encefálica foram propostos, no Brasil, pelo Conselho Federal de Medicina através da Resolução C.F.M. n. 1.480/1997.

Quando do viger da lei n. 9.434/1997, houve inúmeros questionamentos relativos ao artigo 4º, que, na época, trouxe em seu texto a presunção da autorização da doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, salvo manifestação de vontade

em contrário. Foi o chamado consentimento presumido, já que anteriormente, a legislação vigente, Lei 8.489/1992 e o Decreto 879/1993, estabelecia o critério da doação voluntária.

O consentimento presumido foi alvo de muitas críticas, por afastar qualquer possibilidade de oposição pelos familiares quanto às disposições do cadáver. Todavia, a intenção do legislador era facilitar a obtenção de órgãos para transplante, haja vista que sempre foi latente que a procura por órgãos, especialmente de cadáveres, era maior que a oferta.

Meses depois, foi publicado o Decreto nº. 2.268, de 30 de junho de 1997, que regulamentou a Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, e revogou o Decreto n. 879, de 22 de julho de 1993. O novo Decreto n. 2.268 tratou da remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fim de transplante e tratamento, e dando outras providências. O Parágrafo único do artigo 1º continha a seguinte redação: “Não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este Decreto o sangue, o esperma e o óvulo.” Compreende-se que essa exclusão deve-se ao fato de se tratar de células ou conjunto de células que se recompunham ao longo da vida. Também a doação de sangue, não representa a diminuição do corpo, e a doação de esperma (sua cessão) tem como principal objetivo a reprodução assistida, que envolve casais com problemas de esterilidade.

O artigo 14 autorizava que a retirada de tecidos, órgãos e partes, após a morte, poderia ser efetuada, independentemente de consentimento expresso da família, se, em vida, o falecido a isso não tivesse manifestado sua objeção. Ainda no mesmo artigo, havia o seguinte texto:

§ 2º Sem prejuízo para a validade da manifestação de vontade, como doador presumido, resultante da inexistência de anotações nos documentos de pessoas falecidas, admitir-se-á a doação expressa para retirada após a morte, na forma prevista no Decreto nº 2.170, de 4 de março de 1997, e na Resolução nº 828, de 18 de fevereiro de 1977, expedida pelo Conselho Nacional de Trânsito, com a anotação “doador de órgãos e tecidos” ou, ainda, a doação de tecidos, órgãos ou partes específicas, que serão indicados após a expressão “doador de ...”.

§ 5º É vedado aos funcionários dos órgãos de expedição dos documentos mencionados neste artigo, sob pena de responsabilidade administrativa, induzir a opção do interessado, salvo a obrigatoriedade de informá-lo de que, se não assinalar qualquer delas, será considerado doador presumido de seus órgãos para a retirada após a morte.

A polêmica estabelecida em relação à indicação de ser ou não doador nos documentos de identificação pessoal levou inúmeras pessoas a alterar seus documentos, com intuito de incluir expressamente a recusa em doar seus órgãos, com a expressão “não doador de órgãos e tecidos”, conforme previa a legislação.

A corrida das pessoas em incluir tal expressão em seus documentos seria uma tentativa de evitar que, de repente, lhe fossem retirados algum ou vários órgãos/tecidos, caso ficassem hospitalizados sem condições de manifestarem-se contrários à remoção, e como havia na lei a indicação de que as pessoas deveriam fazer isso, certamente foi algo problemático.

Contudo, objetivando regularizar a situação, foi redigida uma nova redação para o artigo 4º daquela lei. Esta e outras alterações foram trazidas pela nova Lei nº. 10.211, de 23 de março de 2001, que definiu que a retirada de tecidos e órgãos de pessoas falecidas para transplante dependeria da autorização de parentes. Eis o texto:

Artigo 4º (nova redação). 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.

A Lei nº. 10.205 regulamentou artigos da Lei 9.434/1997 com modificações que deram plenos poderes para a família doar ou não os órgãos de cadáver, não mais valendo o consentimento presumido. Ademais, tornou sem efeito todas as manifestações de vontade constantes em documentos.

2.4.2 Conteúdo

A Lei n. 9.434/97 foi um marco na questão de regulação do transplante de órgãos, igualmente trazendo dispositivos que criminalizam o comércio de órgãos. Via-se a preservação ao direito ao corpo através da inclusão dos tecidos, órgãos e partes separáveis como reflexo do princípio da dignidade humana e do direito à integridade física. Essa lei aplica-se a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, em virtude do princípio constitucional da igualdade, prevista no art. 5º da CF/1988, e proíbe a comercialização de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, assim como a promoção, intermediação, facilitação ou auferimento de vantagens na compra e venda.

A questão dos transplantes gira em torno de dois interesses fundamentais e opostos: o *interesse coletivo* no progresso da ciência médica e que por isso encontra justificativa na utilização do corpo vivo ou morto, na pesquisa científica ou no tratamento médico, e o *interesse individual*, que envolve o direito subjetivo de proteção à integridade física, à vida humana e a saúde. Nesse sentido, os artigos foram distribuídos em capítulos conforme se observa a seguir.

No Capítulo I, a lei traz as Disposições Gerais, enfatizando a característica da gratuidade que deve nortear a disposição de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou '*post mortem*', para fins de transplante e tratamento, devendo ser realizada por estabelecimento de saúde, e por equipes médicas-cirúrgicas de remoção e transplante, previamente autorizados pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde. A doação de um órgão feita entre parentes necessita apenas de uma autorização por escrito, mas se o doador e receptor não forem parentes próximos é preciso que haja autorização judicial.

No Capítulo II, disciplina Da Disposição *post mortem* de tecidos, órgãos e partes do corpo humano para fins de transplante, constando do artigo 3º ao 8º, as situações em que se caracteriza a morte encefálica, indicando as pessoas que devem autorizar a retirada do órgão, tecido ou partes do corpo e outras disposições, envolvendo o indivíduo *post mortem*. No Capítulo III da Lei 9.434/1997, há previsão Da Disposição de tecidos, órgãos e partes do corpo humano vivo para fins de transplante ou tratamento, capítulo este que, juntamente com o Capítulo IV, Disposições Gerais, estão representados pelos artigos 9º ao artigo 13. Houve alterações em vários artigos anteriormente mencionados que foram incluídas pelas Leis n. 10.211/2001 e n. 11.521/2007 e n. 11.633/2007.

O Capítulo V da lei 9.434/1997 é considerado nesse trabalho como a principal parte da Lei de Transplantes de órgãos, uma vez que disciplina as Sanções penais e administrativas, na Seção I, Dos crimes, em seus artigos 14 ao 20, e na Seção II, Das Sanções administrativas, nos artigos 21 a 23. O Capítulo VI traz as Disposições finais nos artigos 24, que foi vetado e no artigo 25 que revoga as disposições em contrário, particularmente a Lei n. 8.489, de 18 de novembro de 1992, e Decreto n. 879, de 22 de julho de 1993.

2.4.3 O Artigo 14 da Lei 9.434/1997

Os artigos 14 e 15 da Seção I do Capítulo V, da Lei 9.434/1997, principalmente, o artigo 15, são os que mais se aproximam da conduta do traficante de órgãos e da vítima do tráfico.

Outros artigos da mesma seção são voltados a um agente próprio, que possui conhecimento técnico-científico específico que lhe permite agir conforme a ação do tipo (remover tecidos..., realizar transplante...,) e assim, alcançar o seu propósito. A saber: Art. 14: “Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei [...]”; 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: [...]” e Art. 18: “Realizar transplante ou enxerto em desacordo com o disposto no art. 10 desta Lei e seu parágrafo único: [...]”.

Os verbos ‘remover’, ‘diagnosticar’, ‘constatar’, ‘realizar transplante’, contidos em alguns artigos da Lei, indicam o núcleo da ação do agente ativo do crime, caracterizando a conduta como tipo próprio e que, portanto, só podem ser praticados por médicos, os responsáveis por todos os procedimentos referenciados na presente Lei que incluem os verbos supraindicados.

As penas impostas para os crimes descritos são, na sua maioria, privativas de liberdade na modalidade de reclusão, com limites mínimo e máximo abstratamente definidos em margens elevadas, sinalizando para reprimendas até severas. Entretanto, as penas impostas não parecem proporcionais quando se analisa a importância dos bens jurídicos tutelados - vida, saúde humana, integridade física - e se comparado a outros crimes.

Parece ter havido um tratamento diferenciado principalmente para os médicos diante da aplicação de uma pena relativamente branda à gravidade da conduta, já que o transplante de órgãos é procedimento de muita responsabilidade e não ocorreria se não houvesse a ação médica que, tanto para o comércio ilegal de órgãos, quanto nos casos de tráfico de pessoas, há interesses financeiros sobrepujando a dignidade humana. É conduta que se processa para salvar uma vida, em detrimento da saúde e até da vida de uma outra pessoa, não podendo algo dessa natureza ser tratado como um crime qualquer.

Não se quer punir mais, quer-se punir adequadamente, proporcionalmente, de modo a prevenir os delitos e, nisso, inclui-se de certa maneira a exemplaridade da pena, “que comporte a função pedagógica do direito penal em relação às normas fundamentais da ética social.” (LA CUESTA, 2005, p. 03)

A vida, a saúde pública, a integridade física são considerados bens jurídicos de extrema relevância, que devem ser integralmente protegidos. Princípios já consagrados em direito penal indicam que, para definir uma pena de forma proporcional, faz-se necessário não somente observar o valor ofendido, como também, o nível de agressão relevado pela conduta: destruição, lesão, exposição a perigo... “Seria a combinação desses dados que, do ponto de vista da retribuição, permitiriam indicar a sanção adequada”. (LA CUESTA, 2005, p. 02)

Analisando brevemente a pena imposta ao crime do Artigo 14 da Lei de transplantes, com o artigo 157 do Código Penal brasileiro, veremos latente discrepância. Eis os 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. 157 (Roubo). Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa. [...].³⁷

³⁷ CÓDIGO PENAL BRASILEIRO de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 12 abr. 2014. p. 38.

Considerando as ponderações expostas por La Cuesta para definição da pena, enquanto se aplica reclusão de 02 a 06 anos a um crime (artigo 14) que provoca uma lesão grave no indivíduo, com permanentes consequências, a contra senso, aplica-se ao crime contra o patrimônio (roubo – Art. 157) reclusão de 04 (quatro) a dez (dez) anos, e multa, podendo a pena ser aumentada de um terço à metade, se houver concurso de duas ou mais pessoas.

Para um procedimento cirúrgico ‘remover’, sabe-se da necessidade de envolver equipe médica (composta por médicos, enfermeiros, anestesista...), portanto, um crime de concurso necessário, que exige dois ou mais agentes para a prática do delito, sendo, pois, crime plurissubjetivo (NUCCI, 2013, p. 02), e de condutas paralelas³⁸, porque há colaboração nas ações dos sujeitos ativos. Por conseguinte, é crime que se processa com lesão corporal de natureza grave, pois ocasiona uma lesão permanente, por remover órgãos humanos, deixando o indivíduo numa vida com permanentes restrições, tanto alimentares quanto laborativas.

Considera-se assim, uma punição desproporcional para quem agiu ao contrário dos princípios constitucionais, princípios éticos e, ainda, causando danos irreversíveis a indivíduos que se encontram em situação de vulnerabilidade e, principalmente, ignorando a dignidade da pessoa humana.

Fazendo uma análise da figura típica do artigo 14 da Lei 9.434/1997, em relação ao tipo objetivo, tem-se que núcleo do tipo é representado pelo verbo ‘remover’ que significa extrair, retirar. Não se deve olvidar das ponderações anteriormente realizadas e que dizem respeito a outros verbos que sinalizam práticas de um agente específico.

Atendendo aos princípios do direito penal quanto ao agente do fato, não haverá responsabilidade penal se o agente não for imputável, se não possuir potencial consciência da ilicitude, ou se não sendo dele exigida conduta diversa (BITENCOURT, 2012, p. 1041)

Se uma pessoa (um médico) extrai um órgão de alguém, está cometendo um crime de lesão corporal gravíssima, porque a vítima perderá o órgão para sempre. Por isso, o consentimento da pessoa não importa, porque se ela não quiser seu dedo ou uma perna, mesmo pedindo para o médico amputar o membro, ainda assim, este não poderá fazer isso, porque só pode amputar caso seja essencial para prevenir um mal

³⁸ BRAMBILLA, Leandro Vilela. **No que consiste os crimes unissubjetivos e plurissubjetivos?** Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2083314/no-que-consiste-os-crimes-unissubjetivos-e-plurissubjetivos-leandro-vilela-brambilla>>. Acesso em: 12 abr. 2014.

maior, como por exemplo, a morte. O médico que extrai um rim ou amputa um membro só não responderá por lesão corporal grave, se estiver agindo para proteger um bem jurídico mais relevante, qual seja, a vida.

O bem jurídico é a incolumidade pública, em especial, a saúde pública, e a integridade física da pessoa humana.

Considera-se o tráfico como crime próprio, porque se exige uma qualidade especial do sujeito ativo, devendo ser praticado por médico, ainda que não tenha a devida habilitação, ou que sua carteira profissional esteja suspensa ou cancelada. Parece equivocado pensar que se trate de crime comum, em que o sujeito ativo poderia ser qualquer indivíduo. É um procedimento de muita importância e não se quer correr o risco de ocorrer falhas na execução do ato. Nessa circunstância, o médico é responsável criminalmente, civilmente e administrativamente, como já visto anteriormente.

Quanto ao sujeito passivo, considera-se um crime de plurissubjetividade, pois tem como sujeitos passivos a coletividade e qualquer ser humano vivo ou morto que teve o órgão extraído.

No que compete ao tipo subjetivo, considera-se o dolo direto – quando o agente prevê um resultado, dirigindo sua conduta na busca de realizá-lo – ou dolo eventual – quando a intenção do agente se dirige a um resultado, aceitando, porém, outro também previsto e consequente possível da sua conduta.

O crime consuma-se com a retirada do órgão da pessoa humana, viva ou morta. É delito de resultado. É crime material, plurissubsistente, conforme mencionado anteriormente e, portanto, admite-se tentativa. É delito instantâneo de efeito permanente, uma vez que o ato de remover o órgão é irreversível. Não cabe a transação penal, nem a suspensão condicional do processo, art. 89, da Lei 9.099/95³⁹.

Tem-se no §1º uma qualificadora para o crime previsto no *caput* do Art. 14, que leva em conta um maior desvalor da ação, atuando na medida da culpabilidade. No caso de médicos que extraíram rins de pessoas para salvar outras pessoas, não há que se falar em excludente de ilicitude.

