

## ASPECTOS LEGAIS DO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS NO BRASIL

### LEGAL ASPECTS OF ORGAN TRANSPLANT IN BRAZIL

Acemira Maria Ferreira Ribeiro<sup>1</sup>

Alci Barbosa Gurgel Neto<sup>2</sup>

Venusto da Silva Cardoso<sup>3</sup>

Amanda Lima Gomes Pinheiro<sup>4</sup>

#### Resumo

O presente trabalho tem a finalidade de apresentar os aspectos jurídicos que englobam o tema de transplantes de órgãos no Brasil. A remoção de órgãos humanos é regulada no direito brasileiro por meio da lei 9.434 de 4 de fevereiro de 1997 e na Resolução nº 1.246 de 8 de janeiro de 1988, do Conselho Federal de Medicina, constituindo o sistema central de saúde. O assunto será abordado de forma doutrinária e jurisprudencial, pois é um tema de repercussão pública e de interesse de diversos debates, haja vista que trata dos direitos fundamentais da saúde e da vida, bem como à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Transplantes. Lei nº 9.434/97. Órgãos.

#### Abstract

This study aims to present the legal aspects that include access to transplants in Brazil. In the removal of human organs is typified in the Brazilian criminal law by Law 9,434 / 97 and Resolution No. 1,246 / 88 of the Federal Council of Medicine. The matter will be dealt with doctrinal and jurisprudential, for it is a subject of public attention and interest of many debates in the media and in legislative bodies. Seeking to present barriers and procedures to realize it. Therefore, the research seeks to allude to the many questions about the proper theme and present organ transplant statistics in the country.

Keywords: Transplants. Law n. 9.434/97. Organs.

---

<sup>1</sup> Graduanda do curso de Bacharelado em Direito na Instituição Faculdade do Vale do Jaguaribe.

<sup>2</sup> Graduanda do curso de Bacharelado em Direito na Instituição Faculdade do Vale do Jaguaribe.

<sup>3</sup> Venusto da Silva Cardoso é mestrando pela Universidade Federal de Santa Catarina. É Promotor de Justiça do Estado do Ceará – 1ª Vara da Comarca de Aracati. É especialista em Direito Penal pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA) e em Direito Tributário pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). É professor da Faculdade do Vale do Jaguaribe em Aracati/CE. E-mail: venustoc@yahoo.com.br

<sup>4</sup> Amanda Lima Gomes Pinheiro é mestra em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). É especialista em Direito Processual pela Universidade Anhanguera (Uniderp). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário do Norte Fluminense (Uniflu). É Advogada concursada da Universidade Estadual de Roraima (UERR). É membro do Grupo de Pesquisas CELA – Relações Econômicas, Políticas e Jurídicas na América Latina. É professora e Coordenadora Adjunta da Faculdade do Vale do Jaguaribe em Aracati/CE. E-mail: advamandapinheiro@gmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo principal analisar os principais aspectos legais sobre o transplante de órgãos no Brasil. O tema encontra relevância na medida em que trata dos direitos fundamentais da saúde e da vida, bem como à dignidade da pessoa humana. Dessa forma, desenvolveu-se pesquisa do tipo bibliográfica em trabalhos publicados sob a forma de livros, revistas, artigos, enfim, publicações especializadas, imprensa escrita e dados oficiais publicados na internet, que abordem direta ou indiretamente o tema em análise, e de natureza qualitativa por buscar apreciar a realidade do tema no ordenamento jurídico pátrio. Quanto aos fins, a pesquisa é exploratória, objetivando aprimorar as ideias através de informações sobre o tema em foco. Segundo a utilização dos resultados, é pura, à medida que teve como único fim a ampliação dos conhecimentos.

## 2. HISTÓRICO DOS TRANSPLANTES NO BRASIL

Inúmeros são os relatos que compõem a história dos transplantes. O primeiro deles, encontra-se registrado na Bíblia, no livro de Gênesis 2:21-22. Nesse relato Adão aparece como o primeiro doador. Outro relato milenar e até mitológico, trata-se da história de dois médicos chineses, ItouaTo e Pientsio, eram gêmeos e nasceram em 287 d.C., tendo estudado medicina na Grécia e Cecília, na Ásia Menor. Conta-se que esses médicos teriam transplantado a perna de um soldado negro que acabara de morrer em outro homem, um velho branco que havia perdido a perna naquele mesmo dia. Eles atendiam as pessoas sem cobrar e, por isso, foram perseguidos, julgados e executados por Deocleciano e posteriormente, tornaram-se mártires e santos. Hoje, são os padroeiros dos médicos cirurgiões (Fundação Banco de Olhos, 2000; Pereira, 2004).

