

BREVE ANÁLISE SOBRE O ARTIGO 15 DA LEI Nº 9.434/97 – LEGISLAÇÃO SOBRE TRANSPLANTES

Antonio André David Medeirosⁱ
Luiz Gustavo Fernandesⁱⁱ

RESUMO. O fenômeno do tráfico de órgãos cresce no mundo pela demanda existente e cada vez maior, a criminalização atual no Brasil ocorreu a vinte anos com a Lei 9.434/97, porém existe pouco literatura técnica a respeito e poucos casos na jurisprudência. O presente texto parte de um estudo histórico relativo ao transplante de órgãos e a sua mercancia, passando em um segundo momento a uma discussão dos aspectos técnicos e dogmáticos do artigo 15, que trata do tráfico de órgãos, evidenciando e explicitando as condutas criminalizadas, passado pelo momento e características do tipo penal, sujeitos ativo e passivo, consumação, etc, focando uma aproximação analítica dentro da teoria do crime. Ao final discute-se os aspectos gerais do tipo penal e o problema, que sempre existirá nos casos concretos, do consentimento do vítima que teve seu órgão comercializado e tem sua conduta criminalizada.

Palavras-Chave: Direito Penal, transplante de órgãos, tráfico de órgãos humanos, artigo 15 da lei n. 9.434/97.

ABSTRACT. The organ trafficking phenomena has grown around the world due to the growing demand around the world. The current criminalization in Brazil has happened twenty years ago with the Law 9.434/97, however there is very little technical literature regarding the subject and very few cases in the law. This text comes from a historical study regarding to organ transplanting and its marketability, going through a discussion about the technical and dogmatic aspects of article 15, which deals with organ trafficking, showing and explaining the criminal conducts, going through the moment and characteristics of the criminal type, active and passive subjects, consumption etc, focusing on the analytical approximation within the crime theory. At the ends, we discuss the general aspects of the criminal type and the problem, which will always exist in concrete cases, of the consent of the victim which has had his organs removed and has his conduct criminalized.

Keywords: Criminal Law, organ transplant, trafficking in human organs, Article 15 of Law No. 9,434 / 97.

ⁱ Mestre PUC-SP. Doutorando PUC-SP. Promotor de Justiça.

ⁱⁱ Mestre PUC-SP. Professor de Direito do Mackenzie (Campinas). Advogado.

1. Introdução

A lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, veio a disciplinar a remoção de órgão e tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Assim, além de disciplinar os cuidados e a forma dos transplantes de órgãos que poderiam ser utilizados envolvendo seres humanos, trouxe em seu bojo uma seção penal, onde tipificou penalmente e criou sanções administrativas.

Não há dúvida que a tipificação de tais condutas seria necessária.

A bioética¹, ramo do direito que trabalha com as espécies de desafios encontrados pela evolução da ciência, mostra que tais bens, pela sua gigantesca importância e reflexos atuais e futuros na própria condição do ser humano, não poderiam deixar de eleger condutas que envolvam as novas tecnologias para limitá-las de forma respeitar os princípios básicos do direito, destacando entre eles a dignidade da pessoa humana, inclusive através da esfera penal².

Trata-se de um princípio fundamental da Constituição Brasileira que por outro lado tem a liberdade científica também como corolário – art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal de 1988 – propondo a expressão científica independentemente de censura ou licença.

Todavia não se pode deixar de traçar limites a esta liberdade científica, em especial para a garantia da ordem social, econômica e científica, impedindo que se resulte em uma coisificação do indivíduo, ante o controle econômico. Isto resultaria numa nova escravização do ser humano que eventualmente poria torná-lo, em casos extremos, meros bancos de órgãos dos que possuem o poder não só de conhecimento mais também político e econômico. A lei busca impedir esta possível consequência nefasta, tornando a

¹ Etimologicamente a palavra vem do grego: “bios”: vida e “ética”: costumes (OLIVEIRA, Fátima. Bioética. *Uma face Moderna da cidadania*. Moderna: São Paulo, 1997).

² NUNES, Luiz Antonio Rizzatto (in *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, p.46-50) lembra que a relativização do conceito de dignidade da pessoa humana, levou a humanidade a querer justificar todo tipo de atrocidade, demonstrando a necessidade da dignidade humana ser bem intangível, e não passível de qualquer arranhão, seja por qual argumento for.

sociedade mais igualitária no acesso e utilização das novas tecnologias médicas em especial do transplante³.

O presente estudo destina-se a examinar especificamente, de forma analítica o art. 15 da lei de transplante de órgãos – Lei nº 9.434/97.

Não pretendemos, pelo breve espaço disponibilizado e até porque não é o objetivo deste estudo, analisar todos os artigos da lei em comento. Apenas, faremos uma análise do indigitado artigo 15, discorrendo sobre seu conteúdo que, a nosso ver, parece de pouca técnica dogmática e empírica, além de ser o cerne do bem jurídico que a lei visa proteger, e que sem dúvida traz grande divergência, quer seja doutrinária quer seja ética e cultural, fatores que acabam por influenciar na aplicação e hermenêutica do tipo, pois mexe com o próprio conceito de justiça.

Nesse sentido, faremos, além de uma breve análise histórica sobre os transplantes de órgãos e de tecidos humanos e na sua legislação, uma análise sobre sujeitos ativos do crime (vendedores e compradores de órgãos), enfocando a teoria analítica do crime, ou seja, tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

2. Escorço histórico do Transplante

A ideia de transplante de órgãos vem de longa data, já do começo da era cristã, como se nota na Bíblia, livro do Gênesis 2:21-22 onde Adão seria o primeiro doador. Nesse sentido, a palavra transplante tem raiz etimológica no latim TRANS – “além de, para lá de” e PLANTAR – “plantar”.

Nesse sentido, conforme as histórias de fundo mitológico, o padroeiro dos médicos cirurgiões são os médicos chineses Otoua To e Pien Tsio. Tais médicos estudaram medicina na Grécia e na Cecília (Ásia maior) em 287 d. C, e consta que fizeram um transplante de perna de um soldado negro falecido para um soldado branco

³ “O transplante é caracterizado como um procedimento médico pelo qual se extraem tecidos de um corpo humano que são reimplantados em outro, a fim de que o tecido transplantado realize, em sua nova localização, a mesma função que realizava anteriormente.” (VITTA, Wagner Luiz de Souza, BOEMER, Tatiana. *A questão dos transplantes e suas interfaces*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 6, n. 22, p. 361-370, abr./jun. 1998).

que perdera este membro⁴. Por tal ato, e por atenderem pacientes sem a devida cobrança, foram perseguidos e julgados a morte por Diocleciano.