³⁹ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

2.4.4 Artigo 15 da Lei 9.434/1997

O artigo Art. 15 da lei de Transplantes estabelece que comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano será punível com pena de reclusão de 03 (três) a 08 (oito) anos e multa. Essa conduta deve ser igualmente reprovável, frente à gravidade da ação. A ação penal em todos os casos previstos na Lei de transplantes é ‘pública’, isto é, a titularidade é do Estado, que exerce seu poder através do Ministério Público, sendo ‘incondicionada’, ou seja, o oferecimento da denúncia independe de manifestação da vontade das partes ou qualquer condição específica.

Eis o artigo transcrito abaixo, através do qual se observa a equiparação das condutas de quem ‘compra’ e de quem ‘vende’ órgãos.

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 auferir qualquer vantagem com a transação.

O destaque desse artigo é que o legislador adotou uma postura excessivamente punitiva na definição desse crime, colocando num mesmo patamar as pessoas que comprem órgãos, geralmente os traficantes de órgãos, e as vendedoras de órgãos, normalmente as vítimas. “A legislação brasileira criminaliza quem ‘vende’ seu órgão, colocando-o no mesmo patamar do comprador ou facilitador, negando, assim, sua condição de vulnerabilidade e, consequentemente, de vítima.” (ANDRADE, 2013, p. 569) Tal aplicação, portanto, é incorreta, porque para comprar ou vender órgãos há interesses e motivações distintos, que foram equiparados.

Nesses termos, observa-se que o tipo penal previsto no artigo 15 parece referir-se a quem vende órgãos de outras pessoas, mas é certo que o legislador quis também criminalizar a venda até de próprios órgãos, porque compreende que não cabe ao indivíduo decidir sobre seu corpo, porque sua autonomia é relativa, cabendo ao Estado essa tutela.

Mesmo assim, o tipo penal deveria estar acompanhado de outras condições especiais que excluíssem ‘a vítima’ do crime, a que vende seu próprio órgão, sob certas circunstâncias. Dentre as condições especiais, poder-se-ia considerar que não cometeria crime de venda de órgãos, se o sujeito ativo realizasse tal prática sob extrema necessidade, por uma circunstância de vulnerabilidade e, ainda que a vítima consentisse

com a venda, sabendo que ganharia vantagem pecuniária e mesmo tendo recebido o pagamento.

Buscam-se os excludentes de tipicidade para tentar evitar que a vítima seja incriminada, entretanto, para assegurar a não criminalização da vítima do tráfico de pessoas para fins de remoção de órgãos. Andrade (2013, p. 539) sugere invocar o §5º do artigo 121 do Código penal brasileiro, que prevê a possibilidade do perdão judicial, nos hipóteses de homicídio culposo, isto é, “se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária”. Mesmo assim, prever explicitamente a não aplicabilidade de pena às vítimas do tráfico é garantir melhor sua não criminalização.

É interessante essa percepção, porque quando a vítima se envolve com criminosos que as exploram objetivando a extração de órgãos, e elas começam a perceber a ilegalidade do ato cometido, certamente, surgem também o medo e o trauma psicológico vivido pela vítima da exploração.

Na visão de Andrade, circunstâncias como estas ampliam a dificuldade nas investigações destes tipos de crime, pois o ‘vendedor’, normalmente ‘falso doador’, sentir-se-á reprimido e não denunciará o esquema, mesmo que haja complicações pós-operatórias que afetem sua saúde. (2013, p. 569)

É um cenário de total desestímulo para vítima traficada ingressar ou produzir provas em juízo contra os traficantes, do mesmo modo, que será um impeditivo para que testemunhe perante o tribunal, muito embora se saiba que a prova oral seja essencial para embasar o pedido de compensação, já que outras formas de comprovação dos fatos podem ser impossíveis de serem produzidas, pesando sobre o depoimento grande parte da responsabilidade pela condenação do réu. Dessa forma, conclui a Scacchetti (2013, p. 525): “Assim, a vítima acaba por reviver mentalmente todo o sofrimento causado pela situação de tráfico somada ao medo de represália por parte do perpetrador, criando uma enorme barreira psicológica.”

A legislação deve se preocupar com a proteção integral da vítima, não fazê-la passar por constrangimentos e dúvida quanto à sua condição de criminosa. É lúcido afirmar que o depoimento da vítima é crucial para a elucidação de investigações complexas, como as que envolvem o tráfico de órgãos. Porém, não se pode colocar essa responsabilidade totalmente sobre as vítimas, muito embora, vale reforçar, elas sejam essenciais. A vítima pode até ter participado de alguma forma para a execução do crime,

porém, insta fazer algumas ponderações, porque a vítima não é uma pessoa comum, ela também resguarda particularidades que a tornam mais suscetíveis à vitimização.

Comprar ou vender órgãos são ações bem particulares, mas que tiveram um tratamento igual como condutas criminosas na Lei de transplantes. Pode ser uma tentativa de inibir qualquer tipo de ação que coloque o corpo humano como objeto de comercialização. O fato é que, diante de políticas restritivas e não fiscalizatórias, cria-se um ambiente propício às organizações criminosas que vislumbram lucro diante da ilegalidade.

Por isso ressalta-se a importância do protocolo de Palermo, uma vez que este serve de orientação à comunidade internacional para que sejam reconhecidas universalmente as violações de direitos humanos decorrentes do processo do tráfico de seres humanos.

2.4.4.1 Objetivo e bem jurídico protegido

Depreende-se que a finalidade do texto do artigo 15 é coibir o ‘comércio’ de órgãos, tecidos e partes do corpo, seja nacional ou internacional, atividade bastante lucrativa e que possui organização sofisticada, contando com representantes em diferentes localidades (instalados principalmente onde houver leis brandas ou onde se não existir fiscalização), e que inclui atuação de profissionais respeitados no âmbito da saúde, os médicos.

Nesse sentido, cumpre esclarecer algumas características relativas ao crime. Em relação ao tipo objetivo, tem-se que núcleo do tipo prevê conduta que consiste em ‘comprar’ ou ‘vender’ órgãos em desacordo com o estabelecido na Lei.

O bem jurídico é a incolumidade pública, em especial, a saúde pública, e a dignidade da pessoa humana. O bem jurídico penalmente tutelado é aquele bem jurídico ou norma que o legislador penal quis tutelar, punindo a violação a este bem com uma pena (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 399). Não se trata neste momento de delimitar o termo bem jurídico, mas sim compreendê-lo na análise do tráfico de órgãos. O objeto material é o órgão, tecido ou parte a ser removido/transplantado.

Quanto ao sujeito ativo, trata-se de crime próprio, porque o agente ativo pode ser qualquer pessoa. Em relação ao núcleo ‘comprar’ é importante frisar que existem alguns tipos de compradores: o comprador que compra para revender, e que pode ser médico

ou um traficante qualquer; e o comprador que quer utilizar o órgão para um terceiro ou ele próprio, um parente de um paciente que necessita de um transplante ou o próprio paciente que sai em busca de um órgão (não se tem esse tipo de registro). Quanto ao núcleo ‘vender’, tem-se igualmente figuras distintas, podendo ser um traficante, ou um médico, um necrotomista, um coveiro, que vende órgãos de terceiros, como também pode ser um indivíduo qualquer que vende seu próprio órgão. Este vendedor pode ser aquele que coloca seu órgão à disposição em anúncios ou um que é convidado, enganado, convencido a vender seu próprio órgão. Pode estar nessas distinções que, ao se analisar os elementos do crime (fato típico, antijurídico e culpável), seja possível excluir as vítimas do crime.

Na acepção de Greco (2008, p. 173), sujeito ativo é aquele que pode praticar a conduta descrita no tipo. E complementa dizendo que:

Muitas vezes o legislador limita a prática de determinadas infrações penais a certas pessoas e, para tanto, toma o cuidado de descrever no tipo penal o agente que poderá levar a efeito a conduta nele descrita. Quando estamos diante dos chamados crimes comuns, o legislador não se preocupa em apontar o sujeito ativo, uma vez que essas infrações dessa natureza podem ser cometidas por qualquer pessoa. Surge essa necessidade quando o delito é próprio, ou seja, aquele que somente pode ser praticado por um certo grupo de pessoas em virtude de determinadas condições pessoais.

É o que ocorre no caso do tráfico de órgãos. Em relação ao artigo 15 da Lei 9.434, o sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa que praticou o núcleo do tipo ‘comprar’ ou ‘vender’, sendo, pois, crime comum. No entanto, em relação ao artigo 14 da mesma Lei, que versa sobre ‘remover’ órgãos, o sujeito ativo detém particularidades, passando a ser crime próprio.

Quanto ao sujeito passivo, identifica-se que seja a sociedade, pois há um sentimento de solidariedade humana que esta deposita no ato de transplantar.

Elemento subjetivo é o dolo, consubstanciado na intenção livre e consciente de vender ou comprar órgãos, tecidos ou partes do corpo, excluindo, assim, completamente a culpa, no caso de quem compra órgão ou de quem vende órgão alheio.

O Código Penal prevê uma definição para dolo no artigo 18, inciso I, quando versa que: “o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”, restando claro que para o dolo é necessária a ‘consciência’ ou o ‘entendimento’ da antijuridicidade, imprescindindo dos elementos que compõem o tipo objetivo. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 417).

O delito consuma-se com a compra ou a venda de tecidos, órgãos ou outras partes do corpo humano, a intenção de retirar estes órgãos com o intuito de comercializá-los. Admite-se a tentativa.

Não cabe a transação penal, nem a suspensão condicional do processo, art. 89, da Lei 9.099/95⁴⁰. Cabe destacar que o consentimento eivado de vícios, ainda que assinado pela vítima, para a doutrina majoritária é excludente de tipicidade e, em consequência, o crime.

Uma das dificuldades da identificação do crime é que, diferente das outras modalidades, onde a vítima é explorada várias vezes, no caso do tráfico para extração de órgãos, o que existe é um ato único, que pode ser concluído dentro de um período muito curto, reduzindo as chances para a detecção. Os ‘falsos doadores’, na dúvida sobre a licitude de seus atos, não sabem que foram vítimas, nem assim se reconhecem, passando a esconder suas cicatrizes dos amigos e familiares. (ONU, 2013, p. 15)

Tem-se observado que as vítimas do tráfico de pessoas para a remoção de órgãos estão sujeitas à sanção penal, notadamente pela violação de uma lei que proíbe a venda de órgãos, ou que de outra forma restringe as categorias de pessoas autorizadas a doar um órgão para transplante.

Todavia, essa não parecer ser uma interpelação correta, porque se compreende que a criminalização é a antítese de uma abordagem centrada na vítima, o que resulta na negação a pessoas traficadas ao benefício de direitos internacionais, incluindo a assistência e proteção e o direito de acesso aos remédios. (ONU, 2013, p. 17)

No caso da Operação Bisturi, que trataremos melhor no capítulo seguinte, temos uma conduta coletiva, dos vendedores de seus próprios órgãos, que se tornou coletiva frente à facilidade com que os aliciadores se estabeleceram no Brasil, o que merece atenção por parte das autoridades, pois essa fragilidade do sistema de segurança coloca em risco a segurança de sua população e de sua soberania.

⁴⁰ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

2.4.4.2 Consentimento livre e esclarecido

O consentimento é um documento indispensável para que seja realizada uma intervenção cirúrgica, conforme prevê a Lei 9.434/1997, pois representa a autorização expressa do ‘doador’ para que lhe seja extraído um órgão. Este documento indica que o paciente foi cientificado e recebeu informações adequadas acerca das circunstâncias que permeiam o procedimento cirúrgico.

É possível ilustrar alguns exemplos que mostram a irrelevância do consentimento: a) uma pessoa é convencida a realizar uma viagem para um país estrangeiro, a fim de conseguir uma vida melhor. Lá ficará refém de criminosos, tendo seus documentos retidos, sendo impedida de manter contato com familiares e obrigada a assinar um documento cujo conteúdo lhe é totalmente desconhecido, através do qual autorizará a extração de um órgão (consentimento irrelevante); b) outra hipótese é a de uma pessoa que foi convencida a realizar um procedimento cirúrgico para extração de um órgão, em troca de altas vantagens em dinheiro, tornando a oferta mais atrativa, porque essa pessoa jamais ganhou aquela quantia em toda sua vida, e pela atual condição financeira, o dinheiro lhe ajudará a amenizar problemas sócio-financeiros.

De pronto, a pessoa vítima concorda com as condições, é informada sobre a necessidade de assinar documentos onde ela autoriza e se responsabiliza. A cirurgia é feita, outras partes podem ser removidas (nunca se sabe), o dinheiro nem sempre é pago como combinado, e a pessoa ‘vítima’ não tem qualquer apoio médico, nutricional e psicológico após o fato. Este é o consentimento obtido mediante fraude. Tal situação ficou perceptível no que foi relatado pela Subsecretária Geral da ONU, Joy Ngozi Ezeilo, a respeito da condenação dos kosovares, cujas vítimas desse fato, incluindo crianças, teriam assinado documentos que indicavam que elas estariam engajadas em doações altruísticas para um parente. (2013, p. 08)

No tráfico, a vítima sofre muito mais que em qualquer outro crime, porque a violência e a exploração não cessam em alguns minutos. O constrangimento e as sequelas são ainda maiores, porque ela é explorada por meses, até anos. Outrossim, convive com a ideia de que o seu consentimento a torna criminosa e igualmente responsável pelo evento delituoso.

Dados da Interpol indicam que as vítimas (no caso os doadores que são levados pelos intermediários a ceder seus órgãos) não são informadas corretamente sobre os aspectos médicos que giram em torno de uma remoção de órgãos e são enganadas

quanto aos valores combinados, recebendo muito abaixo. Ao contrário, os destinatários dos órgãos (receptor) pagam um preço absurdamente maior do que os doadores recebem dos intermediários, no caso, o traficante, o que garante a sobrevivência do esquema. (ANDRADE, 2013, p. 554)

No tráfico de pessoa adulta, o consentimento será irrelevante, sempre que forem usados os meios previstos no tipo (recrutar, transportar, transferir, alojar ou acolher), já no caso do tráfico de pessoas, sendo a vítima criança, o consentimento é irrelevante, independentemente dos meios utilizados. O estatuto da criança e do adolescente (ECA) estabelece em seu artigo 239 que é crime:

Art. 239. Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro: Pena - reclusão de quatro a seis anos, e multa. Parágrafo único. Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude: (Incluído pela Lei nº 10.764, de 12.11.2003). Pena - reclusão, de 6 (seis) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência.

A doutrina considera esse crime como tráfico internacional de crianças. Foi uma tentativa de evitar o tráfico de crianças para fins adoções ilegais. Serve também de proteção à simulação de doações cujo fim possa ser a extração de órgãos. Apesar de não haver esse tipo de registro, não se pode descartá-lo totalmente.

