

A necessidade de um novo instrumento jurídico internacional para o enfrentamento ao tráfico de órgãos

Daniela Alves

Atualmente é Diretora Executiva do Centro de Estratégia, Inteligência e Relações Internacionais (CEIRI), Editora do CEIRI NEWS e Professora do IBMEC-SP para o contraturno do curso de Relações Internacionais. Também é pesquisadora do Laboratório de Bioética e Ética na Ciência do Hospital de Clínicas de Porto Alegre na linha de Saúde e Relações Internacionais. Formada em Relações Internacionais; Mestre em Medicina pela Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) com dissertação sobre os aspectos bioéticos relacionados ao comércio de órgãos; formada em Cooperação Internacional para o Desenvolvimento local pela USP e em Comunicação em Ambiente de Conflitos pelo Instituto Internacional de Liderança de Israel (TelAviv). Vencedora do Prêmio Libertas concedido pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime e Ministério da Justiça do Brasil pelo trabalho “Tráfico de Pessoas para Remoção de Órgãos: De Palermo a Istambul” e Vencedora do Prêmio The Outstanding Young Persons, concedido pela Junior Chamber International na categoria “Contribuição à infância, à paz mundial e aos direitos humanos”.



O tempo de espera para obtenção de órgão para transplante constitui-se em um dos grandes desafios relacionados à área da Saúde e uma constante em diversos países, inclusive no Brasil. O número de pessoas que aguardam um órgão e até mesmo falecem na espera de um transplante aumenta consideravelmente todos os anos, enquanto o número de doadores não cresce na mesma medida da necessidade de órgãos.

Neste contexto de escassez, surge o mercado ilícito mundial de órgãos humanos que se alimenta especialmente das necessidades econômicas de potenciais fornecedores, bem como das necessidades médicas de potenciais receptores.

A Organização Internacional de Polícia Criminal (INTERPOL, sigla em inglês) alerta sobre o rápido crescimento desta atividade criminosa. Em muitos países, as listas de espera para transplante são muito longas e os traficantes ou “corretores de órgãos” aproveitam a oportunidade para “explorar” o desespero dos pacientes e doadores em potencial¹.

Segundo a INTERPOL, as vítimas não são informadas adequadamente sobre os aspectos médicos da remoção de órgãos e são enganadas sobre os valores que receberão. Além disso, os destinatários pagam um preço muito maior do que os doadores recebem do intermediário, no caso, o traficante. Sua saúde, no limite, a vida, fica sob risco, pois as cirurgias de retiradas dos órgãos traficados podem ser realizadas em condições clandestinas e sem acompanhamento médico pós-operatório.

Casos reportados pela organização OrgansWatch², vinculada à Universidade de Berkeley, nos Estados Unidos, apresentam um esquema de pessoas pobres que vendem seus órgãos com a intenção de obter os meios mínimos de sobrevivência. Contudo, após a realização do transplante, são deixadas com pouco dinheiro, que não bastará para conter as consequências da cirurgia. Por não receber um acompanhamento pós-operatório, a perda da saúde daquele que vendeu seu órgão será gerada e agravada de tal forma que o levará a gastar o que recebeu para se tratar e, muitas vezes, será ele próprio o próximo enfermo necessitado a esperar na fila de transplantes³.

As transações geralmente são intermediadas por “negociadores internacionais”, envolvidos em operações milionárias⁴. Estes negociadores, ou “corretores de órgãos” chegam a cobrar entre U\$ 100,000.00 e U\$ 200,000.00 para organizar o transplante de um rim de um doador saudável e compatível. O preço pago ao “doador”, em geral, fica entre U\$ 1,000.00 e U\$ 5,000.00⁵.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) expressou sua preocupação pelo aumento acelerado do comércio de órgãos devido à grande demanda e à insuficiente oferta existente de doadores, razão pela qual o mercado ilícito tem se expandido continuamente. Neste contexto, em 2004, a organização solicitou aos Estados-Membros para *“tomarem medidas no sentido de proteger os grupos mais pobres e vulneráveis contra o turismo de transplante e a venda de tecidos e órgãos, prestando atenção ao problema mais vasto do tráfico inter-*

1 INTERPOL. Trafficking in human beings. Acesso em: 24 nov 2010. Disponível: <<http://www.interpol.int/Public/THB/default.asp>>

2 Projeto formado por uma equipe de antropólogos, ativistas de direitos humanos, médicos e especialistas em medicina social, que se juntaram para pesquisar o contexto socioeconômico do transplante de órgãos.

3 SCHEPER-HUGHES N. Parts Unknown – Undercover ethnography of the organs-trafficking underworld. *Etnography*, v. 5, n. 1, 2004.

4 Idem.

5 SCHEPER-HUGHES N. Organs Without Borders. *Foreign Policy*, n. 146, jan.-fev. 2005. p. 26.

nacional de tecidos e órgãos humanos”⁶.

O problema que potencializa esta preocupação diz respeito ao fato de o objeto específico denominado Tráfico de Tecidos, Órgãos e Células Humanas estar inserido normalmente no escopo restrito do Tráfico de Pessoas.

Para compreender essa conjuntura se faz necessário apresentar a evolução do conceito “Tráfico de Pessoas”. Como afirma Ela Wiecko V. de Castilho (2008), de 1904 a 2000 há uma evolução histórica acerca do tratamento normativo internacional relacionado ao tráfico de pessoas⁷.

