

Notas Acerca Do Crime de Tráfico de Órgãos

Samuel Miranda Arruda

Procurador da República em Pernambuco

A comercialização de órgãos humanos é tipificada no direito penal brasileiro por meio do dispositivo inserto no artigo 15 da lei 9.434, verbis: “Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena- reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, de 200 (duzentos) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa”. O tipo penal transcrito contém dois núcleos, consubstanciados, precisamente, nos verbos comprar e vender. A julgar pelo teor literal do dispositivo é de se concluir que o legislador ordinário pretendeu tornar criminosa a conduta de dispor, para fim de transplante, de parte do corpo humano, sempre que haja intuito comercial, de lucro, envolvido. Facultou-se, tão-somente, a disposição gratuita, com fins altruísticos e humanitários, livremente consentida e entre pessoas que guardam ligação emocional ou afetiva. Deu-se, assim, cumprimento à disposição inserta no artigo 199, § 4º da CF, que reza: “A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, (...) sendo vedado todo tipo de comercialização”. Evidentemente, o dispositivo constitucional, ao proscrever a comercialização dos órgãos humanos, não tornou obrigatoriamente criminosa a conduta. Essa norma constitucional pode ser atendida impedindo-se a comercialização através da repressão à venda e à intermediação e/ou, ainda, considerando-se a transação inválida no âmbito extrapenal. É forçoso fazer referência a uma dificuldade importante que a fórmula adotada pelo legislador penal enseja. É que, a tomar-se a norma em seu sentido literal, abre-se aparente exceção ao direito fundamental à livre disposição do corpo humano, corolário importante de um mais genérico direito à liberdade – aqui contemplado em sua acepção mais pura: liberdade de autodeterminação da pessoa humana. CHARVIN E SUEUR¹ analisando o quadro geral das relações entre morte e liberdade, registram ter havido um paulatino avançar do princípio da liberdade, cuja maximização consiste em eterna aspiração da humanidade. Desta forma, ilustrativamente, asseveram que a tentativa de suicídio foi

¹CHARVIN, Robert; SUEUR, Jean-Jacques, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, 3e édition, Paris, LITEC, 2000, p. 305 e seguintes.

sendo pouco a pouco descriminalizada; migrou-se de uma concepção inicial do suicídio como ilícito penal para um quadro intermediário de indiferença jurídico-penal, até chegar ao estágio atual, em que se discute a existência de um direito ao suicídio. Entre a vida e a liberdade o Direito respeita a escolha consciente e nela não interfere, chegando, em certos casos, a referendá-la. É comum dizer-se atualmente que há um direito a morrer (e viver!) com dignidade, e que a liberdade de autodeterminação pode sobrepor-se ao direito à vida.² RENDTORFF, em criterioso artigo, destaca a relevância da proteção da autonomia do indivíduo, e defende de forma eloqüente a necessidade de se assegurar a livre disposição do corpo do humano.³ É necessário, contudo, evitar as posições extremadas, sendo certo que todo direito comporta limites, especialmente nas situações em que se configura uma colisão de interesses jus-fundamentais. No âmbito da bioética e do direito médico, se discute, amiúde, os efeitos do direito de escolha: direito de aceitar ou recusar tratamento, direito de ser informado sobre o próprio estado de saúde e mesmo direito de extirpar membro do corpo. A justiça inglesa, por exemplo, em algumas ocasiões autorizou a amputação de braços e pernas de pessoas sãs que por se sentirem inadaptados a seu corpo normal, recorreram a cirurgias que lhes extirpassem o membro rejeitado. Ainda no campo da liberdade de autodeterminação, é salutar referir que o direito penal nas últimas décadas teve sua aplicação afastada dos atos sexuais consentidos entre adultos, descriminalizando-se, como regra geral, a prática do homossexualismo e da prostituição. Este último caso, aliás, tangencia o problema que ora se enfrenta: a comercialização do corpo humano e sua transformação voluntária em mercadoria. Obviamente, há de existir uma qualquer limitação a essa liberdade de determinação. Tais lindes, contudo, não precisam ser necessariamente traçados por meio do direito penal e, principalmente, não significam que o vendedor, em todas as circunstâncias, deva estar sujeito a sanção criminal. É de verificar, portanto, que a interpretação literal do dispositivo em comento parece ir de encontro à linha evolutiva da própria ciência jurídico-criminal e colide com princípio fundamental que a Constituição alberga. É de se concluir que a moldura típica adotada pelo legislador é bastante infeliz. O dispositivo é simplório e não abarca a multiplicidade de situações que a realidade apresenta. Segundo entendo, falta na legislação criminal a imprescindível diferenciação entre o vendedor consciente e a pessoa traficada, vitimada por

²Tese que se aplica, igualmente, às discussões sobre o aborto embora, neste caso, seja imprescindível reconhecer que as conseqüências da escolha recaem sobre o embrião, que não pode validamente consentir

³RENDTORFF, Jacob Dahl, *Biobanks and the rights to the human body*, p. 56 e ss.

organização criminosa.

