

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

BIODIREITO

LIZIANE PAIXAO SILVA OLIVEIRA

RIVA SOBRADO DE FREITAS

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

B615

Biodireito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Riva Sobrado de Freitas, Liziane Paixão Silva Oliveira, Simone Letícia Severo e Sousa. – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-030-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Biodireito. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS
BIODIREITO

Apresentação

(O texto de apresentação deste GT será disponibilizado em breve)

RESPONSABILIDADE CIVIL ORIUNDA DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA.

CIVIL LIABILITY OF ASSISTED HETEROLOGOUS HUMAN REPRODUCTION

**Jaqueline Da Silva Paulichi
Claudia Aparecida Costa Lopes**

Resumo

As técnicas de reprodução humana assistida geram inúmeras dúvidas àqueles que se submetem ao tratamento. As técnicas de Reprodução humana assistida podem ocorrer de forma homóloga e heteróloga. Nesta pesquisa será analisado a Reprodução humana assistida heteróloga, e responsabilidade civil do médico e da clínica responsável por esta técnica. Em virtude da ausência de lei que regulamenta a reprodução humana assistida no país, há uma certa liberdade entre os profissionais nesta área no manuseio dos gametas humanos destinados a RA. A Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina apresenta algumas diretrizes acerca do tema. Faz-se necessário lei específica que proteja os pacientes e as futuras crianças geradas por estas técnicas. A Lei de Biossegurança apresenta algumas disposições sobre o embrião criopreservados a sua destinação, prevendo que a pesquisa com células tronco embrionárias é possível, desde que os embriões sejam aqueles excedentários ou inviáveis, e que haja a autorização dos donos do material genético. Portanto a responsabilidade do médico e da clínica responsáveis pela RA abrange todas as fases do tratamento, desde a informação ao paciente até o nascimento da criança.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, Médico, Clínica de reprodução humana assistida, Reprodução humana assistida heteróloga, Resolução 2.013/2013 cfm.

Abstract/Resumen/Résumé

The assisted human reproduction techniques generate many questions for those who submit to the treatment. The assisted human reproduction techniques may occur by the homologous or heterologous form. In this research will be analyzed the assisted human reproduction heterologous, and the doctor and clinic liability responsible for this technique. Because of the absence of law regulating assisted human reproduction in the country, there is a certain freedom among professionals with the handling of human gametes intended for human reproduction in this area. The Resolution 2,013/2013 from the Federal Council of Medicine presents some guidelines on the subject. It is necessary a specific law that protects patients and future children generated by these techniques. The Biosafety Law has some provisions on embryo cryopreserved your destination, providing that research with embryonic stem cells is possible, provided that the embryos are those redundant or unfeasible, and there is the

authorization of the owners of the genetic material. Therefore the responsibility of the doctor and the clinic responsible for RA covers all stages of treatment from patient information to the child's birth

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil liability, Doctor, Assisted human reproduction clinic, Assisted human reproduction heterologous, Cfm 2.013 / 2013 resolution.

INTRODUÇÃO

Nesta pesquisa será analisada a responsabilidade civil das clínicas de reprodução humana assistida, juntamente com a responsabilidade civil do profissional liberal. Entretanto antes de qualquer consideração acerca da responsabilidade destas, faz-se necessária uma elucidação do que vem a ser a responsabilidade civil. Esta, numa visão geral nada mais é que o dever jurídico que tem o indivíduo de responder pelos próprios atos ou de outrem, sempre que estes violarem os direitos de terceiros assegurados pelo ordenamento jurídico, assim como o de reparar os danos causados. Assim, a responsabilidade civil consiste no dever que tem o agente em assumir as conseqüências que advenham dos seus atos profissionais.

A questão da responsabilidade civil das clínicas médicas e de seus profissionais é de extrema relevância, eis que há a preocupação quanto a seleção do material genético de embriões e a possibilidade de troca de material genético pela clínica e por seus profissionais.

Num caso hipotético, imagine que um casal procura uma clínica de esperma para “comprar” material genético de doador que tenha determinadas características: Branco, cabelos louros e olhos claros.

Mas, por um erro do profissional que seleciona esse material genético, o esperma selecionado é de doador da pele morena, de cabelos escuros e olhos castanhos.

E esse casal vem a saber da troca de material genético após a inseminação. Caberia danos morais e materiais? O dano material seria relativo aos gastos que esse casal teve com o procedimento, compra do material genético. E os danos materiais seriam pelas piadinhas e chacotas dos amigos, que, vêem um casal branco, de olhos claros e cabelos louros, com filho de etnia diferente.

As clínicas de reprodução humana assistida e os bancos de sêmen também devem ser fiscalizados quanto aos seus atos, ante os inúmeros casos de erros de prognóstico, erros na manipulação dos gametas e trocas de materiais genéticos, causando danos aos pacientes, e aos pais idealizadores do projeto parental.

É necessário realizar uma análise com o Código de Defesa do Consumidor, haja vista que com seu advento, trouxe a dúvida se seria esta lei aplicada também as clínicas de reprodução humana assistida, ou se a estas caberia tão somente o código civil?

Nos casos que serão apresentados nesta pesquisa, serão discutidos a responsabilidade civil das clínicas envolvidas, bem como a relação contratual e extracontratual destas, analisando

possíveis erros cometidos pelos responsáveis pela manipulação do material genético, e quanto a possibilidade de indenização pelos danos sofridos.

2 DO CONCEITO DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA

A reprodução humana assistida consiste em técnicas de procriação auxiliadas pela tecnologia e pela ciência. Existem inúmeras causas já conhecidas que dificultam ou até mesmo impedem a procriação como a endometriose, a síndrome do útero infantil, dentre outras. A esterilidade e a infertilidade é classificada como doença pela OMS, com o CID 10. E assim a reprodução humana assistida se apresenta como o tratamento necessário para estas pessoas.

Pode ser conceituada como o “conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana”¹

Jorge Duarte Pinheiro, traz uma noção do que seja a reprodução humana assistida, que em seu país (Portugal) é chamada de procriação medicamente assistida (PMA), “A PMA – procriação medicamente assistida- agrupa o conjunto de técnicas destinadas à formação de um embrião humano sem a intervenção do acto sexual, sendo ainda definida como o “método de causar gravidez sem ser através do coito”²

Na reprodução humana assistida existem diversos métodos diferentes, com a finalidade de possibilitar a gravidez. Dentre as técnicas existentes tem-se a Fertilização *in vitro* convencional com a transferência intrauterina de embriões (FIVETE), a inseminação artificial intrauterina (IIU), a injeção intraplasmática (ICSI), a transferência intratubária de gametas (GIFT) e a transferência intratubária de zigoto (ZIFT).

O diagnóstico genético de pré implantação DGPI, não é em si mesmo uma técnica de procriação medicamente assistida; ele se destina a selecionar os embriões que são implantados no útero da mulher, por meio das técnicas de RA. Essas técnicas são divididas conforme a fecundação ocorre dentro organismo da mãe, *in vivo*, ou fora do organismo, *in vitro*.³

Esta contraposição é de grande valia, eis que define o problema dos embriões excedentários serem criados através do recurso da fecundação extracorpórea. A inseminação artificial e a transferência intratubária de gametas, AI e GIFT, são técnicas de procriação

¹ RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues; BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução assistida. In: *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Coord: Ana Carolina Brochado Teixeira, Gustavo Pereira Leite Ribeiro. Belo Horizonte: Del Reys, 2008. 228.

² PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito de Família Contemporâneo*. Lisboa: AAFDL. 2013.

³ PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito de Família Contemporâneo*. Lisboa: AAFDL. 2013.. p. 211.

assistida *in vivo*. A fertilização *in vitro* seguida da transferência de embriões para o útero-FIVETE, zigotos ZIFT, ou embriões TET, e da injeção intracitoplasmática de esperma ou espermatozoides ICSI, são técnicas de fecundação *in vitro*.⁴

A fertilização *in vitro* é uma técnica de combate à esterilidade, ante o número de pessoas que procuram a solução para os problemas de infertilidade. No entanto, esta técnica trouxe consigo questões inovadoras a serem discutidas no direito, mais exclusivamente na seara da bioética. Vê-se que esta técnica traz inúmeras consequências, como o caso dos embriões excedentes e a sua destinação, a responsabilidade dos pais e da clínica de armazenamento, as várias tentativas da mulher de engravidar, dentre outros.

Eduardo de Oliveira Leite explica que esta possibilidade, de fertilização *in vitro* causou um grande impacto em toda a sociedade, pois esta é uma forma de procriação fora do útero, trazendo uma série de questões no campo jurídico, biológico, religioso e ético. Assim, se fez necessário estabelecer normas para que se consolide o bem estar individual e social.⁵

A fertilização *in vitro* é utilizada no caso de esterilidade do casal da mulher. Esta consiste na retirada de vários óvulos da mulher, que serão fertilizados em laboratório e transferidos posteriormente ao útero materno. A técnica reúne o material genético masculino e feminino para a fecundação, e pode ser conceituada da seguinte forma:

Consiste na técnica de procriação assistida mediante a qual se reúnem, extracorporeamente, numa placa de petri ou num tubo de ensaio, o material genético masculino e o material genético feminino, propiciando a fecundação e a formação do ovo, cuja introdução no útero da mulher dar-se-á após iniciada a divisão celular.⁶

Sérgio Abdalla Semião explica que a fertilização *in vitro* é a fecundação de um óvulo em laboratório, onde ocorre a fusão dos gametas masculino e feminino, que dão origem ao óvulo fecundado, ocorrendo extracorporeamente. Após a fecundação, o óvulo fecundado, que já se tornou embrião, é introduzido na mulher, esperando que ocorra a fixação desse óvulo embrionário no endométrio (nidação), onde será desenvolvida a gestação.⁷

Esta técnica se consolidou com a descoberta do congelamento de embriões, em 1947. No entanto, vinte e dois anos após esta descoberta, em 1969, foi possível obter embriões humanos pela fertilização *in vitro*, que eram capazes de se reproduzir, tendo o seu primeiro caso de

⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito de Família Contemporâneo*. Lisboa: AAFDL. 2013. p. 212.