O consentimento vem sendo desconsiderado, quando se trata do tráfico de pessoas, porque os criminosos têm falsificado esses documentos, com indicações de que os ‘doadores’ estariam consentindo com os transplantes, sob a alegação de estar-se realizando doações solidárias. O pior é quando as vítimas consentem, autorizando determinadas ações que lhe são totalmente desconhecidas, sem saber das consequências de terem um órgão extraído, restrições alimentares, necessidade de dieta específica, acompanhamento médico periódico etc. O arrependimento, frente à falta dos cuidados pós-operatórios, possivelmente só será sentido depois.

O consentimento livre e esclarecido é o ato capaz de produzir efeitos jurídicos pelo respeito aos termos de existência, validade e eficácia, posto que a ausência de condições ou de informações para a declaração de vontade, como também a forma como a mesma foi obtida podem tornar o ato inexistente, nulo ou ineficaz. (RIBEIRO, 2014, p. 02)

Informações jurisprudenciais afirmam que, mesmo não estando tipificado em nenhum instituto legal, o consentimento do titular do bem jurídico é de grande

relevância dentro do cenário jurídico penal, porque através dele é possível determinar se houve ou não o fato delituoso. Eis outras informações:

A jurisprudência tem adotado o consentimento do titular do bem jurídico, principalmente, nos casos de furto, estupro, violação de domicílio, rapto, aborto, entre outros. Entretanto, o entendimento adotado segue sempre uma mesma linha, ou seja, nos casos em que o dissenso é elemento do tipo, o consentimento válido exclui a tipicidade e, nos casos em que o dissenso não faz parte do tipo, o consentimento válido exclui a antijuridicidade. [...] Há, ainda, aqueles casos em que o consentimento é que caracteriza o delito, como nos casos do rapto consensual e o aborto provocado terceiro com o consentimento da gestante. Há grande discussão sobre o consentimento do titular do bem jurídico se verifica no delito de estupro, mais precisamente quanto à presunção de violência prevista no art. 224 do CPB. A jurisprudência a respeito não é pacífica, existindo divergência até mesmo no dentro do mesmo Tribunal, uns afirmando que o consentimento do titular do bem jurídico afasta a tipicidade e outros dizendo que não. Com relação à presunção de violência, uns afirmam que a presunção é absoluta e, outros sustentam que esta é relativa, onde o consentimento afastaria sua tipicidade.⁴¹

2.5 Análise do artigo 15 da Lei n. 9.434/97 à luz do Protocolo da ONU

O código penal brasileiro ainda não dispõe de um tipo específico sobre tráfico para fins de remoção de órgãos, apesar de já conter alterações que incluíram o tráfico interno e internacional para fins de exploração sexual.

Observou-se que existem lacunas na Lei de Transplantes de órgãos n. 9.434/1997, sobretudo, porque há situações que não estão previstas na legislação e que necessitariam de atenção especial, a saber, o consentimento e a vítima que se encontra em situação de vulnerabilidade. Quanto à vulnerabilidade, conclui-se que, “em regra, a posição ou estado de maior vulnerabilidade dará origem a um baixo nível de culpabilidade pela vulnerabilidade, porque o esforço pessoal para a vulnerabilidade por parte da pessoa não é muito elevado” (ZAFFARONI, 1991, p. 273 apud CASTILHO, 2013, 142).

O tráfico de órgãos tem especialmente atingido pessoas em situação de vulnerabilidade, porque elas são impulsionadas pela extrema pobreza na qual vivem, geralmente estão desempregadas e têm baixo nível de escolaridade. Assim, as vantagens prometidas configuram-se em motivações para as vítimas autorizarem a remoção de

⁴¹ Pág. 715. Diário de Justiça do Estado do Pará (DJPA), de 24 de Novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/23340267/pg-715-diario-de-justica-do-estado-do-para-djpa-de-24-11-2010>>. Acesso em: 07 Jun. 2014.

órgãos: “Furthermore, issues of consent and exploitation related to organ removal are complicated by the fact that often victims will consent to the removal of their organs and will receive the agreed payment for them.” (UNESCO, 2010, p. 46)

Os elementos subjetivos do crime referem-se à atitude psicológica do agente do crime, e só pode ser responsabilizado criminalmente o indivíduo que age com determinado grau de culpa. O elemento subjetivo especificamente exigível no caso de tráfico de pessoas é que o agente tenha cometido os atos materiais com o propósito de ‘exploração da vítima’, segundo o Protocolo da ONU, que nesse caso se refere à exploração para fins de remoção de órgãos. (UNODC, 2009, p. 09)

No tocante ao elemento subjetivo, basta frisar que o Protocolo contra o Tráfico de pessoas requer a criminalização do evento ilícito quando existe a intenção, conforme expressa no artigo 5º “[...] quando tenham sido praticados intencionalmente”. Dessa forma, apenas é necessário que o agente pratique uma das ações do tipo penal do crime, empregando um dos meios enumerados para alcançar aquele objetivo ou que tenha a intenção de que a pessoa seja explorada, mostrando uma lista de formas de exploração, sem, contudo, definir com exatidão o que seria a ‘exploração’. (UNODC, 2009, p. 09)

De acordo com o Protocolo de Palermo, a expressão tráfico de pessoas significa: “o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo-se à ameaça ou ao 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 vítima pode estar agindo em estado de necessidade, o que excluiria a ilicitude e, conseqüentemente, o crime. Também poderia agir em razão de uma coação moral irresistível, o que excluiria a culpabilidade por ausência de inexigibilidade de conduta diversa. A liberdade de escolha pode ser influenciada por fatos contrários a sua real vontade, e nesse caso o vício da ‘liberdade’ deve ser levado em consideração, seja para diminuir, seja para extinguir a culpabilidade, isentando, pois a vítima de pena.

Fazendo uma breve análise do texto do Protocolo de Palermo, pode-se considerar que o tipo penal incriminador estabelece uma finalidade especial do agente para que este se enquadre no mesmo, exigindo-se a ‘exploração’. Dessa forma, é possível considerar que não se pode separar a conduta do agente de sua vontade, adotando-se a teoria finalista da ação. Para esta teoria, importa saber se o agente atuou

com dolo ou culpa, mas, se não houver presentes esses elementos, a conduta será atípica.

Importante rememorar que o relatório do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) afirma que o tráfico de órgãos não é classificado como tráfico humano, tendo em vista que para a configuração do tráfico de pessoas, há que se recrutar uma ‘pessoa viva’ por meio da força ou fraude para fins de exploração com a consequente remoção do órgão. Ainda é obscura a questão das doações de órgãos lícitas e do tráfico de pessoas para extração de órgãos, pois a remoção e posterior venda de órgãos de um cadáver não equivale a tráfico de seres humanos, consoante definido no Protocolo da ONU, em virtude de que o ato de remoção de órgãos não foi cometido contra uma pessoa viva. (UNODC, 2012, p. 39)

A ausência de um tipo penal para o tráfico de órgãos (como ocorre com o artigo 231 e 231-A) é uma lacuna que traz riscos à persecução criminal, pois o tipo penal é o instrumento legal, necessário e de natureza exclusivamente descritiva, cuja função é a individualização das condutas humanas penalmente proibidas. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 384)

O Senado Federal, em seu relatório final da CPI destinada a investigar o tráfico nacional e internacional de pessoas no Brasil, admite que há premente necessidade de se adequar os tipos penais da legislação brasileira aos dispositivos do Protocolo de Palermo, ratificado pelo Brasil (BRASIL, 2012, p. 187-188), visto que, no Brasil, não existem vítimas do tráfico de órgãos, porque pelo tratamento isonômico que elas recebem da legislação brasileira, elas são consideradas rés.

Inclusive, em análise à necessidade de adequações da legislação brasileira, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) elencou algumas pendências. Dentre elas, que o Governo Federal apresente substituto ao Projeto de Lei 2845/2003, que determina o parágrafo único do art. 64 do Código Penal passe a vigorar com a seguinte redação: “No crime de tráfico de pessoas, em qualquer uma de suas formas, o prazo mencionado no inciso I desse artigo será de 10 (dez) anos.” (OIT, 2012, p. 18).

Sobre o Título I da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, que este passe a vigorar acrescido do seguinte Capítulo:

Tráfico internacional para fim de remoção de órgãos, tecidos, célula ou partes do corpo humano

Art. 154-A. Promover, induzir, auxiliar, intermediar ou facilitar a saída, do território nacional, de pessoa, a fim de ser submetida à remoção ilegal de

órgão, tecido, célula ou partes do corpo humano. Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

§1º Incorre nas mesmas penas aquele que agenciar, aliciar, recrutar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§2º A pena é aumentada de metade se:

I – a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II – a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III – se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV – se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§3º Se do fato resulta morte:

Pena - reclusão, de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, além da pena correspondente ao tráfico. (NR)

Tráfico interno de pessoa para fim de remoção de órgãos, tecidos, célula ou partes do corpo humano

Art. 154-B. Promover, induzir, auxiliar, intermediar ou facilitar o deslocamento, no território nacional, de pessoa, a fim de ser submetida à remoção ilegal de órgão, tecido, célula ou partes do corpo humano.

Penal – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

§1º Incorre nas mesmas penas aquele que agenciar, aliciar, recrutar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§2º A pena é aumentada de metade se:

I – a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II – a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III – se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV – se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§3º Se do fato resulta morte:

Pena - reclusão, de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, além da pena correspondente ao tráfico. (NR)” (OIT, 2012, p. 18)

Quanto ao disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), art. 239 do ECA passaria a vigorar com a seguinte redação abaixo e ainda acrescido do art. 239-A:

Art. 239. Promover, auxiliar, intermediar ou facilitar a entrada ou saída do território nacional, de criança ou adolescente, sem observância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro ou qualquer outra vantagem. Pena – reclusão, de 04 (quatro) a 06 (seis) anos, e multa.

Art. 239-A. Sequestrar criança ou adolescente com o fim específico de remoção de órgão, tecido ou partes do corpo humano: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, e multa.

§1º. Se o crime é cometido por bando, quadrilha ou organização criminosa: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 20 (vinte) anos, e multa;

§2º Se do crime resulta a morte: Pena - reclusão, de 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta) anos, e multa. (NR) (OIT, 2012, p. 19)

Dentre outras alterações, destaca-se a previsão do tráfico internacional de criança ou adolescente e o sequestro de criança ou adolescente para a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, previstos nos artigos 239 e 239-A da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

O Brasil necessita urgentemente agilizar o trâmite da Lei que torna o tráfico de seres humanos como crime hediondo, não apenas por repreender mais duramente o crime, pois não se quer punir mais, quer-se punir adequadamente, e não se pode desconsiderar que o tráfico de seres humanos necessita de um capítulo especial, que trate dos crimes contra a dignidade humana, e assim, inclua-se o tráfico de seres humanos, com um tipo específico para o tráfico de órgãos.

Não se pode olvidar que seria importante também realizar definições quanto à situação de vulnerabilidade, reafirmar a invalidade do consentimento da vítima para concretizar o crime, além de rediscutir as multas para efetivo reparo aos danos físicos e morais causados às vítimas.

A grande questão é que existe uma demanda por órgãos que está sendo suprida pela oferta clandestina. A ausência de políticas públicas de saúde tornam as filas de transplante um corredor da morte para quem precisa de um órgão, levando as vítimas do tráfico a uma conduta que contribui para o ocorrência do crime.

Como essa conduta da vítima tem baixa ofensividade, poder-se-ia ensejar uma atipicidade material. Além disso, em razão da situação particular de vulnerabilidade na qual a vítima se encontra, seria salutar que os próprios agentes públicos responsáveis pela aplicação da lei penal, ministério público e magistratura, produzissem jurisprudência para declarar essa atipicidade material, ou ainda para isentar de pena e excluir a culpabilidade das vítimas a partir dos dados sociais brasileiros, que demonstram que a população mais pobre, fruto de uma história excludente, tem servido de banco de órgãos para os mais afortunados.

As estatísticas sociais brasileiras são bem negativas e devem nos reportar à co-culpabilidade estatal e social, em não prover ações inclusivas para essas pessoas. Constata-se que a vinculação da conduta omissa do Estado a um resultado decorrente da prática de um delito estabelece um nexo causal, através da vinculação das políticas

estatais a determinadas finalidades, desencadeados pela eficácia normativa dos direitos fundamentais.

Algumas decisões dos Superiores Tribunais de Justiça, a exemplo do de Minas Gerais, não têm admitido a aplicação da teoria da co-culpabilidade estatal como justificativa para a prática de delitos, sobretudo, quando não resta demonstrado ter sido o envolvido prejudicado por suas condições sociais (STJ/MG - HABEAS CORPUS HC 187132 MG 2010/0185087-8). Porém, quando esta condição social é determinante para a atitude da vítima, esta não deveria em hipótese alguma configurar como criminosa durante a instrução processual.

A teoria da coculpabilidade objetiva dividir a responsabilidade, diante da prática de um fato delituoso, entre Estado, sociedade, e o sujeito ativo do crime, tendo em vista a condição de hipossuficiência deste, em razão da falta de prestação estatal no que tange à efetivação de direitos individuais basilares. (COSTA, 2013, p. 13)

A co-culpabilidade surgiu como importante mecanismo de justiça social, reconhecendo os fatores socioeconômicos que influenciam na prática do delito. Consiste basicamente em compartilhar a responsabilidade entre o agente delituoso (no contexto, a vítima) e o Estado, aliviando a pena e a atitude.

A teoria da co-culpabilidade se amolda ao princípio da isonomia no momento em que aquela teoria busca dividir a parcela de culpa, reconhecendo que não pode tratar a vítima de forma igual, sem que se ponderem outras circunstâncias, quais sejam, sociais, e que fogem ao alcance da vítima. É reconhecer que atribuir um tratamento único, conferindo exclusividade da culpa às vítimas e não perceber que algumas disparidades de diferentes ordens (econômicas, sociais) reproduzem indivíduos também diferentes, cujo contexto pode influenciar a sua conduta e o seu juízo de valor, a ponto de dar preferência ao dinheiro e não, à saúde e à vida.

CAPÍTULO III

AS VÍTIMAS DO TRÁFICO DE ÓRGÃOS NO BRASIL:

UM ESTUDO DA OPERAÇÃO BISTURI

“438. As vítimas do tráfico [...], de forma alguma podem ser encaradas como pessoas que contribuíram para a prática dos crimes em questão. Já se demonstrou retro, com efeito, que a vulnerabilidade econômica delas lhes retirava até mesmo a validade do consentimento, estando os acusados condenados cientes dessa condição delas, por eles maliciosamente explorada.”