É que, embora o direito não possa considerar lícita essa conduta, não há justificativa para apenar a pessoa que é convencida ou premida a vender um seu órgão, especialmente quando a ação foi praticada sob o patrocínio de mafiosos. Em síntese, é de se distinguir a

compra e venda do tráfico. Assim, é necessário diferenciar, já na previsão legislativa ou na análise de um dado caso concreto, o agente que efetivamente consente de forma válida e o que é induzido ao consentimento. Entre o executivo norte-americano que montou site na internet, organizando leilão de seu próprio rim – as propostas chegaram a mais de US\$ 5.000.000,00 – e as pessoas que são induzidas a vender seus órgãos há diferenças fundamentais. Neste caso, o executivo transforma-se em organizador da operação, assumindo plena responsabilidade pelos atos que pratica. Já aquelas pessoas que foram cooptadas, traficadas, não assentiram validamente porque sequer têm noção precisa das funções do rim no organismo humano. Em muitos casos as vítimas são manipuladas por verdadeira máfia transnacional e certamente não têm consciência da extensão dos prejuízos e riscos da cirurgia. Não me parece desarrazoado propor, desta forma, que, no futuro, o verbo “vender” venha a ser substituído ou interpretado de forma mais escorreita, adotando-se no tipo expressão como “vender coisa alheia”, “participar na venda”, de maneira a excluir ou tornar excepcionalíssima a cominação de sanção criminal àquele que comercializa o próprio corpo.

UMA VISÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO

Prosseguindo a análise, cumpre indagar qual o bem jurídico que se buscou tutelar por meio dessa norma penal. Estou certo de que tal norma precisa ser vista, analisada e interpretada primordialmente sob uma perspectiva humanística. É dizer: temos que considerá-la enquanto importante expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, que veda a coisificação, o retorno do ser humano à condição de mercadoria, sua comercialização como semovente.

Mediatamente vê-se que os dispositivos criminais insertos na lei referida tutelam também a integridade física e mesmo a vida do indivíduo. Uma análise sistêmica do conjunto de dispositivos deixa claro, contudo, o propósito cimeiro da legislação: impedir a

proliferação, em país miserável, de um macabro balcão de negócios envolvendo duas classes de desesperados a lutar pela vida: o favelado e o paciente terminal. SIQUEIRA CASTRO, após ressaltar a íntima conexão existente entre o princípio da indisponibilidade comercial do corpo humano e o postulado da dignidade humana, parece chegar a idêntica conclusão e explica que a intenção subjacente à instituição do princípio foi justamente a de impedir que “nos cenários de pobreza e de exploração das reservas últimas e mais recônditas do ser humano, conforme típico dos ambientes de terceiro mundo, (...) a necessidade econômica sirva de pretexto para o despojamento do ser corpóreo, a ponto de

fomentar, por exemplo, a monstruosa desmancha de crianças vivas, conforme ocorrências que a imprensa mundial já tem noticiado *no Nordeste brasileiro e nos bolsões de miséria da África*⁴ (*destaquei*). Ora, persistindo nessa linha de raciocínio chega-se ao inevitável paradoxo: a pessoa tutelada, o ser humano coisificado, traficando, feito mero objeto, vendido no mercado global, lesionado em sua dignidade e em sua integridade corpórea, É ESTE o dito sujeito ativo do mesmo delito. Deveras, a considerar-se assim, sentam-se no mesmo banco dos réus algozes e vítimas, traficantes e traficados, numa lógica esquizofrênica que leva à punição indistinta do escravizante e do escravizado. Mas pode-se também pensar tal norma penal sob outra ótica: a da proteção do sistema nacional de transplantes, na forma como foi estruturado no Brasil. Será esse, ao menos indiretamente, um bem jurídico caro ao legislador, que justificasse a criminalização da conduta com imposição de pesada sanção criminal? Enfileirem-se, lado a lado, ambos os objetos de proteção; considerem-nos, concorrentes, supletivos; é tal a desproporção entre um e outro que não vejo como equipará-los. A meu juízo há um objetivo muito destacado nessa norma penal: banir o comércio de gente. Ressalte-se, aliás, que a tese da suposta lesão ao sistema nacional de transplantes é virtualmente insustentável em certas situações. Em muitos casos, o transplante só ocorre em virtude da promessa de recompensa, pois, de outra forma, as vítimas não aceitariam a retirada dos órgãos. Assim, através da conduta desses réus não houve mácula ao interesse dos demais pretendentes a transplante, organizados em lista de espera, pois a cirurgia jamais seria realizada se não se desse a paga. Mácula houve a eles, aos réus, verdadeiras vítimas do delito. A lesão ao sistema poderia ser configurada nas hipóteses em que o negócio implicasse em burla à fila de espera, quando a mediação

