XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

PAULO CESAR CORREA BORGES

CARLOS ALBERTO MENEZES

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito penal, processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Carlos Alberto Menezes, Nestor Eduardo Araruna Santiago, Paulo Cesar Correa Borges– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-045-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3. Processo penal. 4. Constituição I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

O Grupo de Trabalho n. 4 - Direito Penal, Processo Penal e Constituição - contou com trinta e três artigos aprovados para as respectivas apresentações, que ocorreram no dia 04 de junho de 2015, sob a coordenação dos penalistas Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS). Os artigos foram agrupados segundo a temática desenvolvida, permitindo uma interlocução entre os autores e demais debatedores, oriundos de diferentes programas de pós-graduação vinculados ao Sistema Nacional de Pós-Graduação.

Os desafios contemporâneos das Ciências Penais e das suas interdisciplinariedades com o Direito Constitucional perpassaram as pesquisas apresentadas, propiciando ricos debates, embora premidos pela relação quantidade-qualidade.

Além disso, as perspectivas garantistas e funcionalistas também estiveram presentes nos artigos, propiciando até a busca de superação de uma visão dicotômica das duas correntes. Diversificados foram os temas: a teoria da dupla imputação; responsabilidade penal da pessoa jurídica; direito penal ambiental; tráfico de órgãos; crimes transfronteiriços; criminalidade organizada; doutrina do espaço livre de direito; controle de convencionalidade; criminal compliance; proteção penal dos direitos humanos; multiculturalismo; crimes cibernéticos; crueldade contra animais; direito penal tributário; direito penal do inimigo; expansão do direito penal; e necessidade de descriminalização de certos tipos penais.

Até a teoria geral do processo penal teve sua utilidade questionada. Questões práticas, no âmbito do processo penal foram debatidas, tais como a homologação, ou não, do pedido de arquivamento de investigação criminal, em foro por prerrogativa de função ou em inquérito policial; a execução provisória da pena privativa da liberdade; flexibilização das normas relativas a usuários de drogas; inversão do contraditório; inovação de tese defensiva na tréplica no Júri, o sigilo das votações, fundamentação e a repercussão de seus julgamentos na mídia; psicologia do testemunho; risco no processo penal; medida de segurança; e prisões cautelares.

O Grupo de Trabalho cumpriu seu objetivo de reunir pesquisadores de todo o país para a reflexão teórico-prática de diversos temas que estão presentes na pauta das Ciências Penais, bem como para a atualização e compartilhamento de novos recortes epistemológicos relativos ao Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional.

Os artigos que foram aprovados, pelo sistema do duplo cego, foram submetidos à crítica dos debates proporcionados no Grupo Temático e, uma vez mais, estão sendo publicados no livro que ora se apresenta a toda a comunidade acadêmica, e que permitirão uma análise crítica por aqueles pesquisadores e especialistas que, se não puderam participar dos debates orais, poderão aprofundar a interlocução com os produtos de outras pesquisas, que já vem sendo desenvolvidas e que culminaram com as suas produções e poderão servir de referência para outros estudos científicos.

Isto, por si mesmo, já está a indicar a excelência do resultado final e a contribuição de todos os co-autores e dos coordenadores do livro, para a valorização da Área do Direito.

A oportunidade do livro decorre dos debates atuais sobre o populismo penal que, invariavelmente, recorre a bandeiras político-eleitoreiras, subjacentes a propostas de recrudescimento do tratamento penal para as mais variadas temáticas, sem ao menos ter por parâmetros científicos proporcionados pelos pesquisadores das Ciências Sociais Aplicadas, dentre as quais o Direito e, mais particularmente, o Direito Penal, Processual Penal e Constitucional.

Aracaju-SE, junho de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS).

ANÁLISE CRÍTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE ÓRGÃOS E TECIDOS HUMANOS E A BUSCA PELA IDENTIFICAÇÃO DA VÍTIMA NAS VIAS DE FATO

CRITICAL ANALYSIS OF HUMAN ORGANS AND TISSSUES TRAFFICKING CRIME AND THE SEARCH FOR IDENTIFICATION OF THE FACT VICTIM

Caio Humberto Ferreira Dória de Souza
Luis Gustavo Grandinetti Castanho De Carvalho

Resumo

De acordo com a vigente lei de transplantes, aquele que vende o próprio órgão, o comprador, o agenciador, o cirurgião e qualquer pessoa que participe da transação comete o crime de tráfico de órgãos. Aparentemente esse tipo penal não apresenta vítimas. Contudo, em face do bloco de constitucionalidade constituído por posteriores normas internacionais ratificadas pelo Brasil, é possível perceber que a referida lei, no tocante à parte que descreve o tipo, não foi recepcionada pela Constituição, além de padecer de uma inconstitucionalidade material por acabar incriminando a vítima do próprio delito. O tipo penal quando aplicado ao caso concreto, em aproximação do Sistema Nacional de Transplantes, obedece a uma lógica de mercado que criminaliza aquele que, motivado pela sua situação de extrema miséria, comercializa parte de seu próprio corpo porque diminui percentualmente as chances daquele que possui acesso privilegiado à saúde e ao poder hegemônico do capital de receber um órgão na fila legítima de transplantes.

Palavras-chave: Tráfico de órgãos, Vítima, Sistema nacional de transplantes.

Abstract/Resumen/Résumé

According to the current law transplants, one who sells the organ itself, the buyer, the bookie, the surgeon and anyone who participates in the transaction commits the crime of organ trafficking. Apparently this criminal type has no victims. However, given the constitutional block consisting of further international standards ratified by Brazil, it is clear that this law was not received by the Constitution, in addition to is materially unconstitutional, incriminate the victim of the crime. The criminal type when applied to this case, approaching the National Transplant System, follows a market logic that criminalizes who, motivated by their extreme poverty, sells part of your own body because it decreases the chances of him who has privileged access to health and the hegemonic power of capital to receive an organ transplant in the legitimate line.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Organs trafficking, Victim, National transplant system.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é analisar o tipo penal do tráfico de órgãos previsto na lei de transplantes n.º 9.434/97 em face do ordenamento jurídico penal, bem como da Constituição Federal e da normatização internacional ratificada pelo Brasil, a fim de averiguar uma possível inconstitucionalidade ou uma não-recepção dessa conduta tipificada. Tendo em vista a simplicidade com que a legislação dispõe o tipo penal, todo o texto será trabalhado sobre a hipótese de uma pessoa que comercializa seus próprios órgãos, motivada por sua vulnerabilidade econômica. Além disso, a teoria crítica de Zaffaroni sobre a criminalização e a vitimização primárias e secundárias será aplicada em face do tipo sob a perspectiva do poder hegemônico do capital como regente do Sistema Nacional de Transplantes e do discurso legitimador do direito penal, com o intuito de identificar as vítimas que de fato sofrem com a prática do crime na hipótese apresentada.