⁵ Cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995 p. 56

⁶ SILVA, Reinaldo. *Ética e bioética: novo direito e ciências médicas*. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998, p. 127.

⁷ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 2º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 169.

sucesso em 26 de julho de 1978, com o nascimento de Louise Brown, na Inglaterra. Já no Brasil, o primeiro caso de sucesso em fertilização *in vitro* foi em 1984, com o nascimento de Anna Paula Caldeira, em São Paulo.⁸

A primeira etapa da fertilização *in vitro* é a indução da ovulação, cujo objetivo é aumentar o número de folículos, o que aumenta a quantidade de óvulos a serem coletados e a possibilidade de embriões obtidos, eis que a mulher só libera um óvulo por ovulação. Essa indução consiste na possibilidade de aquisição de inúmeros óvulos.⁹

A segunda etapa consiste na coleta de óvulos, através da punção sob controle ecográfico, que é a aspiração de óvulos e fluído folicular, por meio de uma agulha, sob anestesia leve. Esses óvulos e os fluidos foliculares são colocados em um tubo e deixados em incubadora por quatro horas aproximadamente. Nesta etapa também será realizada a coleta de espermatozoides.¹⁰

A terceira etapa é a fertilização dos óvulos, um a um, com a suspensão do esperma. Após estes são colocados em uma incubadora de 12 a 16 horas. Depois desse período será realizada uma observação com o auxílio de microscópio para a verificação se estes foram fertilizados ou não.¹¹

Se houvesse fecundação o zigoto seria transferido a um tubo, crescendo e produzindo a divisão celular. Cerca de 16 horas após o embrião estará formado, podendo atingir o estágio de duas, quatro, ou mais células, devendo ser transferidos para o útero da mãe através de um cateter especial.¹²

A inseminação artificial consiste na introdução do esperma, colhido anteriormente, por meio de uma cânula na cavidade uterina, ou no canal cervical no período em que o óvulo esteja maduro suficientemente para ser fecundado. Essa fecundação se dá intracorpóreamente, dentro da mulher. Neste caso, a esterilidade é apenas masculina. O material genético poderá ser do cônjuge ou do companheiro da mulher que será inseminada. Esta técnica denomina-se inseminação artificial homóloga. Quando for proveniente de um doador, esta se chamará de inseminação heteróloga.¹³

⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.16

⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 16

¹⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 17

¹¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.

¹² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.

¹³ Cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.17.

Esta é a mais simples das técnicas de reprodução humana assistida, sendo indicada para os casos onde há incompatibilidade do muco cervical, deficiência seminal leve, alteração na ovulação ou na concentração espermática.

A transferência intratubária de gametas (GIFT) ocorre com a transferência de espermatozoides e oócitos, captados anteriormente, e que são colocados próximos a tuba uterina, possibilitando a fertilização natural, sendo então uma fertilização *in vivo*. A transferência intratubária de zigoto (ZIFT) é a retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta com o sêmen do parceiro ou de um doador anônimo, onde depois irá introduzir o embrião diretamente no útero da mulher ou de terceira que cede o útero.¹⁴

O Código Civil prevê duas formas de reprodução humana assistida, a homóloga e a heteróloga, acarretando efeitos no direito de família e sucessório.

A reprodução humana assistida homóloga ocorre com o material genético do casal idealizador do projeto parental, ou seja, tanto o sêmen colhido quanto o óvulo serão dos idealizadores. Já a reprodução humana assistida heteróloga se concretiza com o material genético de terceiros, doadores anônimos, podendo ser o sêmen, ou o óvulo, ou os dois.

Esta pode ocorrer de quatro formas distintas: com sêmen de doadores anônimos, com o óvulo de doadora anônima, com sêmen e óvulo de doadores, e sob a forma de cessão temporária do útero. Nestes casos há o conflito, eis que pode gerar uma interferência de um terceiro estranho a vida do casal idealizador do projeto parental, causando também o desconhecimento da origem genética, da segregação social, da coisificação da pessoa, o que fere a dignidade da pessoa humana.¹⁵

Tycho Brahe Fernandes conceitua a RA heteróloga da seguinte maneira:

[...] por fecundação heteróloga entende-se o processo pelo qual a criança que vier a ser gerada por qualquer das técnicas de reprodução assistida for fecundada com a utilização de gametas de doadores, dividindo-se a fecundação heteróloga “*a matre*”, quando o gameta doado for feminino, “*a patre*”, quando se tratar de doação de gameta masculino, ou total, quando os gametas utilizados na fecundação, tanto os masculinos quanto os femininos, são de doadores.¹⁶

Guilherme Calmon Nogueira da Gama explica que nas técnicas de RA heteróloga os fundamentos que se relacionam com a paternidade-filiação e a maternidade-filiação são diferentes da RA homóloga, eis que levam em conta os casos em que só um dos companheiros

¹⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 199.

¹⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 203.

¹⁶ FERNANDES, Tycho Brahe. *A Reprodução Assistida em face da bioética e do biodireito*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 58.

contribui com o seu material genético e o outro não, em decorrência de sua esterilidade, ou ainda na hipótese em que ambos não têm condições de doar material genético.¹⁷

A reprodução humana assistida heteróloga só deve ser utilizada em último caso, como afirma Eduardo de Oliveira Leite, em que “*a última medida diante da impotência do terapeuta de tratar certas infertilidades maiores*”¹⁸.

Desta forma, a reprodução humana assistida heteróloga só será utilizada quando um dos parceiros for infértil, ou ainda no caso de casais homoafetivos, que necessitam da doação de um terceiro. No entanto, esta forma de procriação, por necessitar de material genético de doador, que deve ser anônimo, pode causar muitos conflitos de ordem ética, moral, filosófica, teológica e biológica.

Essa doação deve ser anônima justamente para garantir ao doador que este não será procurado futuramente pela criança gerada, como forma de resguardar os seus direitos. Mas um dos problemas é quando ocorre a troca do material genético deste doador anônimo. Mesmo havendo o anonimato, as características físicas do doador ficam arquivadas, podendo a família escolher o doador com base em suas características para que a criança se pareça com os idealizadores do projeto parental.

Mas se este material for trocado, ou ocorrer erro em sua manipulação, fazendo com que a criança que poderia nascer saudável nasça com problemas físicos ou neurológicos. É em razão desta insegurança que a RA heteróloga deve ser vista como o último recurso a ser utilizado pelos pais.

3 DA RESOLUÇÃO 2.013/2013 DO CFM QUE REGULAMENTA A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A DOAÇÃO DE ESPERMA.

O Conselho Federal de Medicina regulamentou a questão da reprodução humana assistida por meio das Resoluções 1358/92, posteriormente pela Resolução 1957/2010, que foi revogada pela atual Resolução 2013/2013. Ressalta-se que no Brasil ainda não há lei que regulamente a reprodução humana assistida, existe apenas a resolução do CFM a respeito.

No entanto, com essa falta de regulamentação por parte do poder legislativo, a classe médica só tem a Resolução 2013/2013 para se basear ao realizar os procedimentos necessários para a reprodução humana assistida. Para os aplicadores do direito, a utilização das técnicas de

¹⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Biodireito e as relações parentais*. São Paulo: Renovar, 2012.

¹⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 39

reprodução humana assistida sem regulamentação legal pode gerar danos às pessoas que se submetem a estes procedimentos.

Desta forma, a falta de regulamentação legal não pode servir como respaldo para que não haja a efetiva proteção da pessoa humana e dos direitos da personalidade, eis que esses direitos necessitam de tutela.¹⁹

De acordo com a referida Resolução do Conselho Federal de Medicina, as técnicas de Reprodução Humana Assistida (RA) podem ser utilizadas desde que exista a probabilidade efetiva de sucesso, e que não incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o descendente. Também é limitada a idade para as candidatas a essa técnica, que é até os 50 anos.

Ressalte-se que recentemente foi decidido que o CFM não tem autonomia para limitar a idade da candidata a RA, em decorrência do planejamento familiar, que deve se sobrepor a esta regra. Em relatório, a desembargadora Maria do Carmo afirma que:

a generalização do limite etário estabelecido na Resolução CFM 2.103/2013, conquanto demonstre a preocupação do Conselho Federal de Medicina com riscos e problemas decorrentes da concepção tardia, desconsidera peculiaridades de cada indivíduo e não pode servir de obstáculo à fruição do direito ao planejamento familiar, a afetar, em última instância, a dignidade da pessoa humana²⁰

Este entendimento se baseia também no enunciado 41 da I Jornada de Direito à Saúde, que corrobora com a vedação do limite de idade para a candidata a RA, eis que afronta o direito constitucional ao planejamento familiar.²¹

Há necessidade de consentimento obrigatório para os pacientes que foram submetidos a essa técnicas, devendo isso ser detalhado ao paciente, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta pelo médico. Esse documento deve ser feito por formulário especial, devendo ter a concordância por escrito das pessoas que serão submetidas as técnicas de reprodução humana assistida,

Existe também a proibição de se utilizar as técnicas de reprodução humana assistida com a intenção de selecionar o sexo do bebê, ou qualquer outra característica biológica dele. A

¹⁹ FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. A incidência do sistema de presunção *pater is est* na inseminação artificial *post mortem*: efeitos e possibilidades no direito de família contemporâneo. In: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. *Diálogos sobre direito civil* – III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 245-268.