A história dos transplantes passa pela necessidade que se deu sobre a transfusão de sangue nos casos de guerra, vindo a ser descoberto os vários tipos sanguíneos. Posteriormente, no começo do século passado, mais precisamente em 1905, houveram os primeiros transplantes de córnea e, nos idos da década de 20 surgiram os enxertos de pele como medidas para queimaduras.

Em 1930, na Itália, relata Elida Seguin⁵, um transplante de glândulas genitais causou polêmica, pois o doador vivo submeteu-se a doação mediante pagamento. O caso que parece ser o mesmo relatado por Berlingue e ⁶, onde o cirurgião Serge Voronoff (1866-1951) após ter dirigido o laboratório de cirurgia experimental no Collège de France, abriu um Grimaldi, perto de Ventimiglia (na Itália, fronteira com a França), um instituto onde fariam transplantes de testículos para seres humanos com vantagens de rejuvenescimento, e ao final levantou-se o boato que seriam os testículos de jovens pobres coagidos a vendê-los por dinheiro.

Na década de 50 começou a fase dos transplantes de órgãos não regeneráveis, onde se descobriu o problema da rejeição genética.

Pelo motivo da descoberta da rejeição genética, as décadas de 60 e 70 foram marcadas pela dedicação aos estudos em busca da resolução do problema.⁷

A década de 80 é marcada pelo surgimento de drogas imunossupressoras, método de padronização na retirada de órgãos de cadáveres e uma solução para conservação destes.

Como é cediço, contemporaneamente, muitas vezes o transplante não resolve o problema detectado, mas o avanço que ele representa ao paciente é significativamente uma sobrevivida, uma segunda chance, uma vez que a vida é o bem maior.

⁴ Cite-se que existe uma lenda que na idade média os médicos Cosme e Damião teriam realizado também um transplante de uma perna onde o doador seria uma pessoa de cor negra e o receptor de cor branca. Cf. DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 252;

⁵ *Transplantes de órgãos e membros doadores e receptores*. p. 151-172, 2001. In ZAFFARONI, Eugênio Raúl, KOSOVSKI, Ester (orgs). *Estudos em homenagem ao prof. João Marcello de Araújo Junior*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, pg. 16.

⁶ *O Mercado Humano*. 2ª Ed. Brasília: Ed. UNB, 2002, pg. 80-81;

⁷ Em 1972, foi descoberta a substância Cyclosporin, que mostrou-se eficaz no combate à rejeição.

Ultimamente a técnica médica acerca dos transplantes de órgãos e de tecidos é, por óbvio, bem mais apurada, tendo a medicina evoluído muito no último século sendo prática quase corriqueira nos hospitais de todo o mundo e, hoje, se realizam transplantes de rosto⁸ e se fala até de transplante de cabeça⁹.

Com essa evolução, nasceu a necessidade do Estado regular tais procedimentos buscando maior segurança aos doadores e receptores de órgãos, tentado evitar abusos destinados a preservação da vida, como organizações criminosas que objetivam lucros com esse procedimento¹⁰.

Esta é a intenção deste trabalho, a análise do art. 15 da Lei nº 9.434, 4 de fevereiro de 1997, pois, como já mencionado, ao nosso entender não é de técnica apurada e, possivelmente, cairá em desuso.

3. **Esforço sobre a Legislação pertinente ao Transplante de Órgãos**

Pois bem, como já dito, tal problema é relativamente novo, somente com o avanço da medicina é que houve reflexos na conduta do transplante de órgãos e tecidos em confronto com o bem estar da sociedade.

Com essa evolução e dependência do transplante pelos seres humanos, nasceram organizações criminosas que lucram sensivelmente com esse comércio macabro, refletindo em acelerações de mortes de condenados, pacientes, crianças e miseráveis a troco de dinheiro.

A primeira lei brasileira que abordou o tema foi a Lei nº 4.280/63, que tratava somente de transplantes de doadores cadáveres, seguido pela Lei nº 5.479/68, que trazia a doação consentida e restringia a doação entre vivos.

⁸ Entenda como foi o mais amplo transplante de rosto já feito.

<http://www.bbc.com/portuguese/videos_e_fotos/2015/11/151117_transplante_rosto_fd>. Acesso em 13/01/2015.

⁹ Paciente candidato a 1º transplante de cabeça diz estar confiante. <

<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2015/09/paciente-candidato-1-transplante-de-cabeca-diz-estar-confiante.html>>. Acesso em 20/12/2015.

¹⁰ Por exemplo casos noticiados pela imprensa o ocorrido em Poços de Caldas-MG, em que a família da vítima inclusive recebeu asilo na Itália e aponta-se ameaças e uma máfia, crime que prescreverá em 2016 sem uma decisão definitiva (*in* <<http://noticias.r7.com/saude/poder-e-dinheiro-regem-mafia-de-traffic-de-orgaos-no-brasil-diz-vitima-ameacada-de-morte-19092015>>. Acesso em 10/01/2016). E do caso do israelense Gedalya Tauber que aliciava brasileiros para o tráfico internacional de órgãos, sendo condenado e preso na Itália, após cerca de quatro anos foragido (*in* <<http://g1.globo.com/pernambuco/noticia/2014/08/israelense-acusado-de-traffic-de-orgaos-volta-ao-recife-com-pf.html>>, Acesso em 23/12/2015.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 tratou do tema no art. 199, § 4^o¹¹, que já traçou para o legislador ordinário o mandamento de punir a mercancia de partes do corpo humano.

Uma nova lei foi editada, Lei n^o 8.489/92¹², que trouxe restrições quanto a possibilidade de realização de transplantes por doadores vivos, mantendo a doação consentida.

Por fim é publicada a Lei n^o 9.434/97¹³ em 4 de fevereiro, que trouxe o instituto da doação presumida sem qualquer intervenção da família, o que causou grande medo em parte da população.

Muitos cidadãos brasileiros correram aos postos de identificação para se declararem *não doadores*, em vista de uma possível mercancia de seus órgãos.

Este diploma legal, ainda em vigor, acabou sendo alterado pela Lei n^o 10.211/2001, que trouxe a relação de parentesco como critério de doação e ainda a autorização judicial para doação entre vivos, quando se tratarem de órgãos duplos, partes de órgãos tecidos ou partes do corpo que não impeçam o organismo doados de continuar suas funções sem risco para sua integridade, não representando grave comprometimento vital ou da saúde, não cause mutilação ou deformação inaceitável e seja de uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável para pessoa receptora (art. 9, §3^o). E posteriormente em 2007, pela Lei n^o 11.521, de 18 de setembro de 2007, que tratou do acesso nos estabelecimentos não credenciados e do atraso ou dificuldade nas notificações e pela Lei n.º 11.633, de 27 de dezembro de 2007, que tratou do acesso a informação sobre a doação voluntária de sangue do cordão umbilical e placentário durante o período de consultas pré-natais e no momento da realização do parto.