2 O TRÁFICO DE ÓRGÃOS E A CRIMINALIZAÇÃO DA PRÓPRIA VÍTIMA DO DELITO

Em resposta ao liberalismo empregado pelos ideais iluministas dos séculos XVII e XVIII – palco de conquistas, mas também de grandes violações de direitos humanos – e ao desencadeamento do controle hegemônico do capital, surgiu o movimento chamado de constitucionalismo social, positivado originariamente pelas Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919). No Brasil, esse movimento teve sua primeira expressão com a Constituição de 1934 e perdura com a atual de 1988. Esse movimento tem como principal característica a utilização da Carta Magna como limite da atuação do mercado e como norma diretiva para a garantia de direitos sociais e coletivos (BONAVIDES, 2007).

É nesse contexto e com essa proposta que a Constituição brasileira permite que a assistência à saúde seja livre à iniciativa privada (art. 199, *caput*), mas ao mesmo tempo proíbe a comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas, bem como a de sangue e seus derivados (art. 199, § 4º). A conduta ora proibida pela Constituição é criminalizada, no entanto, pela vigente lei de transplantes (nº 9.434/97) em seu art. 15[1] com a seguinte redação: “Comprar

[1] O rol de crimes previstos pela lei de transplantes (lei nº 9.434/97) excede o art. 15 e compreende um leque maior de condutas que não estão necessariamente vinculadas ao tráfico de órgãos, e portanto não serão objeto de estudo nesse texto.

ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena- reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa". E seu parágrafo único completa: "Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufere qualquer vantagem com a transação".

A literalidade da lei é abrangente de tal forma que enquadra qualquer pessoa que participe da transação do órgão ou do tecido humano traficado. Na hipótese, por exemplo, de uma pessoa enferma necessitar de um transplante de rim, e ela entre em contato com um agenciador que providencie um cirurgião e alguém disposto a vender o próprio órgão, todos serão penalizados e receberão a mesma resposta estatal. O questionamento que se faz ~~ao exposto~~ é ~~que~~: se o comprador, o agenciador, o cirurgião e o próprio vendedor cometem o crime de tráfico de órgãos, quem é a vítima?

A intenção da pesquisa, no entanto, não é de presumir que o crime de tráfico de órgãos é de fato um crime sem vítima e discutir sobre a possibilidade de ser um crime de mera conduta e perigo abstrato, ou questionar se é um crime vago no qual a vítima, seja a sociedade, ou até que seja um crime cuja conduta no tipo descrita viola as normas consensualmente eleitas por todos como adequadas (SANTOS, 2008). Pelo contrário, o objetivo é identificar possíveis vítimas criminalizadas pelo tráfico de órgãos e as vítimas que são prejudicadas com a ocorrência do mercado clandestino sem participar das condutas descritas no tipo penal da lei extravagante.

Em primeira análise, se a intenção da Constituição Federal era dar continuidade ao movimento do constitucionalismo social (CARAVALHO, 2010, p. 612), impondo a proibição do comércio de órgãos como um dos limites ao mercado, a suposta "proteção" às minorias, em especial aos economicamente vulneráveis, esvai-se com a lei de transplantes. Esta, por sua vez, acaba por criminalizar aquele que se dispõe volitivamente a comercializar seu próprio órgão por estar em situação econômica precária. O indivíduo que ora era alvo de amparo e proteção pela Constituição, passar a ser alvo de punição pela norma infraconstitucional.

Esse fato pode ser constatado em um caso emblemático conhecido como "Operação Bisturi" (LUDEMIR, 2008) – julgado em 2004 – no qual pessoas eram traficadas por aliciamento na periferia da cidade de Recife e levadas para a África do Sul onde tinham seus rins removidos e comercializados, e depois retornavam. Todos aqueles que comercializaram seus próprios órgãos sofreram acusação e passaram a persecução do processo penal sentados no banco dos réus (BRASIL, 2004). Isso demonstra que as pessoas que já eram vítimas por se encontrarem economicamente marginalizadas, são novamente vitimizadas pelo Estado que as pune por tentar amenizar sua frágil condição vendendo partes do próprio corpo.

No plano internacional, com a advento do Protocolo de Palermo[2] e sua interpretação dada pela Declaração de Istambul[3], o tráfico de órgãos é considerado uma modalidade do tráfico de pessoas. Para esse adicional à Declaração das Nações Unidas – ratificada pelo Brasil em 2004 –, a pessoa traficada para fins de remoção de órgãos, mesmo que deliberadamente, é vítima do crime, e não coautora. Por ser uma Declaração de âmbito internacional que trata sobre direitos humanos, sua natureza é contestada quando aplicada no ordenamento jurídico interno. Contudo, das diversas teses levantadas a respeito dos tratados e convenções de direitos humanos, a menos ambiciosa defende que teria natureza de lei ordinária (MAZZUOLI, 2006).

Isso significa que por ser, ao menos, uma norma com natureza ordinária, contrária e posterior à lei de transplantes de 1997, esta teria sofrido uma revogação tácita no tocante ao sujeito ativo do crime de tráfico de órgãos quando incrimina a conduta daquele que comercializa parte do seu próprio corpo. Por outro lado, se a Declaração das Nações Unidas for encarada como uma norma de natureza supralegal, ou constitucional – de qualquer forma pertencente ao bloco de constitucionalidade, também seria caso de revogação tácita, tendo em vista que se trata de uma norma anterior ao novo texto do parâmetro de constitucionalidade, não podendo ser objeto de controle (PAULO e ALEXANDRINO, 2008).

