

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Ednara Pontes de Avelar

**Responsabilidade civil médica em face das técnicas de reprodução
humana assistida**

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2008**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Ednara Pontes de Avelar

**Responsabilidade civil médica em face das técnicas de reprodução
humana assistida**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi.

SÃO PAULO

2008

BANCA EXAMINADORA

*Á minha mãe Berenice, pois sem
ela nada disso seria possível.*

*Á minha avó paterna Albertina (in
memoriam), exemplo de bondade e
força.*

*Ao Carlos Eduardo, pelo amor e
por sempre acreditar em mim.*

AGRADECIMENTOS

À Professora Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi pela orientação, pelas lições e pelos cuidados dispensados ao aperfeiçoamento desta pesquisa.

À Professora Haydée Maria Roveratti, aos amigos Geraldo Jorge, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da Silva, Rafaela Granja Porto, Roberta Aragão, sem os quais, com certeza, eu não teria concluído este trabalho, minha eterna gratidão.

Aos professores André Ramos Tavares, Nelson Nery Junior, Patrícia Miranda Pizzol, Regina Vera Villas Boas, Rosa Maria de Andrade Nery, Paulo de Barros Carvalho e Tércio Sampaio Ferraz Junior, exemplos de amor ao Direito, que tanto me inspiram.

Ao Professor Frederico da Costa Carvalho Neto, que despertou meu entusiasmo pelo direito do consumidor, quando aluna da Especialização em Direito das Relações do Consumo na COGEAE.

Aos amigos “paulistanos” - que levarei por toda minha vida - Carine Valeriano, Fabíola Meira, Georgios Alexandridis, Glauco Salomão, Henrique Blecher, Marcone Falconi, Michela Vechi, Rodrigo Marinho, Paula Uchôa, Tatiana Aguiar e Viviane Souza, com os quais sempre pude contar, e que de alguma forma contribuíram para a minha caminhada até o término deste trabalho.

Agradeço, por fim, ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), por acreditar no projeto e investir nele.

*Se o jurista não se adaptar ao seu
tempo, esse passará sem ele.*

Josserand

RESUMO

AVELAR, Ednara Pontes de. *A responsabilidade civil médica em face das técnicas de reprodução humana assistida*. 2008. 269 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

O presente trabalho objetiva pesquisar a responsabilidade civil médica decorrente das técnicas de reprodução humana assistida. Para o enfrentamento da questão, faz inicialmente um breve estudo dos aspectos médicos desses procedimentos. Em seguida, analisa as principais implicações jurídicas deles decorrentes, tais como: o destino dos embriões excedentários; o contrato de gestação por outrem; o anonimato do doador e o direito à identidade genética. A partir daí, desenvolve o tema central do trabalho, passando pelo exame da incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações médico-paciente; da natureza da obrigação assumida pelo médico nesses contratos de prestação de serviço: se de meio ou de resultado; da importância do consentimento informado na procriação assistida. Perscruta ainda os aspectos gerais do erro médico, da culpa médica e do dano médico, para em sucessão tratar dos aspectos específicos do dever de ressarcimento por parte dos médicos, das clínicas de reprodução humana assistida e dos bancos de depósito de material fertilizante. Por fim, aprecia casos hipotéticos que foram apresentados a operadores do direito para a obtenção de pareceres.

Palavras-chave: Reprodução humana assistida; Direito do consumidor; Responsabilidade civil médica.

ABSTRACT

AVELAR, Ednara Pontes de. *The medical civil responsibility opposed to the techniques of assisted human reproduction*. 2008. 269 p. Dissertation (Master in Law) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

The present work aims to research the medical civil responsibility due to the techniques of assisted human reproduction. To face the subject, it initially makes a brief study of the medical aspects of those procedures. Soon after, it analyzes their main juridical implications, such as: the destiny of the exceeding embryos; the gestation contract by somebody else; the donor's anonymity and the right to the genetic identity. Since then, it develops the central theme of the work, going by the examination of the incidence of the Code of Consumer's Defense in the relationships doctor-patient; of the nature of the obligation assumed by the doctor in those contracts of rendering of services: if of mean or of result; of the importance of the informed consent in the assisted procreation. It still searches the general aspects of the medical mistake, of the medical blame and of the medical damage, for in succession to treat the specific aspects of the recovery duty by the doctors, of the clinics of assisted human reproduction and of the banks of deposit of fertilizing material. At the end, it appreciates hypothetical cases that were presented to law operators, in order to have their opinions.

Key-words: Assisted human reproduction; Consumer's law; Medical civil responsibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	14
1.1 Reprodução humana e infertilidade: conceitos e classificação.....	14
1.2 Evolução histórica das técnicas de reprodução humana assistida	17
1.3 Técnicas de reprodução humana assistida: caracterização geral	20
1.3.1 Inseminação artificial.....	20
1.3.2 Fertilização <i>in vitro</i> (FIV ou FIVETE)	22
1.3.3 Transferência intratubária de gametas (GIFT).....	26
1.3.4 Transferência intratubária de zigotos (ZIFT).....	27
1.3.5 Criopreservação de gametas e embriões	28
1.3.6 Doação de gametas e embriões	30
1.3.6.1 A doação no direito comparado	32
1.3.7 Injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI)	34
1.3.8 A maternidade de substituição	36
1.3.9 Algumas técnicas mais recentes	38
2 IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	41
2.1 Direito fundamental à vida: aspectos legais	41
2.2 <i>Status</i> jurídico do embrião no direito comparado e no ordenamento jurídico brasileiro	44
2.3 A problemática dos embriões excedentes	52
2.3.1 Pesquisa científica.....	53
2.3.2 Congelamento	55
2.3.3 Comercialização.....	56
2.3.4 Doação	56
2.3.5 Destruição ou descarte	57
2.4 Direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida.....	58
2.4.1 Direito à liberdade	60
2.4.2 Direito à saúde	62
2.4.3 Direito à intimidade	62
2.4.4 Limites imanentes ao direito à utilização das técnicas de reprodução assistida	66
2.4.5 Direito das mulheres solteiras e dos parceiros homossexuais	73
2.5 As técnicas de reprodução humana assistida e os novos modelos de filiação	79
2.6 Procriação artificial heteróloga: verdade biológica <i>versus</i> verdade afetiva	83
2.7 Anonimato do doador e direito à identidade genética	87
2.8 Direito ao patrimônio genético como direito de quarta geração.....	92

2.9 A maternidade de substituição: o contrato de gestação por outrem	94
2.10 Direito do médico à aplicação das técnicas de reprodução humana assistida	99

3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E AS TÉCNICAS DE

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	102
3.1 Breves considerações acerca da responsabilidade civil	102
3.2 Pressupostos da responsabilidade civil	104
3.3 Responsabilidade contratual e extracontratual	111
3.4. Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor.....	113
3.5 Responsabilidade civil na prestação de serviços	116
3.6 Excludentes da responsabilidade pelo fato do serviço.....	119
3.6.1 Excludentes previstas expressamente no Código de Defesa do Consumidor.....	119
3.6.2 Caso fortuito e força maior	120
3.6.3 Risco de desenvolvimento	122
3.7 Incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações médico-paciente	124
3.8 Natureza contratual da relação médico-paciente	128
3.9 Natureza jurídica do contrato fixado entre médico e paciente.....	130
3.10 Obrigação de meio ou de resultado.....	131
3.11 Obrigação de meio ou de resultado na reprodução humana assistida.....	134
3.12 Consentimento informado: o direito à informação	136
3.12.1 Direito à informação	136
3.12.2 Consentimento Informado	140
3.13 Erro médico.....	147
3.13.1 Considerações iniciais.....	147
3.13.2 Erro de diagnóstico	149
3.13.3 Erro de tratamento	151
3.13.4 Erro na dosagem de medicamento	152
3.14 Culpa médica	152
3.14.1 Imprudência médica.....	153
3.14.2 Negligência médica.....	154
3.14.3 Imperícia médica.....	154
3.15 Culpa concorrente	155
3.16 Dano médico	157
3.17 Perícia médica e o ônus da prova.....	159
3.18 A responsabilidade médica e a cláusula de não indenizar	163
3.19 Responsabilidade do médico por fato de outrem.....	164
3.20 Responsabilidade civil dos hospitais e das clínicas médicas.....	166
3.21 Responsabilidade civil das clínicas de reprodução humana assistida e dos bancos de depósito de material fertilizante.....	169

3.22 Responsabilidade civil nas doações.....	171
3.23 Responsabilidade civil em face dos embriões e dos nascituros.....	173
3.24 Perda de uma chance e as técnicas de procriação assistida	176
4 O VALOR JURÍDICO DA RESOLUÇÃO N. 1.358/92 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA	178
5 ESTUDO DE CASOS HIPOTÉTICOS.....	181
6 CONCLUSÃO	186
REFERÊNCIAS.....	190
ANEXOS	209
ANEXO I – RESOLUÇÃO CFM N. 1.358/92	210
ANEXO II – PROJETO DE LEI N. 2.855/97	215
ANEXO III – PROJETO DE LEI N. 90/99 (SUBSTITUTIVO)	223
ANEXO IV – Entrevista concedida pelo Professor Doutor Cláudio Leal Ribeiro, do Centro de Reprodução Humana de Pernambuco	233
ANEXO V – Pareceres	237
ANEXO VI – Modelos de contrato de prestação de serviços de reprodução assistida, termo de consentimento informado, documento da retirada dos óvulos e avaliação	261
ANEXO VII – Declaração de visita	269

INTRODUÇÃO

A despeito dos obstáculos, sobretudo morais e religiosos, as técnicas de reprodução humana assistida muito se desenvolveram no decorrer das três últimas décadas. Hoje, como cerca de 20% dos casais no mundo apresentam problemas para ter filhos, essas técnicas passaram a ser largamente aplicadas, sendo possível até afirmar que se popularizaram¹, pois os custos não são mais tão altos e já há até hospitais públicos que realizam esses procedimentos. Em razão disso, a problemática decorrente dessas práticas tornar-se-á, a cada dia, mais comum nos tribunais pátrios.

Em vista disso, este trabalho tem por objetivo central verificar quais respostas o ordenamento jurídico brasileiro possui para um dos problemas decorrentes da utilização de procedimentos de reprodução humana assistida, a responsabilidade civil médica. Para tanto, perpassa as principais questões jurídicas que permeiam a matéria, porém, a despeito de sua importância, não discute os aspectos éticos envolvidos.

Diante da ausência de legislação específica, ao buscar as respostas já vigentes no ordenamento jurídico pátrio, também faz uma análise dos principais projetos de lei sobre a reprodução humana assistida que tramitam no Congresso Nacional, os Projetos de Lei ns. 2.855/97 e 90/99, apreciando os seus dispositivos e as soluções neles propostas, bem como de algumas normas deontológicas do Conselho Federal de Medicina.

A reflexão proposta foi motivada pelos debates ocorridos nas aulas do Curso de Pós-graduação da PUC-SP, especialmente os desenvolvidos acerca do tema inicialmente proposto no projeto de pesquisa “Biodireito e direito do consumidor”, quando restou demonstrada a necessidade de delimitação do objeto da investigação. Todo o estudo foi elaborado interpretando-se o tema em seu comprometimento com a ordem constitucional, especialmente com o princípio da dignidade da pessoa humana e os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, e em face do direito civil contemporâneo.

¹ José Jairo Gomes, Reprodução humana assistida e filiação na perspectiva dos direitos de personalidade. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 6, n. 22, p. 144, abr./jun. 2005.

Inicia-se o trabalho com a análise dos aspectos médicos das técnicas de reprodução humana assistida (Capítulo 1), onde são feitas breves considerações acerca dos diversos procedimentos, como a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial, que possibilitam a transposição da infertilidade por algumas pessoas ou casais que desejam desenvolver um projeto parental.

No Capítulo 2, são abordadas as principais implicações jurídicas decorrentes da procriação assistida. Nesse momento, como condição necessária ao desenvolvimento do trabalho, é feito um estudo do *status* jurídico do embrião *in vitro* no ordenamento jurídico pátrio. Ressalta-se, ademais, a existência de um direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida. Além do mais, são examinadas outras implicações jurídicas decorrentes desses procedimentos, tais como o contrato de gestação por outrem, o anonimato do doador e o direito à identidade genética. Indaga-se ainda acerca da existência de uma quarta geração de direitos fundamentais.

Em seguida, no Capítulo 3, passa-se a desenvolver o tema central da pesquisa, e para tanto são examinados os aspectos gerais da responsabilidade civil, da regulamentação deste instituto no Código de Defesa do Consumidor e da incidência desse diploma nos contratos de prestação de serviços firmados entre o médico e o paciente. Perscruta-se o erro, a culpa e o dano médicos, destacando-se a importância do consentimento informado nos contratos dessa natureza, especialmente nos de reprodução humana assistida. Por fim, são analisadas as características específicas da responsabilidade civil do médico, das clínicas de reprodução humana assistida e dos bancos de material fertilizante.

O Capítulo 4 é dedicado à avaliação do valor jurídico da Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, em razão de essa ser a única norma específica sobre a matéria no Brasil. Tendo em vista a ausência de significativa jurisprudência pátria acerca do tema, no Capítulo 5 são analisados pareceres apresentados por alguns operadores do direito sobre casos hipotéticos submetidos à apreciação. Esses casos foram elaborados de acordo com a doutrina estudada e com a relevância das questões para o desenvolvimento desta investigação.

1 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

1.1 Reprodução humana e infertilidade: conceitos e classificação

Por reprodução humana compreende-se o modo pelo qual o indivíduo procria, ou seja, o procedimento pelo qual dá vida à sua descendência, bem assim às implicações interdisciplinares desse fenômeno. Hodiernamente, divisam-se duas modalidades de reprodução humana, a natural e a artificial. Na reprodução humana natural, a fecundação do óvulo pelo espermatozóide ocorre da forma normal, ou seja, sem necessidade de nenhuma intermediação. Por sua vez, na reprodução artificial, há necessidade de intervenções externas para auxiliar a fecundação do óvulo pelo sêmen². É por intermédio das técnicas de procriação artificial³ que se torna possível a reprodução humana por diversos meios que não o natural.

As técnicas de reprodução humana assistida⁴ são, dessa forma, meios hábeis para solucionar problemas de infertilidade, consistindo em um conjunto de operações para unir artificialmente os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano.⁵

Diversos motivos podem levar um casal ou uma mulher a buscar as técnicas de reprodução humana assistida, com a finalidade de procriação. A esterilidade pode ter origem em fatores femininos, masculinos ou mistos (decorrentes do casal). É possível diferenciar entre problemas de ordem física ou orgânica e os de ordem mental ou psicológica.⁶

² José Jairo Gomes, Reprodução humana assistida e filiação na perspectiva dos direitos da personalidade, *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 6, n. 22, p. 137, abr./jun. 2005.

³ A utilização das expressões “reprodução humana assistida”, “procriação assistida” e “procriação artificial” no presente trabalho não traz consigo uma carga ideológica favorável ou contrária a essas técnicas; as expressões são utilizadas como sinônimas.

⁴ Segundo Francisco Vieira Lima Neto, na Itália essas técnicas são chamadas de *procreazione artificiale*, na França de *procréation artificielle*, e na Espanha de *reproducción humana asistida* (A maternidade de substituição e contrato de gestação por outrem, in Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos (Org.), *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 127.

⁵ Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 497.

⁶ Maria Helena Machado, *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*, 4. tiragem, Curitiba: Juruá, 2006, p. 24.

As principais causas de infertilidade feminina são: a) causas ováricas, tais como: ausência de gônadas, congênita ou adquirida, problemas de ovulação, alterações da fase lútea, endometriose ou tendência letal do óvulo; b) causas tubáricas, como a obstrução tubária; c) causas uterinas, como lesões do endométrio, permeabilidade ou fator mecânico; d) causas cervicais, como alterações congênitas, posições anormais, alterações morfológicas ou na dimensão do colo, miomas e pólipos cervicais, cervicites, lesões traumáticas ou alterações funcionais; e) causas vaginais, como, por exemplo, a má formação congênita; f) causas psicológicas; g) outras causas, como as decorrentes de obesidade, alterações de glândulas renais ou tireóides, carência de vitaminas ou uso de drogas.⁷

Por sua vez, a infertilidade masculina em regra está ligada a uma anomalia na produção de espermatozóides, que se caracteriza pela ausência dessas células (azoospermia), diminuição no seu número (oligospermia), alteração na sua forma (teratospermia), diminuição na capacidade de movimento (astenospermia) ou na vitalidade (necrospermia). Entre as causas mais conhecidas desses problemas, as mais frequentes são varicocele⁸, processos inflamatórios e disfunção hormonal.⁹

A infertilidade mista pode ter origem em causas idiopáticas (sem causa aparente) e no fator imunológico.¹⁰

Estudos demonstraram que cerca de 20% dos casais apresentam problemas de infertilidade¹¹. Estima-se que em 40% dos casos a infertilidade está ligada a fatores femininos, em 40% a fatores masculinos, em 10% a fatores femininos e masculinos em conjunto, e em 10% a fatores desconhecidos.

⁷ Maria Helena Machado, *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*, cit., p. 27.

⁸ É uma doença cuja principal característica é a dilatação das veias que drenam o sangue da região dos testículos. Ela provoca ainda o acúmulo de substâncias nocivas no órgão e o aumento da temperatura local, levando a uma diminuição na produção de espermatozóides (Equipe Editorial Bibliomed, *Varicocele: saiba mais sobre a importância da visita ao urologista para detecção dos problemas*, disponível em: <<http://boasaude.uol.com.br/lib/ShowDoc.cfm?LibDocID=3661&ReturnCatID=1746>>, acesso em: 22 dez. 2007).

⁹ Carla Andressa Ferreira Filippini et al., *Infertilidade masculina*, disponível em: <<http://www.portaldeginecologia.com.br/modules.php?name=New&file=article&sid=161>>, acesso em: 30 ago. 2007.

¹⁰ Maria Helena Machado, *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*, cit., p. 27.

¹¹ Carla Andressa Ferreira Filippini et al., *Infertilidade masculina*, cit.

Os fatores de infertilidade podem ser classificados em absolutos (esterilidade¹²) e relativos (hipofertilidade¹³). Os absolutos levam a uma impossibilidade irreversível de procriar; na hipofertilidade, não se consegue explicar cientificamente as causas de infertilidade, é dizer, não obstante inexistir motivo aparente para a infertilidade, a gravidez não acontece. No primeiro caso, apenas as técnicas de reprodução humana assistida podem assegurar a procriação; por outro lado, na hipofertilidade, a procriação pode ser alcançada mediante a utilização de métodos tradicionais.¹⁴

Na ciência médica, atualmente consideram-se estéreis aqueles casais ou aquelas mulheres que não conseguem gerar um filho após um ano de efetivas relações sexuais não protegidas, conforme o critério da Organização Mundial de Saúde (OMS).¹⁵

Os diversos fatores que levam o indivíduo à infertilidade conduziram a medicina, com o avanço da ciência, a desenvolver diferentes métodos capazes de contornar os problemas de esterilidade. Nasceu assim a procriação artificial como um meio de satisfazer o desejo de ter filho das pessoas inférteis¹⁶. Largamente utilizadas nos dias atuais, algumas dessas técnicas são a fertilização *in vitro*, a injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI) e a inseminação artificial¹⁷, que serão discutidas em tópico próprio.

As técnicas de reprodução humana assistida são assim classificadas:

¹² Esterilidade propriamente dita. Nas ciências biológicas, se faz uma diferença entre esterilidade e infertilidade. Enquanto aquela consiste na incapacidade do homem, da mulher, ou de ambos, por causas funcionais ou orgânicas, de fecundarem por um período de relação sexual normal de no mínimo um ano, sem os meios contraceptivos eficazes, esta advém de causas orgânicas ou funcionais que, atuando no fenômeno da fecundação, impossibilitam a produção de descendência (Juliana Frozel de Camargo, *Reprodução humana: ética e direito*, Campinas: Edicamp, 2004, p. 16-17). A esterilidade se caracteriza pela impossibilidade de ocorrer a fecundação numa situação irreversível. A infertilidade é a incapacidade de ter filhos vivos, sendo possível a fecundação e o desenvolvimento do embrião ou feto, equivalendo à hipofertilidade (Maria Helena Machado, *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*, cit., p. 20-21). Ambas são consideradas doenças devidamente registradas na Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde. Este trabalho as tratará como uma única doença, que impossibilita a fecundação por meios naturais, sem fazer distinção entre elas.

¹³ Infertilidade.

¹⁴ Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 28-30.

¹⁵ Informações do Professor Doutor Cláudio Leal Ribeiro, do Centro de Reprodução Humana Assistida de Pernambuco (Entrevista concedida em 04.09.2007 – Anexo IV).

¹⁶ Juliana Frozel de Camargo, *Reprodução humana: ética e direito*, cit., p. 21.

¹⁷ Informações do Professor Doutor Cláudio Leal Ribeiro, do Centro de Reprodução Humana Assistida de Pernambuco (Entrevista concedida em 04.09.2007 – Anexo IV).

a) Quanto à complexidade, elas são de alta e baixa complexidade; no primeiro caso, inclui-se o coito programado e a inseminação artificial, enquanto no segundo, a fertilização *in vitro* e a ICSI.¹⁸

b) Sob o critério do local ou ambiente onde ocorre a concepção, sua divisão pode ser feita em dois grandes grupos: a) técnicas de fecundação *in vivo* – aquelas em que a concepção ocorre no corpo da mulher, como no caso da inseminação artificial; b) técnicas de fecundação *in vitro* – aquelas em que a concepção ocorre fora do corpo da mulher, isto é, em laboratório, como no caso da FIVETE, que consiste na fertilização *in vitro* e subsequente transferência de embriões para o corpo da mulher.¹⁹

c) Quanto ao material genético utilizado, é possível dizer que a técnica de reprodução artificial utilizada é homóloga ou heteróloga; na primeira, os gametas utilizados são do próprio casal; na segunda hipótese, utiliza-se material genético de terceiro, sendo de doadores um ou os dois gametas utilizados.²⁰

1.2 Evolução histórica das técnicas de reprodução humana assistida

No decorrer da história da humanidade, sempre houve uma grande preocupação com a fertilidade. A mulher foi representada, desde as primeiras manifestações da arte, como uma figura fecunda, capaz de gerar novos seres. Enquanto a fecundidade era considerada algo divino, uma bênção, a esterilidade, por sua vez, era considerada algo negativo. Essa discriminação da pessoa estéril existente desde os primórdios da humanidade é perceptível ainda hoje.²¹

¹⁸ Ivelise Fonseca da Cruz, *A influência das técnicas da reprodução humana assistida no direito*, Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005, p. 15; Julia Fernández-Morís; José Maria Guerra Flecha, Aspectos científicos de la inseminación artificial, in: Javier Gafo (Ed.), *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*, Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1998, p. 28.

¹⁹ Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 642.

²⁰ Marilena C. D. V. Corrêa; Cristiano Costa, *Reprodução assistida: conceitos e linguagem*, disponível em: <www.ghente.org/temas/reproducao/index.htm>, acesso em: 30 ago. 2007.

²¹ Juliana Frozel de Camargo, *Reprodução humana: ética e direito*, cit., p. 11-14.

Até o final do século XV, acreditava-se que não existia infertilidade masculina, apenas a mulher era considerada estéril. Na Idade Média, os avanços da ciência se deram de forma lenta. A partir da descoberta do microscópio, no final do século XVI, mais precisamente em 1590, por Leenvenhoek, o desenvolvimento da ciência se tornou mais célere²². Contudo, somente no século XVII começou-se a admitir que não só a mulher, mas o homem também poderia ser estéril²³. Nesse mesmo século, Spallanzani estudou os efeitos do congelamento sobre os espermatozóides.

Por volta de 1790, começam as investigações sobre inseminação artificial na espécie humana, através de Cary, a partir das fórmulas utilizadas para a reprodução bovina²⁴. Em 1799, Hunter obteve a primeira gestação de uma mulher com o sêmen do marido²⁵, e a primeira inseminação artificial com sêmen de um doador ocorreu no final do século XIX, em 1884, feita por Pancoast, na Filadélfia, Pensilvânia.²⁶

No final do século XIX, diversos pesquisadores concluíram que a fertilização ocorria com a união de um espermatozóide a um óvulo, através da cópula carnal. Em 1886, Montegazza propôs a criação de bancos de sêmen congelado. A fertilização *in vitro* começou a ser estudada em 1878 por Schenck, que tentou fertilizar, sem êxito, óvulos de cobaias. Nos Estados Unidos, em 1899, Dickinson praticou a inseminação artificial com sêmen de doador. Tornaram-se públicas, em 1953, as inseminações artificiais feitas com sêmen congelado.²⁷

Em 1937, foi lançado um trabalho anônimo sobre fecundação humana *in vitro*. Rock e Menkin conseguiram, em 1958, a primeira fertilização extracorporeal de um óvulo humano. Em 1961, a equipe do italiano Daniel Petrucci fecundou artificialmente um óvulo que foi mantido vivo durante 29 dias, mas, constatado o seu desenvolvimento anormal, foi descartado.

²² Maria Helena Machado, *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*, cit., p. 29.

²³ Silvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23.

²⁴ Maria Helena Machado, *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*, cit., p. 29.

²⁵ Juliana Frozel de Camargo, *Reprodução humana: ética e direito*, cit., p. 22.

²⁶ Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, cit., p. 31.

²⁷ Juliana Frozel de Camargo, *Reprodução humana: ética e direito*, cit., p. 22.

Apenas no século XX, com um maior conhecimento das ciências médicas, é que aconteceram descobertas revolucionárias no campo da genética. A década de 70 foi de suma importância para o desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida.²⁸

Em 1971, foi filmado pela primeira vez um óvulo, por Mastroiani. Ainda nesse ano, Hayashi apresentou um filme, “Começo da vida”, mostrando todo o processo de reprodução dos seres humanos.²⁹

Entre 1970 e 1975, foram realizados vários estudos sobre fertilização *in vitro* com óvulos humanos, coleta de espermatozóides e óvulos, formação de embriões³⁰ extracorporeamente e sua posterior implantação no útero³¹. No entanto, foi somente em 25 de julho de 1978 que o mundo assistiu, na cidade de Oldham, na Inglaterra, ao nascimento do primeiro bebê, Louise Brown, concebido pela fecundação *in vitro* dos gametas de seus pais legais, John Brown e Lesley, resultado do trabalho dos pesquisadores britânicos Patrick Steptoe e Robert Edwards³². No mesmo ano, nasceu na Índia o segundo “bebê de proveta”³³, resultado do trabalho de Saroji Kanti Bhattacharya.³⁴

Nos anos seguintes, as técnicas de reprodução humana assistida foram sendo cada vez mais utilizadas. Na Austrália, em 1980, já se registravam 13 casos de gravidez em 103 pacientes tratadas com a técnica de fertilização *in vitro*. Entre 1986 e 1988, na França, aproximadamente 4.000 mulheres engravidaram por esse método de procriação assistida³⁵. Na década de 90, já se estimava que nos Estados Unidos nasciam cerca de 20.000 crianças por ano, concebidas por inseminação artificial.³⁶

²⁸ Silvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 23.

²⁹ Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, cit., p. 19.

³⁰ Neste trabalho, o termo embrião é utilizado para se referir ao óvulo fecundado por um espermatozóide, não se fazendo distinção entre as diversas fases do desenvolvimento celular da fecundação; quando for necessário, será feita a diferenciação.

³¹ Silvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 24.

³² Maria Helena Machado, *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*, cit., p. 31.

³³ Expressão corriqueira utilizada para designar criança nascida da fertilização *in vitro*.

³⁴ Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, cit., p. 19.

³⁵ Juliana Frozel de Camargo, *Reprodução humana: ética e direito*, cit., p. 25.

³⁶ José Maria Frutuoso Braga, Aspectos históricos, sócio-econômicos e religiosos da inseminação artificial, in Milton Shim Ithi Nakamura; Antonio Carlos Lima Pompeo, *O casal estéril: conduta diagnóstica e terapêutica*, Rio de Janeiro: Atheneu, 1990, p. 221.

No Brasil, a primeira criança a nascer fruto da fertilização *in vitro* foi Ana Paula Caldera, no dia 7 de outubro de 1984, no Hospital Santa Catarina, em São Paulo, resultado do trabalho de Milton Nakamura e seus colaboradores³⁷. Atualmente, já existe um grande número de “bebês de proveta” no país.³⁸

Nota-se que a utilização das técnicas de reprodução humana assistida não é mais uma realidade distante, pelo contrário, diversas pessoas se submetem aos métodos atualmente existentes para gerarem o tão desejado filho. Diante disso, é preciso que se determinem os contornos jurídicos das diversas situações que deles emanam. Para uma melhor compreensão do tratamento jurídico dado ao tema, é importante esclarecer os principais aspectos de cada uma das técnicas de reprodução assistida, o que será feito a seguir.

1.3 Técnicas de reprodução humana assistida: caracterização geral

1.3.1 Inseminação artificial

Esta foi a primeira técnica de reprodução humana assistida de que se tem notícia³⁹. A inseminação artificial é um dos procedimentos mais simples de procriação artificial, pois não exige tantos recursos tecnológicos, e por essa razão pode ser classificada como de baixa complexidade.

A inseminação artificial é classificada como técnica de fecundação *in vivo*, isto é, não há manipulação externa do óvulo ou embrião⁴⁰. Neste método, os espermatozoides são

³⁷ Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, cit., p. 43.

³⁸ Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, cit., p. 513.

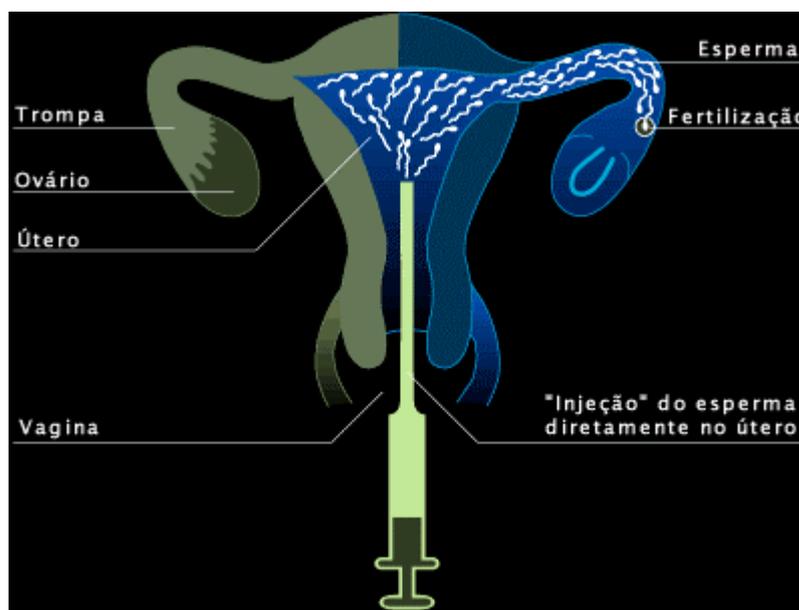
³⁹ Sílvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 28.

⁴⁰ Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, cit., p. 497.

coletados, selecionados, preparados e transferidos para o colo do útero da mulher, sem necessidade de anestesia.⁴¹

Quando a técnica começou a ser utilizada, usava-se o sêmen a fresco da seguinte forma: à medida do ato ejaculatório, o sêmen era injetado através de uma seringa no colo do útero ou na vagina da mulher. Atualmente, a inseminação é realizada em laboratório⁴². Basicamente, o procedimento consiste em recolher o sêmen do homem e depositá-lo por meio de um instrumento denominado cateter no útero da mulher receptora, com a prévia desinfecção de seus genitais.⁴³

Figura 1 - Imagem esquemática da inseminação artificial intra-uterina (IU)⁴⁴



A inseminação artificial pode ser: a) homóloga⁴⁵, quando os espermatozóides colhidos para introdução no corpo da mulher são do seu marido ou companheiro; b) heteróloga⁴⁶ ou exogâmica, no caso em que os espermatozóides colhidos são de um

⁴¹ Juliana Frozel de Camargo, *Reprodução humana: ética e direito*, cit., p. 21.

⁴² Ivelise Fonseca da Cruz, *A influência das técnicas da reprodução humana assistida no direito*, cit., p. 15.

