

LIBERTAS – FACULDADES INTEGRADAS

TEREZA CRISTIANE DE JESUS

**O TRÁFICO DE ÓRGÃOS NO BRASIL E AS PECULIARIDADES DA
LEI 9.434/97**

São Sebastião do Paraíso

2020

TEREZA CRISTIANE DE JESUS

**O TRÁFICO DE ÓRGÃOS NO BRASIL E AS PECULIARIDADES DA
LEI 9.434/97**

Trabalho de Curso apresentado à Libertas
— Faculdades Integradas para obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Flávio Augusto
Maretti Sgrilli Siqueira

Linha de pesquisa: Direito, Estado e
Sociedade

São Sebastião do Paraíso

2020

FOLHA DE APROVAÇÃO

Aluna: Tereza Cristiane de Jesus

Título: O tráfico de órgãos no Brasil e as peculiaridades da Lei 9.434/97

Trabalho de Curso apresentado à Libertas
— Faculdades Integradas para obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Direito, Estado e
Sociedade

Aprovado em: ___/___/___

Banca Examinadora

Prof (a): _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Prof (a): _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Prof (a): _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

RESUMO

JESUS, Tereza Cristiane. **O TRÁFICO DE ÓRGÃOS NO BRASIL E AS PECULIARIDADES DA LEI 9.434/97**. 2020, 36 folhas. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Libertas – Faculdades Integradas, São Sebastião do Paraíso – MG.

O tráfico de órgãos no Brasil é uma realidade desde que a tecnologia de transplantes se tornou uma possibilidade. Se, por um lado há uma demanda crescente de pacientes aguardando doadores, por outro, há escassez de órgãos, fato este que alimenta um crime silencioso. Embora a Lei 9.434/97 tenha representado um avanço no que se refere ao transplante de órgãos, ainda não existem medidas suficientes para conter o tráfico ilegal de órgãos que cresce no Brasil e no mundo. Neste contexto o presente trabalho teve por objetivo discorrer acerca da não comercialização de partes humanas e o tráfico ilícito de órgãos humanos, bem como os avanços e desafios referentes ao tráfico de órgãos no Brasil após aplicação da Lei 9.434/97. É uma temática extremamente importante para nosso país especialmente em razão das diversas ocorrências deste crime, bem como das dificuldades em coibi-lo. A metodologia aplicada foi uma pesquisa exploratória - caracterizada pelo levantamento bibliográfico (artigos, legislações e notícias relacionadas ao tema disponíveis entre os anos de 1997 a 2019) - com método dedutivo visto que, a partir do uso da razão, empregou-se uma sequência de raciocínio descendente com análise do geral para o particular. O trabalho foi dividido em quatro capítulos que discorrem respectivamente, sobre o transplante de órgãos: a evolução histórica, a complexidade jurídica que envolve a questão, as normativas internacionais para a prática e as condutas previstas na lei 9.434/97 do Brasil específica para transplantes. Após toda a análise conclui-se que embora a Lei 9.434/97 tenha representado um avanço no que se refere à normatização dos transplantes no Brasil, ainda é um desafio atender a demanda nacional frente à necessidade de órgãos, bem como os recursos disponíveis para combater a mercantilização de peças humanas tanto em território nacional quanto internacional constitui em uma dificuldade global. Neste contexto faz-se necessário não apenas ajustar a legislação e recursos para impedir o tráfico de órgãos, mas também disponibilizar campanhas educacionais que orientem a respeito da doação altruística de órgãos além de equipar todo o sistema para que a logística para este fim seja de fato eficiente.

Palavras chaves: Tráfico de órgãos, direito penal, lei 9.434/97, doação de órgãos.

LISTA DE SIGLAS

CNCDO	Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONT	Organização Nacional de Transplante
SEFTI	Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação
SNS	Sistema Nacional de Saúde
SNT	Sistema Nacional de Transplantes
TCU	Tribunal de Contas da União

INTRODUÇÃO

A lei brasileira criminaliza igualmente tanto quem “vende” seu órgão, quanto quem compra ou facilita a comercialização, negando a condição de vulnerabilidade da vítima, fatos como estes ampliam a dificuldade na investigação, pois em ocorrências em que se trata da venda de órgãos a partir de um indivíduo saudável este sentir-se-á reprimido e, mesmo que tenha complicações pós operatório não denunciará o crime por ter contribuído para o com o mesmo.

A Lei 9.434/97 embora tenha sido um avanço no que diz respeito ao transplante de órgãos no Brasil ainda deixa muito a desejar, pois, mesmo que a pessoa venha assegurar a sua vontade em ser um potencial doador, ainda assim a doação *pós mortem* somente poderá ocorrer quando for autorizada pelo responsável legal. Tal fato destitui a manifestação em vida de ser doador ou não ficando esta decisão de exclusiva responsabilidade pela família.

Apesar de o Brasil ocupar o segundo lugar no ranking mundial de transplante de órgãos – especialmente renais e hepáticos – perdendo apenas para os EUA, nosso país está aquém de atender a demanda nacional a qual aumenta a cada ano.

Neste contexto que a presente pesquisa buscou discorrer sobre todos os aspectos inerentes ao processo de transplante de órgãos no Brasil bem como os fatores que incorrem no tráfico de peças humanas tais como: as vias legais para aperfeiçoar a legalização e logística dos órgãos que são aprovados para doação e os meios que possam coibir as práticas ilegais do comércio de peças humanas.

O trabalho dividiu-se em quatro capítulos, o primeiro abordou-se sobre a evolução histórica do tráfico de órgãos e o seu crescimento desenfreado frente à evolução da tecnologia em transplantes, o segundo fez uma abordagem sobre o estudo dos transplantes que se encontra em um patamar complexo no âmbito jurídico, o terceiro discorreu sobre as normativas internacionais adotadas diante do problema global a respeito da mercantilização de estruturas e o quarto capítulo analisa as doutrinas que tratam especificamente do transplante de órgãos, especialmente, sobre as condutas previstas na lei 9.434/97 e seus tipos penais.

A metodologia utilizada foi a pesquisa exploratória - caracterizada pelo levantamento bibliográfico (artigos, legislações e notícias relacionadas ao tema

disponíveis entre os anos de 1997 a 2019) - com método dedutivo visto que, a partir do uso da razão, empregou-se uma sequência de raciocínio descendente com análise do geral para o particular.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRÁFICO DE ÓRGÃOS

A questão da comercialização humana é muito antiga, antes vista apenas em ficções literárias ou cinematográficas, sendo inimaginável sua concretização mundial (JÚNIOR, 2014; GARRAFA, 2009).

No passado, o tráfico de órgãos, utilizava-se apenas de doadores imediatamente mortos, adentrando a esfera da ilegalidade, subtraindo clandestinamente seus órgãos, normalmente com a finalidade para pesquisa científica (TORRES, 2007).

O surgimento do tráfico de órgãos, conhecido como o novo crime do século XXI, tem sua origem no fato em que a demanda por pacientes que aguardam transplante aumentou muito, associado com a crescente escassez de órgãos existente. A perspectiva da medicina em salvar vidas através do processo de transplantes foi vista por criminosos como uma oportunidade de distorcer a sua finalidade e adquirir alta lucratividade com a prática de mercantilização de estruturas humanas (LIMA, 2014).

A Constituição Federal de 1988 proíbe expressamente em seu artigo 199 parágrafo 4.º, a comercialização de partes humanas, tendo sua tipificação do crime previsto no artigo 15 da Lei 9.434/97:

§ 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.

Entretanto, o mercado do tráfico de órgãos e tecidos humano tem se expandido na mesma proporção que os avanços da medicina em se tratando de transplantes de órgãos, utilizando-se, em grande parte, das vias legais para concretizar seus interesses financeiros em meios clandestinos e tem se difundido

com os progressos tecnológicos da globalização¹ que apesar de suas vantagens, como métodos de comunicação entre pessoas de todo o mundo, intercâmbio, migração de indivíduos para vários países, etc., ao mesmo tempo, tem sido um facilitador para a formação de organizações criminosas com intuito de concretizarem suas negociações de forma crescente e cada vez mais lucrativas (VASCONCELOS, 2015).