Diante desse panorama, é possível constatar que a atual lei de transplantes não acompanha o novo conceito de tráfico de pessoas, as peculiaridades do tráfico de órgãos e contraria a Constituição Federal. Ao encarar o vendedor do próprio órgão como vítima do tráfico de pessoas para fins de remoção de órgãos, organizações do plano internacional como a UNODC (2014) conseguem identificar melhor a ocorrência do crime, captar mais denúncias, e fornecer dados para que os Estados consigam desenvolver políticas públicas de direitos humanos que protejam as camadas sociais suscetíveis a esse tipo de exploração.

De acordo com o último relatório global da United Nations Office on Drugs and Crime – 24 de novembro de 2014 –, o tráfico de pessoas para fins de remoção de órgãos é a terceira maior modalidade do tráfico de pessoas, ficando atrás somente do tráfico para fins de trabalhos forçados e exploração sexual. Além disso, demonstra a rota do tráfico de pessoas pelos diversos continentes e como geralmente as pessoas traficadas são de origem de países onde a

[2] Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do tráfico de pessoas, em especial de Mulheres e Crianças. Adotado no Brasil mediante o Decreto Nº 5.017, de 12 de Março de 2004.

[3] Trata-se de uma Declaração organizada pela OMS da qual participou entidades medicas, científicas e governamentais de 150 países que preocupados com o aumento substancial do Tráfico de órgãos e tecidos humanos e a pouca atenção dispensada ao tema estabelece princípios básicos sobre a matéria. Por se tratar de uma Declaração de princípios, ela não gera a obrigação aos Estados. Cabendo ressaltar que até a presente não existe um instrumento legal no plano internacional que vá além do Protocolo de Palermo (2000).

vulnerabilidade econômica de grandes camadas da sociedade é predominante. A observação que se faz, é que, como no Brasil a vítima é coautora do crime, a denúncia do vendedor do próprio órgão ou de familiares e pessoas próximas acaba sendo um complicador, o que encobre ainda mais a sua ocorrência.

Em contrapartida, mesmo que não se leve em consideração a inconstitucionalidade da lei de transplantes e a sua evidente revogação tácita, é possível questionar a sua aplicação no caso concreto em face do direito penal e sua principiologia especificamente. A observações serão voltadas para o sujeito que comercializa parte do próprio corpo intencionalmente por se encontrar em situação de fragilidade financeira e por ter sido aliciado ou convencido a prática de tal ato.

É certo que "salvo nos casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente", eis a previsão do art. 18 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940). Tal disposição é também prevista no projeto de lei do Senado n.º 236/2012, já aprovado na Comissão de Constituição e Justiça, como proposta para um novo Código Penal em seu art. 19. O crime em questão não abrange a modalidade culposa na sua tipificação pela lei penal extravagante. Isso significa que aquele que vende parte de seu próprio corpo só pode ter sua conduta criminalizada se esta for cometida com a devida intenção.

De acordo com Scheper-Hughes (2002), especialista em tráfico de órgãos, a motivação para a prática do comportamento em questão é sempre a fragilidade financeira. Além disso, entende que a atuação dos aliciadores é direcionada na busca por pessoas de baixa renda e que possam aceitar remuneração em troca de um transplante (Ibid.). Isso significa que se as pessoas são escolhidas em face de sua vulnerabilidade econômica bem como, em geral, de sua pouca instrução, o consentimento por ela externado quanto à venda de seus órgãos não deve ser aceito como válido.

Com efeito, mesmo que se leve em consideração o princípio da autonomia da vontade dos seres humanos que são capazes, este só deve ser aplicado quando as partes envolvidas estão em equilíbrio, o que não ocorre no tráfico de órgãos. Invariavelmente, o princípio da autonomia deve estar sempre ligado ao princípio da justiça como entende Amartya Sen (2011). Esse entendimento é compactuado por Berlinguer e Garrafa (2001) quando afirmam que:

> No mercado dos órgãos ela [a justiça] é já de início prejudicada, porque o enfoque ocorre sempre como uma troca entre materiais desiguais (o corpo e a moeda), estipulado além disso entre sujeitos desiguais. Nunca se insistirá o suficiente na necessidade de reduzir as injustiças sociais que surgem nessa comercialização. Não se trabalhará nunca o suficiente pela adoção de todas as medidas de prevenção e de todos os tratamentos preventivos que permitam evitar, como é possível em muitos casos, a necessidade de transplantes. Mas isso não basta. É preciso também opor-se, de modo específico, contra aquela que é talvez a forma mais grave de injustiça que

> pode ocorrer: a que torna o indivíduo ou um grupo, somente porque possui mais recursos financeiros, dono e árbitro, em benefício pessoa, do corpo, da saúde e da vida de um outro. (Ibid., p. 196).

Além da exploração sobre a vulnerabilidade econômica do indivíduo que é convencido a comercializar partes de seu próprio corpo, é necessário ponderar a respeito da validade de seu consentimento. Para que este consentimento seja válido, é essencial também que o "doador" do órgão seja informado, mormente, sob o ponto de vista técnico, sobre todos os riscos da cirurgia, inclusive quanto à expectativa de vida futura e eventuais complicações daquela advinda. Pôde se perceber até o momento que esse "consentimento informado" praticamente inexiste nos casos concretos em que se preza o aliciamento de indivíduos com pouca instrução.

É possível fazer uma comparação com o tipo de consentimento exigido na doação voluntária presente em um transplante de órgãos lícito. O entendimento é de que o consentimento deve ser a) pessoal: somente pode ser manifestado validamente por quem doa ou dispõe do órgão, não se admitindo a representação ou a delegação a terceiro, exigindo da pessoa a capacidade de entender e de querer o ato e suas consequências; b) livre: a decisão de doar deve ser totalmente espontânea, sem pressões nem captação de vontade; e c) não viciado: o doador deve receber, previamente, uma informação completíssima sobre a extração do órgão (LEITE, 2000).