⁴³ Alejandro D. Bolzan, *Reprodução assistida e dignidade humana*, São Paulo: Paulinas, 1998, p. 38.

⁴⁴ Imagem disponível em: <<http://www.ghente.org>>, acesso em: 30 ago. 2007.

⁴⁵ Também conhecida pela sigla AIH (*artificial insemination by husband*).

⁴⁶ Também conhecida pela sigla AID (*artificial insemination by donor*).

terceiro, um doador, sendo imprescindível o consentimento do casal⁴⁷; c) mista, no caso de serem inseminados, na mulher, espermatozóides do seu marido ou companheiro, juntamente com espermatozóides de um ou mais doadores férteis.⁴⁸

A inseminação artificial homóloga é indicada para os casos de incompatibilidade ou hostilidade do muco cervical, oligospermia e a retroejaculação (retenção dos espermatozóides na bexiga), hipofertilidade, perturbações das relações sexuais e infertilidade secundária após tratamento esterilizante.⁴⁹

Já a inseminação artificial heteróloga é indicada para os casos de azoospermia, oligospermia, teratospermia, hipofertilidade masculina, doenças hereditárias graves do marido ou companheiro e incompatibilidade do tipo sanguíneo do casal, que pode gerar a interrupção da gravidez.⁵⁰

Por fim, a inseminação artificial mista é indicada quando há uma insuficiência dos espermatozóides do marido ou companheiro, quando se misturam a eles espermatozóides de um doador fértil, como mencionado.

1.3.2 Fertilização *in vitro* (FIV ou FIVETE)

Conhecida também por produzir o “bebê de proveta”, a fertilização *in vitro* (*in vitro fertilization*) é feita mediante uma indução artificial do ciclo menstrual da mulher. Essa técnica reproduz de forma artificial o ambiente das trompas de Falópio, em um tubo de ensaio ou em uma placa, propiciando a fecundação do óvulo por meios laboratoriais. Recomenda-se sua utilização se houver obstáculos que impedem que esse fenômeno se

⁴⁷ Silvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 31; Juliana Frozel de Camargo, *Reprodução humana: ética e direito*, cit., p. 28.

⁴⁸ Juliana Frozel de Camargo, *Reprodução humana: ética e direito*, cit., p. 31.

⁴⁹ Silvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 29.

⁵⁰ Silvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 30.

realize *intra corpore*⁵¹, como nos casos em que há lesão das tubas, laqueadura sem chance de reversão, endometriose, infertilidade masculina ou esterilidade sem causa aparente.⁵²

Como o próprio nome sugere, esta técnica de procriação assistida é feita *in vitro*, ou seja, a concepção ocorre fora do corpo da mulher, e por isso mesmo é vista como um método complexo. Quanto ao material genético utilizado, da mesma forma que na inseminação artificial, esta técnica de reprodução artificial pode ser homóloga (material genético do casal), heteróloga, quando há utilização de material genético de um doador, ou ainda mista, quando a fecundação é realizada com sêmen proveniente de vários homens.

Para que se realize a FIV, é preciso que se observem algumas fases. Primeiramente, é necessário que haja uma estimulação ou indução da ovulação, através de drogas injetáveis que controlam o ciclo, aplicando-se uma dose diária de estrogênio até o dia da retirada dos óvulos por laparoscopia ou de uma cânula acoplada a um aparelho de ultra-som vaginal⁵³. Doses elevadas das drogas podem levar a uma estimulação exagerada dos ovários, chamada de síndrome da hiper-estimulação ovariana.⁵⁴

Deve ser feito um monitoramento do crescimento dos folículos ovarianos através de ultra-sonografia transvaginal, para que se possam individualizar as doses das drogas ministradas, prevenindo os efeitos colaterais. Quando os folículos atingem cerca de 18 mm, passam a ser considerados maduros e aplica-se uma injeção de HCG (gonadotrofina coriônica humana, hormônio que marca a maturação final dos óvulos e determina o momento para a coleta).⁵⁵

Passa-se em seguida, após 32 a 36 horas contadas da injeção de hormônio, para a segunda fase, qual seja, a coleta de óvulos, que é realizada por meio de uma punção, devendo a mulher ser sedada, por via endovenosa ou anestesia local, procedimento que é realizado em ambiente cirúrgico.⁵⁶

⁵¹ Juliana Frozel de Camargo, *Reprodução humana: ética e direito*, cit., p. 28.

⁵² Leonardo Leite, *Fertilização "in vitro"*, disponível em: <www.ghente.org/temas/reproducao/art_fiv.htm>, acesso em: 1º set. 2007.

⁵³ Juliana Frozel de Camargo, *Reprodução humana: ética e direito*, cit., p. 28.

⁵⁴ Elvio Tognotti et al., *Técnicas de reprodução assistida de baixa complexidade*, in Edson Borges Júnior (Org.), *Consenso brasileiro em indução da ovulação*, São Paulo: BG Cultural, 2000. v. 1, p. 3.

⁵⁵ Leonardo Leite, *Fertilização "in vitro"*, cit.

⁵⁶ Leonardo Leite, *Fertilização "in vitro"*, cit.

Nesta fase, deve ser feita a coleta da amostra de sêmen pelo meio natural (masturbação). Em seguida, os espermatozóides deverão ser lavados por meio de cultura de células e centrifugação, para que haja uma separação do plasma seminal, resultando em um preparo de espermatozóides com maior motilidade e capacidade para fertilização. A importância desse processo está no fato de que ele permite a remoção de substâncias químicas e bactérias que podem causar reações adversas ou contrações uterinas intensas.⁵⁷

A terceira fase consiste na fertilização realizada por meio da manipulação dos gametas masculino e feminino, devendo ser feita a adição, ao meio de cultura em que se encontra o óvulo, de 60.000 a 150.000 espermatozóides móveis e normais. Após 12 a 16 horas, os gametas devem ser observados para que se verifique se ocorreu ou não a fertilização, o que é determinado pela presença de dois pró-núcleos (masculino e feminino).⁵⁸

Decorridas 36 a 48 horas da punção, deverão os embriões ser examinados novamente, e se tiverem atingido o estágio de duas a quatro células, poderão ser transferidos para o útero materno⁵⁹. Nesse momento é feito um exame diagnóstico prévio ao implante dos embriões disponíveis, com a finalidade de serem transferidos ao útero feminino os embriões que possuem maiores condições de assegurar o sucesso no tratamento. Após a escolha dos embriões que serão implantados, é feita a transferência embrionária, com a paciente em posição ginecológica. Os embriões são transferidos para o útero através de cateter especial, com monitoramento ultra-sonográfico.⁶⁰

Costuma-se fertilizar um número maior de embriões em relação à quantidade prevista para implante na futura mãe, pois quanto mais embriões forem transferidos para o útero da mulher, maiores serão as chances de se obter uma gravidez⁶¹. Essa prática evita que a mulher tenha que se submeter a diversos procedimentos de retirada de óvulos, na

⁵⁷ Leonardo Leite, *Fertilização "in vitro"*, cit.

⁵⁸ Alejandro D. Bolzan, *Reprodução assistida e dignidade humana*, cit., p. 39; Ivelise Fonseca da Cruz, *A influência das técnicas da reprodução humana assistida no direito*, cit., p. 19-20; Leonardo Leite, *Fertilização "in vitro"*, cit.; Sílvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 33.

⁵⁹ Sílvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 33.

⁶⁰ Leonardo Leite, *Fertilização "in vitro"*, cit.

⁶¹ Note-se que também aumentam os riscos de uma gravidez múltipla.

medida que possibilita o implante dos embriões adicionais fertilizados, previamente crioconservados, caso não tenha sido alcançada a gravidez no ciclo anterior.

Se o implante de embriões for bem sucedido na primeira tentativa, naturalmente os embriões adicionais fertilizados não serão mais necessários. Nasce aqui um dos maiores problemas das técnicas de reprodução humana assistida: os embriões excedentes, aqueles que não foram utilizados no tratamento.⁶²

Oportuno destacar que a Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina estabelece em quatro o número de embriões que podem ser implantados no útero da mulher. O Projeto de Lei n. 90/99 fixa em dois o número de embriões que poderão ser transferidos para o útero da mulher. Por outro lado, o Projeto de Lei n. 2.855/97 não estabelece um número determinado.

As probabilidades de sucesso, alcançando-se uma gravidez saudável, com a utilização dessa técnica, variam conforme a idade da mulher, ficando em torno de 35% para as mulheres até 30 anos, 30% para as mulheres entre 30 e 35 anos de idade, 28% para as mulheres entre 35 e 37 anos, 20% para as mulheres de 38 a 40 anos, 10% quando a idade é de 41 e 42 anos, caindo para 4%, quando a mulher tem mais de 42 anos de idade.⁶³

Apesar de aparentemente simples, este procedimento é complexo e suscita inúmeras questões legais, tais como a necessidade de se estabelecer o número ideal de oócitos que devem ser fertilizados e transferidos para o útero da mulher, a possibilidade de crioconservação de embriões e o destino dos embriões excedentes, dentre outras que serão abordadas de forma mais detida ao longo deste trabalho.

⁶² Luis González Morán, Aspectos jurídicos de la procreación asistida, in: Javier Gafo (Ed.), *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*, Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 1998, p. 165.

⁶³ Informações do Professor Doutor Cláudio Leal Ribeiro, do Centro de Reprodução Humana Assistida de Pernambuco (Entrevista concedida em 04.09.2007 – Anexo IV).

1.3.3 Transferência intratubária de gametas (GIFT)

A transferência intratubária de gametas⁶⁴ é um método de procriação artificial proposto como uma alternativa à fecundação *in vitro*, criado pelo argentino Ricardo Asch, em 1984. Em 1985, registrou-se o nascimento da primeira criança utilizando-se a GIFT, e os resultados positivos alcançados pelo procedimento foram logo confirmados por outros pesquisadores.⁶⁵

Esta técnica difere da fertilização *in vitro* por permitir que a fecundação ocorra dentro do corpo humano. Consequentemente, é uma técnica de procriação artificial *in vivo*. No que se refere à estimulação da ovulação e à coleta e preparação do esperma, utilizam-se os mesmos procedimentos da fertilização *in vitro*.

O método GIFT é realizado através da introdução do esperma por meio de um cateter que é transferido para uma ou para as duas trompas, sendo, por isso, condição básica para a sua utilização a comprovação de permeabilidade tubária. Geralmente são transferidos dois a três óvulos por trompa, juntamente com cerca de 80.000 a 150.000 espermatozóides.⁶⁶

A vantagem da GIFT é permitir o encontro natural entre os espermatozóides e os óvulos, todavia tem a desvantagem de não permitir a avaliação da qualidade da fertilização, pois não é possível visualizar o embrião. Além disso, exige a realização de uma laparoscopia⁶⁷, sendo preciso a mulher se submeter a uma anestesia geral.⁶⁸

Classifica-se como de alta complexidade, podendo ser homóloga ou heteróloga, dependendo do material genético que seja utilizado. Ela é indicada para os casos de

⁶⁴ *Gamete intrafallopian transfer.*

⁶⁵ Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, cit., p. 48.

⁶⁶ Silvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 34-35.

⁶⁷ A laparoscopia consiste em um exame endoscópico da cavidade abdominal, que exige uma incisão abdominal para ser realizado (informações obtidas do Doutor Carlos Eduardo Didier, em 20.09.2007).

⁶⁸ Essa técnica encontra-se superada, não sendo mais utilizada pela maioria dos médicos, por não apresentar o mesmo grau de eficácia da FIV (Informação do Professor Doutor Cláudio Leal Ribeiro, do Centro de Reprodução Humana Assistida de Pernambuco. Entrevista concedida em 04.09.2007 – Anexo IV).

esterilidade sem causa aparente, fator cervical, fator masculino, endometriose, fator imunológico e aderências anexas que prejudiquem a captação de óvulos.⁶⁹

1.3.4 Transferência intratubária de zigotos (ZIFT)

A transferência intratubária de zigotos⁷⁰, ou transferência de zigotos nas trompas de Falópio, é uma técnica que conjuga dois dos métodos anteriormente estudados, GIFT e fertilização *in vitro*. Destarte, por essa técnica, o encontro entre o óvulo e o espermatozóide é feito fora do corpo da mulher. Aguarda-se cerca de dezoito horas após a fecundação *in vitro*, quando já existe a possibilidade de se constatar a presença de pró-núcleos (*pronuclear stage transfer* – PROST). Nas outras técnicas, a transferência é feita após um período superior de tempo, ocorrendo a divisão celular ainda *in vitro*, transferindo-se embriões com duas a oito células (*tubal embryo stage transfer* – TEST).⁷¹

Esta técnica assegura a constatação da fertilização e sua qualidade, seguindo-se a colocação do zigoto em seu meio natural, o terço distal da trompa, ao invés de ser diretamente implantado no útero, como na FIVETE. Possui a vantagem de constatação da qualidade do zigoto, somada à sua implantação em meio natural⁷². Possui as mesmas indicações que a GIFT, quais sejam os casos de esterilidade sem causa aparente, fator cervical, fator masculino, endometriose, fator imunológico e aderências anexas que prejudiquem a captação de óvulos.⁷³

⁶⁹ Silvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 36.

⁷⁰ *Zygote intrafallopian transfer*.

⁷¹ Silvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 36.

⁷² Essa técnica encontra-se superada, não sendo mais utilizada pela maioria dos médicos, por não apresentar o mesmo grau de eficácia da FIV (Informação do Professor Doutor Cláudio Leal Ribeiro, do Centro de Reprodução Humana Assistida de Pernambuco. Entrevista concedida em 04.09.2007 – Anexo IV).

⁷³ Silvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 36.

1.3.5 Criopreservação de gametas e embriões

A criobiologia estuda a conservação de espermatozóides e óvulos em nitrogênio líquido, à temperatura de 196°C negativos, com preservação de sua capacidade de fertilização e desenvolvimento embrionário inicial. Permite-se, destarte, a preservação da vida desses gametas por tempo indeterminado. Estuda também a possibilidade de conservação de embriões, que são revestidos por uma substância crioprotetora (glicerol), que impede os efeitos do congelamento.⁷⁴

Em novembro de 1983, na Austrália, mais especificamente no Queen Victoria Hospital de Melbourn, uma equipe dirigida pelo cirurgião Wood conseguiu a primeira gravidez que resultou da implantação de um embrião que havia sido congelado durante quatro meses. Dos seis óvulos extraídos da mãe, três, após a fertilização *in vitro*, foram inseridos sem êxito. Os outros três foram fertilizados e crioconservados, tendo sido implantados, e posteriormente resultando no nascimento de uma menina, a bebê Zoe.⁷⁵

No cenário internacional, os posicionamentos são os mais diversos quanto ao tempo em que os materiais genéticos fecundantes e fecundados podem ficar criopreservados. No Reino Unido, a Comissão Warnock preconiza um período máximo de dez anos. O informe de Walle na Austrália estabelece o prazo de cinco anos. Da mesma forma, a Lei espanhola n. 35/88 e as Leis francesas ns. 94.653 e 94.654, de 1994. A Lei norueguesa n. 56/94 estabelece o prazo máximo de três anos. As Leis dinamarquesas n. 503/92 e austríaca n. 275/92 estabelecem o prazo máximo de 12 meses. Na Suíça, foi referendado, em maio de 1991, um artigo constitucional que proíbe a criopreservação de embriões e impõe a transferência para o útero de todos os embriões obtidos num ciclo de tratamento.⁷⁶

No Brasil, a Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, na sua Seção V (Criopreservação de gametas ou pré-embriões), afirma que as clínicas podem

⁷⁴ Deborah Ciocci Alvarez de Oliveira; Edson Borges Junior, *Reprodução assistida: até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei*, São Paulo: Gaia, 2000, p. 59.

⁷⁵ Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito ao patrimônio genético*, Coimbra: Almedina, 1998, p. 99.

⁷⁶ Sílvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 39; Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito ao patrimônio genético*, cit., p. 102.

crioconservar tanto os gametas, quanto os pré-embriões (item 1). Afirma ainda que os pré-embriões não poderão ser descartados nem destruídos (item 2). O Projeto de Lei n. 2.855/97 possibilita a crioconservação nos mesmos casos previstos pela Resolução (art. 23). Contudo, permite o descarte dos pré-embriões quando, no prazo de cinco anos, não forem utilizados (art. 25).

Em sentido oposto, o Projeto de Lei n. 90/99 estabelece que os embriões serão transferidos “a fresco”, só podendo ser produzidos até dois (art. 13); permite apenas a crioconservação de gametas (art. 14). Dessa maneira, apenas o Projeto de Lei n. 2.855/97 fixa um prazo para a crioconservação de gametas e embriões.

Ademais, pode-se afirmar que a técnica de criopreservação, no Brasil, atualmente, nas suas variadas modalidades, é lícita⁷⁷, já que não há nenhuma proibição no sistema normativo pátrio; desde que associada à finalidade única de procriação e resguardada a vida humana. Cabe frisar, por outro lado, que, independentemente de se tratar de crioconservação de gametas ou embriões, é imprescindível o consentimento expresso do casal, devendo ser dadas todas as informações quanto aos riscos inerentes ao processo de congelamento e descongelamento dos gametas e dos embriões.

No que tange aos gametas, sejam os óvulos ou os espermatozóides, aceita-se, nas doutrinas nacional e estrangeira, a crioconservação de forma mais pacífica, pois, nesses casos, há unanimidade em reconhecer que ainda não é possível falar em vida humana.

Os maiores questionamentos começam a surgir em torno dessa prática, em razão dos embriões fertilizados *in vitro*. Ocorre que nem sempre todos os embriões congelados serão utilizados pela mulher que se submete a esse tipo de tratamento. Somente serão utilizados na medida que as tentativas de implantação dos embriões no útero da paciente falharem.

Acerca dessa temática, surgem diversas questões éticas e jurídicas sobre a problemática dos embriões “excedentários”. A despeito da importância ética da questão, o presente trabalho não deseja discutir problemas dessa natureza, mas sim saber quais as

⁷⁷ Silvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 40.

questões juridicamente qualificadas e, em consequência, quais as respostas dadas pelo sistema jurídico a elas.

É possível apontar como uma das melhores soluções para o problema a doação dos embriões supranumerários, o que acaba por assegurar o destino devido aos embriões fertilizados *in vitro*, qual seja, a sua implantação no útero de uma mulher, para que possa se desenvolver. É também possível a doação de gametas, espermatozóides e óvulos, tema que será tratado a seguir.

1.3.6 Doação de gametas e embriões

O papel dos doadores é decisivo nas procriações artificiais. Eles são capazes de fornecer o material biológico para que pessoas inférteis possam ter um filho. Segundo a doutrina dominante, três princípios devem nortear esse tipo de doação: o anonimato, a gratuidade e o sentimento altruístico. Além disso, a doação apenas será considerada legítima se ficar comprovada a esterilidade, ou que foi realizada para que fosse evitada a transmissão de doenças hereditárias ou genéticas.⁷⁸

Importante destacar que quem consentiu em doar gametas ou embriões visando auxiliar um projeto parental daqueles que não podem procriar de forma natural abdicam conscientemente de sua paternidade jurídica.⁷⁹

A doutrina fala ainda na necessidade de a doação ser feita de um casal para outro casal. Contudo, esse último requisito será melhor estudado à luz da existência ou não de um direito à utilização dessas técnicas por mulheres solteiras e casais homossexuais, em tópico próprio.

É possível doar sêmen, óvulos e até mesmo embriões. As doações de espermatozóides são necessárias em decorrência dos problemas de fertilidade masculina já

⁷⁸ Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, cit., p. 50; Ivelise Fonseca da Cruz, *A influência das técnicas da reprodução humana assistida no direito*, cit., p. 29; Sílvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 41.

⁷⁹ Esse ponto será melhor estudado no item 2.8.

citados, tais como azoospermia, oligospermia, teratospermia, hipofertilidade masculina, doenças hereditárias graves do marido ou companheiro, ou, ainda, em casos de incompatibilidade do tipo sangüíneo do casal.

Os casos de infertilidade feminina podem ser solucionados por meio da doação de óvulos. A ovulação, ou seja, a liberação de um óvulo fertilizável, é o estágio final de um processo prolongado, que se inicia quando a mulher ainda é um embrião, manifesta-se com intensidade na puberdade e a acompanha até a menopausa.⁸⁰

Ao nascer, uma menina possui cerca de 400.000 óvulos nos seus respectivos ovários, número fixo, pois não são produzidos novos óvulos pelo organismo. Esses óvulos são liberados nos ciclos menstruais, mais especificamente, um óvulo em cada ciclo. Os óvulos que não forem liberados nos ciclos menstruais, serão naturalmente destruídos.⁸¹

Ocorre que, para 1 a 3% das mulheres, esse processo nunca ocorrerá, ou porque elas nasceram sem óvulos, ou porque o número produzido pelo organismo é muito pequeno e a ovulação é acentuadamente prejudicada. Em razão da fertilização *in vitro*, a situação dessas mulheres não é mais irreversível, pois elas podem recorrer à doação de óvulos e gerar um filho, em seu próprio corpo, que, no entanto, não terá sua herança genética.⁸²

A doação de óvulos é classificada em três espécies: a) altruística, b) sentimental, c) doação relacional cruzada ou doação anônima personalizada. Na primeira, a mulher doa seus óvulos anônima e gratuitamente; na segunda espécie, a doação é feita por uma pessoa da família, ou por uma amiga. A terceira espécie é a mais complexa: há uma “troca de óvulos”, na qual uma mulher que não produz óvulos consegue uma doadora para uma terceira mulher, e essa fará o mesmo pela primeira. Portanto, nessa modalidade, há duas mulheres inférteis e duas doadoras.⁸³

⁸⁰ Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, cit., p. 56.

⁸¹ Julia Fernández-Morís; José Maria Guerra Flecha, *Aspectos científicos de la inseminación artificial*, cit., p. 21-22.

⁸² Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, cit., p. 58.

⁸³ Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, cit., p. 58.

A doação de espermatozóides é prática constante nas clínicas de reprodução humana assistida, tendo em vista esse gameta apresentar facilidades de coleta, armazenamento e descongelamento. A de óvulos, por sua vez, não é tão popular, em razão das dificuldades da sua coleta e do seu descongelamento. A conservação do óvulo ainda é um desafio para a ciência, na medida que estudos demonstram que a criopreservação altera o poder fecundante do material congelado⁸⁴. Essa dificuldade impõe uma programação precisa da doadora, bem como da receptora, tendo em vista que o óvulo deve ser implantado no útero logo após a coleta.⁸⁵

No que concerne à doação de embriões, ela está diretamente ligada às limitações da ciência, que nem sempre assegura a gestação, em um único procedimento de transferência de embriões, na fertilização *in vitro*. Dessa forma, em regra, opta-se pela fecundação de mais óvulos do que os que serão utilizados, para evitar que a mulher passe várias vezes por todo o procedimento de indução da ovulação, punção folicular e cultura de óvulos; são fertilizados mais embriões do que aqueles que serão implantados no útero em cada ciclo do tratamento. Os embriões não utilizados são crioconservados para utilização posterior, caso a primeira tentativa falhe. Se a gestação for bem sucedida, uma solução adequada, como mencionado, é a doação, uma vez que ela pode assegurar o destino devido para os embriões excedentes.

1.3.6.1 A doação no direito comparado

No Centre d'Etude et de Conservation du Sperme francês (CECOS) prevalece a gratuidade da doação, que deve ser anônima, de um casal fértil para outro casal infértil. Nos Estados Unidos, por outro lado, o recrutamento através de remuneração continua sendo princípio, enquanto que a gratuidade é exceção. Deve ser anônima, contudo, em regra, não se exige que a doação seja de casal para casal.⁸⁶

⁸⁴ Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, cit., p. 55 e ss.

⁸⁵ Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, cit., p. 59; Maria Helena Machado, *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*, cit., p. 51.

⁸⁶ Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, cit., p. 50-69.

No Brasil, a opção é pela gratuidade, tanto nos casos de doação de gametas, como nos de doação de embriões. É o que se pode extrair do artigo 199, parágrafo 4º da Constituição Federal de 1988, que veda todo e qualquer tipo de comercialização nos casos de remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento.

Consoante com a orientação constitucional, a Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, na Seção IV (Doação de gametas ou pré-embriões), afirma que a doação nunca poderá ter caráter lucrativo ou comercial (item 1). Da mesma forma, os Projetos de Lei ns. 90/99 (art. 7º) e 2.855/97 (art. 9º) prevêm a possibilidade de doação de gametas, desde que sem nenhum estímulo financeiro.

Cabe frisar, ademais, que, novamente em consonância com a principiologia apontada pela doutrina, a Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina prevê o anonimato dos doadores e dos receptores (Seção IV, item 2). Não obstante, dispõe que, em situações especiais, as informações sobre doadores poderão ser fornecidas exclusivamente aos médicos, desde que para assegurar a saúde de quem é fruto dessas técnicas, devendo ser resguardada a identidade civil do doador (Seção IV, item 3).

O Projeto de Lei n. 2.855/97 estabelece o sigilo do doador e, da mesma forma que a Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, prevê a possibilidade de sua quebra, desde que haja motivação, devendo ser resguardada a identidade civil do doador (art. 9º, parágrafo único). Fixa ainda como crime a conduta de revelar a identidade dos doadores, com pena de reclusão de um a três anos e multa (art. 45). De igual forma, o Projeto de Lei n. 90/99 estabelece a regra do sigilo. Contudo, dispõe que a pessoa nascida por processo de procriação artificial terá acesso, a qualquer tempo, a todas as informações referentes ao processo que a gerou, inclusive à identidade civil do doador (arts. 8º e 9º).

No que se refere à revelação ou segredo sobre a identidade civil do doador, existe uma preocupação no sentido de que o sigilo acabe por possibilitar futuros casamentos consangüíneos. Com a finalidade de evitar esse tipo de acontecimento, a Resolução n.

1.358/92 do Conselho Federal de Medicina limitou o número de gestações por doador⁸⁷. Nesse mesmo diapasão, os Projetos de Lei ns. 2.855/97 e 90/99 prevêm limitação de gestação por doador (arts. 13 e 7º, § 2º, inc. I, repectivamente).⁸⁸

As questões jurídicas suscitadas em torno do anonimato nas procriações medicamente assistidas merecem um maior aprofundamento, razão pela qual serão objeto de análise em tópico próprio.⁸⁹

1.3.7 Injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI)

Esta técnica, desenvolvida na Bélgica, é indicada para os casos de infertilidade masculina grave, que não podem ser solucionados pela FIV. Com o advento desta técnica, homens que eram considerados estéreis irreversivelmente, por apresentarem problemas com o número, motilidade ou forma dos espermatozoides, ou ainda nos casos de dificuldade de ejaculação, passaram a ter chances de procriar. Esta técnica não serve para solucionar problemas de morfologia dos espermatozoides.⁹⁰

Na ICSI, o espermatozóide é recuperado no epidímio, canal que fica logo após a saída do testículo, ou retirado diretamente deste através de uma biópsia⁹¹. A técnica é realizada com o auxílio de microscópio e consiste em injetar um único espermatozóide dentro do oócito maduro, diretamente, promovendo, assim, a fecundação. O procedimento é feito com microagulhas, que são mais finas que um fio de cabelo, sendo que uma delas

⁸⁷ Seção V da Resolução n. 1.358/92: “5 - Na região de localização da unidade, o registro de gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.”

⁸⁸ Projeto de Lei n. 2.855/97: “Artigo 13 - O serviço médico que emprega técnica de RHA fica responsável por impedir qualquer possibilidade de transmissão de doenças, especialmente as hereditárias”. Projeto de Lei n. 90/99: “Artigo 7º - (...) § 2º - o doador de gameta é obrigado a declarar: I - não haver doado gameta anteriormente.”

⁸⁹ Item 2.9 (Anonimato do doador e direito à identidade genética).

⁹⁰ José Antonio Ruiz Balda, Aspectos científicos de la fecundación *in vitro*, in Javier Gafo (Ed.), *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*, Madrid: Universidad Pontificia Comillas, p. 45.

⁹¹ Clínica Dr. Marcelo Faria, Reprodução humana, disponível em: <[http:// www.clinicadrmarcelofaria.com.br/reproducao.htm](http://www.clinicadrmarcelofaria.com.br/reproducao.htm)>, acesso em: 02 set. 2007.

segurará o óvulo e a outra pegará o espermatozóide, que será imobilizado e injetado naquele.⁹²

Diversas técnicas de micromanipulação tentaram resolver o problema do obstáculo da zona pelúcida, camada que envolve o óvulo, para facilitar a penetração do espermatozóide, mas foi com a ICSI que se passou a atingir um resultado satisfatório. Por essa razão, a ICSI representa um enorme passo no tratamento da infertilidade, mas que deve ser utilizado, devido aos riscos do tratamento, somente nos casos em que realmente seja necessário.⁹³

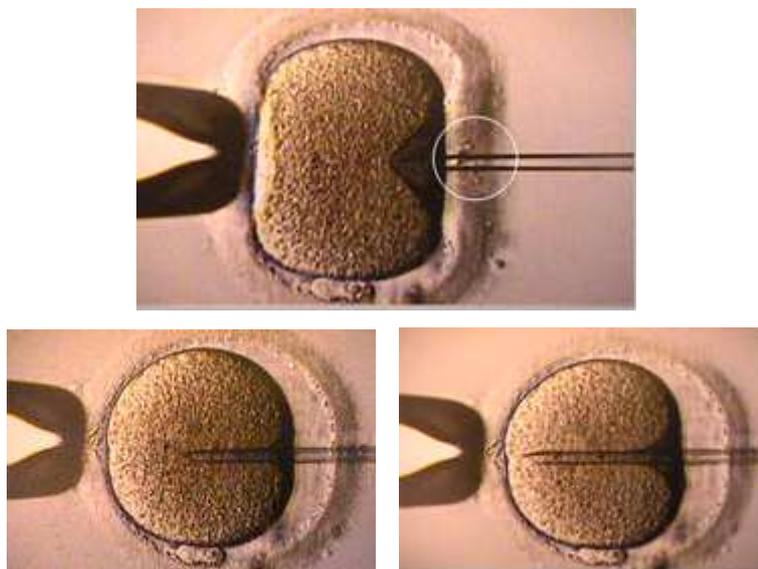
Cabe frisar, por fim, a injeção nuclear de espermátide (ROSNI). Essa técnica, ainda experimental, tem sido associada à ICSI no caso de deficiência na maturação dos espermatozóides. Recorre-se ao uso de espermátides (formas imaturas dos espermatozóides que já contêm a carga genética necessária à reprodução), através da retirada de um pedaço do tecido do testículo onde estão localizadas, processando-se, em laboratório, seu amadurecimento artificial, para poderem fecundar o óvulo. Esta técnica causa divergências no mundo científico, estando proibida na França por não haver estudos que assegurem a não ocorrência de danos aos conceptos.⁹⁴

⁹² Henry E. Malter; Jaques Cohen, Intracytoplasmic sperm injection: micromanipulation in assisted fertilization, in: Effy Vayena; Patrick J. Rowe; P. David Griffin (Eds.), *Current practices and controversies in assisted reproduction*, Geneva: World Health Organization, 2002, p. 126-130. Ver também Clínica e Centro de Pesquisa em Reprodução Humana Roger Abdelmassih, Tratamentos: histórico, ICSI passo a passo, indicações, técnica de ICSI, disponível em: <http://www.abdelmassih.com.br/tr_icsi01.php>, acesso em: 31 ago. 2007.

⁹³ José Antonio Ruiz Balda, Aspectos científicos de la fecundación *in vitro*, cit., p. 59.

⁹⁴ Amélia do Rosário Motta de Pádua, *Responsabilidade civil na reprodução humana assistida*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 75.

Figura 2 - Injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI)⁹⁵



1.3.8 A maternidade de substituição

A maternidade de substituição⁹⁶ consiste em assegurar uma gestação quando o útero da mulher não possui condições de permitir o desenvolvimento normal de um embrião, ou quando a gravidez apresentar risco para a mãe. Para tanto, é preciso apelar a um terceiro (uma mulher), que fará a cessão do seu útero com o intuito de possibilitar o desenvolvimento normal da gravidez.⁹⁷

As indicações médicas para utilização dessa técnica são: infertilidade vinculada a uma ausência de útero, seja congênita ou adquirida; patologia uterina de qualquer tratamento cirúrgico; contra-indicações médicas para uma eventual gravidez; insuficiência renal severa; e diabete grave insulino-dependente.⁹⁸

⁹⁵ Imagens disponíveis em: <www.abdmalssih.com.br>, acesso em: 07 nov. 2007.

