

# Transcrição de Palestra

---

## *TRÁFICO DE PESSOAS: O TRÁFICO DE ÓRGÃOS SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO ESPANHOL*

---

### **Manuel Cancio Meliá**

Catedrático de Direito Penal no Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidad Autónoma de Madrid.

Palestra proferida em 18 de outubro de 2018 na  
**Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.**

Tradução e adaptação:

### **Roberto Barbosa Alves**

Promotor de Justiça do MPSP

Doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid.



O tema proposto é bastante acadêmico, e lamentavelmente diz respeito a um problema mundial. Mas no Brasil, particularmente, ele responde a uma questão que já não pode esperar mais. Neste País, como no meu, o tráfico de órgãos continua existindo. Não obstante, os projetos legislativos a respeito, aqui, estão paralisados. E não é só: as propostas atuais –basicamente semelhantes a tantas que há em outros países–, todas baseadas na Declaração de Istambul Sobre o Tráfico de Pessoas, de 2008, encerram problemas práticos bastante relevantes. Daí ser necessário que os juristas brasileiros, acadêmicos e práticos, chamem a atenção do legislador para que não se limite a copiar outras leis já existentes.

Infelizmente, noto que o tema não está na agenda das discussões doutrinárias. Contudo, ele é extremamente importante do ponto de vista prático e, como pretendo demonstrar, representa a globalização do Direito Penal.

Gostaria de contextualizar algumas questões. Primeira: o que está acontecendo em relação ao tráfico de órgãos? Segunda: quais são as características de um delito de tráfico de órgãos? Adotarei como ponto de partida o Direito espanhol, mas considero que os problemas são iguais nos demais ordenamentos jurídicos. Dou um exemplo: o receptor dos órgãos –um rim ou uma porção do fígado, por exemplo– está em estado de necessidade. Não obstante, as leis que derivam da Declaração de Istambul dizem exatamente o contrário. E isso solapa todo o sistema de Direito Penal que conhecemos. Dizemos ao pai de uma criança que está a ponto de morrer, que se socorre do mercado negro para ter acesso a um órgão para transplante, que sua situação pessoal, a pressão que recebe, é indiferente para o Direito Penal. Em outras palavras, tudo aquilo que sabemos sobre a culpabilidade é verdadeiro, mas apenas até certo ponto.

Vou dividir minha exposição em três partes: o problema, o que vem sendo feito e qual poderia ser a solução.

O que é a medicina de transplantes do ponto de vista da própria medicina? A questão é bastante relevante na Europa ocidental, mas é ainda mais importante nos países onde o sistema público de saúde não está em condições de promover todas as possibilidades de tratamento. Na Europa ocidental, em geral, todos têm direito a todo e qualquer tratamento a título de ser humano. Atualmente qualquer pessoa que resida na Espanha tem direito a tratamento, independentemente de que a residência seja lícita. Estou orgulhoso por viver em um País onde o tratamento oncológico de minha esposa é absolutamente idêntico ao tratamento dispensado ao último mendigo que passe por lá. Mas tudo tem limites, inclusive, sem dúvida, em relação ao transplante de órgãos.

Os êxitos da medicina moderna abrem as portas para os fracassos da medicina moderna. Vai chegar um momento em que teremos que racionar. Atualmente, agimos como se pudéssemos fazer qualquer investimento para salvar a vida das pessoas. Isso não é possível. Dou um exemplo. Em matéria de tráfico de órgãos, o progresso contínuo das técnicas médicas de transplantes permitiu, por um lado, uma série de cirurgias que antes não eram possíveis; mas, por outro lado, a oferta de órgãos disponíveis se manteve ou até diminuiu. Na Europa ocidental, a oferta de órgãos vem de uma fonte principal: acidentes de trânsito, especialmente aqueles que

produzem lesões cerebrais em pessoas jovens que têm órgãos bastante aproveitáveis. Considerando que vem sendo reduzida a taxa de mortalidade por acidentes, há hoje muito menos órgãos do que há quinze anos. Ou seja, há cada vez mais possibilidades e menos matéria-prima. Essa situação, enquanto novos órgãos não possam ser gerados autonomamente, tende a se manter ou a piorar. Há, além do mais, verdadeiro abismo entre os países cujo estado social é financiado publicamente e aqueles que não chegaram a implantar um sistema assim.