Considerando que apenas age com dolo aquele que pratica determinado comportamento de forma voluntária, livre e consciente (SANTOS, 2008), na hipótese trabalhada, a voluntariedade está viciada na medida em que, não sendo as precárias situações financeiras dos enquadrados no tipo penal e as poucas informações que lhe são passadas sobre as reais condições e consequências das cirurgias em questão, tal transação criminosa não ocorre. Ou seja, não seria possível aplicar o dolo no caso trabalhado, o que torna o fato atípico e, portanto, desmerecedor da tutela penal.

Continuando com a hipótese de um sujeito aliciado para comercializar parte do corpo por sua vulnerabilidade econômica, há que perquirir quanto a antijuridicidade do fato. Sendo considerada como "[...] juízo de valor que recai sobre a conduta típica, no sentido de que assim o considera o ordenamento jurídico" (MIRABETE e FABBRINI, 2012, p. 160), a antijuridicidade é uma presunção do fato típico contestada somente quando "[...] se concorre qualquer causa de exclusão de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular do direito)" (JESUS, 2014, p. 398). Desse modo, cabe analisar a presença do estado de necessidade como causa excludente de antijuridicidade.

Pela previsão do art. 24 do Código Penal (1940) a referida excludente verifica-se sempre que, a) em face de perigo atual e iminente, b) não provocado pelo próprio agente, este c) viola um bem jurídico em favor de outro de maior importância, d) cujo sacrifício, nas circunstâncias, não lhe era razoável exigir. A mesma previsão pode ser observada no já mencionado projeto de lei n.º 236/2012 em seu art. 29. Nesse sentido, o estado de necessidade pressupõe um conflito entre interesses lícitos, legítimos, em que um pode parecer licitamente para que outro sobreviva (SANTOS, 2008).

Na hipótese designada, o perigo atual e iminente se percebe na situação de vulnerabilidade econômica do agente, a qual, não se presume que seja por ele provocada, mas sim, ao contrário, que resulta das conjunturas econômicas que caracterizam o Estado brasileiro. Não fosse esse critério, as vítimas de fato – e criminosas legalmente – não seriam alvo de tal exploração. O estado de necessidade se faz presente na situação de penúria, pois a venda de um órgão acaba significando a solução de problemas financeiros e a garantia de uma vida menos indigna.

Com relação ao conflito entre bens jurídicos tutelados, pressupõe-se que a lei de transplantes visa a proteger a integridade física e a dignidade da pessoa humana ao capitular como crime a conduta de vender órgãos do corpo. Tal fundamento pode ser respaldado na Declaração dos Direitos do Homem de 1948 que dispõe como dever dos Estados a proteção de que ninguém será submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (COMPARATO, 2010). Esse bem jurídico, por ser inerente à pessoa humana, portanto, faz parte dos direitos da personalidade e têm como principal característica a inalienabilidade e a indisponibilidade (FERRAJOLI, 1999).

Por outro lado, a necessidade de reequilibrar a situação financeira própria e de sua família, saciada com a venda de um órgão, advém de uma vulnerabilidade econômica geradora de diversas condições indignas como a fome. Nesse sentido, pode-se comparar o estado de necessidade da troca de partes do próprio corpo por algo que vá lhe gerar um acréscimo patrimonial com o estado de necessidade presente no furto famélico no qual a pessoa fere um bem jurídico: patrimônio de outrem, em prol de outro bem jurídico: a própria vida (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2013). A diferença consiste no fato de que enquanto o furto famélico consiste na contraposição de bens jurídicos de pessoas distintas, a venda do próprio órgão consiste no conflito de bem jurídicos da mesma pessoa.

Vale ressaltar que a legislação penal vigente não inclui dentre os requisitos da excludente de antijuridicidade que o bem jurídico violado seja de outrem. Portanto, não cabe o

argumento de que o estado de necessidade só se caracteriza quando há violação de bem jurídico alheio em favor de bem jurídico próprio. Desse modo, o entendimento é de que na hipótese trabalhada, é cabível a aplicação da excludente de ilicitude, e que por mais que a legislação que tipifica o tráfico de órgãos não seja cuidadosa em identificar as verdadeiras vítimas do crime, a aplicação no caso concreto se torna imprevisível.

Além disso, há de se observar que a literalidade lei de transplantes acaba incorrendo em um verdadeiro paradoxo, pois:

> [...] a pessoa tutelada, o ser humano coisificado, traficado, feito mero objeto, vendido no mercado global, lesionado em sua dignidade e em sua integridade corpórea, É ESTE o dito sujeito ativo do mesmo delito. Deveras, a considerar-se assim, sentam-se no mesmo banco dos réus algozes e vítimas, traficantes e traficados, numa lógica esquizofrênica que leva à punição indistinta do escravizante e do escravizado. (BRASIL, 2004, p. 67).

Contudo, por mais que seja possível a não imputação do crime de tráfico de órgãos a pessoas que se comercializam em partes, motivadas por sua vulnerabilidade econômica, através de uma análise ampla dos princípios e dispositivos penais, tal atitude é discricionária do julgador na análise do caso concreto. A crítica consiste na ideia de que a não incriminação dessas pessoas deve deixar de ser uma possibilidade, e passar a ser uma certeza. O ordenamento jurídico faz o caminho inverso na proteção de direitos humanos com esse tipo penal. Pessoas que deveriam receber uma resposta positiva do Estado, com proteção e amparo, correm o risco de receber uma resposta negativa com a redação da lei de transplantes.

3 CONSEQUÊNCIAS DA CRIMINALIZAÇÃO DA VÍTIMA SOB A PERSPECTIVA DO SISTEMA NACIONAL DE TRANSPLANTES E DA TEORIA CRÍTICA DE ZAFFARONI

A problemática que envolve a criminalização das verdadeiras vítimas do próprio delito não se resume somente ao risco que elas correm de receber uma resposta negativa do Estado. O direito penal, em uma perspectiva crítica, consiste no ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito (ZAFFARONI, BATISTA, *et al.*, 2011). Porém o peso da criminalização da conduta em questão não recai somente quando o magistrado em sede de sentença decide condenar as vítimas do próprio delito mediante uma interpretação razoável da lei de transplantes.

