

O TRÁFICO DE ÓRGÃOS NO BRASIL E A LEI Nº 9.434/97

Waldimeiry Corrêa da Silva¹
Caio Humberto Ferreira Dória de Souza²

Resumo: O termo Tráfico de Pessoas (ou Tráfico de seres humanos) foi internacionalmente definido pelo Protocolo de Palermo no ano de 2000 e, pese apresentar uma definição aberta, devido aos elementos subjetivos do crime, se configura a partir de três elementos constitutivos: uma ação (objetiva), um meio (subjetivo) e uma finalidade (de exploração). Uma das modalidades pouco difundidas é o Tráfico de Órgãos e Tecidos humanos, pois muitas vezes o mesmo encontra-se ofuscado entre o mito e a lenda urbana. No presente artigo analisaremos criticamente a modalidade de exploração para a remoção de órgãos e a aplicação da Lei nº 9.434/97. A metodologia foi construída a partir da pesquisa documental, jurisprudencial e doutrinal, com apoio no método indutivo. Como principais conclusões pode-se constatar que há ineficácia tanto na Lei de Transplantes quanto em seu Decreto regulamentador que apesar de tentarem coibir a prática do Tráfico de Órgãos, seus dispositivos são insatisfatórios para alcançar tal objetivo. Ademais, o Sistema Nacional de Transplantes possui diversas falhas e irregularidades no tocante à sua gerência e a coordenação por parte do Ministério da Saúde. Não obstante, ao analisar dois casos difundidos em nosso país, o “caso Pavesi” e a “Operação Bisturi”, foi possível perceber que houve atuação insatisfatória dos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). Além disso, a pesquisa mostra que o Protocolo de Palermo, já ratificado pelo Brasil em 2004, não possui aplicação precisa no tocante ao Tráfico de Pessoas para fins de remoção de órgãos.

Palavras-chave: Tráfico de Órgãos; Lei n.º 9.434/97; Protocolo de Palermo.

EL TRÁFICO DE ÓRGANOS EN BRASIL Y LA LEY N° 9.434/97

Resumen: el termino trata de personas (o trata de seres humanos) fue internacionalmente definida por el protocolo de palermo en el ano de 2000 y, pese presentar una definición abierta, debido a los elementos subjetivos del crimen, el mismo configurase a partir de tres elementos constitutivos: una acción (objetiva), un medio (subjetivo) y una finalidad (de explotación). Una de las modalidad, ya que muchas veces el mismo encuéntrase ofuscado entre o mito y la leyenda urbana. En el presente artículo analizaremos críticamente la modalidad de explotación para la remoción de órganos y la aplicación de la ley nº 9.434/97. La metodología fue construida a partir de la pesquisa documental, jurisprudencial y doctrinal, con apoyo en el método inductivo. Como principales conclusiones, puede-se averiguar la ineficacia tanto en la ley de trasplantes cuanto en su decreto regulador que pese pretender cohibir a práctica de la trata órganos, sus dispositivos son insatisfactorios para alcanzar tal objetivo. Asimismo, el sistema nacional de trasplantes posee diversas fallas e irregularidades concernientes a su gerencia y la coordinación por parte del ministerio de salud. No obstante, al analizar dos casos difundidos en nuestro país, el “caso pavesi” y la “operación bisturi”, fue posible percibir que hubo actuación insatisfactoria de los tres poderes (legislativo, ejecutivo y judiciario). Además, la pesquisa pone de manifiesto que el protocolo de palermo, ya ratificado por brasil en 2004, no posee aplicación en lo tocante a la trata de personas para fines de remoción de órganos.

Palavras Clave: Tráfico de Órganos; Ley n.º 9.434/97; Protocolo de Palermo.

¹ Conselheira do Comitê Nacional para o Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Doutora em Direito Internacional e Relações Internacionais (Universidad de Sevilla). Professora e pesquisadora da Universidade Tiradentes/SE (UNIT).

² Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes/SE (UNIT).

1. Considerações Iniciais: Breves anotações conceituais sobre o Tráfico de Pessoas e a modalidade de Tráfico de Órgãos

O Tráfico de Pessoas foi definido internacionalmente pelo Protocolo de Palermo em 2000³ e no seu artigo 3º precisa que:

- a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;
- b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente 29 Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);
- c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados "tráfico de pessoas" mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo;
- d) O termo "criança" significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos.

Como podemos observar o mesmo se configura mediante uma ação (recrutamento, transporte, acolhida, alojamento), que ocorre mediante (fraude, engano, coação, sequestro, rapto, etc), com a finalidade de exploração (trabalho análogo ao escravo, exploração sexual, remoção de órgãos e tecidos humanos, mendicância, adoção irregular, entre outras possíveis modalidades). Estamos diante uma questão moral, criminal, migratória, de ordem pública, relacionada com o trabalho e com a vulneração de direitos humanos (CORREA DA SILVA, 2013b, p. 344).

Esse conceito gerou diversos debates ante a suas imprecisões, uma delas é com relação aos seus meios utilizados para se caracterizar o tráfico:

Os meios coercitivos devem estar presentes para caracterizar a situação de tráfico de pessoas. São eles a ameaça, o uso da força ou outras formas de coerção, o rapto, a fraude, o engano, o abuso de autoridade, a situação de vulnerabilidade, a entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra. (ALENCAR, 2007, p. 30).

No que tange ao Tráfico de Órgãos segundo a interpretação do Protocolo de Palermo, para se constituir crime de Tráfico de pessoas para a remoção de órgãos, a pessoa tem de ser transportada com a finalidade de remoção dos seus órgãos. Daí que afirmamos que não pondera plenamente o tráfico de órgãos humanos, já que não considera a transferência de órgãos exclusivamente⁴.

³ 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.

⁴ Neste sentido veja: Report of the Security-General to the Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, on Preventing, combating and punishing trafficking in human organs, 21 february 2006,

Em face da imprecisão conceitual, em 2008 a Organização Mundial da Saúde (OMS), tendo como referencial o conceito de Tráfico de Pessoas - oferecido pelo Protocolo de Palermo-, faz uma interpretação para a definição sobre o Tráfico de Órgãos, o comércio dos Transplantes e o Turismo de Transplante através da Declaração de Istambul sobre Tráfico de Órgãos e Turismo de Transplante (2008)⁵ definindo que:

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

Pese apresentar um avanço conceitual ainda temos um indicador incompleto que se reduz quanto a finalidade de exploração “através da remoção de órgãos para transplante”. Destarte observamos que a divergência elementar entre a Declaração de Istambul e o Protocolo de Palermo está conectada ao tráfico de órgãos em si, separado do doador, que não é atingido pelo Protocolo. A Declaração de Istambul aborda o problema, porém reduz o mesmo à questão do transplante e, como é afirmado pelos especialistas, o tráfico de órgãos não se reduz apenas a esta modalidade (BERLINGUER e GARRAFA, 2001, p.124-125).

Diante da carência conceitual para “o tráfico de partes do corpo humano”, já que como exposto o mesmo não é contemplado satisfatoriamente pelo Protocolo de Palermo e tampouco pela Declaração de Istambul, após um exaustivo estudo desenvolvido em Moçambique, com a colaboração de distintas ONGs e especialistas, a pesquisadora Simon Fellows estabelece uma interessante analogia para se pensar sobre o tema:

Se uma parte de corpo for usada ou vendida num local diferente do local de onde foi removida do corpo, então terá ocorrido movimento da parte do corpo. Tráfico é o ato de movimentar e comercializar algo ilegal. Uma vez que estar na posse de partes de corpo para fins comerciais é considerado ilegal, este relatório argumenta que o movimento de uma parte de corpo para venda ou transação comercial é tráfico de partes de corpo. (2008, p. 10)

Consequentemente, “É considerado tráfico de partes de corpo o transporte ou o movimento de uma parte do corpo, quer através de uma fronteira ou dentro de uma pais para venda ou transação comercial.” (FELLOWS, 2008, p.10).

Para que possamos falar do tráfico para fins de remoção de órgãos, o recrutamento e o transporte do “doador” devem começar a través da aplicação ou a ameaça da força e outras

E/CN.15/2006/10, paragraph 81. Disponível em ww.unodc.org/en/commissions/CCPCJ/session/15.html. Acesso 04/02/2014.

⁵ 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).

formas de coação, de abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade. Neste contexto, as pesquisas (BELINGUER e GARRAFA, 2001 y SCHEPER-HUGHES, 2005) evidenciam que o espécie de tráfico de órgãos mais consistente é o de rins⁶ (como exemplificaremos no estudo de caso da “operação bisturi”) em virtude da possibilidade de extrair o órgão desejado e conservar a vida “doador”. Para tanto, se faz necessário diferenciar o comércio ilegal de órgãos e o tráfico de pessoas para fins de remoção de órgãos: o mercado humano de órgãos (BELINGUER e GARRAFA, 2001, p. 56) o deslocamento tem a ver somente com os órgãos adquiridos, tomados de pessoas vivas e destinados a estes fins. Já no tráfico, o recrutamento e o transporte das pessoas das quais são utilizadas os órgãos, começa pelo emprego ou a ameaça da força ou de outras formas de coação. Neste contexto, são três as situações a serem levadas em consideração: órgãos comprados, vendidos e transplantados no país dos “doadores” (“caso pavesi”); órgãos transplantados no país do “receptor”; órgãos transplantados em um terceiro país⁷ (“operação bisturi”), escolhido por apresentar uma legislação tolerante e pela presença de médicos complacentes.

Neste contexto vale ressaltar que o transplante é uma intervenção cirúrgica na qual estão previstas duas fases: a extração do órgão de um sujeito – “doador” – e o conseqüente implante do órgão em um sujeito denominado “receptor”, ao qual lhe é retirado o órgão deteriorado. Tecnicamente faz-se referencia a extração quando o órgão provém de um cadáver e doação quando o órgão provem de um doador vivo. Em alguns casos, quando a intervenção se realiza a uma só parte do órgão, normalmente um tecido, se fala de enxerto. A venda dos órgãos é tecnicamente definida como “transplante mercenário”, já que prevê o pagamento de uma recompensa e um doador vivo. Neste caso, o transplante pode interessar somente órgãos ou tecidos não vitais (rins, parte do fígado, medula óssea). O que é definido pela OMS como “comercialismo dos transplantes”, “uma política ou prática segunda a qual um órgão é tratado como uma mercadoria, nomeadamente sendo comprado, vendido ou utilizado para obtenção

⁶ “Datos OMS: el 10% de los trasplantes de riñón que se efectúan en el mundo en el 2007 serían ilegales.