No Brasil, as legislações pertinentes a essa matéria são, além da lei em comento, o Decreto n^o 2.268 de 30 de julho de 1997 e a Lei n^o 10.211 de 23 de março de 2001; anteriormente a Lei n^o 12 de 22 de abril de 1993, o Decreto-lei n^o 244 de 26 de setembro de 1994.

¹¹ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 4^o - 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, como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

¹² Regulamentada pelo Decreto n^o 879/93.

¹³ Regulamentada pelo Decreto n.º 2.268/97.

O Brasil se tornou signatário da Declaração de Istambul, sobre Tráfico de Órgãos e Turismo de Transplante¹⁴, por meio da Portaria nº 201, de 07 de fevereiro de 2012, que dispõe sobre a remoção de órgãos, ossos e tecidos humanos para a finalidade de transplante no território nacional, em especial nos casos de turismo transplante, como os que aconteciam no caso de Pernambuco¹⁵, prevendo uma cooperação internacional e padrões de princípios internacionais para o combate do tráfico internacional de órgãos.

4. Artigo 15 da Lei nº 9.437/97

O artigo 15 da lei 9.434/97, que se localiza na Seção I – dos Crimes, do Capítulo V – Das Sanções Penais e Administrativas, nos 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 auferir qualquer vantagem com a transação.

Note-se que tanto o comprador como o vendedor são autores do crime em tela.

Como já dito, o fundamento de tal artigo encontra-se na própria Constituição Federal, que no art. 199, parágrafo 4º, veda “todo tipo de comercialização”, relativamente aos órgãos e tecidos para transplante.¹⁶

O primeiro artigo da lei em comento nos revela, especificamente, que somente se permite a “disposição gratuita” de órgãos e tecidos, uma vez que devem ser feitos através de entidade oficial e com o consentimento feito pela forma legal.

¹⁴ Resolução da Organização Mundial da Saúde (OMS) WHA 63.22.

¹⁵ Vide HC 128.592/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJE 19/12/2011.

¹⁶ Mirian Gonçalves Dilguerian (*in Bioética e o transplante de órgãos*. Ver. Proc. Geral do Estado São Paulo, n. 59/60: 295-326, jan/dez. 2004), aponta que os Estados Unidos há uma possibilidade de doação remunerada, e que houve uma tentativa de tabelamento depois afastada, pois poderia criar-se um mercado negro de órgão, sendo proposto um incentivo remuneratório para as pessoas que doassem seus órgãos *post mortem*; já SEGUIN, elida (*n Transplantes de órgãos e membros doadores e receptores*. P. 151-172, 2001. *In* ZAFFARONI, Eugenio Raúl, KOSOVSKI, Ester (orgs.) Estudos em homenagem ao prof. João Marcello de Araújo Júnior. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001) aponta que na Argentina pela Lei nº 21.541, de 18/3/1977, está penalizada a violação do princípio da gratuidade com prisão de seis a cinco anos, tanto para o doador como para o receptor, bem como para terceiro que tenha se beneficiado da transação.

Atente-se que o primeiro tipo penal disposto na lei, que se encontra inserto no art. 14¹⁷, já trazia uma proibição penal ao comércio, visto que o diploma somente permite que se faça o transplante de forma gratuita.

Sem dúvida, a incursão do direito penal em tal espécie de fato torna-se cada vez mais necessária, visto que, a sociedade moderna há de se considerar como uma sociedade do perigo e do risco onde, apesar das benesses trazidas pela evolução tecnológica, não se pode negar os aspectos negativos que o acompanham¹⁸, no caso específico, com a perda da dignidade do ser humano e ainda uma nova espécie de escravização do ser humano, que se torna uma coisa passível de venda agora em partes.

Neste novo paradigma apresentado, o direito penal, muitas vezes, acaba por eleger condutas que não seriam escolhidas no direito penal clássico, inclusive flexibilizando-se os critérios de imputação adotando-se uma posição funcionalista¹⁹, que, todavia, traz conflitos com princípios do direito penal moderno.

Sem dúvidas, o principal objeto jurídico da lei de transplantes, seu objeto primário, é a dignidade da pessoa humana. A Professora Maria Garcia²⁰ alerta sobre a progressiva insignificância do ser humano, que apesar de trazer avanços para a humanidade não podem deixar de revestir-se da realização humana em comunidade, jamais podendo ser afastada a dignidade humana em nome de um “benefício geral”, onde o Estado se tornaria maior que o indivíduo e a personalidade individual seria sacrificada, em prol de algo que resultaria no enfraquecimento dos direitos humanos fundamentais.

Todavia, a primeira crítica que se faz a esse artigo é que, no mesmo tipo penal se tem a conduta de que normalmente seria do sujeito ativo e a do sujeito passivo de um crime. Talvez, por melhor técnica fosse, nesse caso, adotar a teoria dualista do concurso de agentes, ou seja, aquela em que as condutas são individualizadas em tipos penais próprios. É certo que o direito penal brasileiro adotou a teoria monista, unitária ou igualitária, mas, em alguns casos, por exceção, a teoria dualista é admitida como melhor

¹⁷ Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições deste Lei:

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

¹⁸ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Biotecnologia*. São Paulo: RT, 2005 – Ciência do Direito contemporâneo; v. 8, p. 48-51.

¹⁹ Ob. cit. pg. 53-54.

²⁰ *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*. São Paulo: RT, 2004, p. 91-95.

técnica legislativa, por exemplo, os tipos penais da corrupção ativa e passiva, e nos casos de aborto etc.

A inserção no mesmo tipo penal das condutas de vender e comprar com penas iguais traz resultados indesejáveis, visto que, em matéria probatória, certamente quem vendeu jamais iria confirmar tal fato. Se assim o fizesse estaria confessando um crime, punido na mesma forma do que comprou.

Certamente nos leva a indução que as provas seriam sempre obtidas de forma indireta, dada a clara clandestinidade que envolve tais crimes, isso quando não ligado diretamente à criminalidade organizada, o que dificulta mais ainda a apuração do tipo penal.

Ainda pode-se considerar que tal opção do legislador, ao englobar condutas diversas no mesmo tipo penal, no nosso entender, viola o princípio da Individualização da Pena, que deve ocorrer na confecção da lei. Vale dizer, o princípio “*fixa para cada tipo penal uma ou mais penas proporcionais à importância do bem tutelado e a gravidade da ofensa.*”²¹

A individualização da pena deve, segundo a conhecida frase de Nélson Hungria: *Retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso*²².

E mais, segundo nossa Constituição Federal, a Individualização da Pena é considerada como garantia fundamental no art. 5º, XLVI (a lei regulará a individualização da pena).