As primeiras tentativas de transfusão de sangue foram sem sucesso até a descoberta dos diferentes tipos de sangue e suas mútuas compatibilidades. A enorme necessidade e o grande uso de transfusão de sangue na Guerra de 1914-1918 propiciou o surgimento dos bancos de sangue para a armazenagem dos mesmos. Esse evento talvez fosse um dos mais importantes passos na história dos transplantes. A transfusão de sangue, não trata da natureza dos problemas éticos e filosóficos associados com os transplantes de órgãos sólidos não regeneráveis tais como rins, corações, pulmões, pâncreas e fígados (LAMB, 2000, p. ).

O número de transplantes de órgãos aumentou no século XX. No Brasil, há cerca de 14,1 milhões de doadores efetivos, aonde a modalidade de transplante ocular apresenta um crescimento numérico expressivo. Os dados da Associação Brasileira de Transplante de Órgãos (ABTO) registram:

Necessidade anual estimada e nº de transplantes	CORNÉA	RIM	FIGADO	CORAÇÃO	PULMÃO
Necessidade estimada	18.249	12.166	5.069	1.622	1.622
Transplantes realizados	13.861	5.549	1.805	353	73

Fonte: Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos, 2015.

### 3. NATUREZA JURÍDICA

Segundo Vinícius de Souza (2011, p.) transplante é o procedimento cirúrgico que transfere um órgão ou tecido de um corpo para o outro, sendo proveniente de um cadáver ou doador vivo, com a função de retirar um órgão que perdeu suas funções, para trocar por um órgão que recompense as funções perdidas.

De acordo com a Lei nº 9.434/37 de 4 de fevereiro de 1997, o Estado tem a competência para exercer o controle sobre o processo de transplante, pois o órgão ou tecido a ser doado possui importância e o devido tratamento de bem público.

No Brasil, a Constituição Federal adotou a dignidade da pessoa humana como cerne de seu ordenamento jurídico:

O constituinte de 1988 erigiu a pessoa humana como valor supremo do ordenamento jurídico, ou melhor, a dignidade da pessoa humana foi colocada como... Princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que se chama princípio estruturante, constitutivo e indicativo das ideias diretivas básico de toda a ordem constitucional” (FACHIN, 2006, p. 198).

Na visão da Constituição, ao tratar da disponibilidade de partes do corpo diante do direito à vida, o constitucionalista José Afonso da Silva (2004, p. 199) assim se expressou:

É que a vida, além de ser um direito fundamental do indivíduo, é também um interesse que, não só ao Estado, mas à própria Humanidade, em função de sua conservação, cabe preservar. Do mesmo modo que a ninguém é legítimo alienar outros direitos fundamentais, como a liberdade, por exemplo, também não se lhe admite alienar a própria vida, em nenhuma de suas dimensões.

O Código Civil dispõe em seu Capítulo II - Dos Direitos da Personalidade no artigo 11: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Dessa forma, segundo o Código Civil, esses direitos não podem ser repassados ou transferidos para outrem e o indivíduo não pode renunciá-lo. Entretanto, no que diz respeito ao transplante de órgãos, verifica-se o aspecto positivo dos direitos da personalidade, consubstancializado pela possibilidade dos titulares praticarem atos de disposição do próprio corpo, desde que não haja impedimento legal.

A esse respeito, Cunha Gonçalves (apud BORGES, 2008, p. 255-256) é categórico ao afirmar:

[...] é inegável que o homem pode exercer direitos sobre a sua própria pessoa, não só nos atos de vida cotidiana (cortar o cabelo e as unhas, fazer a barba, fumar, medicar-se ou sujeitar-se a operações cirúrgicas etc.) [...] mas também nos atos extraordinários, tais como: ceder o sangue para uma transfusão, a fim de salvar um doente; atirar-se à água ou no meio das chamas para salvar uma vida alheia; sujeitar-se à experiência de novas terapêuticas, ou legar o cadáver ao teatro anatômico [...], alistar-se voluntariamente para uma guerra, mesmo em país estrangeiro; contratar-se para arriscados serviços desportivos nos circos ou nas barracas de saltimbancos, sujeitando-se a perigosas provas como fakir, jejuador ou atleta. Todos esses atos são direitos sobre o próprio corpo, e com eles não se lesam os direitos alheios, nem ofendem os supremos princípios da conservação e utilidade social, da moral pública ou os interesses do Estado. De igual modo, quem se constitui em refém em tempo de guerra, ou cede o seu nome para fins mercantis ou literários etc., exerce direitos sobre parcelas da sua pessoa ou sobre manifestações da sua personalidade.