Se toma un órgano (un ojo, un riñón) de un pobre del tercer mundo al que se le paga poco dinero y se revende a decenas de millones de dólares. En el caso en el que se prevé la muerte del que “dona”, se toma un corazón o un hígado. La Organización Mundial de la Salud estima que de los 66 mil trasplantes de riñón efectuados en el mundo en el 2007, cerca del 10 por ciento serían ilegales. La organización que se ocupa de combatir este fenómeno, afirma que por un trasplante ilegal en una clínica se puede pagar hasta 120.000 dólares” Disponível em: *Dossier de D.Q. - Agenzia Fides /8/2008; Director Luca de Mata*

⁷ O que é definido pela OMS como “viagens para fins de transplante” que “são a circulação de órgãos, doadores, receptores, ou profissionais do setor do transplante através de fronteiras jurisdicionais para fins de transplante. As viagens para fins de transplante tornam-se turismo de transplante se envolverem o tráfico de órgãos e/ou o comercialismo dos transplantes ou se os recursos (órgãos, profissionais e centros de transplante) dedicados à realização de transplantes a doentes oriundos de fora de um determinado país puserem em causa a capacidade desse país de prestar serviços de transplante à respectiva população.” (Declaração de Istambul, 2008). Assim mesmo declara como princípios que “o tráfico de órgãos e o turismo de transplante violam os princípios da equidade, da justiça e do respeito pela dignidade humana, pelo que devem ser proibidos.” (ponto 6).

de ganhos materiais.” (OMS, Declaração de Istambul, 2008). Violando a máxima constitucional de proibição a qualquer tipo de comercialização do corpo ou substâncias humanas (Art. 199, 4º, CF).

Em face ao panorama brevemente ilustrado, o Tráfico de Órgãos no Brasil perante a Lei nº 9.434/97 é um tema que aborda diversas discussões que vão desde a ineficácia presente na própria norma e no seu decreto regulamentador, passando pela precariedade do Sistema Nacional de Saúde e indo até a inoperância do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

A problemática que envolve o presente estudo consiste no fato de que há diversas ocorrências de Tráfico de Órgãos no nosso país, mas durante muito tempo tais fatos foram tratados como lenda urbana, o que contraria a realidade (BELLINGER e GARRAFA, 2001). Dessa forma, gera-se medo e preocupação na população desfavorecida socialmente que se encontra vulnerável a este ilícito. Por outro lado, há o fato de que no Tráfico de Órgãos *intervivos*, pessoas economicamente vulneráveis são aliciadas para venderem seus órgãos, o que fere diretamente a Dignidade da Pessoa Humana, corolário da nossa Constituição Federal, o eixo motor do sistema de proteção aos Direitos Humanos.

Sendo assim, o estudo proposto justifica-se pelo fato de que os problemas mencionados precisam ser delimitados e analisados para que soluções sejam apresentadas.

Nesse contexto, serão estudadas e observadas a ineficácia presente na Lei de Transplantes e em seu Decreto regulamentador, a precariedade do Sistema Nacional de Transplantes. Além disso, serão analisados dois casos marcantes que ocorreram no país, o caso Pavesi e a “Operação Bisturi” para que sejam identificadas as nuances dos processos e julgamentos. Por fim, será analisada a postura da nossa legislação com relação ao Tráfico de Pessoas para fins de remoção de órgãos e a aplicabilidade do Protocolo de Palermo já ratificado pelo Brasil.

O trabalho foi desenvolvido a partir do método indutivo de modo a compreender o tema no tocante ao alcance geral, ou seja: o que é o tráfico de pessoas e como se configura o tráfico para fins de remoção de órgãos; o que é transplante legal de órgãos, e, de como este se mostra na sociedade. Dele partirão premissas maiores, a partir de uma visão intersetorial via análise de normativos (nacionais e internacionais), doutrina e jurisprudência, que buscarão pautar a análise conjuntural (e estrutural) do tráfico de órgãos no Brasil, sempre fundamentados sob os objetos de estudos que se atém aos embasamentos próprios das ciências sociais aplicadas.

2. O Transplante de Órgãos Perante a Realidade e a Legislação Brasileira

A legislação brasileira passou a regulamentar o transplante de órgãos somente na década de 90 com o advento da lei n.º 8.489⁸, de 18 de novembro 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 lei 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 espermatozoide 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 o mesmo 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.

Requisitos gerais:

- Deve ser de forma gratuita;
- Para fins de tratamento;
- Só poderá ser realizada por estabelecimento de saúde, público ou privado, e por equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante previamente autorizados pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde;
- Só poderá ser autorizada após a realização, no doador, de todos os testes de triagem para diagnóstico de infecção e infestação exigidos em normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Saúde;

No caso de transplante após morte:

- A retirada deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina;
- Dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte;
- Se for de pessoa juridicamente incapaz só poderá ser feita se permitida expressamente por ambos os pais, ou por seus responsáveis legais;

⁸ Revogada pela Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

- É vedado transplante de órgãos de pessoa morta não identificada.

No caso do transplante de pessoa viva:

- Somente quando se tratar de órgãos duplos; Ou quando as partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental;
- O transplante não pode causar mutilação ou deformação inaceitável, e deve corresponder a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora;
- Somente é permitido para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, autorizando mediante testemunhas especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada; Ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, também com autorização e mediante testemunhas especificando o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada.

Em linhas gerais, esses são os principais requisitos para a realização do transplante de órgãos de forma legal, além de outras especificidades previstas nessa norma em seus artigos 11 e seguintes.

Não obstante, ao exigir, por exemplo, que o transplante sempre deve ser de forma gratuita, que quando morto não pode ser realizado se o corpo não for identificado, e que quando vivo somente para determinados parentes, é fácil perceber que a exegese da lei busca evitar e dificultar o comércio de órgãos. Todas as medidas adotadas pela lei são para que os órgãos jamais possam ser vendidos ou comprados.

Concomitante a isso, e coadunando com a ideia de que a lei pretende obstar a comercialização de órgãos, o seu artigo 11 proíbe a veiculação, através de qualquer meio de comunicação social de anúncio que configure (BRASIL, 1997):

- Publicidade de estabelecimentos autorizados a realizar transplantes e enxertos, relativa a estas atividades;
- Apelo público no sentido da doação de tecido, órgão ou parte do corpo humano para pessoa determinada identificada ou não;
- Apelo público para a arrecadação de fundos para o financiamento de transplante ou enxerto em benefício de particulares.

Além de proibir o estímulo à doação de órgãos, para evitar o comércio. A Lei prevê como crime as seguintes condutas:

- Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver sem os requisitos supracitados;
- Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano; Realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência ter sido obtidos em desacordo com os dispositivos da Lei;
- Recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência ter sido obtidos em desacordo com os dispositivos da Lei;
- Deixar de recompor cadáver, devolvendo-lhe aspecto condigno, para sepultamento ou deixar de entregar ou retardar sua entrega aos familiares ou interessados;
- Publicar anúncio ou apelo público em desacordo com o determinado pela Lei.

Percebe-se que o rol de crimes previstos na Lei de Transplante de Órgãos é extenso, e todos eles visam coibir a comercialização de parte do corpo humano.

A necessidade de se variar e diferenciar essas condutas em tipos diferentes está intimamente relacionada ao fato de que são diversos os agentes que atuam de forma conjunta para a realização do tráfico de órgãos. Aquele que vende, nem sempre é o doador, e aquele que compra, nem sempre é o receptor. Então a lei precisa ser minuciosa e detalhista para que todos os agentes, que de alguma forma contribuam para o delito, possam ser penalizados pelos seus atos respeitando a proporcionalidade e a gravidade de sua conduta. Isso pode ser observado através das condutas tipificadas nos artigos que vão do 14 ao 20 da referida norma, que serão melhor explorados mais adiante.

Importante destacar também que a Lei de Transplantes, em sua origem, na antiga redação do artigo 4º, previa a doação compulsória do falecido, salvo quando constasse em documento de identificação expressamente que não era doador de órgãos. Observa-se:

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

Isso gerou inúmeras críticas na doutrina, pois revelou uma verdadeira estatização do corpo humano sem vida. Uma das críticas girou em torno do fato de que a maior parte da população não iria saber de que deveria negar expressamente a remoção de seus órgãos em documento de identificação, sem o conhecimento que seus órgãos poderiam ser retirados *post mortem* (D'URSO, 1999, p. 56). Como sinala D'Urso, "Todavia, mesmo aqueles que souberem, e não desejarem ser doadores, terão de enfrentar obstáculos de toda ordem, pois, primeiramente, haverão de tratar desse assunto com um estranho; sendo assunto pessoal, sempre haverá constrangimento. (1999, p. 56).

Dessa forma, a crítica também se insurgiu com relação ao constrangimento das pessoas que deveriam manifestar publicamente o seu desejo de não terem os seus órgãos removidos após a morte:

Ocorre que o constrangimento maior é manifestar-se como não doador e verificar uma sutil censura de quem quer que seja, pois pela nova lei, o indivíduo é exposto à reprovação, não só do funcionário que o atende na repartição pública, mas sempre que apresentar seu documento em que constará a inscrição "NÃO DOADOR", que por muitos será traduzido como "EGOÍSTA". (D'URSO, 1999, p. 56).

Esse aspecto da antiga redação da norma também já fora criticado pela Câmara dos Deputados, a doação compulsória:

É relevante destacar que ao ser promulgada a Lei nº 9.434, de 1997, seu art. 4º estabelecia que salvo manifestação de vontade em contrário, presumia-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica 'post mortem', e regulamentava o registro de situação de doador ou de não doador na Carteira de Identidade Civil e na Carteira Nacional de Habilitação.

Instituiu-se, assim, abruptamente, uma variante do consentimento presumido que não considerava a vontade dos familiares, o que destoava da prática vigente por décadas no país.

Não houve respaldo da sociedade brasileira, e, na prática, nem mesmo da classe médica, pois menos de 2% dos profissionais registraram-se como doadores de órgãos (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004, p. 40).