Mariângela Gama de Magalhães Gomes²³, alerta sobre as normas que contêm várias condutas incriminatórias, principalmente na legislação especial, lembrando que a razoabilidade e a ponderação dos comportamentos é que deve ser levada em consideração na confecção da legislação. “*Assim, onde existir diferenças, o princípio da proporcionalidade exige diferenciação das consequências jurídicas seja produzida em correspondência com aquela – e somente nos limites do significado de tais diferenças, consideradas objetivamente. Deve a atividade legislativa, desta forma, ser orientada pela*

²¹ In LUIZI, Luis. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª Ed. ver e aument. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 52.

²² *Idem, ibidem*;

²³ *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003, pg. 197;

*racionalidade, uma vez que cabe ao legislador valorar racionalmente as diferenças e semelhanças entre os fatos a serem disciplinados, de modo que os resultados desta ponderação demonstrem-se coerentes.*²⁴

É certo que toda a lei em comento tem como objetivo impedir o comércio de tecidos e órgãos humanos, sendo clara, no artigo 1º, que a disposição gratuita é permitida, mas, conforme descrito no art. 15, sugere a lei uma série de problemas que serão, dentro das possibilidades, enfrentados no desenvolvimento do texto.

Interessante mencionar que o caso mais relevante no Brasil, acontecido em Pernambuco, a Justiça Federal entendeu que as partes que venderam os órgãos para a organização criminosa que traficava órgãos não eram puníveis penalmente. Considerou que não teriam agido de forma voluntária, livre e consciente, tendo seu consentimento viciado pela vulnerabilidade econômica, razão pela qual foram escolhidos, afirmando na sentença que os que venderam os órgãos foram “eleitos em virtude de suas precárias situações financeiras, constituiriam presas fáceis dos integrantes da quadrilha especializada no tráfico internacional de órgãos, desbaratada no caso”, tendo sido enganados, logo não produzindo um consentimento informado, não sabendo das condições e riscos envolvidos²⁵. Assim, acabou por considerar as condutas atípicas e sem antijuridicidade, entendendo que somente poderiam, naquele caso serem enquadradas como vítimas, absolvendo-os.

5. O núcleo do tipo “vender”

Como se pode perceber é sujeito ativo do crime tanto quem compra órgão para transplante como quem vende.

Jesús Paretos Gómez²⁶, ao tratar do tema lembra dos ditados populares “eu sou dono do meu corpo”, “ou de minhas mãos”, porém mostra que o direito deve regular tais condutas afirmando que “*lós órganos y tecidos “vitalesque por su naturaleza, destino y utilidad, no deberían ser comerciables, transmitirse su propiedad por venta o cualquier outro título lucrativo, sino solamente gratuito (donación o regalo) pues ni la salud ni La vida deben ser comerciables mercantilmente.*”, a razão apontada pelo doutrinador é

²⁴ Ob. cit. pg. 67.

²⁵ RECIFE, 13ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, Ação Penal n.º 2004.83.00.1511-2, Juíza Federal: Amanda Torres de Lucena Diniz Araujo, 2004, p. 11.

²⁶ In *Enfoque jurídico de la muerte encefálica*. Revista Cubana de Derecho. Habana, n.6, p. 79-93, 1992.

justamente a chamada “economia de mercado”, onde se levaria a uma “prostituição degradante da essencial dignidade humana”.

Assim, em face da argumentação despendida podemos verificar que quem vende geralmente está sob alguma espécie de coação, moral ou econômica, e claro, eventualmente numa situação minoritária como vendedor consciente.

Tal confusão é apontada por Samuel Miranda Arruda²⁷, que alerta sobre a necessidade de se diferenciar e impedir o “O Mercado Humano”²⁸, onde, em face da pobreza seria explorado o ser humano como reserva biológica pelos mais abastados, colocando no banco dos réus algozes e vítimas.

A convenção de Istambul aponta que os doadores deverão ser avaliados psicologicamente e consentirem de forma guiada – médica, psicologia e socialmente, inclusive apoio no curto e longo prazo.

A ONU seguindo tal linha no complemento à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transacional – Protocolo de Prevenção, Supressão e Punição do Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças, que tratou do tráfico de pessoas dispôs no art. 3, parágrafo “A”: *“Tráfico de pessoas” significa o recrutamento, transporte, transferência, abrigo e guarda de pessoas por meio de ameaças, uso da força ou outras de coerção, abdução, fraude, enganação ou abuso de poder e vulnerabilidade, com pagamento ou recebimento de benefícios que facilitem o consentimento de uma pessoa que tenha controle sobre outra, com propósitos de exploração. Isso inclui, no mínimo, a exploração da prostituição de terceiros ou outras formas de exploração sexual, trabalho ou serviços forçados, escravidão ou práticas similares à escravidão, servidão ou remoção de órgãos.”* (grifo nosso), sendo que tal protocolo visa *“punir os traficantes e proteger as vítimas desse tráfico”*.²⁹

²⁷ Notas Acerca do Crime de Tráfico de Órgãos. Revista eletrônica PRPR, maio de 2001. in < http://www.prpe.mpf.mp.br/internet/content/download/1626/14505/file/RE_SamuelMiranda-1.pdf>. Acesso em 04 de janeiro de 2016.

²⁸ Tal termo é o título da relevante obra sobre o tema de Giovanni Berlinguer e Volnei Garrafa, 2ª ed. Brasília: ed. UNB, 2002, onde se trata os aspectos sociais do capitalismo em conflito com os interesses individuais e sociais, já citado anteriormente.

²⁹ O conselho da Europa, no Convenio sobre Direitos Humanos e Biomedicina de 19 de novembro de 1996, já trazia a preocupação da mercancia, como afirma, Carlos Fernández de Casadevante Romaní: “El art.21, que *“es una aplicación del principio de la dignidad del ser humano enunciado en el preámbulo y en el artículo primero”*, afirma que *el cuerpo humano y SUS partes no deben ser, em tanto tales de beneficio econômico*” in. El convenio para La protección de lós derechos humanos y la dignidad del ser humano com

O vocábulo Vender (do latim *vendere*) – significa alienar ou ceder por certo preço, trocar por dinheiro, negociar, sempre mediante uma contraprestação pecuniária.

Já a definição de órgãos, tecidos e partes não consta expressamente dos diplomas legais devendo ser emprestados tais conceitos da Medicina³⁰. Rita de Cássia Curvo Leite em sua monografia³¹ sobre o tema copilou tais conceitos: de Gardner & Osburn, in Anatomia Dio Corpo Humano – “O órgão, em definição simplista é a unidade ou formação do corpo que executa uma função específica. Mas, em base das descrições anteriores, pode-se ir além. No sentido de especialização das células, órgão é um grupo de células semelhantes ou várias desse grupos, que se especializaram para determinada função, ou funções, em benefício do organismo. No sentido do conceito dos tecidos fundamentais, órgão é a combinação de tecidos em unidade encarregada de executar cada função ou conjunto de funções correlacionadas.” e “Tecido é um agregado de células de diferenciação e função semelhantes, unidas para a execução de determinada tarefa. Em um tecido há três componentes: as células características a ele, um meio ou líquido intercelular, e produtos intercelulares da atividade celular.”