O sistema de transplantes da Espanha é considerado, segundo as estatísticas, o melhor do mundo. E assim é porque, ao contrário dos alemães, pouco nos interessa o que será feito com nossos cadáveres. Os alemães, em geral, não aceitam outra ideia senão a de que seus órgãos estarão apodrecendo sob a terra, segundo determina a Santa Igreja Católica. Mas não apenas isso. Na Europa ocidental, em geral, os familiares do doador devem consentir com a doação. Na Espanha ocorre o contrário: todos os cidadãos são doadores, salvo que haja oposição. E é bem diferente indagar a alguém se concorda com a doação dos órgãos de um familiar falecido de indagar se alguém se opõe a essa doação. Na prática, a maioria das pessoas doa os órgãos, porque a legislação favorece a que seja assim.

A par disso, no sistema espanhol doar ou não um órgão depende da valoração feita, segundo uma ordem de prioridades, por um profissional técnico sanitário. E esse bem tão escasso, um órgão destinado a salvar uma vida, é distribuído segundo critérios médicos que são gerais e justos. Mas se saímos da Espanha e vamos ao Marrocos, encontramos técnicas de transplantes muito mais generalizadas e acessíveis do que há trinta ou quarenta anos. Em países como Marrocos, Líbano ou Paquistão há médicos e tecnologia para fazê-lo. Isso permite que um espanhol vá ao Marrocos, que dista catorze quilômetros por mar, e receba um órgão não segundo critérios objetivos, mas de acordo com a capacidade econômica que tenha e sem qualquer interferência. Esse contraste é insuportável: de um lado, uma solução civilizada; de outro, uma solução baseada na lei do mais forte. O pobre morre; o rico sobrevive. Com toda a brutalidade do mundo moderno.

Esse chamado “turismo de transplantes” gera uma pressão enorme, que por sua vez gera um mercado muito intenso de demanda por órgãos. Essa demanda pode vir de pessoas que vivem em países que não têm um sistema público razoável de doação de órgãos ou de pessoas que não têm chances de figurar nas listas de receptores, seja porque são idosas, seja porque têm outras doenças etc. Pessoas assim, se têm dinheiro, podem ver-se tentadas a buscar órgãos nesse mercado.

Esse mercado é real e se manifesta em diversos âmbitos. Por um lado, pode afetar, por via de corrupção, o sistema público do país de origem do receptor. A Alemanha, por exemplo, não tem um sistema organizado de transplantes, mas um sistema de cooperação entre médicos e determinadas caixas de saúde, que são normalmente empresas semipúblicas. Os médicos atuam de uma maneira descentralizada, de acordo com o lugar em que estão seus pacientes. Há dois ou três anos ocorreu ali um grande escândalo: alguns médicos haviam manipulado a avaliação de seus próprios pacientes para fazê-los subir na lista de espera por transplantes. Por outro lado, esse mercado gera um sistema de transplante de órgãos completamente opaco, sem

controle público, aberto apenas às pessoas que dispõem de recursos econômicos.

De acordo com o artigo 156 bis do Código Penal Espanhol, como em outros países cuja legislação se baseia na Declaração de Istambul, incluindo o Brasil, o delito consiste em promover, favorecer, facilitar ou divulgar a obtenção ou o tráfico ilegal de órgãos humanos. Tal modelo de regulação, ao contrário do que costuma fazer o Direito Penal, não distingue entre um comportamento típico de consumação e outro de preparação ou tentativa, ou entre autoria e participação. O dispositivo também prevê expressamente a punição do sujeito receptor, o que exclui a possibilidade de recorrer ao estado de necessidade. Em outras palavras, a norma da parte especial tem efeito oclusivo em relação à norma da parte geral, porque fecha a possibilidade de acudir à causa de justificação ou de exculpação. Resta ao receptor apenas a possibilidade de uma diminuição facultativa da pena, que, em todo caso, não vai impedir que o condenado receba uma pena privativa de liberdade.

Não sou contra a criminalização do tráfico de órgãos. Mas a disposição do Código Penal espanhol não passa de um Direito Penal simbólico. Ou os responsáveis por essa norma são irresponsáveis e ignorantes –é uma hipótese, já que se trata de pessoas nomeadas pelo poder político– ou sabem perfeitamente que, neste âmbito, o que importa é que o tema esteja no Código, e não como será aplicado.

Na segunda parte, vamos ver alguns elementos da infração.