Diante disso, a Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001, revogou expressamente o artigo 4º e seus respectivos parágrafos, vedando a doação de órgãos salvo com a autorização da família, como já explicitado. No entanto, a lei ainda possui dispositivos que são alvos de crítica, pois permite em seu art. 9º que pessoas vivas doem órgãos a não parentes desde que haja autorização judicial, e que doem medula óssea a qualquer pessoa sem que haja autorização judicial. Observa-se:

Foram entrevistadas 100 pessoas no final de 2001: sendo 20 promotores públicos, 20 juizes de Direito, 20 pessoas da população em geral – transeuntes da rodoviária –, 20 pacientes renais crônicos em lista de espera para transplante renal e 20 profissionais da equipe técnica de transplante renal na Universidade de Brasília.

Um dos achados mais relevantes da pesquisa foi que todos os grupos entrevistados, incluindo os operadores de Direito – juizes e promotores públicos –, foram enfáticos no sentido de que a exigência de autorização judicial para a realização de transplante com doador vivo não-parente do receptor não representa óbice à comercialização de órgãos. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004, p. 32).

Ou seja, por mais que a Lei de Transplantes tente obstar o Tráfico de Órgãos em muitos dispositivos, há aqueles que ainda são utilizados para o alcance desse fim, facilitando a prática criminosa. Porém, as críticas não se encerram nesses dispositivos. Talvez o mais polêmico deles, seja o art. 3º, que estabelece como requisito para a remoção de órgãos o diagnóstico de morte encefálica:

Art. 3º. A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Em virtude disso, a 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:

O Dr. Luis Alcides Manreza esclareceu na CPI 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).

Não obstante, é necessário dissociar o conceito de morte encefálica, do conceito de morte cerebral. O cérebro faz parte do encéfalo, e a morte daquele não significa necessariamente a morte deste (CORREA NETO, 2010, p. 4).

Paralelamente a isso, o CFM publicou a Resolução nº 1.752, de 13 de setembro de 2004, que, considerando a impossibilidade do feto se manter vivo após o nascimento diante da ausência de cérebro, permitiu que diante da autorização dos pais em pelo menos quinze dias antes da data provável do nascimento, fosse realizado o transplante de órgãos do feto sem necessitar da constatação de morte encefálica. Essa Resolução contraria ferozmente a Lei de Transplante e acaba por regulamentar um crime. Sendo, portanto, objeto de crítica:

Estando o bulbo encefálico funcionando no momento do nascimento, o que facilmente se observa nos casos de anencefalia pela presença de respiração, inexistente a morte encefálica, que é a única situação admitida na Lei de transplantes para a 'retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante'.

No caso de pessoas vivas, a mesma Lei não permite a retirada de órgãos que impeça o organismo do doador continuar vivendo. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004, p. 49)

Dessa maneira, o CFM ultrapassou suas atribuições previstas em lei, permitindo a remoção de órgãos de pessoas vivas onde não houve a falência de todo o encéfalo.

No mesmo ano de publicação da Lei de Transplante, fora 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) em seu art. 2º e seguintes. O SNT possui como órgão central o Ministério da Saúde, como pode ser observado em seu art. 4º.

Não obstante, é perceptível o fato de que 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.

É importante delinear as funções de cada órgão e em cada âmbito para identificar a atuação deles em caso de irregularidades nos transplantes e atribuir-lhes as devidas responsabilidades.

Aludido Decreto também trouxe outros aspectos importantes como demonstra a Comissão Parlamentar de Inquérito do Tráfico de Órgãos da Câmara de Deputados:

- detalha os requisitos exigidos para a autorização pelo Ministério da Saúde dos estabelecimentos de saúde das equipes especializadas envolvidos na retirada e transplante de tecidos;
- prevê o envio de cópia do documento de doação de tecidos entre vivos "ao órgão do Ministério Público em atuação no lugar de domicílio do doador, com protocolo de recebimento na outra, como condição para concretizar a doação";
- aborda o tema da comprovação da morte a ser baseada em Resolução do CFM, exigindo que um dos dois médicos que atestarem a morte encefálica tenha título de especialista em neurologia reconhecido no País; (2004, p. 211-213).

A norma prevê também que os estabelecimentos devem requerer autorização ao Ministério da Saúde para que possam realizar os transplantes (art. 8º), sendo esta concedida após a verificação dos requisitos previsto no art. 9º do referido Decreto. Além disso, os médicos que desejam poder realizar os transplantes necessitam solicitar autorização, juntando, dentre outros, documentos como certidão negativa de infração ética, passa pelo órgão de classe em que forem inscritos, conforme artigo 11º.

Interessante ressaltar que o Decreto não prevê a cassação dessa autorização mesmo diante uma infração ética posterior ou eventual condenação criminal. Esse fato pode ser observado no caso do pedreiro José Domingos de Carvalho que foi vítima do Tráfico de Órgãos e os médicos condenados pelo crime continuaram a praticar o transplante de órgão no mesmo hospital, estando dois deles, inclusive, respondendo a novo processo pelo mesmo crime, conforme demonstra a seguinte reportagem:

Médicos já foram condenados por retirar órgãos de pedreiro. Dois dos médicos julgados no Caso Pavesi já foram condenados, em fevereiro deste ano, pela remoção e suposto tráfico de órgãos e tecidos do pedreiro José Domingos de Carvalho, morto aos 38 anos em abril de 2001, na Santa Casa de Poços de Caldas.

Os profissionais Celso Roberto Frasson Scaffi e Cláudio Rogério Carneiro Fernandes receberam as sentenças junto com os outros dois médicos, João Alberto Góes Brandão e Alexandre Crispino Zincone. Eles receberam penas que variam de oito a 11 anos e seis meses de prisão em regime fechado por homicídio doloso, compra e venda de órgãos humanos, violação de cadáver e realização de transplante irregular. Segundo a Justiça, os profissionais faziam parte de uma equipe médica clandestina que removia órgãos e realizava transplantes de forma irregular. Eles recorreram da sentença e estão em liberdade.

As condenações provocaram também a reabertura do inquérito referente à morte de Carlos Henrique Marcondes, o Carlão, que foi diretor administrado do Hospital Santa Casa até o ano de 2002. Ele foi encontrado morto na época com um tiro na boca dentro do próprio carro.

Médicos condenados voltam a atender pelo SUS

No último dia 22 de março, os quatro médicos condenados conseguiram um habeas corpus que os permite a atuar novamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Segundo a assessoria de imprensa do TJMG, além das penas, os médicos deveriam cumprir também medidas cautelares. Uma delas proíbe que eles prestem serviços médicos pelo SUS. A outra medida cautelar proíbe que os médicos se ausentem do país ou mesmo da comarca sem prévia autorização da Justiça. (BALBINO, 2013, p. 6)

Ou seja, desde que não seja pelo SUS, os médicos podem continuar realizando o transplante de órgãos, uma vez já concedida a autorização pelo Ministério da Justiça, mesmo que já tenham sido condenados pelo crime de tráfico de órgãos, de acordo com as cautelares.

Outra falha da referida norma consiste no fato de que ainda prevê a retirada de tecidos *post mortem*, independentemente de consentimento expresso da família e não prevê as restrições à doações entre vivos, além de não explicitar a gratuidade, o que não está de acordo com as modificações da Lei nº 10.211/01, que alterou a Lei de Transplantes (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004, p. 211-212).

Apesar da lei n.º 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, regulamentar de forma exaustiva o procedimento cirúrgico de transplante de órgãos obstando ao máximo a comercialização, a prática vem se mostrando diferente. O sistema implantado no país não supre a necessidade dos receptores em potencial, e vem se mostrando ineficaz em cumprir com suas finalidades. É o que demonstra, por exemplo, as operações referentes a transplante de fígado.

A alocação de fígados para transplante no Brasil, de doadores em morte encefálica, é baseada em critérios de urgência (MELD) desde 2006. A posição em lista pode ser modificada por situações específicas de urgência médica ou pontos de ‘bônus’ para algumas doenças. (SILVEIRA, 2012, p.12).

Esse sistema prioriza os pacientes em estado mais grave de acordo com a proximidade de região entre o doador e o receptor, mas mesmo assim o potencial da substituição de um fígado doente está longe de ser realizado devido à discrepância entre o grande e crescente número de potenciais receptores e a insuficiente fonte de órgãos cadavéricos para transplante (SILVEIRA, 2012, p.12).

Percebe-se, portanto, que a precariedade do sistema não se encontra na forma adotada de “fila única” para a realização dos transplantes de órgãos. Vale ressaltar que a “fila única” não é uma fila em que o receptor que está há mais tempo esperando irá receber o órgão. Por óbvio, essa forma seria falha, pois quem está em situação mais grave pode vir a falecer antes de quem se cadastrou primeiro, e o órgão do doador poderia perecer caso o primeiro da fila se encontrasse em uma região distante. Sendo assim, a fila única possui critérios especiais⁹.

No Brasil, o transplante de órgãos, por doação ao Estado, somente pode ser feito após a morte encefálica do doador, que pode ser natural ou acidental, e com o concomitante funcionamento dos órgãos que serão doados, após o obrigatório consentimento familiar. A morte encefálica deve ser devidamente diagnosticada por uma equipe médica, e o transplante, autorizado pelo SNT. Uma vez constatada por médicos a necessidade de transplante, o paciente candidato a receptor é colocado na fila. A fila para transplantes no SUS para cada órgão ou tecido é única, e o atendimento é por ordem de chegada, considerados critérios técnicos, geográficos, de compatibilidade e de urgência específicos para cada órgão, de acordo com a Portaria n.º. 91/GM/MS, de 23 de janeiro de 2001. A fila é disciplinada pela Portaria n.º. 3.407/GM/MS, de 05 de agosto de 1998. (ALMEIDA, CARDOSO e MARINHO, 2010, p. 2)

O que ocorre, como já suscitado, é a ausência de doadores frente ao grande número de receptores. Declarada a morte encefálica do indivíduo, diversos são os motivos que podem ocorrer para que seus órgãos não sejam doados. Importante salientar que dentre esses motivos, essa pesquisa irá desconsiderar fatores como religião e inaptidão dos órgãos do doador. O primeiro fator preponderante a ser levado em conta é a marcante ausência de preparo dos profissionais da saúde em realizar os procedimentos para a efetivação do transplante. Grande parte dos profissionais do país não sabe que para fins de transplante de

⁹ O critério utilizado para a captação de fígados pode ser melhor observado na Portaria N.º 1.160, de 29 de maio de 2006 do Ministério da Saúde.