Essas alterações podem ser classificadas em 3 fases. A primeira diz respeito às pessoas objeto de proteção. As vítimas eram, inicialmente, as mulheres brancas, depois mulheres e crianças, e, finalmente, os seres humanos.

A segunda também se relaciona às vítimas. Até o Protocolo de Palermo elas eram tratadas quase como criminosas, por sua vez, este Protocolo procurou garantir que sejam tratadas como pessoas que sofreram graves abusos. Explicita no art. 2 como um dos seus objetivos “*proteger e ajudar as vítimas desse tráfico, respeitando plenamente os seus direitos humanos*”. Para concretizá-lo, os Estados membros devem criar serviços de assistência e mecanismos de denúncia.

A terceira fase é relativa à finalidade do tráfico. Nas Convenções até 1950 dominava a preocupação de coibir o tráfico para fins de prostituição. Com a Convenção Interamericana sobre o Tráfico Internacional de Menores é introduzida uma nova preocupação, repetida no Protocolo para Prevenir, Reprimir e Sancionar o Tráfico de Pessoas. Trata-se de combater o tráfico de pessoas com *propósitos ilícitos*, neles compreendidos, entre outros, a prostituição, a exploração sexual (não mais restrita à prostituição, como, por exemplo, o casamento forçado) e a servidão.

O Protocolo de Palermo emprega a cláusula *para fins de exploração*, o que engloba qualquer forma de exploração da pessoa humana, seja ela sexual, do trabalho ou a remoção de órgãos.

No ano 2000, 117 países assinaram o denominado, ou melhor, o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças.

Este instrumento foi internalizado pelo Brasil em seu ordenamento jurídico em 12 de março 2004, pelo Decreto nº 5.017, fornecendo a primeira definição de Tráfico de Pessoas para fins de Remoção de Órgãos:

Art. 3º, “a” – “A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade, ou à entrega ou aceitação de benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de explora-

6 WHO - WORLD HEALTH ORGANIZATION. Resolução da Assembleia Mundial da Saúde 57,18, sobre órgãos e transplantes de tecidos, 22 de maio de 2004. Acesso em: 25 mai 2010. Disponível: <http://www.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA57/A57_R18-en.pdf>

7 CASTILHO EWV. Tráfico de pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo. Acesso em: 20 mai 2008. Disponível: <http://blogdanielaalves.wordpress.com/2008/05/artigo_trafico_de_pessoas.pdf>

ção. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravidão ou práticas similares à escravidão, a servidão ou a remoção de órgãos.”

Conforme visto, embora a questão do Tráfico de Pessoas para fins de Remoção de Órgãos estivesse representada no Protocolo de Palermo, pouca atenção foi destinada ao tema e a sua especificidade frente às outras formas de exploração que constitui o crime de Tráfico de Pessoas, da mesma maneira que, na internalização feita pela legislação brasileira, o Tráfico de Tecidos, Órgãos e Células Humanas não está configurado com autonomia.

No âmbito nacional, antes do advento da Lei nº 13.344/2016, o tráfico nacional e internacional de pessoas era considerado apenas com a finalidade de exploração sexual. Com a nova legislação passou a ser considerado crime contra liberdades individuais, vinculado a outros tipos de exploração, como o trabalho escravo, adoção ilegal e remoção de órgãos. Sendo assim, a legislação brasileira passou a ficar compatível com o dispositivo internacional do Protocolo de Palermo.

A Declaração de Istambul

Com objetivo de debater um quadro jurídico mais específico e encontrar alternativas para enfrentar os problemas relacionados ao tráfico de órgãos, foi realizada em Istambul uma reunião de cúpula, com mais de 150 representantes de entidades médicas e científicas de todo o mundo, funcionários de governo e cientistas sociais, entre os dias 30 de abril e 2 de maio de 2008, conforme consta na tabela abaixo:

TABELA 1 - PAÍSES PARTICIPANTES DA CÚPULA DE ISTAMBUL (Detalhado o número de Representantes por país)

PAIS	Nº	PAIS	Nº	PAIS	Nº
África do Sul	5	EUA	10	Nova Zelândia	2
Alemanha	3	Filipinas	6	Países Baixos	5
Arábia Saudita	2	França	6	Paquistão	3
Armênia	1	Geórgia	1	Peru	1
Austrália	4	Guatemala	1	Polônia	1
Áustria	1	Hong Kong	1	Qatar	1
Bahrein	1	Iémen	1	Quirguistão	1
Bélgica	4	Índia	5	Reino Unido	3
Bósnia	1	Irã	4	República Popular da China	4
Brasil	5	Irlanda	2	Rússia	1
Camboja	1	Israel	2	Síria	2
Canadá	5	Itália	2	Sudão	1
Chile	1	Japão	4	Suécia	2
Colômbia	1	Kuwait	1	Suíça	1
Coreia do Sul	1	Líbano	3	Tailândia	1

Costa Rica	1	Líbia	1	Taiwan	1
Croácia	1	Macedônia	1	Trinidad e Tobago	1
Cuba	1	Malásia	1	Tunísia	2
Egito	4	Mali	1	Turquia	2
Emirados Árabes Unidos	2	México	3	Uruguai	1
Eslováquia	1	Moldávia	1	Uzbequistão	1
Espanha	3	Nigéria	2	Venezuela	1
Estônia	1	Noruega	1		

Os trabalhos de preparação da cúpula foram realizados por um “Comitê Diretor” convocado pela The Transplantation Society (TTS) e pela International Society of Nephrology (ISN), em Dubai, em Dezembro de 2007.