Como já disse, o tipo é muito amplo, onicompreensivo, e não distingue entre autoria e participação, entre atos preparatórios, tentativa e consumação. A ideia é abarcar o conjunto do tráfico. Isso inclui desde a publicidade –que na Espanha, em geral, é feita pela Internet– até o momento em que um órgão é extraído e transplantado em outra pessoa. Tudo dentro do mesmo âmbito penal. Caberá ao juiz dosar a pena com muito cuidado, já que o legislador tampouco distinguiu entre tipos qualificados e privilegiados.

O objeto material do crime encerra alguns problemas técnicos. O primeiro está em que a tendência da Medicina é cultivar tecidos para regenerar órgãos. Essa conduta não está prevista no tipo do Código espanhol. Segundo: como se pode aplicar internacionalmente a legislação? Se a Espanha, por exemplo, tem um sistema público e objetivo de doação de órgãos, é provável que algumas pessoas, mal colocadas na lista de receptores, pretendam sair do país para realizar o transplante. Dificilmente se poderia fazer um transplante clandestino na Espanha. Portanto, é possível que se capte alguém na Espanha para fazer o transplante fora. Vou dar como exemplo um caso de tentativa. A filha de um mafioso búlgaro precisava de um transplante. A família encontrou um parente búlgaro, possível doador, que morava na Espanha. A ideia era sair da Espanha e realizar o transplante no Líbano, o que acabou não ocorrendo. Em razão da existência de casos assim, é fundamental que exista uma competência internacional, ultraterritorial, dos tribunais espanhóis. E é bastante possível que este também seja o caso do Brasil. Imaginemos que uma clínica em Assunção –com todo meu respeito e amor pelo Paraguai– realize essas operações. Isso me parece perfeitamente possível. Já não me parece razoável pensar que em um hospital de referência brasileiro isso possa acontecer, porque teria que haver o envolvimento de uma grande equipe de médicos ou enfermeiros. Mas me parece

bastante possível que alguém promova o encontro de um doador e de um receptor no Brasil e que realizem o transplante no Paraguai, onde seguramente estariam mais tranquilos do que em território brasileiro. Conclusão: no Brasil, a competência extraterritorial também é fundamental.

Mas na Espanha não existe essa competência. Temos apenas uma possibilidade: que o delito ou parte dele seja cometido em território espanhol. Por exemplo, que um espanhol interessado em um rim envie um correio eletrônico da Espanha para a Bielorrússia ou para o Líbano. A Espanha seria competente porque parte do delito –e os atos preparatórios já são típicos– foi praticada na Espanha. Não há outra regra especial que atribua competência a um tribunal espanhol quando o comportamento ocorrer por completo fora do país, ou quando não se puder demonstrar que parte dele ocorreu no país.

Alguém poderia dizer que a Espanha tem competência ultraterritorial; afinal, o paciente era espanhol, o mesmo fato era crime no outro país, a notícia criminis chegou ao Ministério Público e este deu início a uma ação. Essa noção decorre do próprio artigo 156 bis do Código Penal espanhol: perseguimos todo o mundo; em qualquer fase do processo; com uma diminuição facultativa da pena, perseguimos até quem está em estado de necessidade. Isso é tão grave, tão terrível, porque permite que se utilizem corpos de pessoas pobres como se fossem fontes de reposição para pessoas ricas. Enfim, criminalizamos tudo. Só que, na prática, não há competência. Há competência ultraterritorial espanhola para punir mutilações genitais de um cidadão que esteja fora do país. Há, por exemplo, uma pequena população de origem africana, que costuma trabalhar no campo, e que por vezes envia suas filhas em férias para a África para que ali lhe pratiquem a mutilação genital. Essa prática tão horrorosa levou à criação de uma norma expressa de competência extraterritorial: se uma garota que não é cidadã espanhola sofre o seccionamento do clitóris durante as férias de verão na África, essa regra especial permite que seus pais sejam processados na Espanha. Mas o legislador se esqueceu de criar regra similar para os transplantes. Ou seja: o país dos transplantes não tem, na prática, como punir o tráfico de órgãos. E, de fato, só se perseguiram dois casos que ocorreram casualmente na Espanha, e nenhum outro.