²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO**
AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0055717-41.2014.4.01.0000/MG .Processo Orig.: 0023725-02.2014.4.01.3803. Disponível em
<<<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00557174120144010000&pA=&pN=55717412014401000>>>Acesso em 02.dez.2014.

²¹ ENUNCIADO N° 41 O estabelecimento da idade máxima de 50 anos para que mulheres possam submeter-se ao tratamento e à gestação por reprodução assistida afronta o direito constitucional à liberdade de planejamento familiar.

exceção é quando se tratar de doenças ligadas ao sexo do filho, quando a seleção de sexo poderá ser efetuada.

A única finalidade da utilização destas técnicas é a de reprodução, sendo proibida a sua utilização para quaisquer outras técnicas. Note-se que a receptora não pode receber oócitos e embriões em número maior que quatro, e ainda há as recomendações de idade da candidata, que são:

- a) mulheres com até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres entre 40 e 50 anos: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos.

Em caso de gravidez múltipla, decorrente da reprodução humana assistida, a redução embrionária é proibida.

Os candidatos a este procedimento devem estar de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a RA, devendo assinar termo de consentimento a ser arquivado na clínica médica. A clínica que realiza estes procedimentos serão responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano para os pacientes de RA.

Há uma preocupação quanto aos procedimentos realizados por essas clínicas, eis que estas irão manusear gametas, tendo toda a responsabilidade pelo futuro daquele material genético, caso haja algum ato negligente, imprudente ou imperito capaz de causar dano a família que está passando pelo procedimento. Daí a necessidade do CFM prever acerca do manuseio e conservação destes materiais.

A clínica responsável pela obtenção do material genético, manuseio e conservação, deverá ter um registro permanente das gestações, nascimentos e malformações de fetos e recém nascidos, advindos da técnicas de RA utilizadas. Deverá também ter um registro das provas permanente ao que foi submetido o material genético, para que se evite futuras doenças.

A doação de material genético não poderá ter caráter comercial, onde os doadores não podem conhecer quem são os receptores, e nem os receptores conhecer seus doadores, havendo a idade limite de 35 anos para a mulher doadora, e 50 anos para o homem doador. Deve ser mantido também o sigilo dos doadores de gametas, sendo somente aberta as suas informações em casos especiais, por motivação médica, onde seus dados serão fornecidos a outros médicos, resguardando a identidade civil do doador.

As clínicas responsáveis pela obtenção do material genético deve manter um registro permanente acerca dos doadores, com as características fenotípicas e uma amostra de material

celular dos doadores. É necessário também que haja um controle acerca do uso do material genético doado na região de localização da unidade, para que não haja mais que duas gestações de crianças de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

Quanto à semelhança fenotípica do doador com o receptor, a clínica responsável deverá garantir que o doador tenha uma semelhança fenotípica e imunológica, e a máxima possibilidade de compatibilidade com o receptor.

A Resolução nº 2.013/2013 do CFM também permite as clínicas, centros ou serviços a criopreservar espermatozoides, óvulos e embriões e tecidos gonádicos, devendo o número total de embriões produzidos em laboratórios serem comunicados aos pacientes, para que estes decidam quantos embriões serão transferidos e quais serão criopreservados. Além disso, os pacientes devem assinar termo que prevê o destino dos embriões criopreservados, em casos de divórcio, doenças graves ou falecimento dos cônjuges, e sobre a sua decisão de doá-los. Nesta declaração também irá constar acerca do descarte dos embriões criopreservados por mais de cinco anos, caso esta for a vontade do paciente.

Tanto o diagnóstico genético de pré-implantação de embriões, quanto as técnicas de reprodução humana assistida poderão ser utilizadas acopladas a seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças.

As técnicas de reprodução humana assistida também poderão ser utilizadas para a *“tipagem do sistema HLA do embrião, com o intuito de seleção de embriões HLA-compatíveis com algum filho(a) do casal já afetado por doença, doença esta que tenha como modalidade de tratamento efetivo o transplante de células-tronco ou de órgãos.”*²²

Acerca da gestação de substituição, também conhecida como doação temporária do útero, as clínicas estão autorizadas a realizar este procedimento desde que exista algum problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva. Neste caso, as doadoras devem pertencer à família de um dos parceiros consanguíneos até o quarto grau de parentesco, e esta doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

Nestes casos, a clínica deve manter obrigatoriamente uma série de documentos no prontuário médico do paciente, como o termo de consentimento informado assinado pelos pais genéticos, o termo de consentimento da doadora do útero, relatório médico com perfil psicológico, atestado de adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero, contrato entre os pais genéticos e a doadora temporária do útero, que estabelece a questão quanto à

²² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, Resolução 2013/2013 de 09.mai.2013. Disponível em <<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>> Acesso em 10.dez.2014.

filiação da criança, os riscos da maternidade, os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico puerperal, a impossibilidade de interrupção da gravidez, salvo em casos previstos em lei, a garantia de tratamento e acompanhamento médico, por equipe multidisciplinar à mãe doadora do útero, a garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), e no caso da doadora temporária do útero ser casada, o consentimento do seu cônjuge.

Na reprodução humana assistida *post mortem*, deve ter prévia autorização do marido falecido, para o uso de seu material biológico.

Assim, de acordo com a Resolução do CFM, explanada acima, tem-se alguns aspectos que limitam as técnicas de reprodução humana assistida. No entanto, essa resolução não abrangeu toda a importância do tema, devendo o legislador se atentar a estes casos, como a responsabilidade civil dessas clínicas, no caso de erro médico, ou de imprudência, imperícia, ou negligência, ou no caso de troca de material genético, dentre outros que serão abordados no decorrer deste trabalho.

4 DA LEI DE BIOSSEGURANÇA

A lei de biossegurança, lei nº 11.105/2005, regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, que estabeleceu as normas de segurança e os meios de fiscalização de atividades que envolvam os organismos geneticamente modificados (OGM), criando também o Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS), e reestruturou a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), dentre outras alterações em leis.

Referida lei sofreu diversas críticas quanto a legalidade das investigações com o material embrionário humano, no que diz respeito a proteção da vida e da dignidade humana. Um dos questionamentos foi sobre a sua inconstitucionalidade, eis que parte da sociedade defendia o entendimento de que o art. 5º e seus parágrafos da Lei de Biossegurança feria o art. 5º *caput* da Constituição Federal.

O Procurador da República (Carlos Fonteles) apresentou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, contra o art. 5º da referida lei, em decorrência do direito à vida, e o respeito à dignidade da pessoa humana, onde o argumento utilizado é de que a vida começa na fecundação, e assim os embriões humanos, até mesmo os excedentes das técnicas de fertilização *in vitro*, seriam considerados pessoas, merecendo proteção dos direitos e garantias constitucionais.

O STF julgou improcedente a ação, sob o argumento de que as pesquisas com células tronco embrionárias não violariam o direito a vida, e o da dignidade humana. Para eles o embrião

in vitro não é pessoa humana nos moldes da constituição e nem correspondem ao conceito de nascituro.

A pesquisa científica com as células tronco embrionárias tem o objetivo de cura de doenças e traumatismos de pessoas que sofrem com suas limitações físicas. Aqui poderia se discutir o direito a uma possível cura daquele que sofreu certo traumatismo e depende de pesquisas com células tronco embrionárias e o direito do embrião criopreservado.

Sabe-se que o embrião criopreservado não se classifica como pessoa, eis que para se ter a personalidade jurídica é necessário o nascimento com vida, e não é classificado como “produto” ou bem jurídico, e também não se confunde com o nascituro, porém este tem proteção jurídica em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana.

A Lei de Biossegurança estabelece no art. 5º inc. II²³ que os embriões congelados decorrentes de fertilização *in vitro* poderão ser destinados a pesquisa e terapia, desde que não utilizados no tratamento e que sejam embriões congelados há três anos ou mais. Ainda, no §3º do mesmo artigo citado, há a vedação da comercialização do material biológico, onde a sua prática implicará em crime tipificado no art. 15 da lei nº 9.434 de 04 de fevereiro de 1997.

Assim, a clínica responsável pela manipulação do material genético humano, que irá realizar a fertilização *in vitro* não pode comercializar este embrião congelado, e, mesmo para a sua destinação a pesquisa, deverá obter o consentimento dos pais, por escrito.

5 DA RESPONSABILIDADE CIVIL ORIUNDA DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA

5.1 Da Responsabilidade Civil Do Médico

Pode a responsabilidade civil ser contratual ou extracontratual. Portanto há de se ressaltar que são os mesmos requisitos para ambas as modalidades. Nesse contexto, se não existir

²³Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no [art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997](#).

uma conduta que anteceda as consequências advindas do ato do agente profissional, não há o dever indenizatório, esse requisito denomina-se *antijuridicidade*.