A comercialização desmedida tem prosperado na informalidade e buscado sua concretização nos países considerados vulneráveis, como no caso do Brasil, em consequência de sua má distribuição de renda, baixa escolaridade em uma expressiva fração populacional, falta de acesso ao serviço público de saúde, dentre outros direitos fundamentais e sociais omitidos pelo Estado (GARRAFA, 2009).

O tráfico de órgãos humanos tem sido uma cruel realidade que assombra a sociedade brasileira, como no caso do garoto Paulinho Pavesi², no ano de 2000 em Poços de Caldas (MG). O garoto faleceu aos 10 anos de idade, depois de cair no parquinho do prédio onde morava. De acordo com a mãe, apesar do sangramento na cabeça, o menino permaneceu consciente quando foi levado ao hospital, onde após alguns exames foi constatada morte encefálica. A defesa dos médicos, porém contestou a versão do laudo apresentado, o qual alegava que os exames foram manipulados, e que, o garoto, estava vivo e consciente, mas que fora usado como objeto de comércio nas mãos de médicos – estes que, segundo juramento, deveriam trabalhar em prol de salvar vidas (COIMBRA, 2009).

Apesar de que o tráfico de órgãos seja uma realidade assustadora e crescente no Brasil, esta é uma temática cuja mídia e demais meios de comunicação não abordam constantemente. Portanto, é imprescindível que o diálogo sobre este assunto seja iniciado nas instituições de ensino para que, através da escola, a sociedade tenha de fato a chance de ter uma participação consciente, ativa e atuante no que se refere ao transplante e doação de órgãos no Brasil a fim de mudar a realidade atual.

¹A globalização trouxe novos hábitos, novos costumes, novas expectativas, novas possibilidades e novos problemas. Isso nós sabemos. O que não sabemos muito bem é o tamanho da riqueza que a globalização trouxe para os traficantes. O mundo interconectado abriu novos e claros horizontes ao comércio ilícito. O que os traficantes e seus cúmplices encontram nesses horizontes não é somente dinheiro, mas também poder político. (FAVARO, 2013).

²PAVESI, Paulo. **Tráfico de órgãos no Brasil**: O que a máfia não quer que você saiba. [S. l.], 2016. 310 p. (Livro escrito e distribuído pelo pai do garoto Paulo Airton Pavesi).

2 TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS NO BRASIL

Com a evolução científica da tecnologia no ramo da medicina, que está cada vez mais avançada, nos encontramos diante da possibilidade de salvarmos vidas ou melhorar a qualidade de saúde de pessoas que antes estavam condenadas à morte, dando-lhes uma segunda chance de vida, por meio de técnicas de transplantes de órgãos e tecidos.

Segundo estatísticas³, o Brasil ocupa o segundo lugar no ranking mundial de transplantação de órgãos – especialmente renais e hepáticos – perdendo apenas para os EUA. Somente em 2016 foram realizados 22.355 transplantes no Brasil. Entretanto, esse número ainda está abaixo do almejado. Para atender a demanda nacional o ideal seria cerca de 39.051. Logo, o déficit em transplantes no Brasil cresce a cada ano (MATTE, 2017).

Diversas são as razões para um número tão reduzido de doações, desde a escassez de órgãos à precariedade tecnológica e à má qualidade da logística que envolve todo o processo.

Outro fator é a dificuldade das famílias na tomada de decisão frente a uma possível doação.

De acordo com as informações publicadas pelo jornal Estado de São Paulo, quase metade das famílias dizem “não” à doação de órgãos. Esta recusa se dá pela falta de informação, por motivos culturais ou até mesmo egoísticos. Ainda neste sentido, o jornal faz uma observação acerca de casos de pessoas que recusaram a doação por desacreditar no Sistema Único de Saúde (SUS), chegando a cogitar a possibilidade de que poderia estar sendo adiado seu tratamento para que seus órgãos fossem retirados (THOMÉ; MENGUE, 2017).

Em razão das dificuldades apresentadas para se conseguir um órgão pelas vias legais, cresce cada vez mais o mercado paralelo de órgãos, ou seja, o tráfico de peças humanas. Este comércio usa da fragilidade e do sofrimento de pessoas que ficam anos a fio aguardando um transplante o que as leva ao desespero e a buscar a qualquer preço um meio de obter o órgão necessário para salvar suas vidas, independentemente do modo e da procedência (ANDRADE, 2008).

³Registro publicado no site: <http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2016/RBT2016-leitura.pdf>

É perceptível que a evolução tecnológica contribuiu graciosamente para o avanço e aprimoramento dos procedimentos de transplantes de órgãos. Neste sentido foi necessária também a evolução legislativa visando regulamentar e disciplinar os procedimentos técnicos em relação aos transplantes de órgãos e tecidos, bem como os seus direitos constitucionais e de personalidade⁴.

Atendendo à necessidade de regulamentação, foi instituída a Lei Especial n.º 9.434/97, que trouxe diretrizes de disposição gratuita ⁵ acerca da remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, criminalizando toda e qualquer espécie de comercialização de partes humanas (PASZCZUK, 2011).

Dessa forma, a pessoa somente poderá dispor de seus órgãos de forma altruística em prol de beneficiar pessoas que se encontram em uma longa fila de transplantes à espera por um órgão.

2.1 SISTEMA NACIONAL DE TRANSPLANTES (SNT)

A criação do Sistema Nacional de Transplantes (SNT) deu-se através do Decreto n.º 2.268 de 30 de junho de 1997, que posteriormente regulamentou a Lei de Transplantes (9.434/97) cujo objetivo de sua criação era diminuir o processo de ilicitude que seguiam os órgãos. O Sistema é regulado pela Portaria - MS n.º 2.600/2009⁶ e é responsável pelo controle e monitoramento do processo de doação de órgãos e tecidos e transplantes realizados no Brasil, com o intuito de desenvolver o processo de captação e distribuição de tecidos, órgãos e partes retiradas do corpo humano para fins terapêuticos (CARRIÃO, 2004).

A fila única de pacientes é administrada pelo órgão central do SNT, integrantes do Sistema Único de Saúde⁷ (SUS). O Ministério da Saúde, o qual examinará a busca pelos órgãos necessários de acordo com a compatibilidade de cada paciente, bem como, credenciar as secretarias de saúde do Estado, Distrito

⁴Direitos de personalidade previstos no Código Civil brasileiro – Cap. II, em se tratando de transplante os previstos nos arts. 13 e 14.

⁵Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei.

⁶Dispositivo no site:

<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2600_21_10_2009.html> acesso em <28.07.2020>

⁷O SUS está previsto nos seguintes dispositivos: (CF/88 arts 196 ao 200). (Lei 8080/90 regulamentada pelo Decreto 7.508/11)

Federal e Municípios para que integrem ao SNT, bem como a Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos (CNCDO) e atuará junto às outras centrais autorizadas e integradas ao SNT estabelecendo uma conexão a fim de evitar possíveis falhas no sistema (CARRIÃO, 2004).

No entanto, apesar de o SNT ser considerado o maior sistema público em transplantes de órgãos do mundo, a realidade é que o mesmo tem se apresentado deficiente frente aos procedimentos de transplantes no Brasil (DIANNI, 2019).

Em um relatório de auditoria de natureza operacional, publicado em 2006 pela Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (SEFTI) do Tribunal de Contas da União, buscou avaliar a base de dados do SNT — o Sistema Informatizado de Gerenciamento (SIG), no qual foram constatadas diversas falhas no sistema, entre elas: a fragilidade na execução do programa, a falta de aproveitamento dos órgãos disponibilizados, tendo em vista a falta de estrutura harmônica do SNT, estratégia insuficiente de capacitação profissional o que tem levado ao índice baixo de notificação de morte encefálica, a carência de segurança dos sistemas informatizados em relação a fraudes o que inviabiliza o controle real das atualizações da lista de espera, a deficiência do acompanhamento prestado pela rede de saúde pública, a ausência de equidade e de mecanismos eficientes para reduzir a dificuldade de acesso ao transplante e, por último, indícios de que os critérios estabelecidos em lei não estariam sendo respeitados (BRASIL, 2006).