O consenso dos participantes desta cúpula deu origem à Declaração de Istambul sobre Tráfico de Órgãos e Turismo de Transplante (Declaração de Istambul), onde são sugeridas estratégias para aumentar o número de doadores legais, evitar o tráfico de órgãos e o turismo de transplante.

A Declaração de Istambul tem como base a definição de 3 conceitos: (1) Tráfico de Órgãos; (2) Comércio dos Transplantes e (3) Turismo de Transplante.

Para a questão do Tráfico de Órgãos a Declaração de Istambul faz uma adaptação da definição existente no Protocolo de Palermo:

“O tráfico de órgãos consiste no recrutamento, transporte, transferência, refúgio ou recepção de pessoas vivas ou mortas ou dos respectivos órgãos por intermédio de ameaça ou utilização da força ou outra forma de coação, rapto, fraude, engano, abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade, ou da oferta ou recepção por terceiros de pagamentos ou benefícios no sentido de conseguir a transferência de controle sobre o potencial doador, para fins de exploração através da remoção de órgãos para transplante.” (Declaração de Istambul, 2008).

A principal diferença existente entre a Declaração de Istambul e o Protocolo de Palermo está relacionada ao tráfico de órgãos em si, separado do doador, ou seja, o tráfico de partes do corpo humano, que não é abordado pelo Protocolo. De acordo com o Protocolo de Palermo, para constituir crime de tráfico de seres humanos para a remoção de órgãos, a pessoa tem de ser transportada com a finalidade de remoção dos seus órgãos. Este é um aspecto essencial, tanto que durante o United Nations Global Initiative to Fight Human Trafficking Forum, realizado em fevereiro de 2008, em Viena, chegou a ser citada a ausência do tráfico de partes do corpo humano no Protocolo de Palermo.

Os princípios do Protocolo e da Declaração rejeitam a coisificação do corpo humano, ou seja, reduzi-lo a um meio e apropriá-lo como um objeto. Neste contexto, objetivando impedir que os órgãos humanos sejam considerados como mais uma “mercadoria na prateleira do comércio global” procurou-se esclarecer em Istambul o significado de “comércio dos transplantes”:

“O comércio 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”. (Declaração de Istambul, 2008).

Além do comércio de órgãos, a Declaração procurou esclarecer a questão da sua circulação, doadores, receptores ou profissionais do setor do transplante, diferenciando o que é aceitável (viagens para fins de transplante) e o que não é aceitável (turismo de transplante) nesta logística global:

“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 transplantes* se envolverem o tráfico de órgãos e/ou o comércio dos transplantes ou se os recursos (órgãos, profissionais e centros de transplante) dedicados à realização de transplantes para os pacientes de fora de um determinado país prejudicarem a capacidade de prestação de serviços de transplante para a sua própria população”. (Declaração de Istambul, 2008).

Para a melhor reflexão sobre o conceito de turismo de transplante, apresentaremos o caso, divulgado na imprensa, de um empresário gaúcho que recorreu ao sistema colombiano para a realização de um transplante hepático.

28 Geral

ZERO HORA DOMINGO, 9 DE AGOSTO DE 2009

SAÚDE IMPORTADA

Empresário gaúcho faz transplante na Colômbia

Prática é polêmica mas pode ser alternativa para quem tem recursos e não pode esperar pela fila

Figura 1 - Reportagem no jornal Zero Hora: empresário gaúcho faz transplante na Colômbia

A matéria publicada no jornal Zero Hora apresentou que o empresário gaúcho estava “cansado de esperar na fila por um transplante de fígado” e, para resolver o problema, desembolsou US\$ 100 mil para fazer a cirurgia na Colômbia. Diagnosticado com hepatite C, em 2004, passou dois anos fazendo exames e outros dois na fila, à espera de um doador⁸.

“Me disseram que eu estava bem, que não era um caso de urgência, mas eu não me sentia bem. O que adianta ter dinheiro e morrer na fila esperando um órgão? Precisava encontrar uma alternativa e cheguei à Colômbia”, relata para a jornalista Letícia Barbieri.

A reportagem acrescenta que “ao identificar a possibilidade da doação no país vizinho, o empresário contratou um advogado que encaminhou um processo para a cirurgia na Co-

8 COLÔMBIA. Lei 919 de 2004. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=15507>>. Acesso em 4 de junho de 2014.

lômbia. Para o procedimento, ele precisou passar três meses em Medellín. No primeiro mês fez exames, aguardou 10 dias pela autorização da Justiça para o transplante e foi chamado para a cirurgia em questão de três dias, logo que apareceu um doador”.

“Quero dizer para as pessoas que têm condições, que há uma luz no fim do túnel. Eu, que me sentia com os dias contados, comecei a sorrir novamente”, relata o empresário.

Na Colômbia era possível a prestação de serviços de transplantes para estrangeiros não residentes no país, mas o artigo 40 do Decreto Nacional 2.493 de 2004 indicava que:

“(...) a prestação de serviços de transplante de órgãos ou implante de tecidos a estrangeiros não residentes no território nacional poderá ser efetuada sempre e quando não existam receptores nacionais ou estrangeiros residentes na Colômbia na lista regional e nacional de espera, levando em consideração os critérios únicos técnicos-científicos de captação e seleção, e prévia assinatura de contrato da instituição com o receptor ou a entidade que assumirá o custo da atenção” (tradução livre).