Essa criminalização gera danos a partir do exercício do poder punitivo do Estado. E para Zaffaroni (2011), não são os juízes que exercem o poder punitivo, mas sim as agências executivas, de acordo com o maior ou menor espaço que lhes concedam as agências políticas (legislativas) e que o poder jurídico (judicial) não lhes pode suprimir. O poder que os juízes dispõem é de contenção e, às vezes, de redução. A mais óbvia função dos juízes penais e do direito penal como planejamento das decisões judiciais é a contenção do poder punitivo. Sem a contenção jurídica (judicial) o poder punitivo ficaria liberado ao puro impulso das agências executivas e políticas e, por conseguinte, desapareceriam o estado de direito e a própria república.

O ato de tipificar como crime a conduta de "comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano", consiste no que o referido autor (2011) denomina de criminalização primária em oposição a criminalização secundária. Enquanto a criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas, a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo – ou seja, o avanço de uma série de atos públicos para assegurar se, na realidade, o acusado praticou aquela ação.

Isso significa que as pessoas que são encaminhadas para o processo penal sofrem uma seleção por parte das agências executivas. A teoria de Zaffaroni (2011) é que as agências políticas – de criminalização primária – que elaboram as leis fazem uma seleção social, mas nunca sabem a quem caberá de fato, individualmente, a seleção que habilitam. São as agências de criminalização secundária que estão incumbidas de decidir quem são as pessoas criminalizadas e, ao mesmo tempo, as vítimas potenciais protegidas. Esse poder corresponde fundamentalmente às agências policiais.

As agências policiais não selecionam segundo seu critério exclusivo. Sua atividade é condicionada pelo poder de outras agências como as de comunicação social, as agências políticas etc. Essa empresa criminalizante é sempre orientada pelos empresários morais, que para o autor (2011) podem ser um comunicador social, um político, um grupo religioso, um chefe de polícia etc. Em qualquer caso, a empresa moral acaba desembocando em um fenômeno comunicativo. Essa criminalização secundária obedece a critérios de seleção por fatos

grosseiros e de pessoas que não denunciam essa atuação por sua incapacidade de acesso positivo ao poder político e econômico ou à comunicação massiva.

Nesse sentido, Zaffaroni (2011) completa que os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados por esta como os únicos delitos e tais pessoas como os únicos delinquentes. A estes últimos é proporcionado um acesso negativo à comunicação social que contribui para criar um estereótipo no imaginário coletivo. A comunicação social divulga uma imagem particular da consequência mais notória da criminalização secundária – a prisonização – ensejando a suposição coletiva de que as prisões seriam povoadas por autores de fatos graves ("delitos naturais") tais como homicídios, estupros etc., quando, na verdade, a grande maioria dos prisonizados o são por delitos grosseiros cometidos com fins lucrativos, como a venda de um rim.

Por tratar-se de pessoas desvaloradas, é possível associar-lhes todas as cargas negativas existentes na sociedade sob a forma de preconceitos, o que resulta em ficar uma imagem pública do delinquente com componentes de classe social, étnicos, de gênero e estéticos. O estereótipo acaba sendo o principal critério seletivo da criminalização secundária; daí a existência de certas uniformidades da população penitenciária associadas a desvalores estéticos – pessoas feias – (ZAFFARONI, BATISTA, *et al.*, 2011). E por que não também de pessoas mutiladas no tráfico de pessoas para remoção de órgãos?

Com base nessa constatação, é possível perceber que:

> O poder punitivo criminaliza selecionando: a) as pessoas que, em regra, se enquadram nos estereótipos criminais e que, por isso, se tornam vulneráveis, por serem somente capazes de obras ilícitas toscas e por assumi-las desempenhando papéis induzidos pelos valores negativos associados ao estereótipo (*criminalização conforme ao estereótipo*); b) com muito menos frequência, as pessoas que, sem se enquadrarem no estereótipo, tenham atuado com brutalidade tão singular que se tornaram vulneráveis (autores de homicídios intrafamiliares, de roubos neuróticos etc.) (*criminalização por comportamento grotesco ou trágico*); c) alguém que, de modo muito excepcional, ao encontrar-se em uma posição que o tonara praticamente invulnerável ao poder punitivo, levou a pior parte em uma luta de poder hegemônico e sofreu por isso uma ruptura na vulnerabilidade (*criminalização devida à falta de cobertura*). (ZAFFARONI, BATISTA, *et al.*, 2011, p. 49, grifo dos autores).

No caso do crime de tráfico de órgão é possível destacar esses três tipos de criminalização: a) a criminalização conforme ao estereótipo pode ser percebida quando a criminalização da conduta atinge uma camada da sociedade que se vê motivada a cometer tal delito pela sua condição de penúria oriunda da miséria, pobreza e exclusão social; b) a criminalização por comportamento grotesco ou trágico daquelas pessoas que põem os órgãos a leilão e se oferecem anonimamente nos meios de comunicação e acabam sendo descobertas; e c) a criminalização devida à falta de cobertura é percebida quando cirurgiões, funcionários

públicos e compradores/receptores de órgãos são descobertos e seu poder hegemônico não é suficientemente forte livrá-los do poder punitivo.

O papel de cada agente passível desses três tipos de criminalização secundária pode ser melhor percebido a partir de uma análise crítica do mercado de órgãos clandestino e do funcionamento do Sistema Nacional de Transplantes. Todo mercado obedece à lei da oferta e da demanda como acentua Baumol (2007), e essa lei é baseada em alguns critérios como a) os desejos e as necessidades das pessoas; b) o poder de compra; c) a disponibilidade dos serviços; d) a existência de produtos complementares ou substitutos; e e) a capacidade das empresas de produzirem determinadas mercadorias com o nível tecnológico desejado.