Com efeito, a Lei nº. 9.434/97, sob a orientação da Constituição Federal, disciplina o procedimento de disposição dos órgãos, tecidos e partes do corpo, por parte do seu titular, para fins de transplante e tratamento (BRASIL. Lei n. 9.434, 1997)

#### 4. PROCEDIMENTOS

Os principais órgãos a serem transplantados são: coração, rim, pulmão, fígado, pâncreas, córnea e medula óssea. Para a realização deles é necessário apresentar dois tipos de modalidades de transplantes: os *inter vivos* e os *post mortem*. O primeiro é realizado pelo sujeito vivo, sendo o doador (sujeito ativo) e o receptor (sujeito passivo). Onde só é permitida a doação por pessoas juridicamente capazes, na qual disponibilizará de seu órgão ou tecido para doação de maneira gratuita. Ainda há outros requisitos, tanto o doador como o receptor deverá passar por exames médicos, e assim diagnosticar se há compatibilidade entre os mesmos.

Embora esse tipo de transplante seja aceito, vale salientar que não pode alterar a saúde do doador, o mesmo possa viver normalmente, sem risco de vida e não pode ser procedida causando mutilações ou deformações. A doação entre indivíduos leva-se em consideração o tipo sanguíneo, altura e peso quanto do doador como do receptor. É possível para vivos, somente para a retirada de partes dos tecidos do corpo, como tecido ocular (córnea) e as células (medula óssea). Abaixo, a tabela apresenta a quantidade de transplantes que foram realizados em 2014 no Brasil, uma estatística do SNT, Sistema Nacional de Transplantes.

Transplantes Realizados no Ano										2014
UF	Órgão Sólidos						Total OS	Tecido Ocular	Celulas	Total Geral
	Coração	Fígado	Pulmão	Rim	Pâncreas	Rim/Pâncreas		Córnea	Medula Óssea	
DF	20	46	0	100	0	0	166	408	51	625
GO	0	0	0	63	0	3	66	735	30	831
MS	0	0	0	0	0	0	0	139	0	139
MT	0	0	0	0	0	0	0	113	0	113
AC	0	4	0	8	0	0	12	25	0	37
AM	0	3	0	19	0	0	22	187	0	209
AP	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
PA	0	0	0	45	0	0	45	212	0	257
RO	0	0	0	12	0	0	12	51	0	63
RR	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
AL	3	0	0	28	0	0	31	90	0	121
BA	0	50	0	77	0	0	127	329	46	502
CE	21	201	11	286	0	5	524	786	62	1.372
MA	0	0	0	34	0	0	34	107	0	141
PB	0	1	0	39	0	0	40	139	0	179
PE	25	115	0	279	0	5	424	759	214	1.397
PI	0	0	0	35	0	0	35	184	0	219
RN	2	2	0	66	0	0	70	141	60	271
SE	0	0	0	0	0	0	0	131	0	131
PR	32	100	0	432	2	19	585	811	219	1.615
RS	9	139	22	542	0	0	712	710	159	1.581
SC	4	113	0	292	2	5	416	727	87	1.230
ES	7	42	0	99	0	0	148	308	34	490
MG	39	103	1	539	1	14	697	1.402	97	2.196
RJ	12	191	0	472	0	0	675	301	167	1.143
SP	135	659	33	1.942	37	47	2.853	4.661	850	8.364
TO	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
<b>TOTAL</b>	<b>309</b>	<b>1.769</b>	<b>67</b>	<b>5.409</b>	<b>42</b>	<b>98</b>	<b>7.694</b>	<b>13.456</b>	<b>2.076</b>	<b>23.226</b>

Fonte: Centrais de Notificação Captação e Distribuição de Órgãos e Tecidos (CNCDO) das UFs.

A segunda modalidade é a retirada de órgãos ou partes do corpo em pessoas falecidas, tal ação necessita de requisitos expressos para ser realizado. Segundo dispõe a Lei nº 10.211 de 23 de março de 2001, que alterou a Lei nº 9.434/97, somente haverá doação de órgãos se houver a constatação através de exames e testes, da morte encefálica do indivíduo. Ocorrido o óbito, deve-se ter autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecendo à linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau e para finalizar

o documento subscrito por duas testemunhas presentes na verificação da morte. A confirmação da morte encefálica ocorre quando a parada de todas as funções do cérebro, constatada por dois médicos que não sejam participantes da equipe de remoção e transplante dos órgãos, onde um deles é necessário que seja neurologista.