O parágrafo do Artigo 1º da lei 919 de 2004 adicionava ao Código Penal colombiano⁹ que aqueles que disponibilizam serviços de transplantes podem cobrar os custos gerados pelo procedimento:

“ (...) as instituições que funcionem com a devida autorização, como bancos de tecido e de medula óssea e as instituições prestadoras de serviços de saúde com programas de transplantes habilitados, poderão cobrar os custos ocasionados pela hospitalização do doador vivo, o cuidado médico do mesmo, o diagnóstico, a extração, a preservação, as provas ou exames requeridos previamente para a doação ou o fornecimento de medicamentos e os controles subsequentes ao procedimento” (tradução livre).

A grande questão levantada pela Corte Constitucional da Colômbia é da possibilidade de ter ocorrido o turismo de transplante (conceito da Declaração de Istambul). A Corte ressalta que o empresário gaúcho foi incluso na lista de espera para transplante de fígado no dia 12 de dezembro de 2008 e por ordem de um juiz de tutela que intimou o artigo 40 do Decreto 2.493 de 2004. Ainda de acordo com a Corte, o procedimento foi realizado no Hospital San Vicente de Paúl 10 dias após sua inclusão, ou seja, no dia 22 de dezembro de 2008. O procedimento foi denunciado à Fiscalía General de la Nación, mas não há informações públicas sobre o andamento do processo¹⁰.

O relatório de 2009 do Instituto Nacional de Saúde da Colômbia sobre transplantes de órgãos e tecidos indica que, em 2008, o tempo médio de um receptor de fígado na lista de espera era de 10,3 meses¹¹. A tabela abaixo apresenta que no primeiro semestre de 2008 havia uma fila de espera de 7 pessoas no Hospital San Vicente de Paul, onde o empresário realizou o transplante.

9 COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-1088de 2012. Acesso 4 jun 2014. Disponível: <<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalJurisprudencia/anexo/14JVColumbiaCCsetembro.pdf>>

10 Idem.

11 Instituto Nacional da Saúde. Informe I Semestre de 2009 Trasplante de Órganos y Tejidos, 2009. Acesso 4 jun 2014. Disponível: <http://www.asocolnef.com/userfiles/file/TNF_COORD_NAL_MINPROT_I%20SEMESTRE%202009.pdf>

TABELA 2 - LISTA DE ESPERA PARA TRANSPLANTE HEPÁTICO, COLÔMBIA, I SEMESTRE 2008-2009

Cuadro 10 Lista de espera Trasplante Hepático, Colombia I Semestre 2008 - 2009		
IPS	Numero de receptores al 2008	Numero de receptores al 2009
Fundación Cardio Infantil	32	31
Fundación Santafé de Bogotá	35	28
Hospital Universitario San Vicente De Paul	7	9
Hospital Pablo Tobon Uribe	6	7
Fundación Valle De Lili	8	3
TOTAL	88	78

Fuente: Registro Nacional de Donación y Trasplantes

Fonte: Instituto Nacional da Saúde. “Informe I Semestre de 2009 Trasplante de Órganos y Tejidos”, 2009.

O mesmo relatório indica que, no primeiro semestre de 2008, do total de transplantes realizados no país 4,64% foi para estrangeiros, mas o relatório não informa se os estrangeiros eram ou não residentes na Colômbia.

Uma matéria do jornal colombiano Caracol, publicada em outubro de 2008, indicava que o custo de um transplante hepático no país era entre 65 a 80 milhões de pesos. Realizando a conversão do peso colombiano para o dólar com o câmbio do mesmo período¹², e utilizando como base o valor máximo indicado na matéria, com 80 milhões, chegamos ao valor de 35.304,00 dólares na cotação do dia 12 dezembro de 2008.

TABELA 3 - CONVERSÃO DO PESO COLOMBIANO PARA O DÓLAR COM O CÂMBIO DO DIA 12/12/2008

Conversão de: PESO/COLOMBIA/COP (720) Valor a converter: 80.000.000,00	Para: DOLAR DOS EUA/USD (220) Resultado da conversão: 35.304,00
Data cotação utilizada: 12/12/2008 Taxa: 1 PESO/COLOMBIA/COP (720) = 0,0004413 DOLAR DOS EUA/USD (220) 1 DOLAR DOS EUA/USD (220) = 2266,0321777 PESO/COLOMBIA/COP (720)	

Em 2010 foi publicado na Revista da Associação Médica Brasileira¹³ um estudo sobre o custo do transplante hepático em um hospital universitário do Brasil. A análise teve como foco o ano de 2007 e apresentou como resultados que o *custo médio* do transplante hepático no Hospital Universitário Walter Cantídio (HUWC) foi de US\$ 20.605,01.

“O item que onerou predominantemente o custo foi o repasse para equipe profissional envolvida na captação e transplante; seguido pelas diárias, medicamentos da cirurgia e internamento; e produtos (materiais e medicamentos) utilizados na captação. Quanto ao repasse do SUS, o HUWC recebeu US\$1.322,97 para a captação, US\$ 3.223,56 para os honorários médicos e US\$ 32.235,68 pelo pacote do transplante hepático que inclui do procedimento cirúrgico até o sétimo dia de internamento”.