Um segundo requisito que pode ser ressaltado, é o da *imputabilidade*, o qual se caracteriza pelo fato da responsabilidade civil poder ser imputada a um agente. Nos casos em que as consequências decorreram de caso fortuito ou força maior não haverá o dever de indenizar, dessa forma há de se reconhecer que a tendência do direito privado é atingir o dever de indenizar, e, por conseguinte, permitir que um maior número de atos ilícitos sejam indenizáveis, pois se contrário fosse, dariam margem ao desequilíbrio social.²⁴

No âmbito da responsabilidade civil dos profissionais liberais, num passado não tão remoto, o que mais se discutiu foi a responsabilidade civil dos médicos.

A responsabilidade civil dos profissionais liberais, no direito comum das obrigações, é negocial ou extra negocial. Sendo negocial, quando a prestação do serviço tiver origem em negócio jurídico unilateral ou em negócio jurídico bilateral, principalmente contrato. A responsabilidade será extra negocial quando o serviço for prestado sem vínculo negocial direto entre o profissional liberal e o tomador dos serviços. Em ambos os casos a imputação ao profissional liberal depende da existência de culpa, seja ela por imprudência, negligência ou ainda por imperícia.²⁵

Dentro das relações negociais nem sempre foi feita a distinção entre obrigações de meio e obrigações de resultado para apuração da culpa e conseqüente imputabilidade do profissional.

Em regra geral, o profissional liberal assume obrigação de meio, sendo excepcionais as obrigações de resultado. Na obrigação de meio, a contrariedade a direito reside na falta de diligência que se impõe ao profissional, considerado o estado da arte da técnica e da ciência, no momento da prestação do serviço. O profissional não promete resultado, mas a utilização, com a máxima diligência possível, dos meios técnicos e científicos que são esperados de sua qualificação. Porém, nem sempre são os meios que interessam ao tomador do serviço, porque o resultado pode ser estabelecido em lei ou no negócio jurídico.²⁶

O médico responsável pela reprodução humana assistida heteróloga ou homóloga, tem a obrigação de esclarecer seus pacientes sobre os procedimentos terapêuticos existentes sob o aval do conselho médico, como os seus riscos, os custos, os benefícios e a possibilidade de sucesso,

²⁴ Cf. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 476.

²⁵ Cf. PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1998. p. 89-92.

²⁶ Cf. PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1998, p.92-93.

apresentando também a melhor técnica que se encaixa no caso. Outra responsabilidade do médico é a de informar ao paciente as vinculações pessoais e jurídicas de cada um, onde as intervenções futuras dependerão do consentimento informado do casal. O documento necessário para esclarecer estes pontos é chamado de *consentimento informado*, sendo este elemento central na relação entre o médico e paciente.²⁷

O consentimento informado constitui um pressuposto fundamental para a validade do contrato de reprodução humana assistida estabelecida entre os candidatos ao projeto parental e o médico responsável.

Elimar Szaniawski descreve que a preocupação inicial está na garantia que os pacientes que se submetem a este procedimento devem ter em relação ao seu material genético, a sua manipulação e preservação. Na reprodução humana assistida heteróloga os riscos são maiores, eis que nesta modalidade há uma criopreservação de sêmen ou de óvulo mais duradoura, havendo cuidados maiores para que não haja contaminação ou outras ocorrências.²⁸

Para que haja a garantia de que nascerão bebês saudáveis, há o diagnóstico genético pré implantatário, sendo este um processo de investigação quanto as possíveis doenças da futura criança. A atual resolução do CFM, nº 2.013/2013 autoriza este diagnóstico pré implantatário desde que seja para o tratamento de doenças hereditárias e genéticas, sendo impedido a manipulação para a experimentação embrionária, o que evita os desvios éticos e bloqueia a experimentação científica.²⁹

Desta forma, indaga-se sobre a responsabilidade do médico ante seus atos na reprodução humana assistida, assim como a de sua equipe, ante as inúmeras possibilidades de equívocos quanto a manipulação do material genético, troca de gametas, erro no diagnóstico pré implantacional e etc. José Aguiar Dias defende que o erro no diagnóstico por si só, não seria passível de ensejar a responsabilidade médica.³⁰

Segundo Szaniawski a responsabilidade do médico não deve ser generalizada diante de diagnósticos errados, e deve ser realizada uma análise do tipo de exame realizado pelo paciente e o tipo de equívoco do profissional responsável, ante o grande número de variações e diferenciações nos exames médicos.

²⁷ SZANIAWSKI, Elimar. *Considerações sobre a responsabilidade civil dos profissionais da saúde na atividade de reprodução humana assistida*. Grandes Temas da Atualidade – Responsabilidade Civil. Eduardo de Oliveira Leite (coord.). Rio de Janeiro : ABDR, 2006. p. 153

²⁸ SZANIAWSKI, Elimar. *Considerações sobre a responsabilidade civil dos profissionais da saúde na atividade de reprodução humana assistida*. Grandes Temas da Atualidade – Responsabilidade Civil. Eduardo de Oliveira Leite (coord.). Rio de Janeiro : ABDR, 2006. p.163.

²⁹ SZANIAWSKI, Elimar. *Ibidem*.

³⁰ DIAS, José Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

Quando se tratar de exames corriqueiros, como os exames de sangue, não será admitido o erro do profissional médico, sendo este responsável pelos danos que possam ocorrer de leitura errada destes exames. No entanto, quando se tratar de exames complexos, não se aplica as regras gerais da responsabilidade civil, eis que estes exames médicos mais complexos necessitam da interpretação do profissional, podendo ocorrer uma leitura equivocada, podendo ser admitido a exclusão da responsabilidade deste profissional da saúde.³¹

Outro problema apontado por Elimar Szaniawski é a fase anterior ao procedimento reprodutivo e o fornecimento de material genético pela clínica de RA. A clínica é responsável pelo manuseio e armazenamento deste material, devendo prover todos os meios necessários para que estes sejam viáveis e de boa qualidade.

Já na fase de execução do procedimento reprodutivo, a responsabilidade médica será referente ao emprego dos embriões em cada inseminação. O médico deve zelar pela saúde da paciente, não podendo implantar mais embriões que o permitido pela resolução nº 2.013/2013, sendo o máximo de 4 embriões para mulheres de 40 anos ou mais, 3 embriões para mulheres entre 36 e 39 anos, e 2 embriões para mulheres de até 35 anos.

Após o procedimento reprodutivo, a responsabilidade médica será relativa aos efeitos que o tratamento gerou na paciente, e na criança já nascida, podendo ser por infecções que a mãe ou o bebê venham a ter em decorrência do procedimento, pelo aparecimento de sequelas na criança e na paciente. O *“The New England Journal of Medicine”* apresenta estudos sobre as consequências deste procedimento, pela técnicas da FIVETE e pela ICSI, onde se constata que estas crianças podem nascer com anomalias e portadoras de graves doenças, se comparando àquelas concebidas da maneira natural.³²

Eduardo de Oliveira Leite explica que o vínculo formado entre o médico e o paciente configura-se uma relação contratual, onde de um lado está o médico, profissional da saúde que tem todo o conhecimento necessário para realizar o procedimento, e de outro lado o paciente, aquele que almeja o projeto parental, que procura os serviços especializados para a reprodução humana assistida. Este contrato não é diferente dos contratos entre médicos e pacientes em geral.³³

³¹ SZANIAWSKI, Elimar. *Considerações sobre a responsabilidade civil dos profissionais da saúde na atividade de reprodução humana assistida*. Grandes Temas da Atualidade – Responsabilidade Civil. Eduardo de Oliveira Leite (coord.). Rio de Janeiro : ABDR, 2006.. p. 164.

³² SZANIAWSKI, Elimar. *Considerações sobre a responsabilidade civil dos profissionais da saúde na atividade de reprodução humana assistida*. Grandes Temas da Atualidade – Responsabilidade Civil. Eduardo de Oliveira Leite (coord.). Rio de Janeiro : ABDR, 2006. p. 183.

³³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 238.

Gualter de Souza Andrade Junior explica sobre estes atos médicos passíveis de indenização por danos materiais e morais, e os denomina como “fato biomédico”, ante a sua abrangência. O fato biomédico pode ser entendido como qualquer fato que envolva a atividade médica e dos profissionais da área da saúde. Seus atos devem se pautar pela ética na profissão.

Diante de um fato biomédico, deve-se analisar o ocorrido de forma a aplicar o direito, para que este culmine na concretização dos fins almejados pelo Estado Democrático de Direito. É necessário analisar de que forma as inúmeras normas espalhadas pelo ordenamento jurídico vão proporcionar a concretização da dignidade humana, eis que deve haver respeito aos direitos do indivíduo, da sociedade e do ordenamento jurídico.

A cada dia em que se descobre uma inovação na ciência médica, também abre a oportunidade para o acontecimento de um fato biomédico, podendo ser objeto de discussão pelo direito, e também passível de litigância em juízo. A filosofia busca os inúmeros entes que podem ser pensados e analisados, e isso independe da sua natureza. É no âmbito da filosofia do direito que se pode entender o que de fato é a responsabilidade pela prática biomédica, realizando as análises sobre o direito de personalidade, os direitos subjetivos, a ilicitude e o dano, os valores, a moral, a ética, a bioética e o biodireito.³⁴

O profissional da saúde, o enfermeiro, bioquímico, fisioterapeuta, farmacêutico, fonoaudiólogo e o médico, além de observar os procedimentos necessários de sua profissão, ainda passam por inúmeros outros problemas. Por exemplo, há uma demanda muito grande desses profissionais, e conseqüentemente, há uma abertura de cursos superiores que formam estes profissionais. Talvez, a faculdade de medicina é a que mais encontra obstáculos para que se abra novos cursos. No entanto, é corriqueiro ver notícias na TV de que algum profissional da saúde não observou as regras mínimas ao realizar determinado procedimento. Um exemplo, é o caso da enfermeira que ao cortar um curativo de um recém nascido, amputou um dedos da mão da criança.³⁵

Outro exemplo, é da auxiliar de enfermagem que trocou o os frascos de remédio ao paciente, vindo este a falecer horas depois em virtude deste erro.³⁶

Na responsabilidade pelo fato biomédico, existem inúmeros elementos que formam um sistema complexo. O corpo humano é objeto de experimentação prática biomédica, e este é

³⁴ ANDRADE JUNIOR, Gualter de Souza. *O fato e a responsabilidade por prática biomédica: uma visão ontológica. Biodireito*. SÁ. Maria de Fátima Freire de. Coord. Belo Horizonte: Del Rey. 2002.