Nesta modalidade é necessário agilidade em todo o procedimento, pois o máximo de preservação fora do corpo do coração e pulmão, por exemplo, varia entre quatro e seis horas. Do fígado, de 12 a 24 horas, e dos rins até 48 horas. Já para pacientes com fator sanguíneo O demoram mais para receber órgãos, pois dependem de pessoas com o mesmo tipo sanguíneo. Quando ocorre a morte encefálica do indivíduo, é preciso que os aparelhos continuem para manter os sinais vitais, como respiração e batimentos do coração.

Precisa ser mantida por aparelhos, para que não seja interrompida a irrigação sanguínea dos tecidos que serão transplantados. Com isso, o hospital, em que ocorreu o falecimento deve notificar a Central de Captação de Órgãos (CNCDO), monta-se uma rede de trocas de informações que pode levar à extração dos órgãos e à busca das pessoas que constam da lista única do estado do potencial doador. No Brasil, ocorre muita falha nesse momento do processo, ocasionando o problema mais grave para o sistema, o desperdício de órgãos. (SOUZA, 2011, p. ).

Desde a decretação da morte encefálica à cirurgia, inicia-se uma suposta possibilidade de vida nova ao receptor, onde o prazo máximo é de setenta e duas horas. Os profissionais da saúde, médicos, enfermeiros, começam uma contagem regressiva, na qual é mais uma preocupação para o Brasil, pois em todo o país somente os Estados do Rio Grande do Sul, Paraná, Pernambuco, São Paulo e Minas Gerais possuem aeronaves especiais para esta finalidade. Assim, outro entrave do transplante de órgãos é as imensas listas de espera onde para que um doador seja compatível com o receptor, e um doador seja compatível com o receptor, e possa o encontrá-lo (a) leva horas e até dias, pois o sistema é falho.

Indivíduos que detêm deficiência em algum órgão passam por procedimentos médicos excessivamente onerosos. Com os altos custos dos tratamentos, a opção do transplante se mostrou uma via atrativa. Porém, o problema do método está no grande número de pacientes em comparação ao baixo número de doadores (FREITAS, 2015, p.)

A inscrição dos pacientes é efetuada na Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos (CNCDO), as quais tem a incumbência de organizar a chamada “lista única”, com atuação na área de sua residência pelo estabelecimento de saúde ou pela equipe responsável pelo seu atendimento. A data de inscrição do paciente na lista única é o referencial para início do cômputo do tempo de espera.

O sistema de lista única para cada tipo de órgão, parte ou tecido, possui três níveis de integração expressos nas listas nacionais, estaduais e regionais. As listas nacionais são constituídas pelo conjunto das listas estaduais; estas, pelo conjunto das listas da CNCDO sob sua jurisdição; e as listas regionais, constituídas pelas inscrições dos pacientes na CNCDO regional. (FREITAS, 2015, p.)

Este sistema adotado pelo governo paulista estabelece que o transplante só possa ser realizado no estabelecimento médico em que o paciente estiver inscrito. Caso o estabelecimento não possua vaga para a cirurgia, chama-se o próximo da fila, até ser encontrado paciente inscrito no estabelecimento correspondente. Isto porque, o órgão a ser transplantado é do hospital, e não do paciente. Desse modo, nem sempre o primeiro da fila será o primeiro a receber o transplante. Assim, conforme entende Maria Helena Diniz, há uma clara preferência ao ato técnico e burocrático em detrimento ao direito à vida.

Abaixo segue a tabela apresentada pela Associação Brasileira de Transplantes de órgãos, que constam os pacientes ativos em lista de espera no país em dezembro de 2015.