Trecho da sentença criminal da Juíza Amanda Torres.
Ação Penal 2003.83.00.27440-0 (fl. 83)

Segundo a Associação Brasileira de Transplantes (ABTO)⁴², o Brasil é o segundo país do mundo em número de transplantes. Pontua-se como crucial a atuação do Ministério da Saúde, dos governos estaduais e das entidades médicas em todo o processo de doação e transplantes, sobretudo, para regulamentar e fiscalizar o processo para punir e reprimir abusos e excessos.

Essas informações reforçam a necessidade de investir-se nas doações e em campanhas que visam a doação como ato humanitário e solidário. É um dado relevante, apesar de ser conhecido que as filas de transplante são enormes e que há mundialmente uma escassez de órgãos vitais para transplantes. Por isso, a mercantilização do corpo humano vem sendo discutida por diversas ciências como um problema mundial, envolvendo o direito, a sociologia, a psicologia, a antropologia, a medicina, a bioética. Quer-se alcançar o equilíbrio num mundo em que o humano tem servido para o outro humano de forma desproporcional.

O tráfico de pessoas é causa e consequência de violações de direitos humanos, sendo fundamental que as medidas de prevenção sejam baseadas no reconhecimento de que este crime é incentivado e facilitado pela ausência e falha da proteção efetiva aos direitos humanos, como o direito ao trabalho, direito a um padrão adequado de vida, liberdade de locomoção e proibição da discriminação. (PIOVESAN; KAMIMURA, 2013, p. 120)

⁴² Disponível em: <[http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2013/rbt2013-parcial\(1\).pdf](http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2013/rbt2013-parcial(1).pdf)>. Acesso em: 30 jun. 2014.

Como observado no capítulo anterior, o tráfico de órgãos é complexo e, no Brasil, ainda não possui um tipo penal específico, que traga não só a punição como também explicações sobre a conduta criminosa, que abarque as especificidades do crime e suas distintas variações, prevendo os casos em que não se constituem crime, atenuantes e agravantes. Nesse capítulo, o estudo se volta à análise de casos ocorridos no Brasil, com foco centrado na Operação Bisturi, que resultou na Ação Penal 2003.83.00.27440-0. É o melhor caso documentado no Brasil e também emblemático.

3.1 Correntes em relação ao tráfico de órgãos: abolicionista, reguladora, criminalizadora

A Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) sobre Tráfico de órgãos concluiu um relatório, em 2004, sobre vários casos envolvendo o comércio de órgãos no Brasil. Enumeraram alguns tipos de doação e os classificaram⁴³, conforme se observa a seguir:

- a) doações entre parentes vivos;
- b) doações de pessoas emocionalmente relacionadas com o receptor;
- c) doações altruísticas;
- d) doações com incentivos para o doador ('rewarded donors');
- e) as doações recompensadas ou remunerada ('rewarded gifting');
- f) comércio desmedido (como no caso de Recife-PE); e
- g) a doação por coerção criminosa.

Os três primeiros tipos de doação estão previstas pela legislação, enquanto que as quatro últimas categorias são mercantilistas. Nenhuma delas é aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, no país, existe um consenso majoritário no sentido da rejeição da venda de parte do corpo, mesmo em situação de extrema necessidade terapêutica de transplante. (RELATÓRIO DA CPI, 2004, p. 07)

O Brasil possui uma legislação voltada ao tráfico de órgãos ainda com lacunas, e o que parece é que esse discurso vem sendo utilizado por outros países para se discutir uma abertura para a discussão da compra e venda de partes específicas do corpo ainda em vida.

⁴³ Essa classificação para aquisição de órgãos foi proposta em 1992 pelo Sr. A. S. Daar, membro da Comissão de Ética da Transplantation Society, a Associação Internacional de Transplantes.

Nesse sentido, Berlinguer (1993, *apud* HELLMANN; FINKLER; VERDI, 2012, p. 125) descreveu o termo ‘Bioética Justificativa’ para apresentar algumas correntes da bioética. O comércio de partes de corpo seria legitimado como algo mais ‘leve’ e ‘moralmente válido’. A venda de partes do corpo seria chamada de *rewarded gifting* e o vendedor *rewarded donor* (doador remunerado). Para o autor, a nova denominação levaria a um comércio ainda considerado de altruísmo indireto, porque permitiria um “mercado humano mais digno entre doadores vivos que vendem órgãos específicos a compradores com os quais não possuem relação de parentesco”.

Vários argumentos de que a venda de órgãos seria em prol do bem comum estão elencadas abaixo, com um breve comentário a respeito:

- a) a expectativa de diminuição da fila de espera para transplantes: nesse ponto, podemos considerar que há uma preocupação com os receptores de órgãos e não, com as condições de miséria que vivem os vendedores de órgãos, população muito numerosa nos países subdesenvolvidos, cada vez mais desesperada, frente à falta de perspectiva de melhoria de sua condição.
- b) diminuição no número de problemas oriundos de transplantes clandestinos: não existe essa certeza de que a abertura para o comércio de órgãos diminuiria a ocorrência de transplantes clandestino. A argumentação centra-se novamente no receptor e não se destaca que uma pessoa que doa ou vende um rim pode ter sua expectativa de vida reduzida. (HELLMANN; FINKLER; VERDI, 2012, p. 127).
- c) os transplantes a partir de doadores vivos são bem melhor sucedidos: o discurso é correto, procede a afirmação de que os transplantes renais possuem melhores resultados quando o doador é pessoa viva, no entanto, outra vez, evidencia-se o receptor do órgão. São considerações em defesa da comercialização, que, em momento algum pontua que a melhoria de vida de uns não pode justificar eticamente a diminuição da expectativa de vida de outros, isto é, dos ‘falsos doadores’ ou vendedores de órgãos, normalmente pessoas socialmente em situação de vulnerabilidade.
- d) a diminuição dos custos envolvidos nos tratamentos dos pacientes que aguardam transplantes (como, por exemplo, a hemodiálise): essa alegação não parece tão plausível, porque em algumas situações, como nos casos de países em desenvolvimento, seriam afirmativas frágeis, porque ao passo em que se sacrificaria a saúde de populações mais pobres em detrimento da vida de algumas pessoas ricas com condições de arcar com o pagamento de transplantes, deixar-se-ia de incluir no debate ético sobre os transplantes as taxas de mortalidade nesses países, que poderiam ser combatidas com

medidas básicas de atenção primária. (HELLMANN; FINKLER; VERDI, 2012, p. 126). Que é custoso cuidar de pacientes que estão à espera de um transplante não resta dúvida, mas, do mesmo modo, o custo é também muito alto para as pessoas que sobrevivem marginalizadas, na pobreza extrema, esse prejuízo é para toda a vida.

e) o argumento de que a não liberação do comércio de órgãos humanos é um obstáculo ao desenvolvimento científico: os autores ressaltam que “garantir vantagens à economia era um dos mais populares argumentos sobre a importância da escravidão. O bem comum, necessário ao desenvolvimento econômico, era ainda considerado um ato de compaixão aos servos, do qual também se beneficiariam.” (HELLMANN; FINKLER; VERDI, 2012, p. 127). Os autores complementam: “No caso em pauta, os ‘novos escravos’ [vendedores de órgãos] ganhariam dinheiro e não morreriam de fome.”

Tais justificativas demonstram uma dicotomia entre pontos favoráveis e contra a comercialização de órgãos. Entretanto, colocam em foco apenas amenizar o sofrimento do receptor do órgão. Não existe qualquer argumento que demonstre que haverá uma melhoria da condição social ou econômica do doador, que ele ganhará um emprego através do qual poderá usufruir de uma vida plena com saúde e dignidade ou que indique que o doador estará a salvo da exploração de organizações criminosas. Certamente a legalização no todo ou em parte, parece apenas facilitar a vida de quem deseja um algo que, no momento, não dispõe.

Pela relevância do tema, há debates acerca da legalização, proibição parcial ou total do comércio de órgãos. Essa discussão ocorre, sobretudo, no âmbito na bioética. Existem algumas tendências discutidas em relação ao tráfico que se volta à extração de órgãos, sendo ainda pouco discutidas: a tendência Abolicionista, a Reguladora ou moderada e a Proibicionista, atualmente em vigor no país.

A primeira corrente, denominada ‘Abolicionista’, tem entre seus adeptos médicos e cientistas. Eles defendem a descriminalização total da compra e venda de órgãos, deixando a cargo do indivíduo a decisão por sua integridade, esta, porém, não é uma tendência muito aceita, exatamente pelas estatísticas dos relatórios internacionais indicarem que pessoas das periferias do mundo estão servindo de banco de órgãos para indivíduos ricos de países desenvolvidos que podem pagar por um órgão.

Aqueles que são a favor da legalização desse comércio, defendem o direito de usar seu corpo como desejar e justificam que esses órgãos aumentariam o número de transplantes, diminuindo a mortalidade na fila de espera. (ANDRADE, 2013, p. 570)

A segunda corrente, ‘Reguladora ou Moderada’, incentiva à doação com recompensas para o doador (‘rewarded donors’), ou a doação presenteada (‘rewarded gifting’). De acordo com Garrafa (2009, p. 03) desde a década de 80 há discussões internacionais, em especial promovidas pelos Estados Unidos (EUA), no sentido de discutir o mercado de órgãos e seus aspectos ético-legais. Inclusive, existe uma disseminação da ideia de ‘doadores gratificados’ (*rewarded donors* ou *rewarded gifting*). Para alguns, a utilização do sistema de compra e venda para resolver o problema de falta de órgãos resume-se a: “To buy or let die” (comprar ou deixar morrer).

Nestes casos, o doador receberia uma espécie de presente, isenções fiscais, algum pagamento, pela doação realizada a título de incentivo para outros igualmente agirem da mesma forma, mas recebendo uma recompensa pelo ato de vontade e coragem, e haveria todo um controle pelos órgãos públicos sobre tais práticas e sobre o pagamento aos doadores. Também seria realizada uma distinção de quais órgãos poderiam ser doados, como também descriminalizaria a venda de partes do corpo, cuja remoção não importasse em perda significativa para o doador, ou redução de sua capacidade laborativa, e de sua saúde, e exemplo de dentes, cabelo, dedo.

No entanto, há uma divisão de opiniões, segundo Garrafa (2009, p. 03), entre “uma minoria médica resistente a qualquer forma de comercialização e um grupo maior de defensores da abertura para o comércio de órgãos e estruturas através de várias formas.”

Infelizmente, observa-se a emergência de correntes de pensamento internacionais, entre pacientes, profissionais da saúde e filósofos, defendendo algum tipo de comercialização de órgãos, o que ameaça o humanitário princípio da “doação” de órgãos, e tem potencial para aumentar as desigualdades entre os povos e prejudicar a saúde dos indivíduos de menor poder aquisitivo. (RELATÓRIO DA CPI, 2004, p. 24)

Outro ponto negativo poderia ser a o declínio da confiança nos profissionais da saúde pública, devido ao potencial para favorecimento evidente para os receptores ricos. (MORELLI, 1995, p. 944-945)

A terceira corrente é a que atualmente se pratica no Brasil, ‘Proibicionista’. É considerada mais radical porque criminaliza totalmente qualquer tipo de comércio envolvendo órgãos humanos, tecidos e partes do corpo. Essa corrente, apesar de encontrar a maioria de adeptos, tem causado problemas às vítimas do tráfico, visto que

repreende excessivamente os mais pobres, pois os equipara aos verdadeiros criminosos, numa latente afronta ao princípio da igualdade que estipula um tratamento diferenciado aos desiguais.

Todas essas correntes trazem pontos positivos e negativos, porém, sustenta-se que o Brasil, ainda, não tem condições de sustentar as duas primeiras situações (Abolicionista e Moderada), porque a legislação em vigor no país precisa ser melhor discutida, as políticas públicas relativas à melhoria de condições econômicas, sociais e culturais precisam chegar às pessoas das periferias, a fim de que elas se fortaleçam e façam suas escolhas convictas das consequências. Também os órgãos de fiscalização necessitam de melhor aparato para dar suporte às vítimas e investigar a complexa rede do crime organizado que norteia o tráfico humano.

As vítimas do tráfico de órgãos no mundo ainda são pouco conhecidas. O seu perfil é traçado com base em casos já registrados, mas pouco se conhece psicologicamente sobre a percepção dessas vítimas quanto à sua própria situação, sobre o juízo de valor que fazem ao se lançarem na fila de ‘falsos doadores’ de órgãos, e quais os principais problemas que enfrentam após retorno como vítimas traficadas.

Estudos envolvendo a compreensão da vulnerabilidade das vítimas do tráfico de órgãos e até mesmo da complexidade do fenômeno ainda são pouco conhecidos no Brasil, principalmente “em razão da carência de estudos especializados sobre o tema e deficiente coleta e produção de dados e estatísticas relacionadas ao tráfico de pessoas” (PIOVESAN; KAMIMURA, 2013, p. 108).

3.2 O perfil das vítimas do tráfico de órgãos no Brasil

Em séculos passados, dadas as desigualdades que existiam na maioria das sociedades, parece que os pobres existiam para servir os ricos e ser explorada por eles. Esta exploração atingiu um nadir no século XX, quando os corpos dos pobres tornaram-se matérias-primas para proporcionar vida renovada para aqueles que podiam pagar, através da aquisição de novos órgãos. (PANJABI, 2010, p. 02)

O abuso do corpo foi identificado em vários tipos de práticas e, muitas vezes, a coerção é o meio que garante a exploração e controle das vítimas.

“The coercion used to maintain control over victims varies from the subtle pressure to repay debts, to debt bondage, manipulating the victims into falling in love with their traffickers, constant supervision, the use of guards, threats, actual violence and voodoo practices or a combination of any of the above.” (UN.GIFT, 2010, p. 10)

Segundo Garrafa e Berlinguer (*apud* RELATÓRIO DA CPI, 2004, p. 7), são quatro os elementos relacionados ao abuso do corpo humano:

- 1) socioeconômicos, como a fragilidade econômico-social das pessoas que são obrigadas a vender, sendo um caso típico na literatura internacional, o que aconteceu na Inglaterra, com o Dr. Raymond Crockett⁴⁴, que realizou transplantes renais utilizando órgãos de quatro cidadãos turcos;
- 2) socioculturais, que facilitam ou dificultam a utilização de órgãos doados de maneira altruísta, por exemplo, há culturas e religiões cujos indivíduos não aceitam a doação de órgãos;
- 3) estruturais, que podem facilitar a mercantilização, como no caso de legislação inadequada, de programas de transplante com deficiências na captação de órgãos e no controle de listas únicas de pacientes;
- 4) indefinição de limites entre a ciência e a ética.