¹² Cálculo realizado com o conversor de moedas do Banco Central do Brasil.

¹³ PORTELA PM; NERI RDE; FONTELES FMM; GARCIA PHJ; FERNANDES PEM. O custo do transplante hepático em um hospital universitário do Brasil, Revistada Associação Médica Brasileira, 2010.

Os valores de custos referentes ao transplante hepático na Colômbia e no Brasil eram próximos. Portanto o valor pago de US\$ 100 mil para os custos de transplante do empresário está fora do padrão máximo que deveria ter sido cobrado, dentro do que estabelece a legislação colombiana¹⁴.

Nesta conjuntura, a Corte Constitucional da Colômbia indagou se a possibilidade de estrangeiros acessarem o sistema de transplante colombiano estaria incentivando o turismo de transplante, prejudicando a capacidade de prestação de serviços de transplante para a sua própria população, como indica a definição da Declaração de Istambul:

“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 comércio dos transplantes ou se os recursos (órgãos, profissionais e centros de transplante) dedicados à realização de transplantes para os pacientes de fora de um determinado país prejudicarem a capacidade de prestação de serviços de transplante para a sua própria população”.

Após diversos casos controversos na Colômbia relacionados ao turismo de transplante, no dia 4 de agosto de 2016 foi alterada a lei 919 de 2004, proibindo no artigo 10º a prestação de serviços de transplantes para estrangeiros não residentes no território nacional, salvo se o receptor seja cônjuge ou companheiro permanente. Excepcionalmente, o Ministério da Saúde poderá autorizar transitoriamente os transplantes a estrangeiros quando se comprove devidamente que os tecidos disponíveis são suficientes para atender a demanda interna. Também foi retirado o parágrafo na lei de 2004 sobre a possibilidade de cobrar os custos ocasionados pela hospitalização do doador.

É devido destacar que a Lei brasileira nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento indica:

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

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

§ 1.º Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 100 a 150 dias-multa.

§ 2.º Se o crime é praticado em pessoa viva, e resulta para o ofendido:

I - incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV - aceleração de parto;

Pena - reclusão, de três a dez anos, e multa, de 100 a 200 dias-multa

§ 3.º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta para o ofendido:

I - Incapacidade para o trabalho;

II - Enfermidade incurável;

14 É importante ressaltar que se deseja na apresentação deste caso apenas expor os elementos que levaram o governo colombiano a indagar sobre a possibilidade de ter ocorrido Turismo de Transplantes, possibilitando, desta forma, a reflexão sobre o conceito da Declaração de Istambul.

III - perda ou inutilização de membro, sentido ou função;

IV - deformidade permanente;

V - aborto;

Pena - reclusão, de quatro a doze anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

§ 4.º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta morte:

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

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 aufere qualquer vantagem com a transação.

Voltando à Declaração de Istambul, cabe ressaltar que ela tem por objetivo estabelecer princípios básicos sobre um determinado tema e não gera uma obrigação aos Estados em assumir um compromisso, mas expressa uma vontade, ainda que informal, em adotar medidas para aplicar em sua jurisdição os princípios contidos na Declaração.

Para o combate ao crime em questão, o mais adequado seria a elaboração de um Protocolo relativo ao Tráfico de Órgãos adicional à Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional. Esta Convenção é complementada por três protocolos que abordam áreas específicas do crime organizado: o Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças; o Protocolo Relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea; e o Protocolo contra a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo, suas peças e componentes e munições.

Apesar dos protocolos internacionais também não gerarem uma obrigação efetiva por parte dos Estados, eles têm como principal benefício a apresentação de uma base global comum para a definição e implementação de políticas públicas, sendo também um norte de princípios a serem aplicados na jurisdição de cada país, padronizando conceitos e práticas.

A ideia da elaboração de um protocolo sobre tráfico de órgãos foi apresentada por Rachel Mayanja, Assessora Especial do Secretário-Geral da ONU sobre as Questões de Gênero e a Promoção das Mulheres, e idealizadora do estudo lançado em 2009 sobre Tráfico de órgãos e células e tráfico de seres humanos para a remoção de órgãos, e solicitado como urgente pela Organização das Nações Unidas (ONU) e pelo Conselho Europeu.

A intenção do estudo era estimular o desenvolvimento de pesquisas, debates e trocas de experiências para colocar a questão do tráfico de órgãos na agenda da Assembleia Geral da ONU, que tem competência para elaborar e aprovar um novo protocolo com o objetivo de combater o tráfico de órgãos, tecidos e células, proteger as vítimas e processar os infratores, consolidando, assim, um instrumento jurídico internacional vinculativo baseado nas questões bioéticas inseridas neste tema.

Em 2011, a ONU ressalta que não é conhecido o índice do tráfico de órgãos em relação ao tráfico de pessoas para extração de órgãos. No entanto, consideraram que, com frequência, não é possível conservar os órgãos por períodos prolongados, logo se supõe que o tráfico de pessoas para fins de extração de órgãos representa uma porcentagem considerável dos casos. Porém, a lógica aplicada neste documento considerou no tráfico de órgãos apenas o intento de transplantes, sem considerar a possibilidade de existência de outras finalidades, repetindo o mesmo procedimento da Declaração de Istambul:

“O tráfico de órgãos consiste no recrutamento, transporte, transferência, refúgio ou recepção de pessoas vivas ou mortas ou dos respectivos órgãos (...) para fins de exploração através da remoção de órgãos para transplante.” (Declaração de Istambul, 2008).