Ainda, no dicionário médico *Stedman*: “Órgão é qualquer parte do corpo que exerce função específica, como respiração, secreção, digestão, etc.”

Interessante notar que o dispositivo penal fala ainda em partes do corpo humano, o que traz um elemento normativo para o tipo, uma vez que a parte pode ser tanto um elemento de órgãos ou tecidos do corpo humano. Nesse sentido, uma célula que poderia ser usada em clonagem ou como célula tronco; ou até mesmo conjuntos de tecidos e órgãos, como por exemplo, pés, mãos etc.

Destarte, que o legislador permitiu uma abertura no tipo penal, dada a importância do bem jurídico protegido, que é a vedação a mercancia e em última instância a dignidade humana.

Observe-se que somente a mercancia de órgãos, tecidos e partes humanas são passíveis de crime. Apesar de haver a possibilidade científica de transplante de órgãos

respeito a aa aplicación de aa biología y aa medicina: Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina.: Revista de Derecho y Genoma Humano. Bilbao, n.7, p. 105-120, jul./dic.1997).

³⁰ LEITE, Rita de Cássia Curvo, *Transplante de órgãos e Tecidos e os Direitos da Personalidade*. SãoPaulo: J. de Oliveira, 2000, p 113.

³¹ Ob. cit. p. 113-114 e 117-118.

não-humanos.³² , o alotransplante humano (transplante entre indivíduos geneticamente diferentes da mesma espécie) é o mais relevante para efeitos deste artigo criminalizante.

Maria Helena Diniz³³ após lembrar que a lei exclui do gênero “tecidos” o sangue, o esperma e o óvulo (art. 1º e parágrafo único), conclui: “*logo para efeitos dessa lei, poderá haver transplantes de pele, osso, medula óssea, córneas, rins, fígado, coração, pâncreas, pulmão, ilhotas de Langerhans³⁴, duramáter (envoltório do cérebro) etc., e até mesmo células nervosas, induzidas, por meio de processo químico, a se converterem em neurônios.*”

Assim quaisquer desses elementos do corpo humano não são passíveis de comércio e sua compra e venda configura o tipo penal do art. 15 da Lei n. 9.434/97, com exceção do sangue, esperma e o óvulo, pois a lei expressamente exclui de sua incidência, logo não podendo inseri-los no tipo penal.

Existe um elemento importante que deve ser mencionado, no caso de doação de órgãos, tecidos e partes, é um passivo econômico a ser enfrentado pela parte que doa. Parece óbvio que os custos para retirada e armazenagem não podem incidir no doador ou em sua família, não podendo o pagamento de tais custos ser confundido com uma venda que resultaria numa imputação criminosa. Miguel Angel Soto Lamadrid ao comentar a legislação espanhola e posicionar-se contra a venda de órgãos lembra que tal posição não pode ser radical a tal ponto, asseverando: “*La gratuidad de la cesión de órganos no debe ser, sin embargo, um criterio obsesivo. el beneficio del receptor no debe repercutir em el donador o su familia. Los gastos de traslad, internamiento y extracción del órgano e tejido, tanto en vida como después de la muerte, correrán a cargo del beneficiário del órgano, como también, em tratándose de cesiones em vida el pago de los perjuicios laborales, si que esto pueda considerarse, de ninguna manera, um lucro.*”³⁵

³² Existem várias espécies de transplantes dependendo da origem do órgão doador: 1) autotransplante ou autoplático – órgão ou tecido doador da mesma pessoa; 2) isotransplante ou isogênico – órgão doador de indivíduo do mesmo gênero e com genética idêntica (gêmeos monovulares); 3) alotransplante ou homotransplante – órgão doador de indivíduos do mesmo gênero porém com genética diversa (entre dois homens); e, 4) xenotransplante ou heterotransplante ou eteroplático – órgão doador de um ser vivo de um gênero para outro (entre porcos e homem, p. ex.) Cf. LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplantes de Órgãos e Tecidos e Os direitos da Personalidade*. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 119; DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*, 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 271-271.

³³ *O Estado Atual do Biodireito*, 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2002.

³⁴ “Ilhota de Langerhans. Histol. 1. Cada uma das estruturas irregulares existentes no pâncreas, que se compõem de células menores que as células secretoras ordinárias, e nas quais se produz a insulina. “ fonte : Aurélio

³⁵ *In Ciencias Penales*. Madrid, v.35, n.1, p.77-118, ene./abr.1982,. No mesmo sentido se manifesta Carlos Fernández de Casadevante Romaní: “*Ahora bie, no se consideran tal beneficio econômico los trabajos*

Assim, vê-se que o que é proibida é a comercialização, onde incide o lucro, não sendo proibida a transferência de fundos de caráter indenizatório, o que pode gerar dúvidas e possíveis especulações, porém não há o elemento de venda ou compra nesses casos. É o que também consta na Declaração de Istambul sobre o tráfico de órgãos e turismo de transplante, afirmando que o reembolso de custos e despesas aferidos e documentados não constituem pagamentos.

Tal tipo penal na figura do *caput* não é crime próprio, visto que é possível vender órgão, tecido ou parte do corpo humano de terceira pessoa.

Trata-se ainda de crime formal, visto que não consta no tipo penal à entrega do órgão, parte ou tecido, se consumando com a compra ou venda, logo admitindo a tentativa.

Na legislação integrante não existe qualquer espécie de perdão judicial como existe no homicídio doloso e, certo que, este instituto somente pode operar-se diante expressa disposição legal³⁶. Porém, em situações limite, não há dúvidas que o próprio sistema penal encontra soluções, como no caso de consentimento do ofendido e inexigibilidade de conduta diversa que geralmente socorre o interprete nos *hard cases*, fato que se afigura como ordinário nos casos tratados pela lei, ou seja, de direitos fundamentais em conflito.

6. O núcleo do tipo “comprar”

Como já mencionamos o tipo penal traz tanto o comprador como o vendedor, todavia, não restam dúvidas pela evolução mundial deste tipo de crime que o núcleo comprar é o principal foco do combate ao tráfico de órgãos, e nesse sentido a Organização Mundial de Saúde (OMS) estabelece no seu princípio 5: “*O corpo humano não podem ser objeto de transações comerciais. Consequentemente, é proibido dar ou*

técnicos (extracciones, pruebas, pausterización, fraccionamiento, cultivo, transporte, etc) ejecutados a partir de tales elementos ni la compensación que si, constituir una remuneración, puede percibir La persona quese extrae um órgano o um tejido em cencepto de indemnización equitativa por lós gastos ocasionados o por lá perdida de ingresos (por exemplo, como consecuencia de uma hospitalización)” (ob.cit., p.115).