⁹⁶ O primeiro caso da América-Latina é de uma mãe que gerou os gêmeos de sua filha que nasceu sem útero. Os bebês nasceram no dia 27 de setembro de 2007 e se chamam Antônio Bento e Victor Gabriel e serão alimentados pela cessionária do útero e pela mãe biológica, que recebeu hormônios para tanto, na cidade de Recife (Informação do Professor Doutor Cláudio Leal Ribeiro, do Centro de Reprodução Humana Assistida de Pernambuco. Entrevista concedida em 04.09.2007 – Anexo IV).

⁹⁷ Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações artificiais e o direito*: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos, cit., p. 66.

⁹⁸ Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações artificiais e o direito*: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos, cit., p. 67.

Os primeiros casos clínicos concernentes à cessão de útero datam de 1963, no Japão, e de 1975, nos Estados Unidos. Em 1988, tornou-se conhecida da população norte-americana a existência de uma associação de mães de substituição.⁹⁹

O empréstimo do útero comporta três hipóteses distintas, quais sejam:

a) a mãe portadora é aquela que apenas “empresta” o seu útero. Os embriões a serem implantados são provenientes do casal solicitante e obtidos mediante a técnica de fertilização *in vitro*;

b) a mãe de substituição “empresta” seu útero e doa seus óvulos. Nesse caso, proceder-se-á a uma inseminação artificial, utilizando-se os espermatozóides do marido ou companheiro da mulher que não pode conceber;

c) na terceira hipótese, existem três mulheres envolvidas: a que deseja ter o filho, a que “empresta” o útero e a que doa o óvulo para ser fecundado com o sêmen do marido ou companheiro da mulher solicitante¹⁰⁰, ou de um doador.

No primeiro caso, a técnica é considerada de alta complexidade, *in vitro*, homóloga ou heteróloga; no segundo, ter-se-á um caso de procriação assistida de baixa complexidade, *in vivo*, e heteróloga; e, no terceiro caso, ter-se-á novamente uma técnica de alta complexidade, *in vitro*, heteróloga.

Na doutrina, ademais, é feita uma distinção entre mãe portadora e mãe substituta. Enquanto a mãe portadora recebe o sêmen do marido ou companheiro da mulher que deseja ter o filho, a mãe substituta recebe o óvulo já fertilizado.¹⁰¹

Nota-se que a maternidade de substituição não é na verdade uma técnica de reprodução assistida, e sim uma prática que possibilita a procriação por intermédio de um

⁹⁹ Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, cit., p. 66-67.

¹⁰⁰ Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, cit., p. 68; Maria Helena Machado, *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*, cit., p. 53.

¹⁰¹ Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, cit., p. 69.

dos métodos acima estudados¹⁰². Essa prática levanta várias questões jurídicas, que serão abordadas de forma mais detalhada no próximo capítulo.

1.3.9 Algumas técnicas mais recentes

Além das técnicas de reprodução humana assistida acima enumeradas, podem-se citar outros mecanismos de procriação artificial mais modernos. Dentre os últimos avanços da medicina nessa área, destacam-se os seguintes:

a) *in vitro maturation* (IVM): esta técnica ainda é considerada experimental e é indicada às mulheres que sofrem riscos com a estimulação ovariana usada na FIV tradicional, especialmente as portadoras de síndrome dos ovários policísticos (SOP). O procedimento consiste basicamente em retirar os óvulos ainda imaturos, colocá-los em meio de cultura que contém os hormônios estimulantes e esperar que amadureçam em uma estufa que mimetiza o ambiente natural do corpo humano. Depois de maduros, os óvulos de boa qualidade serão fertilizados para a formação de embriões;¹⁰³

b) troca de citoplasma: é a técnica através da qual se faz a retirada de parte do citoplasma do óvulo da mãe, seguindo-se a substituição por um citoplasma de um óvulo jovem de uma doadora. Busca-se com isso obter um óvulo rejuvenescido, pronto para ser fecundado. Recomenda-se essa técnica para mulheres mais maduras. A criança que nascer a partir da utilização dessa técnica terá o código genético proveniente de três pessoas distintas (pai, mãe e doadora do óvulo);¹⁰⁴

¹⁰² Ivelise Fonseca da Cruz, *A influência das técnicas da reprodução humana assistida no direito*, cit., p. 25.

¹⁰³ Centro de Pesquisa em Reprodução Humana Roger Abdelmassih, *Maturação de óvulos in vitro*: evolução tecnológica, novidade antiga, disponível em: <<http://www.arstechnica.com.br/abdelmassih/noticias/noticia0.php?cod=309>>, acesso em: 07 nov. 2007. Na verdade, a técnica é antiga, mas os resultados começam a surgir agora. Nasceram na Inglaterra, no dia 18 de outubro de 2007, os primeiros bebês gerados a partir de óvulos que foram maturados em laboratórios. Os nomes das crianças não foram revelados, mas o tratamento foi feito no Centro de Fertilidade de Oxford, a única clínica do Reino Unido a ter licença para fazer tal tratamento (Disponível em: <<http://claudiacollucci.blog.uol.com.br/>>, acesso em: 07 nov. 2007).

¹⁰⁴ Sílvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 49.

c) criação artificial de óvulos: por esta técnica, consegue-se criar um óvulo saudável a partir da transformação de uma célula qualquer do corpo, que tem 46 cromossomos, em uma célula reprodutiva, que tem 23 cromossomos. Para tanto, é feita a substituição do material genético do núcleo do óvulo natural doente pelos cromossomos de uma célula comum, por meio de uma descarga elétrica. Divide-se a cadeia de 46 cromossomos em duas de 23, e uma delas é retirada. Este método é recomendado para mulheres que têm óvulos debilitados ou que não os produzem;¹⁰⁵

d) transplante de núcleo: consiste na retirada do núcleo do óvulo defeituoso e sua substituição por um núcleo saudável proveniente de um óvulo de uma doadora. Recomenda-se para os casos de mulheres com idade mais avançada, ou com óvulos doentes, que não desejem receber doação de óvulos;¹⁰⁶

e) congelamento de tecido ovariano: nesta técnica, congelam-se os folículos (óvulos imaturos) de uma mulher em idade reprodutiva para que, posteriormente, ela possa gerar uma criança com o seu próprio óvulo. Destarte, devido a esta técnica, uma mulher de cinquenta anos poderá gerar uma criança com um óvulo seu de quando tinha vinte anos, por exemplo. Contudo, os cientistas ainda não sabem como transformar um folículo em óvulo sadio. É recomendada esta técnica para mulheres que desejem ter filhos em idade madura, ou que necessitem retirar os ovários, por exemplo, em razão de câncer, dentre outras doenças e tratamentos que podem levar a mulher à infertilidade.¹⁰⁷

Cabe ressaltar que as técnicas de reprodução humana assistida não constituem uma terapia de cura da esterilidade ou infertilidade. Prestam-se, na realidade, para proporcionar às pessoas incapazes de gerar filhos pelos meios naturais¹⁰⁸ a concretização de um sonho: serem pais.

¹⁰⁵ Silvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 49.

¹⁰⁶ Silvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 49.

¹⁰⁷ Silvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 50.

¹⁰⁸ Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*, p. 97.

Atualmente, cerca de 20% dos casais no mundo possuem problemas para procriar. Assim sendo, as técnicas de reprodução humana assistida, com o desenvolvimento alcançado nas últimas décadas, passaram a ter um papel importante na sociedade, e constituem hoje um número significativo dos contratos realizados entre médicos e pacientes¹⁰⁹, o que torna importante a análise da responsabilidade civil dos médicos nesses procedimentos.

¹⁰⁹ Segundo a Rede Latino-Americana de Reprodução Humana Assistida, sediada no Chile, funcionam oficialmente na América Latina 102 clínicas de reprodução assistida, sendo 44 brasileiras (Karla Bernardo, *Quem quer ter um bebê?*, disponível em: <http://www.ghente.org/entrevistas/entrevista_ra.htm>, acesso em: 30 ago. 2007).

2 IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

2.1 Direito fundamental à vida: aspectos legais

Antes de iniciar o estudo dos contratos de reprodução humana assistida e da responsabilidade civil do médico deles decorrente, é mister determinar o *status* jurídico do embrião *in vitro* no ordenamento jurídico brasileiro, condição *sine qua non* para o desenvolvimento desta pesquisa. Destaque-se, como visto, que não se tem a pretensão de discutir os aspectos éticos que permeiam a questão, mas sim verificar as respostas que são dadas pelo sistema jurídico à mesma.

Para tanto, a abordagem constitucional do direito à vida se faz necessária, a fim de que se possa esclarecer se o ordenamento jurídico concede ao embrião *in vitro* o *status* jurídico de vida humana. Cabe frisar que não se pretende fornecer um conceito de vida que seja incontestável, porém identificar, a partir da análise de sistemas jurídicos nacionais e estrangeiros, o posicionamento do ordenamento nacional sobre o *status* jurídico do embrião *in vitro*.

Não há dúvida que a Constituição Federal brasileira é terminantemente favorável ao direito à vida, o que assegura em seu artigo 5º *caput*. Esse direito constitui cláusula pétrea que, aliada ao postulado de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (§ 1º do art. 5º da CF), caracteriza sua força jurídica no ordenamento pátrio.¹¹⁰

Flávia Piovesan ensina que a Constituição de 1988 instituiu o princípio da aplicabilidade imediata das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, com o intuito de reforçar a sua imperatividade. Esse princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias dessa ordem, fixando um regime jurídico específico endereçado a tais direitos. Cabe ao Poder Público conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e

¹¹⁰ Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 428.

garantia fundamental. Assegura-se com esse princípio constitucional a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.¹¹¹

Em dispositivo semelhante ao da Constituição Federal brasileira, a Constituição portuguesa prevê, no artigo 18º.1, que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, deve-se rejeitar a doutrina tradicional que exigia a “regulamentação da liberdade”. A exigência de uma *réglémentation de la liberté* põe em perigo a eficácia dos direitos fundamentais, pois bastaria a inércia do legislador para que direitos dessa magnitude se transformassem em conceitos vazios de sentido e conteúdo.¹¹²

O direito fundamental à vida é, portanto, de aplicabilidade imediata e deve ser garantido nas suas duas acepções: o direito de continuar vivo e o de ter uma vida digna. A primeira acepção orienta no sentido de se assegurar esse direito fundamental desde o início da vida até o óbito da pessoa, não importando o fato de a pessoa ser idosa (art. 230 da CF/88) criança ou adolescente (art. 227 da CF/88), portadora de anomalias físicas ou psíquicas (arts. 203, IV e 227, § 1º, II da CF/88), ou nascituro¹¹³. Ninguém pode ser privado arbitrariamente de sua vida.

A segunda significação – *direito de ter uma vida digna* – reclama, segundo Celso Antonio Pacheco Fiorillo, a satisfação dos valores (mínimos) fundamentais previstos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, “de forma a exigir do Estado que sejam assegurados, mediante o recolhimento dos tributos, educação, saúde, trabalho, moradia, segurança, lazer, entre outros direitos básicos, indispensáveis ao desfrute de uma vida digna”. É o que o autor denomina de *piso vital mínimo* de direitos, para o desfrute da sadia qualidade de vida¹¹⁴. De forma que não basta que seja resguardada a vida do indivíduo, é preciso que seja assegurada sua dignidade.

¹¹¹ Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 36.

¹¹² José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 4. ed., Coimbra: Almedina, 1986, p. 133.

¹¹³ Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, Curitiba: Juruá, 2006, p. 122.

¹¹⁴ Celso Antonio Pacheco Fiorillo, *Curso de direito ambiental brasileiro*, 4. ed. ampl., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 55-56.

É reconhecida ao direito à vida uma eficácia negativa, por vedar qualquer lei estatal que lhe seja contrária. Cabe frisar que, apesar de a Constituição não ter assegurado expressamente o direito à integridade física, ele é englobado pelo direito à vida, tendo em vista que agredir o corpo humano é uma forma de afrontar a própria vida.¹¹⁵

Importante apontar a diferença existente entre o direito à vida e o direito sobre a vida. Conquanto os avanços tecnológicos e científicos elasteçam a vida, não se concede o direito às pessoas de manipularem suas vidas indiscriminadamente, de maneira que não se reconhece um direito sobre a vida. As declarações de direitos humanos e a ordem jurídica nacional e internacional consideram, cada vez mais, a vida como um patrimônio do Estado, devendo este zelar por ela.¹¹⁶

Biologicamente, a vida se inicia quando ocorre a fusão de duas células altamente especializadas chamadas *gametas*. A partir dessa fusão, uma nova célula se forma, o ovo ou zigoto, com um código genético distinto do óvulo e do espermatozóide. A partir desse momento, segue-se a transformação morfológico-temporal, passando pelo nascimento até a morte, sem que, nesse caminho, haja qualquer modificação do código genético.¹¹⁷

Na concepção natural, a fecundação do óvulo com o espermatozóide ocorre nas trompas de Falópio, doze a vinte e quatro horas após a ovulação. Depois de fecundado, o zigoto segue através da luz tubária com destino à cavidade uterina. Entre o terceiro e quarto dias, o embrião, sob a forma de mórula com dezesseis a trinta e duas células, chega finalmente ao interior do útero. Entre o sexto e oitavo dias, inicia-se a nidação, ou seja, a implantação do conceito, sob a forma de blastócito¹¹⁸, no endométrio, mucosa que reveste o útero. No décimo segundo dia, inicia-se a formação dos vasos sanguíneos. A partir do décimo oitavo ao vigésimo dias, o coração começa a pulsar.¹¹⁹

¹¹⁵ José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 198.

¹¹⁶ Hildegard Taggesell Giostri, A morte, o morrer, a doação de órgãos e a dignidade da pessoa humana, in Elídia Aparecida de Andrade Corrêa; Gilberto Giacoia; Marcelo Conrado (Coords.), *Biodireito e dignidade da pessoa humana: diálogo entre a ciência e o Direito*, Curitiba: Juruá, 2007, p. 155.

¹¹⁷ Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, cit., p. 25.

¹¹⁸ É a denominação dada ao óvulo inseminado pelo espermatozóide, quando é implantado no útero da mulher e está com 14 dias. Segundo a Doutora Patrícia Varejão, a denominação dada ao óvulo implantado é: a) zigoto: entre o 1º e 14º dias; b) blastócito: do 14º dia aos 2 meses; c) criança prematura: 21 semanas a 34 semanas; d) recém-nascido: no termo da 35ª semana (Informações obtidas em 23.12.2007).

¹¹⁹ Alejandro D. Bolzan, *Reprodução assistida e dignidade humana*, cit., p. 16.

Na reprodução assistida, especificamente na fertilização *in vitro*, como já estudado, a fecundação ocorre fora do corpo humano. Nesse momento é possível dizer que há vida?

2.2 Status jurídico do embrião no direito comparado e no ordenamento jurídico brasileiro

É preciso determinar juridicamente o início da vida para poder se fixar o *status* legal do embrião *in vitro* em um ordenamento jurídico. O legislador e a jurisprudência nacionais¹²⁰ não estabelecem em que momento se considera juridicamente iniciada a vida humana. Não obstante, a doutrina propicia um norte para a obtenção dessa resposta, a partir de duas idéias centrais.

De um lado, estão os defensores da tese segundo a qual o início da vida humana se dá a partir da fecundação. Afirmam que todas as células estão direcionadas, desde os seus primórdios, a atingir uma determinada configuração. Dessa maneira, deliberadamente eleger uma etapa decisiva para dizer quando a vida se inicia seria pura ficção, uma falsidade científica. Em sentido contrário, há os que defendem que somente é possível falar em vida humana quando o embrião atinge um determinado estágio de desenvolvimento.¹²¹

Esses entendimentos revelam duas teorias fundamentais sobre o tema: a genético-desenvolvimentista e a concepcionista.

Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, adepta da teoria concepcionista, defende que há vida desde a concepção, afirmando que o ser humano é homogêneo em todos os estados, seja embrião *in vitro* ou adulto¹²². Nesse mesmo sentido, Alejandro D. Bolzan

¹²⁰ Ainda não é possível falar em uma tendência jurisprudencial nesse tema. Cabe frisar, contudo, a decisão proferida pelo juiz de direito Márcio Martins Bonilha Filho no Processo n. 66/2000 da 2ª Vara de Registros Públicos de São Paulo, que deferiu o registro de trigêmios advindos da fertilização *in vitro*, com auxílio de uma mãe portadora (Ivelise Fonseca da Cruz, *A influência das técnicas da reprodução humana assistida no direito*, cit., p. 52).

¹²¹ Alejandro D. Bolzan, *Reprodução assistida e dignidade humana*, cit., p. 16.

¹²² Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito ao patrimônio genético*, cit., p. 73.

ensina que não é possível falar em fases do desenvolvimento da pessoa, a pretexto de se afirmar que em uma dada fase há vida humana, e em outra não.¹²³

Em sentido contrário, para a teoria genético-desenvolvimentista, o embrião passa, desde a sua concepção, por uma série de fases, até que tenha alcançado um determinado estágio de desenvolvimento, a partir do qual se considera iniciada a vida. Assim, permite a realização de pesquisas científicas em embriões, enquanto ele não é considerado ser humano.

Os adeptos da teoria genético-desenvolvimentista, no entanto, não apresentam entendimento quanto ao momento em que se inicia a vida. É possível identificar os defensores da chamada corrente do pré-embrião no Informe Warnock sobre Fertilização e Embriologia, publicado no Reino Unido, em 1984. Segundo essa corrente, antes do 14º dia de desenvolvimento, o zigoto não passaria de um emaranhado de células, uma vez que ainda não possui um sistema nervoso central¹²⁴. Consideram, dessa forma, que há vida a partir do 14º dia da fecundação, lapso temporal limite, durante o qual é permitida pesquisa em embriões, desde que haja o consentimento dos genitores e que os embriões sejam destruídos posteriormente. Afirmam que nessa fase ainda não há que se falar em dignidade humana, pois a passagem para a condição humana só existe após esse período.¹²⁵

Há, por outro lado, os que relacionam o início da vida com o começo da atividade cerebral. Conseqüentemente, para se determinar o *status* jurídico do embrião *in vitro*, é preciso fazer um paralelo com o término da vida. E existem ainda os que defendem a impossibilidade de se falar na existência de vida humana, enquanto não for atingido o estágio de desenvolvimento de oito células.

Finalmente, é possível citar os que afirmam só existir vida humana quando ela for viável, e tal só ocorreria com a nidação¹²⁶, após a chegada do zigoto ao útero da mulher,

¹²³ Alejandro D. Bolzan, *Reprodução assistida e dignidade humana*, cit., p. 11 e ss.

¹²⁴ Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 124.

¹²⁵ Sílvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 107.

¹²⁶ Alexandre de Moraes, *Direitos humanos fundamentais*, 7. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 80.

quando se inicia a gravidez. Nesse caso, o embrião *in vitro* não pode ser considerado vida, por não possuir viabilidade.

Os adeptos de cada uma dessas teorias, via de regra, adotam um dos três modelos jurídicos existentes sobre a utilização das técnicas de fecundação assistida, quais sejam o repressivo, o liberal e o intervencionista. No modelo repressivo, geralmente aceito pelos concepcionistas, são estabelecidas proibições quanto à utilização das técnicas de procriação artificial. Os defensores da teoria genético-desenvolvimentista tendem à adoção do modelo liberal, o qual deixa à liberdade das pessoas as decisões quanto à utilização dessas técnicas. Por sua vez, o modelo intervencionista é favorável ao controle das escolhas individuais, sem que haja uma proibição absoluta da realização dessas técnicas¹²⁷. É aceito por concepcionistas e genético-desenvolvimentistas não adeptos dos modelos anteriores.

No direito comparado, encontra-se jurisprudência orientada nos mais diversos sentidos sobre o tema.

Nos Estados Unidos, alguns diplomas estaduais não reconhecem *status* legal aos zigotos se estiverem em proveta, visto que eles não têm condições de viver fora do útero. Por não possuírem desenvolvimento suficiente, os zigotos em proveta são considerados um aglomerado de material genético. Observa-se aqui a influência da teoria genético-desenvolvimentista.

No caso *Davis v. Davis*, o Tribunal do Tennessee ressaltou a importância de se saber o *status* legal dos embriões *in vitro*, ao afirmar que só seria dado *status* legal ao nascituro no momento em que fosse possível falar em uma criança viável, ou seja, se o embrião houvesse atingido um estado de desenvolvimento em que fosse possível sobreviver¹²⁸, aplicando-se o mesmo entendimento para o embrião *in vitro*, analogicamente. Nesse mesmo caso, a corte do Tennessee analisou a possibilidade de os embriões congelados serem considerados propriedade. O tribunal decidiu que eles não eram propriedade, e sim vida; e que a vida humana tem início na concepção. Contudo,

¹²⁷ Luiz Roldão de Freitas Gomes, Direitos da personalidade e bioética, *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 9, p. 46, set./dez. 1997.

¹²⁸ Suzana Stoffel Martins Albano, Reprodução assistida: os direitos dos embriões congelados e daqueles que o geram, *Revista de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 34, p. 74-75, fev./mar. 2006.

lembra Suzana Stoffel Martins Albano que o assunto é polêmico no país norte-americano e que há uma tendência em entender que “tecidos corporais, embriões congelados e fluidos corporais sejam um tipo de propriedade, mesmo sem todas as características de uma propriedade móvel ou imóvel, pois, por exemplo, é ilegal a venda de material orgânico”.¹²⁹

Percebe-se a influência da teoria concepcionista na Argentina. Em um caso conhecido como o Julgado Nacional Civil n. 56, restou reconhecida a necessidade de proteção do embrião ainda não implantado, sem ingressar na discussão de ele ser ou não pessoa¹³⁰. Também orientada por essa teoria, a Irlanda elevou o embrião ao *status* constitucional, considerando-o pessoa.¹³¹

Na Espanha, a Lei n. 35/1988, que dispõe sobre reprodução humana assistida, permite que sejam feitas experiências apenas em embriões não viáveis, e desde que haja autorização da Comissão Nacional Multidisciplinar. É vedada a realização de experiências com embriões que se encontrem no útero ou nas trompas de Falópio (art. 16), o que denota inspiração na teoria genético-desenvolvimentista.

No Brasil, existe posicionamento jurisprudencial baseado na teoria genético-desenvolvimentista, mais especificamente na que relaciona o início da vida com o começo da atividade cerebral. A Lei n. 9.434/97, em seu artigo 16, prevê que “a retirada de tecidos, órgãos e partes poderá ser efetuada no corpo de pessoas com morte encefálica” e, no seu parágrafo 1º, diz que o diagnóstico de morte encefálica será confirmado, segundo os critérios tecnológicos definidos em resolução do Conselho Federal de Medicina, por dois médicos, no mínimo, um dos quais com título de especialista em neurologia, reconhecido no país. Esse artigo estabelece que o conceito judicial de vida está relacionado à atividade cerebral. Assim, se a vida termina com o fim da atividade cerebral, ela deve começar com o início dela. Só há atividade cerebral a partir da 12ª semana de gestação. Esse foi o argumento utilizado por João Gilberto Gonçalves Filho, do Ministério Público Federal de São Paulo, na ação civil pública para que seja permitido o uso de células tronco.¹³²

¹²⁹ Suzana Stoffel Martins Albano, Reprodução assistida: os direitos dos embriões congelados e daqueles que o geram, cit., p. 82-83.

¹³⁰ Ricardo Luis Lorenzetti, *Responsabilidad civil de los médicos*, Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1997, v. 2, p. 86.

¹³¹ Luis González Morán, Aspectos jurídicos de la procreación asistida, cit., p. 165-168.

¹³² Suzana Stoffel Martins Albano, Reprodução assistida: os direitos dos embriões congelados e daqueles que o geram, cit., p. 77.

Cite-se também a Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina que, ao dispor no inciso VI, n. 3, que “o tempo máximo de desenvolvimento de ‘pré-embriões’ será de 14 dias”, parece ter adotado a teoria genético-desenvolvimentista da linha de orientação do Informe de Warnock. No mesmo sentido é o Projeto de Lei n. 2.855/97 (art. 30, *caput*), que permite o desenvolvimento do embrião até o 14º dia.

Em sentido contrário, o Projeto de Lei n. 90/99, no seu artigo 13, parágrafo 1º, determina que a inseminação dos embriões *in vitro* deve ser feita “a fresco”, o que indica estar ele mais na esteira da corrente concepcionista, pela qual o embrião *in vitro* é vida desde a fecundação, independentemente do estágio em que se encontrar, não podendo ter outro destino que não seja a implantação no útero de uma mulher.

Diante da diversidade de posicionamentos adotados pela jurisprudência internacional, e tendo em vista a ausência de uma legislação pátria específica, busca-se estabelecer um posicionamento sobre a matéria, a partir da análise de autores nacionais e internacionais, o qual possa nortear os operadores do direito ao lidar com o tema.

Alguns autores tentam fazer uma comparação analógica entre o nascituro e o embrião *in vitro* a fim de determinar em que momento se pode considerar legalmente iniciada a vida humana.

Para a maioria dos adeptos¹³³ da corrente concepcionista¹³⁴, o embrião *in vitro* deve ser equiparado ao nascituro¹³⁵, de maneira que o artigo 2º do Código Civil (“a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo

¹³³ Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, cit., p. 513 e ss.; Maria Helena Machado, *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*, cit., p. 85 e ss.; Silvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 107 e ss.

¹³⁴ Essa corrente não deve ser confundida com a teoria concepcionista do nascituro, que tenta esclarecer o momento em que ele passa a ter personalidade jurídica.

¹³⁵ Três teorias buscam esclarecer a proteção dada ao *nasciturus*. Pela teoria natalista, a personalidade civil só se inicia com o nascimento; a teoria da personalidade condicional afirma que a personalidade tem início a partir da concepção, porém submetida a uma condição suspensiva: o nascimento com vida; e a teoria concepcionista defende que há personalidade jurídica desde a concepção, ressalvados os direitos patrimoniais, que ficam condicionados ao nascimento com vida (Maria Cristina Zainaghi, *Os meios de defesa dos direitos do nascituro*, São Paulo: LTr, 2007, p. 43-50; Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosendal, *Direito civil: teoria geral*, 6. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 197-206; Silmara J. A. Chinelatto de Almeida, *Tutela civil do nascituro*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 161-175). A despeito da teoria adotada quanto ao início da personalidade jurídica do *nasciturus*, a questão que se impõe quanto ao *status* jurídico do embrião *in vitro* é saber se ele pode ou não ser considerado nascituro.

desde a concepção os direitos do nascituro”) deve ser aplicado aos embriões *in vitro*, resguardando-se os direitos deles desde a fecundação.

João Álvaro Dias, adepto da corrente concepcionista afirma que “daí que, à falta de uma tutela específica e a fim de evitar que ‘quem quer que seja possa fazer não importa o quê’, se imponha a assimilação do embrião *in vitro* ao nascituro. A realidade do concebido e não nascido, dentro ou fora do útero materno, é a mesma, os fins idênticos e a intervenção do direito é justificada pela sua condição humana, qualquer que seja o grau de evolução da ciência”.¹³⁶

A outro giro, os partidários da corrente genético-desenvolvimentista entendem que o embrião somente pode ser considerado nascituro quando alcança um determinado estágio de desenvolvimento¹³⁷. Dessa maneira, o mesmo artigo 2º do Código Civil não deve ser estendido aos embriões *in vitro*, tendo em vista que ainda não se pode falar em nascituro.

No mesmo sentido, Silmara J. A. Chinelatto de Almeida defende que o embrião *in vitro* não pode ser considerado nascituro. Diz a autora que não há dúvida que, do ponto de vista biológico, a vida se inicia com a concepção, contudo, é com a nidação do ovo no útero que se inicia a gravidez, “momento em que é garantida, em tese, a viabilidade do desenvolvimento e sobrevivência do ovo, que se transformará”.¹³⁸

No mesmo diapasão, Gonzalo Figueroa Yáñez afirma que só é possível falar na existência de um nascituro quando o embrião já estiver implantado na parede uterina da

¹³⁶ João Álvaro Dias, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 217.

¹³⁷ Como mencionado, esse estágio pode variar conforme o entendimento adotado: para uns, é preciso que o embrião *in vitro* tenha alcançado 14 dias, para outros é preciso que já tenha ocorrido a nidação na parede uterina da mulher; ainda existem aqueles que exigem que o embrião já tenha alcançado o desenvolvimento de ondas eletroencefálicas, o que ocorre com oito semanas. É importante trazer à baila um quadro com os critérios do início da vida: a) celular – fecundação (fusão de gametas); b) divisional – primeira divisão celular (2 dias); c) suporte materno – implantação uterina (6 a 7 dias); d) cardíaco – início dos batimentos cardíacos (3 a 4 semanas); e) encefálico – registro de ondas eletroencefálicas (8 semanas); f) neocortical – estrutura cerebral completa; g) viabilidade extra-uterina – probabilidade de 10% para sobrevivência fora do útero (20 semanas); h) viabilidade pulmonar (24 a 28 semanas); i) autoconsciência – padrão sono-vigília (28 semanas); j) linguagem para comunicar vontades – “ser moral” (24 meses pós-parto) (Amélia do Rosário Motta de Pádua, *Responsabilidade civil na reprodução assistida*, cit., p. 12).

¹³⁸ Silmara J. A. Chinelatto de Almeida, *Tutela civil do nascituro*, cit., p. 161.

mulher, seja ela a mãe biológica ou não da criança. Contudo, destaca o autor que não é possível olvidar que o embrião *in vitro* se trata de um ser humano em potencial.¹³⁹

Cabe trazer o Enunciado n. 2 da 1ª Jornada de Direito do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual, “sem prejuízo dos direitos da personalidade nele assegurados, o artigo 2º do Código Civil não é sede adequada para questões emergentes da reprogenética humana, que deve ser objeto de um estatuto próprio”¹⁴⁰. No mesmo tom, o Projeto de Lei n. 90/99 prevê expressamente que o embrião não possui personalidade jurídica antes de ser implantado no organismo da mulher (art. 13, § 2º).¹⁴¹

O melhor entendimento para a matéria parece ser aquele que defende que só é possível falar em *nasciturus* quando há a nidação do ovo no útero materno, momento em que passa a existir gravidez. A adoção desse entendimento não implica a defesa da utilização indiscriminada dos embriões *in vitro* pelas pessoas que fazem parte do processo de procriação medicamente assistida. Na realidade, independente de se defender que o embrião é ou não *nasciturus*, é indispensável o reconhecimento da sua proteção legal, pois é ele verdadeira expressão de vida humana. E, dessa maneira, fica impossibilitada a “coisificação” do embrião *in vitro*.

Nessa linha de pensamento, Gonzalo Figueroa Yáñez, mesmo entendendo que o embrião *in vitro* ainda não possui *status* de pessoa, afirma que ele não está excluído da proteção legal, pois, por se tratar de um ser humano em potencial, é digno da tutela jurídica.¹⁴²

¹³⁹ Gonzalo Figueroa Yáñez, El comienzo de la vida humana: el embrión como persona y como sujeto de derechos, in Salvador Darió Bergel; Nelly Minyersky (Coords.), *Bioética y derecho*, Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 292.

¹⁴⁰ Enunciados aprovados na 1ª Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal no período de 11 a 13 de setembro de 2002 (Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Coord., *Jornada de direito civil, I, III e IV*: enunciados aprovados, Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2007 – Disponível em: <www.jf.gov.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>, acesso em 12 nov. 2007).

¹⁴¹ Oportunamente, vale o registro de que tramitava o Projeto de Lei n. 6.960/02, relator Ricardo Fiúza, que propunha a ampliação da tutela contemplada no artigo 2º, para resguardar desde a concepção também os direitos do embrião, que foi arquivado em 31 de janeiro de 2007.

¹⁴² Gonzalo Figueroa Yáñez, El comienzo de la vida humana: el embrión como persona y como sujeto de derechos, cit., p. 292.