³⁵ ESTADÃO. Enfermeira Decepa Dedo de Menina. Disponível em <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral/enfermeira-decepa-dedo-de-menina.673280>> Acesso em 20.nov.2014.

³⁶G1. Polícia acha Frasco de Ácido Similar ao de Calmante. Disponível em << <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/09/policia-acha-frasco-de-acido-similar-ao-de-calmante-em-hospital.html>>> acesso em 20.nov.2014.

composto de objetos, onde há os estratos denominados inorgânicos, orgânico, anímico e espiritual, sendo este último superior aos outros.

No fato biomédico incide valor de cunho moral, ético e jurídico, assim os fatos serão julgados como bom ou mau de acordo com a moral e a ética de cada um. A bioética e o biodireito, assim como a moral e a ética, lidam com normas sociais, e estas são os comandos de dever-ser, e não estão na ordem do ser. As normas sociais estão sujeitas ao fenômeno da imputação, mas não da causalidade. A bioética e o biodireito estudam o potencial do ser humano e suas repercussões na vida. E, em decorrência do ser humano ser o único que possui o espírito, este tem a capacidade de valorar e de intuir.

No plano das normas sociais, quando há o encontro da ética, com a moral e a biomedicina surge a bioética. A bioética é um ramo do estudo da ética, no qual se estuda um fato relacionado à medicina, sendo que esta relação médica é o valor nuclear do conteúdo das normas relativas a este fato. As normas éticas elaboradas pelo legislador, de extrema relevância, serão validadas no direito, surgindo, então a bioética.

A bioética, assim como o direito das obrigações, tem a responsabilidade de uniformizar a responsabilidade jurídica. A culpa, a presunção de culpa e o risco são chamados para regulamentar a responsabilidade jurídica em todas as áreas do direito. Não só o médico pode ser responsabilizado por um fato biomédico, mas a pessoa jurídica constituída pela instituição de saúde envolvida com o fato, a pessoa jurídica de direito público externo, assim como outros profissionais que estiveram envolvidos.

A responsabilidade por prática médica pode se restringir ao seu plano valorativo, ou ainda no aspecto jurídico. Acerca do aspecto jurídico, a responsabilidade pela prática biomédica pode ser civil, penal e administrativa, cumulativamente ou isoladamente.³⁷

O médico, responsável técnico pela clínica, pelo banco de sêmen e óvulos, também tem a sua responsabilidade. No entanto, a sua responsabilidade é subjetiva. O médico deve atuar de forma diligente, utilizando-se de todos os meios adequados para que se alcance o sucesso. Deve ser prudente, eis que este profissional lida com vidas humanas. Desta forma, só deverá ser indenizado aquele paciente que comprove que houve negligência, imperícia ou imprudência, e que este veio a sofrer um prejuízo, seja de ordem material ou moral.

Delton Croce conceitua a responsabilidade civil do médico da seguinte maneira:

[...] Se denomina responsabilidade médica situação jurídica que, de acordo com o Código Civil, gira tanto na orbita contratual como na extracontratual

³⁷ ANDRADE JUNIOR, Gualter de Souza. *O fato e a responsabilidade por prática biomédica: uma visão ontológica. Biodireito*. SÁ. Maria de Fátima Freire de. Coord. Belo Horizonte: Del Rey. 2002. p. 242

estabelecida entre o facultativo e o cliente, no qual o esculápio assume uma obrigação de meio e não de resultado, compromissando-se a tratar do enfermo com desvelo ardente, atenção e diligência adequadas, a adverti-lo ou esclarecê-lo dos riscos da terapia ou da intervenção cirúrgica propostas e sobre a natureza de certos exames prescritos, pelo que se não conseguir curá-lo ou ele veio a falecer, isso não significa que deixou de cumprir o contrato³⁸.

Desta forma, para que o profissional médico, responsável técnico pela clínica seja responsabilizado civilmente, deve haver a comprovação de que sua atitude foi efetuada de forma negligente, imprudente ou imperita.

Assim, o fato biomédico, que neste caso consiste em quaisquer fatos decorrentes da prática de atos privativos aos profissionais da saúde, como médicos, enfermeiros, biomédicos, farmacêuticos, fisioterapeutas e etc., deve ser tutelado pelo direito, e ainda, deve ser também matéria de estudo por estes profissionais. Ocorre que, apesar do fato biomédico abranger inúmeros fatos em profissões diferentes, este deve ser tratado de forma humana, eis que os envolvidos são pessoas, e devem ser tuteladas de acordo com os preceitos de dignidade da pessoa humana.

Apresenta-se, exemplificativamente, um caso em que houve um falso diagnóstico de câncer de uma paciente por um laboratório de análises clínicas. A paciente, ao levar o seu exame ao médico, descobriu que estava com um câncer maligno invasivo, já em estágio avançado. Desta forma, a paciente foi internada para posterior cirurgia. No entanto, antes do procedimento cirúrgico, a paciente refez os exames, que deram resultados diferentes do primeiro. Após a cirurgia, com anestesia geral, foi descoberto que o diagnóstico estava errado. Em decorrência de tal fato, a paciente processou a clínica médica juntamente com a profissional que assinou o laudo. Em sentença, a clínica e a profissional foram condenadas ao pagamento de R\$ 50.000,00, por danos morais e materiais. Em recurso, as partes alegaram que houve mero aborrecimento da paciente, e pediram a redução do *quantum* indenizatório. Já, em segunda instância, a condenação foi minorada para R\$ 30.000,00.³⁹

Conforme corrente majoritária da doutrina e da jurisprudência⁴⁰, a responsabilidade do médico será de meio, com exceção das cirurgias estéticas⁴¹. Sobre isso, Alberto J. Bueres diz

³⁸ CROCE, Delton. Erro médico e direito. São Paulo: Saraiva, 2002.

³⁹ BRASIL. TJMG. Falso Diagnóstico de Câncer. Direito Civil. N. único: 0037599-58.2010.8.13.0042. Cartório 16 Câmara Cível Unidade Raja Gabaglia. Disponível em <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/noticias/112029913/falso-diagnostico-de-cancer-motiva-indenizacao-a-paciente?ref=home>>> Acesso em 08.ago.2014.

⁴⁰ CIVIL. CIRURGIA. SEQÜELAS. REPARAÇÃO DE DANOS. INDENIZAÇÃO. CULPA.PRESUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1 - Segundo doutrina dominante, a relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio e não de resultado. 2 - Em razão disso, no caso de danos e seqüelas porventura decorrentes da ação do médico, imprescindível se apresenta ademonstração de culpa do profissional, sendo descabida presumi-la à guisa de responsabilidade objetiva. 3 - Inteligência dos arts. 159 e 1545 do Código Civil de 1916 e do art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. 4 - Recurso especial

“O médico, em geral, sobretudo quanto aos cuidados profissionais- atividade central- contrai uma obrigação de meios, posto que só a realização de um comportamento diligente para alcançar um resultado não garantido por ser aleatório.”⁴²

Este é um exemplo que ocorre corriqueiramente nos tribunais. O profissional liberal não tem a devida cautela ao exercer a sua profissão, cometendo falhas. Há a necessidade de garantir ao cidadão a segurança do amparo legal, de modo efetivo, ante a necessidade da atuação destes profissionais.

A responsabilidade do profissional liberal pode ser de meio ou de resultado. O advogado, o médico, o dentista, o fisioterapeuta tem responsabilidades de meio, já aqueles profissionais como o engenheiro, arquiteto, publicitários e etc. tem a obrigação de atingir um resultado. Parte da doutrina defende que, quando relacionados a tratamentos estéticos, a obrigação deste profissional é de resultado, por exemplo, na cirurgia plástica de lipoaspiração. Ocorre que, estes casos devem ser analisados de forma humana, para que não ocorra apenas a aplicação da lei sem que haja a análise profunda dos aspectos probatórios.

5.2 Da Responsabilidade Civil da Clínica de Reprodução Assistida

A responsabilidade civil da clínica e do médico responsável pela manipulação do material genético humano é o tema principal desta pesquisa, eis que seria impossível discorrer sobre todo o instituto da responsabilidade civil neste tópico. No entanto, é necessário pincelar algumas premissas acerca deste instituto.