órgãos a legislação considera a morte como a morte encefálica. Um estudo transversal realizado em 15 unidades de terapia intensiva (UTI) em oito hospitais da cidade de Porto Alegre constatou que 24% dos médicos intensivistas acreditam que o horário de retirada de órgãos é o horário do óbito do doador (SCHEIN *et al*, 2008, p.4). Outrossim, Shein *et al* completam:

Se assim fosse, se estariam violando o axioma ético básico da retirada de órgãos vitais, ou seja, a regra do doador morto (dead donor rule), negando que morte encefálica significa morte, violando a lei brasileira de transplantes de órgãos, e, possivelmente, cometendo o crime de homicídio. (SCHEIN *et al*, 2008, p. 4).

Apesar desse déficit, a probabilidade de um paciente receber um diagnóstico falso-positivo, ou seja, de ter reconhecida a morte encefálica sem estar morto é mínima. Não obstante, referidos autores asseveram que:

Entretanto, há a possibilidade de não se fazer o diagnóstico em pacientes que preenchem os critérios, o que causa, além de outros danos, a ocupação desnecessária de um leito de UTI e a indisponibilidade de captação de órgãos. Porto Alegre é a maior cidade do Rio Grande do Sul, e onde mais se realizam diagnósticos de morte encefálica e transplantes. O Rio Grande do Sul é estado brasileiro que tem a maior taxa de doadores efetivos em morte encefálica. Dessa forma, pode-se supor que os resultados dos demais estados brasileiros, dificilmente mostrariam um nível de conhecimento maior do observado neste estudo, o que nos autorizaria a afirmar que o nível de conhecimento sobre morte encefálica entre os intensivistas do Brasil é ainda insuficiente. (SCHEIN *et al*, 2008, p. 4).

Com efeito, e considerando que a maioria dos transplantes de órgão realizados no país decorre da aceitação da família do falecido que vem a atingir a sua morte encefálica no leito da UTI's, o diagnóstico do médico intensivista é, sem dúvida, o fator mais preponderante de todo o procedimento. E uma falha nesse diagnóstico é um dos maiores óbices para a realização de um transplante, além de trazer consigo alguns efeitos reflexos:

O atual conhecimento sobre morte encefálica é insuficiente entre os profissionais que mais frequentemente se deparam com pacientes nessa situação. Há necessidade de educação sobre o tema a fim de evitar gastos desnecessários, diminuir o sofrimento familiar e aumentar a oferta de órgãos para transplantes (SCHEIN *et al*, 2008, p. 1).

E mais:

A falha ou atraso no diagnóstico de morte encefálica resulta na ocupação desnecessária de um leito hospitalar, em perdas emocionais e financeiras e na indisponibilidade de órgãos para transplante. O médico intensivista tem fundamental papel nesse diagnóstico. (SCHEIN *et al*, 2008, p. 1).

Dessa forma, apesar de parecer um erro simples, a afirmação de que o óbito legal se dá no momento da retirada de órgão, além de incorreta, pode comprometer todo o processo de captação de órgãos (SCHEIN *et al*, 2008, p. 4). Além disso:

(...) a desinformação sobre temas básicos deste método terapêutico prejudica o seu desenvolvimento e provoca baixo índice de captação, má qualidade dos enxertos obtidos e interferência negativa nos resultados dos transplantes. (GALVÃO *et al*, 2007, p. 5).

Um estudo analítico-descritivo realizado com alunos do primeiro ao sexto ano da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (FMUSP) demonstrou que dos 347

estudantes 56% deles relatou nunca ter assistido a cursos sobre o tema transplantes, e do percentual restante os estudantes afirmaram que as aulas ministradas quando não foram regulares, foram ruins (GALVÃO *et al*, 2007, p. 2). Ou seja, o mencionado déficit não está presente somente nos cursos de graduação em Medicina do país, está presente também nos próprios profissionais e professores. Uma pesquisa sobre o conhecimento dos professores de uma faculdade de medicina do Estado de São Paulo mostrou que a maioria destes teve dificuldades em responder sobre o diagnóstico de morte encefálica e a manutenção de potenciais doadores *post mortem*. Dado semelhante foi observado em médicos intensivistas de vários hospitais da cidade de Curitiba. Esta situação pode provocar assistência deficiente aos doadores, produzir enxertos de baixa qualidade e comprometer os resultados dos transplantes (GALVÃO *et al*, 2007, p. 4).

Sendo assim, é possível perceber que:

“(…) embora o número de transplantes realizados no Brasil tenha aumentado nos últimos cinco anos, o índice de captação de órgãos (cerca de seis doadores por milhão de habitantes por ano) é insuficiente quando comparado ao de países mais avançados, que atingem números superiores a 22 doadores por milhão. O problema da captação, alocação e qualidade dos órgãos para transplante em nosso meio é fortemente vinculado à desinformação do meio médico e da população em geral. Muitos médicos simplesmente ignoram a legislação vigente sobre transplantes e não notificam a ocorrência de morte encefálica às Organizações de Procura de Órgãos (OPOs)” (GALVÃO *et al*, 2007, p. 4).

Somado a isso, tem-se a necessidade de o diagnóstico ser realizado com certa celeridade para que os órgãos não venham a perecer e acabarem perdendo a sua finalidade, o transplante. Cada órgão possui a sua especificidade, e todo o procedimento deve estar de acordo com cada parte vital a ser transplantada. E com uma equipe médica extremamente desqualificada, fica cada vez mais impossível fazer do transplante de órgão uma cirurgia capaz de atender a sua demanda.

Os órgãos não podem ser estocados por muito tempo (com exceção de ossos e medula) e somente podem ser utilizados uma vez. Um coração dura entre 4h e 6h, um pulmão de 4h a 6h, um pâncreas entre 12h e 24h, um fígado entre 12h e 24h e um rim até 48h. Uma córnea pode durar até sete dias 15. Existe elevada “capacidade ociosa”, pois há um desperdício considerável de órgãos. No Brasil, de cada oito potenciais doadores, apenas um é notificado e somente 20% deles são utilizados como doadores de múltiplos órgãos. (ALMEIDA, CARDOSO e MARINHO, 2010, p. 1).

Apesar da necessidade de um corpo médico qualificado e da celeridade na realização dos transplantes (dois fatores essenciais e utópicos em nosso país), o Brasil consegue ser um dos países que mais faz essas operações no mundo, sendo esse número cada vez mais crescente.

O SNT é um dos maiores sistemas públicos de transplantes do mundo, e nenhum sistema de preços é relevante para selecionar os candidatos à recepção de órgãos no Brasil. O Brasil é o segundo país com maior número de transplantes, atrás apenas dos Estados Unidos, que fizeram 27.961 no ano de 2008, com 101.944 pessoas

aguardando nas filas em 30 de abril de 2009. (...) Vale ressaltar que, nos Estados Unidos, os pacientes pagam pelos transplantes diretamente, ou por meio de planos de saúde, com exceção dos muito pobres, que recebem financiamento dos programas governamentais assistenciais (Medicare e Medicaid), conforme a Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organizations (JCAHO). (ALMEIDA, CARDOSO e MARINHO, 2010, p. 2).

Contudo, por mais que o SNT (Sistema Nacional de Transplantes) seja eficiente se comparado às outras nações do mundo, existem grandes falhas e está longe de ser um sistema que possa ser denominado de eficiente. Essas falhas trazem resultados negativos à sociedade como um todo, e dificultam a população a se submeter à condição de doadora de órgãos, pois é difícil adquirir confiança em um sistema tão precário.

A demora no atendimento exerce impactos significativos sobre o bem-estar, as probabilidades de cura, a sobrevida dos enxertos e dos pacientes, a natureza e a extensão das sequelas nos pacientes, nos familiares envolvidos, e na sociedade. Pior situação ocorre quando, além de elevados, os prazos são imprevisíveis. Com tal agravante, as incertezas decorrentes da imprevisibilidade impedem o planejamento das vidas dos pacientes e dos seus familiares, da atuação do sistema de saúde e do funcionamento do sistema produtivo onde eles por ventura trabalhem. Tempo de espera elevado implica, além dos custos e sofrimentos dos pacientes na fila, o aproveitamento de órgãos de qualidade inferior, e a conseqüente redução do tempo de duração dos enxertos. Daí advêm o aumento na necessidade de retransplantes, a provável elevação das taxas de mortalidade pós-transplantes e a redução da sobrevida atuarial da população transplantada. Outro efeito deletério da espera é a crescente elevação do número de transplantes intervivos, que pode ter impacto significativo sobre a vida dos doadores, incluindo a esperada elevação dos custos dos planos de saúde privados para os mesmos. Embora bastante seguros e com melhores expectativas de resultados, existe alguma evidência de que os transplantes intervivos (ao menos para o fígado) também são mais caros do que os realizados com doadores cadáveres. (ALMEIDA, CARDOSO e MARINHO, 2010, p. 4).

Sem confiança no SNS, a população reage de forma negativa e a recusa em ser doador é cada vez maior em virtude dessa circunstância. Dessa forma, é tarefa essencial do Estado, convencer os familiares a autorizar a o transplante de órgão de seu parente. Esse convencimento pode ser através de propagandas do governo de forma abstrata e difusa, ou através de entrevista com a família no momento do falecimento de seu parente.

Sempre que se fala em captação de órgãos, a primeira ideia é a da promoção de uma grande campanha, seguida da distribuição de cartões de doação. Esta estratégia geralmente falha pois cartão de doação não é sinônimo de tecido doado. Não há dúvidas de que as campanhas aumentem a disposição da população para doar órgãos. Porém, na hora da morte, as famílias não se lembram de comunicar o óbito à equipe de captação de órgãos, tornando o cartão pouco eficaz. Além disso, o eventual aumento das doações tende a desaparecer com o término da campanha. (BARRETO e SOUSA, 1999, p. 1).

A partir disso, é possível perceber que as campanhas do governo, enquanto presentes, estimulam a população e torna crescente o número de doadores, se mostrando um instrumento eficaz para a captação de órgãos. Por outro lado:

A entrevista familiar, quando realizada de modo planejado, melhora não só o número de órgãos captados, como também contribui para a aceleração do processo de recuperação emocional do luto. A técnica por si só já favorece os resultados. Entretanto, para estes que sejam expressivos, é necessária a criação de um esquema intra-hospitalar no qual a equipe de captação seja avisada imediatamente de cada

morte. Uma possibilidade é solicitar ao Serviço de Controle de Óbitos que, assim que o óbito seja comunicado à família, ele também o seja ao plantonista da equipe. A excelência porém se consegue somente com perseverança e profissionalismo. (BARRETO e SOUSA, 1999, p. 4).