Jussara Maria Leal de Meirelles afirma que ao embrião *in vitro* não se reconhece a qualidade de pessoa natural, nascituro ou prole eventual. Inobstante, diz a autora que não há como negar a sua natureza humana e que “essa constatação é, por si só, suficiente para que se lhe reconheça a necessidade de proteção jurídica”.¹⁴³

Ricardo Luis Lorenzetti, no mesmo sentido, entende que para que seja concedida proteção jurídica ao embrião, ele não precisa ser considerado pessoa, destacando que “considerar que há ‘pessoa’ jurídica é uma técnica de proteção, mas pode haver outras”¹⁴⁴. Bobbio ensina que “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem não é mais o de fundamentá-los, e, sim, o de protegê-los”¹⁴⁵. Assim, o debate sobre o embrião ser ou não pessoa não é obstáculo para a proteção que lhe deve ser dada. Nesse plano estão em jogo não só o conceito de pessoa, mas também os diferentes tipos de bens jurídicos, sua dignidade, os efeitos que produzem sua afetação e a colisão com outros direitos de igual ou maior valia.¹⁴⁶

Percebe-se, todavia, diante da complexidade do tema e da existência de tão variados entendimentos sobre a matéria, que a existência de uma legislação específica sobre o assunto facilitaria a concretização dessa tutela jurídica. A Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, norma de caráter deontológico, é a única a tratar especificamente da matéria no Brasil, mas não é suficiente. Há, todavia, os já mencionados Projetos de Lei ns. 2.855/97 e 90/99 tramitando no Congresso Nacional, esperando votação e aprovação.¹⁴⁷

Diante do exposto, conclui-se que, apesar da controvérsia doutrinária, parece que cabe razão àqueles que afirmam que os embriões *in vitro* não podem ser vistos como

¹⁴³ Jussara Maria Leal de Meirelles, Os embriões humanos mantidos em laboratório e a proteção da pessoa: o novo Código Civil brasileiro e o Texto Constitucional, in Heloisa Helena Barboza; Jussara Maria Leal de Meirelles; Vicente de Paulo Barreto (Orgs.), *Novos temas de biodireito e bioética*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 91.

¹⁴⁴ No original: “considerar que hay ‘persona’ jurídica es una técnica de protección, pero puede haber otras” (Ricardo Luis Lorenzetti, *Responsabilidad civil de los médicos*, cit., v. 2, p. 75 – nossa tradução).

¹⁴⁵ Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, 8. ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

¹⁴⁶ Ricardo Luis Lorenzetti, *Responsabilidad civil de los médicos*, cit., v. 2, p. 75.

¹⁴⁷ O Projeto de Lei n. 3.638/93, que também tratava da matéria, foi arquivado em 08.06.2007. Os Projetos de Lei ns. 90/99 e 2.855/97, que tramitam em conjunto na Câmara dos Deputados, se encontram na CCJC e foram retirados da pauta, por acordo de 17.04.2007. O Projeto de Lei n. 90/99 está tramitando na Câmara dos Deputados com o número 1.184/2003, de acordo com a versão do segundo substitutivo do Senado, de relatoria do Senador Tião Viana.

nascituros¹⁴⁸, pois o ordenamento jurídico brasileiro não lhes reconheceu essa qualidade. Isso não significa dizer que é possível manipulá-los sem limites, sem que lhes sejam reconhecidos quaisquer direitos. Como seres humanos em potencial que são, há limites impostos pelo sistema jurídico pátrio que impedem o uso desmedido das técnicas de reprodução humana assistida, impossibilitando, como dito anteriormente, a “coisificação” do embrião *in vitro*.

2.3 A problemática dos embriões excedentes

Ressalvada a necessidade de ser dada proteção jurídica ao embrião, independentemente do seu reconhecimento como pessoa ou nascituro, cabe analisar um problema que atormenta os estudiosos da matéria: os embriões excedentários. No Brasil, já há cerca de 20 mil embriões criopreservados.¹⁴⁹

Em nível internacional, desde muito tempo, há uma grande preocupação quanto ao tema. A Irlanda e a Alemanha publicaram legislações proibindo a formação de embriões excedentários. Mais concretamente, na Alemanha, a Lei n. 745, de dezembro de 1990, veda sua produção e pune violações à lei, as quais são consideradas ofensas criminais passíveis de multa ou de prisão, que pode ir até a três anos.¹⁵⁰

A Lei portuguesa n. 32/2006 sobre a utilização de técnicas de procriação assistida, no artigo 24º, limita o número de embriões resultantes da fertilização *in vitro* ao estritamente necessário para o sucesso da técnica. Contudo, reconhece a possibilidade de crioconservação dos embriões que não puderem ser implantados no útero da mulher por razões de saúde.

As “sobras” embrionárias podem decorrer de muitas situações, tais como: do fato que, na prática, as clínicas de reprodução humana assistida acabam por fecundar um número maior de óvulos do que os previstos para serem implantados no útero da mulher;

¹⁴⁸ Cabe frisar o posicionamento em sentido contrário, defendendo a equiparação do embrião *in vitro* ao nascituro, de João Álvaro Dias (*Procriação assistida e responsabilidade médica*, cit., p. 159-218).

¹⁴⁹ Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 127.

¹⁵⁰ Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito ao património genético*, cit., p. 84.

da morte de um ou de ambos os progenitores; do divórcio ou separação dos pais potenciais, que acabam por gerar o desinteresse pelos embriões fertilizados; interesse de um ou de ambos os progenitores em se submeterem ao tratamento em clínica de reprodução humana diversa da inicialmente escolhida.

A existência de embriões supranumerários levanta questionamentos, como: Qual o destino que deve ser dado aos embriões que não forem utilizados? Quem tem legitimidade para decidir o que será feito com os embriões?

Em relação ao destino que deve ser dado aos embriões excedentários, configuram-se algumas hipóteses: utilização em pesquisa científica; congelamento; comércio; doação; ou destruição.

2.3.1 Pesquisa científica

Na Resolução do Parlamento Europeu sobre proteção dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana quanto às aplicações da biologia e da medicina, foram formulados requisitos quanto à utilização de embriões¹⁵¹. Posteriormente, em 1996, houve uma modificação na redação da Resolução e hoje o seu texto: proíbe a produção de embriões para fins de pesquisa; prevê que, no contexto da inseminação artificial no ser humano, deverá ser vedada a implantação de mais de três embriões no decurso do mesmo ciclo de uma mulher; e determina que a crioconservação de embriões só poderá ser autorizada a título excepcional, quando, por razões médicas, a implantação prevista não puder ser realizada durante o mesmo ciclo.

Na Áustria, Alemanha e Noruega, qualquer pesquisa em embrião é inadmissível. Já na Dinamarca, alguns tipos de experiências em embriões são proibidos.¹⁵²

O melhor entendimento é aquele que proíbe a criação de embriões unicamente com o fim de pesquisa. Como mencionado, o embrião *in vitro* é vida em potencial, de

¹⁵¹ Luis González Morán, Aspectos jurídicos de la procreación asistida, cit., p. 166.

¹⁵² Luis González Morán, Aspectos jurídicos de la procreación asistida, cit., p. 165-168.

forma que não se deve admitir a sua manipulação indiscriminada. Dessa maneira, a pesquisa científica em embriões só deve ser permitida em situações excepcionais: a) para garantir o desenvolvimento saudável dos embriões; b) se o embrião houver se tornado inviável, situação na qual a pesquisa terá como finalidade assegurar o progresso do diagnóstico ou das técnicas de procriação artificial.

No Brasil, na esteira desse entendimento, o Projeto de Lei n. 2.855/97, ao dispor sobre pesquisa científica em embriões, estabelece a possibilidade de investigação com exclusiva finalidade de fazer uma avaliação de viabilidade e detecção de doenças hereditárias, com o fim de tratá-las ou impedir sua transmissão. Para tanto, impõe como condição o consentimento prévio do casal (art. 28). Dotado de maior rigor, o Projeto de Lei n. 90/99, que trata de pesquisa científica, só a permite em embriões inviáveis, que tenham sido abortados espontaneamente depois de transferidos para o útero da mulher, desde que haja autorização expressa dos beneficiários das técnicas (art. 13, § 4º).

Atualmente, a Lei n. 11.105/2005, que dispõe sobre as células-tronco embrionárias, estabelece, em seu artigo 5º, incisos e parágrafos, as condições que devem ser cumpridas para que elas possam ser utilizadas em pesquisa e terapia. Reconhece a lei que a utilização dessas células não se pode dar de forma ilimitada. Para a realização da pesquisa, exige que os embriões sejam inviáveis ou estejam congelados há três anos ou mais da data de sua publicação. Além disso, tipifica como crime a utilização de embrião em desacordo com o disposto no artigo 5º (art. 24) e a prática de engenharia genética em embrião humano (art. 25), punindo, respectivamente, com detenção de um a três anos e multa, e reclusão de dois a cinco anos e multa.

A proteção dos embriões foi consagrada pela Resolução n. 1.358/92, que estabelece que todas as pesquisas terapêuticas neles realizadas não poderão ter outra finalidade que não seja tratar uma doença ou impedir a sua transmissão com garantias reais de sucesso. Determina ainda que as intervenções com fins diagnósticos tenham como objetivo a avaliação da viabilidade ou detecção de doenças hereditárias. Em ambos os casos, é necessário o consentimento do casal.

2.3.2 Congelamento

Freqüentemente, embriões viáveis e sadios não são implantados no útero da mulher que os solicitou. Nesses casos, em regra, eles são crioconservados. Como já concluído em tópico anterior, a crioconservação, hoje em dia, é uma prática lícita no Brasil. Contudo, ela levanta inúmeros questionamentos, uma vez que não há um consenso quanto ao tempo que os embriões podem ficar congelados, nem qual será o seu destino depois de transcorrido o tempo preestabelecido para a sua criopreservação.

O Projeto de Lei n. 2.855/97, ao tratar do assunto, prevê que os embriões serão crioconservados durante o prazo de cinco anos. Passado esse prazo, eles ficarão à disposição dos bancos correspondentes, que deverão descartá-los ou utilizá-los em experimentação (arts. 24 e 25). Em sentido diametralmente oposto, o Projeto de Lei n. 90/99, ao prever no seu artigo 13, parágrafo 1º, que “os embriões devem ser transferidos a fresco” para o organismo da mãe, veda a crioconservação de embriões e, conseqüentemente, impede a existência de embriões excedentes.

Se o Projeto de Lei n. 90/99 for aprovado da forma em que se encontra, haverá uma total limitação à prática de crioconservação de embriões, o que não parece ser o melhor entendimento sobre a matéria. A crioconservação não deve ser vedada, e sim limitada a situações específicas, de forma a não gerar um número exagerado de embriões crioconservados. No entanto, enquanto isso não acontece, vários embriões são congelados nas clínicas de reprodução humana assistida.

Contudo, é de se frisar que, a despeito de não haver uma legislação específica sobre a matéria, os profissionais da saúde e as pessoas que se submetem a essas técnicas não podem olvidar que existem limitações impostas pelo ordenamento jurídico pátrio, desde a proibição de utilização econômica dos embriões, até a limitação de pesquisas, que só devem ser realizadas em benefício do próprio embrião.

2.3.3 Comercialização

No que tange à hipótese de comercializar embriões, a Resolução do Parlamento Europeu, já mencionada, estabelece a proibição do comércio de embriões humanos, fetos e tecidos fetais, sem qualquer exceção.

No Brasil, como analisado anteriormente, ela é totalmente vedada, por força do artigo 199, parágrafo 4º da Constituição Federal. Em consonância com esse entendimento, a Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, na Seção IV (Doação de gametas ou pré-embriões), e os Projetos de Leis ns. 90/99 (art. 7º) e 2.855/97 (art. 9º) prevêm que a doação de embriões nunca terá caráter financeiro. Outro não poderia ser o entendimento, sob pena de se permitir a mercantilização de um ser humano em potencial, o que seria totalmente incompatível com um sistema constitucional que tem como mandamento central a dignidade da pessoa humana.

2.3.4 Doação

Outra solução apresentada para os embriões excedentários é a doação. Esta parece ser uma das melhores opções possíveis, uma vez que assegura o destino natural dos embriões, qual seja, ser implantado no útero de uma mulher para se desenvolver. Não se deve olvidar que devem ser observados os princípios já apontados neste trabalho, quais sejam o anonimato, a gratuidade e o sentimento altruístico.¹⁵³

A doação de embriões está prevista, de acordo com a principiologia apontada, na Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina (Seção IV – Doação de Gametas ou pré-embriões) e nos Projetos de Lei ns. 2.855/97 (art. 9º) e 90/99 (art. 7º).

¹⁵³ Na doutrina, também se fala em adoção pré-natal de embriões *in vitro*, afirmando-se que deve ser aplicada a ela, analogicamente, as disposições do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente que tratam da adoção (Silvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 117 e ss.; Maria Helena Machado, *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*, cit., p. 126 e ss.). Contudo, tendo em vista ainda não haver nascituro, a melhor solução encontrada no ordenamento jurídico é a doação de embriões.

2.3.5 Destruição ou descarte

Por fim, também são apontadas na doutrina como possíveis soluções para a existência de embriões supranumerários a destruição ou o descarte. Essas opções são as mais controversas. Questiona-se se seria possível falar em homicídio nesses casos, ou ainda, mais especificamente, em um novo tipo penal: o “embrionicídio”.¹⁵⁴

Destaque-se que, pelo princípio da legalidade, para que uma conduta seja tida como infração penal, é preciso que esteja prevista na lei, em sentido formal. Ocorre que não há lei tipificando as condutas de destruição e descarte de embriões¹⁵⁵ e, dessa forma, não se reconhece aí um novo tipo penal.

É possível questionar-se acerca da comparação entre o aborto e o descarte de embriões. O crime de aborto é caracterizado pela interrupção da gravidez, a qual só passa a existir a partir da nidação, quando o zigoto é fixado na parede uterina. Tutela-se, nesse tipo penal, a vida intra-uterina¹⁵⁶. Por outro lado, como visto, ao embrião não é reconhecida a qualidade de nascituro. Ainda que se extraísse do ordenamento jurídico, a partir da analogia, esse entendimento, o mesmo não poderia ser estendido para caracterizar o crime de aborto, pois a analogia *in malam partem* é vedada pelo direito penal.¹⁵⁷

Também não seria possível falar em homicídio, pois ainda não houve o nascimento, é dizer, não existe o ser humano nascido de mulher.¹⁵⁸

A despeito de não haver uma previsão legal que caracterize a destruição e o descarte de embriões crioconservados como crime, não parece correto que se aceitem essas condutas sem qualquer restrição. Para que seja uma alternativa possível, é preciso que os

¹⁵⁴ Nesse sentido: Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito ao patrimônio genético*, cit., p. 88; Roberto Wider, *Reprodução assistida: aspectos do biodireito e da bioética*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 108 e ss.

¹⁵⁵ O Código Penal, no artigo 128, tipifica as condutas de interrupção de gravidez. Só é possível falar em gravidez quando há a implantação do óvulo na parede uterina, a denominada nidação (Silmara J. A. Chinelatto de Almeida, *Tutela civil do nascituro*, cit., p. 165). Não havendo ainda gravidez quando se trata de embriões *in vitro*, não é possível falar em crime de aborto.

¹⁵⁶ Julio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, 6. ed., São Paulo: Atlas, 1991, p. 75-78.

¹⁵⁷ Rogério Greco, *Curso de direito penal: parte geral*, 7. ed. rev. e atual., Niterói: Impetus, 2006, v. 1, p. 50-51; Guilherme de Souza Nucci, *Código Penal comentado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 42-44.

¹⁵⁸ Juliana Frozel de Camargo, *Reprodução humana: ética e direito*, cit., p. 189.

embriões sejam inviáveis. É o que se pode extrair da análise do sistema jurídico que protege o patrimônio genético do país, impondo ao Poder Público o dever de preservar-lhe a integridade (art. 225, § 1º, II da CF/88).¹⁵⁹

A Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina adota uma linha mais protetiva, ao proibir a destruição de embriões (Seção V, item 2). No mesmo diapasão, o Projeto de Lei n. 90/99 prevê, no artigo 19, XII, como típica a conduta de descartar embrião antes da implantação no organismo da receptora, fixando pena de reclusão de até três anos e multa. Em sentido contrário, possibilitando o descarte de embriões decorridos cinco anos da crioconservação, o Projeto de Lei n. 2.855/97 (art. 25).

No que concerne à legitimidade para decidir sobre o destino dos embriões excedentes, outro não poderia ser o entendimento, de que cabe aos “pais” – no sentido daqueles responsáveis pelo projeto parental, e não os doadores do material genético – a decisão. Todavia, havendo conflito de interesses entre a decisão dos “pais” e a proteção jurídica dos embriões, deve o juiz decidir fundado na dignidade da pessoa humana, na proporcionalidade e na razoabilidade.¹⁶⁰

2.4 Direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida

A primeira vez que se formulou claramente a idéia de direitos reprodutivos e sexuais foi na Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento, convocada pela ONU, em 1994, e confirmada em 1995 na Conferência Internacional de Pequim, com o seguinte teor: “Os direitos reprodutivos incluem certos direitos humanos que já estão reconhecidos nas leis nacionais, nos documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos pertinentes das Nações Unidas aprovados por consenso. Esses direitos firmam-se no reconhecimento do direito básico de todos os casais e indivíduos a decidir livre e responsabilmente o número de filhos, o espaçamento dos nascimentos e o

¹⁵⁹ Neste sentido: Silvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 106.

¹⁶⁰ Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito ao patrimônio genético*, cit., p. 87.

intervalo entre eles, e a dispor da informação e dos meios para tanto e o direito a alcançar o nível mais elevado de saúde sexual e reprodutiva (...).”¹⁶¹

Para saber se esse direito encontra-se consagrado ou não no ordenamento jurídico pátrio, convém primeiramente fazer uma breve análise do sistema de direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal. O Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, propôs-se a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, reconhecendo a existência de limites à soberania estatal. Destarte, a soberania do Estado brasileiro está submetida a normas jurídicas que devem ter como parâmetro obrigatório os direitos humanos. Não há mais que se falar em uma soberania estatal absoluta, estando permitida a flexibilização e relativização em prol da proteção dos direitos humanos.¹⁶²

A Lei Suprema brasileira, ao determinar, no parágrafo 2º do artigo 5º, que “os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, consagrou o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais. É dizer, permitiu a existência desses direitos positivados em outras partes do texto constitucional, e até mesmo em tratados internacionais. Assegurou também a possibilidade de serem reconhecidos direitos fundamentais não-escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, sendo inaplicável o princípio de hermenêutica *inclusio unius alterius est exclusus*.¹⁶³

Decorrem dessa abertura constitucional os conceitos de direitos fundamentais formalmente constitucionais, direitos fundamentais materialmente constitucionais e direitos apenas formalmente constitucionais. José Joaquim Gomes Canotilho, ao analisar o artigo 16º.1 da Constituição portuguesa¹⁶⁴, afirma que se devem considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais “os direitos equiparáveis pelo seu objecto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais”. Os direitos fundamentais formalmente constitucionais são os enunciados e protegidos por normas com

¹⁶¹ Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, cit., p. 129.

¹⁶² Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, cit., p. 40-41.

¹⁶³ Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 85 e ss.

¹⁶⁴ “Artigo 16º 1 - Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.”

valor formal constitucional. Quanto aos direitos apenas formalmente constitucionais, destaca o autor com precisão que “no plano jurídico-constitucional, trata-se de uma distinção dificilmente compatível com o regime geral dos direitos fundamentais positivamente consagrado”.¹⁶⁵

Constata-se, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, que “o reconhecimento da diferença entre direitos formal e materialmente fundamentais traduz a idéia de que o direito constitucional brasileiro (da mesma forma que o lusitano) aderiu a certa ordem de valores e de princípios, que, por sua vez, não se encontra necessariamente na dependência do constituinte, mas que também encontra respaldo na idéia dominante de Constituição e no senso jurídico coletivo”.¹⁶⁶

O Direito deve ser visto como um sistema uniforme e coeso; nas palavras de Claus-Wilhelm Canaris, “como um sistema adequadamente ordenado, por poucos e alcançáveis princípios”.¹⁶⁷

Destarte, nota-se que, apesar de o direito à reprodução não se encontrar expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, ele pode ser visto como decorrência lógica do sistema constitucional pátrio que, através da “cláusula de abertura” do parágrafo 2º do seu artigo 5º, permite o reconhecimento de direitos implícitos. Ao fixar os direitos fundamentais à liberdade, à saúde e à intimidade, o Texto Constitucional fornece os pilares necessários ao reconhecimento do direito de procriar.

2.4.1 Direito à liberdade

Existe entendimento doutrinário¹⁶⁸ no sentido de que o direito à liberdade abarcaria duas facetas: uma positiva e outra negativa. Na sua acepção positiva, esse direito seria o de participar da autoridade ou do poder. Na sua acepção negativa, consistiria numa

¹⁶⁵ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 445.

¹⁶⁶ Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 94.

¹⁶⁷ Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Tradução de Antônio Menezes Cordeiro, 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 22.

¹⁶⁸ José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 233.

negação à autoridade. No entanto, esses dois aspectos conferidos ao direito à liberdade estão equivocados, pois têm como referência a autoridade.

Uma análise mais precisa desse direito deve considerá-lo sob o prisma de uma coordenação de meios em busca de realização pessoal. O conceito deve ser dado a partir de uma noção de felicidade pessoal. Nas palavras de José Afonso da Silva, “liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”, sendo o direito à liberdade “um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade”.¹⁶⁹

O direito à liberdade é considerado um direito de primeira geração. Os direitos de primeira geração, segundo Paulo Bonavides, “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico. Em outros termos, são direitos de resistência ou de oposição contra o Estado”¹⁷⁰. Segundo Bobbio, o Estado não é mais absoluto, mas sim limitado; não é mais fim em si mesmo, mas um meio para alcançar fins que são postos antes e fora de sua própria existência.¹⁷¹

Dessa forma, é assegurado ao indivíduo o direito de se opor ao Estado, de exigir uma atuação em busca de sua realização pessoal, desde que conforme às regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico da sociedade em que vive. Nessa linha de pensamento, a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 estabelece que “a liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem: assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outros limites senão os que asseguram aos demais membros da sociedade os gozos dos mesmos direitos. Esses limites somente a lei poderá determinar”. E ainda acrescenta: “A lei não pode proibir, senão as ações nocivas à sociedade.”

Pelo exposto, percebe-se que o direito à liberdade, consagrado no artigo 5º, *caput* e inciso II da Constituição Federal, pressupõe que o seu exercício seja responsável diante dos limites impostos pelo convívio social e pela existência dos demais valores e bens

¹⁶⁹ José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 233.

¹⁷⁰ Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 20. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 563-564.

¹⁷¹ Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, cit., p. 29.

jurídicos das outras pessoas. Destaque-se que o mandamento nuclear desse direito é a dignidade da pessoa humana.

2.4.2 Direito à saúde

Ao direito à liberdade, ou seja, direito de busca da própria felicidade, soma-se o reconhecimento, na Constituição, do direito à saúde, como corolário do direito à vida, que, como já analisado, assegura o direito de estar vivo e o direito de viver dignamente. O direito à saúde, não apenas física, mas também mental e psíquica, tem conteúdo diverso para cada indivíduo. De acordo com esse entendimento, a Organização Mundial da Saúde adota em seu preâmbulo um conceito amplo de saúde, ao afirmar que ela consiste no “estado de completo bem-estar, físico, psíquico¹⁷² e social”.

Como direito de segunda geração (dimensão) que é, o direito à saúde determina a passagem das liberdades individuais abstratas para as liberdades materiais concretas, que caminham lado a lado com o princípio da igualdade¹⁷³. Impõe, por outro lado, a adoção de medidas preventivas e reparadoras por parte do Estado brasileiro, mormente diante do disposto no artigo 196 da Constituição Federal, que determina que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

2.4.3 Direito à intimidade

Além dos direitos à liberdade e à saúde, o direito à intimidade é um dos pilares do reconhecimento do direito de procriar. Em que consiste esse direito à intimidade? José Afonso da Silva destaca que quase sempre ele é considerado como sinônimo do direito à privacidade (*right of privacy*). Entretanto, nos termos da Constituição Federal, é plausível

¹⁷² Marina Ribeiro, em estudo de clínica psicanalítica sobre o tema, destaca, com base em diversos estudos, que a infertilidade é caracterizada como doença psiquiátrica (*Infertilidade e reprodução assistida: clínica psicanalítica*, São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004, p. 78 e ss.).

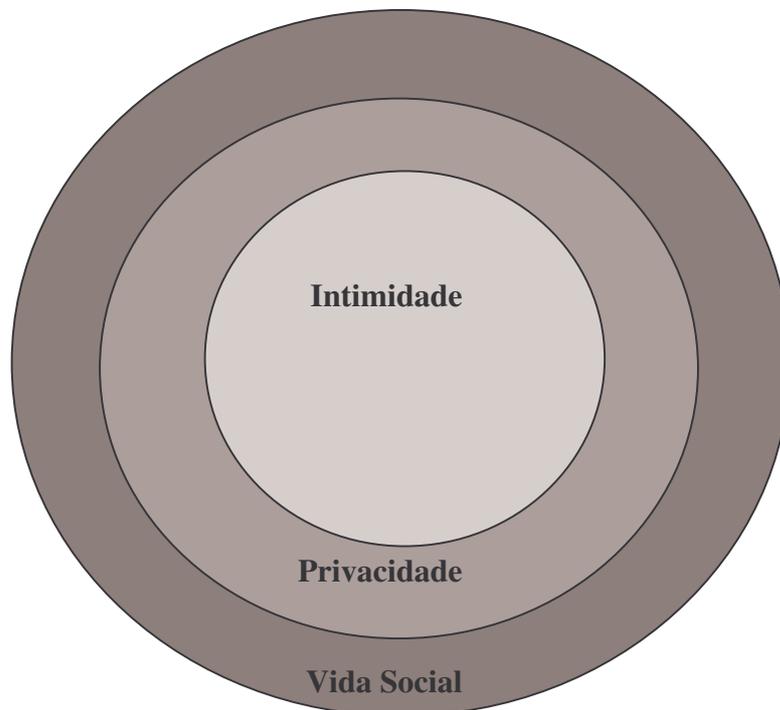
¹⁷³ Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 56 e ss.

fazer uma distinção entre esses dois direitos, uma vez que o inciso X do artigo 5º separa a intimidade de outras manifestações da privacidade: vida privada, honra e imagem das pessoas.¹⁷⁴

De acordo com esse posicionamento, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior afirmam: “Decididamente, o texto constitucional, ao empregar as expressões *intimidade* e *privacidade*, quis outorgar ao indivíduo duas diferentes formas de proteção”.¹⁷⁵

Dessa maneira, o que se extrai da análise da Lei Maior é que a vida do indivíduo não possui somente dois espaços, o público e o privado, havendo neste uma subdivisão entre a intimidade e a privacidade propriamente dita, que graficamente pode ser representada da seguinte forma:

Figura 3 - Intimidade e privacidade¹⁷⁶



¹⁷⁴ José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 206.

¹⁷⁵ Luiz Alberto David Araújo; Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de direito constitucional*, 6. ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 110.

¹⁷⁶ Luiz Alberto David Araújo; Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 111.

O direito à intimidade diz respeito à esfera mais pessoal do indivíduo, mais secreta, que ele pode não querer compartilhar com ninguém, e abrange seus pensamentos, segredos e planos futuros¹⁷⁷. É nessa seara que se encontra o desejo de ser pai ou mãe, na intimidade do indivíduo, que deve ser respeitada.

Dessa forma, o direito à liberdade ao lado dos direitos à saúde e à intimidade constituem bases consistentes do direito de procriar, tendo em vista que, em um dado momento da vida de um indivíduo, a busca da sua felicidade (liberdade) e do seu bem-estar físico e mental (saúde) encontram-se pautados no desejo de ter filhos (intimidade).

De acordo com esse entendimento, em obra sobre o tema, Yolanda Gómez Sánchez defende a existência de um direito de procriar decorrente do sistema constitucional espanhol, lembrando que esse direito não é absoluto, como também não o são os direitos dos quais ele decorre, quais sejam, o direito à intimidade privada, aliado a um direito de liberdade pessoal.¹⁷⁸

No mesmo sentido, Aitzber Emald-Cirión defende a existência do direito fundamental de procriar no ordenamento jurídico espanhol, decorrente dos direitos à liberdade, ao livre desenvolvimento da personalidade, à intimidade e à proteção da saúde. Não obstante, reconhece que não é um direito absoluto, sendo limitado pelo exercício dos próprios direitos e dos direitos dos demais.¹⁷⁹

¹⁷⁷ José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 206.

¹⁷⁸ Nas palavras de Yolanda Gómez Sánchez: “*En el Ordenamiento jurídico español existe un derecho a la reproducción, integrado por una parte en el derecho fundamental a la libertad, con fundamento, además, en el valor libertad, en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad (arts. 1.1 y 10.1 de la Constitución) y, por otra parte, protegido por el derecho a la intimidad personal e familiar (art. 18.1. de la Constitución), que no puede ser restringido arbitrariamente o sin justificación suficiente.*” (No ordenamento jurídico espanhol existe um direito à reprodução integrado em parte pelo direito fundamental à liberdade, com fundamento, ademais, no valor liberdade, na dignidade humana e no livre desenvolvimento da personalidade (arts. 1.1. e 10.1. da Constituição) e, em parte, protegido pelo direito à intimidade pessoal e familiar (arts. 18.1. da Constituição), que não pode ser restringido arbitrariamente e sem justificação). (*El derecho a la reproducción humana*, Madrid: Servicios Publicaciones da Universidad Complutense, 1994, p. 58 – nossa tradução).

¹⁷⁹ Aitzber Emald-Cirión, La responsabilidad de los profesionales sanitarios y el consejo genético, in Salvador Darió Bergel; Nelly Minyersky (Coords.), *Bioética y derecho*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 167.

No ordenamento jurídico pátrio, como mencionado, o reconhecimento dos direitos à liberdade, à saúde e à intimidade constitui uma base sólida e suficiente para se defender a existência de um direito à procriação. Ocorre que a Lei Superior foi além, e previu, no artigo 226, *caput*, que a família é a base da sociedade, gozando de especial proteção por parte do Estado, determinando, no parágrafo 7º desse mesmo artigo, o direito a um planejamento familiar fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.¹⁸⁰

O artigo 226, parágrafo 7º da Constituição Federal foi regulamentado pela Lei n. 9.263/96 que, no seu artigo 1º, prevê o planejamento familiar como direito de todo cidadão e o define como “conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

Apesar dessa lei não haver previsto de forma expressa o direito às técnicas de reprodução humana assistida, este se encontra implícito no seu artigo 9º, que determina que “serão oferecidos (pelo SUS), para o exercício do direito ao planejamento familiar, a utilização de todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e saúde das pessoas”.¹⁸¹

Com a consagração do direito ao planejamento familiar pela Constituição Federal, e sua regulamentação pela Lei n. 9.263/96, o ordenamento jurídico pátrio deu ao homem e à mulher a titularidade dos direitos reprodutivos. Por conseguinte, fica a cargo do casal planejar sua família, decidindo se terão ou não filhos, em que número, e qual a diferença de idade entre eles¹⁸². E é na titularidade dos direitos reprodutivos que está inserido o direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

¹⁸⁰ O direito ao planejamento familiar por livre decisão do casal se encontra fundamentado também no artigo 1.565, parágrafo 2º do Código Civil, onde está fixado o dever do Estado de propiciar os recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedada qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

¹⁸¹ Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 106-107.

¹⁸² Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 106.

De acordo com Olga Jubert Gouveia Krell, o direito de planejamento familiar possui dois aspectos: por um ângulo, constitui-se no direito de utilizar os meios de contracepção e esterilização; por outro, assegura o direito de procriar artificialmente com fins terapêuticos, uma vez que o direito de planejamento familiar está intimamente ligado às funções humanas reprodutivas, que abrangem tanto o direito à contracepção, quanto o direito a concepção, seja ela natural ou artificial.¹⁸³

Assim, o direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida está implícito no sistema normativo pátrio, pois sendo a reprodução juridicamente tutelada, não se pode discriminar a procriação carnal da procriação assistida, com o fim de qualificar aquela como direito fundamental e esta não. Destaque-se que é um direito dotado de grande força, uma vez que como direito fundamental que é, não se admite reforma da constitucional tendente a suprimi-lo (art. 60, § 4º da CF).¹⁸⁴

2.4.4 Limites imanentes ao direito à utilização das técnicas de reprodução assistida

Reconhecido o direito à utilização das técnicas de procriação assistida, importante lembrar que ele não é aceito de forma pacífica na doutrina. Alguns autores defendem que a procriação artificial é inaceitável enquanto existirem crianças abandonadas aptas à adoção¹⁸⁵. Eduardo de Oliveira Leite afirma que enfrentar o tema dessa forma implica em fazer confusão de conceitos. Segundo o autor, a adoção não tem, e não pode ter, a prerrogativa de afastar o direito de ter filhos, devendo a sociedade se solidarizar com os casais que procuram suplantar o obstáculo da esterilidade. Nas suas palavras, “o direito de procriar é um direito de foro íntimo e nada tem a ver com a questão social da adoção”¹⁸⁶.