Assim, verificadas as lacunas do SIG, a auditoria apontou no relatório acima que, o sistema público de transplantes possui relevância, pelo fato de ser o maior do mundo e tem apresentado no ano de 2004, um gasto de mais de R\$ 400 milhões de reais em procedimentos cirúrgicos. Lamentavelmente, apesar do alto custo para a rede pública, o número de cadastros de pacientes na lista de espera tem crescido substancialmente em maior dimensão ao número de procedimentos realizados de transplantes, conforme pesquisas da Coordenação – Geral do próprio SNT (BRASIL, 2006).

Em 2012 em razão de não ter sido cumpridas em sua maioria as medidas recomendadas pelo TCU ao SNT, mesmo diante de relatório de monitoramento originário da primeira auditoria, razões estas que motivaram a necessidade de uma segunda auditoria na central do SNT (CNCDO), tendo em vista os riscos apontados no Acórdão 1.137/2012 – TCU -2ª Câmara, que buscaram fiscalizar os

sistemas de banco de dados do SNT e encontraram diversas inconsistências e impropriedades no sistema de informatização do SNT, dentre elas: ausência de registros de recusa que justificasse a “não” realização de transplante do receptor (tais efeitos reais permitem o controle paralelo ao SNT e geram distorções de informações); as condições especiais dos receptores inscritos não constarem no sistema; os perfis conflitantes que permitiam que um mesmo endereço eletrônico estivesse associado a mais de uma conta de usuário - fato este preocupante, pois tal conta poderia ser acessada de forma compartilhada com outras pessoas, o que levaria a gerenciamento de privilégios e conseqüentemente prejudicaria os dados reais, levando a falha na geração de seleção de potenciais doadores (BRASIL, 2013).

Diante de inúmeras falhas do sistema apresentadas, o fato é que essa situação negativa tem favorecido o acesso de informações privilegiadas a terceiros, sobre os bancos de dados o que induz o controle de filas paralelas e favorece a mercantilização de órgãos humanos no Brasil, que por seu turno, tende a crescer.

2.2 AUTONOMIA DE VONTADE DO DOADOR EM VIDA E AS VERTENTES DA LEI 9.434/97

A Lei 9.434/97 foi um avanço no que diz respeito ao transplante de órgãos no Brasil. Contudo, com os passar dos anos, a respectiva lei apresenta-se insuficiente mediante novas situações, tais como constava em seu artigo quarto, que até então, estabelecia a doação de órgãos *post mortem* de forma presumida⁸, com a intenção de solucionar o problema da escassez de órgãos.

A mesma lei, porém, determinava que, seria potencial doador, todo cidadão que não se manifestasse em contrário a sua vontade, através de documento oficial a expressão “não doador de órgãos e tecidos”. Tal “imposição” ensejou muita discussão acerca da legalidade do regime de consentimento presumido, sendo considerado afronta à dignidade da pessoa humana e aos seus princípios constitucionais, desrespeitando a autonomia privada de cada indivíduo. O

⁸Art. 4º Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica post mortem.-Redação foi modificada pela Lei 10.211, de 23.3.01.

problema discutido estava na falta de declaração expressa em vida da pessoa, pois vindo esta a falecer sem nada declarar, seria pertencida diretamente ao Estado e não mais à família. Diante deste fato conturbador levou muitas pessoas a manifestarem a sua vontade de não serem doadoras, por medo de terem seus órgãos retirados compulsoriamente (GARRIDO, 2013).

Neste sentido, a Lei n.º 10.211/2001 alterou o artigo quarto da Lei 9.434/97⁹, que apesar de ter representado um progresso no âmbito da legislação brasileira de transplantes, buscando aumentar as doações entre pessoas vivas, criou outro obstáculo: independente da vontade da pessoa em vida, a decisão de doar ou não seus órgãos após a sua morte, é inteiramente de seus familiares aos quais foram conferidos plenos poderes de decisão, ainda que o falecido tenha deixado por documentos oficiais o registro de que seria um potencial doador. Logo, a autonomia da vontade do doador em vida foi totalmente violada sendo uma violação óbvia da dignidade pessoal, que é um dos princípios orientadores da ordem atual e da própria liberdade pessoal (SOUTO et al., 2010). Portanto, ao recusar o possível acesso de doadores do receptor a um órgão específico, estar-lhe-iam tirando/violando este direito, na verdade, uma dupla violação, a vontade do doador em vida e o direito do beneficiado.

Entre outros fatores, um dos maiores impasses no campo teórico é a permissão para doar órgãos e tecidos a não-parentes. Tal fato elevou o número de transplantes entre pessoas vivas, provocando suspeitas sobre a possibilidade de doações incentivadas pelo aspecto financeiro e não altruístico o que corrobora para o comércio ilegal de órgãos (PASSARINHO; GONÇALVES; GARRAFA, 2003). Esta realidade fere drasticamente a dignidade do indivíduo que fora amplamente violada mediante valoração de membros constituintes do organismo humano, tal qual um objeto. Tal prática contribui sobremaneira para o tráfico de órgãos no Brasil.

Recentemente, em 2017, o decreto 9.175/17, foi assinado e regulamentou a Lei 9.434/97, constituindo um progresso na segurança do transplante de órgãos no Brasil. Dentre outras exigências, o respectivo decreto determina a

⁹Art. 4o A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. (Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001)

obrigatoriedade da confirmação de morte encefálica¹⁰ (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017), por um médico não membro integrante da equipe responsável pelo transplante.

Ainda que o decreto 9.175/17 tenha contribuído positivamente com relação ao transplante de órgãos no Brasil, o mesmo apresenta alguns pontos de crítica doutrinária, tal como a manutenção da exigência do consentimento familiar para a remoção de órgãos *post mortem*, o que viola a autonomia e dignidade do ser humano em vida (OLIVEIRA, 2018, p.105). Neste contexto, indaga-se: se é de direito do homem durante a sua vida ter suas escolhas filosóficas e religiosas respeitadas, pela qual razão não teria este o direito de ver sua vontade *pós-mortem*, executada?

Sabe-se que a pessoa em vida não pode dar destino ao seu cadáver, de forma que ultrapasse os limites éticos em que se ajusta a uma sociedade, transformando-o em objeto de mercantilização para o tráfico de órgãos humanos. Conseqüentemente, a população mais afetada seria a de classe baixa, justamente as desprovidas de nenhuma informação a respeito da temática.

Ademais os artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 asseguram que é dever de o estado garantir o direito à saúde, à segurança entre outros direitos sociais.

A legislação brasileira vigente (Lei 9.434/97) é clara acerca do consentimento familiar para a retirada dos órgãos e tecidos para transplante *post mortem*. Contudo, a manifestação em vida de ser doador ou não é muito importante, além de facilitar a tomada de decisão pelos familiares do falecido, pode favorecer solidariamente a salvar outras vidas. Numa breve retrospectiva acerca do consentimento da pessoa em vida, vale dizer, que o modelo de consentimento adotado pelo Brasil desde a primeira lei¹¹ de transplantes, é o informado.

Desde a implantação da Lei 9.434/97, o consentimento passou a ser presumido. Pior ainda, foi o Decreto de n.º 2.170/97 que determinou a obrigatoriedade do registro de “doador ou não doador”, configurando um sistema

¹⁰A Resolução CFM n.º 2.173/17 estabelece que os procedimentos para a determinação da morte encefálica devem ser iniciados em todos os pacientes que apresentem coma não perceptivo, ausência de reatividade supraespinal e apneia persistente. Deve ser apresentada parada irreversível da função cerebral.

¹¹ A Lei 4.280, 06 de novembro de 1963, dispunha somente sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida. *Diário Oficial da União*, 06 nov.1963

coercitivo, pois, as pessoas na sua maioria, nunca se adequaram à situação do consentimento presumido, o que as fazia registrar como não doadoras. Somente no ano de 2001 com a lei 10.211/01 que os registros perderam sua eficácia, retornando ao consentimento informado, onde quem decide é a família. Tal modelo também é adotado em outros países tais como EUA e Japão (MANUAL DE DOAÇÃO E TRANSPLANTES, 2017).