Como já fora visto, os médicos intensivistas possuem grande dificuldade de identificar o momento certo da morte em que é permitido o transplante, além de não notificarem o órgão competente da existência dela. Diante disso, é necessário nos questionarmos sobre a possibilidade de estarem capacitados para realizarem a entrevista familiar nas UTI's. É perceptível que não.

Ocorre que, se o grave problema da ineficácia do SNT é a ausência de doadores, a captação de órgãos pelo Estado simplesmente não é realizada. Ou seja, há um explícito desinteresse do próprio governo em captar órgãos para atender à gigantesca demanda. E, por outro lado:

O segredo do sucesso na captação de órgãos está na busca da doação, que implica na procura ativa da família para a formalização do pedido. É o contrário da captação passiva, na qual a equipe de captação fica aguardando a doação espontânea dos familiares. A busca também pode ser direta ou indireta. Entende-se por busca direta, a estratégia de captação em que a própria equipe pede a doação diretamente à família, sem intermediários. A busca é indireta quando transfere o encargo a terceiros, como médicos, enfermeiras, religiosos, agentes funerários e outros. Entretanto, como o pedido é sempre feito num momento desfavorável, é preciso que se adotem condutas de aproximação pessoal que criem condições propícias à doação, sem ferir sentimentos. Essas condutas são agrupadas sob o nome de técnicas de entrevista familiar. (BARRETO e SOUSA, 1999, p. 1).

A tais efeitos, pode-se dar como exemplo o projeto do Ministério da Saúde em criar os Bancos de Tecidos Oculares, para que se pudesse ampliar a captação de córneas no país e encurtar o tempo de espera nas filas.

Em função da grande lista de espera para transplantes de córnea, especial atenção tem sido dada pelo Ministério da Saúde à implantação de Bancos de Tecidos Oculares. Assim, foi instituído em setembro de 2001, o Programa Nacional de Implantação de Bancos de Tecidos Oculares, que objetivava gerar as condições necessárias para a implantação de 30 bancos de tecidos oculares distribuídos em todo o país. A meta seria ampliar a captação de córneas para fins de transplante, encurtar o tempo de espera em fila e aumentar significativamente (multiplicar por quatro nos próximos três anos) o número de transplantes de córnea realizados no Brasil. (FARIAS e SOUSA, 2008, p. 29).

E mesmo assim, o insucesso prevaleceu pela mesma razão, a precariedade das entrevistas familiares:

Foram apontadas inúmeras razões pelas quais córneas não são captadas para doações, tais como: contra-indicações médicas, oposição da família durante a abordagem ou puramente problemas logísticos. Os problemas logísticos mais apontados são: remoção do corpo antes da abordagem, serviço funerário impedindo a ação da equipe, indisponibilidade de sala de captação devido à autópsia, indisponibilidade da equipe de abordagem e finalmente a incapacidade em contactar os familiares. (FARIAS e SOUSA, 2008, p. 29).

Ora, se a legislação determina que deva haver o consentimento da família para que o transplante seja realizado, os projetos devem estar direcionados de modo a atingir o seu fim: a

autorização da família para o transplante. Nesse ponto, diante do que já fora analisado, é razoável perceber que de fato há o desinteresse dos postos de saúde em convencer os familiares a autorizarem o transplante e em captar órgãos para que esse procedimento seja realizado. A explicação para esse desinteresse dos postos de saúde é simples, o custo que lhes geram a realização de um transplante.

O custo total do processo de doação de órgãos, desde a avaliação até a entrega do corpo à família, é de R\$ 2.883,34, levando-se em consideração os materiais descartáveis, medicamentos, mão-de-obra especializada, taxa de água, energia elétrica, telefone, oxigênio, limpeza, transporte e depreciação de materiais permanente e equipamentos/veículos. (...) O valor pago pela tabela SUS, desde a avaliação até a entrega do corpo à família, é de R\$1.853,71, resultando numa diferença negativa de R\$ 1.029,63, por doador, valor este que, teoricamente, está coberto nos hospitais públicos pelo orçamento próprio de cada unidade. (GUERRA *et al*, 2002, p. 6).

Considerando que uma cirurgia de transplante de órgãos é uma cirurgia de risco, pois se trata de pacientes debilitados que necessitam de órgãos vitais para sobreviver, e considerando que é uma cirurgia que demanda demasiado tempo, uma grande equipe médica, e a carência tanto de profissionais, estrutura e medicamentos; e que acima de tudo isso a unidade de saúde deve arcar com quase 1/3 do custo da operação, fica justificado o desinteresse por tal procedimento.

Em investigação de uma CPI sobre tráfico de órgãos, a Câmara dos Deputados constatou que:

Dentre as justificativas para essa situação citamos: falta de estrutura do hospital para comprovar o diagnóstico de morte encefálica e para manter um potencial doador; conhecimento inadequado pelos médicos a respeito do protocolo de declaração de morte encefálica e da legislação pertinente aos transplantes; atraso na notificação de morte encefálica; descumprimento da notificação compulsória e insuficiente aplicação das penalidades previstas; falta de estrutura para transportar o órgão para locais distantes e outras. (2004, p. 31).

E, além disso, na mesma CPI, foi constatada a falta de coordenação do Ministério da Saúde sobre as demais entidades e órgãos responsáveis pelo andamento regular do Sistema Nacional de Transplantes:

Observamos que há pouca integração entre órgãos do Ministério da Saúde na prática das normas da vigilância sanitária de importação de tecidos humanos, pois a Comissão dessa Casa que, em 2004, investigou irregularidades na fila de transplante de medula óssea, teve conhecimento de tecido destinado à transplante de medula óssea em paciente da clínica privada que foi importado sem conhecimento do SNT, mas que teria sido “autorizado pela ANVISA”. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004, p. 45).

Ou seja, há procedimentos que não são de conhecimento do SNT, mas que são autorizados por entidades de natureza pública. Isso implica na incidência de um crime que é cometido pela simples desídia dos órgãos responsáveis pela gestão da fila única de transplantes.

Diante do exposto, afirmamos, de modo preliminar, que o Transplante de Órgãos na realidade brasileira, coaduna com um sistema precário. Apesar de ser um dos países que mais realiza transplante de órgão no mundo, o nosso sistema não é eficiente porque não consegue suprir a gigantesca demanda de órgãos. E essa ausência de órgãos se dá por dois motivos interdependentes: a população não confia no Estado para a realização da cirurgia por causa de inúmeros fatores, como a precariedade do sistema de saúde; e o desinteresse das próprias unidades de saúde em realizar a operação tendo em vista o alto custo que é abatido de sua rubrica orçamentária.

3. Do Crime De Tráfico De Órgãos

Antes de se analisar o crime de tráfico de órgãos, é necessário fazer alusões acerca dos crimes previsto na Lei nº 9.434/97. A Lei de Transplantes prevê como crimes as condutas disposta nos artigos 14º ao 20º, quais sejam:

- remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições da referida lei;
- comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano;
- promover, intermediar, facilitar ou auferir qualquer vantagem com as transações do delito anterior; realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos da lei;
- recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta da lei;
- realizar transplante ou enxerto em desacordo com o disposto no art. 10º da lei e seu parágrafo único;
- deixar de recompor cadáver, devolvendo-lhe aspecto condigno, para sepultamento ou deixar de entregar ou retardar sua entrega aos familiares ou interessados; e
- publicar anúncio ou apelo público em desacordo com o disposto no art. 11º da lei.

Faz-se necessário observar cada delito individualmente, pois diante da análise dos núcleos de cada tipo penal previsto¹⁰ na lei, é notória a intenção de se proteger o princípio basilar dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais: a Dignidade da Pessoa Humana, prevista no art. 1º, III da Constituição Federal e na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do homem (1948), o Pacto internacional sobre direitos civis e políticos (1966), a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1979), a Convenção das Nações Unidas sobre a tortura (1984) e na Convenção sobre o direito das crianças (1989) (TONIAL, 2008, p. 53).

Ao prever condutas que só são, ou também podem ser, praticadas em cadáveres, que em nada sentirão o peso de tais atos; e criminalizando a disposição voluntária e onerosa de partes

¹⁰ Para GOMES: “Tipo legal é a descrição abstrata (o modelo ou a conceituação) contida numa lei (leia-se: num artigo de lei) de uma específica forma de ataque a um bem jurídico. Como se vê, o conceito de tipo (e de tipo legal) nada mais é do que uma construção dogmática extraída da lei penal” (GOMES, 2004, p. 65).

do próprio corpo, observa-se que o princípio resguardado e garantido pela referida norma, é o da Dignidade da Pessoa Humana.

O filósofo que preconizou o conceito da Dignidade da Pessoa Humana foi Immanuel Kant, defendendo a ideia de que as pessoas deveriam ser tratadas com um fim em si mesmas, e não como meio, formulando o princípio de que "no reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade" (KANT, 2004, p. 65). Nesse diapasão, aponta Ingo Wolfgang Sarlet que a Dignidade Humana "não pode ser definida de forma fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição dessa natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas" (2012, p. 51-52). Para aludido autor:

“(...) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres.” (SARLET, 2012, p. 73).

Sendo assim, a comercialização de órgãos atingiria diretamente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois aqueles que possuem melhores condições econômicas e sociais, jamais venderiam seus órgãos¹¹. Como já demonstrado acima, a pessoas que vivem em países mais desenvolvidos recorrem aos subdesenvolvidos para a compra de órgãos. Ou seja, a pessoa que dispõe de parte do seu corpo de forma onerosa está em situação de vulnerabilidade que fere sua dignidade humana, necessariamente menos digna que o do comprador/receptor.

Dessa premissa, portanto, conclui-se que, de forma geral, a venda de órgãos para transplantes intervivos somente é realizada por aquele que sobrevive em condições sub-humanas, carente de dignidade. Aquele que tem condições satisfatórias de vida, não possui tendência a vender partes de seu corpo. Eis a justificativa para tipificar como crime o comércio de órgãos.