Um exemplo a ser considerado encontra-se no estudo de Annie Cheney, intitulado “Corretores de corpos: por dentro do submundo do comércio de cadáveres nos EUA”¹⁵. Nesse estudo, a autora expõe como tecidos, órgãos, tendões, ossos, juntas, membros, mãos, pés, torsos e cabeças retirados de cadáveres são o foco de importantes e lucrativos negócios para o avanço do conhecimento científico e aprimoramento da técnica médica.

Também há exemplos de utilização de partes do corpo humano para fins de feitiçaria¹⁶.

Outra questão a ser considerada está relacionada ao tráfico de partes do corpo humano. De forma inédita, a pesquisadora Simon Fellows, ao elaborar o relatório “Tráfico de Partes do Corpo em Moçambique e na África do Sul”¹⁷ dialogou com várias organizações internacionais e instituições estatais, incluindo a Anistia Internacional, Human Rights Watch, UNICEF e o Departamento de Estado dos Estados Unidos, pedindo-lhes para que fornecessem as suas definições de “tráfico de partes do corpo”, mas nenhuma dessas organizações e entidades forneceu a definição solicitada. A maioria respondeu citando o Protocolo de Palermo, assumindo que era uma situação que envolvia transplantes em que a pessoa teria de ser traficada.

Consequentemente, para chegar a uma definição de “tráfico de partes do corpo humano”, FELLOWS utilizou do seguinte raciocínio:

“Se uma parte de corpo for usada ou vendida num local diferente do local de onde foi removida do corpo, então terá ocorrido movimento da parte do corpo. Tráfico é o ato de movimentar e comercializar algo ilegal. Uma vez que estar na posse de partes de corpo para fins comerciais é considerado ilegal, este relatório argumenta que o movimento de uma parte de corpo para venda ou transação comercial é tráfico de partes de corpo” (FELLOWS, 2009).

Após expor a estrutura do problema, FELLOWS chegou a seguinte definição:

“É considerado tráfico de partes de corpo o transporte ou o movimento de uma parte de corpo, quer através de uma fronteira ou dentro de um país para venda ou transação comercial” (FELLOWS, 2009).

Esse estudo foi inovador ao detectar a ausência do “tráfico de partes do corpo humano” nos instrumentos jurídicos internacionais, porém não apresenta o que compõe as “partes do corpo humano”, deixando subtendido, ao longo de seu texto, que está considerando os órgãos, tecidos e células (além das partes, como mãos, cabeça, genitálias etc.) como “partes

15 CHENEY, A. Body Brokers: Inside America's Underground Trade in Human Remains. Broadway Books, 2007.

16 UNREPORT WHRIN. Witchcraft Accusations and Persecution; Mutil Murders and Human Sacrifice: Harmful Beliefs and Practices Behind a Global Crisis in Human Rights. 2017. Disponível em: <<http://www.whrin.org/wp-content/uploads/2017/10/2017-UNREPORT-final.pdf>>

17 FELLOWS, S. Tráfico de Partes do Corpo em Moçambique e na África do Sul. Liga Moçambicana dos Direitos Humanos, 2009.

do corpo humano”, sem diferenciá-los.

Outra questão importante da definição de FELLOWS foi a limitação do crime com a finalidade de “venda ou transação comercial”, sem levar em consideração as outras formas de exploração que podem ser inseridas no tráfico de partes do corpo humano.

Mostrando ainda as ausências conceituais, ou incompletude das definições, podemos voltar à Declaração de Istambul, na qual existe a conceituação de Tráfico de Órgãos relacionada à “finalidade” desse crime. A definição apresentada pela Declaração traz um avanço significativo para a evolução da reflexão sobre o tema, mas, ainda sim, está limitada quando reduz a possibilidade de exploração apenas “através da remoção de órgãos para transplante”, logo, não foi considerada a possibilidade da remoção de órgãos para fins além dos transplantes.

Como visto, essa limitação conceitual existente nos instrumentos jurídicos mencionados reduz o problema a uma das suas expressões e, graças a isso, ainda limita a sua autonomização, pois, apesar de já conseguir ver a coisificação do órgão humano e mesmo perceber a sua transformação em *commoditie*, ainda não o coloca no escopo de uma mercadoria descaracterizada de qualquer vínculo com o uso para salvar uma vida humana, ou seja, não insere no processo de conceituação do Tráfico de Órgãos a possibilidade de um órgão ou partes do corpo humano ser reduzido criminosamente a um objeto frio, descaracterizado de humanidade, como uma *coisa* que pode ter várias utilidades, além de ser transplantado para outro ser humano, o que reivindica um arcabouço conceitual considerando os vários aspectos, dimensões, expressões e frentes para que seja possível o enfrentamento destes crimes e a adequada proteção e assistência integral às vítimas.

Também considerando os elementos apresentados, o relatório do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC, sigla em inglês), publicado em 2015, também reforçou a tese sobre a necessidade de desenvolver um instrumento jurídico internacional dedicado a definir conjuntamente o termo “tráfico de órgãos”, incluindo disposições para penalização, prevenção, proteção e assistência às vítimas.

