

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LETÍCIA STEIN CARLOS DE SOUZA

**ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DA (IM)POSSIBILIDADE DA
LEGALIZAÇÃO DA COMERCIALIZAÇÃO DE TRANSPLANTES DE
ÓRGÃOS FRENTE À CRIMINALIZAÇÃO PREVISTA NA LEI Nº
9.434/97**

**VITÓRIA
2023**

LETÍCIA STEIN CARLOS DE SOUZA

**ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DA (IM)POSSIBILIDADE DA
LEGALIZAÇÃO DA COMERCIALIZAÇÃO DE TRANSPLANTES DE
ÓRGÃOS FRENTE À CRIMINALIZAÇÃO PREVISTA NA LEI N°
9.434/97**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade de Direito de Vitória, como requisito
parcial para a obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Anderson Burke.

VITÓRIA
2023

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 05 |
| 2 TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS E TECIDOS NO BRASIL..... | 08 |
| 2.1 CONTEXTO DOS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS NO BRASIL..... | 08 |
| 2.2 A LEI N° 9.434/97..... | 13 |
| 2.2.1 Modalidades de transplantes de órgãos e tecidos: transplantes <i>inter vivos e post mortem</i>..... | 13 |
| 2.2.3 Das sanções penais..... | 14 |
| 3 ANÁLISE JURÍDICO-PENAL DO CRIME DE TRÁFICO DE ÓRGÃOS..... | 17 |
| 3.1 A VEDAÇÃO DO TRÁFICO DE ÓRGÃOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO..... | 17 |
| 3.2 O CRIME DE TRÁFICO DE ÓRGÃOS E SEUS BENS JURÍDICOS TUTELADOS..... | 24 |
| 3.2.1 Direito à vida..... | 27 |
| 3.2.2 Direito à integridade física..... | 29 |
| 3.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA x PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE..... | 32 |
| 4 TEORIA GERAL DO DELITO APLICADA AO CRIME DE TRÁFICO DE ÓRGÃOS..... | 38 |
| 4.1 INSTITUTO DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE: ESTADO DE NECESSIDADE..... | 44 |
| 4.2 INSTITUTO DE EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE: INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA..... | 53 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 61 |
| REFERÊNCIAS..... | 64 |

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a Deus, meu fiel ouvinte e escudo de todas as horas, que sempre está comigo, me dando forças nos momentos de fraqueza.

Ao meu pai, Rodrigo, que nunca mede esforços para me ver feliz. Pessoa que me inspirou a seguir o caminho do Direito e que me mostra, com muito amor e maestria, o dia a dia dessa profissão tão linda, a qual eu pretendo exercer com a mesma excelência que ele. À minha mãe, Heloísa, por todo o carinho e amor dedicados a mim desde o meu nascimento. Tudo é por vocês, meus pais, que me incentivam e propiciam todas as condições para a minha formação pessoal e profissional.

À minha irmã, Lorena, minha melhor amiga, que está sempre comigo, me apoiando e auxiliando, sendo sinônimo de abrigo em todos os momentos da vida.

Ao meu namorado, Felipe, meu refúgio em todos os momentos, sou grata por tê-lo ao meu lado, sempre me apoiando e incentivando, com muito amor, todos os dias. Obrigada por ser tanto para mim.

À Faculdade de Direito de Vitória - FDV, por todo o apoio institucional.

Ao meu querido orientador, Professor Dr. Anderson Burke, por todos os ensinamentos no caminhar deste trabalho.

Por fim, a todos que, de alguma forma, contribuíram para a elaboração deste trabalho.

RESUMO

O presente estudo busca elucidar os aspectos jurídicos acerca do crime de tráfico de órgãos à luz da legislação brasileira, bem como suas implicações penais. Com tal prática cada vez mais frequente, a compra e venda de órgãos mostra-se como justificativa para o atual contexto das doações de órgãos no Brasil: a ampla fila de espera e evidente incompatibilidade entre o número de órgãos disponíveis para doação e pacientes no aguardo. Nesse sentido, o presente trabalho discorrerá sobre o crime de tráfico de órgãos, bem como as suas vedações no ordenamento jurídico brasileiro, evidenciando a Lei nº 9.434/97, a “Lei dos Transplantes”; os bens jurídicos tutelados pela criminalização deste comércio, quais sejam: o direito à vida e a integridade física, em relação a possível comercialização de transplantes de órgãos; o embate entre os princípios constitucionais: princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da autonomia da vontade; e, por fim, será analisado o cabimento dos institutos excludentes de ilicitude e culpabilidade: estado de necessidade e inexigibilidade de conduta diversa.

Palavras-chave: Tráfico de órgãos. Transplantes de órgãos. Lei nº 9.434/97. Princípio da dignidade da pessoa humana. Bem jurídico. Direito à vida. Direito à integridade física.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo do tempo, com os amplos avanços tecnológicos e científicos no âmbito médico, cada vez mais os procedimentos cirúrgicos têm se tornado mais precisos e modernos. É nesse contexto que surgem os transplantes de órgãos e tecidos humanos. Com o advento de novas técnicas seguras e inovadoras, os transplantes vêm sendo considerados procedimentos com menos riscos, se comparado ao momento em que iniciou-se tal método.

Entretanto, em virtude da ampla discrepância entre o número de pessoas que necessitam de transplantes e a quantidade de órgãos existentes para serem doados, emerge o cenário perfeito para a eclosão do mercado ilícito de órgãos. Diante desse contexto, como as necessidades dos pacientes não conseguem ser atendidas pelo modelo estatal, o mercado clandestino de compra e venda de órgãos surge a fim de ampará-los, mediante uma quantia a ser paga em dinheiro pela pessoa que precisa do órgão.

Assim, o tráfico de órgãos humanos, conduta vedada pela Lei nº 9.434/97 (BRASIL, 1997), pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), e também pelos Códigos Penal (BRASIL, 1940) e Civil (BRASIL, 2002), vem crescendo em virtude do desespero das pessoas, que não encontram outra alternativa senão a de comprar o órgão ou tecido humano para permanecerem vivos, já que o aguardo na fila para doação se faz infundável.

Nesse sentido, o debate acerca do crime de compra e venda de órgãos não é pacífico, uma vez que induz embates de princípios fundamentais expressos pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), além de instaurar discussões na sociedade, já que trata-se de um assunto polêmico, mas muito negligenciado e esquecido por todos. Apesar disso, os números em relação à incidência do referido crime não negam que ele se faz extremamente presente na realidade dos brasileiros.

Nesse viés, o presente estudo visa analisar o crime de tráfico de órgãos à luz da legislação brasileira e seus encadeamentos penais, com o objetivo de discorrer acerca dos bens jurídicos tutelados pelo referido delito, quais sejam, o direito à vida e à integridade física, bem como sobre a (im)possibilidade da comercialização de transplantes de órgãos, em face do ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, o primeiro capítulo do desenvolvimento deste estudo versará acerca do contexto dos transplantes de órgãos e tecidos no Brasil, expondo as suas implicações e os motivos, analisando a Lei n° 9.434/97 (BRASIL, 1997), a chamada “Lei dos Transplantes”, bem como as modalidades de transplantes por ela regidas, isto é, transplantes *inter vivos* e *post mortem*, e, do mesmo modo, as sanções penais estipuladas pela mencionada norma.

Após tal exposição, o capítulo dois do desenvolvimento analisará jurídico-penalmente o crime de tráfico de órgãos, discorrendo no que tange às suas vedações no ordenamento jurídico brasileiro, e salientando as suas implicações penais. Além disso, serão alvos de debate os bens jurídicos do delito em estudo: direito à vida e integridade física, amparados pelo princípio da dignidade humana, e a possível lesão a eles.

Ainda neste momento, analisar-se-á o polêmico embate entre os princípios constitucionais: princípio da dignidade humana e princípio da autonomia da vontade, com o objetivo de esclarecer as implicações relacionadas ao crime de tráfico de órgãos.

Por fim, o terceiro capítulo do desenvolvimento tratará sobre a teoria geral do delito aplicada à problemática do tráfico de órgãos, e, após a aludida exposição, serão abordadas as excludentes de ilicitude e culpabilidade, isto é, o estado de necessidade e a inexigibilidade de conduta diversa, a fim de examinar o cabimento das mesmas, defendido pela doutrina minoritária, no contexto do crime de compra e venda de órgãos e tecidos humanos.

Na presente pesquisa, serão utilizadas, principalmente, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) e a Lei n° 9.434/97 (BRASIL, 1997) a fim de apresentar o crime de tráfico de órgãos e seus aspectos primordiais, bem como dissertar, de forma clara, acerca do confronto entre os princípios constitucionais. Além disso, serão utilizados, conjuntamente, os Códigos Penal (BRASIL, 1940) e Civil (BRASIL, 2002), para elucidar as particularidades do presente estudo.

Dessa forma, por meio de doutrinas, jurisprudências e artigos jurídicos, tendo como base os princípios e as normas do ordenamento jurídico brasileiro, este estudo buscará analisar a (im)possibilidade da comercialização de transplantes de órgãos,

em relação a lesão aos bens jurídicos tutelados pelo mencionado crime, tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana e a criminalização prevista na Lei nº 9.434/97 (BRASIL, 1997), bem como as demais vedações.

2 TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS E TECIDOS NO BRASIL

2.1 CONTEXTO DOS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS NO BRASIL

Embora na atualidade seja possível realizar transplantes de órgãos e tecidos a partir de técnicas inovadoras e seguras, a ideia de transplantar órgãos já existe há muitos séculos. Segundo a literatura médica, foi no ano de 1869 que o cirurgião genovês, Jacques-Louis Reverdin, desempenhou o primeiro transplante com sucesso em humanos: um autotransplante de pele (BUONICORE, 2021, p. 10).

Entretanto, foi a partir do ano de 1950 que tornou-se possível dar início aos primeiros transplantes de órgãos não regeneráveis (BUONICORE, 2021, p. 10). No Brasil, segundo a Sociedade Brasileira de Nefrologia (SBN), o primeiro transplante de órgão foi feito em 1964, no Hospital Servidores do Estado do Rio de Janeiro (HSFE), no qual o receptor, que tinha 18 anos na época, recebeu o rim de uma criança de 9 meses, portadora de hidrocefalia (BRASIL, 2019).

Com o passar dos anos, juntamente ao desenvolvimento nos âmbitos legislativo e executivo, além dos inúmeros avanços na área médica, os transplantes se tornaram uma grande esperança para aquelas pessoas que possuem doenças terminais, as quais comprometem, total ou parcialmente, seus órgãos ou tecidos corporais, e apresentam baixa ou nenhuma expectativa de vida em virtude de sua enfermidade (BUONICORE, 2021, p. 11).

Nesse sentido, faz-se necessário ressaltar a conceituação de transplante para a efetiva compreensão deste procedimento cirúrgico e de suas implicações. Segundo Carlos Maria Romeo Casabona (1979, p. 200):

Trata-se de uma técnica cirúrgica, denominada cirurgia substitutiva, que se caracteriza em essência porque introduz no corpo do paciente um órgão ou tecido pertencente a outro ser humano, vivo ou falecido, com o fim de substituir outros da mesma entidade pertencente ao receptor, porém, que tenham perdido total ou sensivelmente sua função. A natureza desse tipo de intervenção, do ponto de vista do receptor, posto que em relação ao doador a situação é diversa, é de estimá-la, em consequência, como uma intervenção curativa, sempre que exista a indicação terapêutica e se aplique a técnica adequada ao caso.

Dessa maneira, o transplante de órgãos se dá quando um indivíduo, denominado receptor, necessita de um determinado órgão ou tecido corporal, e uma outra pessoa, denominada doadora, podendo estar viva ou morta (precedida de

diagnóstico de morte encefálica, isto é, a constatação da ausência de função cerebral e de tronco encefálico, de caráter irreversível), fará a doação, uma vez que possui o órgão ou tecido sadios, bem como dispõe de compatibilidade sanguínea e genética com o receptor. Vale salientar que a referida doação deve ser gratuita e para fins de tratamento (BUONICORE, 2021, p. 27).

Nesse cenário, é importante destacar que os transplantes são realizados por meio do Sistema Único de Saúde (SUS) e do Sistema de Lista Única, de forma gratuita, igualitária e universal, seguindo os princípios e diretrizes que regem o SUS (BUONICORE, 2021, p. 32). A instância responsável pelas cirurgias de transplantes no Brasil é o Sistema Nacional de Transplantes (SNT), conforme expõe o Ministério da Saúde (BRASIL, 2022):

[...] cuja função de órgão central é exercida pelo Ministério da Saúde, por meio da Coordenação-Geral do Sistema Nacional de Transplantes (CGSNT) é responsável pela regulamentação, controle e monitoramento do processo de doação e transplantes realizados no país, com o objetivo de desenvolver o processo de doação, captação e distribuição de órgãos, tecidos e partes retiradas do corpo humano para fins terapêuticos.

Convém ressaltar que a mencionada fila única de transplantes possui uma significativa lentidão, e isso ocorre em razão da diferença de demandas entre os órgãos doados e os potenciais receptores existentes. Ademais, a lentidão dessa deve-se, também, à sua forma não linear, uma vez que é requisito indispensável para o transplante a compatibilidade entre o organismo do receptor e o órgão do doador (BUONICORE, 2021, p. 32).

Nesse sentido, quando o sujeito ativo do transplante (o doador) é pessoa viva, devem ser resguardados certos cuidados para a proteção de sua saúde. Nesses casos, a legislação brasileira (BRASIL, 1997) permite a extração de órgãos duplos, de tecidos, de partes de órgãos ou de outras partes do corpo somente quando não impossibilitar a sobrevivência do doador ou colocar em risco a sua integridade; não comprometer suas aptidões vitais e saúde mental, nem tampouco lhe causar mutilação ou deformação inaceitável, conforme será debatido posteriormente.

Em contrapartida, para que ocorra a doação de órgãos ou partes do corpo de pessoas já falecidas, deve-se haver a constatação da morte encefálica (BRASIL, 1997). Nesse sentido, conforme prega o Ministério da Saúde (BRASIL, 2021), a

morte encefálica deve ser compreendida como a perda completa e irreversível das funções encefálicas cerebrais. Quando essa situação ocorrer, haverá a parada cardíaca e, embora ainda haja batimentos cardíacos na pessoa, a respiração não acontecerá sem a ajuda de aparelhos. Além disso, o coração não exercerá a sua função por muitas horas, caracterizando a morte do indivíduo. Assim, quando constatada a morte encefálica, o óbito da pessoa é declarado, podendo, a partir daí, ocorrer a retirada dos órgãos do doador.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) estabelece os critérios para diagnóstico da morte encefálica, que, atualmente, estão regulados pela Resolução nº 2.173, de 15 de dezembro de 2017 (BRASIL, 2017), a qual prega que a constatação da morte cerebral deverá ser feita por médicos com capacitação específica, observando o protocolo estabelecido em lei, sendo esse seguido em todo o território nacional. Ademais, é importante salientar que os critérios para identificação são rígidos, motivo pelo qual há necessidade da realização de dois exames clínicos, com intervalos que variam de acordo com a idade dos doadores, por médicos diferentes, para declarar a constatação oficial da morte encefálica (BRASIL, 1997) (BUONICORE, 2021, p. 27).

À vista disso, após a constatação da morte encefálica do indivíduo, o órgão pode ser retirado do doador e, por intermédio do Sistema Nacional de Transplantes, será efetuada a distribuição do referido órgão, conforme a fila única e a compatibilidade genética do receptor (BRASIL, 2022).

Torna-se evidente, portanto, que o processo para a transplantação de um órgão ou tecido humano é composto por várias etapas conexas, pelas quais se fará possível o salvamento de uma vida, conforme explicita Valter Duro Garcia et al (2015, p. 63):

O processo de doação-transplante começa com a identificação dos potenciais doadores, segue com a realização dos testes de morte encefálica, com a comunicação da morte aos familiares e com a notificação aos profissionais responsáveis pela procura de doadores, os quais iniciam a logística da doação com a entrevista familiar para a autorização da doação, seguindo-se a avaliação do potencial doador nos casos de autorização familiar e com os demais procedimentos, até a remoção dos órgãos.

Logo, após as etapas supracitadas, espera-se o sucesso do transplante, isto é, a não rejeição do receptor ao órgão ou tecido doado. Como pode-se perceber, tais procedimentos possuem um alto nível de complexidade, desde o diagnóstico da

doença comprometedor do receptor até a cirurgia do transplante com o objetivo da cura e, ainda, é preciso lembrar que não são todos os transplantes que obtêm sucesso, havendo, para o receptor (assim como para o doador vivo), riscos que devem ser considerados (BUONICORE, 2021, p. 27).