Um caso real, que será analisado com mais detalhes posteriormente, e que demonstra claramente essa premissa, foi o esquema de Tráfico de Órgãos conhecido como a “Operação

¹¹ Como demonstrado pela Pesquisadora Nancy Cheper-Hughes em sua pesquisa “El comercio infame: capitalismo milenarista, valores humanos e justicia global en el tráfico de órganos.” Revista de Antropología Social, 2005, 14. p.195-236. E também pelos Autores Giovanni Berlinguer e Volnei Garrafa no livro “o mercado humano”. Brasília: Ed. da UnB, 2001.

Bisturi”, em que as próprias pessoas que eram traficadas do Brasil para venderem seus rins na África do Sul, retornavam como aliciadoras para convencer mais pessoas a venderem seus órgãos (LUDEMIR, 2008, p. 40).

Isso significa que a condição dessas pessoas era tão sub-humana que nem lhes causavam arrependimento. Pelo contrário, sentiam-se confortáveis em aliciar novas pessoas como algo que realmente valia a pena. Ou seja, a situação de vulnerabilidade social não lhes permitiu um juízo justo de suas ações, já que as mesmas são movidas pelo afã de lucro imediato com satisfação de suas necessidades imediatas ou mobilidade social.

Dessa forma, considerando o comércio de órgãos para fins de transplantes intervivos, além de todas as falhas apontadas na legislação brasileira e no SNT, um fato motivador e preponderante para a prática do Tráfico de Órgãos, é a condição indigna – de miséria – de uma sociedade.

Não obstante, tem-se, portanto, o conceito de que o crime de Tráfico de Órgãos não ocorre necessariamente de forma esporádica ou espontânea, é um crime que aproveita a condição de vulnerabilidade social alheia para a obtenção de alguma vantagem. Ou seja, é uma verdadeira exploração de outrem.

O artigo 15 da Lei de Transplantes prevê como crime a conduta de comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, estipulando uma pena de reclusão de três a oito anos e multa de 200 a 360 dias-multas. Além disso, em seu parágrafo único, o artigo determina que incorrem nas mesmas penas as condutas de promover, intermediar, facilitar ou auferir qualquer vantagem com a transação. Sendo assim, de acordo com a redação desse artigo, o sujeito que, por exemplo, vende o próprio rim a outrem, é criminoso também, e não vítima do delito. Diante disso, é necessário saber se esse exemplo é uma hipótese de crime sem vítima, ou sem ofendido. Para tanto, deve-se analisar o sujeito ativo e passivo no delito de tráfico de órgãos.

A doutrina a respeito desse assunto é extremamente escassa, restando da doutrina clássica do Direito Penal. Para Zaffaroni e Pierangeli:

Os sujeitos podem ser ativo e passivo. Sujeito ativo é o autor da conduta típica. Sujeito passivo é o titular do bem jurídico tutelado. O sujeito passivo da conduta pode não ser o sujeito passivo do delito; aquele que sofre os efeitos do ardil ou engano no estelionato pode não ser necessariamente o que sofre os efeitos lesivos do patrimônio. (PIERANGELI e ZAFFARONI, 2002, p. 475).

Em se tratando especificamente sobre o crime de Tráfico de Órgãos, considerando a doutrina clássica, pode-se afirmar que:

Neste caso o sujeito ativo da ação poderia ser qualquer pessoa. Desde pessoas físicas a funcionários públicos, médicos, enfermeiros, familiares, enfim, qualquer pessoa. O sujeito passivo neste caso poderia ser dois. Se tratarmos do tráfico de órgãos

entrevistos será a própria pessoa que teve seu órgão retirado, porém se tratar do tráfico de órgão post mortem, será a família do morto. (BUONICORE, 2011, p. 20).

Tendo em vista que o sujeito passivo do delito é o portador do bem juridicamente tutelado que fora ofendido, e que esse bem tutelado é a dignidade humana, como visto, o indivíduo que vende o próprio órgão nos moldes do art. 15 da Lei nº 9.434/97 é sujeito ativo e passivo do crime ao mesmo tempo. Ou seja, ele comete um crime contra si mesmo.

Por outro lado, a jurisprudência posiciona-se de forma particular a depender do caso concreto. Na já mencionada “Operação Bisturi”, na qual pessoas aliciadas para venderem seus rins foram indiciadas no art. 15, o Juízo de Primeiro Grau da Sessão Judiciária de Pernambuco considerou que elas ostentavam somente a qualidade de vítima. No referido julgado, o M. M. Juízo entendeu que o consentimento delas para que tivessem seus órgãos removidos era viciado, ante a vulnerabilidade econômica que lhes pertencia (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).

Isso significa que em se tratando de pessoa que vende os próprios órgãos por se encontrar em situação de vulnerabilidade econômica, ausente está o dolo¹², o que torna a conduta atípica, pois perde seu elemento constitutivo.

Assim entende Giovana Buonicore em seu estudo sobre tráfico de órgãos: “(...) especificamente no artigo 15, cabe ressaltarmos que o tipo objetivo será comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do ser humano. Já o tipo subjetivo seria o dolo, a intenção de retirar estes órgãos com o intuito de comercializá-los.” (2011, p. 22).

Não obstante, além de atípica, o referido julgado entendeu ser a conduta antijurídica com base no artigo 23, I e 24, do Código Penal (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).

E por fim, entendeu que além de atípica e antijurídica, a conduta imputada aos aliciados não se configurava como criminosa. Eis a justificativa:

(...) a verdadeira *mens legis*, ao incriminar a conduta de quem vende órgão do próprio corpo, é a de que deve ser responsabilizado aquele que voluntária, livre e conscientemente, estando perfeitamente ciente das conseqüências de seu ato e por iniciativa sua, faz de seu corpo objeto de mercância, "coisificando" a dignidade humana.

81. No caso em questão, com efeito, as pessoas ora apontadas como sujeitos ativos do delito de vender partes do corpo, na verdade, são apenas sujeitos passivos da conduta daqueles que compraram seus rins valendo-se do consentimento viciado por eles emitido, o qual, por conseguinte equivale à ausência de consentimento.

¹² Entendo como Dolo: “uma vontade determinada que, como qualquer vontade, pressupõe um conhecimento determinado.” (ZAFFARONI *apud* GRECO, 2008, p. 183).

82. Tratam-se, pois, de vítimas do tráfico de seres humanos desbaratado no caso, às quais não reservam os ordenamentos jurídicos dos países qualquer punição, mas sim, ao revés, proteção. (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. 12).

Diante disso, é possível concluir que ante a enorme ineficácia do ordenamento jurídico brasileiro ao tutelar a venda de órgãos por parte de vulneráveis, e a omissão deste no tocante ao tráfico de pessoas para fins de remoção de órgãos, o julgador se vê obrigado a não aplicar a lei em sua literalidade com o intuito de não apenar as verdadeiras vítimas do crime.

3.1 Tráfico de Órgãos *Post Mortem* e *Intervivos*

Segundo Buonicore (2011, p. 25), o tráfico de órgãos pode ocorrer de duas maneiras, sendo eles o *intervivos* ou *post mortem*. De acordo com ela, no caso de *intervivos*, o agente, no caso o infrator, retira o órgão da pessoa ainda viva, podendo ocorrer, por exemplo, durante uma cirurgia ou até de formas brutais contra a vontade do ofendido ou até mesmo tendo este consentimento. Para a autora, o tráfico de órgãos *post mortem* ocorre após a morte da vítima, não tendo mais esta o poder de consentir ou não algo ilegal, pelo menos no momento da infração.

A própria Lei de Transplantes traz em seu artigo 14 diferentes penalidades para remoção de órgãos indevida em pessoas ainda vivas ou já mortas. No caso de já estarem mortas, a pena varia de dois a seis anos de reclusão. No caso de ainda vivas, a pena varia de três a doze anos, a depender dos resultados gerados pelo ato criminoso.

Ocorre que mesmo fazendo esta distinção, a Lei nº 9.434/97 ainda é incapaz de dar o verdadeiro amparo ao combate ao Tráfico de Órgãos. Isso porque o legislador não diferenciou as principais condutas que podem surgir no caso concreto. A legislação é presa a uma realidade restrita, pois não considera o Tráfico de Órgãos como um crime sofisticado que age internacionalmente através de organizações criminosas e que movimentam cerca de 7 a 13 bilhões de dólares por ano (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004, p. 11).

Para isso, passemos a analisar dois casos de grande notoriedade e que ensejaram na instauração da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados em 2004.

Em abril do ano 2000, o garoto Paulo Varonesi Pavesi caiu de uma altura de 10 andares do prédio que morava em Minas Gerais e foi diretamente levado à Santa Casa de Misericórdia, onde recebeu o diagnóstico de morte encefálica pela equipe médica do Dr. Álvaro Ianhez, e teve seus órgãos transplantados (G1, 2013, p.2). É válido ressaltar, como já analisado, que no ano 2000 o transplante de órgãos era compulsório, salvo se a negativa estivesse expressa em documento de identificação.

Ao receber a conta do hospital, cerca de R\$ 12.000,00, o pai do garoto, Paulo Airton Pavesi, questionou sobre os valores, identificou rasuras nos prontuários, e percebeu que o médico responsável teria registrado “sem morte encefálica” (G1, 2013, p. 2). Como visto anteriormente, um dos requisitos indispensáveis para a realização do transplante de órgãos é o diagnóstico de morte encefálica, mediante exame médico e registrado por no mínimo dois médicos autorizados. Além disso, o pai da vítima identificou uma dupla cobrança realizada pelo hospital. Uma feita a ele, o pai, e outra ao SUS, a respeito de serviços de internação, anestesia, e remoção de órgãos. A partir desses fatos, as investigações tiveram início e motivou a instauração da CPI do tráfico de órgãos em 2004 (G1, 2013, p. 2).