Neste contexto, ficou demonstrado que a decisão que prepondera na legislação brasileira é a da família, deixando a manifestação do consentimento em vida da pessoa, violado, sem amparo jurídico.

3 NORMATIVA INTERNACIONAL DO TRÁFICO DE ÓRGÃOS

O tráfico de órgãos é um tema complexo, real, polêmico e de conexões internacionais. Poucos são os estudos e reflexões acerca da legislação nacional e internacional que trate de forma específica o tráfico de pessoas para fins de remoção de órgãos e do tráfico de órgãos.

Em 2000, 117 países assinaram o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional atinente à prevenção, suprimir e punir o tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças.

O respectivo instrumento foi internalizado no ordenamento jurídico brasileiro em março de 2004, quando o Decreto n.º 5.017 forneceu a primeira definição de tráfico de pessoas usado para a remoção de órgãos¹².

Apesar de ser representada no “Protocolo de Palermo” a questão do tráfico de pessoas para fins de remoção de órgãos, pouca atenção foi atribuída para essa questão em função de pouca relevância para outros métodos de exploração que constituem crimes de tráfico de pessoas.

Assim, a Organização Mundial de Saúde (OMS) tem declarado a sua grande preocupação pelo aumento crescente da mercantilização de partes

¹²Art. 3º, “a” – A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;

humanas devido à alta demanda de órgãos e tecidos e a escassez de doação voluntária. Diante da situação, no ano de 2004, a OMS solicitou aos Estados – Membros para:

(...) tomarem medidas no sentido de proteger os grupos mais pobres e vulneráveis contra o turismo de transplantação e a venda de tecidos e órgãos, prestando atenção ao problema mais vasto do tráfico internacional de tecidos e órgãos humanos (Organização mundial da Saúde (2004)

Em 2008, em busca de uma legislação internacional específica que tratasse somente do tráfico de órgãos, foi realizada em Istambul, uma Reunião de Cúpula¹³, com mais de 150 representantes especialistas em questões éticas de entidades médicas e científicas de todo o mundo, de modo a debater o enquadramento jurídico mais adequado e eficiente que buscassem meios de enfrentamento ao crime de tráfico de órgãos.

A “Declaração de Istambul sobre o tráfico de órgãos e turismo de transplantes” conhecida por “Declaração de Istambul” é fruto do consenso dos participantes da cúpula que sugeriram a criação de estratégias com intuito de aumentar o número de doadores legais e combater o tráfico de órgãos e o turismo de transplante, compreendendo a necessidade dos países na criação de um enquadramento jurídico eficiente que atendesse não só às atividades relacionadas a transplantação de órgãos humanos, como também um sistema supervisor que propiciasse de maneira transparente, a segurança entre doador e receptor e a aplicabilidade de normas e proibições de práticas contrárias à ética.

A presente Declaração abrange o Tráfico de órgãos, o comércio e o turismo de transplantes. Tanto o Protocolo de Palermo quanto a Declaração de Istambul repudiaram a coisificação do ser humano que o reduz a um meio e apropria-o como objeto (ALVES, 2019).

Outro instrumento específico que foi considerado um marco global, foi a instituição da Convenção do Conselho Europeu, com objetivo de estimular a cooperação entre os governos, incidindo sobre a prática do crime de tráfico de órgãos humanos, criando meios legais efetivos para a sua punição, bem como, a

¹³Os trabalhos de preparação da Cúpula se deram início em 2007, realizados por um “Comitê Diretor” convocado pela **The Transplantation Society** (TTS) e pela **International Society of Nephrology**(ISN). (*A Sociedade de Transplante e a Sociedade Internacional de Nefrologia*). Disponível em: <https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA57/A57_R18-en.pdf>. Acesso em: <08.05.2020>.

aplicação de meios eficazes no acompanhamento de suas disposições¹⁴, de modo a combater o tráfico humano, proteger as suas vítimas e como já dito, estimular a cooperação entre governos nesse sentido (ALVES, 2019).

A Convenção do Conselho da Europa no tocante ao combate contra o tráfico de órgãos humanos exige que os Estados - Membros adotem medidas para amparar as vítimas em seus aspectos físicos, psicológicos e recuperação social, considerando suas necessidades de segurança e proteção. Tais medidas abrangem a todas as vítimas sem discriminação, mulheres, homens e crianças, sendo vítimas de tráfico transnacional ou nacional, independentemente da forma de exploração e do país em que foram exploradas (GRETA, 2019).

Um excelente exemplo da eficácia das medidas apresentadas pela Convenção foi a adoção das medidas pela Espanha, que atualmente ocupa o primeiro lugar mundial na classificação de doadores de órgãos, sendo considerada um modelo a ser imitado (MONTEIRO FILHO, 2019).

De acordo com os dados apresentados em 2004 pela ONT, o país realizou em 25 anos, mais de 53.708 transplantes de órgãos, desde a implantação da primeira legislação de transplantes da Espanha (Lei 30/1979)¹⁵. O País, somente permite a doação de órgãos de forma altruística, negando a condição de qualquer outro meio que não seja solidário, e todo o procedimento de transplantação é custeado integralmente pelo Sistema Nacional de Saúde (SNS), garantindo altruísmo e equidade no acesso de transplante (ONT, 2004).

Os dados de elevados números de doadores têm sido crescente a cada ano na Espanha, conforme estatísticas apresentadas pela (ONT). Somente no ano de 2019 superou as expectativas que eram de 2.000 para 2.302 doações em dados gerais, atingindo uma taxa (Pmp) de 49% por milhão de população (ONT, 2019).

O Brasil, por seu turno, não faz parte do quadro dos estados-membros do Conselho da Europa¹⁶. No entanto, em 25 de março de 2015 em Santiago de

¹⁴A convenção dispõe sobre a proteção dos direitos humanos em seus 33 artigos, visando combater o tráfico de órgãos em seus aspectos internacionais e penais.

¹⁵ Legislação disponível em: <http://www.ont.es/infesp/Legislacin/LEY_EXTRACCION_TRASPLANTE_ORGANOS.pdf>. Acesso em: <01.08.2020>.

¹⁶ Atualmente, 47 Estados-membros do Conselho da Europa são partes da Convenção. Tabela e mapa disponível em: <<https://www.coe.int/pt/web/about-us/our-member-states>>. Acesso em <31.07.2020>.

Compostela, o conselho reconheceu em seu preâmbulo sobre a necessidade de uma estreita união entre os estados-membros e os não membros, a fim de enfrentar de forma eficaz a ameaça que o tráfico de órgãos humanos tem representado para a sociedade em seu aspecto global, violando a dignidade humana, o direito à vida e diversas afrontas à saúde pública (TRATADO do Conselho da Europa – n.º 21, 2015).

4 DELITOS PREVISTOS NA LEI DE ÓRGÃOS (9.434/97)

Os delitos¹⁷ previstos na Lei de Transplante de órgãos (9.434/97) estão pautados nos artigos 14 a 20 que penalizam condutas relativas ao tratar de remoção, compra, venda, transporte, guarda ou até distribuição de órgãos humanos, bem como a realização de transplante ou enxerto, conhecendo de sua procedência obtida por meios ilegais, objetivando a tutela da integridade física do indivíduo inserido no âmbito dos seus direitos de personalidade, do princípio da dignidade humana, abrangendo não apenas durante a sua vida, mas também da mesma maneira após a sua morte (ANDREUCCI, 2018, p.788).

4.1 DA REMOÇÃO ILEGAL DE ÓRGÃOS

O artigo 14 diz sobre a remoção de partes do corpo humano, seja em vida ou após a morte.

*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.*

O bem jurídico protegido no caso de remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas vivas, é a proteção da integridade corporal e saúde do indivíduo e conseqüentemente a vida. Se o tecido, órgão ou parte do cadáver foi removido, é a proteção do respeito aos mortos. É uma norma penal em branco, pois exige complementação na própria legislação especial, além de ser difícil sua elucidação pelo fato de englobar todas as condutas possíveis estabelecidas na lei (ABADE,

¹⁷Zafaroni e Pierangeli (2011, p.341) conceituam que é "delito", como sendo nada menos que condutas humanas proibidas pela legislação penal se associando a uma pena como consequência.