³⁶ Item 98 da EM da parte Geral: “Afastam-se, com isso, as dúvidas que ora têm suscitado decisões contraditórias em nosso Tribunais. A opção se justifica a fim de que o perdão, cabível quando expressamente previsto na Parte Especial ou em lei...”(grifo nosso).

receber uma contrapartida pecuniária (ou qualquer outra compensação ou recompensa) pelos órgãos.”³⁷

A possibilidade de se utilizar o poder econômico na venda de tecidos onde surge uma grave preocupação.

O Homem no início dos tempos utilizava a força física de suas capacidades para sobreviver e proteger sua linhagem, mais com a evolução humana a inteligência e o poder criaram a possibilidade e capacidade de exercer controle sobre os recursos dos outros Homens culminando num ponto final com a escravidão³⁸, o que gerou reações que teve como fastígio com a Declaração Universal dos direitos do Homem.

Porém surge um novo desafio, o Homem não será mais vendido como um todo e sim como pedaços, criando uma névoa nos limites do uso (abuso) do corpo, e por tal motivo ensejou, na sociedade, uma nova forma de controle. Esse controle surge na bioética e culmina na penalização das condutas que ferem a nova forma de violação do ser humano.

A gravidade de tais condutas já originou até mesmo uma CPI do tráfico de órgãos³⁹, que resultou em encaminhamentos para a Polícia Federal e para o Ministério Público, de possíveis esquemas de tráficos de órgãos em especial um existente no estado de Pernambuco.

No centro de tais condutas está a possibilidade de exercer o controle sobre a compra de partes do corpo humano, que é a conduta que se busca coibir no art. 15 da Lei n.º 9.437/97.

“Compra”, segundo DE PLACIDO E SILVA⁴⁰, significa: “*quer sob o ponto de vista jurídico, quer comercial, a operação pela qual a pessoa adquire de outra certo objeto ou coisa ou imóvel, mediante preço previamente ajustado.*”.

³⁷ ROCHA, Maria Isabel de Matos, *Transplante de órgãos entre vivos: As Mazelas da Nova Lei*. Revista dos Tribunais 742/67-80;

³⁸ BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei, ob. cit., pg. 56.

³⁹ O relatório final da CPI se encontra disponível ao endereço <<http://www.justica.sp.gov.br/StaticFiles/SJDC/ArquivosComuns/ProgramasProjetos/NETP/CPI%20ORGANOS.pdf>>. Acesso em 20/12/2015.

⁴⁰ *Vocabulário Jurídico*, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Deve-se notar que o tipo “comprar”, assim como o vender, não é o tipo próprio, podendo ser realizado por qualquer pessoa e não obrigatoriamente por quem necessita do órgão, o que seria melhor, visto que coloca na mesma situação quem age somente por ganância e quem age para salvar a própria vida.

Quanto aos conceitos de órgãos, tecidos e partes, já foram analisados no tópico anterior.

Interessante que o art. 15 da lei não traz um dolo específico de comprar ou vender para transplantar, o que parece correto, uma vez que o tipo busca impedir a mercancia, pois, nem sempre quem compra está comprando para si, e sim para revender, como ocorrer nos casos de quadrilhas organizadas.

Como já também mencionado anteriormente, quem recebe acaba por arcar com os custos do transplante, bem como de eventuais prejuízos do doador vivo ou de sua família, sem que com isso esteja caracterizada uma transação comercial.

O tipo comprar visa punir que somente se aproveitem da saúde e vida aqueles que possuem condições econômicas para tanto, colocando os demais como meros escravos modernos, como na analogia de Giovanni Berlinguer⁴¹.

7. Parágrafo único

A importância dada pelo legislador a tal tipo penal foi tamanha que optou por fugir da regra geral da participação, classificando-a como crime. Colocou no parágrafo único, do art. 15, praticamente um tipo penal autônomo para punir condutas de *promover, intermediar, facilitar ou auferir qualquer vantagem com a transação*.

O que se vê é que o legislador buscou criminalizar qualquer sujeito ativo que tenha envolvimento no tráfico de órgãos, imputando as penas cominadas e impedindo desse modo, o enquadramento como partícipe, colocando no parágrafo único uma hipótese de interpretação analógica. Logo, qualquer espécie de auxílio ao tráfico de órgãos, mesmo de forma indireta ou para obter vantagem, de qualquer espécie, resultará no enquadramento legal do artigo 15 e na cominação da pena prevista de três a oito anos de reclusão.

⁴¹ *Bioética cotidiana*. Trad. Lavínia B. A. Porciúncula. Brasília; UNB, 2004, p. 180 e seg.

8. Aspectos gerais

A pena aplicada é a de reclusão de três a oito anos e cumulativamente a multa. Verifica-se que a pena mínima de três anos, permite, em tese, que ocorra a substituição por pena alternativa, o que é louvável, em face da inclusão no mesmo tipo penal de várias situações díspares, onde o traficante e o receptor são colocados na mesma situação. Assim aquele que acabou agindo por motivos de sobrevivência acabaria sendo beneficiado por uma pena menos rigorosa.

Um problema que pode surgir é em razão, de no Brasil, a individualização ser cominada na pena mínima, via de regra. Isso pode levar a distorções na aplicação da pena pela opção do legislador em inserir no mesmo tipo situações fáticas, em que moralmente existem muitas possibilidades distantes ao crivo subjetivo do julgador.

Considerando por outro lado, a pena máxima de oito anos, vemos que o regime de cumprimento de pena, dado ser apenado com reclusão, seria o semiaberto ou fechado, todavia o crime, mesmo na pena máxima, abre a possibilidade de cumprimento inicial em regime semiaberto, pois a obrigatoriedade do regime fechado se dá com penas superiores a oito anos (art. 33, §2º, “a”, do Código Penal).

Ainda considerando a cumulação de pena obrigatória, entendemos que andou bem o legislador. Em tal espécie de crime o fator econômico é preponderante, e colocou critério diferenciador da regra geral do Código Penal (art. 49), passando a multa mínima de 10 (dez) para 200 (duzentos) dias-multa, logo, aumentou a pena mínima de multa a ser aplicada, porém ainda com margem para aferir a capacidade econômica no sentenciado (art. 49, §1º e art. 60 do Código Penal).