Com relação ao Hospital Santa Casa de Misericórdia, onde foi realizada a cirurgia de transplante de órgãos, foi constatado que:

- não existia, na época da captação, documentação comprobatória da morte cerebral do paciente no prontuário, (nem chapas, nem laudo da segunda arteriografia);
- que Retirada das córneas por médico não autorizado pelo Ministério da Saúde e envio a Hospital não credenciado. Odilon Trefiglio Neto fez a extração das córneas e enviou para o Instituto Penido Burnier em Campinas – SP, que não tem credenciamento para transplantes. As córneas foram encaminhadas para o Drs. Gustavo Abreu Barbosa e Flavia Fiorentini também não credenciados a fazer transplantes de córneas;
- e que havia problemas no registro de palavras inadequadas como “sem morte encefálica” e “anestesia geral” por ocasião da cirurgia de retirada de órgãos; utilização de código da classificação de estado físico da American Society of Anesthesiologists (ASA) – V ao invés de VI –, por anestesista, que não se aplicava ao caso de paciente com morte encefálica, pois a classificação VI é destinada aos casos de morte encefálica, e a V, para pacientes moribundos, mas ainda vivos, conforme informações que a ASA têm publicado anualmente, pelo menos desde 1988, e elaboração de laudo da arteriografia comprobatória meses após o ocorrido. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004, p. 107):

Além disso, foi descoberto que as córneas captadas em Poços de Caldas foram enviadas para Campinas, o que constitui fraude à lista única, e que a instituição que recebeu e implantou as córneas, Instituto Penido Burnier, não era autorizado pelo Ministério da Saúde à época (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004, p. 111).

Vale ressaltar que esse instituto era dirigido pelo Dr. Ianhez, o médico de que realizou a cirurgia de transplantes de Pavesi, e que a mãe de uma das crianças que receberam as córneas teve que pagar R\$ 500,00 pelo órgão (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004, p. 112).

Todavia, mesmo com tamanhas irregularidades, a CPI acabou por indiciar os quatro agentes do delito somente no crime previsto no art. 14 da Lei de Transplantes, e não por tráfico de órgãos (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004, p. 129-130).

Ora, se o diagnóstico de morte encefálica foi fraudulento, significa que a vítima não estava morta antes da realização do transplante. Ou seja, houve um verdadeiro homicídio na

mesa de cirurgia. E mesmo assim, não houve imputação ao artigo 121 do Código Penal a nenhum dos agentes apurados na CPI.

O crime processa-se na justiça comum e se perpetua até a atualidade (mais de 13 anos). O juízo de primeira instância condenou os médicos José Luiz Gomes da Silva, Álvaro Ianhez, José Luiz Bonfitto e Marco Alexandre Pacheco da Fonseca pelos delitos do artigo 121, §2º, III c/c o §4º, última parte do Código Penal e do artigo 14 da Lei n. 9.434/97 (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, RESE n.º 1.0518.08.148802-6/001, Relator: FLÁVIO LEITE, 2012, p. 2).

Ou seja, a sentença de primeiro grau foi além da sugestão oferecida pela CPI e condenou os quatro médicos pelo crime de homicídio. E novamente, ninguém foi condenado pelo crime previsto no artigo 15º da Lei de Transplantes, como se o homicídio doloso para a prática do transplante tivesse outra intenção que não fosse a comercialização dos órgãos.

Resta, portanto, saber o porquê de não ter-lhes sido imputado o crime de formação de quadrilha (artigo 288 do Código Penal), já que atuaram numa série de atos e omissões voluntárias, em conjunto e unidade de desígnios (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, RESE n.º 1.0518.08.148802-6/001, Relator: FLÁVIO LEITE, 2012, p. 2).

Segundo Nucci os elementos objetivos do tipo de quadrilha são:

- Associarem-se: reunir-se em sociedade, agregar-se ou unir-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, com caráter organizado, estável e permanente;
- Visando a prática de delitos: necessariamente mais de um e determinados, ainda que não os tenha efetivamente cometido. (2013, p. 980).

Doravante, tendo sido os médicos condenados pelo crime previsto no artigo 14 da Lei de Transplantes e por um único homicídio, o juízo de primeiro grau não lhes imputou o crime de formação de quadrilha. Ocorre que, se houvesse a imputação pelo crime de comércio de órgãos, como ficou comprovado no decorrer a investigação, o crime de formação de quadrilha poderia ser imputado aos réus. De modo a abrandar as penas aplicadas aos médicos, o Judiciário não levou em consideração o fato de que dois dos médicos julgados no caso Pavesi já foram condenados, em fevereiro de 2013, pela remoção e tráfico de órgãos e tecidos do pedreiro José Domingos de Carvalho, morto aos 38 anos, em abril de 2001, na Santa Casa de Poços de Caldas (BALBINO, 2013, p. 6).

Vale ressaltar, que assim como aconteceu no caso Pavesi, a família de José Domingos autorizou o transplante dos órgãos antes de seu assassinato. Havia uma psicóloga de plantão no hospital para colher as autorizações (BALBINO, 2013, p. 4).

Outro fato que também impressiona nesses casos é que o Ministério da Saúde não cassou a autorização desses médicos de praticarem a cirurgia de transplante de órgãos, e que

eles também não foram demitidos de seus respectivos cargos públicos. Apenas cumprem uma medida cautelar que os proíbem de atuar pelo SUS (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, RESE n.º 1.0518.08.148802-6/001, Relator: FLÁVIO LEITE, 2012, p. 49).

Ocorre que, o transplante realizado e o envio das córneas ocorreram em estabelecimentos de saúde privados. O que não lhes causa prejuízo algum. Além disso, a Lei de Transplantes estabelece um rol de sanções administrativas para os estabelecimentos de saúde envolvidos em transplantes irregulares de órgãos. Dentre ela, está a do artigo 21º, em que o estabelecimento e as equipes médico-cirúrgicas poderão ser desautorizadas temporária ou permanentemente pelas autoridades competentes.

No caso Pavesi, os médicos não tiveram suas autorizações cassadas, mesmo o Ministério da Saúde e o Conselho Federal de Medicina podendo realizar o feito de forma administrativa, sem que seja necessária uma decisão judicial. Dessa forma, resta comprovada a má atuação dos três Poderes (Legislativo, Judiciário e Executivo) nesse caso notório de tráfico de órgãos. Este foi um exemplo de tráfico de órgãos *post mortem* ocorrido dentro dos limites territoriais do país.

Passemos então à análise de um caso de Tráfico de Órgãos *intervivos*. O esquema de tráfico de órgãos conhecido como “Operação Bisturi” atuava sem levantar suspeitas há pelo menos um ano, quando um casal adentrou à delegacia do Núcleo de Segurança Comunitária na cidade do Recife, perguntando à Delegada, Dr.^a Beatriz Gibson, se a venda de rins era crime. (LUDEMIR, 2008, p. 37-38). Após muita insistência, o casal revelou que tinha combinado de vender seus rins e que após a desistência do plano, estavam sofrendo ameaças. A Delegada desconfiou do relatado acontecimento, e o casal afirmou que seria possível ela verificar de perto, caso fosse atrás de um sujeito que tinha vendido seu rim e com o dinheiro havia comprado um restaurante. A Dr.^a Gibson se dirigiu ao indicado local e pôde perceber a cicatriz que o sujeito ostentava em suas costas, típica de quem havia removido seu rim. (LUDEMIR, 2008, p. 40).

Segundo o casal, as pessoas eram levadas até Durban, na África do Sul para ter seus rins removidos (LUDEMIR, 2008, p. 41). Ou seja, era um crime que iniciava sua execução do Brasil e se encerrava na África do Sul. Dessa forma, nos termos do artigo 109º, da Constituição Federal, o crime é de competência da Justiça Federal.

Após a investigação dos fatos e de diversas informações colhidas, foi encaminhada denúncia ao Ministério Público Federal em Pernambuco que passou a investigar o caso. (LUDEMIR, 2008, p. 46). O Ministério Público Federal realizou as investigações e chegou a conclusão de que o esquema era formado pelos seguintes integrantes, dentre eles médicos,

intérpretes e pessoas infiltradas nos hospitais (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004, p. 71). Todos esses sujeitos foram indiciados pelos crimes de formação de quadrilha (artigo 288 do Código Penal) e pelos crimes previsto no artigo 15 e 16 da Lei nº 9.434/97 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004, p. 74).

Gady, o chefe da quadrilha, foi preso em Pernambuco e condenado a 11 anos e 9 meses de prisão. Em 2009 conseguiu uma autorização para fazer uma viagem de 30 dias a Israel, e nunca mais voltou. Em junho de 2013, foi preso em Roma por ter sido reconhecido no aeroporto. Todos os outros integrantes da quadrilha foram presos e já cumpriram as respectivas penas. (G1, 2013, p. 1). Tudo leva a crer que as pessoas eram traficadas para a África do Sul porque a leis de lá eram mais fáceis de serem burladas (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004, p. 27). Com as facilidades encontradas naquele país, foi mais difícil desarticular a quadrilha.

Diante do exposto, é possível perceber a existência de Tráfico de Pessoas, através da modalidade do Tráfico de Órgãos. Isso ocorre porque os doadores são levados a países que possuem uma legislação mais branda (fácil de ser burlada), e lá tenham seus órgãos removidos. Geralmente, as pessoas são aliciadas e convencidas a doarem seus órgãos mediante pagamento quando adultas, e quando crianças são vendidas pelos seus pais ou sequestradas.

De acordo com Joy Ngozi Ezeilo – relatora especial da ONU sobre o Tráfico Humano – a escassez de órgãos estimula o tráfico de pessoas. Assevera ainda que além da escassez de órgãos, a raiz do problema é o descompasso entre a crescente demanda por transplantes e os estritos limites definidos nas fontes disponíveis (ONUBR, 2013, p. 1).

A relatora aponta para a falta de informação sobre a remoção de órgãos e afirmou que isso é resultado, principalmente, da natureza clandestina do Tráfico e do fato das vítimas terem pouca oportunidade para denunciar, já que, em sua maioria, elas são pobres, desempregadas e com baixo nível educacional (ONUBR, 2013, p. 1).

Isso corrobora com todos os aspectos aqui abordados até então.

Além disso:

Estudos de casos analisados pela relatora mostram que as vítimas, em particular as do leste europeu, América do Sul e Ásia, são atraídas para vender seus órgãos com a promessa de grandes quantidades de dinheiro que quase nunca são pagas na íntegra. O estudo também mostra que a assistência médica pós-operatória oferecida às vítimas é muitas vezes inadequada. Muitos sofrem exclusão social e enfrentam ameaças diretas para não denunciarem o tráfico.

Ezeilo ressaltou as deficiências nas leis e políticas sobre o tráfico de pessoas para a remoção de órgãos, inclusive a nível internacional. “Leis inadequadas não só evitam fortes respostas nacionais como também inibem a cooperação internacional”, afirmou.