2009, p.94). O objeto material são os tecidos, órgãos ou partes do corpo humano.

No que se refere aos sujeitos do delito temos que o ativo será qualquer pessoa e o passivo é o indivíduo que tem os tecidos, órgãos ou partes do corpo removidas em vida em desacordo com a lei. No caso de remoção *post mortem*, sujeito passivo é a coletividade, e, secundariamente, os sucessores do morto. O tipo objetivo veda os comportamentos de remover tecidos, órgãos ou partes do corpo humano. Enquanto o tipo subjetivo é doloso. A consumação se dá com a prática de remoção ou retirada do tecido, órgão ou parte do corpo humano, contrárias às disposições de lei, sendo crime material, pois exige o resultado naturalístico para sua concretização e a tentativa é possível nos parágrafos (1.º) ao (4.º), que são modalidades qualificadas do crime, semelhantes aos qualificadores previstos no artigo 129 do Código Penal, que trata sobre as lesões corporais.

Neste texto de lei, existe a modalidade de crime mercenário quando sua execução se dá mediante paga ou promessa de recompensa e o motivo torpe se configura quando o delito causa repulsa, repugnância, segundo valores éticos correntes na sociedade (ANDREUCCI, 2018, p.789, 790).

4.2 DA COMERCIALIZAÇÃO DE PARTES HUMANAS

A lei 9.434/97 criminaliza outras condutas do artigo 15, que diz:

*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 aufera qualquer vantagem com a transação.*

O bem jurídico protegido no caso de comprar ou vender órgãos ou partes do corpo humano, é a preservação do direito à vida, garantido pela lei de transplantes, não permitindo nenhuma hipótese de comercialização, de modo que todas as pessoas venham a ter acesso ao procedimento cirúrgico. O objeto material são os tecidos, órgãos ou partes do corpo humano.

Em relação aos sujeitos de delitos temos que o ativo será qualquer pessoa e o passivo, a coletividade, nesse caso, se tem refletido que a coletividade tem seus interesses prejudicados, à medida que, quando órgãos são comercializados, outras pessoas (receptores) que eventualmente os aguardam para recebê-los de

forma gratuita ficam desamparadas. O tipo objetivo proíbe as condutas de comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, bem como os atos de promover, intermediar, facilitar ou auferir vantagem com a mercancia ilegal. Ao mesmo tempo, o tipo subjetivo é o doloso. A consumação se dá com a ocorrência da retirada do órgão e tecido do corpo da pessoa viva, para a realização de transplante mediante transação financeira e a tentativa é possível (ANDREUCCI, 2018, p.792, 793).

4.3 DA REALIZAÇÃO DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS OBTIDOS ILEGALMENTE

O artigo 16 criminaliza o ato de realizar transplante, mesmo sabendo a origem ilícita dos órgãos:

*Art. 16 Realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:
Pena - reclusão, de um a seis anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.*

O bem jurídico protegido no caso de realização de transplante ou enxerto que sabe ser de procedência ilícita é a preservação do direito à vida, garantido pela lei de transplantes, em razão do princípio da igualdade, eis que todos devem ter acesso aos tecidos, órgãos ou partes do corpo da mesma forma. O objeto material são os tecidos, órgãos ou partes do corpo.

Quanto aos sujeitos de delitos temos que o ativo em regra, poderia ser somente o médico, porém nada impede que algum outro profissional da saúde ou qualquer pessoa que tenha conhecimentos técnicos na área, possa realizar a conduta típica, e o passivo é a coletividade. O tipo objetivo veda a realização do transplante ou enxerto de órgãos e tecidos, de que tem ciência de serem obtidos ilegalmente. No entanto, o tipo subjetivo é o doloso. A consumação se dá no momento da transplantação. A tentativa é admitida (ANDREUCCI, 2018, p.793, 794). Sendo que para ocorrer a configuração do delito, há a necessidade do elemento subjetivo específico consistente na ciência, pelo sujeito ativo, de que os tecidos, órgãos ou partes do corpo foram obtidos em desacordo com a lei.

4.4 DO TRANSPORTE ILEGAL DE ÓRGÃOS

A conduta de transportar, recolher, guardar ou distribuir ilegalmente órgãos humanos, de que sabe ser contrário à lei 9.434/97, também é penalizado pela legislação especial

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

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

O bem jurídico protegido no caso de recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência de serem sido obtidos ilicitamente, é a preservação do direito à vida, garantido pela lei de transplantes, pois é imprescindível que todos tenham acesso aos tecidos, órgãos ou partes do corpo humano na forma do princípio de igualdade. O objeto material são os tecidos, órgãos ou partes do corpo humano.

Em se tratando de sujeitos de delitos temos que o ativo pode ser qualquer pessoa e o passivo a coletividade. O tipo objetivo veda o comportamento de recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano. Ao passo que, o tipo subjetivo é o doloso. A consumação se dá pela participação, admitindo a co-autoria. A tentativa é possível (ANDREUCCI, 2018, p.794). Assim como no artigo anterior, é exigível para a ocorrência da configuração desse delito, a presença do elemento subjetivo específico consistente na ciência, pelo sujeito ativo, de que os tecidos, órgãos ou partes do corpo foram obtidos em desacordo com a lei.

4.5 DA MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DO RECEPTOR

O tipo penal assim previsto diz sobre a manifestação expressa do receptor para a realização do transplante:

Art. 18 Realizar transplante ou enxerto em desacordo com o disposto no art. 10¹⁸ desta Lei e seu parágrafo único: Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

¹⁸Art. 10. O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, assim inscrito em lista única de espera, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do

O bem jurídico protegido no caso de realização de transplante ou enxerto contrário à lei acerca do consentimento de quem irá receber o órgão ou tecido (enxerto), é justamente a preservação do direito à liberdade do receptor, inscrito em lista única de espera, o qual poderá recusar o transplante ou enxerto, à vista dos riscos do procedimento. Sendo cadáver, o respeito à incolumidade do mesmo, vedando a extração de seus órgãos. O objeto material são os tecidos, órgãos ou partes do corpo humano.

No que se refere aos sujeitos de delitos temos que o ativo assim como no artigo 16 da Lei 9.434/97, em regra, seria somente o médico, porém nada impede que algum outro profissional da saúde ou qualquer pessoa que tenha conhecimentos técnicos na área, possa realizar a conduta típica e o passivo é a coletividade. O tipo objetivo veda o ato de realizar o transplante ou enxerto contrário à lei acerca do consentimento do receptor. Enquanto o tipo subjetivo é o doloso. A consumação se dá pela participação, admitindo a co-autoria. A tentativa é possível (ANDREUCCI, 2018, p.795).

4.6 DEIXAR DE RECOMPOR A ESTÉTICA DO CADÁVER OU DEIXAR DE ENTREGAR OU RETARDAR SUA ENTREGA AOS FAMILIARES

O artigo cuida da proteção da dignidade do morto, exigindo que após a retirada de órgãos necessários, que o cadáver seja entregue em condições condignas a seus familiares

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

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

O bem jurídico protegido no caso de deixar de recompor, entregar ou retardar a entrega do cadáver à família é a tutela do respeito aos mortos. O objeto material é o cadáver.

procedimento. § 1º Nos casos em que o receptor seja juridicamente incapaz ou cujas condições de saúde impeçam ou comprometam a manifestação válida da sua vontade, o consentimento de que trata este artigo será dado por um de seus pais ou responsáveis legais. (Redação dada Lei nº 10.211, de 23.3.2001).