Há um dado importante a ser considerado: qualquer sujeito que receba um transplante de órgãos no exterior é conhecido das autoridades espanholas. A Organização Nacional de Transplantes sabe exatamente quem fez turismo de transplantes, porque depois da operação há procedimentos de supressão imunológica ou de adaptação que necessariamente são feitos na Espanha. Não obstante, esses delitos nunca foram perseguidos. Chegamos a uma triste constatação: fígados de negros para salvar brancos ricos. Criamos um delito que abrange praticamente tudo; mas, como não se prevê a competência internacional, não há mais que puro Direito Penal simbólico.

Traduzindo essa realidade à dogmática penal, temos que indagar qual é o bem jurídico protegido. O projeto brasileiro previa uma lei especial, o que dispensaria maiores considerações. Mas o legislador espanhol incluiu o tipo no Código Penal, o que exige pensar sobre sua adequada localização. Evidentemente, o delito está

relacionado à saúde, e por isso está situado entre os delitos de lesões corporais. Contudo, essa localização é muito peculiar, porque retirar um órgão do doador para um transplante é sem dúvida uma lesão, mas uma lesão justificada expressamente. O que importa não é a saúde individual; se a questão fosse simplesmente proteger a saúde dos doadores, teríamos um crime de lesões corporais. O que realmente importa é que há uma conduta muito similar ao tráfico de pessoas, um verdadeiro mercado. É por isso que a proteção penal é dirigida a uma manifestação concreta que denominamos saúde pública.

O delito, como venho dizendo, é essencialmente internacional. Enquanto for possível comprar a vida em alguns lugares e não em outros, seja formal ou informalmente, essa tensão seguirá existindo. Por isso, é preciso fazer um paralelo com um delito mais conhecido, o crime de corrupção nas transações econômicas internacionais. Por exemplo: uma empresa brasileira pretende vender aeronaves à força aérea de outro país, mas a transação só será possível mediante pagamento de propina a alguma autoridade daquele país. Os diretores da empresa brasileira pagam a propina e o negócio se concretiza. Por qual razão punimos os diretores brasileiros por um fato ocorrido no exterior? Apenas para proteger o livre comércio? Suponhamos, então, que não haja outra empresa no mercado brasileiro que possa competir pelo negócio. Dizem os autores: proibimos que uma empresa brasileira ou espanhola seja corrupta no exterior para que não o seja no Brasil ou na Espanha. Esse fundamento, utilizado no Brasil ou na Espanha, chega a ser hilariante. Transportando esse fundamento para nosso tema, não se trata de proteger a saúde pública, porque comprar um órgão em outro país não afeta o sistema de saúde local. Dizem os autores, então, que o objetivo é proteger o sistema público dos países de origem dos doadores. Se há ricos indo a outros países em busca dos órgãos, é necessário proteger o sistema de saúde daqueles países, punindo-se os receptores.

Essa fundamentação não é razoável. Não se pode admitir que um delito que prevê pena de até seis anos de prisão tenha como bem jurídico o desenvolvimento do sistema público de saúde e de transplantes em outro país. Essa estupidez pode ter qualquer outro nome, mas não é um bem jurídico! É óbvio que a existência de um doador pobre no Paquistão não é o que destrói o sistema de saúde do Paquistão.

Por que, então, punimos um rico morador de São Paulo que paga dois ou três mil dólares por um órgão no Paraguai? Queremos efetivamente castigar o fato de que um indivíduo rico possa comprar vida retirando peças de reposição de um indivíduo pobre? Se entendemos que sim, que isso é intolerável, devemos indagar qual é o bem jurídico protegido. Receio que o bem jurídico protegido, desde o ponto de vista da lesividade, da exclusiva proteção dos bens jurídicos ou da legalidade, é simplesmente a dignidade. Estamos protegendo sentimentos coletivos. E é melhor confessá-lo abertamente do que tentar estabelecer como bem jurídico –ao contrário do que dizem todos– a proteção de um indivíduo pobre do Paquistão. Essa proteção não está ao alcance do Código Penal do Brasil, da Espanha ou de qualquer outro lugar.

Materialmente, trata-se de hate speech, de um delito de manifestação, de moralização, que deve ser visto com muitas reservas. E que, por isso mesmo, nunca

poderia estabelecer penas tão elevadas como aquelas previstas pelo Código Penal espanhol. Castigamos alguém simplesmente porque crê que sua vida vale mais que a dos outros. Mas, isso, repito, é Direito Penal simbólico, e como tal deveria prever penas também simbólicas. Todo o resto é um equívoco.