Quanto aos elementos da responsabilidade civil, na doutrina não há unanimidade em relação à quais são os elementos estruturais da responsabilidade civil, ou seus pressupostos do dever de indenizar. Maria Helena Diniz defende que é necessária a existência de uma ação, comissiva ou omissiva, e que seja qualificada juridicamente, sendo este um ilícito ou lícito. É

conhecido e provido para restabelecer a sentença. (STJ, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 03/08/2004, T4 - QUARTA TURMA)

⁴¹ 0142848-37.2002.8.19.0001 (2009.001.38826) - 1ª Ementa - APELAÇÃO DES. MILTON FERNANDES DE SOUZA - Julgamento: 28/07/2009 - QUINTA CAMARA CIVEL RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. ERRO. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO E NÃO DE MEIO. 1- A obrigação do médico, via de regra, é a de usar os melhores meios disponíveis ao seu alcance para tratar o mal que acomete o paciente e, neste aspecto, dissocia-se do resultado. 2- Contudo, quando se trata de cirurgia plástica com finalidade eminentemente estética, há exceção à regra geral, passando a obrigação do médico a ser de resultado. 3- A existência de conduta culposa que caracterize o descumprimento dessa obrigação enseja o dever de indenizar. Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 28/07/2009.

⁴² BUERES, Alberto J. Responsabilidad civil de los médicos. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. Apud: Ednara Pontes de Avelar. *Responsabilidade Civil Médica em face das técnicas de reprodução humana assistida*. Dissertação.

necessária também a ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima, e o nexo de causalidade entre o dano e a ação, constituindo fato gerador da responsabilidade.⁴³

A culpa genérica *lato sensu* é considerada como um pressuposto do dever de indenizar. No entanto, como ensina Flavio Tartuce, há doutrinadores⁴⁴ que, defendendo que a culpa genérica seria um elemento accidental da responsabilidade civil, apresentam três elementos para o dever de indenizar. O primeiro seria a conduta humana, podendo esta ser negativa ou positiva, a segunda é o dano ou prejuízo e a terceira é o nexo de causalidade.⁴⁵

Ainda assim, o entendimento que prevalece é de que a culpa em sentido amplo ou genérico é o elemento essencial da responsabilidade civil. Desta forma, pode-se indicar a existência de quatro pressupostos do dever de indenizar, que são: a conduta humana, a culpa genérica ou *lato sensu*; o nexo de causalidade e o dano ou prejuízo.⁴⁶

Há a teoria do direito dos danos, decorre de alguns fenômenos pelo qual vem passando o direito civil. Um desses fenômenos é a constitucionalização da responsabilidade civil, onde é necessária uma máxima satisfação da vítima, na tentativa de reparar o seu dano, e a coletivização da responsabilidade civil, que resulta do princípio constitucional da solidariedade social. Desta forma, a responsabilidade civil teria também uma função social.⁴⁷

Com personalização do direito dos danos, surgem novas espécies de danos extrapatrimoniais, que não são restringidos apenas aos danos morais, ampliando o rol dos direitos passíveis de reparação. Esses danos extrapatrimoniais são aqueles que ofendem a personalidade do indivíduo em seu aspecto físico, moral, ou intelectual. E o dano extrapatrimonial dará espaço a três espécies diferentes: o dano estético, o dano moral e o dano intelectual, que envolve que integridade psíquica e danos a direitos autorais.⁴⁸

Há também a descodificação da responsabilidade civil por meio do código de defesa do consumidor, sendo este uma objetivação da responsabilidade.

Desta forma, pode-se entender que a responsabilidade civil das clínicas de reprodução humana assistida deve ser amparada de acordo com esta nova teoria, pois a vítima deve ter em sua indenização a máxima satisfação possível, e a compensação pelos novos danos extrapatrimoniais configurados, podendo, a depender do caso, ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor.

⁴³ Cf. TARTUCE, Flávio. Manual de direito Civil. 4 ed. São Paulo: Método: 2014.

⁴⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴⁵ Cf. TARTUCE, Flávio . Manual de direito Civil. 4 ed. São Paulo: Método: 2014.. p. 467.

⁴⁶ Cf. TARTUCE, Flávio . Manual de direito Civil. 4 ed. São Paulo: Método: 2014. p. 468.

⁴⁷ Cf. MANASSÉS, Diogo Rodrigues. *Reflexos das tendências do Direito Civil na responsabilidade civil: apontamentos para uma nova teoria do Direito dos Danos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3036, 24 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20266>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

⁴⁸ Cf. MANASSÉS, Diogo Rodrigues. Op.cit.

Note-se que só haverá o direito a reparação dos danos, e o dever de indenizar porque houve outro dever preexistente e descumprido.

Elimar Szaniawski divide a responsabilidade civil das clínicas, com base no Código Civil, em três momentos, que são: a responsabilidade por danos antes do procedimento, a responsabilidade por danos durante o procedimento e a responsabilidade por danos após a execução do procedimento, conforme apresentado acima.⁴⁹

Conforme a etapa do procedimento da RA é que será avaliado o grau de responsabilidade da clínica. Por exemplo, a responsabilidade pelos danos ocorridos antes do procedimento é de difícil prova, eis que o dano pode se dar em decorrência do procedimento da clínica, ou pode se dar por um ato negligente do candidato ao projeto parental. Já, a responsabilidade durante o procedimento se refere ao ato de implantar os óvulos já fecundados, ou de fecundar o óvulo, e etc., onde a responsabilidade da clínica, conseqüentemente é maior. E, após o procedimento, pode ocorrer má formação no feto, ou que o bebê nasça com doenças congênitas, que poderiam ser diagnosticadas na fase embrionária, mas que, por descuido de algum preposto da clínica, não foi verificado.

No entanto, é com base na falta de zelo do profissional da saúde, que este será responsabilizado, quando descumprir os preceitos da Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, e conseqüentemente, a clínica responsável responderá objetivamente pelo dano causado.

Existem inúmeras jurisprudências acerca da responsabilidade civil das clínicas de RA, como o casal que se submeteu ao tratamento para realizar uma fertilização *in vitro*, e que a clínica prometeu sucesso no resultado, que por sua vez resultou impróprio.⁵⁰ As vítimas do dano, que sofreram o abalo emocional, e que se desgastaram emocionalmente e psiquicamente ao submeterem a este tratamento, com o fito de procriação, sem sucesso, se sentiram lesados, ingressando com ação judicial para a reparação dos danos, sendo a ação julgada procedente, onde a indenização se fundamentou no art. 951 do Código Civil.

⁴⁹ Cf. SZANIAWSKI, Elimar. Considerações sobre a responsabilidade civil dos profissionais da saúde na atividade de reprodução humana assistida. In: Eduardo de O. L. (Org.). *Grandes temas da atualidade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Cia. Editora Forense, 2006, v. 6, p. 137-198

⁵⁰ COMPETÊNCIA RESPONSABILIDADE CIVIL CLÍNICA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA - TRATAMENTO DE FERTILIZAÇÃO "IN VITRO" - pedido de indenização fundado na má prestação de serviços médicos alegação de falsa promessa de gestação pretensão de responsabilização da clínica e do profissional médico - situação que se enquadra na responsabilidade civil do art. 951 do CC competência da Seção de Direito Privado I (1ª a 10ª Câmaras), nos termos da Resolução nº 623/2013, do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo precedente do C. Órgão Especial deste Eg. Tribunal. RECURSO DE APELAÇÃO DO RÉU NÃO CONHECIDO, com observação.(TJ-SP - APL: 00031136720118260004 SP 0003113-67.2011.8.26.0004, Relator: Berenice Marcondes Cesar, Data de Julgamento: 11/02/2014, 27ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 19/02/2014)

As clínicas de RA não podem se comprometer com o resultado final, eis que cada ser humano reage de forma diferente ao tratamento. E, neste caso, houve a promessa de sucesso ao final do tratamento, que seria a gravidez, que resultou impróspera, abalando emocionalmente os autores.

No caso de erro no envio de material genético, ou negligência quanto a análise do embrião a ser implantado, acarretando anomalias ou má formação no feto, haverá responsabilidade da clínica pelos danos causados. Isso porque a pessoa que procura a RA heteróloga busca realizar seu projeto parental de forma segura. Acaso houver negligência da clínica, as consequências serão suportadas por quem procurou o tratamento. Neste caso, além de indenização pelos danos causados, tanto o material como o moral, o ideal seria o acompanhamento desta criança por um profissional habilitado para ajudar em seu desenvolvimento humano e social, ante as possibilidades de rejeição que esta poderá sofrer.

A clínica também responderá pelos atos provocados por seus prepostos, mesmo que o dano seja emocional, ante a responsabilidade destas pelos atos de seus funcionários.⁵¹ Para que haja a efetiva responsabilização é necessário que haja meios convincentes de prova.