Em relação aos sujeitos de delitos temos que o ativo pode ser qualquer pessoa e o passivo a coletividade, e, subsidiariamente, os familiares do falecido. O tipo objetivo veda o comportamento omissivo de deixar de recompor e deixar de entregar e uma conduta comissiva de retardar a entrega. Contudo, o tipo subjetivo é o doloso. A consumação se dá pelas condutas de “deixar de recompor” e “deixar de entregar”, na primeira por se tratar de crime omissivo próprio, ocorre com a mera omissão do agente, logo na segunda ocorre com a demora ou retardamento na entrega do cadáver à família do morto. A tentativa é possível apenas na modalidade comissiva (ANDREUCCI, 2018, p.795, 796).

4.7 DA PUBLICAÇÃO DE ANÚNCIO OU APELO PÚBLICO EM DESACORDO COM A LEI

O artigo 20 não pode contrariar o disposto no artigo 11 da mesma lei (9.434/97) sendo permitida somente pelo Sistema Único de Saúde (SUS) a realização de publicações, visando estimular a doação de órgãos

Art. 20. Publicar anúncio ou apelo público em desacordo com o disposto no art. 11¹⁹. Pena – multa, de 100 a 200 dias-multa.

O bem jurídico protegido no caso de publicação de anúncio ou apelo público contrário à lei é a preservação do direito à vida, garantido pela lei de transplantes, tendo em vista o direito de igualdade de todos ao acesso aos tecidos, órgãos ou partes do corpo humano da mesma forma. O objeto material é o anúncio ou apelo, que deve seguir o preceituado pelo art. 11 da lei.

No que tange aos sujeitos de delitos temos que o ativo pode ser qualquer pessoa e o passivo a coletividade, e, secundariamente, os familiares do morto. O tipo objetivo veda o comportamento de publicar ou apelar anúncio público em

¹⁹Art. 11. É proibida a veiculação, através de qualquer meio de comunicação social de anúncio que configure:

- a) publicidade de estabelecimentos autorizados a realizar transplantes e enxertos, relativa a estas atividades;
- b) apelo público no sentido da doação de tecido, órgão ou parte do corpo humano para pessoa determinada identificada ou não, ressalvado o disposto no parágrafo único;
- c) apelo público para a arrecadação de fundos para o financiamento de transplante ou enxerto em benefício de particulares. Parágrafo único. Os órgãos de gestão nacional, regional e local do Sistema único de Saúde realizarão periodicamente, através dos meios adequados de comunicação social, campanhas de esclarecimento público dos benefícios esperados a partir da vigência desta Lei e de estímulo à doação de órgãos. BRASIL, 1997.

desacordo com a lei, sujeito a pena de multa que será calculada e paga de acordo com o artigo 49 e seguintes do Código Penal. Enquanto o tipo subjetivo é o doloso. A consumação ocorre com a divulgação. A tentativa é possível, tendo em vista que para a concretização do delito são necessários vários atos preparatórios (ANDREUCCI, 2018, p.796).

Diante de todo exposto neste capítulo vê-se que a lei brasileira criminaliza, especificamente em seu art. 15, igualmente tanto quem “vende” seu órgão, quanto quem compra ou facilita a comercialização, negando a condição de vulnerabilidade da vítima, fatos como estes ampliam a dificuldade na investigação, pois em ocorrências em que se trata da venda de órgãos a partir de um indivíduo saudável este sentia-se-a reprimido e, mesmo que tenha complicações pós operatórias não denunciará o crime por ter contribuído para o com o mesmo. (ANDRADE et al., 2013, p.569). Como a modalidade do crime é comum e todas as suas condutas abrangem somente a forma dolosa, não se aplicando a espécie culposa por falta de previsão legal (ANDREUCCI, 2018, p.788, 796).

4.8 DAS CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO DA PENA

O artigo 14 da Lei 9.434/97 traz em seus parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º as figuras qualificadas do crime, muito semelhantes com as condutas de lesões corporais previstas nos parágrafos do art. 129 do Código Penal. No entanto, as condutas do artigo 14 provocam um desvalor maior, tendo suas penalidades mais elevadas.

Vejamos que o parágrafo 1º do artigo 14, diz:

§ 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.

A modalidade de crime cometido mediante paga ou promessa de recompensa caracteriza o chamado crime mercenário. Assim, a qualificadora se aplicará aos agentes e intermediários, tanto ao que pagou quanto aquele que recebeu. Outra agravante é o motivo torpe, que causa repugnância, repulsa, segundo os valores éticos da sociedade (ANDREUCCI, 2018, p.789, 790).

A primeira ordem de circunstâncias vale dizer, às que estão baseadas na motivação, correspondem como agravantes o motivo fútil ou torpe art.61, II, alínea a do (CP), é aquele que "executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa." (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p.713).

Em seguida, o parágrafo 2º trata de lesões corporais de natureza grave:

§ 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

Logo, o parágrafo 3º apresenta outras modalidades de qualificadoras que resultam em lesões de natureza gravíssima:

§ 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.

Em disposição no parágrafo 4º trata de lesão corporal seguida de morte:

§ 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.

Neste parágrafo, trata-se sobre o crime preterdoloso, é quando o agente em desacordo com a lei de maneira intencional pratica a conduta de remoção de partes do corpo de pessoas. Neste sentido, existe o dolo, devido a sua intenção, ocorrendo a culpa se a pessoa morrer devido ao procedimento de remoção.

Havendo intenção de matar (*animus necandi*), removendo partes do corpo da vítima, estará configurado o crime de homicídio previsto no artigo 121 do Código Penal (ANDREUCCI, 2018, p.792). Sendo o homicídio doloso de seu parágrafo 4.º, a pena será aumentada de 1/3 se o crime for praticado contra pessoa menor de 14 ou maior de 60 anos. O artigo 61, II, alínea h, traz a circunstância agravante, quando se tratar de crime contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida. Demonstrada a formação de associação

criminosa²⁰, o agente pode ter sua pena agravada nos moldes dos arts. 59, 33, §2º do CP. O artigo 15 da lei 9.434/97 permite a modalidade de concurso de agentes²¹, o sujeito do delito pode ser ativo e passivo ao mesmo tempo.

Neste sentido, o entendimento de Zaffaroni, “é que o código penal não ocupa de definir o autor, o cúmplice e o instigador, somente estabelecendo regras de fixação de pena para todos”.

A agravante na modalidade no concurso de pessoas está prevista na forma art. 62 do CP, sendo considerada uma pena maior ao agente, porém poderá ser aplicado o art. 66 do CP, embora não esteja prevista em lei.

Em se tratando de diminuição da pena, temos que o art. 65, I, do CP considera a idade do agente, como atenuante não ter ele alcançado os vinte e um anos ou ultrapassado os setenta anos de idade na data do fato. O art. 65, II, do CP diz que o desconhecimento da lei, é uma circunstância de atenuante, considerando um menor grau de compreensão da antijuridicidade. Ainda no art. 65, III, do CP, as circunstâncias que limitam a autodeterminação do agente, são eles: ter o agente praticado o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p.714).

A doutrina clássica faz uma reflexão acerca das circunstâncias inominadas, levando em consideração as diferenças de margens sociais de autonomia das desigualdades econômicas, de instrução educacional:

a humildade social de uma pessoa, suas carências econômicas e de instrução, seu escasso acesso a medicina preventiva e curativa, e, no geral o menor gozo dos direitos sociais, sempre e quando estas circunstâncias não chegam a um grau que devam ser consideradas como presença de uma eximente, em razão do estado de necessidade justificante ou exculpante. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 715).

Admite-se ainda, neste referido artigo, a hipótese de excludente da ilicitude sendo o caso de estado de necessidade, (art. 24) do Código Penal, que ocorre quando o agente pratica o fato para salvar de perigo atual que não provocou por sua vontade e nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

²⁰Art.288 – Associação Criminosa – Decreto – Lei 2.848/97

²¹Art. 29 - Do Concurso de Pessoas – Decreto - Lei 2.848/97

Deste modo, pode ocorrer que o agente, por exemplo, após longos anos em fila de transplantes à espera de um doador, tenha sua situação de saúde agravada e necessite urgentemente de um órgão. Em situação de evidente perigo atual, lança-se (por si ou por terceiro) no “mercado negro” e adquire ilicitamente o órgão de que necessitava, possibilitando o transplante e salvando sua própria vida, sendo evidente o estado de necessidade. Não seria exigível que aguardasse a morte para não violar bem jurídico alheio (ANDREUCCI, 2018, p.792, 793), tendo em vista que o transplante de órgão é a última esperança de quem está agonizando na fila de espera.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tráfico de órgãos humanos é um crime silencioso que cresce a cada dia no Brasil. Ainda que as expectativas à volta dos avanços da Lei n.º 9.434/97 e suas exaustivas regulamentações, a realidade é que, na prática, ainda existem desafios a serem superados.