Os fatores acima enumerados corroboram para o fato do tráfico de pessoas ser um fenômeno multifacetado. O destaque que o autor coloca é relativo a um dos principais problemas enfrentados pelos países subdesenvolvidos, e que se relaciona à fragilidade econômica e social das pessoas, cultural e religiosa que facilitam ou dificultam a doação de órgãos. Sobre a influência religiosa, podemos citar o caso dos muçulmanos, que acreditam na onipotência de Deus e de sua capacidade de ressuscitar o morto, criando barreiras à doação de órgãos (MORELLI, 1995, p. 921)

Dentre outros fatores que dificultam a doação de órgãos estão os relativos a uma legislação incompleta que, apesar de definir os limites da ciência e da ética ainda não consegue exercer efetivo controle.

O comércio de órgãos levanta uma séria preocupação ética em relação à exploração de pessoas mais pobres. Uruguaios viajaram para o Brasil para vender seus órgãos, porque no Brasil, basta o consentimento para doação entre não aparentados. Há casos de indígenas que apareceram com cicatrizes no abdômen, indicando suposta cirurgia para remoção de rim. Relatos semelhantes também foram encontrados na Guatemala e no Peru. (MORELLI, 1995, p. 926)

Pesquisas das Nações Unidas apontam que as principais pessoas que vendem órgãos são do sexo masculino e estão em situação tão vulnerável, imposta pela ausência de oportunidade, que a única opção que lhes parece no momento para uma melhoria de

⁴⁴ Fato já mencionado no Capítulo II, p. 57.

vida, é desfazer-se de um órgão humano. São pessoas com pouca instrução escolar e que, por conta desse fato, acabam caindo nas armadilhas dos aliciadores. O tráfico para remoção de órgãos já foi detectado em 16 países em todas as regiões do mundo. (UNODC, 2012, p. 10)

Vítimas já foram detectadas na América do Sul e do Norte, inclusive, na Ásia e vários países do Oriente Médio, como também no leste da África, onde as vítimas foram principalmente mulheres, crianças e albino, cujo tráfico para remoção de órgãos buscava atender à medicina tradicional local ou rituais religiosos. (UNODC, 2012, p. 11)

O perfil das vítimas reside numa situação de vulnerabilidade, geralmente marcado pela falta de condições econômicas de sustentar a si e a sua família. Socialmente também estão vulneráveis, pois não dispõe de acesso à educação, à oportunidades de emprego, não realizam seus direitos, e tanta desigualdade acaba tornando as mulheres mais suscetíveis ao tráfico. As crianças, igualmente, também são um grupo atendido pelo tráfico para fins de remoção de órgãos. Mas do mesmo modo, os imigrantes ilegais, recém-chegados no país compõe o grupo de risco de tornar vítima de traficantes, pois estão fragilizados pela distância das famílias, dos amigos e de qualquer outra rede de apoio. O sexo, a idade, o status de migração, características etno-linguísticas, mas, principalmente, a pobreza, tem sido as principais explicações para a vulnerabilidade, visto que se constituem como motivos para discriminação e marginalização. Com isso, os traficantes encontram um ambiente propício para explorar a particular situação de vulnerabilidade das vítimas. (UNODC, 2012, p. 15)

3.3 Sobre a obtenção das informações

Conforme autorização judicial expedida, em 17/06/2013, pelo Juiz de Direito César Arthur C. de Carvalho, Titular da 13ª Vara da Justiça Federal, em Recife-PE, foi autorizada a cópia de partes do processo para fins acadêmicos, como é o caso. A partir disso, passou-se a analisar o esquema descrito na Denúncia do Ministério Público, os indiciados e as condutas criminosas realizadas.

Destaque-se que, em atenção à decisão da Juíza Amanda Torres, que sentenciou os acusados, não faremos indicação de nomes das vítimas, em respeito à sua identidade e privacidade.

O relato que se faz nessa pesquisa analisará partes da Ação penal que deu origem à Operação Bisturi. Essa operação foi deflagrada em 2003, e foi resultado de uma longa e séria investigação que se utilizou dos recursos legais disponíveis como profissionais e estrutura investigativa especial, a exemplo da interceptação telefônica, devidamente autorizada judicialmente, resultado do Inquérito Policial n. 0427/2003.

3.3.1 Os Fatos

Conforme os fatos expostos na supracitada sentença, Gedalya Tauber, também conhecido como Gaudy, natural da Polônia, ex- major do Exército israelense, encabeçava uma associação clandestina, que matinha contato com moradores da periferia do Recife-PE. Eles ofereciam pagamento em dinheiro em troca da extração cirúrgica de um rim.

Aos doadores eram oferecidas remunerações cujos valores variavam de 6 a 10 mil dólares, e as operações ocorreriam no Hospital St. Augustine, na cidade de Durban, África do Sul. A viagem e todos os procedimentos necessários eram custeados pela ‘associação’ que então se formou. As pessoas selecionadas como doadores eram encaminhadas, ainda em Recife, a exames pré-operatórios e, se aprovadas, recebiam documentos de viagem, passaporte e passagens, tudo providenciado pelo grupo de Gaudy. Ao chegarem em Durban os aliciados refaziam exames – tudo para garantir que não haveria reclamações sobre a qualidade dos rins e nem problemas para a “associação”, já que os receptores estavam desembolsando fortunas pelo órgão. Seguiam para a cirurgia, permanecendo no hospital o tempo mínimo de recuperação em cirurgias desse tipo. Ao voltarem ao Brasil, ou mesmo ainda na África, recebiam a quantia pactuada. Muitos dos aliciados que se submeteram às cirurgias, quando retornavam, diante do sucesso do procedimento, passaram também a ser captadores de novos “doadores”, recebendo a quantia de mil dólares por voluntário captado. (RELATÓRIO DA CPI, 2004, p. 69)

Em 24 meses a quadrilha proveu a realização de 38 transplantes com doadores brasileiros no hospital St. Augustine e dentre as pretensões, queriam realizar os transplantes no Brasil, objetivando reduzir as despesas com o transporte e alojamento de brasileiros na África do Sul (RELATÓRIO DA CPI, 2004, p. 72)

A estrutura da organização estava bem montada, tendo como líder Gedalya Tauber Gady. Ele tinha uma equipe bem articulada no Brasil, com indivíduos ligados à justiça, em especial: a Advogada Teresinha Medeiros de Souza, conhecida como o “caixa” do esquema; Ivan Bonifácio da Silva, capitão da Polícia Militar aposentado, apontado pelo Ministério Público Federal como um dos diretores do esquema. Ele ainda afirmou em depoimento que o líder Gedlaya estava estudando a ‘possibilidade de fraudar a lista oficial de transplantes’ (RELATÓRIO DA CPI, 2004, p. 73), o que certamente seria catastrófico para as pessoas que aguardam na fila de espera, e também para os pretensos doadores. Estes cairiam no descrédito perante os organismos públicos, repercutindo de forma desastrosa e desencorajadora para quem cultivava interesse em manifestar um gesto solidário.

Uma das vítimas aliciadas estava desempregada. Vendeu seu rim por R\$24 mil reais, e o intermediador foi o capitão aposentado Ivan Bonifácio. O irmão de Leonardo foi também aliciado e submeteu-se à cirurgia. Com o tempo, esses valores foram diminuindo, e algumas pessoas receberam após as cirurgias em torno de R\$6 mil reais. Os aliciadores ganhavam R\$1.000,00 (mil reais) por pessoa aliciada, conforme descrito denúncia (p. 46-48). Dentre estes, havia interpretes que agilizavam a documentação para as viagens, acompanhavam os doadores ao aeroporto para as viagens. Havia também assessores que ajudavam o Gerente. Eles assessoravam Gedalya e auferiam vantagem com a compra dos órgãos.

Algumas das vítimas foram identificadas como trabalhadoras das seguintes profissões, sendo indicada sua respectiva idade em 2014: AJS (vigilante, 49 anos), R.F.S.F (mecânico e motorista, 59 anos), T.P.S. (mecânico, 41 anos), P.G.O.V (ajudante de pedreiro, 41 anos), J.P.M.L (profissão ignorada, 36 anos), J.C.C.S. (profissão ignorada, 42 anos), V.O.V. (autônomo, 51 anos), P.R.O.N. (pedreiro, 59 anos), P.B.F. (técnico em eletrônica, 28 anos), L.S.G. (cabeleireiro, 32 anos), J.C.C.S (pedreiro, 35 anos), L.S.G. (auxiliar de fabricação de tintas, 34 anos), H.G.S (pintor de automóveis, 45 anos), G.B.A.J (recepcionista e professor, 47 anos), M.C.N. (vendedor, 38 anos), J.F.A.L. (gesseiro – autônomo, 31 anos).

Como se observa, as vítimas tinham, em média, na época da apuração dos fatos, em 2003, entre 17 e 48 anos de idade, sendo a maioria composta por pessoas com idade entre 20 e 48 anos. Suas profissões indicavam que muitas não tinham profissão fixa, ou exerciam alguma profissão percebendo baixa remuneração.

Nos relatos das vítimas, conforme indicado na denúncia, o médico José Sylvio prescreveu exames preliminares sem ao menos consultá-las. Houve aluguel de cofre em agência bancária no Recife a fim de guardar os recursos que seriam pagos aos ‘falsos doadores’. Em agendas apreendidas dos aliciadores, havia anotações de voos, datas, inclusive, com indicações de casos que não fora possível a realização do transplante⁴⁵.

Apesar dessa breve análise, não foi autorizado acesso ao depoimento das vítimas, razão por que outras situações de seus depoimentos não foram indicadas nesse trabalho.

3.3.2 Estudo da sentença criminal condenatória

A ação penal n. 2003.83.00.27440-0 resultante da operação Bisturi levou à condenação de Gedalya Tauber a 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão pelo cometimento do crime previsto no art. 15, parágrafo único, da Lei n. 9.434/1997, e 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão pela prática do delito de quadrilha (art. 288 do CP). Esta última pena foi diminuída de um mês, porque o réu confessou o crime, sendo aplicado o disposto no art. 65, III, alínea ‘d’, do Código Penal. Além disso, foi aplicada pena de multa.

As outras dezenove pessoas tiveram aplicação semelhante, mudando apenas a quantidade de pena, que foram menores que a do mentor da organização. Outras 16 (dezesesseis) pessoas, que eram réus no processo, foram absolvidas por serem identificadas como as vítimas do crime.⁴⁶

Para entender a decisão da juíza Amanda Torres de Lucena, faz-se uma análise de partes do Processo n. 2003.83.00.27440-0, da 13ª Vara Federal do Estado de Pernambuco. Parte do documento está enumerada como processo 0007847-23.2011.4.05.8300.

Na denúncia do Ministério Público Federal, de Pernambuco, datada de 18 de dezembro de 2003, consta o indiciamento de várias pessoas, todas incursas no Artigo 15 da Lei n. 9.434/1997, em suas diferentes modalidades, seja por: comprar, beneficiar-se das transações, intermediar. Algumas delas tiveram ainda o indiciamento no artigo 288, *caput*, do Código Penal (quadrilha ou bando), enquanto outras quinze pessoas (fls. 04),

⁴⁵ _____. p. 45.

⁴⁶ Extraído da sentença criminal da Juíza Amanda Torres, processo n. 2003.83.00.27440-0. p. 85

aqui enumeradas pelas iniciais de seus nomes, com vistas ao respeito à preservação de suas identidades (A. J. A., R., T, P. G, J. P., J. C. C, V, P. R., P. B., L, J. C. C., L. S., H., G., M. C. e J. F.) foram incursas apenas no mesmo artigo 15, porém, na modalidade “vender”.

Assim, a denúncia do órgão ministerial dividiu as condutas dos criminosos com a seguinte infração penal:

a) Gerente – Gedalya Tauber, o comprador e líder de todo o esquema, o ‘homem do dinheiro’, réu confesso ao indicar no depoimento que ‘possuía relação comercial relativa a rins’⁴⁷.

Crime imputado: artigo 288, *caput*, do CPB (quadrilha ou bando - em razão da ausência, na época, de um tipo mais complexo, como hoje se tem a organização criminosa) e artigo 15 da Lei n. 9.434/1997, na modalidade ‘comprar’, tantas vezes quantos foram os vendedores e artigo 16 da mesma lei, combinado com o artigo 29 do CPB (realizar transplantes ilegalmente) tantas vezes quantos foram os aliciados.

A indicação desse tipo penal para o Gerente do esquema pareceu adequado até o artigo 15, porém, quanto ao artigo 16 da Lei n. 9.434/1997, não parece coerente atribuir uma conduta de “realizar transplante”, conforme prevê o art. 16, pois, conforme a análise do artigo 14 da mesma lei, no capítulo anterior, a ação do tipo penal é própria do sujeito ativo que exerce a medicina formalmente ou não. Mas, o MP justifica que concorreram para a prática do artigo 16, como partícipes.

Na sentença condenatória, a Juíza Amanda Torres aplicou 19 dezenove crimes tipificados no art. 15, parágrafo único, da Lei n. 9.734/1997, com continuidade delitiva (art. 71 do CP) em concurso material (art. 69 do CP) com o delito de quadrilha, art. 288 do CP. Após definição de agravantes e atenuantes, a pena foi estipulada em 11 anos e nove meses de reclusão.

b) Assessores – Eliézer (também israelense, biquímico e biomédico), Moisés (sócio da agência de turismo Mapa Mundi, e José Sylvio (médico) – davam assessoria direta ao Gerente e o médico requisitava os exames laboratoriais e analisava a compatibilidade dos doadores com os receptores.

Crime imputado: artigo 288, *caput*, do CPB (quadrilha ou bando) e artigo 15 da Lei n. 9.434/1997, parágrafo único, enquanto beneficiários das transações, tantas vezes

⁴⁷ Extraído do Auto de Qualificação e Interrogatório de Gedalya Tauber da Polícia Federal. Processo n. 2003.83.00.27440-0, p.176 /p. 49.

quantos foram os vendedores e artigo 16 da mesma lei, combinado com o artigo 29 do CPB (realizar transplantes ilegalmente) tantas vezes quantos foram os aliciados.

A indicação desse tipo penal para o Gerente do esquema pareceu adequado até o artigo 15, porque de fato conforme consta na lei, facilitaram e auferiram vantagem econômica com a transação. Do mesmo modo, quanto ao artigo 16 da Lei n. 9.434/1997, não parece coerente atribuir uma conduta de “realizar transplante”. Mas, o MP justifica que concorreram para a prática do artigo 16, como partícipes.

c) Diretores – Teresinha, Eldênia, Ivan Bonifácio, Fernanda e Josué ‘aliciadores’ (asseguravam o funcionamento das funções vitais como pagamentos e recebimentos, ademais, unindo os interesses entre compradores e vendedores para concretizar a mercância).

Crime imputado: artigo 288, *caput*, do CPB (quadrilha ou bando) e artigo 15 da Lei n. 9.434/1997, parágrafo único, enquanto intermediadores, tantas vezes quantos foram os vendedores e artigo 16 da mesma lei, combinado com o artigo 29 do CPB (realizar transplantes ilegalmente) tantas vezes quantos foram os aliciados.