Os Estados devem aumentar seus esforços para cumprir sua obrigação internacional para acabar com todas as formas de tráfico humano, inclusive para a remoção de órgãos, disse a especialista da ONU. (ONUBR, 2013, p. 1).

Na situação apresentada, as pessoas que saíam de Pernambuco somente vendiam seus órgãos em Durban, na África do Sul. Ou seja, para o juízo competente, os atos de execução do crime de venda dos órgãos, no termos do artigo 15 da Lei n.º 9.434/97, se iniciaram com o aliciamento dos economicamente vulneráveis da periferia do Recife.

Ocorre que entre traficar órgãos no Brasil e traficar órgãos em outros países que possuem uma legislação mais branda, é certo que os criminosos irão preferir traficar as pessoas para posteriormente comercializar seus órgãos, tendo em vista que o ordenamento jurídico não faz essa diferenciação e, quando penaliza, é da mesma forma.

Insta salientar que o Código Penal Brasileiro penaliza o Tráfico de Pessoas, mas somente restringe aos casos de exploração sexual (art. 231)¹³. Dessa forma, é possível entender, inclusive, que o Código Penal permite o tráfico de pessoas em quaisquer de suas modalidades, desde que não seja para fins de exploração sexual.

Este contexto corrobora com o dito no início do texto sobre a ausência de legislação internacional precisa e que abrange o Tráfico de Órgãos, Tecidos e células humanos. Como afirma Alencar:

(...) a legislação brasileira sobre o tráfico de pessoas, tanto interno como internacional, deveria ser reformada pelo legislador pátrio. O texto dos artigos 231 e 231-A deveria ser reformulado para seguir a idéia de tráfico de pessoas trazida pelo Protocolo de Palermo, documento das Nações Unidas que foi ratificado pelo Brasil. Assim, esse delito deixaria de estar vinculado a uma atividade específica, a prostituição, e passaria a ser considerado pelo ordenamento brasileiro como o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração, tanto internamente no Brasil como na perspectiva internacional. Essa exploração poderia ser a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos. (2007, 129-130).

De acordo com o Protocolo de Palermo, o caso denominado de “Operação Bisturi” se enquadra perfeitamente no conceito de Tráfico de Pessoas, pois o meio utilizado por Gady e seus assessores era a situação de vulnerabilidade. Salienta-se que as pessoas aliciadas residiam em bairros pobres da periferia de Recife. Com isso, percebe-se que apesar de o Brasil ter ratificado o Protocolo de Palermo, em 2004, não houve mudanças significativas

¹³ Como expresso no artigo 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009).

capazes de dar verdadeira sanção adequada aos sujeitos que praticam o tráfico de pessoas para fins de extração de órgãos (CORREA DA SILVA, 2011, p.267).

Considerações Finais

Como analisamos no decorrer do texto não existe no plano internacional um marco jurídico para a repressão, prevenção ao tráfico de órgãos. Já que o referente internacional para o enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - o Protocolo de Palermo – é impreciso no que tange ao Tráfico de Órgãos, Tecidos, Células e Partes do Corpo. Ficando evidente a necessidade de atualização conceitual tanto para a repressão a este crime, como para a proteção das vítimas que têm seus órgãos removidos para o abastecimento do comércio de partes do corpo humano.

No caso brasileiro, como podemos exemplificar, apesar de o Brasil ter ratificado o Protocolo de Palermo, através do Decreto nº 5.017/04, não houve mudanças significativas capazes de dar verdadeira sanção adequada aos sujeitos que praticam o tráfico de pessoas para fins de extração de órgãos. A conclusão que se pode tomar a respeito do tema, é de que a Lei de Transplantes é incapaz de oferecer meios adequados para se coibir o Tráfico de Órgãos e também sancionar os infratores. Pois, como visto, restaram claras as evidências de comércio de órgãos, mas mesmo assim, nem imputação ao artigo 15 da Lei nº 9.434/97 aos sujeitos ocorreu.

Diante do exposto entendemos que a Lei de Transplantes não oferece meios adequados para se coibir o Tráfico de Órgãos e sancionar os infratores, como ocorrera no caso Pavesi na “Operação Bisturi” conforme apresentamos.

Referências Bibliográficas

ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de. Tráfico de seres humanos no Brasil: Aspectos sociojurídicos – o caso do Ceará. Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação da Prof.^a Dr.^a Lília Maia de Moraes Sales. Fortaleza, 2007.

ALMEIDA, Vivian Vicente de; CARDOSO, Simone de Souza; MARINHO, Alexandre. Disparidades nas filas para transplantes de órgãos nos estados brasileiros. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 26, n. 4, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2010000400020&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 de setembro de 2013.

BALBINO, Jéssica. ‘Ele ainda está muito vivo’, diz pai de menino vítima de tráfico de órgãos. O Globo – G1 em 11 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/dia-dos-pais/2013/noticia/2013/08/ele-ainda-esta-muito-vivo-diz-pai-de-menino-vitima-do-trafico-de-orgaos.html>>. Acesso em: 17 de outubro de 2013.

BARRETTO, Stella e; SOUSA, Sidney Júlio de Faria. Entrevista da família para a obtenção de órgãos e tecidos para transplante. Arq. Bras. Oftalmol., São Paulo, v. 62, n. 6, 1999. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-27491999000600020&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 de setembro de 2013.

BELINGUER, Giovanni e; GARRAFA, Volnei. O Mercado Humano. Brasília: Ed. da UnB 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.

_____. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

_____. Decreto n.º 2.268 de 30 de junho de 1997.

_____. Lei n.º 9.434 de 4 de fevereiro de 1997.

_____. Lei n.º 10.211 de 23 de março de 2001.

BUONICORE, Giovana Palmieri. Tráfico De Órgãos E Bem Jurídico - Penal: Análise Do Artigo 15 Da Lei 9.434/97. Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Aprovação com grau máximo pela banca examinadora composta pelo orientador Prof. Paulo Vinicius Sporleder de Souza, pela Profª. Lívia Haygert Pithan, e pela Profª. Anamaria Gonçalves dos Santos Feijó, em 6 de junho de 2011.

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.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n.º 1.480 de 08 de agosto de 1997.

_____. Resolução n.º 1.752 de 13 de setembro de 2004.

CORREA DA SILVA, Waldimeiry. In: Tráfico de Pessoas: cenário, atores e crime. Em busca do respeito à dignidade humana. FIGUEIRA, Ricardo Rezende; e, PRADO, Adonia Antunes (Org). Olhares sobre a Escravidão Contemporânea novas contribuições críticas. Ed UFMT, Cuiabá, 2011.[256-276].

_____. Discriminação e violência de gênero no tráfico de mulheres para fins de exploração sexual. Em: Lopes, Ana Maria D'Ávila, MAUÉS Antonio Moreira. A eficácia nacional e internacional dos direitos humanos (org). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013a. (pp. 339-363).

CORREA NETO, Ylmar. Morte encefálica: cinquenta anos além do coma profundo. Rev. Bras. Saude Mater. Infant., Recife, v. 10, supl. 2, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292010000600013&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 30 de outubro de 2013.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Direito Criminal na Atualidade. São Paulo: Atlas, 1999.

FARIAS, Roberta Jansen de Mello; SOUSA, Luciene Barbosa de. Impacto do marketing dos processos de divulgação nas doações de córneas a um banco de tecidos oculares humanos e avaliação do perfil socioeconômico de seus doadores. Arq. Bras. Oftalmol., São Paulo, v. 71, n. 1, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-27492008000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 de setembro de 2013.

FELLOWS, Simon. Tráfico de Partes do Corpo em Moçambique e na África do Sul. Liga Moçambicana dos Direitos Humanos, 2008. Disponível em: <<http://www.mediafire.com/download/o4uhhnynmjt/Tr%C3%A1fico+de+partes+de+corpo+em+Mo%C3%A7ambique+e+na+%C3%81frica+do+Sul.pdf>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2014.

G1. 'Ele ainda está muito vivo', diz pai de menino vítima do tráfico de órgãos. O Globo – G1 em 11/08/2013. Disponível em: < <http://g1.globo.com/dia-dos-pais/2013/noticia/2013/08/ele-ainda-esta-muito-vivo-diz-pai-de-menino-vitima-do-traffic-de-orgaos.html>>. Acesso em: 17 de outubro de 2013.

_____. PF prende última integrante de grupo condenado por tráfico de órgãos. O Globo – G1 em 04/05/2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/peernambuco/noticia/2013/05/pf-prende-ultima-integrante-de-grupo-condenado-por-trafico-de-orgaos.html>>. Acesso em: 17 de outubro de 2013.

GALVAO, Flavio H.F. et al. Conhecimento e opinião de estudantes de medicina sobre doação e transplante de órgãos. Rev. Assoc. Med. Bras., São Paulo, v. 53, n. 5, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302007000500015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 de setembro de 2013.

GUERRA, Cícera Izabel C. de Oliveira 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 2013.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LUDEMIR, Julio. Rim por Rim: uma reportagem sobre o tráfico de órgãos. Rio de Janeiro: Record, 2008.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, RESE n.º 1.0518.08.148802-6/001, Relator: FLÁVIO LEITE, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ONUBR. Escassez de órgãos para doação estimula tráfico de pessoas, alerta relatora especial da ONU. ONUBrasil em 28 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/escassez-de-orgaos-para-doacao-estimula-trafico-de-pessoas-alerta-relatora-especial-da-onu/>>. Acesso em: 29 de outubro de 2013.

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.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana: na Constituição de 1988. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHEIN, Alaor Ernst et al. Avaliação do conhecimento de intensivistas sobre morte encefálica. Rev. bras. ter. intensiva, São Paulo, v. 20, n. 2, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-507X2008000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 de setembro de 2013.

SILVEIRA, Fábio et al. Análise da mortalidade na lista de espera de fígado no Paraná, Brasil: o que devemos fazer para enfrentar a escassez de órgãos? ABCD, arq. bras. cir. dig., São Paulo, v. 25, n. 2, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-67202012000200010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 de setembro de 2013.

SCHEPER-HUGHES, Nancy. El Comercio Infame: capitalismo milenarista, valores humanos y justicia global en el tráfico de órganos. Revista de Antropología Social, 2005, vol. 14, pp. 195-236.

TONIAL, Nadya Regina Gusella. Direitos humanos: a dignidade da pessoa humana como valor maior do sistema jurídico. Justiça do Direito. v. 22, n. 1, 2008 – p. 48-65.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl e; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.