**Pacientes ativos em Lista de Espera - (dezembro 2015)**

Estado	RIM	FÍGADO	CORAÇÃO	PULMÃO	PÂNCREAS	PÂNC/RIM	CÓRNEA	TOTAL
Total - Brasil	19.440	1.280	236	210	25	480	10.210	31.881
Acre	26	5	0	0	0	0	21	52
Alagoas	212	0	3	0	0	0	138	353
Amazonas	68	0	0	0	0	0	166	234
Bahia	553	40	1	0	0	0	1.174	1.868
Ceará	451	119	11	4	0	6	471	1.062
Distrito Federal	230	23	11	0	0	0	40	304
Espírito Santo	922	37	8	0	0	0	112	1.079
Goiás	306	0	1	0	0	4	600	911
Maranhão	108	0	0	0	0	0	739	847
Mato Grosso	0	0	0	0	0	0	184	184
Mato Grosso do Sul	13	0	0	0	0	0	25	38
Minas Gerais	2.424	25	27	13	2	41	335	2.867
Pará	89	0	0	0	0	0	1.039	1.128
Paraíba	205	0	0	0	0	0	298	503
Paraná	1.203	73	31	0	6	21	158	1.492
Pernambuco	607	35	8	0	0	0	79	730
Piauí	211	0	0	0	0	0	369	580
Rio de Janeiro	955	109	10	0	0	0	1.337	2.411
Rio Grande do Norte	139	0	0	0	0	0	66	205
Rio Grande do Sul	850	165	19	82	3	20	10	1.149
Rondonia	50	0	0	0	0	0	41	91
Santa Catarina	253	0	1	0	0	14	76	344
São Paulo	9.465	649	105	111	14	373	2.585	13.302
Sergipe	0	0	0	0	0	0	147	147

Fonte: Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos (ABTO,2015)

## 5. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O transplante no Brasil tem recebido atenção do Superior Tribunal de Justiça dada a relevância do bem jurídico tutelado: a vida.

A princípio, a respeito da competência para julgar os delitos referentes ao tema em apreço, o transplante, ao ser regulado pela Lei nº 9.434/97 e Decreto Federal nº 2.268/97, nas condutas atinentes à matéria, é da Justiça Federal. A razão porque essa legislação apontada refere-se ao Sistema Nacional de Transplante. Não obstante, ressalve-se que não será da justiça federal todas as questões oriundas do fato de um transplante, mas tão somente aquelas indicadas pela lei em estudo. Essa é posição do STJ no julgamento do Conflito de Competência CC 103599 / MG<sup>5</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça no aspecto penal, em não havendo dolo do agente, trata como delito culposo a ocorrência de resultado lesivo, dada a inobservância técnica de arte, ofício ou profissão, conforme se verifica no STJ, HC 238221 / SP:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA

<sup>5</sup> Remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano. Sistema Nacional de Transplante. Lei nº 9.434/97. Decreto nº 2.268/97. Competência federal/estadual.

1. O sistema organizado pelo Decreto nº 2.268/97, ao dispor que o Ministério da Saúde exercerá as funções de órgão central, não remeteu à Justiça Federal toda a competência para as questões penais daí oriundas.

2. No caso, a remoção dos órgãos ou partes do cadáver foi consequência da ação de homicídio, essa a ação principal. A precedência do homicídio para a remoção de órgãos ou partes de cadáver, portanto, foi a mais ampla possível tanto em relação à censurabilidade das condutas quanto no que diz respeito à ordem natural dos acontecimentos.

3. Sendo, pois, hipótese de homicídio, o caso é de competência estadual.

4. Conflito do qual se conheceu, declarando-se competente o suscitante.

(CC 103.599/MG, Rel. Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2009, DJe 22/10/2009)

PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. CRIME DE HOMICÍDIO CULPOSO. APLICAÇÃO DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 121, § 4º, DO CP. DENÚNCIA QUE DESCREVE COM PRECISÃO DUAS CONDUTAS. NEGLIGÊNCIA E INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DE PROFISSÃO. ADMISSIBILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. 3. CONCESSÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (ART. 89 DA LEI Nº 9.099/95). NÃO SATISFAÇÃO DO REQUISITO OBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. (...).

2. Para a incidência do § 4º do 121 do Código Penal, faz-se necessária a indicação clara de qual regra técnica não fora observada pelo profissional, exigindo-se da denúncia a descrição precisa do fato correspondente à imprudência, negligência ou imperícia, bem assim do dado que indique a inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício. Essa exigência é ainda maior no campo médico, pois as normas de cuidado próprias da profissão normalmente estão incluídas no padrão comum de diligência, sendo laborioso distinguir a negligência ordinária na prática da medicina - art. 121, § 3º, do Código Penal - da profissional. Noutras palavras, o desrespeito às normas técnicas não pode se apresentar como a própria falta de diligência ou como núcleo caracterizador da ausência do devido cuidado, pois, do contrário, incorrer-se-á em invencível bis in idem.

3. No caso a denúncia descreve de forma pormenorizada a falta de cuidado da médica, ora paciente, com a vítima, doadora de medula óssea que veio a falecer em razão do procedimento preparatório ao transplante, bem como a inobservância da regra técnica de profissão.