Nessa perspectiva, convém evidenciar que, conforme dados do Ministério da Saúde, o Brasil possui destaque no que se refere à realização de transplantes de órgãos, sendo a 2ª maior nação transplantadora do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos (BRASIL, 2022). Atualmente, segundo pesquisas do mesmo órgão, do mês de janeiro a novembro do ano de 2021, foram realizados mais de 12 mil transplantes de órgãos no Brasil, pelo Sistema Único de Saúde (SUS). No ano de 2020, por sua vez, foram aproximadamente 13 mil procedimentos. Nesse sentido, cabe salientar que o número de transplantes efetuados declinou em razão da pandemia da Covid-19, ocasionando, portanto, um aumento na lista de espera no Brasil (ROCHA, 2022).

Isso porque, de acordo com índices do Ministério da Saúde, divulgados em julho de 2022, o Brasil possuía 56.847 pacientes aguardando transplantes, sendo que a maioria almeja a doação de um rim. Outrossim, em relação a setembro de 2021, quando haviam 53.218 pacientes na espera (MÕES, 2022), houve um aumento de 7% da fila de transplantes do ano de 2022.

À vista disso, mesmo que o Brasil seja reconhecido mundialmente em razão da relevante quantidade de transplantes de órgãos, é indiscutível que a demanda dos doadores não se faz capaz de suprir a necessidade dos pacientes na fila de espera. Em virtude de tal fato, isto é, a ampla diferença entre o número de doadores e de pacientes na fila de espera, aqueles que se encontram no longo aguardo, sem estimativa de quando chegará a sua vez na fila de transplantes, veem como única alternativa o auxílio do comércio ilegal de órgãos, uma vez que assim o paciente terá o órgão ao seu dispor, apenas em detrimento de uma quantia em dinheiro. Entretanto, esse ficará à mercê dos perigos do mercado clandestino, entre eles, o risco de morte.

Dessa forma, o mencionado mercado ilícito exsurge da ampla demanda de pessoas que necessitam de transplantes, mas não são suficientemente amparadas pelo serviço prestado pelo Estado, conforme aduz Silva (2017, p. 05):

O tráfico de órgãos é um crime que se desponta por fatores que o favorecem, fazendo com que os doadores de órgãos passem a duvidar do sistema brasileiro de doações de órgãos. Contemplamos que fatores como a escassez de órgãos, falta de informação, condição social de um povo e a lucratividade é um prato cheio para que os aliciadores e traficantes invistam cada vez neste tipo de tráfico deixando para um segundo plano a prática do tráfico de armas e droga.

Assim, além da vasta diferença entre o número de doadores e a quantidade de pessoas que precisam de um órgão, também são fatores consideráveis para o alto investimento no mercado negro pelos traficantes, consoante ao entendimento supracitado, a falta de conhecimento, a condição social da sociedade, bem como a lucratividade de tal comércio em alguns locais, nos quais há a ausência de informações sobre o crime em estudo. Estas razões, portanto, contribuem para a expansão do mercado ilícito de órgãos, já que o método legal não se faz suficiente.

Logo, tais fatores promovem uma supervalorização dos órgãos no mercado negro, ocasionando uma enorme demanda carente do produto (órgãos e tecidos humanos). Vale frisar que, muitas vezes, o crime de tráfico de órgãos acontece até mesmo no âmbito dos hospitais, por meio de bons profissionais da saúde que não se importam de executar tal conduta ilícita (SILVA, 2017). De forma complementar, alguns doutrinadores sustentam que o crime de tráfico de órgãos se faz presente, principalmente, nas localidades de situação de pobreza, nas quais não há vasta informação sobre o assunto, conforme afirma Torres (2007, p. 38):

Traficantes de órgãos obtém lucro aproveitando-se de situação de falta de instrução formal básica, ausência de perspectiva de emprego, falta de outros meios hábeis a própria manutenção da vida, optando assim, por pessoas desesperadas e sem condições de manifestar livremente sua vontade, por estarem em verdadeiro estado de necessidade.

Dessa forma, os agentes que traficam os órgãos usufruem da ausência de conhecimento nas localidades, as quais, na maioria das vezes, são mais pobres, em razão da falta de oportunidade e ausência de empregos, para proporcionar a compra do órgão demandada pelo receptor, que está disposto a pagar pelo produto diante da ameaça de sua vida.

Com o fito de evitar essa árdua realidade, há critérios na legislação brasileira que visam impedir o comércio ilegal de órgãos e coibir tais ações criminosas, sendo a Lei nº 9.434/97 (BRASIL, 1997), a responsável por dispor acerca da remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, além de

estabelecer as penalidades para as condutas consideradas criminosas.

2.2 A LEI N° 9.434/97

Além das vedações previstas na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), no Código Penal (BRASIL, 1940), e também no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), as quais serão tratadas em capítulo posterior, a comercialização de órgãos e tecidos é vedada e amparada pela Lei n° 9.434/97 (BRASIL, 1997), a chamada “Lei dos Transplantes”. A referida norma dispõe acerca da remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, condenando a prática da compra e venda desses, bem como outras condutas similares, como crime. Nesse cenário, faz-se importante ressaltar que a Lei n° 9.434 (BRASIL, 1997) foi posteriormente alterada pela Lei n° 10.211, de 23 de março de 2001 (BRASIL, 2001), que substituiu a doação presumida pelo consentimento informado do desejo de doar.

Antes de expor acerca das sanções penais impostas pela Lei n° 9.434/97 (BRASIL, 1997), disciplinadas no Capítulo V - “Das sanções penais e administrativas”, é indispensável esclarecer o conteúdo do teor desta lei. Em seu capítulo I - “Disposições Gerais”, no artigo 1°, destaca-se que é permitida a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou após a morte, para fins de transplante e tratamento.

Ademais, faz-se importante salientar que apenas estabelecimento de saúde, público ou privado, e equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante previamente autorizados pelo órgão de gestão nacional do SUS poderão realizar transplantes ou enxertos, segundo o art. 2° da lei em questão (BRASIL, 1997). Nesse viés, a realização de transplantes ou enxertos de órgãos só poderá ser autorizada após a realização de todos os testes de triagem no doador, exigidos em normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Saúde, em consonância com o parágrafo único do art. 2° da referida lei (BRASIL, 1997).

2.2.1 Modalidades de transplantes de órgãos e tecidos: transplantes *inter vivos* e *post mortem*

Nos artigos seguintes, a Lei dos Transplantes (BRASIL, 1997) estabelece duas modalidades para a doação de órgãos e tecidos humanos: i) doação entre vivos

(*inter vivos*), isto é, a situação em que um doador vivo doa seu órgão para um receptor; e ii) doação após a morte (*post mortem*), que se refere ao contexto no qual há um doador morto, diagnosticado com morte encefálica (completa e irreversível parada de todas as funções do cérebro), e há, então, a doação de seus órgãos para o receptor.

A primeira modalidade tratada pela Lei nº 9.434/97 (BRASIL, 1997) é a *post mortem*, a qual, segundo o art. 3º, deve 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 pela Resolução do Conselho Federal de Medicina.

Outro ponto importante a ser abordado nesta modalidade de doação possui previsão nos artigos 4º e 5º (BRASIL, 1997), respectivamente, que sustentam que dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, conforme linha sucessória, reta ou colateral, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte, a retirada de órgãos ou tecidos para transplantes do corpo de pessoas já falecidas. Em relação a remoção de órgãos e tecidos, após a morte, do corpo de pessoas juridicamente incapazes, essa só poderá ser feita se houver permissão expressa de ambos os pais, ou responsáveis legais.

Em relação à modalidade *inter vivos*, isto é, entre pessoas vivas, a lei estabelece, em seu art. 9º (BRASIL, 1997), que a pessoa viva e juridicamente capaz pode dispor, de forma gratuita, órgãos e partes do próprio corpo, para fins de transplante ou terapêuticos, para cônjuges ou parentes consanguíneos até o quarto grau, bem como para qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial.

Por fim, é importante ressaltar que os órgãos doados por pessoas vivas devem ser duplos, tal como o rim ou uma parte do fígado, pâncreas ou pulmão, conforme teor do parágrafo 3º do art. 9º (BRASIL, 1997), assim como prevê-se que os tecidos ou partes do corpo retirados para doação não podem impedir que o organismo do doador funcione perfeitamente, sem oferecer riscos à saúde do mesmo.

2.2.3 Das sanções penais

No Capítulo V, seção I, da Lei nº 9.434/97 (BRASIL, 1997) estão descritas, do artigo 14 ao 23, as sanções penais previstas para os agentes que desacatarem as

restrições dispostas no texto da respectiva lei.

Nesse sentido, serão punidos com pena de reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa os agentes que removerem órgãos, tecidos ou partes do corpo em desacordo com as previsões da lei (BRASIL, 1997), conforme prega o art. 14, que aborda qualificadoras para o referido crime em seus parágrafos 1º ao 4º. Dentre elas, a qualificadora do parágrafo 4º, considerada a maior entre as previstas, garante pena de reclusão de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, além de multa, para quem praticar o crime em pessoa viva e, como efeito, ocasionar a morte da mesma.

No artigo 15 da Lei dos Transplantes (BRASIL, 1997), veda-se a conduta de comprar e vender órgãos, tecidos ou partes do corpo humano, incorrendo na mesma pena, a qual é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos e multa, quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação. *In verbis*:

Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.

Já o artigo 16 da mencionada lei (BRASIL, 1997) condena em pena de reclusão de 1 (um) a 6 (seis) anos e multa, o agente que realiza 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. Outrossim, condutas como recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem conhecimento que tenham sido obtidas em discordância com os dispositivos da lei (art. 17) (BRASIL, 1997), bem como realizar transplante ou enxerto em desacordo com o disposto na norma, também são tipificadas.

Nota-se, por sua vez, que o processo de transplantes de órgãos e tecidos detém de bastante complexidade, envolvendo diversos fatores e pessoas, sendo a Lei nº 9.434/97 (BRASIL, 1997) a norteadora de todo o processo a ser seguido. Conforme exposto, é o artigo 9º da referida lei que orienta como devem ocorrer as doações, sendo o primeiro requisito legal para a realização de transplantes entre vivos a gratuidade, por pessoa juridicamente capaz, vedando, portanto, qualquer tipo de comercialização.

Nesse sentido, segundo Gafo Fernández (2000, p. 288):

Um aspecto ético fundamental é o consentimento esclarecido, tanto do receptor como, especialmente, do doador. O esclarecimento deve ser o mais completo possível, mostrando as probabilidades de sucesso e as previsíveis consequências para o doador a curto e a longo prazos; também é importante que a informação seja confidencial e transmitida de forma não dirigida.

Deve-se, então, frisar a importância do consentimento do doador, assim como do receptor, salientando todos e quaisquer perigos, que sempre haverão, do transplante de órgãos ou tecido a ser feito, não podendo a doação resultar em risco para a integridade ou saúde do doador (BUONICORE, 2021, p. 25).

Diante do exposto, sabe-se que com o advento das seguras e inovadoras técnicas cirúrgicas, tornou-se possível transplantar órgãos com segurança e menos riscos. Entretanto, levando em consideração a complexidade da sociedade existente, não é tão simples corresponder aos anseios de ambos os lados, isto é, não há como, até o momento, suprir toda a demanda existente para suprir os receptores, e é nesse contexto que instaura-se o caos (BUONICORE, 2021, p. 25).

Nessa situação, o tráfico de órgãos, aproveitando-se dessa triste, mas evidente, realidade, desempenha a compra e venda de órgãos para pessoas que encontram-se nesse difícil contexto, isto é, lutando entre a vida e a morte, sem esperanças no procedimento estatal, o qual, conforme exposto, faz-se burocrático e lento, não possuindo o receptor, desesperado, outra alternativa senão a compra e venda de órgãos, diante da iminência da morte.

3 ANÁLISE JURÍDICO-PENAL DO CRIME DE TRÁFICO DE ÓRGÃOS

3.1 A VEDAÇÃO DO TRÁFICO DE ÓRGÃOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Além de possuir vedação pela já elucidada Lei nº 9.434/97 (BRASIL, 1997), a “Lei dos Transplantes”, o crime de tráfico de órgãos também possui proibição no Código Penal (BRASIL, 1940), na Constituição Federal (BRASIL, 1988), assim como no Código Civil (BRASIL, 2002).

Conforme sustenta Antonio Andreucci (2013, p. 377), o objetivo da Lei nº 9.434/97 (BRASIL, 1997) é "tutelar a integridade física do indivíduo, que se insere no contexto dos direitos da personalidade, abrangidos que são pelo princípio da dignidade da pessoa humana, não apenas em vida, mas também após a morte", devendo observar-se, por consequência, o princípio da indisponibilidade do corpo humano, que é especialmente excepcionado pela doação.

Dessa forma, a referida lei tem como base a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) a qual veda, expressamente, a comercialização de órgãos e tecidos humanos, conforme seu artigo 199, parágrafo 4º:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Nesse sentido, faz-se evidente que o crime de tráfico de órgãos vai de encontro às diretrizes emanadas pelo sistema jurídico-normativo pátrio. À vista disso, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) consagra princípios que constituem a expressão dos valores fundamentais que formam o sistema jurídico brasileiro, conferindo harmonia e unidade às normas que o compõem, devendo os mesmos serem respeitados pelos cidadãos.

No que tange a proibição constitucional, o principal objetivo da mesma é a proteção da dignidade da pessoa humana, princípio basilar da Constituição Federal (BRASIL, 1988), tanto em seu valor intrínseco, quanto em seu valor social (BUONICORE, 2021, p. 144). Conforme artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988)

:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

O conceito do mencionado princípio pode ser extraído da obra de Sarlet (2011, p. 73):

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 humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Além de princípio fundamental, a dignidade humana, portanto, deve ser compreendida como valor intrínseco da pessoa humana, de modo a ser respeitada por todos os cidadãos, uma vez que é o norte de todo o ordenamento jurídico vigente (BUONICORE, 2021, p. 140).

Nesse sentido, deve-se salientar que o princípio da dignidade da pessoa humana é composto de três elementos: valor intrínseco, autonomia e valor social (BARROSO, 2012, p. 160). O primeiro deles, isto é, o valor intrínseco, tem como premissa distinguir a pessoa humana dos outros seres vivos e das coisas, demonstrando que as coisas têm preço e as pessoas têm dignidade e são detentoras do direito à vida, à igualdade, à integridade física e à integridade moral (SARLET, 2011, p. 45). O segundo elemento, a autonomia da vontade, na perspectiva de Barroso (2012, p. 198), consiste na capacidade de autodeterminação, ou seja, na possibilidade do indivíduo escolher livremente os rumos da sua vida, sem a intervenção estatal. Por fim, o valor social refere-se à heteronomia, à vinculação das pessoas em relação ao grupo, projetando-se, também, a solidariedade (BARROSO, 2012, p. 173).

Portanto, trata-se de um princípio constitucional fundamental, o qual norteia todo o sistema jurídico brasileiro. É certo, portanto, que a dignidade da pessoa humana está diretamente ligada aos direitos fundamentais, estando relacionada ao direito à vida, à integridade física, entre outros. No que concerne ao crime de tráfico de órgãos, outro aspecto de fundamental importância é o princípio da autonomia da vontade, uma vez que os princípios citados, isto é, dignidade da pessoa humana e

autonomia da vontade entram em embate no que tange ao contexto do crime supracitado (BUONICORE, 2021, p. 144).

Cabe ressaltar, nesse ponto, que a autonomia pressupõe, segundo Barroso (2012, p. 82):

o preenchimento de determinadas condições, como a razão (capacidade mental de tomar decisões informadas), a independência (a ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a escolha (a existência real de alternativas)

A autonomia, nesse sentido, pode ser descrita como a capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas ao longo da vida. Barroso, no entanto, ressalta que no que tange às implicações jurídicas, a autonomia está subordinada a um conjunto de direitos fundamentais associados ao constitucionalismo democrático (BARROSO, 2012, p. 82).

Nesse sentido, a referida vedação constitucional no que concerne à comercialização de órgãos e partes do corpo humano, mostra-se como uma restrição ao princípio da liberdade e da autonomia da vontade da pessoa humana. Conforme exposto, tal proibição tem como motivação a proteção do princípio da dignidade humana tanto em seu valor intrínseco quanto em relação ao seu valor social (BUONICORE, 2021, p. 144).

Sendo assim, o desafio presente dentro desse contexto fático é estabelecer limites em relação a cada princípio diante do caso concreto, conforme disserta Sarlet (2011, p. 59):

Como bem lembram Karl-Heinz Ladeur e Ino Augsberg, numa perspectiva negativa, se pode reconhecer – na dignidade da pessoa humana – uma espécie de “Sinal de Pare”, no sentido de uma barreira absoluta e intransponível (um limite) inclusive para os atores estatais, protegendo a individualidade e autonomia da pessoa contra qualquer tipo de interferência por parte do Estado e de terceiros, de tal sorte a assegurar o papel do ser humano como sujeito de direitos.

À vista disso, a vedação do crime de tráfico de órgãos pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) baseia-se no princípio da dignidade humana, o qual se trata de um direito absoluto, conforme será lapidado posteriormente.