¹⁸³ Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 107.

¹⁸⁴ Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*, cit., p. 713; Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 102-121.

¹⁸⁵ Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, cit., p. 138; Juliana Frozel de Camargo, *Reprodução humana: ética e direito*, cit., p. 144.

¹⁸⁶ Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, cit., p. 138 e ss.

Não é possível dizer que a procriação artificial é fruto de um desejo egoísta¹⁸⁷, e fazer afirmação desse tipo é tentar justificar a omissão do Estado na solução de problemas do abandono do menor, jogando a responsabilidade sobre os ombros do particular.

No contexto internacional, por força das declarações universais e convenções internacionais de direitos humanos, há o reconhecimento do direito da pessoa constituir família e, inserido nele, o direito à procriação. Nascer, desse modo, duas correntes quanto ao direito de utilização das técnicas de procriação assistida: a primeira defende que seria intolerável a ingerência na relação íntima do ser humano ao utilizar seu próprio corpo¹⁸⁸, podendo o indivíduo exercer esse direito com total liberdade, corrente dominante nos Estados Unidos. E a segunda, que tem predominância na Europa, afirma que a intervenção do Estado é autorizada pela transcendência da matéria, cabendo a fixação de regras jurídicas precisas para regulamentação da utilização dessas técnicas.¹⁸⁹

No ordenamento jurídico pátrio, o exercício do direito de utilizar as técnicas de reprodução assistida não pode se dar de forma indiscriminada. Como os demais direitos fundamentais consagrados no sistema constitucional, esse direito não é absoluto e ilimitado. A partir da análise do artigo 226, parágrafo 7º da Constituição Federal, percebe-se que esse direito encontra limitação direta nos princípios da paternidade responsável, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança (art. 227, *caput* da CF).

Cabe frisar que o termo “paternidade responsável” pode levar a uma idéia equivocada quanto ao alcance desse princípio, fazendo parecer que ele diz respeito apenas à paternidade, não abrangendo a maternidade, razão pela qual Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹⁹⁰ adverte que o termo correto é “parentalidade responsável”, expressão que abarca não apenas o homem, mas também a mulher. Esse entendimento mais abrangente decorre do princípio constitucional da isonomia.

¹⁸⁷ Em sentido contrário: José de Oliveira Ascensão, Problemas jurídicos da procriação assistida, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 328, p. 70 e 94, out./dez. 1994. O autor entende que o direito de procriar deve ser visto com especial cautela, por muitas vezes caracterizar um direito egoísta que não interessa à sociedade. Acrescenta que afirmar a existência de um direito à procriação é contraditório, pois a natureza desmente essa afirmação, através da esterilidade.

¹⁸⁸ Esse direito é conhecido no ordenamento anglo-saxônico como *right of privacy* ou *right to be let alone*, conforme os ensinamentos de Olga Jubert Gouveia Krell (*Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 113).

¹⁸⁹ Roberto Wider, *Reprodução assistida: aspectos do biodireito e da bioética*, cit., p. 64-65.

¹⁹⁰ Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*, cit., p. 452.

O princípio da parentalidade responsável consagra os deveres dos pais para com os filhos decorrentes do exercício dos direitos reprodutivos – mediante conjunção carnal ou utilização das técnicas de reprodução humana assistida. O exercício dos direitos reprodutivos faz nascer uma responsabilidade social e individual perante a prole, que demanda um planejamento parental responsável.

A limitação direta ao direito de utilizar as técnicas de reprodução assistida é dada, também, como visto, pelo princípio do melhor interesse da criança, positivado na Constituição Federal, no artigo 227, *caput*, que determina deverem as crianças e adolescentes ter seus direitos assegurados com absoluta prioridade, e impõe também o dever de preservação dos direitos das crianças e adolescentes, em detrimento dos interesses dos adultos.

Ao lado dos princípios da “parentalidade” responsável e do melhor interesse da criança, destaca-se o da dignidade da pessoa humana como o núcleo do ordenamento jurídico pátrio, como princípio unificador e centralizador de todo o sistema normativo, seja no âmbito interno, seja no internacional¹⁹¹. Nota-se que esses princípios devem não apenas nortear, mas determinar o conteúdo do direito à reprodução e a utilização das técnicas de procriação assistida, impondo, desta feita, o respeito não só aos interesses do casal ou da mulher quando no exercício do direito à procriação assistida, mas também ao da criança.

Na análise de um caso concreto para determinar se haverá o direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida ou não, é preciso que os princípios que o circundam sejam sopesados, a fim de que se reconheça qual deles prevalecerá. Para tanto, é necessário que se estabeleça a distinção entre princípios e regras e se fixem os mecanismos de solução de conflitos entre eles.

Na acepção clássica, os princípios são mandamentos nucleares do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico¹⁹². Karl Larenz define os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida que

¹⁹¹ Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, cit., p. 31.

¹⁹² Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 21. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 299.

estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento¹⁹³. Os princípios são pensamentos diretivos de uma regulação jurídica, mas não regras suscetíveis de aplicação, uma vez que lhes falta o caráter formal de proposições jurídicas, isto é, a conexão entre uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica. A transformação dos princípios em regras exige um processo de concretização e de aperfeiçoamento, em parte pela legislação, em parte pela jurisprudência.¹⁹⁴

Claus-Wilhelm Canaris destaca que devido ao conteúdo axiológico dos princípios, eles carecem de concretização e recebem seu conteúdo de sentido apenas por meio de um processo dialético de complementação e limitação. Os princípios valem sem exceção e podem entrar em conflito entre si. Precisam, para a sua realização, de uma concretização por intermédio de subprincípios e valores singulares.¹⁹⁵

Ronald Dworkin, por outro lado, afirma que a principal distinção entre princípios e regras é de caráter lógico¹⁹⁶, e é reconhecida através dos mecanismos de aplicação. Para ele, as regras são reguladas pelo modo tudo ou nada (*all-or-nothing*), enquanto os princípios devem ser analisados a partir de uma dimensão de peso (*dimension of weight*). Portanto, os princípios possuem fundamentos que devem ser conjugados com os de outros princípios, não prevalecendo um sobre o outro, determinando-se no caso concreto a forma correta de aplicação. As regras, em contrapartida, presentes os pressupostos fáticos que autorizam a sua incidência, ou são aplicadas, ou são consideradas inválidas.¹⁹⁷

Nas palavras de Ronald Dworkin, “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra, freqüentemente, será

¹⁹³ Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, Tradução de José Lamego, 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 464 e ss. Nesse sentido, ver: Humberto Ávila, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 35-36.

¹⁹⁴ Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 599.

¹⁹⁵ Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 88.

¹⁹⁶ Nesse sentido: Daniel Sarmento, Critérios de resolução das tensões entre princípios constitucionais: ponderação de bens, in Ricardo Lobo Torres (Org.), *Teoria dos direitos fundamentais*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 52.

¹⁹⁷ Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42.

objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é”¹⁹⁸. Continua o autor, afirmando que “as regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são *funcionalmente* importantes ou desimportantes. Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior”¹⁹⁹.

No mesmo sentido, sem discordar em essência de Ronald Dworkin²⁰⁰, Robert Alexy defende que a distinção entre regras e princípios deve ser baseada em dois fatores: 1) diferença quanto à colisão – enquanto a colisão entre regras é solucionada pela invalidade de uma delas, a colisão entre princípios é solucionada pela limitação dos princípios colidentes; 2) diferença quanto à obrigação que instituem – as regras instituem obrigações absolutas, na medida que não são superadas por normas contrapostas, já os princípios instituem obrigações *prima facie* que podem ser superadas ou derogadas em função de outros princípios colidentes. Para o autor, os princípios são mandados de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Normativas porque a aplicação de um determinado princípio depende dos princípios e regras que a ele se contrapõem, e fáticas porque o conteúdo dos princípios como norma de conduta só pode ser determinado quando se está diante dos fatos.²⁰¹

É a partir da técnica de ponderação de bens que é possível, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, solucionar conflitos entre princípios constitucionais. Ao utilizar esse mecanismo de decisão, o aplicador do direito deverá verificar, no caso concreto, se os bens em jogo encontram-se tutelados por diversos princípios; em seguida, realizar as ponderações necessárias e fixar no caso dado o real alcance que cada princípio

¹⁹⁸ Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, cit., p. 42.

¹⁹⁹ Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, cit., p. 43.

²⁰⁰ Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, cit., p. 23-50. Nesse sentido, ver: Daniel Sarmiento, *Crítérios de resolução das tensões entre princípios constitucionais: ponderação de bens*, cit., p. 53.

²⁰¹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

terá²⁰². Essa ponderação de bens deve ser feita a partir da aplicação dos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição do excesso, que determinam a forma de aplicação das regras e dos princípios.²⁰³

Na concepção do chamado pós-positivismo que caracteriza o Estado constitucional atual, exige-se do juiz uma postura mais ativa, de modo que cabe a ele compreender as particularidades dos casos concretos e encontrar, a partir da análise da norma geral e abstrata e dos princípios que permeiam o sistema normativo, uma solução para o caso concreto que esteja de acordo com as disposições e princípios constitucionais, bem como com os direitos fundamentais.²⁰⁴

Destarte, é diante do caso concreto que é determinada a forma de aplicação dos princípios que convergirem para uma dada situação fática. Em consequência, o real alcance do direito fundamental à utilização das técnicas de reprodução assistida só terá seu conteúdo e abrangência determinados diante de um caso concreto, a partir das limitações impostas pelos princípios da parentalidade responsável, do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana, verdadeiros mandados de otimização que impõem que seja alcançado o melhor resultado possível para a situação fática.

No direito comparado, compartilha de tal entendimento Yolanda Gómez Sánchez que, como mencionado, reconhece a existência de um direito à reprodução humana assistida no direito espanhol, lembrando, contudo, que esse direito não pode ser exercido

²⁰² Daniel Sarmiento, Critérios de resolução das tensões entre princípios constitucionais: ponderação de bens, cit., p. 56.

²⁰³ Adota-se a distinção feita por Humberto Ávila entre princípios, regras e postulados (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 122 e ss.). Nas palavras do autor: “As normas de segundo grau redefinidas como postulados normativos aplicativos diferenciam-se das regras e dos princípios quanto ao nível e quanto à função. Enquanto os princípios e as regras são objetos da aplicação, os postulados estabelecem os critérios de aplicação dos princípios e das regras. E enquanto os princípios e as regras servem de comandos para determinar condutas obrigatórias, permitidas e proibidas, ou condutas cuja adoção seja necessária para atingir fins, os postulados servem como parâmetros para a realização de outras normas” (Ibidem, p. 125). Os postulados apontados por Humberto Ávila são três: proporcionalidade, razoabilidade e proibição de excesso. Cabe frisar que não é possível confundir um postulado com um princípio ou com uma regra.

²⁰⁴ Fredie Didier Junior, *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, 3. ed., Salvador: Juspodivm, 2007, v. 1, p. 65.

de forma ilimitada. Em suas palavras: “Devemos aceitar que tal direito à reprodução não é absoluto, como tampouco o são aqueles dos quais deriva ou em que tem sua origem.”²⁰⁵

As limitações decorrentes da convivência de princípios diversos, impostas pelo sistema normativo constitucional, levam Guilherme Calmon Nogueira da Gama a afirmar que se um casal pode se submeter às técnicas de reprodução homóloga, não poderá utilizar-se das técnicas heterólogas. Essa linha de pensamento é seguida pelo direito francês, no qual a assistência médica para a reprodução artificial com gametas de doadores só deve ser utilizada em última hipótese, quando os procedimentos que utilizem o material genético do próprio casal não atingirem o resultado pretendido²⁰⁶. Ainda de acordo com a experiência francesa, o direito de utilização das técnicas de procriação artificial deve ser reconhecido apenas na impossibilidade de procriação carnal, salvo para evitar transmissão de doenças genéticas.

No mesmo diapasão, a Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina estabelece que as técnicas de reprodução humana assistida devem ser utilizadas apenas nos casos em que outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da infertilidade (item 1 da Seção I) e “desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou seu descendente”. De acordo com essa determinação, o Projeto de Lei n. 2.855/97, no artigo 2º, repete as disposições da Resolução. Ainda no mesmo tom o Projeto de Lei n. 90/99 dispõe que essas técnicas serão permitidas “nos casos em que se verifique infertilidade e para a prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo”.

Além do mais, as limitações ao direito de procriar artificialmente decorrem da condição do embrião, que a despeito do reconhecimento ou não de sua personalidade jurídica pelo ordenamento jurídico brasileiro, não pode ser tratado como coisa, visto constituir um ser humano em potencial, sendo assegurada a sua proteção pelo sistema normativo nacional.

²⁰⁵ No original: “*Debemos aceptar que tal derecho a la reproducción no es absoluto, como tampoco lo son aquellos de los que deriva o en los que tiene su origen.*” (Yolanda Gómez Sánchez, *El derecho a la reproducción humana*, cit., p. 59 – nossa tradução).

²⁰⁶ Nesse sentido é o artigo L. 152-6 do Código de Saúde Pública francês (Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*, cit., p. 140).

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana, como princípio unificador de todo o sistema normativo, ao lado do princípio da paternidade responsável, impõe a utilização das técnicas de procriação artificial de forma a não prejudicar o melhor interesse da criança e a dignidade, não apenas dos homens e mulheres que se submeterão a essas técnicas, mas especialmente da criança que nascerá.

2.4.5 Direito das mulheres solteiras e dos parceiros homossexuais

Questão que se impõe é saber se às pessoas solteiras e aos homossexuais também é assegurado o direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida. Na França, o acesso das pessoas sozinhas e dos casais formados por pessoas do mesmo sexo às técnicas de reprodução humana assistida é totalmente vedado.²⁰⁷

Por outro prisma, na legislação espanhola sobre o assunto (Lei n. 35/98), não há um reconhecimento expresso no sentido de a mulher solteira poder utilizar as técnicas de reprodução humana assistida para procriar. Não obstante, o artigo 6.1 estabelece que toda mulher pode optar por essas técnicas, desde que seja maior de dezoito anos e tenha consentido com o tratamento de forma livre e por escrito. O diploma legal não menciona a necessidade de ela ser casada ou viver em regime de união estável. Em seguida, no artigo 6.3, afirma que se a mulher estiver casada, necessitará do consentimento expresso do marido, salvo se estiver divorciada ou separada de fato ou por mútuo acordo²⁰⁸. A interpretação desses artigos leva ao entendimento de que a lei espanhola reconhece o direito da mulher sozinha submeter-se a essas técnicas.

Note-se que essa interpretação não é pacífica na doutrina da Espanha: os que entendem pela existência de um direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida, fundado em um direito de procriar, defendem a possibilidade de a mulher sozinha

²⁰⁷ Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, cit., p. 230.

²⁰⁸ Ley 35/1998: “Artículo 6.3 - Si estuviere casada, se precisará además del consentimiento del marido, con las características expresadas en el apartado anterior, a menos que estuvieren separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.”

utilizar esses procedimentos; os que não reconhecem o direito à reprodução afirmam que a mulher sozinha não pode utilizar esses métodos de procriação.²⁰⁹

O Relatório de Warnock reconhece o direito de homens e mulheres solteiros recorrerem à procriação artificial, com base no princípio da igualdade dos sexos, mas conclui que é “preferível que as crianças nasçam em uma família composta de dois pais, o pai e a mãe, mesmo se admitindo que é impossível prever com certeza a duração dessa relação”.

No Brasil, a Constituição Federal, no artigo 226, parágrafo 4º, prevê a proteção da família monoparental, ou seja, a formada por um dos pais e seus descendentes. A Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, ao fixar os usuários das técnicas de reprodução assistida, dispõe que “toda mulher capaz nos termos da lei pode se submeter às técnicas de reprodução medicamente assistida, desde que concorde de forma livre e consciente com o tratamento” (Seção II, item 1). O Projeto de Lei n. 2.855/97 prevê que toda mulher capaz, independentemente do estado civil, poderá utilizar esses métodos (art. 4º). No mesmo sentido, o Projeto de Lei n. 90/99 permite que toda mulher capaz se submeta a essas técnicas (art. 2º, inc. II).

Apesar da proteção constitucional à família monoparental (art. 226, § 4º da CF), parcela significativa da doutrina pátria e estrangeira entende pela impossibilidade de a mulher solteira se submeter às técnicas de reprodução humana assistida²¹⁰. Esse entendimento é baseado no princípio do melhor interesse da criança, também previsto constitucionalmente (art. 227 da CF), que asseguraria o direito que toda criança tem à biparentalidade.

Eduardo de Oliveira Leite defende que o interesse da criança impõe o seu nascimento em um lar onde exista uma relação heterossexual, não se limitando àquelas pessoas casadas formalmente, mas aos casais que vivem de forma estável e afetuosa.

²⁰⁹ Luis González Morán, Aspectos jurídicos de la procreación asistida, cit., p. 140.

²¹⁰ Entendem dessa forma: Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, cit., p. 513 e ss.; Maria Helena Machado, *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*, cit., p. 122-126; Sílvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 86-87.

Limitar esse direito ao estatuto do casamento, segundo o autor, seria ir de encontro ao texto constitucional brasileiro.²¹¹

Por outro lado, Guilherme Calmon Nogueira da Gama entende que é perfeitamente viável e factível que uma pessoa sozinha comprove ter condições de respeitar efetivamente todos os princípios disciplinadores do direito à procriação artificial, e, se comprovar a sua infertilidade, poderá ter acesso às técnicas de reprodução assistida. Afirma o autor que essa possibilidade pressupõe a existência de um projeto parental que, segundo ele, deveria ser submetido à valoração judiciária, que já é exigida na legislação francesa. Destaca ainda que essa permissão deve ser excepcional. Por essa razão, faz uma crítica à legislação espanhola, que trata de maneira igual a mulher sozinha e as que vivem em conjugalidade.²¹²

Olga Jubert Gouveia Krell, no mesmo sentido, ao discutir o assunto, afirma que é preciso atentar antes de tudo para o respeito aos princípios da paternidade responsável e do melhor interesse da criança. Admite a autora que uma pessoa solteira possa demonstrar que tem as condições de sozinha ofertar à criança não apenas apoio econômico, mas, especialmente, um apoio afetivo, elemento essencial ao desenvolvimento de uma relação familiar saudável.²¹³

Com efeito, parece ser de bom alvitre reconhecer a uma mulher solteira o direito de utilizar técnicas de reprodução humana assistida. Para tanto, ela deve comprovar a necessidade de se submeter a esses tratamentos, por ser estéril. E, ainda mais importante, é mister que ela demonstre possuir um projeto parental adequado capaz de assegurar o desenvolvimento sadio de uma criança.

Assim, o reconhecimento ou não do direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida por uma mulher solteira deve ser feito no caso concreto, e não de forma livre, como determina a Resolução do Conselho Federal de Medicina,

²¹¹ A Constituição Federal prevê no artigo 226 que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado: (...) § 3º - para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

²¹² Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*, cit., p. 721 e ss.

²¹³ Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 118.

conforme os ditames constitucionais e de acordo com a já mencionada ponderação de bens²¹⁴. Esse direito não é absoluto e encontra limitações em outros direitos e princípios constitucionais, como a necessidade de existência de um projeto parental responsável, o respeito ao melhor interesse da criança e a dignidade da pessoa humana.

No que concerne à possibilidade de casais homossexuais se submeterem às técnicas de procriação artificial, a questão é ainda mais complexa. O estudo do tema deve passar pela abordagem dada pela doutrina e jurisprudência à adoção por casais homoafetivos, em razão dessa matéria ser mais analisada no cenário jurídico nacional.

Ao analisar a adoção de crianças por casais homoafetivos, o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos cita diversos autores, tais como João Baptista Villela, Françoise Héritier, Stéphane Nadaud, Fiona L. Tasker, Susan Golombok, Frias Navarro, Pascual Llobell e Monterd Bort, que são unânimes em afirmar que os estudos especializados não indicam qualquer inconveniente em crianças serem adotadas por casais homossexuais, destacando que mais importa a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar. Destaca o desembargador que “é hora de abandonar de vez os preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e adolescentes (art. 227 da CF)”.²¹⁵

Diogo de Calasans Melo Andrade²¹⁶ afirma que os princípios da igualdade e da liberdade consagrados constitucionalmente impõem a não-discriminação em relação à orientação sexual, cabendo a cada um optar com quem se relacionar. Com o princípio jurídico da afetividade, tornou-se possível o reconhecimento das relações homoafetivas como entidades familiares²¹⁷. Sustenta o autor a possibilidade de pares do mesmo sexo adotarem, desde que preenchidos os requisitos legais e procedimentais.²¹⁸

²¹⁴ Defende-se a necessidade de serem feitas análises de diversas áreas para que seja reconhecido esse direito à mulher solteira, desde uma avaliação psicológica, até um estudo por assistente social.

²¹⁵ TJRS – AC n. 70013801592, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos (Heveraldo Galvão, Adoção por casal formado por pessoas do mesmo sexo. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese, IBDFAM, v. 8, n. 40, p. 73-85, fev./mar. 2007).

²¹⁶ Diogo de Calasans Melo Andrade, Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais, *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese, IBDFAM, v. 7, n. 30, p. 120, jun./jul. 2005.

²¹⁷ Desde que demonstradas a afetividade, a estabilidade e a ostensividade da relação homossexual.

²¹⁸ Diogo de Calasans Melo Andrade, Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais, cit., p. 121.

Da mesma forma, Heveraldo Galvão afirma que a concepção sócio-jurídica de família mudou. Deve ser dado idêntico tratamento às uniões entre pessoas de sexos diferentes e pessoas do mesmo sexo, sendo possível reconhecer em tese a possibilidade de casais homoafetivos adotarem.²¹⁹

A Desembargadora Maria Berenice Dias, na apelação mencionada, lembra que a Justiça tem por finalidade julgar os fatos da vida²²⁰, e não é possível fechar os olhos para a existência de pessoas do mesmo sexo que convivem afetuosamente.

O Ministro Celso de Mello, instado a se pronunciar sobre o tema da união estável entre pessoas do mesmo sexo, afirmou: “Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria – cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental –, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto à proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas.”²²¹

²¹⁹ Heveraldo Galvão, Adoção por casal formado por pessoas do mesmo sexo, cit., p. 93.

²²⁰ Diogo de Calasans Melo Andrade, Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais, cit., p. 89.

²²¹ STF – ADI n. 3.300 MC/DF, 2ª Turma, *Informativo STF* n. 414, disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo414.htm>>, acesso em: 25 out. 2007.

Todavia, cabe frisar o argumento de autores como Maria Helena Machado, que se coloca contra a utilização dessas técnicas por pessoas que não sejam casais heterossexuais. Afirma a autora que não há como comparar a adoção com a procriação assistida. No primeiro caso, trata-se de crianças já nascidas, que não têm quem as crie ou se responsabilize por sua educação. Não é possível, portanto, igualar essa situação com a permissão de serem geradas crianças sem que se respeite o seu direito de ter um pai e uma mãe.²²²

A alegação da autora não pode ser ignorada. É verdade que se trata de situações distintas: na adoção, atende-se à necessidade de uma criança ser acolhida por uma família; na reprodução assistida, busca-se satisfazer o direito à reprodução. De um lado, protege-se um direito que tem repercussão social e cunho solidário; do outro, um direito que está mais afeto à esfera privada, à liberdade, à saúde e à intimidade de cada um.

No entanto, o fato de serem direitos diferentes que se pretende tutelar não justifica por si só o reconhecimento de um e a exclusão do outro, ambos são reconhecidos pelo ordenamento jurídico pátrio e regidos pelos mesmos princípios. Portanto, diante dos direitos à igualdade, à liberdade, à saúde e à intimidade, e tendo em vista a possibilidade, pelo menos em tese, de ser demonstrado por pessoas homossexuais a capacidade de desempenharem um projeto parental adequado ao melhor interesse da criança, não deve ser afastado peremptoriamente o direito dessas pessoas se submeterem às técnicas de reprodução humana assistida.

Em linha de pensamento similar, Olga Jubert Gouveia Krell destaca que a discussão sobre o tema ainda se encontra num estado incipiente, não devendo desde logo ser proibido aos homossexuais o acesso às técnicas de procriação assistida. Contudo, como bem ressalta a autora, ainda faltam dados científicos expressivos que permitam uma tomada de decisão definitiva.²²³

Em conclusão, cabe anotar que, de fato, não há mais como o direito fechar os olhos a essa realidade social, qual seja, a união afetiva e duradoura entre pessoas do

²²² Maria Helena Machado, *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*, cit., p. 124.

²²³ Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 119.

mesmo sexo. Diante dessa realidade inegável e com base na isonomia, caberia vislumbrar a possibilidade de utilização das técnicas de procriação artificial por casais homossexuais, com base nos mesmos fundamentos enumerados pela doutrina para o reconhecimento do direito de pares do mesmo sexo adotarem filhos.

2.5 As técnicas de reprodução humana assistida e os novos modelos de filiação

A evolução das técnicas de reprodução humana assistida levou à superação do modelo tradicional de filiação como paradigma para resolver todas as questões jurídicas emergentes. É preciso que se estabeleça um novo modelo jurídico de maternidade, paternidade e filiação, especialmente em decorrência das técnicas heterólogas.

As técnicas homólogas, em regra, não trazem maiores problemas quanto à filiação, uma vez que nesses casos o material biológico é do casal que deseja ter um filho e não é capaz de fazê-lo pelos meios naturais. Nessa modalidade de reprodução assistida, há coincidência entre a maternidade e a paternidade biológica e afetiva. O casal se encontra unido pelo desejo de ter um filho. Mister ressaltar que exige-se o consentimento expresso do casal para se proceder à realização dessas técnicas. Nesse sentido a Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina (item 3 da Seção I) e os Projetos de Lei ns. 2.855/97 (art. 5º) e 90/99 (art. 4º), que determinam a obrigatoriedade do consentimento informado.²²⁴

Assim é que o Código Civil previu, no artigo 1.597, incisos III e IV, que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga ou decorrentes da gestação de embriões concebidos com o sêmen e óvulo do casal.

Apesar de não haver maiores controvérsias quanto à filiação nas técnicas homólogas, há uma polêmica na doutrina nacional e internacional quanto à possibilidade

²²⁴ O Projeto de Lei n. 90/99 prevê como crime a conduta de não obtenção do consentimento informado livre e esclarecido dos beneficiários e dos doadores, estabelecendo pena de detenção de 1 a 3 anos e multa (art. 19, II).

de se realizar inseminação artificial homóloga *post mortem*. Devido à evolução das técnicas de reprodução humana assistida, com o surgimento da técnica de criopreservação de espermatozoides, é possível que um ser humano nasça depois do falecimento dos seus progenitores biológicos. Tal fato leva a inúmeras indagações e perplexidades jurídicas.

Stela Marcos de Almeida Neves Barbas²²⁵ ensina que há três interpretações admissíveis quanto à inseminação *post mortem*: permitir a utilização da técnica com a ressalva de que as crianças nascidas em decorrência desse processo ficam privadas de todos os direitos sucessórios²²⁶; permitir esse procedimento, sob a condição de a criança nascida ter direitos sucessórios em relação aos bens, como se tivesse nascido durante a vida do marido ou companheiro da mãe; proibição total da inseminação *post mortem*.

A maioria dos países condena a inseminação *post mortem*, sendo que as leis alemã e sueca a proíbem. Nos países de direito costumeiro, como Espanha, Inglaterra e Israel, esse tipo de inseminação é permitido, desde que observadas certas condições²²⁷. A Lei portuguesa n. 32/2006 proíbe essa espécie de inseminação (art. 22º/1), mas permite a transferência de embriões, desde que haja um projeto parental claramente estabelecido por escrito (art. 22º/3).

No Brasil, o Projeto de Lei n. 90/99 prevê, no artigo 15, inciso III, a possibilidade de utilização de gametas após a morte do doador, desde que haja manifestação expressa em documento de consentimento livre e esclarecido ou em testamento. O Projeto de Lei n. 2.855/97, por sua vez, não dispõe sobre a inseminação *post mortem*.

Enquanto não é aprovada uma lei sobre as técnicas de reprodução assistida, questiona-se se o artigo 1.597, inciso III do Código Civil permite a inseminação *post mortem*, ao prever que “se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”.

²²⁵ Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito ao património genético*, cit., p. 130.

²²⁶ Nesse sentido o Relatório de Warnock e o artigo 9º da Lei espanhola n. 35/1998.

²²⁷ Sílvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 74.

Silvia da Cunha Fernandes²²⁸ defende a incompatibilidade do dispositivo com o ordenamento jurídico brasileiro. Alega que a norma permissiva da inseminação *post mortem* é incompatível com o sistema do Código Civil, pois o direito de ser pai se extinguiria com a morte, momento em que termina a personalidade jurídica (art. 6º). Ademais, questiona como ficariam os direitos sucessórios da criança, tendo em vista a previsão do artigo 1.798 do Código Civil, de que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.²²⁹

Esse dispositivo, note-se, deve ser interpretado não como um permissivo da inseminação *post mortem*, e sim no sentido de assegurar a presunção de paternidade aos filhos nascidos por essas técnicas, independentemente do consentimento do marido ou companheiro, mesmo que seja reconhecida essa prática como ilícita.²³⁰

Nesse diapasão, Guilherme Calmon Nogueira da Gama destaca que “a cláusula *mesmo que falecido o marido* deve ser interpretada tão-somente para fins de estabelecimento da paternidade, observado o prazo-limite de trezentos dias da morte do ex-marido. Na eventualidade do nascimento ocorrer além do prazo de trezentos dias da morte do marido, também deverá ser presumida a paternidade, mas tal não significa que a prática de inseminação ou fertilização *in vitro post mortem* seja autorizada ou estimulada no direito brasileiro, especialmente em razão dos efeitos deletérios que se poderão produzir relativamente à criança, inclusive sob o aspecto patrimonial”.²³¹

Argumenta-se que restaria contraditório e feriria a isonomia fundamentar a impossibilidade de inseminação *post mortem* no direito à biparentalidade, uma vez que é reconhecido o direito de uma mãe solteira submeter-se às técnicas de reprodução assistida, desde que demonstre possuir um projeto parental capaz de assegurar o desenvolvimento sadio de uma criança. Por conseguinte, se a viúva demonstrar ter condições para desempenhar bem o seu projeto parental, deve ser-lhe reconhecido o direito de realizar a

²²⁸ Silvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 76.

²²⁹ Também defendem a ilicitude dessa prática: Maria Helena Machado, *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*, cit., p. 106-109; Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 191

²³⁰ Nesse sentido: Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*, p. 53; Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 191.

²³¹ Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*, cit., p. 733.

inseminação com o sêmen do seu marido falecido, com a ressalva de que ele tenha consentido antes do seu falecimento.

Todavia, a ilicitude dessa conduta encontra seu fundamento não no direito à biparentalidade, como pretendem alguns, mas em outras limitações impostas pelo ordenamento jurídico nacional, como no próprio fim a que se vincula a procriação humana assistida. Como mencionado várias vezes neste trabalho, o reconhecimento da licitude das técnicas de procriação medicamente assistida está associado à sua utilização como terapêutica à infertilidade. A permissão da inseminação *post mortem* em mulheres férteis que apenas desejam perpetuar na criança os genes da pessoa falecida foge totalmente à finalidade da reprodução assistida.

Ademais, o sistema normativo pátrio não reconhece expressamente direitos sucessórios às crianças advindas desse método de procriação. Pelo contrário, reconhece esse direito tão-somente às pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Daí a prática da inseminação *post mortem* não poder ser considerada legítima nem lícita no direito brasileiro, especialmente por violar o disposto no artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal²³². Por sua vez, reconhecer direitos sucessórios de forma indiscriminada a essas crianças e permitir que se faça esse tipo de inseminação pode levar à mercantilização desse procedimento, quando o objetivo da técnica será gerar uma criança para que ela possa herdar bens e direitos do *de cuius*.