É possível perceber essas mesmas características no mercado de órgãos clandestino em que a) os desejos e necessidades das pessoas advém de uma situação de vulnerabilidade econômica ou de saúde; b) o poder de compra daqueles que necessitam de um transplante e acabam custeando o valor do órgão, da operação e o lucro de todos os envolvidos; c) a disponibilidade do serviço que exige a presença de peritos para a realização da cirurgia e ambiente adequado; d) a existência de medicamentos e realização de exames de compatibilidade como medidas complementares; e e) o aparato tecnológico que possibilite a realização do transplante de modo que seja bem-sucedido.

O desejo de aquisição de um bem surge após a sua invenção, mesmo que no plano ideal ou imaginário. Mas o desejo de compra desse bem em um mercado surge após a sua invenção material, quando será possível atribuir-lhe valor pecuniário. Isso significa que a necessidade – leia-se "desejo" – de comprar um órgão no mercado clandestino surge depois da possibilidade de se realizar o transplante, que por sua vez é resultado do desenvolvimento das ciências e da tecnologia, assim como a necessidade de comprar um computador, um carro, um Ipad, ou um remédio. Ou seja, o mercado de órgãos é um mercado capitalista como outro qualquer, e portanto, parasitário no sentido de que somente é capaz de se sustentar enquanto houver economias "não capitalistas", enquanto houver "terras virgens" abertas à expansão e à exploração (BAUMAN, 2010).

3.1 DO SISTEMA NACIONAL DE TRANSPLANTES

A legislação brasileira passou a regulamentar o transplante de órgãos somente na década de 90 com o advento da lei n.º 8.489 de 1992. Contudo, essa lei não estabeleceu critérios a respeito do diagnóstico da morte encefálica, cadastro técnico de equipes, hospitais,

transplantadores e pacientes receptores (GUERRA et al, 2002, p. 1). Ou seja, de fato, a lei permitiu a operação, mas não regulamentou o transplante de órgãos, ensejando numa série de discussões na comunidade científica sobre o tema.

Após cinco anos, foi editada a referida lei de transplantes n.º 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que revogou explicitamente a lei anterior e estabeleceu critérios mais definidos para esse procedimento cirúrgico. Não obstante, no mesmo ano, fora expedido o Decreto Federal n.º 2.268, de 30 de junho de 1997, que regulamentou essa lei.

A nova lei, em seu art. 1º, conceitua o transplante de órgãos como sendo "a disposição de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*". Dentro deste conceito, não estão compreendidos o sangue, o esperma e o óvulo. Ou seja, qualquer parte do corpo humano posta à disposição que não seja nenhum desses três citados, é considerada, para fins de transplante de órgãos, um órgão de acordo com a Legislação Brasileira (BRASIL, 1997).

Definido o conceito de transplante de órgãos, a própria lei estabelece quando será permitido. Após a análise de seus artigos 9º e 10, é possível perceber que existem os requisitos gerais, que sempre são necessários, e os requisitos aplicáveis no caso de o transplante ser antes ou após a morte do doador. O destaque que se faz é com relação a obrigatoriedade da doação para o transplante, e o diagnóstico de morte encefálica exigido para a remoção de órgãos de um doador já falecido.

Apesar de exigir o referido diagnóstico, a lei de transplantes não conceitua o que seja morte encefálica. Em virtude disso, o Conselho Federal de Medicina (CFM) publicou a Resolução nº 1.480, de 08 de agosto de 1957, que em seu art. 3º determinou que a morte encefálica deverá ser "consequência de processo irreversível e de causa conhecida". Sendo assim, a irreversibilidade do referido processo depende estritamente do contexto da capacidade tecnológica da medicina, o que leva o diagnóstico da morte encefálica a um conceito subjetivo do próprio médico, facilitando a realização de um laudo conveniente à vontade do médico que a diagnostique, podendo ser um facilitador na prática do tráfico de órgãos. Assim assevera o médico Dr. Luis Alcides Manreza, na CPI do Tráfico de Órgãos: "que a morte encefálica tem valor de morte clínica, salientando que o conceito de morte relaciona-se ao prognóstico de inviabilidade e de irreversibilidade, dependendo do contexto da capacidade tecnológica da medicina". (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004, p. 53).

No mesmo ano de publicação da lei de transplantes, foi publicado o Decreto Regulamentador nº 2.268, de 30 de junho de 1997, que trouxe diversas disposições a respeito

do transplante de órgãos e criou o Sistema Nacional de Transplante (SNT) que possui como órgão central o Ministério da Saúde.

O SNT é concentrado e centralizado no âmbito federal, tendo o Ministério da Saúde condições para controlar todos os procedimentos de transplante realizados no país. Porém, o Decreto previu também uma forma de desconcentrar as atividades do SNT para o âmbito estadual. Assim foram criadas as CNDO's (Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos), estando previstas no art. 6º, com atribuições determinadas no art. 7º.

Via de regra, pelas disposições das normas, o procedimento para a realização de um transplante *post mortem* ocorre da seguinte forma: a) dois médicos, um deles neurologista, não participantes da equipe de remoção e transplante realizam o diagnóstico de morte encefálica; b) recolhem a possível autorização da família para disposição dos órgãos; c) o estabelecimento de saúde que realizou o diagnóstico notifica a CNDO; d) a CNDO determina o encaminhamento e providencia o transporte dos tecidos, órgãos e partes retirados ao estabelecimento de saúde – público ou privado – autorizado, em que se encontrar o receptor ideal já previamente inscrito no sistema; e) os órgãos serão enviados para o estabelecimento de saúde autorizado para a realização do transplante onde ocorrerá a cirurgia pela equipe especializada que também tenha autorização do Ministério da Saúde; f) por último, o cadáver deverá ser condignamente recomposto de modo a preservar ao máximo sua aparência anterior.

A fila de espera por um órgão vem diminuindo ao longo dos anos no sistema brasileiro, mas mesmo assim representa um quantitativo significante. Em 2008, a estimativa era de 64.275 pessoas da fila de espera para um órgão, e em 2013 esse número caiu para 38.074[4]. Porém, quando se analisa por regiões, percebe-se que o número de pessoas na fila das regiões Norte e Nordeste vem diminuindo enquanto que no estado de São Paulo só vem aumentando como mostram os dados do Sistema Único de Saúde[5], chegando a representar mais que 1/3 de toda a fila do país.