Se por um lado existe uma demanda crescente de pessoas, as quais em sua maioria vivem em condições sub-humanas, aguardando em fila legítima por um transplante de órgãos, em contrapartida, por outro lado, segue uma fila ilegítima concorrente formada por aqueles providos de condições financeiras, fato este que tem contribuído negativamente para a expansão do comércio ilícito de órgãos humanos no Brasil. Outros fatores são considerados, bem como a baixa disponibilidade de doadores e a carência na logística no que se refere à celeridade dos procedimentos para viabilizar o processo e evitar desperdícios de órgãos, dentre outros, a deficiência evidente na conexão das centrais de transplantes. Esta realidade corrobora para que o tráfico de peças anatômicas humanas aconteça, já que o crime de tráfico humano tem ocorrido dentro dos hospitais por equipe-médica profissionais, utilizando em sua maioria o SUS.

Todavia, a formação de organizações criminosas tem sido um dos fatores que mais tem facilitado a prática de mercantilização de peças humanas no Brasil e no mundo. Infelizmente, os membros integrantes de tais organizações têm estado presentes nos sistemas ligados à corrupção, como se vê em momentos atuais, a realidade nua e crua de grupos contaminados nos seus mais salientes cargos de liderança do país.

A expectativa diante da realidade é que haja interesse por parte do Estado em tomar medidas governamentais a fim de promover a dignidade da pessoa humana, respeitando e fazendo cumprir os seus direitos fundamentais e sociais inerentes, bem como a saúde, a segurança, propiciando uma política que esteja de acordo com a nossa Carta Magna.

A parte geral do direito penal atuará na legislação especial quando a mesma não dispuser de outro modo, assim prevendo crime tipificado na Lei 9.434/97, esta lei será aplicada, ainda que a conduta esteja prevista no Código Penal.

A legislação penal especial é relevante, apesar de suas peculiaridades, pois busca criminalizar todas e quaisquer condutas de comercialização de partes humanas, atuando sobre os critérios de remoção e transplantação de órgãos e tecidos *inter vivos e post mortem*, aplicando sanções penais e administrativas àqueles que agirem em desacordo com as disposições da Lei de Transplantes n.º 9.434/97 a qual tem sofrido diversas alterações com intuito de melhor se adequar à realidade, repudiando as práticas ilícitas do tráfico de órgãos, buscando solucionar o problema da escassez de órgãos.

No entanto, o art. 15 da lei 9.434/97 necessita de ser mais observado sobre a condição de vulnerabilidade da vítima, uma vez que o mesmo criminaliza tanto quem compra como quem vende de forma rigorosa, não havendo uma figura de quem seja a vítima ou criminoso, assemelhando os dois sujeitos, cabendo a análise do caso concreto. Sendo assim, seria interessante que a repressão penal fosse mais centrada no comprador e no intermediário da transação, como ocorre no sistema jurídico norte-americano, que busca reprimir com rigor os comerciantes de órgãos humanos.

Contudo, não é demais estabelecer os bens jurídicos que se consideraram expressamente tutelados pelas normas penais sendo entre eles: a vida, dignidade humana e integridade física, a saúde.

Outro ponto a ser observado e deveria ser respeitado, é a autonomia de vontade da pessoa em vida, de modo que a sua manifestação em ser doadora tenha validade jurídica, obedecido os critérios em lei que assegurem não haver comercialização envolvida, já que o ser humano não pode dar destino ao seu cadáver.

Apesar de o SNT ser o maior sistema público em transplantes do mundo, restou apresentado pelo presente artigo que, ainda faltam medidas eficientes que sejam rigorosas a serem tomadas na prática, bem como fiscalizações constantes aos órgãos integrantes do SUS. Como visto, levaram seis anos entre o tempo da primeira auditoria (2006) e a segunda (2012) pelo TCU, não tendo apresentado nenhuma outra após este período.

Em virtude do que foi exposto, uma das possíveis soluções para a diminuição da escassez de órgãos, seria, dentre as propostas de medidas do TCU ao SNT, é que existam mais campanhas de conscientização frente à doação de

órgãos, para que as pessoas se inteirem melhor sobre os procedimentos de transplantes e a importância de informar à família sobre a sua vontade de ser doadora *post mortem*, dando-lhes segurança no momento de dor auxiliando-as em sua decisão.

REFERÊNCIAS

ABADE, Rosa Maria Neves. **Transplantes de órgãos**: relevância penal. 2009. 172 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, PUC- SP, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8631/1/rosa%20maria%20neves%20abade.pdf>>. Acesso em: 07 maio 2020.

ALVES, Daniela. Enfrentamento ao tráfico de pessoas. **Revista do Tribunal Regional Federal da Terceira Região**, São Paulo, p. 229-243, 30 jul. 2019. Trimestral. Disponível em: <https://www.trf3.jus.br/documentos/revs/diversos/revista-especial-2019_com_links.pdf>. Acesso em: 07 maio 2020.

ANDRADE, Bárbara Dornelas Belchior Costa. **O direito brasileiro e os transplantes de órgãos e tecidos**. Brasília: Thesaurus, 2008.

ANDRADE, Daniela Alves Pereira de et al (org.). 3. 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. Departamento de Justiça, Brasília, p.569, 2013. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/cartilha_traficodepessoas_uma_abordagem_direitos_humanos.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2020.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 13ª. Ed. atual e ampliada. São Paulo. Saraiva 2018. P. 789 a 796.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. **Decreto nº 5017**: 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. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm>. Acesso em: 21 ago. 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 05 fev. 1997.

BRASIL. **Lei n. 10.211**, de 23 de março de 2001. Altera dispositivos da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que "dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento". Diário Oficial da União. Brasília, 23 mar. 2001.

BRASIL. Ministério da saúde. **Doação de órgãos**: transplantes, lista de espera e como ser doador. Disponível em: <<https://saude.gov.br/saude-de-a-z/doacao-de-orgaos>>. Acesso em: 27 mar. 2020.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº 562/2006. Plenário. Relator: Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça. Brasília, DF, 19 de abril de 2006. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-27267/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº 1137/2012. Plenário. Relator: Aroldo Cedraz. Brasília, DF, 06 de março de 2012. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24E08D405014E0D31D1B94776>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**, Acórdão nº 1691/2013, Ata Nº 24/2013 – Plenário. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Brasília, DF, 03 de julho de 2013. Brasília, 11 jul. 2013. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A1691%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuId=0c6eed0-d135-11ea-984f-fbd77e2fa561>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Relatório de Avaliação de Programa: programa doação, captação e transplante de órgãos e tecidos. Plenário. Relator: Marcos Vinícios Vilaça. Brasília: Grupodesign, 2006. 138 p. 138 f. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/relatorio-de-avaliacao-de-programa-programa-doacao-captacao-e-transplante-de-orgaos-e-tecidos.htm>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Relatório de Monitoramento: programa doação, captação e transplante de órgãos e tecidos. Brasília, 2009. 36 p. Disponível em:

<<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?inline=1&fileId=8A8182A14D6E85DD014D7327A5A31262>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

CARRIÃO, Cláudia Meireles. **Transplante de órgãos na legislação brasileira: a polêmica lei 9.434/97 e sua reforma**. 2004. 59 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Unifmu, São Paulo, 2004. Cap. 15. Disponível em:

<<https://arquivo.fmu.br/prodisc/direito/cmc.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

CASARIN, Helen de Castro S.; CASARIN, Samuel S. **Pesquisa científica: da teoria à prática**. Curitiba: Ed. Intersaberes, 2012.