Nos Estados Unidos recentemente ocorreu a negligência por parte dos funcionários de uma clínica de reprodução assistida. Jennifer Cramblet, uma americana branca do estado de Ohio, resolveu fazer uma inseminação com esperma de um doador também branco. Ocorre que por erro da clínica responsável, lhe foi enviado o esperma de um doador negro. Jennifer só descobriu o erro quando entrou em contato com a clínica, pedindo mais mostras do material genético do doador, para que a esposa também engravidasse. A clínica alegou que foi erro de um funcionário, que trocou os algoritmos do número que o doador estava cadastrado.⁵²

⁵¹ DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO RETIDO. PRODUÇÃO DE PROVAS. (...) DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. FERTILIZAÇÃO ARTIFICIAL. INSUCESSO. ABALO EMOCIONAL PROVOCADO POR PREPOSTOS DA CLÍNICA. PROVA INEXISTENTE. NEXO CAUSAL NÃO DEMONSTRADO. I. (...) II. As pessoas jurídicas que se dedicam empresarialmente à prestação de serviços de saúde respondem objetivamente pelos danos provocados aos pacientes, a teor do que preceitua o artigo 37, § 6º, da Carta Política de 1988 e o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. III. Na responsabilidade objetiva, conquanto seja dispensada a prova da existência de culpa, não se eliminam todos os demais pressupostos do dever de reparação: ação ou omissão, dano e relação de causalidade entre ambos. IV. A inversão do ônus da prova autorizada pelo artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, não incide de maneira automática e irrefletida. V. A técnica da inversão deve ser manejada com critério pelo julgador e não pode simplesmente transferir para o fornecedor a prova do fato constitutivo do direito do consumidor. VI. Havendo lacuna probatória quanto ao tratamento hostil por parte dos prepostos da clínica e, principalmente, da relação de causalidade entre o suposto desgaste emocional dele decorrente e o insucesso da reprodução assistida, não se pode reconhecer a existência de responsabilidade civil. VII.(...) TJ-DF - APC: 20100111578137 DF 0051077-30.2010.8.07.0001, Relator: JAMES EDUARDO OLIVEIRA, Data de Julgamento: 30/07/2014, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 18/08/2014 . p. 138)

⁵² G1. Mulher Branca Processa Banco de Semen por Mandar Esperma de Negro. Disponível em <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/10/mulher-branca-processa-banco-de-semen-por-mandar-esperma-de-negro.html>> Acesso em 20.nov.2014.

As alegações de Jennifer é de que onde mora, a população é intolerante, e que 98% da população é branca, necessitando sair da cidade para que sua filha possa cortar o cabelo, e que possui receio da criança sofrer com o preconceito.⁵³

Este tipo de negligência, quanto ao envio de material genético aos idealizadores da gravidez é inadmissível, gera a responsabilidade da clínica e do profissional envolvido. Isso é fácil constatar quando se trata de erro no envio do material.

O fato de a criança ser negra e não branca como esperavam as mães, não foi a causa para o pedido de indenização, e sim o fato de que a criança irá sofrer com o preconceito, por ser uma criança negra em uma família branca. A responsabilidade da clínica neste caso é objetiva, eis que o erro no envio do material implantado gerou consequências irreversíveis. O ideal, neste caso, seria a responsabilização da clínica pelos danos que a criança pode vir a sofrer.

Cite-se o caso do banco de esperma de pessoas atraentes, chamado de “*Beautiful Babies*”, vinculado a rede social “*Beautiful People*” dos Estados Unidos. Este banco de esperma reúne material genético de pessoas atraentes fisicamente. Os pais que procuram esse tipo de serviço esperam que seu filho seja atraente fisicamente, onde os idealizadores do projeto parental escolhem de acordo com as características físicas dos doadores do esperma, de quem irão receber o material genético. No entanto, e se mesmo utilizando o material genético de pessoas atraentes, a criança não tenha estes mesmos atributos que seus doadores? Haveria uma frustração dos pais, que já criaram expectativa quanto aos aspectos físicos da criança. Isso poderia ensejar numa possível ação de indenização também, eis que a empresa promete este resultado, dos pais terem seus “*Beautiful Babies*”.⁵⁴

Outro banco de esperma dos Estados Unidos, de Escolha Germinal, criado em 1981 por Robert Graham prometia o esperma de doadores com QI acima da média, como alguns vencedores do prêmio Nobel, médicos, empresários e etc., o primeiro bebê nascido foi Dorian, que possui uma alta capacidade de raciocínio para cálculos, porém preferiu seguir a vida de músico.⁵⁵

No caso deste banco de esperma, poderiam os pais reclamar em juízo caso a criança viesse a ter dificuldades de aprendizado? Hipoteticamente sim, eis que há a promessa de

⁵³ G1. Mulher Branca Processa Banco de Semen por Mandar Esperma de Negro. Disponível em <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/10/mulher-branca-processa-banco-de-semen-por-mandar-esperma-de-negro.html>> Acesso em 20.nov.2014.

⁵⁴ YANO, Célio. Beautiful people lança banco virtual de espermas. Super Interessante. Disponível em <<<http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/beatifulpeople-lanca-banco-virtual-esperma-571643>>> Acesso em 19. Mar. 2015

⁵⁵ NARLOCH, Leandro. Tal Pai Tal Filho. Ciência Hoje. Disponível em <<<http://super.abril.com.br/ciencia/tal-pai-tal-filho-443509.shtml>>> acesso em 22.mar.2015.

espermatozoides de QI elevado, porém, no caso de Dorian, que não seguiu a carreira de físico ou matemático, foi por sua própria escolha, e não pela falha do sistema criado por Robert Graham.

Habermas, em seu livro “O Futuro da Natureza Humana” discorre sobre as implicações de se praticar este tipo de seleção para a procriação, e para ele uma das consequências para as crianças geradas por estes métodos de “escolha” é que estas podem não ter autonomia sobre sua própria vida, e que nunca se sentirão iguais aquelas que não foram selecionadas em razão das características físicas ou de seu QI, podendo causar fobia social, depressão, dentre outros problemas de cunho emocional. Neste ponto defende-se o direito destas crianças a indenização contra os pais que realizaram esta escolha arbitrariamente, desde que comprovado que isso lhe causou dificuldades de desenvolvimento humano e social.

O contrato efetuado entre o a clínica e o paciente é *sui generis*, em decorrência da especificidade de seu contrato, eis que não se pode adequá-lo apenas a um ou outro tipo de contrato, em decorrência de toda a sua abrangência e necessidade de se tutelar a vida humana. Para isso, é necessário que se identifique se essa obrigação será de meio ou de resultado.

Essa distinção entre obrigação de meio e resultado é de suma importância, eis que produz efeitos nos planos material e processual, se relacionando também com o ônus probatório, quando há a identificação do negócio jurídico e da configuração da prestação devida e seu inadimplemento.⁵⁶

René Demogue desenvolveu a diferenciação entre a obrigação de meio e de resultado, sendo esta doutrina aplicada na França, Itália e Espanha, assim como no Brasil.

A obrigação de meio é aquela que possui um caráter aleatório do resultado almejado. Na medicina, isso impede que se exija um resultado determinado, eis que cabe ao prestador do serviço empregar toda a sua sabedoria para se alcançar o objetivo, ou o mais perto possível de seu objetivo. Por se tratar da natureza da obrigação o inadimplemento deverá ser provado, cabendo ao interessado comprovar a negligência, imprudência ou imperícia.

A obrigação de meio é uma relação jurídica, cujo caráter é transitório, e o objeto é uma prestação pessoal e econômica, positiva ou negativa, onde o prestador do serviço se obriga a realizar todos os atos para que se atinja um objetivo alcançado, mas não prometendo o resultado ao contratante, ante especificidade do serviço.⁵⁷

⁵⁶ Cf. PÁDUA, Amélia do Rosário Motta de. Responsabilidade civil na reprodução assistida. Lumen Juris. Rio de Janeiro:2008.

⁵⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. Direito das obrigações. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

Humberto Theodoro Junior explica que na obrigação de meio, a frustração do objetivo visado não irá caracterizar o inadimplemento da obrigação, e nem gerar o dever de indenizar o dano. Só haverá o dever de indenizar quando a atividade devida for mal desempenhada.⁵⁸

Já a obrigação de resultado é aquela onde há a prestação assumida pelo devedor, e esta deve ser exatamente o que este prometeu ao seu paciente, determinada, um fim em si mesma. Caso não houver a consecução do resultado, haverá o inadimplemento deste.

A atividade médica constitui uma obrigação de meio, pois esta não garante os efeitos do tratamento a ser realizado. O profissional irá empregar todos os meios possíveis para que se alcance o melhor resultado possível, observando a prudência, perícia e diligência relativa a natureza do serviço prestado, fornecendo a informações necessárias quanto ao tratamento, diagnóstico, efeitos colaterais e etc.

No entanto, a questão das obrigações de resultado em reprodução humana assistida, merece um melhor enfoque. Note-se que a RA envolve diversos estágios, onde inúmeros profissionais de saúde estão envolvidos, e dependendo da técnica a ser utilizada, algumas importarão em obrigações de meio e outras em obrigações de resultado.

Ocorre que, para que a mulher passe pelo procedimento da RA é necessário que esta realize exames para averiguar sua fertilidade, e, em caso afirmativo, esta passará por um tratamento hormonal, sendo este um objetivo “meio” ou “menor” para se atingir o objetivo final.

A título exemplificativo, no caso do resultado desejado pela paciente for o de produzir um número maior de óocitos, eis que constitui uma das fases do tratamento de RA, esta será um objetivo menor. Sendo a obrigação da clínica de RA de meio, eis que não é possível prever como o corpo humano irá reagir em determinados tratamentos. Se o resultado desejado for a coleta de óvulos, e por algum motivo a clínica não conseguir realizar esta coleta, a sua responsabilidade será de resultado, pois a clínica deve garantir a coleta dos óvulos.⁵⁹

Se o resultado desejado for a fecundação, que constitui também uma das fases do tratamento de RA, a obrigação da clínica será de resultado, eis que a fecundação é parte do tratamento, realizado de forma extrauterina, ou seja, fora do corpo da mãe. A implantação, sendo a última fase do tratamento, também é obrigação de resultado, eis que a clínica garante que haverá uma implantação no útero da mulher, há a previsão deste procedimento. Porém, o resultado final seria a gravidez, coisa que a clínica, ou o médico, não podem garantir a paciente, pois depende de fatores biológicos, externos à tecnologia e a ciência médica. Desta forma, a

⁵⁸Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Responsabilidade Civil por Erro Médico: Aspectos Processuais da Ação*. Porto Alegre. n° 4, 2000.