O marco global para reprimir no plano penal o tráfico de órgãos humanos

Como já mencionado, sabe-se que o tráfico de órgãos é um problema global pouco visível, com escassos dados oficiais que facilitam a negação da existência deste problema. Porém, com a evidente emergência deste problema na Europa, especialmente com a crise de refugiados, se fez necessário abordar a questão de forma mais contundente do que ocorria até então.

No início de 2017, a Sociedade Internacional de Transplantes alertou que o tráfico de órgãos estava aumentando na Europa e na África Oriental, especialmente no Sudão, Líbia e Egito, devido a situação sociopolítica da região e a crise de refugiados dos últimos anos, impactando diretamente as fronteiras da Europa e Turquia¹⁸.

18 SENADO DE LA REPUBLICA DE MÉXICO. El tráfico de órganos en europa: avances recientes en la generación de mecanismos jurídicos y de cooperación para su combate. Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques, 2018. Disponível em: <https://centrogilbertobosques.senado.gob.mx/docs/NI_Trafico-Organos-Europa_170418.pdf>. Acesso em 4 de nov. de 2018.

Por sua vez, a União Europeia, o Conselho Europeu e a Organização para a Segurança e a Cooperação para Europa (OSCE) implementaram instrumentos jurídicos vinculantes para combater o tráfico de órgãos, sendo o mais recente e ambicioso, por suas contribuições em matéria penal e proteção às vítimas, a “Convenção do Conselho Europeu contra o Tráfico de Órgãos Humanos”¹⁹.

Com sua entrada em vigor no dia 1º de março de 2018, esta Convenção é considerada o primeiro marco global para reprimir no plano penal o tráfico de órgãos humanos, proteger as vítimas e penalizar os traficantes. A dimensão global é caracterizada pela possibilidade de qualquer país do mundo poder firmar e ratificar esta Convenção, mesmo se o país não for membro da União Europeia ou com status de observador no Conselho Europeu. Atualmente, 23 Estados assinaram²⁰ a Convenção e 9 países ratificaram, sendo a Costa Rica, até o momento, o único país não membro do Conselho Europeu a assinar.

O Preâmbulo do tratado faz menção à Declaração Universal dos Direitos Humanos, à Convenção do Conselho Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, à Convenção do Conselho Europeu sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina, ao Protocolo Adicional à Convenção sobre Direitos Humanos e a Biomedicina sobre o Transplante de Órgãos e Tecidos de Origem Humana, ao Protocolo para Prevenir, Suprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e Crianças, complementando a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e a Convenção do Conselho da Europa contra o Tráfico de Seres Humanos. Trata-se, portanto, de um conjunto de dispositivos com os quais a nova Convenção se relaciona de forma complementar, sem afetar os direitos e obrigações estabelecidos por todos os instrumentos internacionais mencionados.

A Convenção apresenta-se com as seguintes finalidades:

- a. Prevenir e combater o tráfico de órgãos humanos, prevendo a criminalização de determinados atos;
- b. Proteger os direitos das vítimas dos delitos estabelecidos em conformidade com a presente Convenção;
- c. Facilitar a cooperação a nível nacional e internacional sobre a luta contra o tráfico de órgãos humanos.

De forma inédita, a Convenção é aplicada ao “*tráfico de órgãos humanos para fins de transplante ou outros fins, e a outras formas de remoção ilícita e de implantação ilícita*”. Portanto, o escopo apresentado não limita a finalidade do tráfico de órgãos, evitando uma interpretação restrita e sem flexibilidade, permitindo, assim, o devido enquadramento das múltiplas aplicabilidades. Esta abordagem reconhece a extração ilegal de órgãos *per se* como um abuso aos direitos humanos, independentemente do uso posterior dos órgãos e da condição da pessoa explorada.

Diversos autores ressaltam que não existe neste tratado uma definição clara do que é

19 Convenio do Conselho Europeu contra o tráfico de órgãos humanos. Disponível em: <<https://wed.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec%282014%291205/10.3&Language=lanEnglish&Ver=app10&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864>>

20 CONSELHO EUROPEU. Quadro de assinaturas e ratificações da Convenção contra o Tráfico de Órgãos Humanos. Disponível em: < https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/216/signatures?p_auth=7ZBZh2Hj>

o tráfico de órgãos, apresentando um amplo escopo referente a “qualquer atividade ilícita relativa a órgãos humanos”. No entanto, pode-se considerar que todos os elementos da definição apresentada pela Declaração de Istambul encontram-se ao longo desta Convenção, considerando, como já mencionada, a modernização proporcionada por este tratado ao não restringir a finalidade do tráfico aos transplantes.

A Convenção utiliza para definição de órgão humano o mesmo conceito utilizado pela Diretiva da União Europeia 2010/53/EU, apresentando o entendimento de “órgão humano” como:

“uma parte diferenciada do corpo humano, formada por diferentes tecidos, que mantém a sua estrutura, vascularização e capacidade para desenvolver funções fisiológicas com um nível significativo de autonomia. Uma parte de um órgão é também considerada um órgão se a sua função for usada para o mesmo propósito que o órgão inteiro no corpo humano, mantendo os requisitos de estrutura e vascularização”. (Artigo 2.2.)

Portanto, ficou estabelecido o âmbito material circunscrito aos órgãos humanos que na organização biológica podem ser considerados de um nível de complexidade superior aos tecidos.