A indicação desse tipo penal para o Gerente do esquema pareceu adequado até o artigo 15, porque de fato conforme consta na lei, intermediaram e auferiram vantagem econômica com a transação. Novamente equivocada a indicação do artigo 16 da Lei n. 9.434/1997. Mas, o MP justifica que concorreram para a prática do artigo 16, como partícipes.

d) vendedores-aliciadores – Gerson, João Cavalcante, Marcondes e Alberty (inicialmente venderam seus órgãos, que foram aliciados pelos diretores, tornando-se recrutadores e aderindo à associação criminosa após o regresso ao Brasil, unindo os interesses para concretizar a mercância).

Crime imputado: artigo 288, *caput*, do CPB (quadrilha ou bando) e artigo 15, *caput*, da Lei n. 9.434/1997, na modalidade ‘vender’ e art. 15 da Lei n. 9.434/1997, parágrafo único, enquanto intermediadores, tantas vezes quantos foram os intermediados e artigo 16 da mesma lei, combinado com o artigo 29 do CPB (realizar transplantes ilegalmente) tantas vezes quantos foram os aliciados.

e) simples vendedores – Os demais denunciados pelo *parquet*, sendo estes, R., T, P. G, J. P., J. C. C, V, P. R., P. B., L, J. C. C., L. S., H., G., M. C. e J. F, totalizando 15

pessoas. Outros não conseguiram ser localizados pela polícia, pois tinham mudado de endereço.

Crime imputado: artigo 15, *caput*, da Lei n. 9.434/1997.

Quanto à análise dos ‘simples vendedores’, com assim indicou o órgão ministerial, apesar de indicar a conduta como tipificada no *caput* do artigo 15 da Lei de Transplantes, deixou de fora do esquema da quadrilha, tendo em vista que considerou que somente os quatro anteriores integravam de forma direta ou indireta, trabalhando na organização para alcançar os objetivos delituosos, mesmo assim, atribuiu-lhes a tipificação constante no artigo 15, *caput*, afirmando que “não havia nos autos demonstração inconcussa a respeito da existência de circunstância capaz de eximi-los dessa responsabilidade penal.”⁴⁸

Alguns dos aliciadores se tornaram bem sucedidos⁴⁹ na organização, porque passavam a recrutar muitas pessoas. Alguns exames periciais confirmaram a ausência de rim em algumas vítimas “resultado positivo: rim esquerdo ausente (fls. 490)”⁵⁰

Em sua sentença, a Juíza Amanda Torres escreve a culpabilidade informando que é “o sujeito, de acordo com suas condições psíquicas, podia estrutura sua consciência e vontade de acordo com o direito (imputabilidade); se estava em condições de poder compreender a ilicitude de sua conduta (possibilidade de conhecimento da ilicitude); e era possível exigir-se, nas circunstâncias, conduta diferente daquela do agente (exigibilidade de conduta diversa).”⁵¹

Ela considera altamente reprovável a conduta do Gedalya Tauber, pelo caráter mercenário e principalmente “porque escolhiam pessoas bastante necessitadas e as ludibriavam, explorando-lhes a dignidade, por saberem que em face de suas precárias situações financeiras eram presas fáceis, fazendo-as supor que a conduta era lícita – fato que sabiam não ser verdadeiro.”⁵²

Na análise do comportamento da vítima⁵³, a Juíza Amanda, lucidamente, escreve em sua decisão que:

⁴⁸ Texto extraído da Denúncia do Ministério Público Federal. Processo n. 2003.83.00.27440-0. p. 38.

⁴⁹ Texto extraído da Denúncia do Ministério Público Federal. Processo n. 2003.83.00.27440-0. p. 47.

⁵⁰ _____. p. 55.

⁵¹ Citação da Juíza Amanda Torres do autor: MIRABETE, 1984, p. 190.

⁵² Texto extraído da sentença criminal condenatória. Processo n. 2003.83.00.27440-0. p. 81.

⁵³ Texto extraído da sentença criminal condenatória. Processo n. 2003.83.00.27440-0. p. 83.

As vítimas do tráfico em comento, ainda que tenham, em certos casos, até mesmo procurado algum dos aliciadores para que fossem selecionadas e pudessem viajar para a África do Sul, onde realizariam o transplante pelo qual seriam remunerados, de forma alguma podem ser encaradas como pessoas que contribuíram para a prática dos crimes em questão. Já se demonstrou retro, com efeito, que a vulnerabilidade econômica delas lhes retirava até mesmo a validade do consentimento, estando os acusados condenados cientes dessa condição delas, por eles maliciosamente explorada.

Com esse lúcido relato, resta, pois, evidente que a lei de transplantes equipara as vítimas do tráfico a criminosos. Inclusive, durante todo o processo criminal, elas foram indiciadas como se fossem criminosas, sem que outros elementos fossem abordados, tais como a situação de vulnerabilidade na qual se encontravam, pois eram pessoas muito pobres, como também, não foi considerado o fato de que muitos dos vendedores de órgãos tiveram “costelas também removidas e sentem até hoje fortes dores e limitações genéricas de saúde”⁵⁴. Isso demonstra um completo descaso com as vítimas do crime, porque em hipótese alguma o consentimento delas poderia ter sido considerado, já que houve o abuso do corpo humano de pessoas que sequer tinham condição de resistir à cirurgia ou desistir, ou mesmo de reclamar pelas consequências de uma atitude desesperada. Inclusive, na própria sentença fica claro que os vendedores de órgãos após o transplante não fizeram acompanhamento médico (estado de saúde, expectativa de vida, dieta específica), ao contrário do que se certamente se dá com os compradores.

A Juíza Amanda disserta que na relação entre países ricos e pobres, é certo que interessa àqueles manter a pobreza, porque a venda de órgãos de certa forma os favorece. E não se pode pensar que a legalização do comércio de órgãos poderá resolver um problema para todos, de forma alguma. Resolverá o problema de alguns poucos que utilizarão de outros meios, que não os legais, para ultrapassar as barreiras invisíveis da fila de transplante e conseguir o órgão desejado, talvez nessa situação, pagando um pouco menos.

Com isso, a juíza compreende parecer obscura a verdadeira interpretação que se deve dar ao mercado humano, fazendo-o parecer um paliativo benéfico, concluindo que: “os países pobres vivem em estado de subdesenvolvimento material e os ricos, de subdesenvolvimento moral”.

Como se observou em outras partes do processo, qual seja, o parecer do Ministério Público, observou-se o flagrante desrespeito ao princípio da isonomia, no

⁵⁴ Idem.

que tange a indicação das vítimas como criminosas, denominando-as de “simplesmente vendedoras”⁵⁵, entendendo que a compra e venda seria “um contrato consensual”.

Nos escritos do *parquet*, ficou registrado que duas das vítimas não realizaram o transplante, devido a ‘complicações com a saúde’ ou porque o ‘tipo sanguíneo não era o da preferência da organização’; as demais vítimas submeterem-se à ablação de um dos rins, atestado pelo laudo de Exame de Ausência de Rim, que indicou “resultado positivo: rim esquerdo ausente (fls. 489)”⁵⁶.

O órgão ministerial, contudo, mesmo tendo que aplicar os dispositivos legais que corroboram para incriminar as vítimas, requereu que fosse preservada a intimidade e a privacidade dos que “simplesmente venderam um dos rins, colocando-os a salvo de eventual repercussão do caso na opinião pública que venha a expor a debilidade de que padecem, seja permanecido o Segredo de Justiça, determinando que a divulgação do fato só possa ocorrer com a omissão dos nomes daquelas pessoas” (grifo do autor)⁵⁷

Isso demonstra que para os próprios agentes públicos encarregados de cumprir a lei, era controverso a indicação das vítimas do crime como réis, porque eles próprios entendiam a situação de vulnerabilidade daquelas pessoa, tanto que não queriam expor a debilidade de que padeciam, requerendo ademais, que houvesse o segredo de justiça e que seus nomes fossem omitidos, talvez, pela certeza da prudência da magistrada em absolvê-las. Mesmo assim, estavam oferecendo denúncia que envolviam as vítimas e tendo que indicá-las como criminosas e violadoras do artigo 15 da Lei 9.434/1997, como “vendedoras” de órgãos.

Essa é a demonstração de que há insegurança jurídica para as vítimas, e isso dificulta o trabalho dos aplicadores do direito, porque o atual texto do artigo 15 comporta-se como latente violação ao princípio da isonomia, pela equiparação da vítimas à condição de criminosa, mas que, sabiamente, os aplicadores do direito souberam contornar.

⁵⁵ Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Pernambuco. Parecer do órgão ministerial. p. 47.

⁵⁶ _____. p. 60.

⁵⁷ _____. p. 65.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar dos transplantes representarem um extraordinário avanço na medicina, a falta de ética de médicos tem levado inúmeras pessoas às salas de cirurgias para terem seus órgãos extraídos e transplantados em indivíduos que podem pagar. Diante dessa triste realidade, o tráfico para fins de remoção de órgãos foi incluído no rol do tráfico de seres humanos, a partir do qual recebeu atenção especial na agenda internacional e nacional.

Essa lamentável informação deixou de ser ‘lenda urbana’ para se tornar uma realidade mundial. É fato que histórias que falam sobre pessoas encontradas em banheiras com gelo, com microcirurgias de remoção de órgãos, além de bilhetes de que teve seu órgão extraído, com conselhos de procurar ajuda médica, apesar de parecer absurdo não se pode descartar totalmente como possíveis casos em torno do comércio ilegal de órgãos.

Mas, como a delimitação desse trabalho envolveu o estudo do tráfico de pessoas, restringindo-se à sua modalidade que explora a extração de órgãos humanos de indivíduos vivos, frise-se que esse crime viola direitos humanos fundamentais, envolve a atuação de articuladas organizações criminosas, que atuam em diferentes países.

A complexidade do crime demonstrou quão difícil torna-se a elucidação do crime, apesar dos acordos de cooperação entre as nações atuarem no sentido de colaborar para as investigações. Objetiva-se prevenir e combater o tráfico, criminalizando os indivíduos que exploram outras pessoas, para auferir ganhos financeiros, além de proteger e ajudar as vítimas que tem muito bem explorada a sua situação de vulnerabilidade.

Pensar no tráfico de pessoas é pensar nos elementos que o constituem que são exatamente a ação de recrutar, de transportar, por meio de falsas promessas, do engano, fraude, abusando da situação de vulnerabilidade de pessoas para alcançar o fim que é a exploração.

Essa definição proposta pelo Protocolo da ONU sobre o tráfico, mostra latente preocupação com os principais ‘doadores’ de órgãos, porque é cediço que eles compõem um grupo duplamente vitimado, porque é primeiramente vítima das disparidades sócio-econômicas e culturais, em seguida, vítima dos criminosos. As

vítimas em geral estão numa situação de miséria, são pessoas pobres das periferias dos grandes centros urbanos, refugiados, prisioneiros condenados.

Essas vítimas podem estar sendo novamente vitimizadas pelo Estado no momento em que as leis não as protegem efetivamente. Outro ponto a observar condiz com as obrigações estatais decorrentes dos direitos sociais inclusos no rol de direitos fundamentais. Assim, indagar a relevância de questões sociais na autodeterminação do indivíduo é a essência da culpabilidade, e com isso, abrem-se espaços para as teorias como a co-culpabilidade ou a vulnerabilidade.

Essa ausência de políticas estatais conduzem, e até se pode aceitar que contribuem, para a prática delitiva, 'em tese', das vítimas e, assim, ensejaria um estado de necessidade exculpante apto à isenção da pena. A falta de políticas de inclusão e de saúde propiciam a permanência da vítima no estado de vulnerabilidade por longo tempo, colocando-as numa situação mais desfavorável e suscetível à 'prática do crime' (prática a venda, mas na verdade, é vítima). Tal raciocínio formulado como Jurisprudência conduziria à não punição das vítimas de forma concreta e expressa.

O Protocolo aspira a estabelecer um equilíbrio razoável entre respeitar a autonomia da pessoa em condição de tomar uma decisão livre e proteger aqueles contra exploração sem tal condição.

Ao escrever o artigo 199, §4º, da Constituição Federal, o legislador brasileiro objetivou proteger a saúde e a integridade física do cidadão porque são considerados bens jurídicos indisponíveis. A concretização dessa proteção se materializa com a aplicação da Lei de Transplantes n. 9.434/1997, que criminaliza a compra e venda de órgãos, tecidos e partes do corpo humano. Todavia, a preocupação abrangente com a criminalização acabou por ferir o princípio da isonomia, no instante em que se aplicou um tratamento igual ao comprador e ao vendedor de órgãos sem, contudo, observar algumas particularidades.

Dentre essas particularidades, destacou-se que há interesses divergentes entre comprador e vendedor. No caso do comprador, este busca explorar pessoas e auferir lucro com a revenda do órgão. No caso do vendedor, este basicamente quer sair de uma situação econômica difícil, ganhando para isso alguma vantagem previamente combinada, mas que nem sempre se concretiza. Como o princípio da isonomia prevê três vertentes, no momento em que se igualam formalmente as pessoas, busca-se acabar com os privilégios de uns em detrimento de outros. A igualdade material, por outro lado, objetiva atender ao ideal de justiça social e distributiva e, nesse instante, vê-se que

o artigo 15 da Lei 9.434/1997 foi injusto e está completamente incorreto colocar o criminoso e a vítima no mesmo patamar. Isso se mostra injusto, quando consideradas as intenções de cada grupo e o dolo para concretização do crime: os criminosos, buscam aliciam, enganam, exploram pessoas e enriquecem às custas de outros seres humanos; as vítimas, aceitam as ofertas em dinheiro, tendo em vista sua extrema pobreza e dificuldades financeiras, acreditando que continuarão normalmente suas vidas da mesma forma e com a mesma qualidade, o que está longe de acontecer.

Com relação ao artigo 14 da mesma Lei, não se pode dizer que houve punição aos profissionais envolvidos, uma vez que as cirurgias foram desenvolvidas em outro país.

Os motivos que levam as vítimas a entrar na rede do tráfico de órgãos estão longe de se comparar com os casos do tráfico de drogas, porque nestes casos o custo de manutenção de um grupo envolvido com o tráfico ilícito de entorpecente pode iniciar com um pequeno investimento sendo primeiro um ‘avião’ (pequeno vendedor), passando para o um protetor da ‘boca de fumo’, quando já possui uma arma e tem coragem para utilizá-la contra qualquer um, até finalmente ganhar a confiança do traficante na guarda da droga e outros objetos ilegais, quando começa a receber sua própria mercadoria para começar o seu negócio. Os usuários inserem-se no universo das drogas, normalmente impulsionados por conflitos familiares, desemprego, estresse.