A competência dos tipos desta lei é a Justiça Estadual, todavia, em se tratando de tráfico internacional, passa para a Justiça Federal. Surge pois o interesse da União, de forma análoga com que ocorre no tráfico de entorpecentes.

9. Consentimento do ofendido e disponibilidade do bem

Reiterando, é sujeito ativo do crime tanto quem compra órgão para transplante como quem o vende. À primeira vista o problema dessa relação comercial nos

remete ao polêmico instituto do *consentimento do ofendido*, junto à disponibilidade do bem em comento, ou seja, órgãos, tecidos ou partes do corpo humano.

Pois bem, o instituto do consentimento do ofendido já foi tema de obras de ilustres professores brasileiros e estrangeiros, a exemplo da importante obra do professor paulista José Henrique Pierangeli⁴² e a dissertação de doutorado, transformada em livro, do Professor coimbrão Manuel da Costa Andrade.⁴³

Grande polêmica gira em torno do tema, ou seja, se o consentimento do ofendido estaria no âmago da tipicidade, restando como causa excludente de tipicidade, ou estaria no âmago da ilicitude, restando causa excludente supralegal de ilicitude.

A traço largo, definem os doutrinadores que, se o tipo penal contém o dissenso, implícito ou explícito, é causa excludente da tipicidade. Por exemplo: o tipo penal do artigo 213 do Código Penal (estupro) contém como núcleo do tipo o verbo *constranger*, portanto, implicitamente, contém um dissenso à conjunção carnal, ao contrário, se a vítima concorda com a prática sexual, exclui-se, por óbvio, a tipicidade.

Em um segundo momento, o exemplo seria o tipo penal do artigo 124 do Código Penal, ou seja, aborto provocado com consentimento da gestante. Note-se que o consentimento é elemento integrante do tipo penal, assim sendo, se a gestante não consentir, causa legal excludente da tipicidade.

Com efeito, quando o fato criminoso não está implícito ou explicitamente no tipo penal a análise que prudentemente se deve fazer é se a conduta está permeada no âmbito da ilicitude, ou seja, se a conduta é justificada por alguma causa de exclusão da ilicitude.

O segundo elemento da teoria analítica do crime, ou seja, a ilicitude, como bem aclarado pelo Professor Francisco de Assis Toledo, é sempre estudado nos bancos acadêmicos pelo seu aspecto negativo, ou seja, estuda-se as suas causas de justificação (Legítima Defesa o Estado de Necessidade o Exercício Regular de um Direito e o Cumprimento do Dever Legal)⁴⁴.

⁴² *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*. 3ª Edição. Revista dos Tribunais: São Paulo: 2001.

⁴³ *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra Editora: Coimbra: 1991.

⁴⁴ *A razão disso está em que, na área penal, o princípio da reserva legal (nullum crimen, nulla poena sine lege) simplifica bastante as coisas, ao confirmar a principal forma de aparecimento da ilicitude penal*

Nesse sentido, não se estuda, por força de uma tipicidade que já traz consigo um juízo de ilicitude, o instituto propriamente dito.

Pois bem, o entendimento do conceito de ilicitude, ou antijuridicidade, para aqueles que acreditam tão só na ilicitude formal é o da relação de contrariedade do fato com a norma jurídica. Porém, a partir de Von Liszt⁴⁵, estudiosos começam a desenvolver o conceito de ilicitude material, ou seja, aquela ilicitude que analisa sob a ótica do *socialmente danoso*, resultando, assim, uma valoração de causas supralegais de justificação.

Assis Toledo, citando o Professor alemão JESCHECK, analisa empiricamente o conceito de ilicitude material⁴⁶:

- a) *a ilicitude material seria o ponto de referência para a criação de tipos legais e sua aplicação ao caso concreto, para a graduação do injusto e sua influência na dosimetria da pena, finalmente, para a interpretação teleológica dos tipos;*
- b) *conseqüência da ilicitude material seria a possibilidade de admissão de causas supralegais de justificação, com base no princípio da ponderação de bens.*

Nesse sentido, entende-se que se o fato delituoso não estiver implícita/explicitamente no tipo penal, o consentimento válido do ofendido se torna causa supralegal de exclusão da ilicitude.

No entanto, partindo da hipótese que se o vendedor consente a retirada de um órgão, tecido ou parte de seu corpo, em tese esse consentimento seria uma causa legal de exclusão da ilicitude pelo estado de necessidade, uma vez que, partindo da ideia que ambos, vendedor/comprador, praticaram a transação por estarem necessitados.

Porém, para que o consentimento seja válido é necessário que estejam presentes alguns pressupostos, são eles: manifestação de vontade, pessoalidade do consentimento; voluntariedade do consentimento; consentimento de acordo com a moral e bons costumes

dentro dos estreitos limites da tipicidade penal. ASSIS TOLEDO. Francisco de. *Ilicitude penal e suas causas de exclusão.* Rio de Janeiro: Forense, 1984, pág. 1.

⁴⁵ Cf. ASSIS TOLEDO. Op. Cit. Pág. 09/10.

⁴⁶ Op. cit. pág. 10.

e, que o consentimento não esteja viciado, ou seja, que o agente que irá consentir tenha todas as informações acerca do que está fazendo.⁴⁷

Analisando o tipo penal do artigo 15 da lei em estudo, verifica-se que todos os pressupostos não se fazem presentes.

Como já exarado, esta lei permite apenas a doação de órgãos, mas não o seu comércio, assim sendo, mesmo se o consentimento for oriundo de vendedor que tenha manifestado sua vontade, pessoalmente, tenha voluntariedade, não exista vício etc., não será válido, visto que o interesse público, nesse caso, prepondera sobre o interesse do indivíduo, assim como, por exemplo, no homicídio.

Com relação ao requisito que indica a moral e os bons costumes como pressupostos para o consentimento, imperiosa é a pergunta: na hipótese do indivíduo estar vendendo seu órgão, pois precisa de dinheiro para se alimentar, pode ser classificada essa conduta de imoral?

Também é contra os bons costumes?

Talvez a conduta de consentir, nessas condições, não seja imoral, porém, conforme o Professor italiano Vincenzo Manzini⁴⁸, o Direito Penal além de tutelar condutas imorais, também tutela condutas morais, essas últimas por política criminal.

Explica-nos o Professor Paulo de Souza Queiroz que:

moral e direito não podem ser confundidos, porque, enquanto a primeira visa o aperfeiçoamento ético do homem, o segundo quer exclusivamente possibilitar a convivência social, independente de se lograr, com fazer prevalecer suas prescrições, adesões morais por parte de seus destinatários. Porque, como salienta **Rodrigues Mourulho**, o direito se ocupa de comportamentos na medida em que transcendam à ordem social exterior, e não pelo que estes representam em si mesmos do ponto de vista moral, uma vez que sua função é bem menos ambiciosa: pretende

⁴⁷ Nesse sentido ver PIERANGELI. José Henrique. *Op. cit.* pág. 224.