4. Não se concede o benefício da suspensão condicional do processo de que cuida o art. 89 da Lei n.º 9.099/95 quando não satisfeito do requisito do objetivo da pena mínima igual ou inferior a 1 (um) ano.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 238.221/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 21/10/2013).

No tangente ao aspecto cível, a questão sobre transplante no STJ tem sido tratada na esfera de responsabilidade civil, coadunado com direito consumerista, uma vez que envolve variáveis como planos de saúde, seguros de vida e respectiva cobertura, hospitais, médicos e profissionais em geral, bem como a própria expectativa do resultado do procedimento médico cirúrgico. Inclusive, tem-se reconhecido o dano moral pelo descumprimentos de cláusulas contratuais.

A respeito de planos de saúde e seguros de vida, o STJ não tem aceitado a limitação de cláusulas de coberturas e tratamentos que preveem o tratamento da patologia, mas excluem da cobertura em caso de transplante conforme julgamento do Recurso Especial REsp 1053810 / SP<sup>6</sup>. Esta decisão já foi um retrato evolutivo da jurisprudência da corte

<sup>6</sup> Direito civil. Contrato de seguro em grupo de assistência médico-hospitalar, individual e familiar. Transplante de órgãos. Rejeição do primeiro órgão. Novo transplante. Cláusula excludente. Invalidez.

- O objetivo do contrato de seguro de assistência médico-hospitalar é o de garantir a saúde do segurado contra evento futuro e incerto, desde que esteja prevista contratualmente a cobertura referente a determinada patologia; a seguradora se obriga a indenizar o segurado pelos custos com o tratamento adequado desde que sobrevenha a doença, sendo esta a finalidade fundamental do seguro-saúde.

- Somente ao médico que acompanha o caso é dado estabelecer qual o tratamento adequado para alcançar a cura ou amenizar os efeitos da enfermidade que acometeu o paciente; a seguradora não está habilitada, tampouco autorizada a limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do segurado, sob pena de colocar em risco a vida do consumidor.

- Além de ferir o fim primordial do contrato de seguro-saúde, a cláusula restritiva de cobertura de transplante de órgãos acarreta desvantagem exagerada ao segurado, que celebra o pacto justamente ante a

que não considerava cláusula abusiva a referida limitação, de acordo com o julgamento AgRg no REsp 378863 / SP.

Nesse diapasão é considerada prática abusiva e limitativa dos direitos do consumidor. Ainda, chama atenção que o STJ tem admitido em seus julgados que sejam importados medicamentos para fins de utilização em procedimento de transplante, não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), em razões de urgência para preservação da saúde e da integridade física do paciente, conforme se extrai do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial AgRg no REsp 1502239 / PR<sup>7</sup>.

---

imprevisibilidade da doença que poderá acometê-lo e, por recear não ter acesso ao procedimento médico necessário para curar-se, assegura-se contra tais riscos.

- Cercar o limite da evolução de uma doença é o mesmo que afrontar a natureza e ferir, de morte, a pessoa que imaginou estar segura com seu contrato de “seguro-saúde”; se a ninguém é dado prever se um dia será acometido de grave enfermidade, muito menos é permitido saber se a doença, já instalada e galopante, deixará de avançar para a o momento em que se tornar necessário procedimento médico ou cirúrgico que não é coberto pelo seguro médico-hospitalar contratado.

- A negativa de cobertura de transplante – apontado pelos médicos como essencial para salvar a vida do paciente –, sob alegação de estar previamente excluído do contrato, deixa o segurado à mercê da onerosidade excessiva perpetrada pela seguradora, por meio de abusividade em cláusula contratual.

- A saúde é um direito social constitucionalmente assegurado a todos, cuja premissa daqueles que prestam tal assistência, deve ser a redução de riscos de doenças, para a sua promoção, proteção e recuperação, seja no plano privado, seja na esfera da administração pública.

- O interesse patrimonial da seguradora de obtenção de lucro, deve ser resguardado, por se tratar de um direito que lhe assiste, desde que devidamente prestado o serviço ao qual se obrigou, isto é, desde que receba o segurado o tratamento adequado com o procedimento médico ou cirúrgico necessário, que possibilite a garantia da saúde por inteiro, prestado de forma eficiente, integral e com qualidade, conforme assumido contratualmente e estabelecido constitucionalmente.

- Assegura-se o lucro, desde que assumidos os riscos inerentes à tutela da saúde, tais como expostos na Constituição Federal, que não podem ficar somente a cargo do consumidor-segurado; fatiar a doença, ademais, não é o modo mais correto para obtenção de lucro.