No caso do tráfico de órgãos, as vítimas identificadas na operação Bisturi, não procuram os traficantes para vender seus órgãos. Elas foram inicialmente procuradas, e, por conta do estado de necessidade, extremamente fragilizadas, aceitaram mais facilmente as condições estabelecidas e a oferta de dinheiro. Elas foram mais fáceis de serem enganadas porque também possuíam pouca escolaridade, diminuindo as chances dela denunciar a organização. Pela complexidade do tráfico de órgãos, são necessários altos investimentos, pois se exigem exames pré-operatórios, certa compatibilidade sanguínea, com vistas a minimizar as rejeições do receptor, além de custear viagens para locais onde haja legislações mais brandas e menos rigor na fiscalização.

Continuando, há que se registrar que o princípio da isonomia prevê a diminuição das desigualdades, dando oportunidades para que as pessoas, sendo favorecidas, possam equiparar-se aos já favorecidos. Nesse sentido, a previsão expressa de não aplicar pena às vítimas do tráfico significa garantir melhor a sua não criminalização.

Tal desigualdade de tratamento da lei ficou registrado no decorrer do processo criminal da Operação Bisturi, haja vista que as vítimas do crime foram consideradas réis

durante toda a instrução processual, em decorrência dos excessos de uma lei que criminaliza até as próprias vítimas do tráfico de órgãos. Essas vítimas foram absolvidas somente após a sentença da juíza. Muitas delas não foram localizadas para depor, porque já eram taxadas de criminosas e se mudaram de endereço, por conta da discriminação sofrida na comunidade, onde estavam sendo consideradas traficantes.

A pessoa que se encontra em situação de vulnerabilidade não pode ser punida por violação da Lei n. 9.434, pois já é punida pela vida sofrida, com privações e limitações de diferentes naturezas, em especial financeiro, principal motivo que leva as pessoas à venda do órgão. Sua vulnerabilidade social somente potencializou o risco da vitimização pelo tráfico, demonstrando que o princípio da isonomia não foi aplicado para essas pessoas, pois seria necessário um trato desigual por parte da lei. Em dado momento, a lei deveria ser flexível com pessoas em situação de vulnerabilidade, adotando aplicação desigual às pessoas que não sofrem tal tipo de exclusão.

Logo, tornada causal a omissão estatal, não pode ser considerado um absurdo o Estado ter o dever de indenizar a vítima desse ilícito penal, quando reconhecido o instituto da co-culpabilidade. Essa previsão deveria constar no ordenamento jurídico, porque a princípio somente é prevista o caráter indenizatório por parte dos criminosos às vítimas, não havendo positivado de que, provada a co-culpabilidade estatal, as vítimas devem ser indenizadas pelo Estado.

Indubitavelmente, qualquer medida que venha aumentar a oferta de órgãos para transplante é salutar. Todavia, não se pode procurar justificativas para que isso seja alcançado, sem levar em consideração a situação dos doadores. Mais do que enxergar seus problemas, compete-nos agir e fazer com que os direitos sociais alcancem todas as pessoas indistintamente.

Quando a vítima se encontra em situação de vulnerabilidade, portanto, não pode considerar que ela detenha capacidade de tomar decisões, de assumir responsabilidades, ensejando a uma capacidade de autonomia relativizada em razão dos motivos que a levaram à venda do órgão e principalmente, em razão do abandono em que se encontra após a cirurgia.

No mesmo sentido, o consentimento dessas pessoas obtido de forma inescrupulosa, em virtude da clandestinidade do tráfico de órgãos, em hipótese alguma podia ser levado em consideração, porque as circunstâncias na qual os doadores (vítimas) se encontravam, geralmente de muita pobreza, reduziram drasticamente as escolhas, quase ao ponto de não haver alternativa a não ser o de se sujeitar à oferta dos

traficantes, sendo impelido a aceitar ser explorado, ainda que essa decisão de vender um órgão seja uma opção que a maioria pobre descarte. Assim, o tráfico escraviza essas pessoas, de uma forma tal (escavidão ‘moderna’, sem correntes, menos perceptível, mas igualmente desumanizante), que estas pessoas não podem desfrutar da ‘liberdade de escolha’, a partir de opções verdadeiramente humanas, justas e solidárias.

Apesar da demanda por órgãos representar fator preponderante para que grupos se organizassem para recrutar pessoas e extrair órgãos para venda, as divergências sociais pareceram o cerne do problema que impulsionou pessoas a caírem nas armadilhas dos traficantes. Estes precisam ser enfrentados com rigor, através de investigações longas e sérias, que desarticulem as organizações criminosas como um todo, como ocorreu na Operação Bisturi, porém, ainda precisa-se de leis claras e bem definidas que auxiliem os agentes públicos no combate ao crime.

Todo o rigor no combate à criminalidade não necessariamente deva vir com leis rígidas, tampouco sobrecarregar em punição às vítimas. Em prática em alguns países do mundo, as leis totalmente proibicionistas ainda não obtiveram grandes resultados, apesar de poderem contribuir para inibir a atuação dos agentes. Isso não significa que a descriminalização seja a melhor alternativa para arrefecer o mercado ilegal de órgãos, do mesmo modo, não há certeza se uma permissão para a venda parcial de alguns órgãos ou algumas partes do corpo poderia igualmente resultar em menos exploração.

Resta afirmar que, legalizado ou não, a comercialização de órgãos entre vivos rebaixaria o ser humano à condição de objeto, sem haver qualquer respeito à sua vida e, conseqüentemente, à sua integridade física e psíquica, portanto, fez-se concluir que a comercialização de órgãos não deve ser legalizada no âmbito internacional ou nacional. Este tipo de mercado representa violação aos princípios bioéticos que primam pelo desenvolvimento da ciência médica, concomitante com o respeito ao ser humano e em prol do seu benefício, contra práticas abusivas que queiram atentar contra sua dignidade e integridade. Jamais, o comércio que tenha como objeto o corpo humano apresentará justiça nas negociações, porque nenhum valor econômico poderá cobrir o valor de um órgão, da saúde ou mesmo, da vida.

Seria quase evidente que a riqueza seria beneficiada pela legalização do comércio de órgãos, e teria as pessoas de poucas posses como as principais ‘fornecedoras’ de órgãos, construindo-se uma realidade social em que o fragilizado socialmente e economicamente seria uma possível mercadoria à disposição daqueles em melhores condições econômicas, e o princípio da isonomia estaria se dissipando. Por

acaso o Governo arcaria com a responsabilidade de pagar pelos órgãos daqueles que dependem do Sistema Único de Saúde? Nesse sentido, vê-se que a legalização do comércio de órgãos não é a única solução, pois isso causaria outros problemas sociais que necessitariam de novas disposições legais para sua regulamentação.

Precisa-se preservar a dignidade da pessoa humana como algo inviolável, inalienável e irrenunciável, sendo desenvolvidos mecanismos que tornem as pessoas iguais em direitos e deveres, autônomas e livres não apenas formalmente. Assim, deve-se manter a doação baseada no altruísmo e na solidariedade.

Com isso, vê-se que a lei deve proibir o comércio de órgãos, criminalizar aqueles que intencionalmente envolveram-se no crime, porém, flexibilizar os seus efeitos, no sentido de não criminalizar as vítimas do tráfico, inclusive, ponderando a situação de pessoas que, após terem sido vítimas, passaram a ser recrutadores.

Ficou claro que a atuação dos criminosos se faz com dolo direto, ou dolo eventual, uma vez que o agente pode até lamentar a sua ocorrência, mas eles querem o resultado, inclusive conhecem os efeitos colaterais e assumem o risco.

Em virtude dessas organizações criminosas ainda serem pouco conhecidas, não se tem dimensão dos reais lucros e destino desse lucro. Tal conhecimento proporcionaria reparo às vítimas do tráfico de órgãos, por meio de indenizações.

Foi possível compreender que para reduzir a demanda por órgãos seja necessária a participação de uma série de atores, como membros do setor médico, políticos, setores públicos, sociedade civil organizada, que formulem políticas públicas que minimizem a vulnerabilidade de grupos mais sujeitos ao tráfico humano, bem como das ações que acolham as pessoas em situação de tráfico.

Ademais, precisa-se de articulação para assegurar que os órgãos vitais não sejam adquiridos por vias ilegais ou por meio de transações financeiras, o que acaba por explorar as pessoas economicamente fragilizadas. Conforme visto, a busca por proteger a dignidade humana levou a limitações da autonomia individual, até por leis criminais. Do mesmo modo, observou-se a necessidade de se equilibrar também a tutela da integridade moral, que seja compatível com o princípio da isonomia.

Foi latente que o combate ao tráfico de pessoas para fins de remoção de órgãos pode estar associada à necessidade de se equilibrar o interesse dos receptores com o dos doadores. Apesar das discussões em torno dessa questão, ainda não se definiram caminhos concretos para tentar resolver o problema. Mesmo assim, os países têm

investido em campanhas de doação de órgãos, a exemplo de sangue, de forma voluntária e altruísta.

A sociedade civil organizada, as entidades governamentais estão buscando através de políticas públicas, ampliar o acesso a bens e serviços para que as populações desfavorecidas possam desfrutar de saúde, educação, segurança que sejam públicas, gratuitas e de qualidade, a partir do qual é possível minimizar as disparidades. Daí a importância das políticas públicas que reduzam a vulnerabilidade de grupos mais sujeitos ao tráfico humano, bem como das ações que acolham as pessoas em situação de tráfico.

Como se observou, o tema envolve diversas ciências e torna-se impossível esgotar todas as possibilidades de discussão sobre um assunto tão complexo e ainda muito controverso em alguns aspectos. Mesmo assim, espera-se com esse estudo, contribuir com as pesquisas em torno no tráfico de pessoas para fins de remoção de órgãos e igualmente contribuir para dar visibilidade às vítimas desse crime, que acomete pessoas em todo o mundo e, muitas delas, sequer tiveram a oportunidade de dar voz ao seu sofrimento.

REFERÊNCIAS

- ABTO (Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos). **Ética em transplantes - Bases filosóficas da ética em transplantes**. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov03/default.aspx?mn=481&c=922&s=0&friendly=etica-em-transplantes>>. Acesso em: 30 jun. 2014.
- ALMEIDA, Bruno Rotta. A teoria do bem jurídico e a proteção penal de valores supraindividuais. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**. N. 25, p. 305-313, 2009. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/16/16>. Acesso em: 30 jun. 2014.
- ANDRADE, Daniela Alves Pereira de. Panorama conceitual sobre o tráfico de pessoas para remoção de órgãos e tráfico de tecidos, órgãos e células humanas: a modernização necessária. In: BRASIL. **Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos**. Secretaria Nacional de Justiça, [org.: ANJOS, Fernanda Alves dos (*et al.*)]. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2013.
- ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de direitos penal**. 10ª ed. São Paulo-SP: Saraiva, 2014.
- ARRUDA, Kátia Magalhães. O princípio da dignidade da pessoa humana e sua força normativa. **Revista TST**. Brasília, vol. 75, n. 3, jul/set. 2009. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1312882/2.+O+princ%C3%ADpio+da+dignidade+da+pessoa+humana+e+sua+for%C3%A7a+normativa?version=1.0>>. Acesso em: 25 mar. 2014.
- BIGNAMI, Renato. O Trabalho Escravo no Contexto do Tráfico de Pessoas: Valor do Trabalho, Dignidade Humana e Remédios Jurídico-Administrativos. In: BRASIL. **Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos**. Secretaria Nacional de Justiça, [org.: ANJOS, Fernanda Alves dos (*et al.*)]. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2013.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17ª ed. Parte Geral 1. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Direitos Humanos no século XXI: cenários de tensão**. [Org. Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro-RJ: Forense Universitária; São Paulo-SP: ANDHEP; Brasília-DF: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2008.
- BRASIL. **Lei n. 9.343 de 04 de fevereiro de 1997**. Lei de Transplantes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm>. Acesso em: 15 jun. 2014.
- _____. **Decreto nº. 5.007, de 08 de março de 2004**. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil. (2004a). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5007.htm>. Acesso em: 15 jun. 2014.

_____. **Decreto nº. 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 (2004b). Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm>. Acesso em: 15 jun. 2014.

_____. Secretaria Nacional de Justiça. **Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de pessoas.** Brasília-DF: SNJ, 2008.90p.

_____. Ministério da Justiça. Desafios e perspectivas para o enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil. In: SOUSA, Nair Heloísa Bicalho de, *et al* (org). **Educando para os direitos humanos:** pautas pedagógicas para a cidadania na Universidade. Vol. II. Brasília-DF: SENASP, 2011. 272p.

BRAGANÇA, Lúcio Roca. A dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3053, a0 nov. 2011. Disponível em: <[HTTP://juscom.br/artigos/20398](http://juscom.br/artigos/20398)>. Acesso em: 12 mai. 2014.

BRANCO, Elaine Castelo. A análise da vítima na consecução dos crimes. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 50, fev 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4400&revista_caderno=3>. Acesso em: 30 jun. 2014.

BUONICORE, Giovana Palmieri. **Tráfico de órgãos e bem jurídico – penal:** análise do artigo 15 da Lei 9.434/97. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/giovana_buonicoire.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2014.

CARBONARI, Paulo César. Direitos Humanos no Brasil: uma leitura enfocada e em perspectiva da situação. In: **Desafios e perspectivas para o enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil** [org.: SOUSA, Nair Heloísa Bicalho de; MIRANDA, Adriana Andrade; GORENSTEIN, Fabiana]. Brasília-DF: Ministério da Justiça – SNJ, 2011. p.33-53.

CARRIÃO, Cláudia Meireles. **Transplante de órgãos na legislação brasileira:** a polêmica Lei 9.434/1997 e sua reforma. Universidade FMU. São Paulo-SP, fev. 2004.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Direitos humanos sociais: dever estatal de promoção e garantia dos direitos sociais e sua concretização judicial. In: **Direito & Justiça**. V. 38, n. 1, jan/jun. 2012, p. 77-90.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Problematizando o conceito de vulnerabilidade para o tráfico internacional de pessoas. In: BRASIL. Ministério da Justiça. **Tráfico de pessoas:** uma abordagem para os direitos humanos. 2013. pp. 133-154.

COELHO, Thalita da Silva. **O consentimento do ofendido e a autocolocação da vítima em risco:** distinções e aplicação. Disponível em:

<http://www.yarochevsky.com.br/artigo.php?f=consentimento_ofendido.htm>. Acesso em: 30 jun. 2014.

COIMBRA, Celso Galli. **Tráfico de órgãos é terceiro crime organizado mais lucrativo no mundo, segundo Polícia Federal**. Disponível em: <<http://biodireitomedicina.wordpress.com/2009/02/12/trafico-de-orgaos-e-terceiro-crime-mais-lucrativo-segundo-policia-federal/>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção do Conselho da Europa relativa à Luta contra o Tráfico De Seres Humanos**. 2008. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_9/IIIPAG3_9_13.htm>. Acesso em: 01 jul. 2014.