No que tange à vedação pelo Código Penal (BRASIL, 1940), o crime de tráfico de órgãos é considerado uma das modalidades do crime de tráfico de pessoas,

conforme artigo 149-A, inciso I, do Código Penal (BRASIL, 1940). De acordo com o aludido artigo:

Tráfico de Pessoas

Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa

Torna-se válido destacar que o referido dispositivo que tipifica a remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo, foi incluído pela Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016 (BRASIL, 2016), a qual dispõe acerca da prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas, bem como sobre medidas de atenção às vítimas.

Entretanto, antes do artigo 149-A ser incluído no Código Penal (BRASIL, 1940), houve uma significativa evolução legislativa, a qual foi fundamental para se chegar ao que é atualmente. Nesse sentido, diante das diversas formas de exploração do corpo humano, no ano de 2000, a Convenção das Nações Unidas elaborou um instrumento internacional destinado a reprimir e punir o tráfico de pessoas, no qual o tráfico de órgãos foi instituído como uma das modalidades, qual seja, o Protocolo de Palermo (2000) (BUONICORE, 2021, p. 98). O Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004 (BRASIL, 2004), que veio de modo a ratificar o Protocolo de Palermo (2000), traz a seguinte definição:

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.

Entretanto, diante da evidente necessidade de se combater a compra e venda de órgãos, bem como perante a falta de uma definição específica de tráfico de órgãos, no ano de 2008, foi elaborada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) a Declaração de Istambul (2008), a qual surgiu para padronizar conceitos usuais e estabelecer princípios básicos a serem adotados pelos países signatários, orientando a otimização de medidas paliativas para o combate à comercialização de partes do corpo humano, que deve ser resultado de uma cooperação internacional

entre as nações (ANDRADE, 2011, p. 13). Conforme a Declaração de Istambul (2008):

O tráfico de órgãos consiste no recrutamento, transporte, transferência, refúgio ou recepção de pessoas vivas ou mortas ou dos seus 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 controle sobre o potencial doador, para fins de exploração através da remoção de órgãos para transplante.

O comercialismo dos transplantes é uma política ou prática segundo a qual um órgão é tratado como uma mercadoria, nomeadamente sendo comprado, vendido ou utilizado para obtenção de ganhos materiais. As viagens para fins de transplante 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.

Dessa forma, com a Declaração de Istambul (2008), os referidos conceitos tornaram-se compreensíveis para a sociedade, os quais antes não eram perfeitamente compreendidos. Entretanto, faz-se importante salientar que, mesmo com a imposição de tais conceitos, no âmbito internacional, bem como nacional, a prática do aludido crime não desacelerou.

Nesse contexto, segundo dados do Senado Federal (RESENDE, 2020), o tráfico de órgãos é um crime que movimenta, anualmente, mais de 30 bilhões de dólares, e, além disso, é o terceiro crime organizado mais lucrativo do mundo (RAMOS, 2007). Assim, pode-se perceber que, mesmo com as vedações explicitadas anteriormente, o crime de tráfico de órgãos não se retira da realidade.

Consoante ao exposto, o tráfico de órgãos e tecidos humanos é expressamente vedado pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), bem como pelo Código Penal (BRASIL, 1940). Nesse mesmo sentido, faz-se mister expor que o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), em seus artigos 13 a 15, proíbe a disposição do próprio corpo em razão da diminuição permanente da integridade física, autorizando-a apenas na modalidade *post mortem*, desde que com fim altruístico:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Tal vedação evidencia, portanto, a preocupação do legislador no que tange aos direitos da personalidade, os quais são inerentes à pessoa humana. Nessa perspectiva, Carlos Alberto Bittar (2000, p. 01) conceitua como direito da personalidade:

Consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos do homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.

O Código Civil (BRASIL, 2002) inclui em seu capítulo dos direitos da personalidade o direito de disposição do próprio corpo, os quais são, segundo Andrea Marighetto (2019): “direitos subjetivos absolutos, sendo que regulamentam os aspectos mais essenciais e relevantes da personalidade humana. Esses direitos não possuem caráter patrimonial e são inalienáveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis”.

Dessa forma, cabe ressaltar a que, conforme as características supracitadas, os direitos da personalidade tem como atributo a indisponibilidade, isto é, são direitos irrenunciáveis do ser humano, tais como o direito à vida, à integridade física, à liberdade, à dignidade, os quais são direitos fundamentais da pessoa humana (BUONICORE, 2021, p. 146). Os supracitados direitos encontram-se de modo imperioso no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal (BRASIL, 1988), explicitados no artigo 5º.

No tocante a indisponibilidade dos direitos da personalidade, Cantali (2009, p. 230) salienta que:

Efetivamente tais direitos são essencialmente indisponíveis, mas diante das circunstâncias concretas, contam sim com uma esfera de disponibilidade, desde que atendidos os pressupostos de admissibilidade, principalmente o consentimento livre e esclarecido do titular do direito que será restringido, o qual é suficiente para a legitimação do ato dispositivo desde que mantida a intangibilidade mínima do núcleo essencial da dignidade.

À vista disso, é preciso ressaltar acerca da esfera da disponibilidade dos direitos fundamentais, isto é, a disponibilidade relativa dos direitos indisponíveis. Para Cantali (2009, p. 201), ao se reconhecer a disponibilidade relativa dos direitos essencialmente indisponíveis, os direitos da personalidade, que em virtude da função do livre desenvolvimento da personalidade podem ser relativizados, deve-se atentar, principalmente, ao objetivo do desenvolvimento, não podendo, portanto, objetificar a pessoa humana.

Nesse sentido, é imprescindível que surjam questionamentos em relação aos limites para se estabelecer o poder de disposição desses direitos, bem como averiguar o método que deverá ser utilizado para solucionar casos que lidem com direitos fundamentais na mesma pessoa (BUONICORE, 2021, p. 149).

Logo, torna-se evidente que há o embate do direito à liberdade do indivíduo, isto é, a autonomia da vontade, em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este que é indisponível, não havendo nenhuma possibilidade de flexibilização, visto que o mesmo é o princípio que se mostra como essência da Constituição Federal (BRASIL, 1988) (BUONICORE, 2021, p. 150).

Em relação ao crime de tráfico de órgãos, se pode ter inúmeros cenários, os quais podem envolver apenas uma ou mais pessoas, assim como mais de um princípio fundamental em conflito, configurando os chamados *hard cases*. Nesses casos, deve-se haver uma ponderação à luz do caso concreto, por meio da proporcionalidade e da razoabilidade para chegar-se a uma solução (BUONICORE, 2021, p. 150).

Nessa lógica, Cantali (CANTALI, 2009, p. 246) expõe que:

a partir da ponderação, guiada pela proporcionalidade e razoabilidade, privilegia-se um direito fundamental em detrimento de outro quando evidenciada a colisão, procurando desrespeitar o mínimo daquele que resta sobreposto, já que não se pode faltar, ainda que minimamente, como o respeito, isto é, ferindo-lhe seu núcleo essencial, onde se encontra entronizado o valor da dignidade humana.

No viés penal, a compra e venda de órgãos é vedada independentemente do contexto, incorrendo o agente do crime na pena de 3 (três) a 8 (oito anos), conforme prega o artigo 15 da Lei nº 9.434/97 (BRASIL, 1997). Portanto, mesmo que uma pessoa, de forma voluntária, queira vender um órgão seu em virtude de dinheiro, pois considera que, a partir de sua autonomia e vontade, é o melhor para si mesma, esta transação, conforme dito, será enquadrada como crime, já que ameaça o princípio da dignidade humana.

Tal proteção ao princípio da dignidade humana, leva em consideração a proteção do bem jurídico penal, isto é, o direito à vida e à integridade física, em relação ao crime de tráfico de órgãos (BUONICORE, 2021, p. 152).

Diante do exposto, cabe instaurar, portanto, a discussão acerca dos bens jurídicos penais do crime exposto, e se há, realmente, ofensa aos mesmos diante da possibilidade da comercialização de transplantes.

3.2 O CRIME DE TRÁFICO DE ÓRGÃOS E SEUS BENS JURÍDICOS TUTELADOS

Antes de, de fato, explicitar-se acerca dos bens jurídicos protegidos pelo crime em estudo, torna-se válido trazer à tona a discussão acerca do conceito de bem jurídico, e, para isso, faz-se fundamental dissertar no que concerne à doutrina do bem jurídico.

Edificada no século XIX, em um contexto liberalista e com o objetivo claro de limitar o legislador penal, a doutrina do bem jurídico se impôs como um dos pilares da teoria do delito. Durante a evolução da sociedade humana, várias definições do que seria o bem jurídico-penal foram surgindo, a depender do contexto da sociedade analisada (PRADO, 2018, p. 10). Dessa forma, no entendimento de Francisco de Assis Toledo (1994, p. 15):

Os bens são, pois, coisas reais ou objetos dotados de “valor”, isto é, coisas materiais e objetos imateriais que, além de serem o que são, “valem”. Por isso são, em geral, apetecidos, procurados, disputados, defendidos, e, pela mesma razão, expostos a certos perigos e ataques ou sujeitos a determinadas lesões.

Nessa perspectiva, o conceito de bem jurídico, portanto, deve ser analisado sob a ótica histórica a qual a sociedade se encontra, isto é, deve-se considerar o desenvolvimento social e os valores de cada época, os quais orientarão os valores

sociais do momento, para que, assim, o Estado passe a tutelar os bens advindos dos referidos valores da comunidade (CAMPOS, 2013). No entendimento de Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2002, p. 462) “bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam”.

Nesse sentido, vale salientar que a referida proteção por parte do Estado deve ser pautada nos princípios e garantias fundamentais da Constituição Federal (BRASIL, 1988), principalmente no princípio da dignidade humana, diretriz basilar da Carta Magna (CAMPOS, 2013). Conforme a conceituação de Roxin (2006, p. 18/19):

Podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.

Dessa forma, o conceito de bem jurídico refere-se a ideia de bem-estar social, no qual o Estado Democrático de Direito deve ser o provedor de uma convivência equilibrada para os seus cidadãos (SCOLANZI, 2012). Nessa conjuntura, afirmam Bianchini, Molina e Gomes (2009, p. 232):

É o bem relevante para o indivíduo ou para a comunidade (quando comunitário não se pode perder de vista, mesmo assim, sua individualidade, ou seja, o bem comunitário deve ser também importante para o desenvolvimento da individualidade da pessoa) que, quando apresenta grande significação social, pode e deve ser protegido juridicamente. A vida, a honra, o patrimônio, a liberdade sexual, o meio-ambiente etc. são bens existenciais de grande relevância para o indivíduo.

Vale salientar que os bens jurídicos não possuem caráter perpétuo, ao contrário, os mesmos são mutáveis e estarão sempre subordinados aos fundamentos jurídicos e ao contexto de cada época, sendo os referidos bens sempre pautados na Constituição Federal (BRASIL, 1988). Nesse sentido, somente a Carta Magna é capaz de legitimar e concretizar os bem jurídicos a serem tutelados, seguindo como base os princípios e garantias fundamentais (CAMPOS, 2013).

À vista disso, no caso do crime de tráfico de órgãos, o princípio da dignidade humana, basilar da Constituição (BRASIL, 1988) e de todo ordenamento jurídico brasileiro, faz-se presente, de modo a proteger a vida humana, no artigo 199,

parágrafo 4º da Constituição (BRASIL, 1988), o qual veda expressamente qualquer tipo de comercialização de órgãos (CAMPOS, 2013).

Sendo assim, resta evidente que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) é o fundamento de todo o sistema penal. A vedação do tráfico de órgãos, conseqüentemente, está em consonância com os direitos fundamentais elencados na Constituição (BRASIL, 1988), fazendo-se notória a proteção que busca o ordenamento jurídico brasileiro de forma a respeitar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Com essa proteção ao princípio norteador da Constituição, restringe-se, portanto, os princípios da autonomia da vontade e da liberdade (BUONICORE, 2021, p. 144).

Conforme já abordado, como corolários do princípio da dignidade da pessoa humana aparecem os direitos da personalidade, dentre os quais o direito de dispor do próprio corpo e o direito à integridade física, cujo exercício é balizado pelos os ditames legais. O Código Civil (BRASIL, 2002), em seus artigos 13 a 15, proíbe a disposição do próprio corpo em razão de diminuição permanente da integridade física, autorizando-a apenas no *post mortem*, desde que com fim altruístico.

Neste aspecto, Adriano de Cupis (2004, p. 24), destaca que a integridade física pode e é diminuída pela separação de parte do corpo. No caso da retirada de órgãos na modalidade *inter vivos*, por meio do mercado ilícito de compra e venda de órgãos, fere-se, evidentemente, a integridade física da pessoa humana, uma vez que se retira um órgão permanentemente, ferindo, portanto, o bem jurídico tutelado.

Acerca da Lei dos Transplantes, assevera Ricardo Antonio Andreucci (2013, p. 377) que o objetivo da mesma é tutelar a integridade física do indivíduo, inserida como um dos direitos da personalidade, protegido pelo princípio da dignidade humana, devendo observar-se, por consequência, o princípio da indisponibilidade do corpo humano, que é especialmente excepcionado pela doação.

Além da integridade física, pode-se salientar que outro bem jurídico infringido com a prática do crime de tráfico de órgãos, e, ainda mais relevante, é a vida, que é um bem jurídico indisponível e inalienável, conforme disposto no artigo 5º da

Constituição Federal (BRASIL, 1988), e também de proteção de direitos humanos (RAMPAZZO, 2003).

Diante do exposto, torna-se válido discorrer acerca do ferimento dos bens jurídicos-penais tutelados pelo crime de tráfico de órgãos, positivado pelo Código Penal (BRASIL, 1940) e pela Lei n° n° 9.434/97 (BRASIL, 1997), isto é: o direito à vida e à integridade física, e suas implicações.

3.2.1 Direito à vida

O direito à vida, por ser essencial a pessoa humana, condiciona os demais direitos da personalidade. Garantido pelo artigo 5º, caput, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), tem a sua inviolabilidade resguardada a sua integralidade existencial, isto é, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção humana, momento específico da formação da pessoa (DINIZ, 2010, p. 21).

Faz-se importante salientar que o direito à vida é garantido pelo Estado Democrático de Direito a todos os cidadãos brasileiros, e não só a eles, sendo, nesse sentido, resguardado a qualquer indivíduo, nacional ou estrangeiro, que se encontre em território nacional (FABRIZ, 2003, p. 267).

Nesse sentido, nota-se que o legislador constituinte brasileiro de 1988, concebeu a vida como um direito humano fundamental, estendeu-o, também, aos estrangeiros, assim como procedeu com o direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (FABRIZ, 2003, p. 267).

A vida humana, portanto, deve ser protegida contra tudo e todos, uma vez que é um objeto de direito personalíssimo. Conforme discorre Maria Helena Diniz (2010, p. 21/22) acerca do respeito à vida:

O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto erga omnes, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer. Ainda que não houvesse tutela constitucional ao direito à vida, que, por ser decorrente de norma de direito natural, é deduzida da natureza do ser humano, legitimaria aquela imposição erga omnes, porque o direito natural é o fundamento do dever-ser, ou melhor, do direito positivo, uma vez que se baseia num consenso, cuja expressão máxima é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, fruto concebido pela consciência coletiva da humanidade civilizada.

O direito à vida, nesse sentido, deve ser garantido para todos e respeitado por todos. Mas, apesar da vida ser considerada como o maior bem do homem

(SALGADO, 1996, p. 26), ela se faz o único bem necessário para viver? Em sua obra, Daury Cesar Fabríz (2003, p. 268), disserta acerca da referida indagação com o seguinte exemplo, dado por Salgado (1996, p. 26), extraído da obra de Hegel:

Lembrando a dialética entre o *senhor* e o *escravo* em luta de morte, exposta por Hegel na Fenomenologia do Espírito, busca demonstrar que a única saída para a sua própria liberdade era ocultar-se para preservar a vida e assim possibilitar a consciência de si na História; o escravo submete-se ao senhor em troca de sua vida [...] Seria a condição de escravo uma vida digna, isto é, basta viver por viver, sem liberdade? Eis a necessária unicidade dos direitos superiores.

Diante da indagação feita, percebe-se, portanto, a necessidade de se analisar o direito à vida e os seus desdobramentos. A principal questão é saber quais são os limites do direito à vida, ou se o referido direito pode constituir, realmente, como um direito absoluto (FABRIZ, 2003, p. 268).

O direito à vida, deve ser entendido como um direito superior, humano e fundamental, o qual expressa-se como um direito subjetivo de liberdade. Deve-se buscar por componentes que indiquem uma vida plena, tanto individual, quanto coletiva (HERKENHOFF, 1998, p. 115).

À vista disso, nota-se que o direito à vida possui dois sentidos: o individual e o coletivo. A sua proteção, assim, deve-se apresentar em ambos cenários e de forma a respeitar o princípio da dignidade humana, bem como os valores sociais presentes à época. Acerca disso, manifesta Alexandre de Moraes (2000, p. 87):

O direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais. O Estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequado com a condição humana, respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e, ainda, os objetivos fundamentais da república Federativa do Brasil, de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais.