Soma-se a isso o fato de que dos 17.993[6] transplantes realizados no período de 2003 a 2013 em todo país, 9.783 foram realizados na somente região sudeste, ou seja, mais da metade.

---

[4] Fonte: Portal SUS, disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2014/setembro/30/Lista-de-espera-2008-2013---Todas-as-UF-.pdf>. Acesso em: 23/11/2014.

[5] Cf. SUS. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/16/Lista-de-espera-2008-2013---Regi--o-Nordeste.pdf>; SUS, Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/16/Lista-de-espera-2008-2013---Regi--o-Norte.pdf>; e SUS, Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/13/Lista-de-Espera-2008-2013---SP.pdf>. Acesso em: 22/11/2014.

[6] Fonte: SUS. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2014/junho/06/Doadores---Serie-Historica---2001-2013--TODAS-UF.pdf>. Acesso em: 22/11/2014.

Isso significa que a fila de espera para a realização de um transplante corresponde ao processo de hegemonia do capital concentrado nas grandes metrópoles.

O estado que mais realiza transplantes no país acaba se tornando um atrativo para aqueles que estão na fila de espera por um órgão, aumentando ainda mais o número de transplantes, resultando nessa grande concentração. A crítica que se faz a esse sistema é que somente aqueles que possuem certo poder aquisitivo podem se deslocar da sua região de origem e se instalar na região sudeste onde terá uma maior probabilidade de obter um órgão. Já aquelas pessoas de baixo poder aquisitivo que não têm condições de sair da sua região de origem acabam por não ter acesso a uma cirurgia de transplante na qual o órgão deve ser gratuito. É um sistema que privilegia aquele que possui mais vantagens no mercado de capitais.

3.2 DA VITIMIZAÇÃO PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA DO CRIME DE TRÁFICO DE ÓRGÃOS

Levando em consideração as observações sobre o Sistema Nacional de Transplantes e sobre o mercado clandestino de órgãos, é possível identificar melhor as vítimas protegidas de fato com a disposição legislativa do crime de tráfico de órgãos. É certo que a criação do direito penal precede a de seus discursos legitimadores (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2013), e que o primeiro deles é o da prevenção geral negativa[7]. Tal discurso legitimador consiste na pretensão de obter com a pena a dissuasão dos que não delinquiram e podem sentir-se tentados a fazê-lo.

Com esse discurso, a criminalização assumiria uma função utilitária, livre de toda consideração ética e, por conseguinte, sua medida deveria ser a necessária para intimidar aqueles que possam sentir a tentação de cometer delitos, embora tenha a doutrina imposto limites mais ou menos arbitrários a tal medida. Parte-se aqui de uma concepção mecânico-racional do humano, como um ente que em qualquer circunstância realizaria a comparação custo-benefício (ZAFFARONI, BATISTA, *et al.*, 2011). Na base dessa antropologia está uma lógica de mercado, que chegou a formular-se expressamente, com a aplicação do modelo econômico a estudo do delito, pressupondo no infrator um sujeito racional que maximiza o benefício esperado de sua conduta por sobre o custo.

[7] No estudo da teoria da pena, a teoria utilitarista da prevenção geral negativa tem origem nos contratualistas dos séculos XVII e XVIII (Hobbes, Beccaria, Bentham, Locke etc.) e se fundamenta na assertiva de que o crime está à margem do contrato social e a pena deve servir de dissuasão.

No tráfico de órgãos, por sua vez, percebe-se que a lógica de mercado está presente na causa da existência do crime, na motivação dele, na justificação da vitimização de um sujeito ativo, no Sistema Nacional de Transplantes e no discurso legitimador do direito penal. Sendo assim, a análise sobre as pessoas protegidas de fato pela lei de transplantes não pode eximir-se de utilizar essa lógica de mercado como lentes para sua observação ao identificar, assim como na criminalização, a vitimização primária e secundária.

Para a caracterização da vitimização primária Na sociedade há sempre pessoas que exercem poder mais ou menos arbitrário sobre outras, seja de forma brutal e violenta, seja de forma sutil e encoberta. Enquanto esse poder for percebido como normal não haverá vitimização primária. Quando a percepção pública de tal poder passe a considerá-lo anormal, urge o reconhecimento dos direitos do subjugado e redefine-se a situação conflitiva. As agências políticas podem resolver tais conflitos mediante a habilitação de uma coação estatal que impeça o exercício desse poder arbitrário ou que obrigue quem exerça a uma reparação ou restituição.

Mas quando as agências políticas – por qualquer motivo – não podem dispor de medidas que resolvam o conflito, elas se valem da *renormatização* da situação conflitiva: esta não se resolve, mas se renormatiza por meio da formalização de um ato programático declarativo de *criminalização primária* do comportamento de quem exerce aquele e, ao mesmo tempo, de um ato de *vitimização primária*, que reconheça o *status* de vítima ao subjugado (ZAFFARONI, BATISTA, *et al.*, 2011). Deste modo são tranquilizadas as pessoas que reivindicam o reconhecimento de seus direitos lesionados em meio a essas situações conflitivas, cujos explicáveis impulsos vindicativos passam a ser canalizáveis para a realimentação do sistema penal, estimulando-se que a opinião pública se identifique com eles, e procurando que todos aqueles que suportam ofensas análogas se satisfaçam com o reconhecimento de seu novo *status* (vítimas).

Já na vitimização secundária ocorre um processo de seleção que, para Zaffaroni (2011) também se propaga como uma epidemia, segundo tenham os candidatos poucas ou muitas possibilidades de sofrê-las; ou seja, existe uma paralela distribuição seletiva da vitimização secundária de acordo com a vulnerabilidade ao delito. A chamada privatização da justiça (ora entendida como privatização dos serviços de segurança) aumenta essas distâncias, pois as classes hegemônicas têm a possibilidades de pagar seus próprios serviços e, por conseguinte, de diminuir seus riscos de vitimização. Neste campo, a regra parece ser que o risco vitimizante

se distribui na razão inversa do poder social das pessoas: “as agências outorgam maior segurança a quem detém maior poder” (Ibidem, p. 54).