_____. **Relatório Explicativo**. Artigo 4º, §83. 2005. 54p. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/197.htm>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

COPPINI, Maristela. **Ações legais no combate ao trabalho escravo e seus reflexos jurídicos e sociais**. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 9, n. 9, 2012. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/3557/3206>>. Acesso em: 30 jul. 2014. 227-238pp.

CRUZ, Márcio Rojas; OLIVEIRA, Solange de Lima Torres; PORTILLO, Jorge Alberto Cordón. **A Declaração Universal sobre bioética e direitos humanos** – contribuições ao Estado brasileiro. Revista Biética, 2010; 18 (1): 93-107. Disponível em: <http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/538/524>. Acesso em: 15 jun. 2014.

D'OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. **Breve análise do princípio da isonomia**. Disponível em: <http://institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/3_edicao1.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2014.

DELFIM, Marcio Rodrigo. Noções básicas de vitimologia. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 109, fev 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12878&revista_caderno=3>. Acesso em 30 jun. 2014.

GALLAGHER, Anne T. **The International Law of Human Trafficking**. Cambridge: CUP, 2011.

GARRAFA, Volnei. O mercado de estruturas humanas. **Revista Bioética**. Vol. 01, Nº. 02. Ano 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/490/307>. Acesso em: 20 mar. 2014.

GONDIM, José Roberto. **Consentimento**. 1997a. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/consent.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

_____. **Doação voluntária de órgãos**. 1997b. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/transdvo.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

_____. **Consentimento presumido para doação de órgãos.** 1997c. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/trancpre.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

_____. **Consentimento e informação:** a importância da qualidade do texto utilizado. Seção Bioética. Rev HCPA 2006. pp.117-122. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/cilegib.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** - Parte Geral. 10^a ed. Niterói: Impetus, 2008.

GUERRA, Sidney. **A proteção internacional da pessoa humana e a consolidação do direito internacional dos direitos humanos.** Belo Horizonte-MG, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/sidney_guerra.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2014.

HAUCK, Pierre; PETERKE, Sven. **Organized crime and gang violence in national and international law.** International Review of the Red Cross, vol. 92, no. 878, 2010. 407-436pp.

HEINTZE, Hans-Joachim; PETERKE, Sven. Conteúdo e significado do Protocolo da ONU relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoa (2000). In: **Desafios e perspectivas para o enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil** [org.: SOUSA, Nair Heloísa Bichalho de; MIRANDA, Adriana Andrade; GORENSTEIN, Fabiana]. Brasília-DF: Ministério da Justiça – SNJ, 2011. p. 62-82.

HELLMANN, Fernando; FINKLER, Mirelle; VERDI, Marta. Mercantilização de órgãos humanos para transplantes intervivos sob a ótica da bioética social. **Revista INTERthesis** – UFSC. Vol. 09, N. 02, jun/dez 2012. p. 123-138.

HOSPITAL ALBERT EINSTEIN. Hospital Sociedade Beneficente Israelita brasileira. **Transplante de órgãos.** Disponível em: <<http://www.einstein.br/hospital/transplantes/transplanteorgaos/Paginas/transplante-de-orgaos.aspx>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2004/23/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004**, relativa ao estabelecimento de normas de qualidade e segurança em relação à dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento e distribuição de tecidos e células de origem humana, pp. 48-58. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:102:0048:0058:PT:PDF>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional.** 4^a ed. Bahia: Jus Podivm, 2010.

LA CUESTA, José Luis de. **Pena de morte para os traficantes de drogas?** Ano 2005. Disponível em: <http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/pena_de_morte_para_os_traficantes_de_drogas.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2014.

LIMA, Elenice D. R. de Paula; MAGALHÃES, Myrian B. B.; NAKAMAE, Djair D. **Aspectos ético-legais da retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano**. Rev. Latino-Am. Enfermagem vol. 5. Nº 4. Ribeirão Preto-SP, out. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-11691997000400002&script=sci_arttext>. Acesso em: 15 jun. 2014.

LOPES, Monique Ximenes L. de; PETERKE, Sven. **A Múltipla Violação dos Direitos Humanos das Vítimas do Tráfico de Pessoas**. In: FILHO, Robério Nunes dos Anjos (org.). Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Diálogos Contemporâneos. Salvador: JusPodium, 2013, p. 535-553.

LOUREIRO, Zuleica Regina de Araújo. **Doador de órgãos *post mortem*: uma vontade sobrestada pelo art. 4º da Lei 9.434/97**. Brasília-DF, 2009, 54p. Disponível em: <http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/mono_zuleica.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2014.

MAIA, Maurílio Casas. **O direito à informação e as responsabilidades decorrentes da relação entre o médico e o paciente**. 2011. Pós-graduação em Ciências jurídicas (Dissertação) UFPB/CCJ. 182p.

MASI, Carlo Velho. As modernas Teorias do Delito e suas receptividades no Direito Penal brasileiro: desafios da dogmática acerca dos rumos da Ciência Penal. In: **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 15 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40567&seo=1>>. Acesso em: 30 jun. 2014

MEYER, Silke. **Trafficking in Human Organs in Europe: a myth or an actual threat?** European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 14/2, 208–229, 2006. Disponível em: <<http://mensendhandelao1112.wdfiles.com/local--files/verslagen/Silke%20Meyer%20-%20Trafficking%20in%20Human%20Organs%20in%20Europe.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

MORE, Rodrigo Fernandes. **Liberdade, igualdade e fraternidade: Direito Internacional e os direitos do homem**. São Paulo-SP, mai. 2003.

MORELLI, Maria N. **Organ Trafficking: legislative proposals to protect minors**. American University International Law Review. Vol. 10. Nº. 2. Ano 1995. pp.917-954.

MOURA, Elisangela Santos de. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3730, 17 set. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25309/o-direito-a-saude-na-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 10 mai. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 2ª ed. São Paulo-SP: Revista dos Tribunais, 2006. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/352/Concurso-de-pessoas>>. Acesso em: 07 abr. 2014.

OIT (Organização Internacional do Trabalho). Brasil. FAUZINA, Ana Luíza; VASCONCELOS, Márcia; FARIA, Tha's Dumêt. **Manual de Capacitação sobre Tráfico de Pessoas**. 2ª ed. 2010. 60p.

_____. **Enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil (2004-2011)**: avaliações e sugestões de aprimoramento de legislação e políticas públicas. Organização Internacional do Trabalho (OIT); Programa de Promoção da Igualdade de Gênero e Raça no Mundo do Trabalho; Projeto de Combate ao Tráfico de Pessoas (GTIP). 1ª ed., Brasília-DF: OIT, 2012.

OMS (Organização Mundial de Saúde). **Trasplantes de órganos y tejidos humanos**. 63ª Assembleia Mundial de Saúde. A63/24, de 25 de março de 2010. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/4901/1/A63_24-sp.pdf?ua=1>. Acesso em: 15 jun. 2014.

OMS (Organização Mundial de Saúde). **Legislación sobre donación y trasplante de órganos, tejidos y células**: compilación y análisis. Borrador, nov. 2011.

ONU (Organização das Nações Unidas). EZEILO, Joy Ngozi. **Trafficking in persons, especially women and children** – The issue of trafficking in persons for the removal of organs. 01 mar. a 31 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Trafficking/A-68-256-English.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

PANJABI, Ranee Khooshie Lal. **The Sum of a human's parts**: Global organ trafficking in the Twenty-first Century. Vol. 28. Nº. 01. Ano 2010. 144p. Disponível em: <<http://digitalcommons.pace.edu/pelr/vol28/iss1/1/>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

PETERKE, Sven; LOPES, Silvia R. P. **Crime organizado e legislação brasileira à luz da Convenção de Palermo**: algumas observações críticas. Revista *Verba Juris*, ano 7, n. 7, jun./dez. 2008. pp. 391-429.

PETERKE, Sven. **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**. Brasília-DF: Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), 2010. 374p. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Manual_Pratico_Direitos_Humanos_Internacionais.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2014. pp. 273-299.

_____. **Os Direitos Humanos coletivos e a proteção dos interesses fundamentais da humanidade**: Avanços e Impasses. In: FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer et al., *Direitos Humanos de Solidariedade: Avanços e Impasses*, Curitiba: Appris 2013, p. 17-88.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. **Direito Constitucional – Módulo V**. Poder Judiciário, TRF 4ª Região: 2006, 43p.

PIOVESAN, Flávia; KAMIMURA, Akemi. *Tráfico de Pessoas sob a perspectiva de Direitos Humanos: prevenção, combate, proteção às vítimas e cooperação internacional*. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. **Tráfico de pessoas**: uma abordagem para os direitos humanos. Org. ANJOS, Fernanda Alves dos [et al.]. – 1.ed., Brasília: Ministério da Justiça, 2013. 576p.

PORTELA, Paulo H. G.. **Direito Internacional Público e Privado**. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília-DF: Brasília Jurídica, 2001.

_____. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília-DF: Brasília Jurídica, 2005.

RELATÓRIO DA CPI. **Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de investigar a atuação de organizações criminosas atuantes no tráfico de órgãos humanos**. Relator: Deputado Pedro Ribeiro. Disponível em: <http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Relat%C3%B3rio%20da%20CPI%20de%20Tr%C3%A1fico%20de%20Org%C3%A3os_0.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2014.

RIBEIRO, Weslley Carlos. **O princípio da liberdade e a bioética**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7790>. Acesso em: 10 mai. 2014.

SALES, Lilia Maia de Moraes; ALENCAR, Emanuella Cardoso Onofre de. Contribuições para o debate sobre o tráfico de pessoas a partir da experiência do escritório de prevenção e combate ao tráfico de seres humanos no Estado do Ceará. In: **I Prêmio Libertas: enfrentamento ao tráfico de pessoas**. Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça. 1ª ed. Brasília-DF, 2010, 344p.

SALGADO, Daniel de Resende. Tráfico internacional de seres humanos, prostituição e vulnerabilidade: análise conceitual e empírica. In: BRASIL. **Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos**. Secretaria Nacional de Justiça, [org.: ANJOS, Fernanda Alves dos (*et al.*)]. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2013. p. 279-311.

SARLET, Ingo Wolfgang; CAMPOS, Eliane Cristina Huffel. **O princípio da dignidade da pessoa humana como argumento para a tutela do direito fundamental à saúde pelo Poder Judiciário Brasileiro**. XII Salão de Iniciação Científico PUCRS, 03 a 07 de out. 2011. Disponível: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/SIC/XII/XII/7/6/3/2/7.pdf>>. Acesso em 15 mar. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 09 – jun./jun. 2007. 361 a 388pp.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Waldimeiry Corrêa da. **Tensões e Direitos Humanos nos fluxos migratórios desde uma perspectiva global do tráfico de pessoas**. 7º Encontro Anual da ANDHEP – Direitos Humanos, Democracia e Diversidade. Mai. 2012, UFPR, Curitiba-PR. 17p.

SILVA, Waldimeiry Corrêa da; LELI, Acácia Gardênia Santos. Casa Vermelha: a antítese entre a pureza da infância e a exploração sexual no filme Anjos do Sol. **Revista Derecho y Cambio Social**. Jun. 2014. Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista035/CASA_VERMELHA_A_ANTITESE_ENTRE_A_PUREZA_DA_INFANCIA.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2014. 17p.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. Tradução: Álvaro Augusto Fernandes. Cambridge University. 1993.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Enfrentamento ao tráfico de pessoas sob a ótica dos direitos humanos no Brasil. Secretaria Nacional de Justiça. **Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos**. Org. ANJOS, Fernanda Alves dos [et al.]. – 1.ed., Brasília: Ministério da Justiça, 2013. 576p.

STEINER, Philippe. **Le don d'organes: une affaire de famille?** Annales. Histoire, Sciences Sociales. Vol. 16, N° 2. 2004. pp. 255-283. Disponível em: <<http://www.cairn.info/revue-Annales-2004-2-page-255.htm#s1n4>>. Acesso em: 13 dez. 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA/MG - HABEAS CORPUS HC 187132 MG 2010/0185087-8, habeas corpus. Tráfico de drogas. Condenação. Apelação julgada. pretensões de absolvição e desclassificação. Via inadequada. Exame aprofundado das provas. **Teoria da co-culpabilidade do estado**. Não configuração. Ordem denegada. Publicado em: 18/02/2013. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Teoria+da+co-culpabilidade+do+estado&c=>.

SYMONIDES, Janusz. **Direitos Humanos: novas dimensões e desafios**. Brasília-DF: UNESCO, 2003. 400p.

UN.GIFT (Global Initiative to Fight Human Trafficking). **Analysing the business model of trafficking in human beings to better prevent the crime**. Viena-Áustria: OSCE, 2010. 112p. Disponível em: <<http://www.osce.org/cthb/69028?download=true>>. Acesso em: 25 out. 2013.

_____. **Trafficking for Organ Trade**. 2014. Disponível em: <<http://www.ungift.org/knowledgehub/en/about/trafficking-for-organ-trade.html>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

UNESCO (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization). TOUZENIS, Kristina. **Trafficking in Human Beings: human rights and trans-national criminal law, developments in law and practices**. In: UNESCO Migration Studies. N° 03. Paris-França: UNESCO, 2010. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001883/188397e.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da Europa. **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina**: Convenção sobre direitos humanos e biomedicina. Em 04 abr. 1997. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/164.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2013. Capítulo VII, artigo 21.

UNODC (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime). **Manual contra o tráfico de pessoas para profissionais do sistema de justiça penal**. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2009_UNODC_TIP_Manual_PT_-_wide_use.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2014.

_____. **Global Report on Trafficking in Persons**. 2012. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_TIP/Publicacoes/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2014.

VENDRAMINI, Eliana. Tráfico de pessoas para tráfico de tecidos, órgãos e partes de corpo humano: um mal social real, não um mito. In: BRASIL. **Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos**. Secretaria Nacional de Justiça, [org.: ANJOS, Fernanda Alves dos (*et al.*)]. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2013.

VIEIRA, Reginaldo de Souza. **A cidadania na República Participativa**: pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os Conselhos de Saúde. Tese (doutorado). Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-graduação em Direito. 2013. 540p.

WERNER, Guilherme Cunha. **O crime organizado transnacional e as redes criminosas**: presença e influência nas relações internacionais contemporâneas. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Programa de Pós-graduação em Ciência Política. Universidade de São Paulo, São Paulo: 2009, 241p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas**: deslegitimación y dogmática jurídico-penal. Buenos Aires-ARG: EDIAR, 1998. 295p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro**. V. 1, Parte Geral. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 767p.