Vale ressaltar que mesmo reconhecida a ilicitude dessa modalidade de inseminação, a criança que venha a nascer desse procedimento não pode ser prejudicada, devendo-lhe ser reconhecida a qualidade de filho do *de cuius*, sendo-lhe assegurados todos os direitos sucessórios²³³ que ainda possam ser partilhados no momento do seu nascimento, em observância ao artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal, segundo o qual as

²³² Guilherme Calmon Nogueira da Gama, A reprodução assistida heteróloga sob a ótica do novo Código Civil, *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese, IBDFAM, v. 5, n. 19, p. 51, ago./set. 2003.

²³³ Da mesma forma: Maria Helena Machado, *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*, cit., p. 106. Em sentido contrário, José de Oliveira Ascensão afirma que “toda a estrutura da sucessão está arquitetada tendo em vista um desenlace da situação a curto prazo. Se se admitisse a relevância sucessória destas situações, nunca seria praticamente possível a fixação dos herdeiros e o esclarecimento das situações sucessórias. E a partilha que porventura se fizesse estaria indefinitivamente sujeita a ser alterada” (Problemas jurídicos da procriação assistida, cit., p. 79).

relações pessoais e patrimoniais devem ser estabelecidas de forma igual, independentemente de sua origem ser natural ou artificial.²³⁴

2.6 Procriação artificial heteróloga: verdade biológica *versus* verdade afetiva

Se de um lado as técnicas de procriação artificial homóloga não levantam muitos questionamentos em relação à filiação, pois o material genético é dos pais afetivos, havendo coincidência entre aqueles que desejam imprimir um projeto parental e os pais biológicos da criança, de outro lado, a reprodução assistida mediante o uso de técnicas heterólogas traz inúmeras indagações jurídicas quanto à filiação, o anonimato do doador e o direito à identidade genética da pessoa nascida através da utilização dessas técnicas.

A primeira questão que se impõe é saber como atribuir filiação a uma criança nascida de uma técnica de reprodução heteróloga. Deve ser fixada com base em que critério? No biológico ou no socioafetivo? Para que se possa entender o alcance da filiação decorrente dessas técnicas de procriação artificial é preciso que sejam assimilados novos modelos, regidos pelos critérios da desbiologização, da responsabilidade parental e do melhor interesse da criança.²³⁵

O artigo 1.597, inciso V do Código Civil estabelece que “se presumem concebidos na constância do casamento os filhos: havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização marido”. O artigo segue a tendência do direito comparado, que prevê como critério de estabelecimento da parentalidade-filiação decorrente de procriação assistida heteróloga não o vínculo biológico, e sim o afetivo.²³⁶

²³⁴ Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 190-191. José Jairo Gomes fala ainda na possibilidade do homem sobrevivo inseminar o óvulo congelado da sua esposa, para que seja gerado no útero de outra mulher (Reprodução humana assistida e filiação na perspectiva dos direitos da personalidade, cit., p. 148). Esse método deve ser totalmente vedado pelas razões expostas no caso da inseminação da mulher pelo sêmen do marido, e, ademais, que nesse caso não será possível falar em utilização de qualquer técnica de procriação artificial, uma vez que não há infertilidade; o homem é fértil, apenas deseja fecundar o óvulo da mulher falecida.

²³⁵ Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 157.

²³⁶ Juliana Frozel de Camargo, *Reprodução humana: ética e direito*, cit., p. 206.

A partir da análise desse artigo, percebe-se que a parentalidade do ascendente que não contribuiu com suas células reprodutivas para a formação do filho é fixada com base na vontade. Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “a vontade acoplada à existência do convívio conjugal e ao êxito da técnica de procriação assistida heteróloga se mostra o elemento fundamental para o estabelecimento da paternidade”.²³⁷

Uma vez manifestada a vontade pelo marido de desempenhar um projeto parental, a paternidade se torna certa, inexistindo possibilidade de sua impugnação. O Enunciado n. 258 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal determina que “não cabe a ação prevista no artigo 1.601 do Código Civil (negatória de paternidade) se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inciso V do artigo 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta”²³⁸. O mesmo raciocínio deve ser desenvolvido quanto ao companheiro, ressaltando-se a necessidade, nesse caso, do reconhecimento da paternidade, voluntária ou judicialmente, nos termos do artigo 1.607 do Código Civil.²³⁹

Apesar de o Código Civil de 2002 estabelecer de forma expressa a presunção da paternidade nos casos de reprodução heteróloga em que há a autorização do marido, não dispõe de forma detalhada sobre a matéria, razão pela qual é preciso fazer uma interpretação sistemática, no sentido de determinar que regras devem ser aplicadas na fixação dessa espécie de filiação.²⁴⁰

De acordo com Olga Jubert Gouveia Krell, na reprodução heteróloga, deve ser feita uma construção teórica, conjugando aspectos da adoção e da filiação natural, a fim de

²³⁷ Guilherme Calmon Nogueira Gama, A reprodução assistida heteróloga sob a ótica do novo Código Civil, cit., p. 51.

²³⁸ Está tramitando no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 4.946/2005, que adota proposta da Diretoria do IBDFAM, pelo qual o dispositivo ficaria com a seguinte redação: “Artigo 1.601 - Cabe exclusivamente ao marido o direito de impugnar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher. § 1º - Impugnada a filiação, os descendentes ou ascendentes do impugnante têm direito de prosseguir na ação. § 2º - Não se desconstituirá a paternidade caso fique caracterizada a posse do estado de filiação, ou a hipótese do inciso V do artigo 1.597.”

²³⁹ “Artigo 1.607 - Os filhos havidos fora do casamento podem ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente”. Ver: Guilherme Calmon Nogueira Gama, A reprodução assistida heteróloga sob a ótica do novo Código Civil, cit., p. 52.

²⁴⁰ Nesse sentido: Guilherme Calmon Nogueira Gama, A reprodução assistida heteróloga sob a ótica do novo Código Civil, cit., p. 54; Juliana Frozel de Camargo, *Reprodução humana: ética e direito*, cit., p. 208; Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 160; Sílvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 84.

se determinar o modelo de paternidade-maternidade que será empregado nesses casos. Dessa forma, ao ascendente que contribui com seu material genético para a concepção do filho são aplicáveis as regras da filiação natural; e, quanto ao outro membro do casal, incide a norma prescrita no artigo 41, *caput* do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁴¹. Pode-se afirmar, conseqüentemente, que há um “terceiro gênero” de filiação que agrega regras dos dois modelos.²⁴²

Dessa forma, nos termos do artigo 41, *caput* do Estatuto da Criança e do Adolescente, deve ser reconhecida a qualidade de filho à criança nascida em decorrência da procriação artificial heteróloga com relação àquele que não contribuiu com o seu material genético para a concepção. É preciso conceder à criança os mesmos direitos e deveres, como se filho natural fosse, inclusive os sucessórios. Ademais, não subsiste vínculo algum com o doador, salvo os impedimentos matrimoniais.²⁴³

Por aplicação análoga²⁴⁴ do disposto no artigo 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁴⁵, defende-se a obrigatoriedade da comunicação dos dados do material fecundante ao oficial do registro civil do cartório onde for registrado o nascimento da criança que resultou das técnicas de reprodução artificial heteróloga. Essas informações, de

²⁴¹ “Artigo 41 - A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.”

²⁴² Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 162.

²⁴³ “Artigo 1.521 - Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. Artigo 1.522 - Os impedimentos podem ser opostos, até o momento de celebração do casamento, por qualquer pessoa capaz.”

²⁴⁴ Resguardadas as devidas adaptações, como o fato da informação dever ser prestada pelo médico responsável pela técnica de procriação artificial.

²⁴⁵ “Artigo 47 - O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão. § 1º - A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes. § 2º - O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado. § 3º - Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro. § 4º - A critério da autoridade judiciária, poderá ser fornecida certidão para a salvaguarda de direitos. § 5º - A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido deste, poderá determinar a modificação do prenome. § 6º - A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto na hipótese prevista no artigo 42, parágrafo 5º, caso em que terá força retroativa à data do óbito.”

caráter sigiloso, devem ser registradas em livros apartados, reservados pelo oficial responsável, a exemplo da adoção.²⁴⁶

Cabe frisar que o legislador não contemplou como hipótese de presunção da paternidade os casos em que a esposa ou companheira tem um filho em decorrência da utilização de técnicas de procriação heteróloga sem autorização do marido. Desse modo, de acordo, mais uma vez, com os ensinamentos de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, deve-se buscar fundamento diverso para determinar a paternidade nessas hipóteses, como o fundamento do risco. Segundo essa hipótese, o risco da situação que envolve o homem que convive com sua esposa ou companheira e adere, implicitamente ou em decorrência do silêncio, ao projeto parental desenvolvido pela mulher, impõe o dever dele ser reconhecido como o pai, em razão do melhor interesse da criança.²⁴⁷

Nesse sentido, é importante citar o Enunciado n. 104, aprovado na I Jornada do Conselho da Justiça Federal, que dispõe: “Artigo 1.597: no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.”

Dispositivo do Código Civil de 2002 que se mostra relevante na análise da determinação da paternidade-maternidade nas técnicas de procriação heteróloga é o artigo 1.593, que determina que o parentesco é natural ou civil, conforme decorra da consangüinidade ou *outra origem*. Hodiernamente, deve-se entender como espécies do gênero de parentesco civil os decorrentes da adoção e da reprodução assistida heteróloga.

De acordo com o acima elucidado, prevendo a determinação da parentalidade na procriação assistida pela vontade, estão os Projetos de Lei ns. 2.855/97 e 90/99. Este estabelece que a paternidade-maternidade plena da criança será dos beneficiários das

²⁴⁶ Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*, p. 807; Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 165.

²⁴⁷ Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*, p. 807.

técnicas de reprodução humana assistida, dispondo que a morte deles não restabelece o poder parental dos pais biológicos (art. 16). Reconhece ainda que os doadores e seus parentes biológicos não terão qualquer espécie de direito ou vínculo quanto à maternidade ou paternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego dessas técnicas, salvo os impedimentos matrimoniais fixados na legislação civil (art. 17). Da mesma forma, o primeiro prevê que o fato de ser revelada a identidade do doador não será motivo para fixação de nova filiação.

Das explanações expostas neste tópico, pode-se concluir que a vontade na reprodução artificial humana heteróloga substitui a relação sexual presente na reprodução natural, fazendo com que a verdade afetiva prevaleça sobre a verdade biológica, determinando a paternidade/maternidade daquele integrante do casal que não contribui com seus gametas.

2.7 Anonimato do doador e direito à identidade genética

Há outro conflito entre direitos de ordem constitucional, decorrente da prática das técnicas de procriação assistida heteróloga. De um lado, está o direito da personalidade à identidade pessoal, e, do outro, o direito à intimidade privada dos doadores que assegura o sigilo dos seus dados.

Primeiramente, é importante destacar que o direito à identidade pessoal, conforme os ensinamentos de Paulo Otero, abrange duas dimensões: 1) a absoluta ou individual; e a 2) relativa ou relacional. Afirma o autor que a identidade pessoal absoluta torna cada pessoa humana um ser único, irrepetível, insubstituível, dotado de uma personalidade física e psíquica própria e exclusiva. Por outro lado, a identidade relacional ou relativa assegura a cada pessoa uma memória familiar conferida pelos seus antepassados, podendo-se falar num direito a uma historicidade pessoal.²⁴⁸

²⁴⁸ Paulo Otero, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 63 e ss.

Ainda de acordo com Paulo Otero, a identidade pessoal absoluta impede a clonagem humana, ao passo que a identidade pessoal relativa abrange, de um lado, o direito de cada ser humano conhecer a forma como foi gerado, ou, mais amplamente, o direito de conhecer o seu patrimônio genético; e, de outro lado, o direito do ser humano a uma historicidade pessoal assegura o direito de conhecer a identidade genética de seus genitores, proibindo o anonimato dos doadores.²⁴⁹

A Constituição portuguesa foi uma das primeiras a reconhecer expressamente o direito à identidade genética, no artigo 26º/3, que dispõe: “A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização e na experimentação científica”. Referido dispositivo legal conduz Tiago Duarte a afirmar que no ordenamento jurídico português é inconstitucional o sigilo do doador.²⁵⁰

Stela Marcos de Almeida Barbas Neves, ao tratar do assunto, enumera diversos pontos favoráveis ao anonimato do doador²⁵¹ que são levantados pela doutrina. Todavia, posiciona-se contra tal conduta, ao afirmar que “o segredo em relação ao dador está em manifesta contradição com o disposto na primeira parte do citado artigo 26º da Constituição da República Portuguesa que reconhece a todos o ‘direito à identidade pessoal’.”²⁵²

Em nível internacional, a matéria não é pacífica. A União Européia, em 1982, (na época Comunidade Econômica Européia) publicou o Projeto de Recomendação sobre a Fecundação Artificial nos Seres Humanos, que perfilhou a tese do anonimato. O

²⁴⁹ Paulo Otero, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*, cit., p. 72-73.

²⁵⁰ Tiago Duarte, *In vitro veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na lei*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 40.

²⁵¹ Seriam pontos favoráveis ao anonimato os seguintes: “Garante o valor da defesa da intimidade da vida privada; promove um ‘eventual’ bem estar da criança (forma de a poupar de um possível conjunto de traumas resultantes da descoberta de uma terceira pessoa na sua procriação); é uma forma de encorajar a doação; representa um meio de desresponsabilização da paternidade do doador; é uma garantia para os pais sociais da impossibilidade do doador anônimo reclamar qualquer direito sobre o filho biológico; a revelação de determinados elementos sobre a origem biológica da criança pode fazer com que alguns dadores ocultem características essenciais para os diagnósticos pré-natais; o conhecimento da identidade do dador pode pôr em causa a atribuição da paternidade ao cônjuge da mulher inseminada.” (Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito ao património genético*, cit., p. 171-172).

²⁵² Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito ao património genético*, cit., p. 172.

Parlamento Europeu, em sentido oposto, na Resolução de março de 1989 sobre fecundação artificial *in vivo* e *in vitro*, proibiu o desconhecimento da paternidade do doador.²⁵³

As Leis norueguesa n. 68/87 e a espanhola n. 35/88, ambas sobre as técnicas de reprodução humana assistida, consagraram a tese do anonimato do doador. A Lei francesa n. 94/653, de 29 de julho de 1994, relativa ao respeito ao corpo humano, proíbe a divulgação de informações que permitam a identificação do doador²⁵⁴. A Lei portuguesa n. 32/2006 estabelece como regra o anonimato do doador, permitindo às pessoas nascidas pelas técnicas de procriação assistida o conhecimento das informações de natureza genética, bem como as informações sobre impedimentos matrimoniais, mantendo-se em sigilo a identidade do doador, salvo se ele permitir a sua revelação (art. 15).

Em sentido diverso, na Suíça, em 1985, foi aprovada por referendo a proibição de se esconder aos interessados a identidade dos seus genitores (exceto nos casos em que a lei expressamente o previsse). A Lei sueca n. 1.140/84 sobre inseminação artificial proíbe o anonimato do doador e admite a investigação da paternidade.

No Reino Unido, em 1975, o *Children Act* e, em 1976, o *Adoption Act* reconheceram o direito do adotado maior de dezoito anos consultar o registro civil para conhecer a identidade dos progenitores²⁵⁵. Em 1990, a Lei de Fecundação e de Embriologia Humana desse país optou pelo anonimato dos doadores e assegurou ao adulto a obtenção de certas informações sobre a forma de sua concepção, sem que haja a divulgação da identidade do doador.²⁵⁶

Na Alemanha, tem crescido o apoio à tese de que todo o indivíduo deve ter o direito de conhecer a identidade do doador de esperma. O Relatório de Benda defende a natureza constitucional desse direito.²⁵⁷

²⁵³ Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 173.

²⁵⁴ Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito ao património genético*, cit., p. 168-169.

²⁵⁵ Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito ao património genético*, cit., p. 169.

²⁵⁶ Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 173.

²⁵⁷ Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito ao património genético*, cit., p. 170.

No Brasil, como visto, ainda não há lei específica tratando da matéria. O Projeto de Lei n. 2.855/97, conforme analisado anteriormente, prevê o sigilo do doador, que pode ser superado por razões médicas, resguardada a identidade civil (art. 9º, parágrafo único).²⁵⁸ O Projeto de Lei n. 90/99, por sua vez, também estabelece o sigilo das informações quanto à identidade dos doadores (art. 8º). Permite, todavia, a sua quebra quando: a) a pessoa nascida por processo de reprodução assistida, diretamente ou por meio de seu representante legal, manifeste a sua vontade livre, consciente e esclarecida de obter as informações acerca do doador, inclusive sua identidade civil (art. 9º, § 1º); b) razões médicas ou jurídicas indicarem ser necessário, para a vida ou a saúde da pessoa nascida por procriação assistida, ou para oposição de impedimento do casamento, obter informações genéticas relativas ao doador (art. 9º, § 2º). No caso de motivação médica, preservar-se-á a identidade civil do doador (art. 9º, § 3º).

O fato de ainda não haver lei específica sobre a matéria não impede a análise da questão, pois se trata de um conflito de direitos de ordem constitucional: o direito à intimidade privada do doador e o direito à identidade pessoal da pessoa nascida por intermédio da utilização de uma dessas técnicas.

A possibilidade de quebra do sigilo de dados do doador, ensejando que seja revelada inclusive sua identidade civil, encontra seu fundamento, na maioria das vezes, no direito à identidade pessoal. Há situações em que a integridade física da pessoa nascida através das técnicas de reprodução heteróloga resta ameaçada. Isso se dá em razão da existência de doenças que somente podem ser tratadas quando conhecida a origem genética do paciente. Nessas hipóteses, quando confrontado o direito à intimidade do doador com os direitos fundamentais à vida e à saúde, aquele deve ceder diante deste.²⁵⁹

Cabe apontar que não se deve confundir a identidade genética com a filiação, ambas componentes da identidade pessoal do indivíduo. De acordo com Lea M. Levy e Delia B. Iñigo, a primeira diz respeito ao patrimônio genético herdado dos progenitores biológicos, ou seja, o genoma, mediante o qual se estabelece a identidade própria e

²⁵⁸ O Projeto n. 2.855/97 estabelece que é crime: “Artigo 45 - Revelar a identidade dos doadores. Pena: Reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.”

²⁵⁹ Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*, p. 906; Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 177.

irrepetível da pessoa. A filiação, por sua vez, é um conceito jurídico cujo conteúdo é identificado pelo enquadramento de uma pessoa em uma determinada família, que é formada por aqueles que são seus pais juridicamente²⁶⁰. Destarte, mesmo que assegurado o acesso aos dados do doador, em nada modifica a filiação que já fora determinada desde o momento da concepção da criança.

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, o estado de filiação é decorrência da relação de afeto que se estabelece entre pais e filhos, independentemente de serem parentes consangüíneos, não se devendo confundir o direito da personalidade referente à origem genética com direito à filiação, seja genética ou não.²⁶¹ Nota-se que a função de pai ou mãe nem sempre é exercida pelo ascendente biológico, e a busca pela identidade genética em nada altera o vínculo da paternidade anteriormente estabelecido.

Em 1994, a Corte Constitucional alemã reconheceu o direito ao conhecimento da ascendência, sem estabelecer qualquer efeito modificativo das relações de parentesco como conseqüência. Com a adoção dessa postura, a Corte assumiu que o direito de conhecer a própria ascendência genética se encontra numa dimensão juridicamente autônoma e distinta do direito de determinação da paternidade.²⁶²

Na mesma senda é a decisão do Superior Tribunal de Justiça²⁶³ que entendeu pelo direito ao reconhecimento do vínculo biológico de paternidade, sem que isso tenha importado em desconsideração ao disposto no artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁶⁴, subsistindo inalterada a adoção. Percebe-se uma nítida distinção entre o direito de se conhecer a ascendência biológica e o direito à filiação.

²⁶⁰ Lea M. Levy; Delia B. Iñigo, Identidad, filiación y reproducción humana asistida, in Salvador Darió Bergel; Nelly Minyersky (Coords.), *Bioética y derecho*, Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 260.

²⁶¹ Paulo Luiz Netto Lôbo, *Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial* (arts. 1.591 a 1.693), coordenação de Álvaro Villaça Azevedo, São Paulo: Atlas, 2003, p. 55 e ss.

²⁶² Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 185.

²⁶³ STJ – RESP n. 127.541/RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>, acesso em: 04 nov. 2007.

²⁶⁴ “Artigo 48 - A adoção é irrevogável.”

2.8 Direito ao patrimônio genético como direito de quarta geração

Reconhecido o direito à identidade genética como parte integrante do direito à identidade pessoal, seria possível falar, na esteira da cláusula de abertura dos direitos fundamentais, em uma nova dimensão de direitos, que abrange não apenas o direito à identidade genética, mas um direito ao patrimônio genético em si mesmo?

Norberto Bobbio reconhece a existência de uma quarta dimensão de direitos, os direitos de quarta geração, decorrentes da manipulação do patrimônio genético de cada indivíduo²⁶⁵. Para Vicente de Paulo Barreto, a assinatura da Declaração Universal sobre o Genoma Humano criou “uma nova categoria de direitos humanos, o direito ao patrimônio genético e a todos os aspectos de sua manifestação”²⁶⁶.

Sob outro prisma, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e da ordem constitucional interna. Além do mais, ensina que “na sua essência, todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade e fraternidade (solidariedade), tendo na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa”²⁶⁷.

Paulo Bonavides defende a existência de direitos de quarta geração, mas afirma que eles seriam os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, consequência da globalização política.²⁶⁸

A maior parte da doutrina entende como direitos de quarta geração os relativos ao patrimônio genético. É de se frisar que, independentemente da sua classificação como direito de quarta geração, o fato é que há um direito ao patrimônio genético que impõe limites às práticas de reprodução humana assistida. Esse direito deve ser reconhecido não apenas às pessoas já nascidas ou concebidas, mas também aos embriões, no sentido de impedir qualquer manipulação que modifique os seus patrimônios genéticos, porque, como

²⁶⁵ Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, cit., p. 6.

²⁶⁶ Vicente de Paulo Barreto, Bioética, biodireito e direitos humanos, in: Ricardo Lobo Torres (Org.), *Teoria dos direitos fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 414.

²⁶⁷ Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 60.

²⁶⁸ Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 570.

já mencionado, eles são seres humanos em potencial. Impõe-se, destarte, o dever aos profissionais da saúde que manipulam os embriões de lhes resguardarem o patrimônio genético.

Nesse sentido é que Stela Marcos de Almeida Neves Barbas afirma: “Neste trabalho tem sido defendido o direito ao patrimônio genético não manipulado e, portanto, a proibição de qualquer forma de intervenção que se proponha programar o sexo, as características físicas e as capacidades afectivas, volitivas e intelectuais dos filhos”²⁶⁹. É de notar que a autora chegou a defender a permissão dos tratamentos genéticos com fins terapêuticos, designadamente para evitar a transmissão hereditária de doenças. Excepcionalmente, segundo ela, poderia ser autorizada a escolha do sexo dos filhos quando se fizer prova de ser a única forma de evitar a transmissão hereditária de doenças que só se comunicam através de um dos sexos. Modificou no entanto seu entendimento, tendo em vista a impossibilidade de ser feito esse tipo de seleção, que acabaria caracterizando verdadeira forma de eugenia.²⁷⁰

Parece, de fato, mais razoável não permitir que se selecione o sexo dos embriões, mesmo diante do risco de uma doença genética, sob pena de serem descartados os embriões que não são do sexo desejado, o que, como visto anteriormente, não é admissível, salvo se forem inviáveis. No entanto, nada impede que seja feito tratamento terapêutico, a fim de resguardar o próprio embrião e a sua viabilidade, devendo ser obrigatoriamente resguardado o seu patrimônio genético.

Por fim, o direito ao patrimônio genético impõe às clínicas e aos profissionais da saúde o dever de informar às pessoas nascidas por meio das técnicas de procriação assistida os seus dados genéticos, quando solicitados. Também se exige sigilo desses dados com relação a terceiros, para que se evite o nascimento de uma nova forma de discriminação: a genética.

²⁶⁹ Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito ao patrimônio genético*, cit., p. 181.

²⁷⁰ Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito ao patrimônio genético*, cit., p. 182.

2.9 A maternidade de substituição: o contrato de gestação por outrem

Dentre as diversas técnicas de procriação assistida²⁷¹, a maternidade de substituição ou empréstimo de útero, ou ainda cessão de útero, é uma das mais polêmicas, na medida que é capaz de abarcar todas as problemáticas acima referidas. É possível encontrar posicionamentos diametralmente opostos no cenário nacional e internacional sobre a possibilidade de utilização dessa técnica, que vai desde a sua permissão, com a imposição de poucas limitações, até a sua total vedação.

A própria Comissão de Warnock se mostrou dividida com relação à matéria. A maioria de seus membros entendia não ser possível considerar tais acordos juridicamente, e uma minoria sustentava que não era possível fechar-se prematuramente a porta para esses contratos, defendendo a possibilidade de utilização desse método, desde que de forma gratuita, e comprovado que não haveria outra possibilidade para o casal.²⁷²

O Parlamento Europeu, numa resolução sobre fecundação artificial *in vivo* e *in vitro*, estabeleceu que qualquer forma de maternidade de substituição deve, em geral, ser rejeitada, e sujeitou a mediação comercial com mães hospedeiras a sanções, devendo ser proibidas as empresas que exerçam tal atividade, bem como o comércio de embriões e gametas.²⁷³

Na Inglaterra, a posição que tem prevalecido é da ilicitude desses contratos. Em dois casos, *A. v C.* e *Re P. v Wardships Surrogacy*, a mãe gestacional (*surrogate mother*)

²⁷¹ Como asseverado acima, essa prática não constitui verdadeiramente uma técnica de procriação assistida, mas um meio de gerar uma criança que foi concebida mediante práticas de procriação artificial. Na verdade, é possível que se utilize dessa prática sem que haja intervenção médica, como no caso de uma mulher ser inseminada pelo sêmen do marido de outra, a pedido desta, sem intervenção médica, para que gere a criança que será criada pelo casal. Há alguns exemplos dessa prática na Bíblia, em Gênesis, Capítulo XVI, versículo 1-4, em que Sara, mulher de Abraão, pede que ele engravide a sua escrava Agar, que concebe o filho. Também em Gênesis, capítulo XXX, versículo 1-6, Raquel, esposa de Jacob, pede que ele mantenha relações sexuais com sua escrava Bilha, que engravida. O Código de Hamurabi, mesmo favorável à monogamia, autorizava o marido, se sua mulher fosse estéril, a manter relações sexuais com o intuito procriativo, dando também à esposa a faculdade de oferecer ao marido a própria escrava para que tivesse filhos, ficando eles, todavia, excluídos da herança (Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito ao patrimônio genético*, cit., p. 143).

²⁷² João Álvaro Dias, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, cit., p. 88.

²⁷³ Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito ao patrimônio genético*, cit., p. 151.

quebrou o compromisso de entregar a criança ao casal (*commissioning couple*), tendo sido entendido, nos dois casos, legítima a recusa.²⁷⁴

Na Alemanha, o Relatório Benda exprime uma oposição a toda forma de maternidade substitutiva e recomenda ao legislador a sua proibição. O 88º Congresso de Médicos Alemães seguiu orientação semelhante. A Lei alemã de defesa do embrião pune, com pena de prisão de até três anos ou multa, todo aquele que proceder à fecundação artificial numa mulher que esteja disposta a ceder definitivamente o seu filho a terceiros após o nascimento.²⁷⁵

Na Espanha, a Lei n. 35/98 comina com nulidade todo o contrato de gestação no qual uma mulher renuncie à maternidade em favor de outrem, e estipula que a filiação das crianças nascidas mediante esse recurso é aferida pelo parto. No Código Civil francês, há proibição expressa dessa técnica²⁷⁶. Da mesma forma, a Lei portuguesa n. 32/2006 proíbe a maternidade de substituição, seja ela gratuita ou onerosa (art. 8º/1), e considera mãe aquela que suportar a gravidez (art. 8º/3).

Nos Estados Unidos, a prática é comum, e é realizada através de contratos de caráter comercial, havendo até uma associação das mães de substituição. A jurisprudência desse país orienta em sentido diametralmente oposto à da Inglaterra. O caso do Baby M. tornou-se célebre: decidido pelo juiz Harvey Sorkow, a mãe gestacional se recusou a entregar o filho, após o nascimento. O juiz declarou válido o contrato inicial, ao considerar que cabia aos pais biológicos a paternidade da criança.²⁷⁷

No Brasil, a Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina (inc. VII, ns. 1 e 2), bem como o Projeto de Lei n. 2.855/97 (arts. 15, 16 e 17), prevêm a possibilidade da utilização dessa técnica de reprodução humana assistida, ressalvada a vedação da sua utilização com finalidade lucrativa. A Resolução afirma ainda que as mulheres que realizarão o empréstimo do útero terão que ser parentes da beneficiária até o segundo grau (inc. VII, n. 1), enquanto o Projeto de Lei n. 2.855/97 exige que esse

²⁷⁴ João Álvaro Dias, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, cit., p. 88.

²⁷⁵ Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito ao património genético*, cit., p. 150.

²⁷⁶ Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito ao património genético*, cit., p. 152.

²⁷⁷ Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, cit., p. 186.

parentesco seja até o quarto grau. Em sentido contrário, o Projeto de Lei n. 90/99 veda a utilização dessa técnica de procriação assistida (art. 3º) e determina a sua tipificação como crime, com pena de reclusão de 1 a 3 anos para todos aqueles que participarem do procedimento: cessionária do útero, beneficiária, intermediário, executor da técnica (art. 19, inc. III).

Enquanto não é aprovada uma lei que trate especificamente das técnicas de procriação artificial no Brasil, prevalecem as normas existentes no ordenamento jurídico pátrio, ao lado da norma de caráter deontológico do Conselho Federal de Medicina. Como não se pode identificar uma proibição expressa a essa prática, entende-se pela licitude da maternidade de substituição, devendo ser respeitados os princípios da dignidade da pessoa humana, a gratuidade e o melhor interesse da criança.

De acordo com Francisco Vieira Lima Neto, o melhor termo para definir o instrumento jurídico ao qual se refere a maternidade de substituição é “pacto de gestação de substituição”. Para o autor, não há que se falar em um contrato, como pretendem alguns, tendo em vista que esse tem necessariamente cunho patrimonial, o que deve ser totalmente vedado nessas relações jurídicas.²⁷⁸

Cabe razão ao autor, uma vez que o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o indivíduo e o seu corpo sejam objetos de comércio, sendo reduzidos a um item patrimonial. Conseqüentemente, qualquer acordo dessa espécie que tenha caráter econômico deve ser nulo, por ilícito o seu objeto, sob pena de violar a dignidade humana e a vedação constitucional de comercialização de substâncias, órgãos e tecidos humanos (art. 199, § 4º da CF).

No mesmo sentido, Thereza Cristina Bastos de Menezes alega a impossibilidade de locação de serviços, diante do sistema legal vigente²⁷⁹. Regina Fiúza Sauwen e Severo Hryniewicz afirmam que inobstante a expressão “contrato de útero de aluguel” ser

²⁷⁸ Francisco Vieira Lima Neto, A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem, cit., p. 127.