Logo, o direito à vida e o desenvolvimento da mesma devem ser protegidos por todos os cidadãos, assim como pelo Estado. Entretanto, cabe instaurar a seguinte discussão: como ficam as situações que envolvem os limites do direito à vida? Com os avanços biotecnológicos, o direito à vida tem sido objeto de inúmeras indagações, as quais evidenciam as diversas possibilidades da sua manipulação em

relação às suas questões de ordem moral, social e jurídica (FABRIZ, 2003, p. 271/272).

Nesse sentido, sabe-se que os direitos fundamentais possuem núcleo duro e essencial, isto é, a dignidade da pessoa humana. Ninguém pode dispor, mesmo voluntariamente, desse núcleo. A partir disso, convém discorrer a respeito da indisponibilidade dos direitos fundamentais (BUONICORE, 2021, p. 147).

Assim, deve-se averiguar quais são os limites da indisponibilidade dos direitos fundamentais dispostos na Carta Magna e em que medida o Direito Penal pode intervir no princípio da dignidade humana, base intocável dos direitos fundamentais e dos bens jurídicos do crime de tráfico de órgãos aqui expostos: à vida e à integridade física (BUONICORE, 2021, p. 147).

Para que se instaure a referida discussão, cabe, portanto, dissertar acerca do segundo bem jurídico tutelado pelo crime em estudo: à integridade física.

3.2.2 Direito à integridade física

Conforme discorre Daury Cesar Fabríz (2003, p. 273): “A integridade física, psíquica e moral do ser humano encontra-se intimamente ligada ao direito à vida, a uma vida digna. Vários são os instrumentos que asseguram esse direito, contido no princípio maior, que é o da dignidade da pessoa”. O direito à integridade física, nesse sentido, vislumbra a proteção das dimensões corpórea, psíquica e moral da pessoa humana.

Dessa forma, torna-se evidente que o direito à integridade física está diretamente ligado ao princípio da dignidade humana, bem como ao direito à vida. A existência da vida humana pressupõe a materialização de um corpo humano vivo, assim, havendo ofensa à vida também haverá ofensa à integridade física desse corpo (FABRIZ, 2003, p. 275). Portanto, conforme sustenta George Salomão Leite (2021):

O direito à integridade física é aquele inerente a salvaguarda do corpo da pessoa, em oposição à sua esfera moral e psíquica. Assim, pois, o *aspecto físico* da *integridade pessoal* confere proteção ao corpo e à saúde, para que as pessoas possam se deslocar em liberdade, viabilizando a proteção ao corpo humano em seu aspecto anatômico, funcional e fisiológico. Por tal razão, abarca os seguintes objetos: não ser privado de algum sentido ou órgão corporal, não sofrer lesões, não ser fisicamente torturado, não ser objeto de castigos corporais e amputações, não ser submetido a tratamentos, intervenções ou experimentos médico-científicos, sem o devido consentimento e não ser vítima de violação sexual.

No que se refere a Constituição Federal (BRASIL, 1988), o direito fundamental à integridade física encontra-se positivado no artigo 5º, inciso III, o qual prega que: “III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;”. Resta evidente, assim, que o referido dispositivo constitui amparo e intensifica o princípio da dignidade humana (FABRIZ, 2003, p. 275).

Conforme prega Cupis (2004, p. 29), a integridade física está entre os direitos fundamentais mais importantes, juntamente a vida, a honra e a liberdade. Tais direitos são absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários (GOMES, 2002, p. 152).

O direito à integridade física, nesse sentido (BITTAR, 2000, p. 72): “Revestindo-se das qualidades gerais dos direitos da personalidade, acompanha o ente humano desde a concepção à morte, ultrapassando as barreiras fisiológicas e ambientais para alcançar tanto o nascituro, como o corpo sem vida (cadáver)”. A integridade física do ser humano, assim como os demais princípios e normas, deve ser interpretada com base no princípio basilar do ordenamento jurídico: o princípio da dignidade da pessoa humana (FABRIZ, 2003, p. 275).

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana expressa-se como corolário de toda estrutura ética da sociedade (FABRIZ, 2003, p. 275). Após a exposição feita, cabe, assim, instaurar a discussão acerca dos limites da indisponibilidade dos direitos fundamentais dispostos na Carta Magna.

O direito à vida e à integridade física, conforme afirma Adriano Cupis (2004, p. 194), são classificados como direitos da personalidade, e, assim como todo ordenamento jurídico brasileiro, baseiam-se no princípio da dignidade da pessoa humana.

No que tange à disponibilidade dos direitos da personalidade, Cantali (2009, p. 230) salienta que:

Efetivamente tais direitos são essencialmente indisponíveis, mas diante das circunstâncias concretas, contam sim com uma esfera de disponibilidade, desde que atendidos os pressupostos de admissibilidade, principalmente o consentimento livre e esclarecido do titular do direito que será restringido, o qual é suficiente para a legitimação do ato dispositivo desde que mantida a intangibilidade mínima do núcleo essencial da dignidade.

Assim, conforme a referida autora, em razão do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana, a indisponibilidade dos direitos da personalidade

pode tornar-se relativa, todavia “deve atender à finalidade do desenvolvimento e formação da personalidade, mas não pode chegar ao extremo da objetificação da pessoa humana” (CANTALI, 2009, p. 230).

Sendo assim, para Cantali, ao se reconhecer a disponibilidade relativa dos direitos da personalidade, bem como a capacidade de autodeterminação pessoal como substrato material da dignidade da pessoa humana, surgem os questionamentos acerca dos limites para essas disposições dos referidos direitos e qual a metodologia deve ser empregada para que se solucionem casos que coincidem direitos fundamentais na mesma pessoa (CANTALI, 2009, p. 201).

Ao se enfrentar a temática do tráfico de órgãos humanos, aflora-se o debate acerca dos limites da disponibilidade, de modo que surgem indagações em relação aos limites da disponibilidade do próprio corpo da pessoa.

Em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana, assim como dos direitos à vida e à integridade física, ao dispor de um corpo e vender um órgão, haveria a equiparação do corpo a um mero objeto, mercantilizando-o, situação que é vedada em âmbito nacional (BUONICORE, 2021, p. 147).

Para a legislação brasileira, no que tange ao tráfico de órgãos, a indisponibilidade não pode ser relativizada, isso se dá em virtude da proteção da própria pessoa e também a proteção ao princípio basilar da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o princípio da dignidade humana, o qual busca proteger as pessoas de forma individual e coletiva (BUONICORE, 2021, p. 148). A pessoa, portanto, não pode ser diminuída a condição de objeto, como um instrumento de comercialização, conforme afirma Cantali (2009, p. 238):

Há um dever de proteção da pessoa contra atos atentatórios à dignidade, sejam advindos do Estado, de terceiros ou mesmo da própria pessoa que se autolimita, o que decorre do caráter indisponível da dignidade enquanto parte do núcleo mínimo dos direitos fundamentais.

Dessa forma, a vedação da comercialização de órgãos se dá, de forma legítima, em virtude da proteção ao princípio da dignidade humana, do direito à vida e à integridade física.

Isto posto, há que se falar das hipóteses em que a autonomia da vontade entra em conflito com o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesses casos, o princípio

da autonomia da vontade, garantido pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), é completamente suprimido, em todas as hipóteses, pelo princípio da dignidade da pessoa humana? Diante dessa questão, torna-se válido discorrer, portanto, acerca de como ponderar o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da autonomia da vontade.

3.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA x PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Previsto de forma expressa no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o princípio da dignidade da pessoa humana, denominado princípio fundamental, deve ser interpretado como inerente à pessoa humana. Conforme leciona Daury Cesar Fabríz (2003, p. 278):

A dignidade constitui-se em um valor espiritual e moral inerentes à pessoa humana, que se manifesta na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, exigindo o respeito por parte dos demais. Em decorrência de sua absolutidade, a dignidade não pode ser afetada, seja qual for a situação em que a pessoa se encontre. Constitui-se no núcleo de onde irradia o *minimum* de qualidade de vida.

Nesse sentido, a dignidade é "o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais (...) É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete" (NUNES, 2018, p. 68). Assim, a dignidade da pessoa humana demonstra-se como um norteador de todo o comportamento humano, a fim de garantir a existência mínima humana com civilidade.

Mesmo que não haja um conceito uniforme e aceito por todos os doutrinadores de forma igualitária no que se refere a dignidade humana, conforme discorre Barroso, é de fundamental importância "estabelecer um conteúdo mínimo para o conceito, a fim de unificar o seu uso e lhe conferir alguma objetividade" (BARROSO, 2012, p. 72). Barroso, então, conceitua a dignidade como identificadora do valor intrínseco de todos os seres humanos, da autonomia de cada indivíduo, limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais.

Assim sendo, Barroso discorre acerca desses três pontos no que se refere à dignidade humana, isto é: o valor intrínseco, a autonomia individual e o valor

social/comunitário. O valor intrínseco seria o conjunto de características que são inerentes e comuns a todos os seres humanos, diretamente relacionado, nesse sentido, ao direito à vida, à integridade física, entre outros (BARROSO, 2012, p. 79).

Já a autonomia, para Barroso (2012, p. 79), seria o elemento ético da dignidade humana, sendo o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, associando-a à ideia de autodeterminação. Por fim, a dimensão social/comunitária, da dignidade humana, leva em consideração o ser humano na perspectiva da sociedade. O último ponto, isto é, o valor comunitário, relaciona-se à vedação do tráfico de órgãos (BUONICORE, 2021, p. 143). Para Barroso (2012, p. 87):

A dignidade humana como valor comunitário, também chamada de dignidade como restrição ou dignidade como heteronomia, representa o elemento social da dignidade. Os contornos da dignidade humana são moldados pelas relações do indivíduo com os outros, assim como com o mundo ao seu redor.

Barroso (2012, p. 88) ainda salienta que:

A dignidade como valor comunitário enfatiza, portanto, o papel do Estado e da comunidade no estabelecimento de metas coletivas e de restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa. A questão relevante aqui é saber em quais circunstâncias em que grau essas ações devem ser consideradas legítimas em uma democracia constitucional.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana deve ser protegida em todas as esferas da sociedade, uma vez que é inerente à pessoa humana, evidenciando o motivo da vedação da compra e venda de órgãos (BUONICORE, 2021, p. 144). No que tange a comercialização de órgãos e à dignidade humana, Gustavo Noronha de Ávila et al salientam que (2008, p. 34):

A dignidade humana é o valor-norte, verdadeiro farol jurídico a informar os bens e valores de interesse, a serem protegidos na forma do Direito. Reduzir o corpo a um mero objeto, pensa-se é atentatório contra a dignidade humana, já que a autonomia individual também deverá estar conforme aquela.

O tráfico de órgãos humanos é vedado tanto constitucionalmente, quanto infraconstitucionalmente. Tal vedação é uma restrição sobre o direito de liberdade e de autonomia de decidir vender o seu órgão em troca de dinheiro. Entretanto, é uma vedação que pretende proteger a dignidade da pessoa humana (BUONICORE, 2021, p. 144).

A autonomia dos indivíduos, conforme Jussara de Azambuja Loch (2002, p. 137), é a capacidade de uma pessoa para decidir fazer ou buscar aquilo que julga ser o melhor para si mesma. Para que isso aconteça, isto é, exercer essa autodeterminação, são necessárias duas condições: a capacidade de agir intencionalmente, o que pressupõe compreensão, razão e deliberação para decidir corretamente; e liberdade, no sentido de não possuir nenhuma influência para a tomada de decisão.

Nesse sentido, segundo Barroso (2012, p. 82), a autonomia pressupõe “o preenchimento de determinadas condições, como a razão (capacidade mental de tomar decisões informadas), a independência (a ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a escolha (a existência real de alternativas)”. Assim, a autonomia demonstra-se intimamente ligada à ideia de liberdade. Acerca disso, Sarlet (2007, p. 135) salienta que “liberdade e autonomia são conceitos absolutamente interligados, mas não são sinônimos; o exercício da autonomia é uma manifestação da liberdade”.

No que concerne às implicações jurídicas, a autonomia está subordinada a um conjunto de direitos fundamentais, dentre eles, a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, torna-se válido salientar que a autonomia é relativizada na forma da lei, de modo que o homem não é “dono de si”, e, assim, não pode fazer o que julgar melhor para si próprio se tal comportamento ferir a dignidade humana. A referida relativização é promovida pelo Estado, como forma de promover a proteção do ser humano, bem como de sua dignidade e os valores sociais (BUONICORE, 2021, p. 166).

À vista disso, no contexto do crime de tráfico de órgãos, o princípio da autonomia da vontade, garantida pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), entra em colisão com o princípio da dignidade humana, assim como o direito à vida e à integridade física. Nesse viés, a dignidade humana figura como núcleo essencial e indisponível da autonomia da vontade, não pode, em nenhuma hipótese tornar-se disponível, uma vez que, para que o ser humano detenha da capacidade da autonomia, isto é, o atributo de tomar decisões por si próprio, ele deve estar amparado pela dignidade humana (BUONICORE, 2021, p. 163).

A autonomia, portanto, deve ser limitada pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Tal limitação busca, conforme exposto, proteger a sociedade (BUONICORE, 2021, p. 163).

Destaca-se que, nas poucas jurisprudências encontradas acerca do delito em estudo, o argumento é de que o crime de tráfico de órgãos ofende a dignidade da pessoa humana, bem como a integridade física da pessoa. Além disso, sustentam que a retirada indevida de órgãos ou tecidos humanos ofende os direitos da personalidade. Posto isso, passa-se a análise jurisprudencial.

O primeiro caso trata-se de uma jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com data de julgamento no dia 22 de agosto de 2006, a qual cuida de apelações criminais interpostas pelos réus e pelo Ministério Público Federal em face da sentença que condenou os denunciados pela prática do crime previsto no artigo 15, parágrafo único da Lei nº 9.434/97 (BRASIL, 1997), isto é, comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, incorrendo na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação, em continuidade delitiva, conforme artigo 71 do Código Penal (BRASIL, 1940), e em concurso material com o crime de quadrilha, previsto no artigo 288 do Código Penal (BRASIL, 1940) (BRASIL, 2006).

No referido caso, a denúncia noticiou a conduta dos réus tipificadas no artigo 15 da Lei nº 9.434/97 c/c artigo 16 da mesma lei, dado que os treze primeiros réus integravam uma quadrilha internacional especializada em tráfico de órgãos humanos, a qual atuava estimulando pessoas hipossuficientes a venda de um dos seus rins, mediante pagamento de uma quantia em dinheiro, em torno de dez mil dólares americanos. As pessoas interessadas viajavam para a África do Sul, onde submetiam-se a transplantes de rim, mediante a referida remuneração (BRASIL, 2006).

Nesse contexto, cabe salientar que alguns dos acusados, pessoas hipossuficientes abordadas pela quadrilha, venderam um de seus rins e foram denunciados como incurso no crime do artigo 15, caput, da Lei nº 9.434/97. Ao final da instrução, tais pessoas foram absolvidas por ausência de dolo, sem ter havido recurso da acusação (BRASIL, 2006).

Em seu voto, o Desembargador Relator Federal Petrucio Ferreira, sustentou que (BRASIL, 2006):

A preservação da integridade física da pessoa humana, pela sua importância, está prevista como dever dos Estados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, da Revolução Francesa. [...] Tais bens, integridade física e dignidade, são facetas dos direitos da personalidade humana - inerentes a esta - e desta forma inalienáveis e indisponíveis. [...] Em se tratando da Lei nº 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, ao definir como crime a conduta de vender órgãos do corpo humano, visa proteger o bem jurídico violado, na hipótese - a integridade física e a dignidade do transplantado.

Resta evidente, portanto, que o crime de tráfico de órgãos ofende a dignidade da pessoa humana, assim como a vida e a integridade física, e, portanto, a sua criminalização visa proteger o referido princípio e também os bens jurídicos tutelados pelo crime em estudo. Nesse sentido, os referidos réus, integrantes da quadrilha, tiveram a sentença reiterada pelo Desembargador Relator, sendo condenados pelos crimes praticados, dentre eles o crime de tráfico de órgãos, previsto do artigo 15 da Lei 9.434/97 (BRASIL, 1997) (BRASIL, 2006).

O segundo caso a ser elucidado, trata-se de jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com data de julgamento no dia 23 de setembro do ano de 2008, a qual cuida de apelações criminais interpostas em face de sentença proferida, na qual foi abordada a retirada furtiva de órgãos sem o consentimento dos representantes legais da pessoa falecida. Em tal caso, a referida sentença condenou as apelantes, Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte e Santa Bárbara Empreendimentos Ltda, a pagarem quinhentos mil reais à título dano moral, uma vez que retiraram, sem autorização, os órgãos do corpo da filha falecida dos apelados, levada ao hospital por ocasião de acidente de trânsito que a vitimou por traumatismo craniano. (BRASIL, 2008).