⁵⁹ PÁDUA. Amélia do Rosário Motta de. *Responsabilidade civil na reprodução assistida*. Lumen Iuris. Rio de Janeiro: 2008.

obrigação, de gravidez, será de meio, eis que a clínica, ou o médico, não podem garantir a gravidez da paciente.⁶⁰

Desta forma, o profissional e a clínica médica devem zelar pelo paciente, observando todos os critérios necessários para que, em uma das etapas do procedimento de RA, não haja uma imperícia, imprudência, ou negligência, de forma que não ocorram danos ao paciente. No caso do profissional agir com imprudência, imperícia ou negligência, em uma dessas fases que buscam objetivos menores, mas ainda assim imprescindíveis para o objetivo final, poderá ser configurada como uma obrigação de resultado.⁶¹

A Resolução nº 2.013/2013⁶² disciplina sobre as clínicas que aplicam as técnicas de RA estabelecendo que estas são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, pela coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano para os pacientes das técnicas de RA. A clínica ainda deve manter um diretor técnico que ficará responsável pelos procedimentos médicos e laboratoriais executados, bem como um registro permanente das gestações realizadas, nascimentos e malformações de fetos ou de recém nascidos, que nasceram em decorrências das técnicas de RA.

Outra incumbência da clínica é manter um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material genético humano, doados com a finalidade de RA, para que se evite a transmissão de doenças.

Acaso a clínica não cumprir com alguma destas determinações, esta poderá sofrer uma sanção, tanto pelo Conselho Federal de Medicina, quanto pelos candidatos a RA, que podem pedir indenizações acerca de erro na manipulação do material genético humano ali depositado.

Assim, a clínica responsável pela reprodução humana assistida sempre responderá objetivamente, seja por ato de médicos ligados ao estabelecimento, seja pelos atos dos demais prepostos da empresa, devendo a clínica se manter zelosa quanto à manipulação do material genético sob sua responsabilidade, bem quanto ao procedimento a que irá submeter os candidatos ao projeto parental.

6 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil na relação entre médico, clínica e paciente na reprodução humana assistida deve ser analisada caso a caso, considerando todos os pormenores da situação

⁶⁰ PÁDUA. Amélia do Rosário Motta de. *Responsabilidade civil na reprodução assistida*. Lumen Iuris. Rio de Janeiro: 2008.

⁶¹ PÁDUA. Amélia do Rosário Motta de. *Responsabilidade civil na reprodução assistida*. Lumen Iuris. Rio de Janeiro: 2008.p.204.

⁶² RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA Nº 2.013/2013. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf> acesso em 29.12.2014.

fática. Assim, a reprodução humana assistida é tema para inúmeros debates, ante a amplitude de suas técnicas. A reprodução humana assistida heteróloga, que utiliza material de um terceiro, normalmente um doador anônimo, é a que dá abertura para maiores discussões, ante a insegurança quanto ao material genético deste.

Por exemplo, este terceiro pode ter uma doença rara, que passa despercebida na análise do material genético, vindo a criança nascer com doenças congênitas, frustrando a expectativa dos pais em ter uma criança saudável. Já na RA homóloga não tem esta possibilidade, eis que o material genético é de ambos os pais.

Em decorrência da ausência de lei que regulamente sobre o tema no país, é utilizada a resolução 2.013/2013 como norteador das técnicas de reprodução humana assistida. Nesta resolução há algumas determinações quanto a manipulação, conservação, e implantação do material genético humano. Porém, o que falta é a fiscalização, eis que existe a resolução, mas a fiscalização não é efetiva. Atualmente quem fiscaliza, processa e pune quem burla as regras da resolução do CFM é o próprio conselho. No entanto pela falta de efetivação da fiscalização, pode ocorrer algumas imprudências quanto a manipulação deste material genético.

A lei de biossegurança estabelece regras acerca da pesquisa com células tronco embrionárias, onde prevê a possibilidade de doação de embriões excedentários e inviáveis à pesquisa. Indaga-se acerca destes embriões excedentários e inviáveis, já que não existe uma fiscalização efetiva, e que a própria clínica envia o relatório anual para o CFM, pode ser que haja manipulação nestes dados, e que embriões estejam sendo enviados a pesquisa mesmo sem autorização dos “donos” deste material genético.

A responsabilidade do médico, em caso de negligência, imprudência ou imperícia será sempre subjetiva, eis que a corrente majoritária defende que a sua obrigação é de meio, já que o profissional irá realizar todos os métodos possíveis para se alcançar o resultado almejado. Em caso do médico agir com falta de zelo na manipulação do material genético, deve-se haver uma prova de que este agiu com má-fé.

Conforme demonstrado nesta pesquisa, há autores que dividem a responsabilidade do médico em antes do procedimento, durante o procedimento e depois do procedimento. A responsabilidade antes do procedimento seria aquela onde o médico deve dar todas as informações possíveis ao paciente acerca da técnica de RA que será utilizada, bem como os seus riscos. Já, a responsabilidade durante o procedimento é no caso de haver algum erro no momento da implantação do embrião, ou da fecundação do óvulo. E a responsabilidade após o procedimento se refere aos efeitos que a técnica pode causar. Por exemplo, o médico poderia se enganar e implantar outro óvulo fecundado, de outra pessoa, na mãe.

Nestes casos o médico responderá pelo seu ato, juntamente com a clínica responsável. No entanto, a clínica terá responsabilidade objetiva quando ocorrer algum erro nas técnicas de RA. A clínica responderá pelos atos de seus prepostos, devendo manter a documentação relativa ao procedimento arquivada, para consultas posteriores.

7 REFERÊNCIAS

ANDRADE JUNIOR, Gualter de Souza. *O fato e a responsabilidade por prática biomédica: uma visão ontológica. Biodireito*. SÁ. Maria de Fátima Freire de. Coord. Belo Horizonte: Del Rey. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO**

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0055717-41.2014.4.01.0000/MG .Processo Orig.: 0023725-02.2014.4.01.3803. Disponível em <<<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00557174120144010000&pA=&pN=55717412014401000>>> Acesso em 02.dez.2014.

BRASIL. TJMG. Falso Diagnóstico de Câncer. Direito Civil. N. único: 0037599-58.2010.8.13.0042. Cartório 16 Câmara Cível Unidade Raja Gabaglia. Disponível em <<http://tjmg.jusbrasil.com.br/noticias/112029913/falso-diagnostico-de-cancer-motiva-indenizacao-a-paciente?ref=home>>> Acesso em 08.ago.2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, Resolução 2013/2013 de 09.mai.2013. Disponível em <<http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>> Acesso em 10.dez.2014.

CROCE, Delton. *Erro médico e direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, José Aguiar. *Da Responsabilidade Civi.*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ENUNCIADO Nº 41 O estabelecimento da idade máxima de 50 anos para que mulheres possam submeter-se ao tratamento e à gestação por reprodução assistida afronta o direito constitucional à liberdade de planejamento familiar.

ESTADÃO. Enfermeira Decepa Dedo de Menina. Disponível em <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral/enfermeira-decepa-dedo-de-menina.673280>> Acesso em 20.nov.2014.

FERNANDES, Tycho Brahe. *A Reprodução Assistida em face da bioética e do biodireito*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 58.

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. A incidência do sistema de presunção *pater is est* na inseminação artificial *post mortem*: efeitos e possibilidades no direito de família contemporâneo. In: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. *Diálogos sobre direito civil – volume III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 245-268.

FRANÇA, G. V. de. *Direito Médico*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 667p.

G1. Polícia acha Frasco de Ácido Similar ao de Calmante. Disponível em <<<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/09/policia-acha-frasco-de-acido-similar-ao-de-calmante-em-hospital.html>>> acesso em 20.nov.2014.

G1. Mulher Branca Processa Banco de Semen por Mandar Esperma de Negro. Disponível em <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/10/mulher-branca-processa-banco-de-semen-por-mandar-esperma-de-negro.html>> Acesso em 20.nov.2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O Biodireito e as relações parentais*. São Paulo: Renovar, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 199.

MANASSÉS, Diogo Rodrigues. *Reflexos das tendências do Direito Civil na responsabilidade civil: apontamentos para uma nova teoria do Direito dos Danos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3036, 24 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20266>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. Direito das obrigações. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

PÁDUA, Amélia do Rosário Motta de. *Responsabilidade civil na reprodução assistida*. Lumen Juris. Rio de Janeiro:2008.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito de Família Contemporâneo*. Lisboa: AAFDL. 2013.

PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1998. p. 89-92.

RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA Nº 1957/2010. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm> acesso em 29.12.2014.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues; BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução assistida. *In: Manual de direito das famílias e das sucessões*. Coord: Ana Carolina Brochado Teixeira, Gustavo Pereira Leite Ribeiro. Belo Horizonte: Del Reys, 2008. 228.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 2º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 169.

SILVA, Reinaldo. *Ética e bioética: novo direito e ciências médicas*. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998, p. 127.

SZANIAWSKI, Elimar. *Considerações sobre a responsabilidade civil dos profissionais da saúde na atividade de reprodução humana assistida*. Grandes Temas da Atualidade – Responsabilidade Civil. Eduardo de Oliveira Leite (coord.). Rio de Janeiro : ABDR, 2006.

TARTUCE, Flávio . Manual de direito Civil. 4 ed. São Paulo: Método: 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Responsabilidade Civil por Erro Médico: Aspectos Processuais da Ação. Porto Alegre. nº 4, 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.