⁴⁸ MANZINI. Vincenzo. *Diritto Penale Italiano*. V. I. UTET: Torino: 1950; págs. 25 à 39.

unicamente evitar as consequências perturbadoras da paz que tais condutas produzem na ordem social exterior.⁴⁹

Em relação ao consentimento junto aos bons costumes, muitas vezes conhecemos condutas que são contrárias aos bons costumes e, nem por isso são consideradas crimes, a exemplo da prática de prostituição, cujo dispor de seu próprio corpo para fins libidinosos não pode ser considerado como sendo prática aliada aos bons costumes, entretanto, não é considerado crime.

Todavia, como já externado acima, o bem jurídico não é disponível por força da preponderância do interesse público se sobrepor ao interesse individual.

Por outro lado, o consentimento do ofendido, sob a ótica do artigo 59 do Código Penal pode, em nosso entendimento, ter relevância.

O artigo 59 do Código Penal diz que: *O Juiz, atendendo à culpabilidade aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, à circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.*

Com essa inovação da reforma penal de 1984, a influência que a “vítima” no desfecho da conduta criminosa tem relevância na dosimetria da pena, pois, conforme Paulo José da Costa Júnior: *As vítimas nem sempre são tão vítimas quanto aparento ser, costuma-se dizer.*⁵⁰

Nesse sentido, registra o Professor Guilherme de Souza Nucci: *Ao aplicar a pena, o juiz deve considerar a possibilidade de elevação da pena-base quando a vítima encaixa-se no perfil da “vítima ideal”, que nada contribui para a realização do delito. Por outro lado, deve computar, para equilibrar a pena, a atitude imprudente da vítima parcialmente culpável, bem como aquelas que agem com escassa culpabilidade e as que são voluntárias. Quanto as vítimas culpáveis, no caso da provocadora, o agente será absolvido, o mesmo ocorrendo com o caso envolvendo a falsa vítima. Resta a análise da*

⁴⁹ SOUZA QUEIROZ. Paulo de. *Direito Penal. Introdução Crítica*. Saraiva: São Paulo; 2001; pág. 10.

⁵⁰ COSTA JÚNIOR. Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 7ª Edição. Saraiva: São Paulo; 2002; pág. 202.

*conduta da vítima que propicia a concretização do delito. Nesse caso, deve o juiz voltar-se à redução da pena-base, quando possível.*⁵¹

Como já ressaltado, o tipo penal em comento se destina ao cerceamento do comércio, melhor dizendo, do tráfico de órgãos, porém, por vezes o vendedor de um órgão não tem conhecimento de que seu órgão vai servir a traficância, ou pior, não sabe que a conduta que cometeu é considerada crime, já que o órgão é seu.

Em suma, o vendedor, ao mesmo tempo que é vítima, também, conforme o tipo do artigo 15 da lei em comento é autor e, conforme o método usado influencia na culpabilidade de outrem.⁵²

Por fim cabe ressaltar que, conforme a lei, o bem não é disponível para o comércio, mas sim, para a doação.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE. Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Editora Coimbra: Coimbra; 1991;

ARRUDA, Samuel Miranda. *Notas Acerca do Crime de Tráfico de Órgãos*. Revista Eletrônica PRPE, maio de 2004. in <http://www.prpe.mpf.mp.br/internet/content/download/1626/14505/file/RE_SamuelMiranda-1.pdf>. [Acesso em 04 de janeiro de 2016].

ASSIS TOLEDO. Francisco de. *Ilicitude Penal e Causas de sua Exclusão*. Forense: Rio de Janeiro; 1984.

BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei. 2ª ed. Brasília: ed. UNB, 2002.

BERLINGUER, Giovanni. *Bioética cotidiana*. trad. Lavínia B. A. Porciúncula. Brasília: UNB, 2004.

CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos Fernández de. El convenio para La protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano com respeito a aa aplicación de aa biologia y aa medicina: Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina.: Revista de Derecho y Genoma Humano. Bilbao, n.7, p. 105-120, jul./dic.1997.

DE PLACIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

⁵¹ SOUZA NUCCI. Guilherme de. *Individualização da Pena*. Revista dos Tribunais: São Paulo; 2004; págs. 229-230.

⁵² Por exemplo, anúncio de venda de rim e córnea por casal endividado nos classificados do Correio do Estado do Mato Grosso do Sul de 23/01/03.

DILGUERIAN, Mirian Gonçalves. *Bioética e o Transplante de Órgãos*. In Rev. Proc. Geral do Est. São Paulo, n. 59/60:295-326, jan/dez. 2004.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*, 2ªed.. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA JÚNIOR. Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 7ª Edição. Saraiva: São Paulo; 2002.

GARCIA, Maria. *Limites da Ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*. São Paulo: RT, 2004.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003.

LUIZI, Luis. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ªed. ver e aument. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplantes de Órgãos e Tecidos e Os direitos da Personalidade*. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

MANZINI. Vincenzo. *Diritto Penale Italiano*. Vol. I. UTET: Torino: 1950.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Biotecnologia*. São Paulo: RT, 2005 – (ciência do Direito Penal contemporâneo; v. 8).

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Fátima. *Bioética. Uma Face Moderna da cidadania*. Moderna: São Paulo, 1997.

PARETS GÓMEZ, Jesús. *Enfoque jurídico de la muerte encefálica*. Revista Cubana de Derecho. Habana, n.6, p. 79-93, 1992.

PIERANGELI. José Henrique. *O Consentimento do Ofendido*. Revista dos Tribunais: São Paulo; 2001.

ROCHA, Maria Isabel de Matos, *Transplante de órgãos entre vivos: As Mazelas da Nova Lei*. Revista dos Tribunais 742/67-80.

SÉGUIN, Elida. *Transplantes de órgãos e membros doadores e receptores*. p. 151-172, 2001. in ZAFFARONI, Eugenio Raúl, KOSOVSKI, Ester (orgs.). *Estudos em homenagem ao prof. João Marcello de Araujo Junior*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001.

SOTO LAMADRID, Miguel Angel. In *Ciencias Penales*. Madrid, v.35, n.1, p. 77-118, ene./abr.1982.

SOUZA NUCCI. Guilherme de. *Individualização da Pena*. Revista dos Tribunais: São Paulo; 2004

SOUZA QUEIROZ. Paulo de. *Direito Penal. Introdução Crítica*. Saraiva: São Paulo; 2001;

VITTA, Wagner Luiz de Souza, BOEMER, Tatiana. *A questão dos transplantes e suas interfaces*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 6, n. 22, p. 361-370, abr./jun. 1998.