De um ponto de vista pragmático a lei de transplantes criminaliza indiscriminadamente todos aqueles que participam da transação no ato de comercializar órgãos. Cabe destacar que na maioria dos casos esses agentes caracterizados basicamente em um a) vendedor; b) comprador; c) agenciador; e d) cirurgião (LUDEMIR, 2008). É certo que o comprador do órgão constitui em demanda, o vendedor em oferta e os outros agentes em meio para esses interesses sejam trocados, formando assim um mercado clandestino. Esse comércio ilegal regrado pela oferta e demanda faz surgir uma fila de espera, que será aqui tomada por fila ilegítima.

A existência de uma fila ilegítima, consequentemente prejudica o funcionamento da fila legítima pois desvia órgãos que supostamente seriam utilizados pelo Sistema Nacional de Transplantes. A fila legítima, a seu turno, é composta prioritariamente por receptores de órgãos que têm sua chance de conseguir um transplante diminuída. Esses receptores, como analisado anteriormente, são pessoas que possuem certo controle sobre o poder hegemônico da economia capitalista. Vale ressaltar também, que a figura do comprador, na fila ilegítima transita como receptor na fila legítima.

Em outras palavras, como base no que ora foi apresentado, a forma como o tipo penal do tráfico de órgãos é disposta na lei de transplantes, leva ao entendimento de que um sujeito motivado pela sua situação de extrema miséria deve ser preso ao comercializar parte de seu próprio corpo, porque diminui percentualmente as chances daquele que possui acesso privilegiado à saúde e ao poder hegemônico do capital de receber um órgão na fila legítima de transplantes.

4 CONCLUSÃO

O presente estudo, após uma breve análise sobre questões pragmáticas que envolvem a complexidade do crime de tráfico de órgãos, na forma como é tipificado na lei de transplantes, constatou a inconstitucionalidade material diante do caso hipotético apresentado, bem como a sua não recepção pelo ordenamento jurídico pátrio em contraposição às normas internacionais que quando ratificadas pelo Estado brasileiro constituem parte do bloco de constitucionalidade. Além disso, foi possível verificar que na hipótese de uma pessoa vender parte de seu próprio corpo motivada por uma vulnerabilidade econômica, o fato pode ser considerado atípico e antijurídico através de uma interpretação humanística. Não obstante, ficou comprovado

também que o tipo penal criminaliza a vítima do próprio delito. E por último, foi constatado que por causa de uma lógica de mercado aplicada no discurso legitimador do direito penal, no próprio Sistema Nacional de Transplantes e na motivação do crime de tráfico de órgãos, a legislação acaba por criminalizar aquele que motivado pela sua situação de extrema miséria deve ser preso ao comercializar parte de seu próprio corpo, porque está inserido em um grupo de pessoas que diminui percentualmente as chances daquele que possui acesso privilegiado à saúde e ao poder hegemônico do capital de receber um órgão na fila legítima de transplantes.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Z. **Capitalismo Parasitário: e outros temas contemporâneos.** Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMOL, W. J. (2007). Economic Theory (Measurement and ordinal utility). **The New Encyclopædia Britannica**, v. 17, p. 719.

BERLINGUER, G.; GARRAFA, V. **O mercado humano**. 2ª. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, P. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª. ed. São Paulo: Editora Catavento, 2007.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de desembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 21 mar. 2015.

_____. Congresso. Senado. **PLS - Projeto de lei do Senado, n.º 236 de 2012**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>. Acesso em: 21 de mar. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 mar. 2015.

_____. **Decreto n.º 2.268 de 30 de junho de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 21 mar. 2015.

_____. Justiça Federal de Primeira Instância (13ª vara). Processo n.º 2003.83.00.27440-0 Classe 7000 Ação Penal "**Operação Bisturi**", Recife, 15 de dezembro de 2004.

_____. Lei de Transplantes. **Lei n.º 9.434/97, de 4 de fevereiro de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm> Acesso em: 21 mar. 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, Brasil. **Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de investigar a atuação de organizações criminosas atuantes no tráfico de órgãos humanos**. Relator: Deputado Pastor Pedro Ribeiro. Brasília, 2004.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituilção**. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARAVALHO, K. G. D. **Direito Constitucional - Teoria do Estado e da Constituição - Direito Constitucional Positivo**. 14ª. ed. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2010.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAJOLI, L. **Derechos y garantia. La ley del más debil**. Madrid: Trotta, 1999.

GUERRA, C. C. de O. et al. O custo que envolve a retirada de múltiplos órgãos. **Rev. Assoc. Med. Bras**., São Paulo, v. 48, n. 2, 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302002000200036&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 de setembro de 2014.

JESUS, D. D. **Direito penal, volume 1:** parte geral. 35ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEITE, R. D. C. C. **Transplante de órgãos e tecidos e direitos da personalidade**. 1ª. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

LUDEMIR, J. **Rim por rim**. Rio de Janeiro: Record, 2008.

MAZZUOLI, V. D. O. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. **Manual de direito penal:** parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 28ª. ed. São Paulo: Atlas, v. I, 2012.

PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Direito constitucional**. 3ª. ed. São Paulo: Impetus, 2008.

SANTOS, J. C. dos. **Direito penal:** parte geral. 3ª. ed. Curitiba: ICP; Lumen Juris, 2008.

SCHEPER-HUGHES, N. Bodies for Sale - Whole or in Parts. In: SCHEPER-HUGHES, N. **Commodifying Bodies (Published in association with Theory, Culture & Society)**. 1ª. ed. Thousand Oaks: SAGE Publications Ltd, 2002. p. 1-8.

SEN, A. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). **Global Report on Trafficking in Persons 24 nov. 2014** [online]. New York: UNODC; 2014. Disponível em: <http://www.unodc.org>. Acesso em: 25 de novembro de 2014.

ZAFFARONI, E. R. et al. **Direito penal brasileiro:** primeiro volume - teoria geral do direito penal. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direto penal brasileiro/ parte geral**. 10ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. I, 2013.