Narram os autos que, após o acidente, a vítima foi levada ao Hospital, vindo a falecer posteriormente, razão pela qual uma pessoa, identificando-se como funcionário da Funerária Santa Casa, ligou para a residência da família, para dar a notícia do falecimento e oferecer a realização dos procedimentos necessários ao sepultamento. Entretanto, o corpo da vítima deu entrada no Instituto Médico Legal 12 horas após a morte, o que gerou suspeitas, uma vez que a família não soube do paradeiro do corpo e suspeitou de alguma irregularidade. Tais suspeitas se

pautaram na orientação de proceder o sepultamento rapidamente e em virtude da família ter percebido uma diminuição de volume no corpo da jovem, além de corte no abdômen existente (BRASIL, 2008).

Após o enterro, alguns familiares procuraram o Ministério Público com o objetivo de apurar os fatos, o que culminou com a autorização para exumar o cadáver. No auto de exumação verificou-se a ausência de vários órgãos, tais como o pulmão, o fígado, rins, baço, coração, entre outros. Tornando-se, portanto, indiscutível que houve a retirada dos órgãos do cadáver, sem autorização da família. O magistrado sentenciante, considerando a extensa documentação acostada aos autos e a notoriedade dada ao fato, entendeu que o estabelecimento hospitalar tem o dever de fiscalizar os procedimentos realizados dentro das suas dependências (BRASIL, 2008).

O Desembargador Relator Fabio Maia Viani, em seu voto, sustentou que (BRASIL, 2008):

[...] a retirada de órgãos sem consentimento dos lesados indiretos, pai e mãe da falecida, respeitando-se a ordem sucessiva estabelecida no art. 1603 do Código Civil de 1916 - implica ofensa aos direitos da personalidade. Com efeito, embora o respeito à integridade física do corpo humano post mortem ceda, por vezes, às necessidades de outrem ou da sociedade como um todo, mormente em face das evoluções alcançadas pela medicina, merece a tutela legal por parte do Estado, haja vista a existência de legislação específica sobre esta matéria, além da tipificação dos respectivos crimes, com a finalidade de impedir a prática de semelhantes condutas.

Assim, torna-se evidente que o crime de tráfico de órgãos fere, de forma clara, os direitos da personalidade, conforme prega o voto do Desembargador da referida jurisprudência elucidada.

Dessa maneira, resta claro que, no que tange ao crime de tráfico de órgãos, a colisão entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade, deve prevalecer o princípio da dignidade humana, uma vez que, sem o primeiro princípio, não há como haver o segundo. A dignidade da pessoa humana, portanto, representa o núcleo indisponível e essencial da autonomia da vontade e da liberdade, não podendo tornar-se disponível (BUONICORE, 2021, p. 163).

4 TEORIA GERAL DO DELITO APLICADA AO CRIME DE TRÁFICO DE ÓRGÃOS

Para que haja a análise particular acerca da possibilidade da aplicação dos institutos de excludente de culpabilidade e ilicitude em relação a conduta do sujeito ativo do crime de tráfico de órgãos, a depender do contexto, é necessário discorrer acerca da teoria geral do delito, com o propósito de compreender as singularidades do crime em estudo.

À vista disso, antes de dissertar no que concerne à teoria geral do delito, cabe, primeiramente, estabelecer o conceito de crime. Conforme prega Francisco Munhõz Conde (1988, p. 1), existem características que são comuns a todos os delitos, as quais constituem a essência do conceito geral do crime. Nas palavras do citado autor: “O estudo destas características comuns correspondem à teoria geral do delito, quer dizer, à parte geral do direito penal”.

Nesse viés, segundo Zaffaroni (2002, p. 384), “Chama-se teoria do delito à parte da ciência do direito penal que se ocupa de explicar o que é o delito em geral, isto é, quais são as características que deve ter qualquer delito”. Assim, corresponde a teoria do delito a determinação dos pressupostos indispensáveis para que haja uma conduta ilícita, a qual possa ser considerada delitativa, e, por esse motivo, deverá o sujeito que a praticou responder penalmente pela sua conduta ilegal (PRADO, 2021, p. 101).

Entretanto, a depender da interpretação dada ao conceito de crime, as características inerentes a ele vão se modificando. Embora seja pacífico o entendimento de que o Código Penal (BRASIL, 1940) adota a teoria finalista da ação, faz-se interessante pontuar acerca dos outros conceitos de crime existentes, quais sejam, legal, material, e, por fim, formal (MAGGIO, 2005, p. 63).

O conceito legal de crime é dado pela Lei de Introdução do Código Penal, (Decreto-Lei nº 3.914/1941), a qual estabelece, em seu artigo 1º (BRASIL, 1941):

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Portanto, o conceito legal de crime consiste em um ato ilícito que é vedado por lei e possui uma sanção para aqueles que o praticarem.

Já o conceito material de crime, segundo Vicente de Paula Rodrigues Magglio (2005, p. 63): “destaca o seu conteúdo teleológico (com base na finalidade da lei) tendo em vista o bem protegido pela lei penal, ou seja, porque determinado fato é considerado criminoso e outro não”. Nesse sentido, o conceito de crime material refere-se a uma conduta, pela qual se fere algo que está protegido por lei, isto é, um bem jurídico.

Assim, na perspectiva do crime material, o delito seria uma conduta que atinge como resultado uma lesão ou perigo a um bem jurídico. Nesse mesmo sentido, é o que expõe Fernando Capez (2000, p. 95): “o crime pode ser definido como todo fato humano que, propositada ou descuidadamente, lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social”.

Em relação ao conceito formal de crime, o mesmo busca estabelecer os elementos essenciais que devem se fazer presentes em qualquer delito, para este ser considerado um crime (MAGGIO, 2005, p. 64). O direito penal brasileiro, portanto, com base na teoria finalista da ação, prega que, para se caracterizar crime, deve-se haver quatro componentes: a conduta, a tipicidade, a ilicitude, e por fim, a culpabilidade. Componentes estes que são comuns a todos os delitos, seja qual for (PRADO, 2021, p. 101). Acerca do exposto, salienta Munhõz Conde (1988, p. 4):

São a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade as características comuns a todos os delitos. O ponto de partida é sempre a tipicidade, porque só o fato típico, quer dizer, o descrito no tipo legal, pode servir de base a posteriores valorações. Depois, segue a indagação acerca da antijuridicidade, quer dizer, a comprovação de que o fato típico cometido é ou não conforme o direito. Um fato típico, p. ex., A mata B, pode não ser antijurídico se existir causa de justificação que o permite (no mesmo exemplo, A mata B em legítima defesa). Uma vez comprovado que o fato é típico e antijurídico, deve-se ver se o autor desse fato é ou não culpável, quer dizer, se possui as condições mínimas indispensáveis para atribuir-se-lhe esse fato, p. ex. se está mentalmente ou conhece a antijuridicidade do fato.

Nesse sentido, acerca do primeiro elemento que constitui o crime, isto é, a conduta, Damásio de Jesus salienta (1999, p. 153) que:

Para que haja crime é preciso, em primeiro lugar, uma conduta humana positiva ou negativa (ação ou omissão). Mas nem todo comportamento do

homem constitui delito. Em face do princípio da reserva legal, somente os descritos pela lei penal podem assim ser considerados.

Logo, a conduta, a qual pode ser uma ação ou uma omissão, é o primeiro elemento comum a todos os crimes. Assim, é necessário que a conduta provoque, em regra, um resultado, e que este seja previsto como uma infração penal, isto é, deve ser uma conduta típica, considerada crime conforme a legislação, e antijurídica/ilícita, contrária ao ordenamento jurídico (MAGGIO, 2005, p. 65).

Ademais, segundo André Luís Callegari (2014, p. 35), a referida conduta deve ser voluntária, de modo que seja uma manifestação livre do agente. Torna-se válido ressaltar que o conceito de conduta é uma construção doutrinária, não havendo no ordenamento jurídico uma definição do que seja ação ou omissão.

Acerca do segundo requisito para se configurar um delito, isto é, a tipicidade do crime, segundo Munhõz Conde (1988, p. 41), é a “adequação de um fato cometido à descrição que dele se faz na lei penal. Por imperativo do princípio da legalidade, em sua vertente do *nullum crimen sine lege*, só os fatos tipificados na lei penal como delitos podem ser considerados como tal”. Portanto, a tipicidade é a correspondência da conduta praticada pelo sujeito ativo do crime à descrição contida na norma penal (CALLEGARI, 2014, p. 36).

Em relação ao terceiro requisito, isto é, a ilicitude, também chamada de antijuridicidade, pode-se afirmar que esta corresponde a uma ação praticada que vai de encontro ao ordenamento jurídico, lesionando um bem jurídico penalmente tutelado (MAGGIO, 2005, p. 66). A regra no ordenamento jurídico é que todo fato típico também pode ser considerado antijurídico, salvo nos casos em que se encontra presente alguma causa que exclui a ilicitude do crime, isto é, uma causa de justificação (CALLEGARI, 2014, p. 36).

Nesse sentido, uma conduta antijurídica é uma conduta contrária ao direito. Conforme sustenta Callegari (2014, p. 36):

Para que melhor se compreenda, utilizemos um exemplo: se alguém mata outrem, estaremos diante de uma conduta típica (já que é proibido por norma penal matar alguém - art. 121, CP) e antijurídica, já que naturalmente contraria o Direito. Já se alguém mata outrem em legítima defesa, estaremos diante de uma conduta típica (já que é proibido por norma penal matar alguém - art. 121, CP), porém não antijurídica, visto que a legítima defesa é uma das causas de exclusão da antijuridicidade, fazendo com que

a conduta não seja contrária ao Direito. Nesse caso, não há crime por ausência de um dos seus requisitos, qual seja, a antijuridicidade.

Nesse sentido, tem-se uma exceção à regra, uma vez que nem toda conduta típica é contrária ao ordenamento jurídico, ou seja, nem toda conduta típica é antijurídica/ilícita. Isso se deve ao fato de que a conduta pode ter sido praticada em alguma circunstância que exclua a ilicitude do agente. Pode-se citar como exemplo o estado de necessidade (o qual será examinado posteriormente) e a legítima defesa. Assim, não será considerado um fato antijurídico/ilícito, se houver alguma circunstância que exclua a ilicitude da ação ou omissão praticada pelo agente ativo do crime (MAGGIO, 2005, p. 66/67).

No que tange ao quarto requisito para se configurar crime, qual seja, a culpabilidade, esta “refere-se à reprovabilidade da conduta que é típica e antijurídica. Ou seja, para que se possa falar em culpabilidade do agente, é imprescindível que se possa aferir se ele poderia ter agido de acordo com o Direito” (CALLEGARI, 2014, p. 37). Dessa forma, primeiramente, deve-se fazer um juízo de imputabilidade com o intuito de analisar se o agente possui capacidade psíquica para compreender a ilicitude da conduta, isto é, inclui-se as faculdades psíquicas do autor, o conhecimento por parte do autor do caráter antijurídico do ato e a exigibilidade ao autor de comportamento diverso (BUONICORE, 2021, p. 74).

A imputabilidade, nesse sentido, relaciona-se à condição psíquica pessoal do sujeito ativo do crime de compreender a ilicitude da conduta criminosa, além disso, o autor deve conhecer a ilicitude do fato. Assim, ao autor se faz necessária a possibilidade de comportamento diverso da prática do ilícito penal (CALLEGARI, 2014, p. 37). Nesse sentido, conforme afirma Luiz Flávio Gomes (2004, p. 17):

O juízo de reprovação da culpabilidade (que é feito pelo juiz e que recai sobre o agente do fato punível que podia agir de modo diverso) tem por fundamentos: a capacidade do agente de querer e de entender as proibições jurídicas em geral (imputabilidade), a consciência da ilicitude do fato concreto (real ou potencial) e a normalidade das circunstâncias do caso concreto (exigibilidade de conduta diversa).

É necessário, portanto, a presença dos citados requisitos para que se obtenha a possibilidade de culpabilidade do agente. Entretanto, assim como existem as causas de excludente de ilicitude, existem, conjuntamente a elas, as causas de excludente de culpabilidade. Nesse sentido, quando houver uma causa excludente de

culpabilidade, afasta-se o elemento da culpa do agente por ter cometido a conduta, mas o fato ainda continua ilícito e tipificado como delito no ordenamento jurídico (BUONICORE, 2021, p. 74). Pode-se citar como exemplo de excludente de culpabilidade a inexigibilidade de conduta diversa, a qual será amplamente discutida em momento posterior.

Nessa conjuntura, a respeito do conceito formal do crime, o qual busca estabelecer o componentes comuns a todos os delitos, Luiz Regis Prado (2002, p. 149) salienta que “esses elementos estão em uma sequência lógica necessária, quer dizer, só uma ação ou omissão pode ser típica; só esta última pode ser ilícita e apenas quando ilícita tem a possibilidade de ser culpável”. São quatro, portanto, os requisitos para que se configure crime.

Conjuntamente ao exposto, há que se falar, também, acerca do conceito de tipo penal. Considera-se tipo penal “a descrição concreta da conduta proibida, feita pela lei. O tipo é um esquema ou uma fórmula que serve de modelo para avaliar se determinada conduta está incriminada ou não. O que não se ajusta ao tipo não é crime” (MAGGIO, 2005, p. 69). Assim, o tipo penal corresponde a conduta delitiva descrita como crime.

Após esclarecer acerca da teoria geral do delito, cabe, portanto, abordar tal conteúdo no contexto do crime de tráfico de órgãos. Em tese, com todas as citadas vedações do crime de tráfico de órgãos no ordenamento jurídico brasileiro, o mesmo não deveria existir, ou, de certa forma, ter a incidência baixa. Entretanto, conforme o exposto, não é essa a realidade (RESENDE, 2020).

Tendo isso em vista, cabe salientar que, conforme Andreucci (2013, p. 276), o sujeito ativo do delito em estudo pode ser qualquer pessoa, já que se trata de crime comum, não havendo disposição em lei estipulando alguma característica ou condição específica para o agente. Já para Nucci (2013, p. 589), o sujeito ativo do crime de tráfico de órgãos pode ser qualquer pessoa, mas o mesmo tendência mais para a figura do médico ou algum profissional habilitado e que possa realizar o transplante.

Assim, torna-se válido ressaltar que é o sujeito ativo do crime que realiza o tipo penal, previsto em lei. No caso, é o sujeito ativo do crime de tráfico de órgãos quem,

conforme os artigos 14 e 15 da Lei nº 9.434/97 (BRASIL, 1997), remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições e compra ou vende tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, incorrendo, respectivamente, nas penas de dois a seis anos, e multa, e três a oito anos, e multa (BUONICORE, 2021, p. 83).

Em relação ao sujeito passivo, na hipótese *inter vivos* pode-se afirmar que é quem tem seus órgãos, tecidos ou partes do corpo retiradas, em desacordo com a lei. Já nos casos *post mortem*, o sujeito passivo pode ser entendido como os familiares do falecido (ANDREUCCI, 2013, p. 276).

No que tange a consumação do crime, esta aconteceria no momento em que houver a efetiva retirada do órgãos, tecidos ou partes do corpo da pessoa, em desacordo com o que prega a lei. O crime de tráfico de órgãos trata-se, portanto, de um crime material, o qual carece de um resultado naturalístico para haver a consumação (ANDREUCCI, 2013, p. 276).

Nesse sentido, por ser um crime material, admite a figura da tentativa. A mesma se daria, por exemplo, no momento em que o sujeito ativo ao tentar remover o órgão ou tecido, não consiga, por algum motivo, concretizar a remoção (ANDREUCCI, 2013, p. 276).

Diante do exposto, torna-se válido discutir acerca da possibilidade da incidência dos institutos excludentes de ilicitude, bem como de culpabilidade, em relação aos sujeitos ativos do crime em estudo, a depender do contexto.

Sabe-se que, no Brasil, o crime de tráfico de órgãos ocorre em virtude de inúmeros fatores, quais sejam, a diferença entre a oferta e a procura de órgãos, isto é, a discrepância entre o número de doadores e o de receptores, além da ampla fila de espera pelo órgão, a qual depende, também, da compatibilidade entre o órgão doado e o receptor do mesmo (SILVA, 2017).

Tais fatores, são os principais motivos que contribuem para o crescimento do mercado ilícito de órgãos, uma vez que o sistema estatal de fila única de doação não é capaz de suprir toda a demanda existente de pacientes doentes que aguardam um órgão ou tecido corporal (SILVA, 2017).

Nesse contexto, Scheper-Hughes (REVISTA ÉPOCA, 2013) afirma que o tráfico de órgãos no Brasil há tempos, visto que nunca houve um equilíbrio entre o número de doadores e receptores, de forma a dificultar os transplantes e contribuir com o tráfico ilegal:

Pelas indicações que temos, o comércio para transplantes vem do final dos anos 70. De acordo com os cirurgiões que entrevistei, no final da ditadura militar era flagrante o tráfico velado de cadáveres, órgãos e tecidos retirados de pessoas das classes sociais e políticas mais desprezadas, com o apoio do regime militar. Um médico veterano, agregado a um grande hospital acadêmico de São Paulo, revelou que cirurgiões como ele próprio recebiam ordens para produzir cotas de órgãos de qualidade. Às vezes, eles aplicavam injeções de barbitúricos fortes e em seguida chamavam dois outros médicos acima de qualquer suspeita para testemunhar que os critérios de morte cerebral haviam sido preenchidos e que os órgãos podiam ser retirados.