²⁷⁹ Thereza Christina Bastos de Menezes, Novas técnicas de reprodução humana: o útero de aluguel, *Revista dos Tribunais*, v. 79, n. 660, p. 258, out., 1990.

largamente utilizada no Brasil, o termo acordo é visto com mais simpatia no meio jurídico.²⁸⁰

A polêmica que a maternidade de substituição enseja vai muito além da terminologia empregada e da vedação do caráter econômico do procedimento. Essa prática põe em cheque os antigos axiomas *mater semper certa est e partus sequitur ventrem*, pois nem sempre a maternidade poderá ser tida como certa e determinada pela noção de que mãe é aquela que dá à luz a criança.²⁸¹

Como mencionado no capítulo anterior, a gestação por outrem comporta três hipóteses distintas. Numa primeira hipótese, a mãe portadora é aquela que apenas “empresta” o seu útero, sendo que os embriões são do casal solicitante. Pode ser, por outro lado, que a *gestatrix* (gestante), além de “emprestar” seu útero, doe seus óvulos, caso em que se procederá a uma inseminação artificial dos espermatozóides do marido ou companheiro da mulher que não pode conceber, a *genitrix*. Na terceira hipótese, existem três mulheres envolvidas: a que deseja ter o filho, a que “emprestará” o útero e a que doará o óvulo para ser fecundado com o sêmen do marido ou companheiro da mulher solicitante.²⁸²

Essas possibilidades levam Stela Marcos de Almeida Neves Barbas a afirmar que há uma “tridimensionalidade procriativa”, existindo uma dimensão orgânica, uma física e outra simbólica da filiação. Na primeira, estão os pais genéticos; na segunda, os pais gestacionais, a mulher que gerará a criança e seu marido ou companheiro; e, na terceira, os pais adotivos.²⁸³

Tendo em vista a possibilidade de prevalecer a parentalidade afetiva em detrimento da parentalidade biológica, defende-se que, diante de uma controvérsia dessa

²⁸⁰ Regina Fiúza Sauwen; Severo Hryniewicz, *O direito “in vitro”*: da bioética ao biodireito, temas polêmicos, legislação atualizada, 2. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000, p. 112.

²⁸¹ Apesar do artigo 242 do Código Penal tipificar a conduta de “dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil”, punindo com reclusão de 2 a 6 anos, é preciso que se faça uma interpretação conforme a Constituição.

²⁸² Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações artificiais e o direito*: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos, cit., p. 68; Maria Helena Machado, *Reprodução humana assistida*: aspectos éticos e jurídicos, cit., p. 53.

²⁸³ Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito ao patrimônio genético*, cit., p. 145.

espécie, deve-se optar por reconhecer a maternidade/paternidade ao casal que deseja implementar o projeto parental, sempre respeitado o melhor interesse da criança.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz doutrina: “Julgamos que deverá o legislador optar pela prevalência da presunção da paternidade e da maternidade em prol do casal que idealizou o nascimento; o filho, aos olhos da lei, dele será, mesmo que o material genético não seja seu, pouco importando que tenha sido ou não do marido ou de terceiro e gestado no ventre de outra mulher. O filho deverá ser, portanto, daqueles que decidiram e quiseram o seu nascimento, por ser deles a vontade procriacional.”²⁸⁴

De acordo com esse entendimento, decisão no Processo n. 66/2000 da 2ª Vara de Registro Público de São Paulo determinou o registro de trigêmios nascidos através da maternidade de substituição, em nome da doadora do óvulo. No momento em que a mãe biológica foi registrar os filhos no Cartório de Registro de Nascimento, o oficial de registro suscitou dúvida quanto ao nome em quem deveriam ser feitos os registros dos bebês, visto que o documento da maternidade apontava que as crianças haviam nascido de parto feito na mãe de substituição. Como não havia um contrato de cunho financeiro, o juiz entendeu que a paternidade deveria ser dada aos pais biológicos, que eram pais em intenção.²⁸⁵

Urge destacar a solução apontada pela doutrina²⁸⁶ para a determinação da paternidade/maternidade, nos casos em que há uma cessão temporária de útero, qual seja, a adoção pré-natal da criança que está sendo gerada no útero da *gestatrix*. Dessa forma, evitam-se questionamentos quanto à filiação após o nascimento.

Cabe finalmente ressaltar que, após o nascimento da criança, ficam os pais intencionais responsáveis por ela, independentemente de suas vontades, e é deles a responsabilidade pelos alimentos da criança, pela aplicabilidade do artigo 27 do Estatuto

²⁸⁴ Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, cit., p. 519.

²⁸⁵ Francisco Vieira Lima Neto, *A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem*, cit., p. 141.

²⁸⁶ Ivelise Fonseca da Cruz, *A influência das técnicas da reprodução humana assistida no direito*, cit., p. 27; Sílvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 99; Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 194.

da Criança e do Adolescente²⁸⁷, que ficará com a *gestratix*. Se houver recusa do recém-nascido por ambas as mães, ele deve ser liberado para a adoção por terceiros, permanecendo a responsabilidade jurídica da *genitrix* e seu companheiro, bem como da *gestratix*. Impede-se assim a rejeição de crianças que venham a nascer com alguma má-formação.²⁸⁸

Em suma, percebe-se que a maternidade de substituição enseja diversos questionamentos de ordem jurídica que devem ser disciplinados de forma exaustiva pelo legislador, buscando-se evitar ao máximo os problemas decorrentes dessa prática²⁸⁹. Enquanto isso não é feito, compete ao juiz, no caso concreto, solucionar as controvérsias advindas desse procedimento, por força da Lei de Introdução ao Código Civil, aplicando a analogia e os princípios gerais do direito, atentando para os fins sociais e os bons costumes, sempre de acordo com os ditames constitucionais, especialmente os da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

2.10 Direito do médico à aplicação das técnicas de reprodução humana assistida

O reconhecimento do direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida determina o direito do médico e dos demais profissionais da saúde de realizarem os procedimentos necessários à execução dessas técnicas.

O direito à aplicação das técnicas de procriação artificial encontra respaldo no princípio da liberdade científica (art. 5º, IX da CF) e no direito ao livre exercício da profissão (art. 5º, XI da CF). Importante mencionar o artigo 218 da Constituição Federal, que impõe ao Estado o dever de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a

²⁸⁷ “Artigo 27 - O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.”

²⁸⁸ Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 198.

²⁸⁹ Como visto, o Projeto de Lei n. 90/99 veda a prática dessa técnica. Juliana Frozel de Camargo, ao tratar do assunto, destaca que: “Considerando-se os conflitos psicológicos que surgem com a maternidade de substituição, acredita-se não ser esta ainda a melhor forma de resolver o problema da infertilidade feminina, visto que esse método atinge e prejudica outras pessoas. A própria ciência caminha rumo ao fim das ‘barrigas de aluguel’, com a chamada gestação sem mãe, possível por meio de útero artificial.” (*Reprodução humana: ética e direito*, cit., p. 127).

pesquisa e a capacitação tecnológicas. Sendo as técnicas de reprodução humana assistida expressão do desenvolvimento da ciência médica em busca de soluções para problemas de esterilidade, pode-se afirmar que elas são tuteladas pelo mandamento do artigo 218 da Constituição Federal.

É de se frisar, contudo, que os direitos de realizar práticas de procriação artificial e o de submeter-se a elas não podem ser exercidos de forma indiscriminada, nem por parte dos pacientes, nem pelos profissionais da saúde, encontrando limites na própria Constituição. Os direitos fundamentais nela consagrados, bem como os decorrentes da “cláusula de abertura” constitucional (art. 5º, § 2º da CF) exercem um poder de limitação direto no direito dos médicos e pacientes de utilizarem técnicas de procriação artificial. Esses limites também podem encontrar seu fundamento na legislação infraconstitucional e nas normas deontológicas do Conselho Federal de Medicina.

Nesse mesmo sentido, Ricardo Luis Lorenzetti²⁹⁰ afirma que os direitos fundamentais devem ser observados na prática das atividades médicas, sendo preciso realizar um trabalho de interpretação das normas nacionais e internacionais para extrair um corpo de enunciação desses direitos. Em seguida, ele apresenta um catálogo de direitos²⁹¹, ressaltando que não é possível fazer uma lista taxativa, de forma que compete ao legislador ou ao juiz determinar o conteúdo real dos direitos dos médicos e dos pacientes, diante de uma colisão entre eles.

Salvador Darío Bergel, ao tratar do assunto, ensina que a liberdade de investigação é um direito fundamental que deve ser observado. Sem embargo, destaca a necessidade de se estabelecer uma harmonia entre esse direito e os direitos humanos. Doutrina o autor que “os direitos em jogo são muitos, devendo ambos serem harmonizados e respeitados, de maneira que sejam vistos desde um princípio de universalidade, inviolabilidade e indivisibilidade, sob o manto da tão repetida dignidade humana”,

²⁹⁰ Ricardo Luis Lorenzetti, *Responsabilidad civil de los médicos*, cit., v. 1, p. 54.

²⁹¹ O autor enumera os seguintes direitos fundamentais: direito ao respeito da personalidade, direito à vida e à saúde, direito a prestações de saúde, direito de recusar o tratamento, direito ao tratamento não discriminatório, direito à identidade sexual, direito à informação, direito ao sigilo, acesso à informação própria, direito ao gozo real do direito à saúde, acesso universal, direito a uma proteção contratual (Ricardo Luis Lorenzetti, *Responsabilidad civil de los médicos*, cit., v. 1, p. 54-55).

concluindo que o direito à liberdade científica não pode ser visto como um direito absoluto.²⁹²

Esses limites não de ser observados em toda prática médica, especialmente nas técnicas de procriação assistida, pois, como ressalta João Álvaro Dias, tais procedimentos não assumem uma função terapêutica em sentido estrito, uma vez que não possuem, em si mesmos, a função e a virtualidade de curar a infertilidade.²⁹³

Consequentemente, o médico, ao executar os procedimentos de procriação assistida, bem como os demais profissionais da saúde e os próprios pacientes, encontram limites nos direitos fundamentais. Somente o legislador ou o juiz, no caso concreto, conforme a proporcionalidade e a razoabilidade, podem determinar quais bens jurídicos merecem preferência.²⁹⁴

Reconhecido o direito do médico de realizar procedimentos de reprodução artificial, desde que observados os limites impostos pelo ordenamento jurídico, passa-se à análise das características da relação médico-paciente, bem como da responsabilidade civil do médico decorrente desses procedimentos.

²⁹² No original: “*los derechos humanos en juego son muchos y han de ser armonizados y respetados unos y otros, de manera que sean vistos desde un principio de universalidad, inviolabilidad y indivisibilidad y bajo el metro de la tan repetida dignidad humana*” (Salvador Darío Bergel *La impronta de las investigaciones del genoma humano sobre el derecho*, in: Salvador Darío Bergel; Nelly Minyersky (Coords.), *Bioética y derecho*, Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 320 – nossa tradução).

²⁹³ João Álvaro Dias, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, cit., p. 329.

²⁹⁴ Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 84.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

3.1 Breves considerações acerca da responsabilidade civil

Estudadas as técnicas de procriação assistida e algumas das implicações jurídicas delas advindas, mister se faz analisar a responsabilidade civil do médico pela sua prática. Para tanto é preciso fazer uma breve análise desse instituto jurídico.

Um dos principais objetivos da ordem jurídica é proteger o lícito e reprimir o ilícito e, para que esse fim seja alcançado, são estabelecidos deveres jurídicos. A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que quase sempre causa dano a outrem, gerando um novo dever jurídico: o de reparar o dano. É aqui que entra a noção de responsabilidade civil, que consiste no dever de ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um dever jurídico precedente.²⁹⁵

Há assim, segundo Sergio Cavalieri Filho, um “dever jurídico originário” e outro “sucessivo”, este é chamado por alguns de secundário e aquele de primário. A violação de um dever jurídico originário, causando dano a outrem, faz nascer o dever de indenizar. Nas palavras do autor, a responsabilidade civil é “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.²⁹⁶

Percebe-se, dessa forma, que o principal objetivo da responsabilidade civil é propiciar a adequada reparação aos que sofreram danos²⁹⁷, restabelecendo o *status quo anter*, conforme os ditames constitucionais, uma vez que a Constituição Federal prevê o direito à indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, inc. V).

²⁹⁵ Sergio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26.

²⁹⁶ Sergio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 26.

²⁹⁷ Francisco José Marques Sampaio, *Evolução da responsabilidade civil e reparação de danos ambientais*, Renovar: Rio de Janeiro/São Paulo, 2003, p. 61.

O ato ilícito²⁹⁸ vem definido no artigo 186 do Código Civil²⁹⁹ como aquele ato praticado em desacordo com a ordem jurídica – violando direitos – e que causa prejuízos a outrem. Logo em seguida, no artigo 187³⁰⁰, o Código amplia esse conceito, ao estabelecer que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. O artigo 187 traz, assim, uma nova dimensão de ilícito, consagrando a *teoria do abuso de direito*³⁰¹, ao ampliar a sua noção, imputando ao ato abusivo a natureza de ilícito³⁰². Enquanto a previsão do artigo 186 caracteriza o ilícito subjetivo, que exige a culpa ou dolo para sua configuração, o abuso de direito caracteriza um ilícito objetivo, aferível independentemente da constatação de dolo ou culpa.³⁰³

A consequência do ato ilícito é, como dito, a obrigação de indenizar, de reparar o dano, nos termos do artigo 927 do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Ademais, dispõe o parágrafo único desse artigo que essa obrigação independerá de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor, por sua natureza, implicar risco aos direitos de outrem.

Percebe-se que o Código Civil adotou dois sistemas jurídicos de responsabilidade civil: o da responsabilidade subjetiva e o da responsabilidade objetiva. Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, não é possível falar na prevalência de um

²⁹⁸ O ato ilícito pode ser civil, penal ou administrativo. O presente trabalho tem como foco o ilícito civil, pois visa a estudar a responsabilidade civil dos médicos decorrente das práticas de reprodução humana assistida. Um mesmo ato pode gerar responsabilização tripla, quando são previstas, além do dever de indenizar, sanções criminais e administrativas. Cabe destacar a regra contida no artigo 935 do Código Civil, que estabelece: “A responsabilidade civil independe da criminal, não se podendo mais questionar sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”

²⁹⁹ “Artigo 186 - Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

³⁰⁰ Esse dispositivo teve como fonte direta o Código Civil português, do qual é praticamente cópia *ipsis litteris* (Nelson Nery Júnior; Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil comentado e legislação extravagante*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 282).

³⁰¹ Também conhecida como teoria dos atos emulativos.

³⁰² Flávio Tartuce, *Direito civil*, 2. ed., São Paulo: Método, 2006, v. 2, p. 272.

³⁰³ Nelson Nery Júnior; Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 282.

sistema frente ao outro³⁰⁴. Por sua vez, Sílvio de Salvo Venosa afirma que a regra ainda é a da responsabilidade subjetiva, sendo a objetiva exceção no regime do Código.³⁰⁵

O fato é que os dois sistemas convivem no Código Civil, demonstrando a evolução do instituto da responsabilidade civil que, privilegiando a reparação do dano, passou a não exigir a culpa ou dolo em alguns casos³⁰⁶, como na responsabilidade fundada no risco, implementando, nessas situações, o sistema da responsabilidade objetiva.³⁰⁷

A responsabilidade objetiva está fundada no princípio da equidade, segundo o qual aquele que lucra com uma situação deve responder pelos riscos ou pelas desvantagens dela resultantes. A atividade exercida pelo agente, pelos danos que pode causar à vida, à saúde e a outros bens, já é considerada lesiva, ensejando a reparação da lesão, independentemente da prova de culpa do agente.³⁰⁸

Nota-se, pela adoção da responsabilidade objetiva fundada no risco, que o dever de indenizar nasce não apenas em decorrência de atos ilícitos, mas também como consequência da prática de atos lícitos.³⁰⁹

3.2 Pressupostos da responsabilidade civil

Os pressupostos da responsabilidade civil variam conforme a sua espécie: se subjetiva ou objetiva. A demonstração de culpa é necessária apenas na responsabilidade subjetiva. É importante destacar que, modernamente, quando se fala em responsabilidade

³⁰⁴ Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 535.

³⁰⁵ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil: responsabilidade civil*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 4, p. 12.

³⁰⁶ O Código Civil prevê que a responsabilidade será objetiva nos seguintes casos: a) abuso de direito que, como mencionado, configura um ilícito objetivo (art. 187); b) nos casos instituídos em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar risco (art. 927); c) por atos de terceiros ou responsabilidade civil indireta (art. 932); d) por dano causado por animal (art. 936); e) por dano causado por prédio em ruína (art. 937); f) por danos oriundos de coisas lançadas das casas (art. 938); g) em relação a dívidas (arts. 939, 940 e 941); h) decorrente do contrato de transporte (art. 734).

³⁰⁷ A responsabilidade objetiva, segundo Carlos Roberto Gonçalves, também pode ser fundada na culpa presumida, caso em que ter-se-á a responsabilidade objetiva imprópria, pois fundada em inversão do ônus da prova quanto à culpa, podendo essa responsabilidade ser afastada se o autor provar que agiu sem culpa (*Responsabilidade civil*, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 22).

³⁰⁸ Sílvia da Cunha Fernandes, *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, cit., p. 131.

³⁰⁹ Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, cit., p. 26.

com ou sem culpa, deve-se levar em conta a culpa em sentido amplo ou a culpa genérica (culpa *lato sensu*), que engloba o dolo e a culpa estrita (culpa *stricto sensu*).³¹⁰

O dolo é a vontade consciente dirigida a realizar uma determinada conduta³¹¹ com o objetivo de prejudicar outrem³¹², enquanto a culpa, nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, consiste na “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”.³¹³ Dessa forma, verifica-se que no dolo o agente quer a conduta e o resultado; já na culpa o agente age voluntariamente, mas não deseja o resultado alcançado.

A falta de cautela presente na culpa em sentido estrito é exteriorizada através da imprudência, da negligência e da imperícia. A imprudência é a falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, por ação. A negligência é a mesma falta de cuidado, só que por conduta omissiva. E a imperícia, por sua vez, decorre da ausência de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que se exige, de regra, maior cuidado e cautela do agente.³¹⁴

Cabe mencionar ainda as espécies ou graus de culpa. Ela pode ser grave, leve e levíssima. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a culpa é grave quando imprópria ao comum dos homens; é leve nos casos em que a falta é evitável com atenção ordinária; e é levíssima quando a falta só é evitável com atenção extraordinária.³¹⁵

Essa distinção entre os graus de culpa é essencial no sistema do Código Civil, em razão do artigo 944, que prevê a possibilidade de redução equitativa do montante devido a título de indenização quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o montante do dano. Essa solução também é adotada pelo Código Civil português.³¹⁶

³¹⁰ Flávio Tartuce, *Direito civil*, cit., v. 2, p. 304.

³¹¹ Rogério Greco, *Curso de direito penal: parte geral*, cit., p. 193.

³¹² Flávio Tartuce, *Direito civil*, cit., v. 2, p. 304.

³¹³ Desse conceito extraem-se os seguintes elementos da culpa: a) conduta voluntária com resultado involuntário; b) previsão ou previsibilidade; c) falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção (Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 55).

³¹⁴ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 57.

³¹⁵ Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, cit., p. 476.

³¹⁶ Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, cit., p. 476.

Outras modalidades de culpa devem ser lembradas: é o caso da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando*. A primeira é oriunda da má escolha do representante ou do preposto, como, por exemplo, contratar empregado inabilitado. Traduz-se, a segunda, na ausência de fiscalização do patrão ou comitente com relação a empregados ou terceiros sob seu comando.³¹⁷

Estudados os aspectos mais relevantes da culpa, pressuposto exclusivo da responsabilidade civil subjetiva, é de se frisar que os outros pressupostos devem estar presentes nas duas espécies de responsabilidade, quais sejam: a) a ação ou omissão; b) relação de causalidade ou nexos causal; c) dano.³¹⁸

Ação ou omissão é a conduta humana voluntária, comissiva ou omissiva, capaz de produzir conseqüências jurídicas.³¹⁹ Segundo Sérgio Cavalieri Filho, a ação é a forma mais comum de exteriorização do comportamento humano porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar os seus semelhantes.³²⁰

No que tange à omissão, ela nem sempre terá relevância para o direito. É necessário que o omitente tenha o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado. Esse dever pode advir da lei, de um negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, que criou o risco da ocorrência de determinado resultado, quando deveria evitá-lo.³²¹

A relação de causalidade é o segundo pressuposto comum à responsabilidade civil subjetiva e à objetiva, consistindo no liame entre a conduta do agente (ação ou omissão) e o resultado danoso (dano). Trata-se de elemento indispensável à responsabilidade civil. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexos causal.³²²

³¹⁷ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil: responsabilidade civil*, cit., v. 4, p. 27.

³¹⁸ Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, cit., p. 32-34; Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 41.

³¹⁹ Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, cit., p. 33; Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 43.

³²⁰ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 44.

³²¹ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 44.

³²² Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil: responsabilidade civil*, cit., v. 4, p. 39.

Cabe destacar que quando há uma cadeia de condições, isto é, várias circunstâncias concorrendo para o evento danoso, necessário se faz determinar qual dentre elas é a causa real do resultado. Para ela ser delimitada, mister é a adoção de uma teoria capaz de estabelecer um critério de fixação da causa relevante para o dano. Duas são as principais teorias que procuram resolver essa questão: a da equivalência dos antecedentes e a da causalidade adequada. A primeira afirma que todas as causas são equivalentes na produção do resultado danoso, enquanto a segunda dispõe que apenas aquela que foi mais *adequada* a produzir concretamente o resultado deve ser levada em consideração.³²³

Não há no Código Civil de 2002, como havia no de 1916, uma regra expressa sobre o nexos causal. O Código Penal, no seu artigo 13, disciplina a matéria. Em face da omissão do legislador civil, ensina Sérgio Cavalieri Filho, há de se seguir os rumos já traçados pela doutrina e pela jurisprudência, desde o Código de 1916, no sentido de que a tese da causalidade adequada prevalece na esfera civil.³²⁴

Por fim, o último pressuposto da responsabilidade civil a ser estudado é o dano. Não haveria que se falar em indenização, em responsabilização, sem que houvesse o dano. Ele é o elemento essencial para configurar o dever de reparar. Se não houver o dano, não há que se cogitar em ressarcimento, por estar ausente o seu próprio fundamento.

Nesse sentido, José de Aguiar Dias afirma: “O dano é, dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o que suscita menos controvérsia. Com efeito, a unanimidade dos autores convém em que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há o que reparar”.³²⁵

O dano pode ser conceituado como todo prejuízo, patrimonial ou extrapatrimonial, causado a uma pessoa, em decorrência de um ato ou fato causado por

³²³ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 70.

³²⁴ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 71.

³²⁵ José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 393.

outrem, pelo qual a lei impõe ao agente causador, ou àquele juridicamente responsável, o dever de reparação ou de compensação.³²⁶

O dano patrimonial, também chamado de dano material, como o próprio nome sugere, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro.³²⁷

Pela regra geral, o dano ao patrimônio se apresenta em duas modalidades: a) danos emergentes (*damnum emergens*); b) lucros cessantes ou frustrados (*lucrum cesans*).³²⁸

No dano emergente, a qualificação integral é equivalente e exata, existindo lógica relação entre o que a vítima gastou ou gastará para repor seus bens no estado anterior. A apreciação do montante indenizatório na modalidade danos emergentes é matematicamente precisa. No que tange aos lucros cessantes, há ligação com aquilo que a vítima poderia ter acrescido ao seu patrimônio, se não tivesse ocorrido o ato lesivo. Nesse, a apreciação pecuniária reveste-se de certa dificuldade, mas não impede a estimativa daquilo que normalmente a vítima teria auferido.³²⁹

Indagação que se coloca atualmente é saber em que consiste o dano moral ou extrapatrimonial. No entendimento de Sérgio Cavalieri Filho, autor tantas vezes citado, dano moral, à luz da Constituição Federal de 1988, nada mais é do que violação do direito à dignidade. Nas suas palavras, “foi justamente por considerar a inviolabilidade da

³²⁶ Daniela Lenza Navarrete, *Responsabilidade civil dos médicos*, Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 48.

³²⁷ Importante destacar que a classificação do dano em patrimonial ou material e extrapatrimonial ou moral parte do entendimento de que apenas integram o patrimônio de uma pessoa os bens apreciáveis em dinheiro, excluindo-se por conseguinte dessa noção os direitos da personalidade, que não podem ser aferidos em dinheiro, afastando-se da corrente do pensamento jurídico que entende que formam o patrimônio do indivíduo todos os seus bens, apreciáveis em dinheiro ou não. Para essa corrente, não seria possível chamar o dano moral de extrapatrimonial (Silvio Neves Baptista, *Teoria geral do dano*: de acordo com o novo Código Civil brasileiro, São Paulo: Atlas, 2003, p. 81).

³²⁸ Daniela Lenza Navarrete, *Responsabilidade civil dos médicos*, cit., p. 52. Código Civil: “Artigo 402 - Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos, devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

³²⁹ Edmilson de Almeida Barros Júnior, *A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional*, São Paulo: Atlas, 2007, p. 52.

intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à *dignidade* que a Constituição inseriu em seu artigo 5º, V e X, a plena reparação do dano moral”.³³⁰

Sílvio de Salvo Venosa conceitua o dano moral como sendo “o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima”³³¹. Sílvio Neves Baptista afirma que “o dano é extrapatrimonial ou moral quando a lesão atinge bens imateriais, insuscetíveis de avaliação em dinheiro e que compõem o núcleo dos direitos da personalidade”³³². Assim que, nas palavras de Sidney Hartung Buarque, “quando o comportamento do agente atinge a personalidade do ofendido, surge o seu direito à indenização por danos morais”.³³³

Destarte, é possível conceituar o dano moral ou extrapatrimonial como sendo o prejuízo suportado pela pessoa em certos aspectos de sua personalidade, em razão de atos praticados por outrem, e que atingem a sua moralidade e afetividade, causando lesão à sua dignidade.³³⁴

Urge destacar ainda que, de acordo com Maria Helena Diniz, o dano moral se divide em direto e indireto: o primeiro consiste na lesão a um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade; já o segundo, é o prejuízo a um direito extrapatrimonial devido à lesão a um direito patrimonial.³³⁵

Fundamental apontar que, assim como o dano patrimonial pode repercutir na esfera extrapatrimonial do lesado (dano moral indireto), nem sempre o dano patrimonial resulta da lesão exclusiva a bens patrimoniais. A violação de bens personalíssimos pode refletir no patrimônio da vítima, gerando danos dessa ordem³³⁶, o que alguns autores denominam de *dano moral de eficácia patrimonial*³³⁷. Assim, da mesma forma que o dano

³³⁰ Sergio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 94.

³³¹ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil: responsabilidade civil*, cit., v. 4, p. 33.

³³² Sílvio Neves Baptista, *Teoria geral do dano: de acordo com o novo Código Civil brasileiro*, cit., p. 78.

³³³ Sidney Hartung Buarque, *Da demanda por dano moral na inexecução das obrigações*, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 70.

³³⁴ Não é feita aqui uma distinção entre o dano moral que afeta a parte social do “patrimônio moral” da vítima daquele que atinge a parte afetiva desse “patrimônio” (Sílvio Neves Baptista, *Teoria geral do dano: de acordo com o novo Código Civil brasileiro*, cit., p. 81).

³³⁵ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, 15. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2001, v. 7, p. 82.

³³⁶ Sergio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 90.

³³⁷ Em contraponto ao denominado dano moral puro, que não traz nenhuma consequência de ordem patrimonial (Sílvio Neves Baptista, *Teoria geral do dano: de acordo com o novo Código Civil brasileiro*, cit., p. 81).

material pode repercutir na esfera extrapatrimonial do lesado, o dano moral poderá repercutir na esfera econômica da vítima. Desde que comprovados os prejuízos morais e materiais suportados, poder-se-ão cumular as indenizações, conforme a Súmula n. 37 do STJ³³⁸, que consolidou a questão no ordenamento jurídico brasileiro.

A reparação por dano material deve ser plena, impondo-se a integral indenização dos direitos do lesado³³⁹. Questão polêmica na doutrina e na jurisprudência, superada a discussão quanto à indenizabilidade do dano moral, diz respeito à sua quantificação. Edmilson de Almeida Barros Júnior entende que no dano moral “a vítima é credora de uma reparação equitativa e satisfatória traduzida em dinheiro”³⁴⁰. Destaca José de Aguiar Dias que “a reparação do dano não deve gerar nem enriquecimento, nem empobrecimento, mas apenas compensação razoável do prejuízo”³⁴¹.

Importante aqui evidenciar os ensinamentos de Miguel Kfoury Neto: “Tenho para mim, *concessa venia*, não terem respaldo legal quaisquer restrições ou limitações ao ressarcimento moral, seja qual for a espécie de dano, sejam ou não cumulativas as indenizações. Se a vítima sofre dano de ordem moral e dano de natureza material, não vejo razão para absorção daquele por este. O ressarcimento dos danos deve ser o mais amplo e perfeito possível.”³⁴²

Em outro aspecto, mas sem perder o foco no caráter reparatório do dano moral, Sidney Hartung Buarque destaca que a condenação para a sua reparação deve ser vista como um freio, um desestímulo para que o agente não venha a exercer condutas semelhantes atingindo outros indivíduos, ou até mesmo a própria vítima novamente.³⁴³

³³⁸ Súmula n. 37 do STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundas do mesmo fato.”

³³⁹ Edmilson de Almeida Barros Júnior, *A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional*, cit., p. 52.

³⁴⁰ Edmilson de Almeida Barros Júnior, *A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional*, cit., p. 57.

³⁴¹ José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, cit., p. 32.

³⁴² Miguel Kfoury Neto, *Responsabilidade civil do médico*, 6. ed. rev. atual. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 119.

³⁴³ Sidney Hartung Buarque, *Da demanda por dano moral na inexecução das obrigações*, cit., p. 77.

Cite-se, ainda, o dano estético que, de acordo com Maria Helena Diniz, é toda alteração morfológica do indivíduo que causa aleijão, deformidade ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos e que impliquem, sob qualquer aspecto, um afeiamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sob a sua capacidade laborativa.³⁴⁴

De acordo com Edmilson de Almeida Barros Júnior, o dano estético é espécie de dano moral, devendo ser indenizado. O sofrimento causado por essa espécie de dano surge não somente por causa das desfigurações, mas também porque, no meio social, a imagem do indivíduo muda negativamente.³⁴⁵

Em verdade, o dano estético pode causar danos de ordem moral e patrimonial. Nesse sentido, João Monteiro de Castro afirma que o dano estético por vulnerar o direito à integridade física, especialmente quanto à aparência externa, acaba configurando uma lesão a direito da personalidade, implicando em conseqüências nefastas de ordem patrimonial e, principalmente, moral. Nas palavras do autor, “o dano estético é um dano que, na maioria das vezes, causa prejuízos morais e materiais concomitantemente”.³⁴⁶

3.3 Responsabilidade contratual e extracontratual

Após a breve análise dos aspectos gerais da responsabilidade civil e dos seus pressupostos, passa-se à análise das diferenças existentes entre a responsabilidade civil contratual e a extracontratual ou aquiliana. No primeiro caso, ela decorre de um descumprimento de obrigação estabelecida contratualmente, em que um dos contratantes causa dano a outro. No segundo, há a prática de um ato ilícito, que causa prejuízo a outrem, sem que exista entre o ofensor e a vítima qualquer relação anterior.³⁴⁷

³⁴⁴ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, cit., v. 7, p. 73.

³⁴⁵ Edmilson de Almeida Barros Júnior, *A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional*, cit., p. 60.

³⁴⁶ João Monteiro de Castro, *Responsabilidade civil do médico*, São Paulo: Método, 2005, p. 36-37.

³⁴⁷ Rogério Ferraz Donnini, *Responsabilidade pós-contratual: no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 20.

O Código Civil distinguiu as duas espécies de responsabilidade, disciplinando genericamente a responsabilidade extracontratual ou delitual nos artigos 186 a 188 e 927 e seguintes, e a contratual, nos artigos 395 e seguintes e 389 e seguintes. A responsabilidade contratual abrange o dever de ressarcimento proveniente do descumprimento de qualquer obrigação, decorrente dos contratos, de atos unilaterais (testamento) ou da lei (alimentos), e da prestação com defeito ou da mora no cumprimento dessas obrigações.³⁴⁸

Os adeptos da teoria unitária, ou monista, criticam essa dicotomia, por entenderem que pouco importam os aspectos sob os quais se apresente a responsabilidade civil no cenário jurídico, já que os seus efeitos são uniformes. Contudo, nos códigos dos países em geral, inclusive no Brasil, tem sido acolhida a tese dualista.³⁴⁹

Como bem ressalta Rogério Ferraz Donnini, a despeito dessas duas espécies de responsabilidade serem reguladas pelos mesmos princípios, continua sendo necessária a distinção entre elas, diante de suas causas diversas e das diferenças no tocante à carga probatória, bem como em face dos prazos prescricionais distintos. A regra geral para a responsabilidade extracontratual, quanto ao prazo prescricional, é a do inciso V do parágrafo 3º do artigo 206 do Código Civil (três anos). Para a responsabilidade civil contratual, os prazos prescricionais previstos são outros, como, por exemplo, o prazo de cinco anos para a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular (§ 5º, I do mesmo art. 206).³⁵⁰

No que tange ao ônus da prova, existe clara diferença entre esses dois tipos de responsabilidade: na contratual, uma vez inadimplida pelo devedor a obrigação, fato esse devidamente comprovado pelo credor, o ônus da prova transfere-se para o devedor, que deverá provar a ausência de culpa, ou de qualquer outro fato excludente da responsabilidade. No caso da extracontratual, a prova cabe à vítima, tanto da culpa, quando exigida, quanto do dano e do nexo de causalidade.³⁵¹

³⁴⁸ Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, cit., p. 26.