4 SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de, *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*, Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 662-663

financeira se sobrepusesse aos critérios objetivamente traçados pelo legislador. A essa altura, entendo imprescindível lançar um olhar nos sistemas jurídicos estrangeiros, de forma a melhor compreender o moderno tratamento que vem sendo dado ao tema. Recentemente (em fins de 2003), o Parlamento da União Européia adotou resolução visando reprimir e controlar o tráfico de órgãos e tecidos humanos. No curso das discussões da matéria discutia-se a possibilidade de criminalização da mera venda, conduta praticada pelos acusados nos presentes autos. Em lapidar justificativa que creio adaptar-se inteiramente à hipótese analisada, os parlamentares europeus aduziram: “Na vasta maioria dos casos, o potencial doador oferecerá um órgão à venda em virtude de persuasão ou coerção por organizações criminosas, que se valem da posição vulnerável da pessoa envolvida. O objetivo primordial da persecução penal deve ser o de reprimir a atuação dos agentes do tráfico e não o de aumentar o sofrimento da vítima”⁵ (*destaquei*). Veja-se que já na própria definição de “tráfico de órgãos”, na forma adotada nesse e em outros documentos internacionais de âmbito global, insere-se a circunstância elementar do “abuso e exploração de pessoas vulneráveis”. Não é demais estabelecer os bens jurídicos que se considerou expressamente tutelados pelas normas penais: “dignidade humana e integridade física”. O direito norte-americano também não é alheio ao tema. Buscou reprimir, e com severidade, os mercadores de órgão. Para tanto, foi editado o *National Organ Transplantation Act (NOTA) de 1984*, cujo título terceiro (*Section 301, a*) trata, especificamente, da “proibição da compra de órgãos”. Nessa lei, vê-se que a repressão penal é, de forma correta, mais centrada no comprador e no intermediário da transação.

O TRÁFICO DE ÓRGÃOS ENQUANTO ESPÉCIE DO GÊNERO TRÁFICO DE SERES HUMANOS

Na história da humanidade diz-se ter havido duas vagas de mundialização: a primeira, na virada do século XV, revelou à Europa o resto do mundo; a segunda, mais atual, aproximou-nos todos, fazendo do planeta uma aldeia conectada em tempo real. Como consequência dessas duas revoluções teve-se um idêntico incremento exponencial no intercâmbio de pessoas. As redes criminosas tomaram partido das inovações tecnológicas e, no passado, organizaram complexas e poderosas redes de tráfico de pessoas para fins de

⁵European Parliament Legislative Resolution, Amendment 31, Article 2 (2). A íntegra da resolução está disponível na internet no endereço eletrônico www2.europarl.eu.int.

escravidão. No presente, restabeleceram com avidez o tráfico de seres humanos em modalidades ditas “contemporâneas”, mas que nada mais são do que refinamentos da prática antiga. Assim, não é despropositado afirmar que o tráfico de seres humanos

passou a constituir, principalmente nos países mais desenvolvidos, preocupação fundamental dos órgãos de segurança, por representar ameaça à própria perpetuação do modo de vida dessas nações. Obviamente, a comunidade internacional apressou-se em unir esforços no combate a essa prática, editando no âmbito das Nações Unidas o Protocolo Adicional à Convenção contra o crime organizado transnacional, relativo à prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças. Tal documento

foi ratificado pelo Brasil e passou a integrar nosso ordenamento. Logo no preâmbulo, os Estados parte declaram ser sua intenção, “*punir os traficantes e proteger as vítimas desse tráfico*” (*destaquei*). O artigo 3º do Protocolo dá valioso conceito de tráfico de pessoa, e merece ser transcrito: “A expressão tráfico de pessoas significa o recrutamento, o transporte, o acolhimento (...) de pessoas, recorrendo à (...) fraude, ao engano, (...) ou à situação de vulnerabilidade, (...) para fins de exploração. A exploração incluirá (...) a remoção de órgãos”.