À vista disso, torna-se fundamental frisar que, há tempos, o mercado ilícito de compra e venda de órgãos se faz presente na sociedade brasileira, uma vez que o processo estatal de doação de órgãos e tecidos não se faz suficiente para a demanda de pacientes existentes.

Nesse sentido, considerando o contexto da realização de transplantes no Brasil, faz-se imprescindível refletir acerca da possibilidade da incidência das excludentes de ilicitude e culpabilidade, mediante os casos em que a pessoa, em meio ao desespero, entre a vida e a morte, se rende ao mercado ilícito para sobreviver.

4.1 INSTITUTO DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE: ESTADO DE NECESSIDADE

Conforme exposto, a ilicitude trata-se de uma conduta praticada por um agente, a qual vai de encontro ao ordenamento jurídico, lesionando o bem jurídico protegido pela norma. Entretanto, se estiverem presentes algumas das causas justificantes contidas no artigo 23 do Código Penal (BRASIL, 1940), haverá a exclusão de um dos requisitos que compõem o delito, qual seja a ilicitude, não havendo como a conduta se concretizar como crime, já que, apesar da conduta ser típica, a mesma não é ilícita (NUCCI, 2014, p. 203/204).

São três os cenários previstos no artigo 23 do Código Penal (BRASIL, 1940) que excluem a ilicitude do fato, quais sejam:

Exclusão de ilicitude

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

No contexto do crime de tráfico de órgãos, portanto, torna-se válido abordar acerca do estado de necessidade. Conforme leciona Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 207), estado de necessidade “é o sacrifício de um interesse juridicamente protegido, para salvar de perigo atual e inevitável o direito do próprio agente ou de terceiro, desde que outra conduta, nas circunstâncias concretas, não fosse razoavelmente exigível”. Nesse sentido, no estado de necessidade há um conflito entre bens jurídicos, no qual, em virtude do contexto existente, haverá a prevalência de um perante o outro (GRECO, 2020, p. 441).

O Código Penal (BRASIL, 1940) aborda o estado de necessidade em seu artigo 24, o qual estabelece o conceito do referido instituto:

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

O estado de necessidade, então, corresponde ao conflito entre dois bens jurídicos, no qual, em virtude do contexto, um deverá sobressair diante do outro. É a situação na qual um agente, para salvar de perigo atual e inevitável um bem jurídico próprio ou de terceiro, encontra-se na iminência de lesionar bem jurídico alheio, atuando em estado de necessidade, afastando-se a ilicitude do fato (CALLEGARI, 2014, p. 151).

Nesse sentido, acerca do estado de necessidade, Juarez Cirino dos Santos sustenta que (2014, p. 237):

Historicamente, o estado de necessidade tem sido pensado a partir de três diferentes pontos de vista: primeiro, como espaço livre do direito, fundado na impossibilidade do ordenamento jurídico disciplinar conflitos determinados pelo instinto de sobrevivência; segundo, como justificação de conduta típica, fundada na preponderância ou equivalência do bem jurídico protegido; terceiro, como exculpação de conduta antijurídica, fundada na

inexigibilidade de comportamento conforme ao direito, em hipóteses de bens jurídicos equivalentes.

De forma complementar, nas palavras de Greco (2020, p. 441), o estado de necessidade:

Figurativamente, seria como se o ordenamento jurídico colocasse os bens em conflito, cada qual em um dos pratos na balança. Ambos estão por ele protegidos. Contudo, em determinadas situações, somente um deles prevalecerá em detrimento do outro

À vista disso, um bem jurídico deve prevalecer sobre o outro em virtude do contexto e faz-se o princípio da ponderação dos bens o norteador dessa prevalência entre os bens. Assim, os bens jurídicos serão avaliados por meio dessa “balança”, pela qual serão analisados os fatores para que um sobressaia perante o outro (GRECO, 2020, p. 441).

Dessa forma, Callegari (2014, p. 152) afirma que “tanto o estado de necessidade como a legítima defesa supõem uma situação de perigo que só pode ser afastada mediante um fato típico”. Assim, no estado de necessidade, em razão do perigo existente, há a permissão para se lesionar um bem jurídico igualmente tutelado pelo ordenamento jurídico, mas que em virtude do contexto, deverá ser suprimido, mediante uma conduta típica.

Há, portanto, a agressão autorizada a bens jurídicos por meio de uma ação predominantemente agressiva, mas que possui aspectos defensivos (CALLEGARI, 2014, p. 152).

Nesse cenário, consoante se extrai do artigo 24 do Código Penal (BRASIL, 1940), para que o estado de necessidade se concretize de forma plena, devem se fazer presentes na situação determinada os seguintes requisitos: 1- a existência de perigo atual ou iminente; 2- a ameaça a direito próprio ou alheio; 3- a inevitabilidade do comportamento lesivo; 4- a inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado; e 5- a inexistência do dever legal de enfrentar o perigo (CALLEGARI, 2014, p. 152).

Acerca do primeiro requisito, torna-se de fundamental importância salientar que perigo atual corresponde ao perigo existente naquele determinado momento, sendo imediato, conforme disserta Callegari (2014, p. 152):

É atual o perigo quando, conforme uma consideração objetiva ex ante, a produção de dano é imediato, ou, em um momento posterior, aparece tão provável que, razoavelmente, devem-se adotar em seguida as medidas necessárias para a proteção do bem jurídico ameaçado.

Dessa forma, o perigo atual pressupõe o dano, o qual será causado, e, por isso, instaura-se o perigo imediato. Há, assim, a probabilidade concreta do dano. Nesse viés, enquanto o perigo atual corresponde ao perigo imediato, o perigo iminente é aquele que está prestes a ocorrer, mas não é imediato (CALLEGARI, 2014, p. 153).

No que tange a existência do perigo iminente, há uma divergência doutrinária quanto a sua aceitação, uma vez que o mesmo não encontra-se expresso no corpo do artigo 24 do Código Penal. Embora haja tal discussão, atualmente o entendimento é de que o perigo iminente se encontra abarcado pelo referido artigo (CALLEGARI, 2014, p. 153).

Assim, no estado de necessidade é preciso que haja o perigo, o qual pode ser provocado por diversos fatores de inúmeras formas. O texto do artigo 24 do Código Penal (BRASIL, 1940) prega que o perigo não pode ter sido provocado pela vontade do agente. Acerca disso, há que se discutir a respeito do conceito de vontade colocado pelo legislador no referido artigo, dado que é outro elemento de divergência doutrinária. A vontade abarca condutas dolosas e culposas praticadas pelo agente? (GRECO, 2020, p. 445).

Nesse sentido, Greco (2020, p. 446) afirma que “a expressão ‘que não provocou por sua vontade’ quer traduzir tão somente a conduta dolosa do agente na provocação da situação de perigo, seja esse dolo direto ou eventual”. Portanto, no estado de necessidade o agente não pode ter causado o perigo (atual ou iminente) de forma dolosa, isto é, agindo intencionalmente para se alcançar o resultado do perigo. Em relação às condutas culposas, as mesmas podem ser abarcadas pelo estado de necessidade, já que não há o elemento do dolo, ou seja, a intenção de causar a situação de perigo (GRECO, 2020, p. 446).

Logo, para que se alegue o estado de necessidade, além do fato de que o agente deve praticar o ato para salvar de perigo atual direito próprio ou alheio e que não provocou por sua vontade, o artigo 24 do Código Penal (BRASIL, 1940) exige a inevitabilidade do dano por parte do agente.

Dessa forma, a lesão ao bem jurídico só estará autorizada quando houver a inevitabilidade desta conduta, isto é, se for cabível outro comportamento para que o perigo seja evitado, não será caracterizado o estado de necessidade (CALLEGARI, 2014, p. 155).

Nesse contexto, no que tange à inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado, refere-se a ponderação do ferimento dos bens jurídicos os quais têm a possibilidade de serem lesionados, com o intuito de se averiguar a conduta típica realizada no caso, bem como a necessidade da mesma naquela determinada situação (CALLEGARI, 2014, p. 156). Conforme disserta Callegari (2014, p. 156):

Deve-se verificar, no caso concreto, se era ou não razoável exigir-se o sacrifício do bem ameaçado e que foi preservado pela conduta típica, ou seja, é o requisito da proporcionalidade entre a gravidade do perigo que ameaça o bem jurídico do agente e a gravidade da lesão causada pelo fato necessitado

Acerca disso, o referido autor aponta que ao realizar-se à ponderação em relação aos bens jurídicos que encontram-se em potencial perigo de lesão, há a possibilidade de se adotar duas teorias: a teoria diferenciadora e unitária. A primeira diz respeito a uma causa justificante a qual afasta a ilicitude, já a outra diz respeito a uma causa de exclusão de culpabilidade (CALLEGARI, 2014, p. 156).

Nesse sentido, a primeira teoria, isto é, a teoria diferenciadora, faz a distinção do estado de necessidade em justificante e exculpante, a qual leva como base a variação em relação ao valor dos bens jurídicos em conflito, que estão na “balança”. No que se refere a distinção, o estado de necessidade justificante ocorre quando o bem jurídico lesionado é de menor valor do que o ameaçado, o qual possui um valor maior, excluindo a ilicitude. No tocante ao estado de necessidade justificante, Callegari (2014, p. 156) cita como exemplo o embate do patrimônio contra a vida: “alguém, para não atropelar um pedestre, arremessa o veículo contra outro estacionado”. Demonstrando que o bem jurídico da vida se faz preponderante diante do bem jurídico patrimônio.

Portanto, haverá o estado de necessidade justificante nas hipóteses em que o bem jurídico lesionado for de valor inferior àquele que foi defendido.

De forma análoga ao estado de necessidade justificante, o estado de necessidade exculpante ocorre quando o bem jurídico protegido é de igual ou menor valor do que o bem lesionado, não podendo exigir, diante das circunstâncias, outro comportamento do agente senão a lesão ao bem jurídico de igual ou maior valor (TAVARES, 2022, p. 429). Callegari (2014, p. 156) cita o exemplo de embate entre vida x vida, referindo-se aos bens de igual valor. Nucci (2014, p. 209) disserta acerca de um exemplo no qual o bem jurídico protegido é de valor inferior ao que se agride:

Ex.: um arqueólogo que há anos buscava uma relíquia valiosa, para salvá-la de um naufrágio, deixa perecer um dos passageiros do navio. É natural que o sacrifício de uma vida humana não pode ser considerado razoável para preservar-se um objeto, por mais valioso que seja. Entretanto, no caso concreto, seria demais esperar do cientista outra conduta, a não ser a que ele teve, pois a decisão que tomou foi fruto de uma situação de desespero, quando não há tranquilidade suficiente para sopesar os bens que estão em disputa. Não poderá ser absolvido por excludente de ilicitude, visto que o direito estaria reconhecendo a supremacia do objeto sobre a vida humana, mas poderá não sofrer punição em razão do afastamento da culpabilidade (juízo de reprovação social).

Ainda, nesse mesmo sentido, Juarez Tavares (2022, p. 429), afirma que o valor do bem não refere-se ao seu montante econômico, mas sim a sua importância no espaço do ordenamento jurídico brasileiro, citando como exemplo o embate entre a vida e a integridade física, no qual a vida possui maior valor, assim como na hipótese da integridade física e o patrimônio, no qual a integridade física se faz mais valiosa.

Assim, segundo Martinelli (2022, p. 756):

O estado de necessidade que exclui a antijuridicidade somente se configura quando o mal causado, pela sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado. Se os valores possuem o mesmo valor, estaremos diante do estado de necessidade exculpante, que exclui a culpabilidade. Se um naufrago mata outro para se salvar, pois só há material salva-vidas para uma pessoa, a admissão do estado de necessidade não se fundamenta no valor preponderante de sua vida perante a do outro, e sim na ausência de culpabilidade. A ordem jurídica não poderia exigir-lhe outra conduta diversa, como morrer heroicamente para o outro sobreviver. Quando o bem jurídico sacrificado tiver maior valor que o bem preservado, o problema também se resolve no plano da culpabilidade, com a análise do juízo da reprovabilidade (a pena pode ser reduzida [CP, art. 24, § 2º] ou excluída, conforme o caso concreto).

Dessa maneira, o estado de necessidade exculpante ocorre, quando o bem jurídico protegido for de valor igual ou inferior àquele que é lesado. Assim, nos termos da teoria diferenciadora, haveria, no caso do estado de necessidade exculpante, a

inexigibilidade de outra conduta, havendo, portanto, a excludente da culpabilidade, e não da ilicitude (GRECO, 2020, p. 443).

Já na teoria unitária, contrária à teoria diferenciadora, o estado de necessidade corresponderia apenas como causa justificante com a finalidade de excluir a ilicitude do fato típico praticado pelo sujeito ativo da conduta. Não havendo, assim, distinção para o estado de necessidade (GRECO, 2020, p. 442).

No Brasil, a teoria adotada pelo Código Penal (BRASIL, 1940), é a teoria unitária, isto é, não há divisão em relação ao estado de necessidade. Para a referida teoria todo o estado de necessidade é justificante e, por esse motivo, o resultado será a exclusão da ilicitude da conduta do agente (GRECO, 2020, p. 442). Mas se, no caso concreto, conferir-se que o bem jurídico lesionado é de valor maior do que o protegido não se poderá configurar o estado de necessidade, mas sim uma causa de excludente de culpabilidade em razão do contexto, qual seja, a inexigibilidade de conduta diversa, a qual será abordada, de forma detalhada, em momento posterior (CALLEGARI, 2014, p. 156).

Assim, apesar do Código Penal (BRASIL, 1940) adotar a teoria unitária, não pode-se negar que no ordenamento jurídico brasileiro existe uma hierarquia em relação aos bens jurídicos, a qual deve ser atendida, havendo a necessidade da ponderação dos bens para que haja o estabelecimento de critérios lógicos, visando determinar qual irá prevalecer sobre o outro (TAVARES, 2022, p. 429).

Ademais, Callegari (2014, p. 157) sustenta que se, no caso concreto, não puder ser alegada a inexigibilidade de conduta diversa, em virtude de ocorrer lesão a um bem jurídico superior que nas circunstâncias não era razoável exigir-se, deve-se, então, sustentar a hipótese do artigo 24, parágrafo 2º do Código Penal (BRASIL, 1940), a qual prevê a pena reduzida para o referido caso.

Por fim, o último requisito para se configurar o estado de necessidade trata-se da inexistência do dever legal de enfrentar o perigo, o qual encontra-se no artigo 24, parágrafo 1º do Código Penal (BRASIL, 1940). Sendo assim, os sujeitos que possuem o dever legal de enfrentar a situação de perigo atual ou iminente, não podem alegar tal instituto. Como exemplo, Callegari (2014, p. 157) cita os bombeiros, os quais têm o dever de combater um incêndio, não podendo admitir que

tais profissionais aleguem o estado de necessidade para salvarem bens próprios na iminência do ferimento das pessoas as quais os profissionais deveriam salvar naquela situação.

Perante ao exposto, faz-se de fundamental importância dissertar acerca da aplicabilidade do referido instituto excludente de ilicitude, isto é, o estado de necessidade, no contexto da compra e venda de órgãos. Acerca disso, sabe-se que, em virtude do princípio da dignidade humana essa transação não é permitida, ao contrário, ela é expressamente vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, há que se abordar o seguinte cenário: a pessoa em situação terminal (ou um familiar próximo a essa pessoa vendo-a nessa situação) que, na iminência da morte em virtude de uma doença grave que compromete um de seus órgãos vitais, em razão da ampla espera na fila de transplantes, busca o mercado clandestino de órgãos, já que o modelo estatal não se faz suficiente e a esperança de vida dessa pessoa ampara-se apenas no transplante. Tal situação não poderia configurar uma circunstância de estado de necessidade?

Antes de partir para a referida análise, cabe ressaltar que o presente trabalho se restringe a analisar hipóteses de cabimento do estado de necessidade no contexto da compra e venda de órgãos duplos, ou regeneráveis, tais como, rins, medula óssea, fígado e pulmão, de forma que o potencial vendedor não venha a óbito em razão da transação feita.

Sabe-se que a pessoa que compra e vende órgãos incorre na pena do artigo 15 da Lei 9.434/97 (BRASIL, 1997), a “Lei dos Transplantes”, que possui pena de reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa. Com essa tipificação, passa-se, assim, a análise do preenchimento dos requisitos do instituto do estado de necessidade no caso hipotético descrito.