COIMBRA, C.G. **Tráfico de Órgãos é o terceiro crime organizado mais lucrativo do mundo, segundo polícia federal, 2009**. Disponível em:

<<https://celsogallicoimbra.com/2009/02/12/trafico-de-orgaos-e-terceiro-crime-mais-lucrativo-segundo-policia-federal/>>. Acesso em: <1 set. 2019>.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA: **CFM atualiza resolução com critérios de diagnóstico da morte encefálica**. Brasília: Cfm, 12 dez. 2017. Disponível em:

<https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27329:2017-12-12-11-27-28&catid=3>. Acesso em: 28 mar. 2020.

DIANNI, Cláudia (ed.). Brasil tem o maior sistema público de transplantes de órgãos do mundo. 2019. **Correio Braziliense**. Disponível em:

<<https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/12/01/interna-brasil,810526/brasil-tem-o-maior-sistema-publico-de-transplantes-de-orgaos-do-mundo.shtml>>. Acesso em: 27 mar. 2020.

GARRAFA, Volnei. O Mercado de Estruturas Humanas. **Revista Bioética**, Brasília, p. 1-8, 2009. Disponível em:

<http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/490/307>. Acesso em: 06 maio 2020.

GARRIDO, Samantha Santana. **Doação de órgãos e tecidos post mortem: uma análise da manifestação de vontade do doador à luz do sistema jurídico brasileiro**. 2013. 88 f. TCC. (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2013. Disponível em:

<<http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Samantha%20Santana%20Garrido.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2020.

GRETA. Europe. **Council Of Europe**, v. 08, out. 2019. Anual. Disponível em: <<https://edoc.coe.int/en/trafficking-in-human-beings/8034-assistance-to-victims-of-human-trafficking.html#>>. Acesso em: 02 ago. 2020.

JÚNIOR. João Jerônimo. **A morte encefálica e os transplantes de órgãos humanos: uma abordagem ética - jurídica**. 2014. 73 f. TCC. (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Estadual da Paraíba - Campus I, Paraíba, julho de 2014. Cap. 3. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/8454/1/PDF%20-%20Jo%C3%A3o%20Jer%C3%B4nimo%20J%C3%BAnior.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

LIMA, Marcus Vinícius Sanches. **O Tráfico internacional de órgãos e a violação de direitos humanos**. 2014. 61 f. Monografia (Especialização) - Curso de Ciências Jurídicas, Centro Universitário Toledo, Unitoledo, Araçatuba, 2014. Disponível em: <<https://servicos.unitoledo.br/repositorio/bitstream/7574/890/1/MARCUS%20VINICIUS%20SANCHES%20LIMA%20-%20%20Tr%C3%A1fico%20internacional%20de%20%C3%B3rg%C3%A3os%20e%20a%20viola%C3%A7%C3%A3o%20dos%20direitos%20humanos.pdf>>. Acesso em: 06 maio 2020.

MANUAL DE DOAÇÃO E TRANSPLANTES. Porto Alegre: Libretos. out. 2017. Disponível em: <<http://uap.heufpel.com.br/wp-content/uploads/sites/6/2016/12/Manual-dos-Transplantes-ok.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2020.

MATTE, N.L. **A (im)possibilidade da legalização da comercialização de órgãos no Brasil e os entraves à doação**. TCC (Graduação). Centro Universitário Univates, Lajeado, junho de 2017. 91 f. Disponível em: <<https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/1747/1/2017NicoleLenhardtMatte.pdf>> Acesso em: 16 ago. 2019.

MONTEIRO FILHO, Hernando Alexandre. **O tráfico de órgãos humanos no Brasil de acordo com a lei nº 9434/97**. 2019. 44 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Núcleo de Trabalho Científico, Unievangélica, Anápolis, 2019. Disponível em: <<http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/1322/1/Monografia%20-%20Hernando%20Alexandre%20Monteiro%20Filho.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2020.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. **A doação de órgãos depois do decreto n. 9.175/2017.** *Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*. Ed. Rosângela Tremel, v. 09, n. 17, 2018. Semestral. Disponível em: <https://www.google.com/search?q=A+DOA%C3%87%C3%83O+DE+%C3%93RG%C3%83OS+DEPOIS+DO+DECRETO+N%C2%BA+9.175%2F2017+ORGAN+DONATION+AFTER+DECREE+N%C2%BA+9175%2F17+J%C3%BAlio+Moraes+Oliveira1&rlz=1C1RLNS_pt-BRBR905BR905&oq=A+DOA%C3%87%C3%83O+DE+%C3%93RG%C3%83OS+DEPOIS+DO+DECRETO+N%C2%BA+9.175%2F2017+ORGAN+DONATION+AFTER+DECREE+N%C2%BA+9175%2F17+J%C3%BAlio+Moraes+Oliveira1&aqs=chrome.0.69i59.1096j0j9&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Acesso em: 08 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. “Resolução da Assembléia Mundial da Saúde 57,18, sobre órgãos e transplantes de tecidos”, 22 de maio de 2004, Disponível em: <http://www.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA57/A57_R18-en.pdf> Acesso em: 08 mar. 2020.

ORGANIZAÇÃO NACIONAL DE TRANSPLANTES. Historia de los trasplantes. 2004. Disponível em: <<http://www.ont.es/home/Paginas/HistoriadelosTrasplantes.aspx>>. Acesso em: 02 ago.2020.

ORGANIZAÇÃO NACIONAL DE TRANSPLANTES. Memoria actividad do nacióny trasplante. España, 2019. Disponível em: <<http://www.ont.es/infesp/Memorias/actividad%20de%20donaci%c3%93n%20y%20transplante%20espa%c3%91a%202019.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2020.

PASSARINHO, Lúcia Eugênia Velloso; GONÇALVES, Maura Pedrosa; GARRAFA, Volnei. Estudo bioético dos transplantes renais com doadores vivos não-parentes no Brasil: a ineficácia da legislação no impedimento do comércio de órgãos. **Revista da Associação Médica Brasileira**, [S.L.], v. 49, n. 4, p. 382-388, 2003. Elsevier BV. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/s0104-42302003000400028>>. Acesso em: 08 out. 2020.

PASZCZUK, José. **Transplantes de órgãos: um direito da personalidade.** 2011. 22 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Centro Universitário de Maringá, Universidade de Maringá, Maringá, 2011. Disponível em: <<https://portaldeperiodicos.unibrazil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2935>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

SOUTO, Hanna. *et al. Considerações ético-jurídicas sobre o transplante de órgãos e tecidos à luz da dignidade da pessoa humana*. **Revista Direito Unifacs: Debate Virtual**, Salvador, n. 125, p. 16-19, 2010. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1335>>. Acesso em: 08 out. 2020.

THOMÉ, Clarissa; MENGUE, Priscila. Quase metade das famílias dizem "não" à doação de órgãos: 34,5 mil estão na fila. **O Estadão de S. Paulo**. São Paulo, 11 mar. 2017. Disponível em: <<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,quase-metade-das-familias-diz-nao-a-doacao-de-orgaos-34-5-mil-estao-na-fila,70001695257>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

TORRES, Caetano Alves. **Tráfico de órgãos humanos e crime organizado: sob a ótica da tutela dos direitos humanos**. Monografia. [TCC] - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Rio de Janeiro, 2007. 54 f. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/11524/11524.PDF>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

TRATADO do Conselho da Europa – n.º 21. **Convenção do Conselho da Europa contra o Tráfico de Órgãos Humanos**. Santiago de Compostela, assinada em 25 de março de 2015. Disponível em: <<https://rm.coe.int/16806ff1ac>> Acesso em: 2 ago. 2020.

VASCONCELOS, Francine Melo. **Tráfico internacional de órgãos, a violação dos direitos humanos e as políticas de combate a esta modalidade delitiva: um estudo a partir da atuação do Brasil, União Européia e Irã**. 2015. 80 f. TCC. (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <https://riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/3358/112276_Francine.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 mar. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal. **Revista dos Tribunais: Parte Geral** - 9.ª edição revista e atualizada, São Paulo, v. 1, p. 59-767, 01 fev. 2011.