- Com vistas à necessidade de se conferir maior efetividade ao direito integral à cobertura de proteção à saúde – por meio do acesso ao tratamento médico-hospitalar necessário –, deve ser invalidada a cláusula de exclusão de transplante do contrato de seguro-saúde, notadamente ante a peculiaridade de ter sido, o segurado, submetido a tratamento complexo, que incluía a probabilidade – e não a certeza – da necessidade do transplante, procedimento que, ademais, foi utilizado para salvar-lhe a vida, bem mais elevado no plano não só jurídico, como também metajurídico.

Recurso especial conhecido, mas, não provido.

(REsp 1053810/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJE 15/03/2010)

<sup>7</sup> PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. INOVAÇÃO RECURSAL DESCABIMENTO.

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. CRIANÇA. DOENÇA RARA. RISCO DE VIDA.

AUSÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. PERÍCIA MÉDICA DO JUÍZO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Na linha da jurisprudência do STJ, não se admite a análise, em sede de agravo regimental, de teses que não foram oportunamente suscitadas no apelo nobre, por importar indevida inovação.

2. A norma insculpida no art. 19-T da Lei n. 8.080/90 - que veda, no âmbito das esferas do SUS, a aquisição de medicamentos sem registro na Anvisa - apesar de ser a regra a ser seguida na grande maioria dos casos, não pode ser interpretada de maneira isolada, a indicar uma restrição de caráter absoluto.

3. A compreensão do citado dispositivo não deve distanciar-se dos objetivos e diretrizes traçados na própria Lei n. 8.080/90, dentre os quais destaca-se a "integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema" (art. 7º, II - grifos nossos).

4. Da mesma forma, não se deve descurar da legislação protetiva especificamente aplicável à criança e ao adolescente, a exemplo do art. 11 do ECA e do art. 24 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (ONU/1989), ratificada pelo Decreto Presidencial 99.710/90, os quais lhe asseguram não apenas proteção prioritária e integral, mas o próprio direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à sua recuperação. Precedentes: AgRg no AgRg no AREsp 685.750/PB, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJE



Por fim, admite Corte de Justiça que seja providenciado por conta do estado o tratamento no exterior se esgotadas as possibilidades de tratamento interno, com vemos no julgamento do Recurso Especial REsp 338373 / PR<sup>8</sup>.

Dessa forma, resta claro que o STJ vem dando relevante tratamento ao tema uma vez que o enquadra na categoria de direito fundamental a vida e a saúde, consoante o art. 5º, caput, e inciso XXXII, da CF/88.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, cumpre ressaltar que, independentemente da modalidade de transplante, é essencial o consentimento do receptor, ou de seu cônjuge ou parente, devendo ser analisado por três aspectos, a finalidade terapêutica da intervenção; a indicação médica da mesma e o consentimento do doente, devendo o transplante ter finalidade curativa melhorando a vida do beneficiário. Diante de diversos fatores que por um lado ou outros causam insatisfação para a sociedade, como a falta de investimento do Estado para o melhor desenvolvimento com eficiência dos transplantes, ainda existem muitos casos que foram realizados com sucesso, e que trouxe para todos a esperança de uma nova vida.

A Doação e o Transplante de Órgãos, são resultados do esforço em conjunto das ciências médicas modernas, é um procedimento que salva milhares de vidas anualmente por todo o globo sendo, muitas vezes, a única opção do paciente. Porém, não existe

---

09/11/2015; AgRg na MC 23.747/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 23/09/2015).

5. No caso, o fornecimento dos fármacos não registrados na Anvisa foi autorizado pela Corte de origem, em razão das circunstâncias excepcionais dos autos, que envolve o tratamento de moléstia grave de criança, a inexistência de qualquer outro tratamento pelo SUS, a inviabilidade da realização de transplante de fígado, o fato de os medicamentos serem amplamente aprovados por agências reguladoras estrangeiras e pela comunidade científica internacional, além de sua comprovada eficácia em cerca de 90% dos casos.

6. Com efeito, não se pode subjugar a sobrevivência de uma criança de pouco mais de 1 ano de idade à burocracia e ineficiência do aparelho estatal, impondo-se ao Judiciário uma postura proativa na concretização dos direitos mais basilares do ser humano, como o direito à vida.

7. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1502239/PR, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 26/02/2016)

<sup>8</sup> ADMINISTRATIVO. TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR. TRANSPLANTE DE MEDULA ÓSSEA. INDICAÇÃO MÉDICA. URGÊNCIA. RISCO DE VIDA. ESGOTAMENTO DOS MEIOS DISPONÍVEIS NO PAÍS. SOLICITAÇÃO DE AUXÍLIO FINANCEIRO.