Conforme salientado, para configurar o estado de necessidade devem ser preenchidos os requisitos contidos no artigo 24 do Código Penal (BRASIL, 1940). Assim, no âmbito do exemplo citado da compra e venda de órgãos, tem-se iminência do perigo, dado que o agente encontra-se em um estado grave de saúde, necessita, de forma urgente, um transplante, e caso contrário, certamente virá a óbito. Portanto, o perigo iminente se faz presente, e, para além disso, com ampla

probabilidade de se concretizar. Ademais, há a ameaça de direito próprio (da pessoa doente com seu órgão comprometido) ou alheio (familiar da pessoa doente), uma vez que há a ameaça do direito à vida da pessoa doente, já que há o risco de morte.

Outro requisito preenchido nos moldes do exemplo supracitado, é a inevitabilidade do comportamento lesivo do agente, pelo qual fere-se bem jurídico alheio, em virtude de ser o único meio seguro para salvar o seu próprio direito ou de terceiro. Dessa forma, o transplante de órgãos, na maioria das vezes, mostra-se como recurso final para que a vida do paciente seja salva, não havendo, portanto, outra conduta cabível no caso.

Entretanto, conforme explicado anteriormente, no estado de necessidade há, em detrimento do perigo, atual ou iminente, existente, a permissão para se lesionar um bem jurídico igualmente tutelado pelo ordenamento jurídico, mas que em virtude do contexto, deverá ser suprimido, mediante uma conduta típica. Dessa forma, no que tange à razoabilidade da lesão do bem, no presente caso resta evidente a lesão do bem jurídico integridade física do potencial vendedor, o qual venderá um órgão duplo ou regenerável, de forma a não se comprometer, para salvar a vida do outro.

Nesse contexto, evidente se faz o cabimento da hipótese defendida no âmbito do instituto do estado de necessidade, conforme sustenta Carrara (2013):

Quanto ao requisito da razoabilidade do sacrifício do bem, este parece estar preenchido, considerando ser o crime objeto de estudo praticado para salvar bem jurídico 'vida', esse é de valor superior aos bens jurídicos tutelados pelos tipos penais da Lei n . 9.434.

Apesar da posição, defendida pela doutrina minoritária, de que há como prosperar o cabimento do estado de necessidade no caso de pessoas com doenças terminais que recorrem ao mercado ilícito para sobreviverem, não há, em virtude da Constituição Federal (BRASIL, 1988), como a referida teoria progredir, uma vez que o princípio da dignidade da pessoa humana veda tal conduta. Tais ações que mercantilizam o corpo humano ferem, de forma evidente, o referido princípio, basilar da Carta Magna, e que, segundo Pedra (2018, p. 9) “tem um importante papel na limitação de direitos constitucionais”. Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana age como limitador das ações humanas que possam lesionar bens jurídicos.

Dessa forma, a vedação da comercialização de órgãos se dá em virtude da proteção ao princípio da dignidade humana, e aos bens jurídicos tutelados: direito à vida e à integridade física, os quais são indisponíveis e, não podem ter sua indisponibilidade relativizada, em razão da proteção do princípio da dignidade humana, o qual busca proteger as pessoas de forma individual e coletiva (BUONICORE, 2021, p. 148), bem como os direitos fundamentais, os quais são considerados como últimos fundamentos de existência do Estado Democrático de Direito (MOREIRA, 2007, p. 179).

Dessarte, o Estado, um dos sujeitos da relação penal, com a finalidade de repreender os delitos previstos nas normas, os quais ferem bens jurídicos tutelados por ele, tal como o crime de compra e venda de órgãos, criminalizado no artigo 15 da Lei nº 9.434/97 (BRASIL, 1997), desempenhará tal função através do exercício do *jus puniendi*, intrínseco a ele, de modo a conferir efetividade às garantias fundamentais constitucionais (ALENCAR; TÁVORA, 2022, p. 48/49).

Assim, resta evidente a proteção dos direitos constitucionais à vida e à integridade física, os quais são os bens jurídicos protegidos pelo crime em estudo, de forma que o exercício da compra e venda de órgãos os lesiona, devendo os mesmos serem respeitados, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana.

Após o exposto, passa-se à análise do cabimento do instituto da inexigibilidade da conduta diversa, a qual exclui a culpabilidade do agente, no contexto em estudo, isto é, de compra e venda de órgãos.

4.2 INSTITUTO DE EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE: INEXIGIBILIDADE DA CONDUITA DIVERSA

A culpabilidade, conforme disserta Nucci (2014, p. 247):

Trata-se de um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo, seguindo as regras impostas pelo Direito (teoria normativa pura, proveniente do finalismo).

Nesse sentido, a culpabilidade parte, primeiramente, da conduta do agente, a qual deve ser voluntária, consciente e possuir uma finalidade. Conforme a estrutura da teoria do delito, explicada anteriormente, faz-se necessário que haja a reprovação

do fato típico e ilícito por meio da culpabilidade, a qual age como juízo de reprovação daquela conduta prevista como crime, correspondendo, portanto, a uma violação ao ordenamento jurídico, lesionando um bem jurídico penalmente tutelado (CALLEGARI, 2014, p. 175).

Assim, a culpabilidade se faz composta por três elementos normativos: a imputabilidade, a potencial consciência sobre a ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa. Dessa forma, para que haja a possibilidade de tornar o agente culpável, devem estar presentes os referidos requisitos. Na situação em que algum deles não estiver presente, não haverá a possibilidade da culpabilidade do agente. É nesse contexto que surgem as chamadas causas excludentes de culpabilidade (CALLEGARI, 2014, p. 175).

Dessa forma, no contexto da compra e venda de órgãos, torna-se fundamental salientar acerca do último requisito que compõem a culpabilidade, qual seja a exigibilidade de conduta diversa, para que, após a referida dissertação, se aborde a causa de exclusão da culpabilidade do referido requisito: a inexigibilidade de conduta diversa.

Greco (2020, p. 544) sustenta como conceito de exigibilidade de conduta diversa “a possibilidade que tinha o agente de, no momento da ação ou da omissão, agir de acordo com o direito, considerando-se a sua particular condição de pessoa humana”. Assim, a exigibilidade de conduta diversa consiste na expectativa que a sociedade possui da existência de um comportamento diferente daquele que foi adotado pelo sujeito ativo (CAPEZ, 2020, p. 439).

Sendo assim, conforme Maggio (2005, p. 166), “a conduta só é reprovável quando, podendo o sujeito realizar comportamento diverso, de acordo com a ordem jurídica, realiza outro, proibido. Não haverá pena se, nas circunstâncias, foi impossível para o acusado agir de outra forma”. Então, quando, diante das circunstâncias daquele momento, o agente não puder ter outra conduta senão a que ele teve, infringindo o direito penal brasileiro, se terá a inexigibilidade de conduta diversa, a qual é uma das causas excludentes de culpabilidade do agente.

Sendo assim, Callegari (2014, p. 191) afirma que:

Em respeito a uma ética inerente à própria condição evoluída do espírito humano, o legislador ou o estudioso do Direito, sapientes de que existem situações excepcionais, elaboraram fórmulas que compreendam essas situações para satisfazer esse sentimento. Essas fórmulas muitas vezes chegam ao ponto de retirar a conduta do campo da ilicitude; noutras, a ilicitude está presente, a conduta não é socialmente adequada, ao menos sob um aspecto objetivo agride valores a que o ordenamento visou proteger, mas, em que pesem essas circunstâncias, não é permitida a reprovação. São as causas de exclusão de culpabilidade.

Conforme dito, entre outras causas que excluem a culpabilidade do agente, tem-se a inexigibilidade de conduta diversa, um princípio geral do ordenamento jurídico brasileiro, que refere-se ao aspecto da consciência social da conduta praticada pelo agente.

Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro positivou algumas situações em que não há a autorização da punição ao agente em virtude do ato típico e ilícito praticado por ele, em razão do instituto da inexigibilidade de conduta diversa. Entretanto, não há a possibilidade de haver uma única norma com todas as hipóteses de condutas em que são cabíveis a inexigibilidade da conduta diversa, deve-se analisar cada caso concreto para que haja um investigação do comportamento do agente visando examinar se, naquela situação, não havia outra conduta lícita que não lhe era exigível (CALLEGARI, 2014, p. 191).

Nessa esteira, Callegari (2014, p. 192) afirma que o direito não pode exigir comportamentos heróicos, bem como não pode impor uma pena quando, em situação extrema, alguém prefira realizar ato proibido pela lei penal a ter que sacrificar sua própria vida ou integridade física. Tal contexto encaixa-se perfeitamente na situação em que a pessoa que possui uma doença terminal e encontra-se frente a possibilidade da morte, em detrimento da falha do serviço estatal, na medida em que não há outra forma de obter um órgão de forma legal, senão a espera na ampla fila de doação. Há que se analisar, portanto, o cabimento do referido instituto na situação descrita.

Antes de se abordar a referida análise, cabe salientar que a inexigibilidade de conduta diversa, dessa forma, funciona como causa supralegal de exclusão de culpabilidade, nas situações em que não haja regulação no ordenamento jurídico. Ela é supralegal uma vez que se concretiza como princípio do ordenamento jurídico penal e não possui previsão expressa em lei (CALLEGARI, 2014, p. 193).

Nesse sentido, o Código Penal (BRASIL, 1940), prevê apenas duas cláusulas legais que excluem a exigibilidade de conduta diversa, retirando a culpabilidade do sujeito, quais sejam: a coação moral irresistível e a obediência hierárquica, ambas previstas, respectivamente, no artigo 22, 1º parte e 2º parte do Código Penal (BRASIL, 1940) (CALLEGARI, 2014, p. 193).

Conforme prega o artigo 22 do Código Penal (BRASIL, 1940): “Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”. A primeira parte do artigo 22 refere-se a coação moral irresistível. A referida coação moral consiste na prática de um fato típico e ilícito por parte do coagido, mas tal fato não poderá ser imputado a ele, dado que não se podia exigir outra conduta conforme o direito (GRECO, 2020, p. 545).

Greco (2020, p. 545) cita um exemplo da coação moral irresistível:

Podemos citar o exemplo daquele que é obrigado a causar a morte de alguém, pois, caso contrário, seu filho é que seria morto, uma vez que se encontrava nas mãos dos sequestradores, que exigiam tal comportamento do coagido sob pena de cumprirem a ameaça de morte da criança que com eles se encontrava sequestrada. Nesta última hipótese, quando o coagido vai à procura da vítima e contra ela efetua os disparos exigidos pelos sequestradores, o fato por ele praticado é típico e ilícito. Entretanto, o resultado morte não lhe poderá ser imputado, haja vista que o Código Penal determina somente a punição do autor da coação irresistível que, no caso em exame, seriam os sequestradores. O coagido atua, na verdade, como mero instrumento nas mãos do coator, sendo este último considerado autor mediato.

No referido exemplo, portanto, há a exclusão da culpabilidade do agente por inexigibilidade de conduta diversa, em razão da coação moral irresistível, já que, no caso, diante da ameaça presente, não havia como o sujeito desempenhar outra conduta senão aquela tomada por ele.

Se, no caso, a coação moral fosse resistível, não haveria a exclusão da culpabilidade do agente, sendo o fato considerado típico, ilícito e culpável. Há apenas, prevista no artigo 65, III, c, primeira parte, do Código Penal (BRASIL, 1940), uma atenuante a ser aplicada para o referido caso (CALLEGARI, 2014, p. 194).

Em relação a obediência hierárquica, abordada na segunda parte do artigo 22 do Código Penal (BRASIL, 1940), trata-se da manifestação da vontade de um sujeito titular de uma função pública a um funcionário que lhe é subordinado, para que o

mesmo realize uma conduta determinada por ele a qual não é ilegal, mas torna-se típica e ilícita, em virtude de ter sido promovida pelo seu superior. Nessa situação, o subordinado tem a sua culpabilidade extinguida, pois no contexto, não havia como esperar-lhe conduta diversa daquela tomada por ele (GRECO, 2020, p. 546).

Existem, portanto, três pressupostos para que a obediência hierárquica se concretize: que a ordem seja proferida por um superior hierárquico; que essa ordem não seja manifestamente ilegal; e que o cumpridor da ordem se atenha aos limites da ordem dada pelo seu superior (GRECO, 2020, p. 546). Greco (2020, p. 547) cita o seguinte exemplo:

Imaginemos o exemplo do detetive que, a mando da autoridade policial, espanca o preso, a pretexto de conseguir uma confissão. Como se percebe, a ordem emanada da autoridade é manifestamente ilegal, e, sendo cumprida, não permitirá a aplicação do art. 22 do Código Penal em benefício daquele que cumpriu

Sendo assim, aquele que cumpre ordens não manifestamente ilegais de seu superior hierárquico não pode ser responsabilizado por elas, já que não lhe era exigível outro comportamento senão aquele determinado pelo seu superior. Afasta-se, portanto, a culpabilidade do agente.

Após a exposição feita, cabe salientar o que disserta Santos (1985, p. 219):

É através do juízo de inexigibilidade (de conduta diversa), ampliado na direção das condições reais de vida do povo (fome, doença, desemprego, mortalidade infantil e prematura, envelhecimento precoce, desabrigo, desespero, analfabetismo, angústias e fúrias contidas, que explodem ante frustrações insignificantes, como gota d'água das frustrações/tensões/ansiedades acumuladas no curso da existência), que se pode democratizar, relativamente, o Direito Penal, reduzindo a criminalização de sujeitos penalizados, permanentemente, pelas condições de vida, e realizar de fato uma justiça mais justa, porque considera desigualmente sujeitos concretamente desiguais: o direito realmente igual é o que considera desigualmente os indivíduos concretamente desiguais.

Sabe-se que não há como atribuir a criminalidade às condições de vida da população. Entretanto, é inegável que as condições de vida de uma pessoa interferem no que tange ao desenvolvimento da criminalidade. Não há como se exigir que uma pessoa com fome, doente, desempregada haja da mesma forma que outra saciada, saudável e com um bom emprego (YAROCHEWSKY, 2000, p. 49).

A partir do exposto, há que se abordar acerca do instituto da inexigibilidade de conduta diversa aplicada ao caso da compra e venda de órgãos no contexto

realizadas por pessoas com doenças terminais e sem expectativa de vida, dada a ampla fila de espera para a doação de um órgão.

Nesse contexto, em concordância com o pensamento do autor Yarochevsky, não há como exigir de pessoas em determinadas situações, comportamentos que, sujeitos que não estão em contextos diferentes, desempenham. E claro, conforme já ressaltado, isso não se torna motivo para que os cidadãos não se comportem nos ditames das normas vigentes, mas não pode-se negar que, na iminência da morte, o sujeito se comporte como outro que está saudável.

Apesar do artigo 196 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), assegurar a todos os cidadãos a saúde como direito básico, evidente se faz o atual cenário das enormes filas na espera de um transplante, as quais possuíam, em 2022, cerca de 56.847 pacientes aguardando um transplante. Cabe salientar que, a fila cresceu 7% em relação a setembro do ano de 2021, quando havia 53.218 pacientes no aguardo (MÕES, 2022).

Assim, torna-se evidente que os números de transplantes realizados no Brasil são pequenos se comparados ao tamanho da população existente, e, por óbvio, a quantidade de órgãos ofertados é insuficiente para satisfazer a demanda. Dessa forma, cada órgão possui uma fila específica, pela qual se prioriza, além da compatibilidade sanguínea, a gravidade da doença do paciente, dando preferência para aquelas pessoas que possuem o risco de morte mais iminente (CIOATTO; PINHEIRO, 2017, p. 181).

Diante desse contexto, como as necessidades dos pacientes não conseguem ser atendidas pelo modelo estatal, os levam à tentação do mercado ilícito de compra e venda de órgãos. Acerca desse tema, conforme sustenta Carrara (2013):

Assim, fazendo um paralelo ao crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.434/97, na hipótese do agente que, acometido por uma enfermidade – ou em pessoa próxima – em um ato desesperado, efetua a compra de um órgão, para que possa se livrar do grave estado de saúde que se encontra acometido, indaga-se, se seria possível exigir desse agente conduta conforme o direito. Da mesma forma, pessoa que atravessa graves dificuldades financeiras, e, diante da inexistência de outras alternativas, procede a venda do próprio órgão, é possível exigir desse agente uma conduta conforme o direito. Em ambos os exemplos, parece ser o melhor entendimento que tais condutas se amoldam perfeitamente à excludente supralegal de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Nesse mesmo entendimento, disserta Betânia Juliana dos Santos (2018):

Não se trata, portanto, de fundamentar legitimamente um mercado negro de tráfico ilegal de órgãos, ou garantir saúde àqueles que possam pagar pelo procedimento enquanto pessoas carentes, à margem de políticas públicas cedem às suas enfermidades, mas sim de viabilizar uma teoria de impossibilidade de responsabilização penal do agente que procede a compra ou venda de órgãos humanos para fins de transplante, já que o bem jurídico vida não pode ser comparado, ou medido, sendo o valor maior e fundamental de qualquer ordenamento jurídico que preze pela representatividade e prática dos valores democráticos e efetivam os direitos humanos.