O artigo 4º do instrumento também apresenta o conceito de “remoção ilícita de órgãos”, tendo como base os princípios do consentimento livre e informado, bem como a gratuidade da doação, constituindo a ausência desses princípios uma condicionante para a existência do tráfico. O consentimento é a base ética de todas as intervenções médicas e, portanto, possui grande relevância para a questão da remoção de órgãos.

Cabe ressaltar que o tratado não aborda a questão relacionada a pessoas incapazes de manifestar o seu consentimento livre e informado para a doação de órgãos²¹. Porém, no artigo 13º, que trata das circunstâncias agravantes, também foi considerado o delito cometido “contra uma criança ou qualquer outra pessoa particularmente vulnerável”, logo, é possível considerar que, no caso de o crime ser cometido contra pessoas incapazes de manifestar seu consentimento livre e informado, este poderá ser considerado um elemento agravante na determinação da sanção.

Além disso, a expressão “ganho financeiro ou vantagem comparativa” não inclui a compensação e quaisquer outras despesas justificáveis causadas pela remoção ou pelos exames médicos relacionados, ou compensação em caso de danos que não sejam inerentes à remoção de órgãos. Esta exceção busca incluir na Convenção os países que possuem em seu arcabouço jurídico a previsão de compensações para os doadores, como no caso da Austrália e seu “Programa de Apoio aos Doadores de Órgãos Vivos”²², cujo programa busca garantir que o custo financeiro não seja uma barreira para que uma pessoa decida efetivar uma doação, dessa forma, é direcionada uma contribuição financeira aos empregadores para que estes possam pagar o afastamento da pessoa que se prontificou a realizar uma doação e precisará ficar em recuperação por um determinado tempo²³. Portanto, a lógica abordada não é

21 ROIG, M. La Convención sobre la lucha contra el Tráfico de Órganos, una mirada desde la bioética. Rev Bio y Der. 2017; 40: 141-15. Disponível em: <<http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/19168>>. Acesso em 4 de nov. de 2018.

22 Departamento de Saúde do Governo Australiano, “Leave for Living Organ Donors”. Disponível em: <<https://www.health.gov.au/internet/main/publishing.nsf/Content/Leave-for-living-organ-donors>>. Acesso em 4 de nov. de 2018.

23 O governo australiano indica que alguns doadores podem ser obrigados a ficar este período de licença sem pagamento, ou podem esgotar os seus direitos a férias remuneradas, o que desestimula no país a realização das doações.

a mercadológica com ganho financeiro, mas uma compensação para que a pessoa não tenha perdas, porém, esta abordagem é objeto de discussões éticas em diversos países.

Os artigos 7º e 8º apresentam uma abordagem abrangente, na qual todos os atores envolvidos nas ações relacionadas ao tráfico, considerando a solicitação, recrutamento, oferta, preparação, preservação, armazenamento, transporte, transferência, recepção, importação e exportação de órgãos humanos removidos ilicitamente devem ser criminalizados. Dessa forma, todos aqueles que participam de qualquer um desses atos, com especial ênfase nos profissionais de saúde, tanto dos servidores públicos como de entidades privadas, devem ser processados e responsabilizados de acordo com as medidas legislativas de cada país signatário.

Além das disposições de caráter penal, a Convenção agrega disposições específicas referentes a proteção às vítimas, proteção de testemunhas, além de medidas de caráter preventivo, como fornecer informações ou fortalecer a formação de profissionais de saúde sobre tráfico de órgãos e o mecanismo para o monitorar a implementação do tratado.

Conclusão

É possível afirmar que existe um consenso internacional referente ao tráfico de órgãos como uma atividade ilícita que constitui uma grave violação dos direitos humanos e uma ameaça à saúde individual e à saúde pública. Apesar desta premissa, a Organização das Nações Unidas não apresentou proposta de um Protocolo específico para este fenômeno, restando apenas a menção restrita do Protocolo de Palermo ao tráfico de pessoas para extração de órgãos, sendo esta uma dimensão insuficiente para enfrentar devidamente este crime.

Por outro lado, emergiu no Cenário Internacional a Convenção do Conselho Europeu contra o Tráfico de Órgãos Humanos, focando seu objeto na tipificação da extração ilícita e do uso de órgãos ilicitamente extraídos, apresentando um arcabouço mais amplo e adequado do que o existente até então, com medidas penais mais sofisticadas, cooperação internacional em matéria judicial e policial, bem como medidas preventivas e de proteção, considerando as especificidades deste crime.

Certamente, este avanço normativo será o norte internacional para o enfrentamento ao tráfico de órgãos e a adesão mais ampla de países poderá fazer com que a necessidade de um protocolo específico da ONU para este contexto seja resolvida, uma vez que o Conselho Europeu criou, de forma mais ágil, um instrumento internacional necessário, mas ainda por evoluir, para o combate a este crime. Por outro lado, a ONU não deve se eximir de reorganizar a sua estrutura para a coordenação de suas agências no auxílio ao enfrentamento relacionado ao tráfico de órgãos.

Uma ação importante que poderá ser realizada pela prestigiosa magistratura brasileira, bem como pela notória e respeitada comunidade de juristas do Brasil, é dialogar internamente, com a sociedade e com o Legislativo nacional, para que o país seja signatário deste instrumento, colocando o Brasil concreta e diretamente na vanguarda dos procedimentos para o enfrentamento ao tráfico de órgãos.