O dispositivo seguinte destaca a irrelevância do consentimento, quando concedido na situação que a norma transcrita descreve. Todo o título II do Protocolo é destacado à proteção das pessoas traficadas. Pode ser interessante mostrar que o modelo e a distribuição de lucros nas transações envolvendo o comércio de rins não difere nos países miseráveis. Aliás, é bom que se diga, vendedores são encontrados principalmente nas regiões onde grassam a ignorância e a absoluta falta de perspectiva econômica. Assim, MORELLI ⁶ relata que na Índia os vendedores dos rins recebem entre US\$ 275,00 e US\$ 500, enquanto os intermediários ganham, pelo menos, US\$ 1.000,00 por cada transação. No Egito, os vendedores chegam a ser remunerados através do recebimento de televisão ou outro equipamento eletrônico. A autora adverte com argúcia para os riscos de exploração dos pobres pelos mais ricos e informados. CHRISTIAN WILLIAMS⁷, por sua vez, chama a

⁶MORELLI, Maria, *Organ Trafficking in American International Journal for International Law and Pol.*, vol. 10, 1994-1995, p. 925, footnote 38

⁷WILLIAMS, Christian, *Combatting the problem of human rights abuses and inadequate organ supply through presumed donative consent*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1995, p. 321

atenção para o caráter transnacional do problema e ao clamar por um tratamento internacionalmente uniforme do tema aduz que os dispositivos legais devem procurar justamente evitar a vitimização e a exploração das pessoas humildes. Na doutrina brasileira, MARIA HELENA DINIZ⁸ aborda o problema da utilização de órgãos de “grupos populacionais com autonomia reduzida”. A autora discute o problema dos doadores anencéfalos, dos menores e deficientes. Aborda também o tema clássico da doação por parte de prisioneiros, que por vezes são incentivados pelo governo através de benefícios relacionados à pena. Neste caso, segundo a autora, a penitenciária seria transformada em um “açougue de vísceras humanas”, em que um rim valeria uma redução de 3 anos de pena e a medula óssea 1 ano. Em escorreito raciocínio a autora aponta um – entre vários – vício fundamental nessas hipóteses: a ausência do livre consentimento informado. É que a autonomia reduzida implica em diminuição da capacidade de decidir validamente.

O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE, A FINALIDADE DAS PENAS E AS CONSEQÜÊNCIAS SUPORTADAS PELO “AGENTE”

No atual estágio de desenvolvimento da ciência penal, não se admite mais a imposição de sanção sem que haja justificativa imperiosa; é dizer: não pode haver pena desprovida de finalidade. Por outro lado, a própria função do direito penal há de estar relacionada à preservação dos bens jurídicos caros à sociedade. Nos casos de tráfico de seres humanos, como demonstrado, não existe bem jurídico lesado senão os de titularidade dos próprios acusados. Evidentemente, não é razoável exigir que sejam punidos por mácula a interesse seu. Estão inteiramente afastadas quaisquer justificativas morais para a cominação de sanção que se mostraria absolutamente inócua. Isto, porque já são pesadíssimas para as vítimas as conseqüências da conduta que praticaram. Mutilados e debilitados, já estão suficientemente punidos pelo ato cometido. Não há, no direito penal brasileiro, sanção mais dura do que a cominada aos indivíduos traficados: debilidade física, vergonha e preconceito eternos. O legislador criminal, sabiamente, previu a possibilidade do perdão judicial no homicídio culposo “se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária”. Melhor teria feito, contudo, se permitisse a aplicação indistinta dessa faculdade. De toda forma, há aí o reconhecimento expresso de que as penas não se aplicam por mera subsunção de um ato

⁸DINIZ, Maria Helena, *O estado atual do biodireito*, 2ª edição, Saraiva, São Paulo, 2002, p. 287 e seguintes

humano ao tipo penal correspondente; há de existir um sentido e uma necessidade na punição.

BIBLIOGRAFIA

CHARVIN, Robert; SUEUR, Jean-Jacques, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, 3e édition, Paris, LITEC, 2000, p. 305 e seguintes.

DINIZ, Maria Helena, *O estado atual do biodireito*, 2ª edição, Saraiva, São Paulo, 2002.

MORELLI, Maria, *Organ Trafficking in American International Journal for International Law and Pol.*, vol. 10, 1994-1995, p. 925 e ss.

RENDTORFF, Jacob Dahl, *Biobanks and the rights to the human body*, p. 56 e seguintes.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de, *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*, Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 662-663.

WILLIAMS, Christian, *Combating the problem of human rights abuses and inadequate organ supply through presumed donative consent*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1995, p. 321 e seguintes.