Nesse viés, embora este seja o entendimento da doutrina minoritária: de que há como incidir o aludido instituto excludente de culpabilidade, dado que não há como exigir da pessoa nessa situação outro comportamento frente a ameaça de sua vida; não há como tal corrente prosperar na atualidade, sobretudo em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, norteador de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar dos argumentos apresentados, sabe-se que o ordenamento jurídico brasileiro é pautado na dignidade da pessoa humana, o qual apresenta-se como princípio basilar da Constituição Federal (BRASIL, 1988), sendo o mesmo indisponível e, portanto, impassível de exceções. Nesse sentido, aduz Albuquerque (2017, p. 123): “Sendo assim, sob o ponto de vista da dignidade enquanto valor inerente de todo membro da espécie homo sapiens, a dignidade não pode ser violada, se mantém intacta e inalterada por toda a trajetória biográfica do indivíduo”.

Dessa forma, em razão da compra e venda de órgãos lesionar os bens jurídicos tutelados por esse crime, na forma do artigo 15 da Lei 9.434/97 (BRASIL, 1997), quais sejam: o direito à vida e à integridade física, bem como o princípio da dignidade humana, tal conduta não pode ser admitida no ordenamento jurídico atual. Conforme discutido anteriormente, tais bens jurídicos são classificados como direitos da personalidade, e, assim, como toda a ordem jurídica, possuem como base o princípio da dignidade da pessoa humana (CUPIS, 2004, p. 194).

Conforme dissertado, os direitos da personalidade se fazem indisponíveis, de modo que, no âmbito do tráfico de órgãos, isso não se faz diferente. Tal indisponibilidade dá-se em razão da proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, de forma

a proteger todos os cidadãos, individual e coletivamente (BUONICORE, 2021, p. 148).

Perante o exposto, torna-se evidente que, baseando-se no ordenamento jurídico brasileiro, não há como, hodiernamente, as teses sustentadas pela doutrina minoritária perdurarem, já que vão de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, e ferem os bens jurídicos tutelados pelo crime em estudo, quais sejam: a vida e a integridade física.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante toda a exposição acima realizada, resta evidente que, apesar das vedações existentes no ordenamento jurídico brasileiro, isto é, na Constituição Federal (BRASIL, 1988), na Lei nº 9.434/97 (BRASIL, 1997), assim como nos Códigos Penal (BRASIL, 1940) e Civil (BRASIL, 2002), o crime de tráfico de órgãos permanece na realidade brasileira.

Verifica-se, portanto, a falha no serviço estatal, em razão, principalmente, da ampla diferença entre o número de pacientes que necessitam de um transplante e a disponibilidade de órgãos existentes, que se faz muito inferior nesse contexto. Dessa forma, tal fator mostra-se como ponto de partida para o paciente terminal, em um ato de desespero para salvar a própria vida, buscar o amparo do mercado ilícito, pelo qual, em detrimento de uma quantia paga em dinheiro, fornecerá o órgão requisitado, de forma ágil, a fim de evitar a morte.

Mostra-se claro, assim, a vasta e real demanda carente de órgãos e tecidos humanos. Nesse cenário, se fazem presentes na legislação brasileira critérios com o intuito de impedir o comércio ilegal de órgãos e reprimir tais ações criminosas, sendo a Lei nº 9.434/97 (BRASIL, 1997), a responsável por dispor acerca da remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e estabelecer as penalidades para as condutas criminosas. Logo, como visto, em seu artigo 15, a referida lei veda a conduta de comprar e vender órgãos, tecidos ou partes do corpo humano, incorrendo na mesma pena, a qual é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos e multa, quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.

Observou-se, durante o presente estudo, que o objetivo da vedação pelo ordenamento jurídico da compra e venda de órgãos no Brasil, se dá em razão da proteção aos bens jurídicos tutelados pelo referido crime: direito à vida e à integridade física, os quais são classificados como direitos da personalidade, sendo direitos subjetivos absolutos, que regulamentam os aspectos mais essenciais e relevantes da personalidade humana, além de indisponíveis, ou seja, são direitos irrenunciáveis do ser humano.

Além da proteção aos bens jurídicos tutelados, a proibição do crime de compra e venda de órgãos deve-se, sobretudo, à proteção do princípio basilar da Constituição Federal (BRASIL, 1988): o princípio da dignidade da pessoa humana. Restando, o referido princípio, diretamente ligado aos bens jurídicos tutelados pelo crime em estudo.

Ademais, observou-se que, em relação ao embate entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da autonomia da vontade, não há dúvidas de que a autonomia encontra-se subordinada a um conjunto de direitos fundamentais, previstos no artigo 5º da Carta Magna, dentre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana. A restrição ao princípio da autonomia da vontade deve-se, assim, à proteção do princípio da dignidade humana, tanto em seu valor intrínseco, quanto em relação ao seu valor social.

Nesse viés, resta claro que a dignidade humana figura como núcleo essencial e indisponível da autonomia da vontade, não podendo, em nenhuma hipótese tornar-se disponível, uma vez que, para que o ser humano detenha a capacidade da autonomia, ele deve estar amparado pela dignidade humana.

Por fim, no último capítulo, analisou-se as hipóteses de cabimento dos institutos excludentes de ilicitude e culpabilidade: estado de necessidade e inexigibilidade de conduta diversa, defendidos pela doutrina minoritária.

Entretanto, demonstrou-se que, atualmente, apesar da referida posição defendida pela doutrina minoritária, de que há como prosperar o cabimento do estado de necessidade, assim como a inexigibilidade de conduta diversa, no caso de pessoas com doenças terminais que recorrem ao mercado ilícito para sobreviverem, não há, em virtude da Constituição Federal (BRASIL, 1988), como o mencionado entendimento prosperar, uma vez que o princípio da dignidade da pessoa humana veda tal conduta, já que as tais ações que mercantilizam o corpo humano ferem, de forma evidente, o referido princípio, basilar da Carta Magna, agindo o mesmo como limitador das ações humanas que possam lesionar bens jurídicos.

Após tal exposição, conclui-se que a vedação do tráfico de órgãos no ordenamento jurídico tem como principal argumento o princípio da dignidade da pessoa humana, de forma a proteger o indivíduo e a sociedade, bem como a conservação dos bens

jurídicos tutelados pelo crime analisado, os quais são indisponíveis e, portanto, não podem ser relativizados, atualmente, por nenhuma condição justificante.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Aline. **Dignidade humana: proposta de uma abordagem bioética baseada em princípios**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1140>. Acesso em: 9 de maio de 2023.

ANDRADE, Daniela Alves Pereira de. **O tráfico de pessoas para a remoção de órgãos: do Protocolo de Palermo à Declaração de Istambul**. São Paulo, 2011.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ÁVILA, G. N. de; GAUER, G. J. C.; GAUER, R. M. C.; ÁVILA, G. A. de; DRAGO, G. D. **Comércio de órgãos humanos: até onde vai a autonomia do indivíduo?** Diário & Justiça. Porto Alegre, v. 34, n. 1, p. 22-40, jan./jun. 2008. Disponível em: file:///C:/Users/scsle/Downloads/admin,+art_2+Revista+Direito+2008-1.pdf. Acesso em: 22 de abril de 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito Constitucional Contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **“Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional**. In: Revista dos Tribunais. vol. 9, 2012.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal. Introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. Coleção Ciência Criminais, v.1, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Forense, 2000.

BRASIL. **Código Civil. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Diário Oficial da União. Brasília. 2002. Disponível em: Acesso em: 22 de março de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em: 22 de março de 2023.

BRASIL. **Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm. Acesso em: 5 de abril de 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal**. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm. Acesso em: 22 de março de 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm. Acesso em: 22 de abril de 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.211, de Março de 2001.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10211.htm. Acesso em: 3 de abril de 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm. Acesso em: 3 de abril de 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm. Acesso em: 22 de março de 2023.

BRASIL, 2021. Ministério da Saúde. **FAQ Morte Encefálica.** Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/saes/snt/faq-morte-encefalica#:~:text=O%20que%20%C3%A9%20morte%20encef%C3%A1lica,tronco%20cerebral%20ou%20tronco%20encef%C3%A1lico>. Acesso em: 22 de março de 2023.

BRASIL, 2017. **Resolução - CFM, nº 2.173, de 15 de dezembro de 2017.** Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20171205/19140504-resolucao-do-conselho-federal-de-medicina-2173-2017.pdf>. Acesso em: 22 de março de 2023.

BRASIL, 2022. Ministério da Saúde. **Sistema Nacional de Transplantes.** Disponível em: <https://www.gov.br/saude/ptbr/composicao/saes/snt#:~:text=O%20Brasil%20possui%20o%20maior,88%25%20dos%20transplantes%20no%20pa%C3%ADs>. Acesso em: 22 de março de 2023.

BRASIL, 2019. Sociedade Brasileira de Nefrologia. **Cinquenta e cinco anos do primeiro transplante no Brasil.** Disponível em: <https://www.sbn.org.br/profissional/sbn-cientifico/blog-cientifico/single-cientifica/news/cinquenta-e-cinco-anos-do-primeiro-transplante-no-brasil#:~:text=Em%2016%20de%20abril%2C%20comemora,di%C3%A1lise%20peritoneal%2C%20por%20pielonefrite%20cr%C3%B4nica>. Acesso em: 11 de março de 2023.

BRASIL, **TRF-5 - ACR: 4280 PE 2003.83.00.027440-0**, Relator: Desembargador Federal Petrucio Ferreira, Data de Julgamento: 22/08/2006, Segunda Turma, Data de Publicação: 04/09/2006 - Página: 684 - Nº: 170 - Ano: 2006. Disponível : <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-5/273248/inteiro-teor-100207356>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

BRASIL, **TJ-MG - AC: 10024038927554001**, Relator: Fabio Maia Viani, Data de Julgamento: 23/09/2008, Câmaras Cíveis Isoladas / 18ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 17/10/2008. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1122271728>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

BUONICORE, Giovana Palmieri. **Tráfico de órgãos humanos: análise jurídico-penal e (bio) ética** / Giovana Palmieri Buonicore. - 3. ed. ver., atual., ampl. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**, 3ª edição. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2014. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788522488810/pageid/59>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

CAMPOS, Wellington José. **O tráfico de órgãos: breve análise da tutela ao bem jurídico**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 2013. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/36040/o-traffic-de-orgaos-breve-analise-da-tutela-ao-bem-juridico>. Acesso em: 15 de abril de 2023.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade: Disponibilidade relativa, autonomia e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. Volume I. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral**: 24^a ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020 – versão digital.

CARRARA, Eduardo Soares. **Descriminalização do crime de compra e venda de órgãos e tecidos humanos**. 2013. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/descriminalizacao-do-crime-de-compra-e-venda-de-orgaos-e-tecidos-humanos/#_ftn26. Acesso em: 22 de abril de 2023.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **El Medico y El Derecho Penal: I - La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)**. Barcelona: Bosch, 1979.

CIOATTO, Roberta Marina; PINHEIRO, Adriana de Alencar Gomes. **Transplante de órgãos humanos no Brasil: a temática não pode ser declarada morta**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1130>. Acesso em: 10 maio de 2023.

CONDE, Francisco Munhõz. **Teoria Geral do Delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DECLARAÇÃO DE ISTAMBUL, 2008. **Declaração de Istambul sobre Tráfico de Órgãos e Turismo de Transplante**. Disponível em: <http://www.transplante.rj.gov.br/Site/Arq/declaracaoistambul.pdf>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

DINIZ, Maria Helena. **O estudo atual do biodireito**. 7 ed. - São Paulo: Saraiva. 2010.

DOS SANTOS, BETÂNIA JULIANA. **Justificativa Penal para o tráfico de órgãos**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69811/justificativa-penal-para-o-traffic-de-orgaos/2>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2003.

FERNÁNDEZ, Javier Gafo. **10 Palavras-chave em Bioética**. Porto Alegre: Paulinas, 2000.

GARCIA, Clotilde Druck; PEREIRA, Lapão Dröse; GARCIA, Valter Duro. **Doação e transplante de órgãos e tecidos**. São Paulo: Segmento Farma, 2015. Disponível em: <https://www.adote.org.br/assets/files/LivroDoacaOrgaosTecidos.pdf>. Acesso em: 29 de março de 2023.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal – parte geral**. Volume 3. São Paulo: RT, 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. Volume 1. 22 ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2020.

HERKENHOFF, João Batista. **Direitos humanos: uma idéia, muitas vozes**. Aparecida/SP: Santuário, 1998.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal - Parte Geral**. 1º Volume. São Paulo: Editora Saraiva, 23 ed., 1999.

LEITE, George Salomão. 2021. **Direito fundamental à integridade física**. Disponível em: https://congressosebec.com.br/2021/06/04/direito-fundamental-a-integridade-fisica/#_ftn1. Acesso em: 22 de abril de 2023.

LOCH, Jussara de Azambuja. Princípios da bioética. Kipper DJ. (editor) **Uma introdução à Bioética**. Temas de Pediatria Nestlé, n73, 2002.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Direito Penal: parte geral**. 5 ed. Campinas, SP: Millennium, 2005.

MARIGHETTO, Andrea. 2019. **A dignidade humana e os limites dos direitos da personalidade**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-21/marighetto-dignidade-humana-limite-direitos-personalidade>. Acesso em: 10 de abril de 2023.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Direito Penal parte geral: lições fundamentais**. 7. ed. - Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos fundamentais: teoria geral**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, Nelson Camatta. **A função simbólica dos direitos fundamentais**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/45>. Acesso em: 10 maio. 2023.

MÕES, 2022. **Brasil tem quase 60.000 pacientes aguardando transplantes.** Disponível em: <https://www.poder360.com.br/saude/brasil-tem-quase-60-000-pacientes-aguardando-transplantes/>. Acesso em: 29 de março de 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Transplantes. Lei 9.434/97 de 4 de fevereiro de 1997. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** V.1. 7. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 10. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência.** Editora Saraiva, 2018.

PEDRA, Adriano Sant'ana. **As diversas perspectivas dos direitos fundamentais.** Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1227>. Acesso em: 8 maio. 2023.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico Penal e Constituição, 8ª edição.** Grupo GEN, 2018. *E-book.* ISBN 9788530982638. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982638/>. Acesso em: 17 de abril de 2023.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** Volume único. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** Parte Geral. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PROTOCOLO DE PALERMO, 2000. **Protocolo de Palermo.** Disponível em: <https://www.mdm.org.pt/wp-content/uploads/2017/10/Protocolo-de-Palermo.pdf>. Acesso em: 5 de abril de 2023.

RAMOS, 2007. **Tráfico de órgãos é terceiro crime mais lucrativo, segundo Polícia Federal.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-egislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cindra/noticias/trafico-de-orgaos-eterceiro-crime-mais-lucrativo-segundo-policia-federal>. Acesso em: 10 de abril de 2023.

RAMPAZZO, Lino. **Biodireito, Ética e Cidadania.** São Paulo: Cabral Editora, 2003.

RESENDE, 2020. **Tráfico de pessoas movimentada atualmente mais de 30 bilhões de dólares atualmente.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2020/07/27/trafico-de-pessoasmoviment-a-mais-de-30-bilhoes-de-dolares-anualmente>. Acesso em: 10 de abril de 2023.

REVISTA ÉPOCA. **Tráfico de órgãos no Brasil:** íntegra da entrevista com a antropóloga Nancy Scheper-Hughes. Por Eduardo Burckhardt. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Epoca/0,6993,EPT642472-1655,00.html>. Acesso em: 5 de abril de 2023.

ROCHA, 2022. **Brasil realizou mais de 12 mil transplantes pelo SUS em 2021, diz Saúde.** Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/brasil-realizou-maisde-12-mil-transplantes-pelo-sus-em-2021-diz-saude/#:~:text=LOTERIAS-,Brasil%20realizou%20mais%20de%2012%20mil,SUS%20em%202021%2C%20diz%20Sa%C3%BAde&text=De%20janeiro%20a%20novembro%20de,cerca%20de%2013%20mil%20procedimentos>. Acesso em: 29 de março de 2023.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.** Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Hegel.** São Paulo: Loyola, 1996.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral.** 6. ed., ampl. e atual. - Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro.** MONTEIRO, Antônio Pinto (org). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado.** Portugal: Almedina, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCOLANZI, Vinícius Barbosa. **Bem jurídico e Direito Penal.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3129, 25 jan. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20939>. Acesso em: 18 de maio de 2023.

SILVA, Elder Gomes da. **Tráficos de órgãos no Brasil.** Conteúdo Jurídico, Brasília DF, 2017. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590039&seo=1>. Acesso em: 29 de março de 2023.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito.** 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. TÁVORA, Nestor. **Curso de Processo Penal e Execução Penal.** 17. ed. reestrut., revis. e atual. - São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORRES, Caetano Alves. **Tráfico de órgãos humanos e crime organizado: sob a ótica da tutela dos direitos humanos.** Rio de Janeiro: PUC-RJ, 2007.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da inexigibilidade de conduta diversa.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral.** 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.