SILÊNCIO DA ADMINISTRAÇÃO. GASTOS PARTICULARES. RESSARCIMENTO DAS DESPESAS PELO ESTADO. PECULIARIDADES DO CASO. ART. 45 DA LEI N.º 3.807/60; ART. 6º DA LEI N.º 6.439/77; ARTS. 58, § 2º, E 60 DO DECRETO N.º 89.312/84. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À LEI FEDERAL.

RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. Pretender que o fato de não ter havido autorização do órgão público exima o Estado da responsabilidade de indenizar equivaleria a sempre permitir, diante de atitude omissiva da Administração, a escusa.

2. A regra da exigência de prévia autorização é excepcionada quando por razão de força maior. Inteligência do art. 60 do Decreto n.º 89.312/84.

3. Não se admite que Regulamentos possam sustar, por completo, todo e qualquer tipo de custeio desses tratamentos excepcionais e urgentes, porquanto implicaria simplesmente negativa do direito fundamental à saúde e à vida, consagrados na atual Constituição Federal, nos seus arts. 5º, caput, 6º, e 196, e na anterior, no art.150, sentenciando o paciente à morte.

4. Recurso especial não conhecido.

(REsp 338.373/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministra LAURITA VAZ, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/09/2002, DJ 24/03/2003, p. 194)

procedimento milagroso e, como todos, há um problema a superar: o baixo número de doadores de órgãos em contraste com o grande número de pacientes.

Diante da situação tão delicada é necessário que haja um rigoroso controle no sistema de transplantes, onde o Estado busque incentivar através de políticas públicas a doação de órgãos. Também regularizar e fomentar os hospitais com estrutura para a realização dos transplantes e na qualificação profissional de médicos e enfermeiros. Para assim, poder evitar o desperdício de órgãos e respeitar e garantir o direito à vida.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS. [www.abto.org.br](http://www.abto.org.br). Acesso em 8 de Mar.2016.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Dos Direitos da Personalidade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Org.). **Teoria geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 242-280.
- BRASIL. **Código Civil de 1916**. In: NOVO Código Civil Brasileiro. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, Legislação Codificada e Extravagante. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 a. p. 421-576.
- BRASIL. **Código Civil de 2002**. Brasília: Senado Federal, 2002 b.
- BRASIL. **Lei nº. 10.211, de 23 de março de 2001**. Altera dispositivos da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que “dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento”. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/LEIS/LEIS-2001/L10211.htm>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- BRASIL. **Lei nº. 9.434, de 16 de janeiro de 1997**. Dispõe sobre remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo para fins de transplante. Regulamentada pelo decreto nº. 2.268/97 de 30 de junho de 1997. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1846>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 11 Mar.2016.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 10 Mar.2016
- DA SILVA NETO, Manoel Lemes. **História dos Transplantes**. 2004. Disponível em: < [http://www.ucg.br/ucg/institutos/nepss/monografia/monografia\\_02.pdf](http://www.ucg.br/ucg/institutos/nepss/monografia/monografia_02.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2016.
- DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 199.
- FACHIN, Zulmar. **Teoria Geral do Direito Constitucional**. Londrina: IDCC, 2006.
- FREITAS, Lucas da Silva. <<http://lucasdefreitas.jusbrasil.com.br/artigos/244461049/doacao-de-orgaos-e-transplante-a-interpretacao-juridica-da-lista-de-espera-a-luz-dos-principios-da-bioetica>>. Acesso em 07 Mar. 2016.
- Fundação Banco de Olhos. As duas pernas. Goiânia: 2000 [Folder]
- JORNAL O GLOBO. <http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2016/01/mais-de-3-mil-pessoas-esperam-por-transplante-de-orgao-em-minas-gerais.html>. Acesso em 8 de Mar.2016.
- LAMB, David. **Transplante de Órgãos e Ética**. Trad. Jorge Curbelo. São Paulo: Sociedade Brasileira de Vigilância de Medicamentos/Editora Hucitec, 2000.
- SISTEMA NACIONAL DE SAÚDE. [www.sistemanacionaldesaude.com.br](http://www.sistemanacionaldesaude.com.br). Acesso em 8 Mar.2016.
- SOUZA, Vinicius Cabral Gomes de. **Transplante e tráfico de órgãos: uma abordagem a luz da lei nº 9.434/97**. João Pessoa: 2011.