³⁴⁹ Sergio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 39.

³⁵⁰ Rogério Ferraz Donnini, *Responsabilidade pós-contratual: no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 26.

³⁵¹ Rogério Ferraz Donnini, *Responsabilidade pós-contratual: no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 26.

No que concerne às fontes de que promanam, como mencionado, a contratual tem origem na convenção, e a extracontratual na inobservância de um dever genérico de não lesar, de não causar dano a ninguém (*neminem laedere*), estatuído no artigo 186 do Código Civil.³⁵²

Estudados os aspectos gerais da responsabilidade civil no Código Civil de 2002, necessária se faz uma abordagem desse instituto no Código de Defesa do Consumidor, para que sejam fixados os pontos de consenso e divergência existente entre o sistema daquele e o microsistema deste, para depois ser estudada a aplicabilidade desses diplomas legais à responsabilidade civil do médico.

3.4. Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor

Em cumprimento aos ditames constitucionais (arts. 5º, XXXII e 170, V da CF³⁵³, e 48 do ADCT) foi elaborado o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) que, na seara da evolução do instituto da responsabilidade civil, adotou como regra a responsabilidade objetiva. Partindo da premissa básica de que o consumidor é parte vulnerável das relações de consumo (art. 4º, I do CDC), o Código pretende restabelecer o equilíbrio entre os protagonistas de tais relações.

Urge destacar que com a evolução das relações sociais e o surgimento do consumo em massa, bem como dos conglomerados econômicos, os princípios tradicionais da legislação privada pátria, baseados na responsabilidade subjetiva, exigindo grande esforço probatório por parte do lesado, já não mais bastavam para reger as relações humanas, sob determinados aspectos.³⁵⁴

Assim que o Código prevê, no inciso VI do artigo 6º, como direito básico do consumidor, a efetiva prevenção e reparação integral dos danos por ele sofridos, sejam eles

³⁵² Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, cit., p. 28.

³⁵³ “Artigo 5º - (...) XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. (...) Artigo 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V - defesa do consumidor (...)”

³⁵⁴ Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, cit., p. 30.

materiais e/ou morais, individuais, coletivos ou difusos. Esse princípio, ademais, veda qualquer tarifação dos danos suportados pelo consumidor. Para assegurar a sua observância, o legislador do Código optou por uma sistemática própria a reger as relações de consumo. Essa peculiar sistemática consiste desde a consolidação da responsabilidade objetiva³⁵⁵, até a inversão do ônus da prova.

O Código do Consumidor superou a clássica distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, no que respeita à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços. Ao equiparar ao consumidor todas as vítimas do acidente de consumo (art. 17), submeteu a responsabilidade do fornecedor a um tratamento unitário, tendo em vista que o fundamento dessa responsabilidade é a violação de um dever de segurança – defeito do produto ou serviço lançado no mercado – e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente de consumo.³⁵⁶

Nesse sentido Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem afirmam: “Realmente, a responsabilidade do fornecedor em seus aspectos contratuais e extracontratuais, presente nas normas do Código de Defesa do Consumidor (arts. 12 a 27), está *objetivada*, isto é, *concentrada* no *produto* ou no *serviço* prestado, concentrada na existência de um *defeito* (falha na segurança) ou na existência de um *vício* (falha na adequação, na prestabilidade). (...) Assim, os produtos ou serviços prestados trariam em si uma garantia de adequação para o seu uso e, até mesmo, uma garantia referente à segurança que deles se espera. Há efetivamente um novo *dever de qualidade* instituído pelo sistema do Código de Defesa do Consumidor, um novo dever *anexo*.”³⁵⁷

Dessa forma, nas relações de consumo, a responsabilidade do fornecedor, seja ela contratual ou extracontratual, está diretamente ligada à existência de um defeito ou de um vício no produto ou serviço prestado. Para que exista a responsabilidade do fornecedor, desta feita, basta a comprovação do defeito ou vício, do dano e do nexo causal. Simultaneamente, o Código de Defesa do Consumidor instituiu um dever de qualidade à

³⁵⁵ Cabe destacar aqui o artigo 931 do Código Civil, que também adota a teoria da responsabilidade objetiva pelos danos causados por produtos: “Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.”

³⁵⁶ Sergio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 39.

³⁵⁷ Cláudia Lima Marques; Antônio Herman V. Benjamin; Bruno Miragem, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 223.

atividade dos fornecedores, referente não apenas à adequação dos bens e serviços, como também à segurança que deles se espera.

Destaca Sérgio Cavalieri Filho que o Código de Defesa do Consumidor “deu uma guinada de 180 graus na disciplina jurídica então existente uma vez que transferiu os riscos do consumo do consumidor para o fornecedor”³⁵⁸. O Código esposou a teoria do *risco de empreendimento*, que se contrapõe à teoria do risco do consumo.

Acrescenta o autor: “Pela teoria do *risco do empreendimento*, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios e defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas.”³⁵⁹

O Código de Defesa do Consumidor previu ainda, de forma a tornar mais eficaz a nova sistemática instituída, a responsabilidade solidária de todos os que integram a cadeia de consumo, isto é, de todos que propiciaram a colocação do produto no mercado ou a prestação do serviço (arts. 7º, parágrafo único e 25, § 1º). Essa é a idéia geral³⁶⁰, uma vez que o microssistema do Código geralmente impõe a responsabilidade objetiva ou independente de culpa (arts. 12, 14, 18 e 20).³⁶¹

É de se frisar, por fim, que o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu em seus artigos a responsabilidade pelo fato e pelo vício do produto (arts. 12, 13 e 18), bem como a responsabilidade pelo fato e pelo vício do serviço (arts. 14 e 20), todas tendo, como regra geral, a natureza objetiva. Sendo relevante para o desenvolvimento do presente

³⁵⁸ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 473.

³⁵⁹ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 473.

³⁶⁰ Cabe destacar que o Código de Defesa do Consumidor impõe a solidariedade em matéria de defeito do serviço (art. 14), em contraponto aos artigos 12 e 13, onde há previsão de responsabilidade objetiva imputada nominalmente a alguns agentes econômicos. Também nos artigos 18 e 20, a responsabilidade é imputada a toda a cadeia, não importando quem contratou com o consumidor (Cláudia Lima Marques; Antônio Herman V. Benjamin; Bruno Miragem, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 188).

³⁶¹ Cláudia Lima Marques; Antônio Herman V. Benjamin; Bruno Miragem, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 188.

trabalho a estudo da responsabilidade decorrente da prestação de serviços, o próximo tópico será dedicado ao seu estudo.

3.5 Responsabilidade civil na prestação de serviços

Primeiramente, é necessário estabelecer a diferença existente entre vício e defeito, uma vez que do Código de Defesa do Consumidor prevê, no seu artigo 14³⁶², a responsabilidade pelo fato do serviço (defeitos), e, no seu artigo 20³⁶³, a responsabilidade pelo vício do serviço.

Luiz Antonio Rizzatto Nunes, ao estudar os vícios, afirma que eles são as características de qualidade ou quantidade que tornam produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e também que lhes diminuem o valor. Da mesma forma, destaca o autor, são considerados vícios os decorrentes da disparidade havida em relação às indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem, oferta ou mensagem publicitária. Ensina ainda que o defeito pressupõe o vício; sendo assim, há vício sem defeito, mas não há defeito sem vício.³⁶⁴

³⁶² “Artigo 14 - O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 1º - O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - os resultados e os riscos que razoavelmente deles se esperam; III - a época em que foi fornecido. § 2º - O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. § 3º - O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor. § 4º - A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

³⁶³ “Artigo 20 - O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a reexecução do serviço, sem custo adicional e quando cabível; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço. § 1º - A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor. § 2º - São impróprios os serviços que se mortem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.”

³⁶⁴ Luiz Antonio Rizzatto Nunes, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Saraiva, p. 214.

Enquanto o vício é uma característica inerente, intrínseca do produto ou serviço em si, o defeito é acrescido de um problema extra, que causa um dano maior que simplesmente o mau funcionamento, o não-funcionamento, a quantidade errada, a perda do valor pago. O defeito causa, além desse dano do vício, outro ou outros danos ao patrimônio jurídico material e/ou moral do consumidor.³⁶⁵

Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem adotam a *teoria da qualidade*, ao tratar da responsabilização no Código de Defesa do Consumidor, pela qual há no Código duas exigências: de *qualidade-adequação*, de um lado, e de *qualidade-segurança*, do outro. Nesse sentido, haveria *vícios de qualidade por inadequação* (arts. 18 e ss.) e *vícios de qualidade por insegurança* (arts. 12 a 17).³⁶⁶

Partindo dessa premissa, considera-se fato do serviço todo e qualquer acidente decorrente da sua prestação que causar dano à saúde ou à segurança do consumidor, ou de terceiros³⁶⁷, vítimas do evento (art. 17 do CDC³⁶⁸). A responsabilidade, nesse caso, advém dos denominados acidentes de consumo, e tem natureza mais grave que a decorrente de vícios, que por sua vez geram apenas danos inerentes ao próprio serviço, tornando-o inadequado ou lhe diminuindo o valor.

Na prestação de serviços médicos, que tem por objeto a saúde do paciente, não cabe falar em responsabilidade pelo vício, e sim pelo fato do serviço, pois a sua execução de forma inadequada colocará em risco a saúde e a segurança do consumidor ou de terceiros que por eles sejam atingidos. Desta feita, restringe-se este trabalho à análise da responsabilidade pelo fato do serviço.

³⁶⁵ Luiz Antonio Rizzatto Nunes, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 214.

³⁶⁶ Cláudia Lima Marques; Antônio Herman V. Benjamin; Bruno Miragem, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 225.

³⁶⁷ Zelmo Denari, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos*, in Ada Pellegrini Grinover et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 7. ed., São Paulo: Forense, 2001, cap. 4.

³⁶⁸ São os denominados *by standers*, aquelas pessoas equiparadas aos consumidores por terem sido vítimas dos defeitos do produto ou serviço, ainda que sejam estranhas à relação de consumo.

A responsabilidade pelo fato do serviço, como já ressaltado, tem como regra a natureza objetiva (art. 14 do CDC), sendo responsáveis todos aqueles que integram a cadeia de consumo de forma solidária (arts. 7º, parágrafo único e 25, § 1º do CDC). Informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos dos serviços prestados também fazem nascer o dever de ressarcimento pelo causador dos danos delas advindos.³⁶⁹

Traz o artigo 14, em seu parágrafo 4º, a única exceção ao sistema da responsabilidade civil objetiva presente no microsistema do Código de Defesa do Consumidor: a responsabilidade subjetiva atribuída aos profissionais liberais, no caso de defeito da prestação de serviços. Tratando-se de situação caracterizada como vício, os profissionais liberais continuam regulados pela regra geral do artigo 20 do Código de Defesa do Consumidor, com sua responsabilidade objetiva.³⁷⁰

Deseja-se privilegiar com a regra do artigo 14, parágrafo 4º do Código de Defesa do Consumidor, não o tipo de serviço prestado, e sim a pessoa (física) do profissional liberal³⁷¹. A diversidade de tratamento encontra seu fundamento na natureza *intuitu personae* dos serviços prestados por esses profissionais. O contrato fixado entre um profissional liberal e um cliente – é o caso de médicos e pacientes – é constituído com base na confiança.³⁷²

Ressalte-se, ainda, que a responsabilidade somente será subjetiva quando a obrigação assumida pelo profissional liberal for de meio, e não de resultado³⁷³. Na obrigação de resultado, a responsabilidade seguirá a regra geral do microsistema do consumidor, sendo, assim, objetiva.

³⁶⁹ A responsabilidade civil decorrente do dever de informar será analisada de forma detalhada no tópico em que se estudará o consentimento informado.

³⁷⁰ Cláudia Lima Marques; Antônio Herman V. Benjamin; Bruno Miragem, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 249.

³⁷¹ Cláudia Lima Marques; Antônio Herman V. Benjamin; Bruno Miragem, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 249.

³⁷² Zelmo Denari, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos*, cit., p. 176.

³⁷³ Será feita uma abordagem mais detalhada das obrigações de meio e de resultado ao se estudar a natureza da obrigação assumida pelo médico. Ver item 3.10.

3.6 Excludentes da responsabilidade pelo fato do serviço

3.6.1 Excludentes previstas expressamente no Código de Defesa do Consumidor

Haverá situações em que, apesar da ocorrência de dano, ao agente não será imputada a obrigação de indenizá-lo, por ausência de nexo causal. Assim, o Código de Defesa do Consumidor previu expressamente algumas causas excludentes, ou seja, causas que elidem o dever de indenizar, de forma que o fornecedor não será responsabilizado quando provar que: a) tendo prestado o serviço, o defeito inexiste, b) a culpa é exclusiva da vítima ou de terceiro (art. 14, § 3º do CDC).

A primeira causa excludente da responsabilidade pelo fato do serviço prevista expressamente no Código é a prova de inexistência de defeito por parte do fornecedor. Por óbvio, se não houver defeito na prestação de serviço, o dano terá ocorrido em razão de outra causa, não imputável ao fornecedor. Cabe destacar que os defeitos a que alude a lei são os decorrentes de concepção, de produção, de prestação ou de informação.³⁷⁴

A culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro é, igualmente à hipótese anterior, causa de exclusão do nexo causal. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, “fala-se de culpa exclusiva da vítima quando a sua conduta se erige em causa direta e determinante do evento, de modo a não ser possível apontar qualquer defeito no produto ou no serviço como fato ensejador de sua ocorrência”.³⁷⁵

A culpa exclusiva não se confunde com a culpa concorrente. No primeiro caso, desaparece o liame existente entre a conduta e o dano; no segundo, a responsabilidade se atenua em razão da concorrência de culpa. Nessa segunda hipótese, os aplicadores da norma costumam condenar o autor do dano a ressarcir pela metade o prejuízo sofrido pela vítima.³⁷⁶

³⁷⁴ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 482.

³⁷⁵ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 483.

³⁷⁶ Zelmo Denari, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos*, cit., p. 169.

Todavia, é de se frisar que a culpa concorrente não se aplica no microsistema do Código³⁷⁷. Nesse mesmo tom, afirma Zelmo Denari que “a doutrina, contudo, sem vozes discordantes, tem sustentado o entendimento de que a lei pode eleger a *culpa exclusiva* como única excludente de responsabilidade, como fez o Código de Defesa do Consumidor nesta passagem”³⁷⁸. Dessa forma, para que o dever de indenizar seja elidido, é preciso que o fornecedor do serviço comprove a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

3.6.2 Caso fortuito e força maior

A possibilidade de se invocar o caso fortuito ou a força maior como excludentes da responsabilidade não é pacífica no âmbito das relações de consumo, pois essas causas não se encontram expressamente previstas no Código de Defesa do Consumidor.³⁷⁹

A discussão acerca dessas excludentes se inicia na sua conceituação. Para alguns, as expressões são sinônimas, sendo inútil distingui-las³⁸⁰. Para outros, como Sílvio de Salvo Venosa, o caso fortuito decorre das forças da natureza, tais como terremotos e inundações; e a força maior decorre de atos humanos, tais como guerras, revoluções e greves³⁸¹. Por outro lado, Celso Antônio Bandeira de Mello define a força maior como sendo “força da natureza irreversível”, e o caso fortuito como “um acidente cuja raiz é tecnicamente desconhecida”.³⁸²

Não cabe aqui, contudo, um aprofundamento dessa questão, visto que a discussão mais relevante recai sobre a possibilidade ou não da sua incidência no microsistema do Código de Defesa do Consumidor. Alguns autores afastam a incidência do caso fortuito e da força maior, por não terem sido inseridos no rol das excludentes da responsabilidade do Código. É o caso de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery³⁸³. Todavia, esse

³⁷⁷ Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, cit., p. 398.

³⁷⁸ Zelmo Denari, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos, cit., p. 169.

³⁷⁹ Importante frisar que o Código Civil previu, no artigo 393, o caso fortuito e a força maior como excludentes da responsabilidade.

³⁸⁰ Sergio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 297.

³⁸¹ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil: responsabilidade civil*, cit., v. 4, p. 42.

³⁸² Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 979.

³⁸³ Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 965.

não parece ser o melhor entendimento para a questão. Cabe razão àqueles que aceitam a incidência dessas excludentes, desde que feita uma distinção entre a força maior e o caso fortuito internos e externos.

A força maior e o caso fortuito são tidos como internos quando ocorrem ainda dentro do processo produtivo ou da prestação de serviço. Não têm o condão de afastar a responsabilidade do fornecedor porque fazem parte da sua atividade. Estão ligados aos riscos do empreendimento, submetendo-se à noção geral de defeito de concepção do produto ou de formulação do serviço. De forma diversa, fala-se em força maior ou fortuito externos nos casos em que o fato não guarda nenhuma relação com a atividade do fornecedor³⁸⁴ e, dessa forma, elidem a responsabilidade.

Nesse sentido, Zelmo Denari afirma que se instalando essas causas na fase de concepção ou durante o processo produtivo, o fornecedor não pode invocá-las para se subtrair à responsabilidade por danos. Conclui que, em sentido contrário, “se o caso fortuito ou força maior se manifesta após a introdução do produto no mercado de consumo, ocorre uma ruptura do nexos de causalidade que liga o defeito ao evento danoso”.³⁸⁵

No mesmo diapasão, Sérgio Cavalieri Filho afirma que “o fortuito externo não guarda relação alguma com o produto, nem com o serviço, sendo, pois, imperioso admiti-lo como excludente da responsabilidade do fornecedor, sob pena de lhe impor uma responsabilidade objetiva fundada no risco integral, da qual o Código não cogitou”.³⁸⁶

Em consonância com esse entendimento, a Diretiva 85/374/CEE da União Européia adotou o caso fortuito e a força maior como dirimentes da responsabilidade, ao consagrar, no seu artigo 7º, não ser o produtor responsável se provar, tendo em vista as circunstâncias do caso, não existir o defeito causador do dano no momento em que o produto foi colocado em circulação, ou ter esse defeito surgido posteriormente.

³⁸⁴ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 487.

³⁸⁵ Zelmo Denari, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos, cit., p. 171.

³⁸⁶ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 488.

Por fim, cabe destacar haver entendimento do Superior Tribunal de Justiça pela aplicação do caso fortuito e da força maior no âmbito do Código de Defesa do Consumidor: “O fato de o artigo 14, parágrafo 3º do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas.”³⁸⁷

3.6.3 Risco de desenvolvimento

Há discussão de quem deva suportar os riscos de desenvolvimento³⁸⁸, vale dizer, os riscos que correm os fornecedores por defeitos que somente se tornam conhecidos em decorrência dos avanços científicos posteriores à colocação do produto ou serviço no mercado de consumo³⁸⁹. Seriam eles excludentes da responsabilidade do fornecedor ou não?

A Diretiva 85/374/CEE da União Européia aderiu à teoria dos riscos do desenvolvimento como eximente da responsabilidade, ao prever, no seu artigo 7º, que o produtor não é responsável se provar que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento em que o produto foi posto em circulação não permitia detectar a existência do defeito.

Forte setor da doutrina nacional afirma que o Código de Defesa do Consumidor, ao fixar, nos artigos 12, parágrafo 1º, III e 14, parágrafo 1º, III, que para os produtos ou serviços serem considerados defeituosos, há que se levar em consideração *a época* em que eles foram postos em circulação ou fornecidos, acolheu a teoria do risco de desenvolvimento.³⁹⁰

³⁸⁷ STJ – RESP n. 120.647-SP, 3ª Turma, rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJU*, de 1505.2000, p. 156.

³⁸⁸ Aramy Dornelles da Luz, *Código do Consumidor anotado*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 32.

³⁸⁹ Zelmo Denari, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos*, cit., p. 166.

³⁹⁰ Zelmo Denari, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos*, cit., p. 166.

No entanto, não se pode olvidar que o artigo 10 do Código veda a introdução, pelo fornecedor, de produto ou serviço no mercado de consumo, que sabe ou *deveria* saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade³⁹¹ à saúde ou segurança do consumidor. Dessa feita, para que o fornecedor possa alegar a teoria dos riscos do desenvolvimento em seu favor, há que demonstrar de forma incontestante que realizou todos os testes científicos disponíveis à época da colocação do produto ou serviço em circulação.

Ademais, como bem assevera Zelmo Denari, a adoção dessa teoria como excludente da responsabilidade deve se dar de forma muito criteriosa. Nas palavras do autor: “A nosso aviso, a dicção normativa do inciso III do artigo 12, parágrafo 1º do Código de Defesa do Consumidor está muito distante de significar a adoção da *teoria dos riscos de desenvolvimento*, em nível legislativo, como propôs a Comunidade Econômica Européia. De resto, o exemplo da novidade de certas drogas, como a Talidomida, e da comoção social causada em todo o mundo em decorrência do seu poder de mutilação do gênero humano, nos dá a exata medida da inconsistência dos postulados dessa teoria para aferição da responsabilidade dos fabricantes. Quando estão em causa vidas humanas, as eximentes de responsabilidade devem ser recebidas pelo aplicador da norma com muita reserva e parcimônia.”³⁹²

Potanto, a adoção dessa teoria no âmbito do microsistema do Código de Defesa do Consumidor deve se dar de forma cautelosa, na análise do caso concreto pelo juiz, devendo ele ponderar os bens em jogo, com base nos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da segurança jurídica. De forma que é no caso concreto que o julgador fixará o real alcance da teoria dos riscos do desenvolvimento.

Para finalizar a análise das excludentes da responsabilidade pelo fato do serviço no Código de Defesa do Consumidor, é de fundamental importância destacar que, em razão da responsabilidade dos profissionais liberais estar fundada na existência de culpa

³⁹¹ Nocivo é o que causa dano, que prejudica, prejudicial. Perigoso é o que representa uma ameaça a existência ou a integridade física de uma pessoa (Antônio Houaiss; Mauro de Salles Villar; Francisco Manoel de Mello Franco, *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2.022 e 2.189).

³⁹² Zelmo Denari, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos, cit., p. 166.

(art. 14, § 3º), também poderão ser invocadas nesses casos as excludentes da responsabilidade subjetiva, como a ausência de culpa do agente e a culpa concorrente.³⁹³

3.7 Incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações médico-paciente

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei de ordem pública (art. 1º) que regula as relações de consumo³⁹⁴, devendo ser aplicada sempre que elas estiverem presentes. As relações de consumo, por sua vez, existem sempre que houver a combinação de três elementos, dois subjetivos e um objetivo, quais sejam: o consumidor³⁹⁵ (subjetivo), o fornecedor (subjetivo) e a aquisição de um produto³⁹⁶ ou serviço³⁹⁷ (objetivo). Nas palavras de Paulo Sérgio Feuz: “Entende-se por relação de consumo aquela em que

³⁹³ Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, cit., p. 399.

³⁹⁴ Importante trazer à baila as palavras de Nelson Nery Júnior: “O CDC não fala de ‘contrato de consumo’, ‘ato de consumo’, ‘negócio jurídico de consumo’, mas de relação de consumo, termo que tem sentido mais amplo que aquelas expressões.” (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: da proteção contratual, in Ada Pellegrini Grinover et al., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 7. ed., São Paulo: Forense, 2001, cap. 6, p. 442).

³⁹⁵ O conceito de consumidor aparece em quatro momentos no Código de Defesa do Consumidor, sendo um basilar e três por equiparação. O conceito principal está no *caput* do artigo 2º do Código, que estabelece que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire produto ou serviço como destinatário final”. No parágrafo único do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor está o segundo conceito: “equipara-se ao consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que hajam intervindo nas relações de consumo”. O terceiro conceito está previsto no artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor: é o que a doutrina denomina de *by standers*; nesse artigo são equiparados aos consumidores todas as vítimas dos defeitos do produto ou serviço, ainda que estranhas à relação de consumo. E, por fim, o artigo 29 estabelece que são equiparadas aos consumidores todas aquelas pessoas expostas às práticas comerciais. A abrangência da expressão “destinatário final” é controvertida, para explicá-la há na doutrina e na jurisprudência duas correntes: a finalista ou minimalista e a maximalista. A interpretação finalista restringe a figura de consumidor à pessoa que adquire ou utiliza um produto ou serviço para uso próprio ou de sua família. Nesse caso, o consumidor necessita ser o destinatário fático e econômico do produto (serviço), não basta retirar o produto (serviço) da cadeia de produção, é preciso que quem o adquire não o faça para fins profissionais, para revenda. Por outro lado, para os maximalistas basta que o produto seja retirado do mercado de consumo para que se encontre a figura do consumidor, e destinatário final seria o destinatário fático do produto ou serviço. Os maximalistas vêem no Código de Defesa do Consumidor o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não como um conjunto de normas orientadas à proteção do consumidor não-profissional. Adotam essa corrente Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 72).

³⁹⁶ O termo produto tem origem na ciência econômica, e foi introduzido no direito através do ramo econômico. O termo está ligado à idéia de bem, ou seja, o resultado dos meios de produção. E como apresenta José Geraldo Brito Filomeno, “produto, entenda-se bens, é qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final” (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: disposições gerais. in Ada Pellegrini Grinover et al., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 7. ed., São Paulo: Forense, 2001, cap. 1, p. 44).

³⁹⁷ O parágrafo 2º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor trata do serviço, definindo-o como “qualquer atividade fornecida no mercado, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

existem duas partes fundamentais, ou seja, o fornecedor e o consumidor, que contratam um produto ou uma prestação de serviço.”³⁹⁸

Nesse diapasão, afirma Luiz Antonio Rizzatto Nunes: “Na medida em que a Lei n. 8.078/90 se instaura também com o princípio de ordem pública e interesse social, suas normas se impõem contra a vontade dos partícipes da relação de consumo, dentro de seus comandos imperativos e nos limites por ela delineados, podendo o magistrado, no caso levado a juízo, aplicar-lhe as regras *ex officio*, isto é, independentemente do requerimento ou protesto das partes.”³⁹⁹

Assim, quando houver uma relação de consumo, isto é, presentes os três elementos – o consumidor, o fornecedor, a prestação de um serviço ou o fornecimento de um produto – deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor que, por ser norma de ordem pública e interesse social, não pode ter sua incidência afastada. No mesmo sentido, ensina Fábio Ulhoa Coelho que para se diferenciar o âmbito de incidência do direito do consumidor, o critério fundamental é o da relação de consumo, afirmando que “as relações jurídicas assim caracterizadas submetem-se às normas, preceitos e comandos do Código de Defesa do Consumidor”.⁴⁰⁰

Ademais, destacam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery que o microsistema do Código de Defesa do Consumidor é lei de natureza *principiológica*. Tendo em vista que o Código estabelece os fundamentos sobre os quais se erigem as relações jurídicas de consumo, toda e qualquer relação dessa natureza deve submeter-se à principiologia nele instituída.⁴⁰¹

A relação existente entre médico e paciente é claramente uma relação de consumo, uma vez que de um lado está a figura do consumidor (paciente) e, do outro, a

³⁹⁸ Paulo Sérgio Feuz, *Direito do consumidor nos contratos de consumo*, São Paulo: Edipro, 2003, p. 50.

³⁹⁹ Luiz Antonio Rizzatto Nunes, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 76.

⁴⁰⁰ Fábio Ulhoa Coelho, *Manual de direito comercial*, 11. ed., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 81.

⁴⁰¹ Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 949.

figura do fornecedor (médico), detentor do conhecimento técnico necessário para desempenhar sua atividade, prestando um serviço especializado.⁴⁰²

De acordo com o artigo 1º da Resolução n. 1.627/2001 do Conselho Federal de Medicina, ato médico é todo ato de procedimento técnico-profissional praticado por médico legalmente habilitado e dirigido à promoção da saúde e prevenção de doenças ou profilaxia, prevenção da evolução de enfermidades ou execução de procedimentos diagnósticos ou terapêuticos e prevenção da invalidez ou reabilitação dos enfermos.

Dessa forma, o médico é uma pessoa física que presta um serviço à saúde de seus pacientes, de forma profissional, mediante certa paga ou ajuste⁴⁰³. Esse conceito se coaduna com o de fornecedor de serviços previsto no artigo 3º Código de Defesa do Consumidor, qual seja “fornecedor é toda *pessoa física* ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou *prestação de serviços*” (grifamos).

Ao paciente, por sua vez, é reconhecida a qualidade de consumidor, tendo em vista que os serviços adquiridos por ele são, sem dúvida, destinados à sua fruição, à promoção de sua saúde, através da realização de procedimentos diagnósticos ou terapêuticos pelo médico.

Reconhecendo a incidência do Código de Defesa do Consumidor na prestação de serviços médicos, João Monteiro de Castro afirma que a relação médico-paciente é “catalogável como uma relação de consumo, figurando o profissional da saúde como fornecedor e o cliente como consumidor”. Conclui que sendo essa relação de consumo, aplicar-se-lhe-ão todas as normas de ordem pública e interesse social atinentes ao direito consumerista.⁴⁰⁴

⁴⁰² Destaque-se entendimento em contrário de Miguel Kfoury Neto, defendendo a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações médico-paciente (*Direitos do paciente e responsabilidade civil médico-hospitalar: (re)definição conceitual*, Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 209-212).

⁴⁰³ Esse pagamento pode ser feito diretamente pelo próprio paciente, ou por um estabelecimento hospitalar. Nessa situação, a responsabilidade será objetiva, como será estudado quando da análise da responsabilidade civil dos hospitais.

⁴⁰⁴ João Monteiro de Castro, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 93.

Em julgamento apertado no Superior Tribunal de Justiça, com votação extremamente disputada (três votos a dois), a Ministra Nancy Andrighi defendeu a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos profissionais liberais, entendimento esse que foi acatado pela turma julgadora⁴⁰⁵. E, dentre os profissionais liberais, estão os médicos.

Destaque-se, ademais, que o fato de se entender que a relação existente entre o médico e o paciente é relação de consumo não faz com que seja, de forma absoluta, afastada a aplicação do Código Civil. Com a abordagem constitucional do direito civil, é preciso que se analise, no caso concreto, a incidência ou não do Código Civil às relações médico-paciente.

Cláudia Lima Marques, Antonio Herman Benjamin e Bruno Miragem trazem os ensinamentos de Erik Jayme, evocando o “diálogo das fontes” (*dialogue des sources*) para afirmar que nestes tempos pós-modernos, a visão de “superação de paradigmas” foi substituída pela “coexistência ou convivência dos paradigmas”, sendo possível a aplicação conjunta de duas normas ao mesmo caso, “seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente”, possibilitando a opção por uma das leis em conflito abstrato.⁴⁰⁶

O próprio Código de Defesa do Consumidor, no artigo 7º, estabelece que os direitos nele previstos não excluem outros decorrentes de outras normas incidentes no ordenamento jurídico pátrio, desde tratados e convenções de que o Brasil seja signatário, até regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como os que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Assim que normas convergentes e complementares ao Código de Defesa do Consumidor, eventualmente mais amplas ou benéficas, poderão ser aplicadas supletivamente em favor dos consumidores⁴⁰⁷. De outra parte, se houver conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e as normas previstas em outros diplomas legais, aquele

⁴⁰⁵ STJ – RESP n. 364.168, 3ª Turma, rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, j. 20.04.2004.

⁴⁰⁶ Cláudia Lima Marques; Antônio Herman V. Benjamin; Bruno Miragem, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 24-25.

⁴⁰⁷ Adalberto Pasqualotto, O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 43, p. 110, jul./set. 2002.

deve prevalecer sobre estas, pois, como mencionado, o Código de Defesa do Consumidor é uma lei de natureza principiológica (emanada da ordem constitucional), bem como uma lei especial (que tem seu âmbito de aplicação determinado pelos atores da relação de consumo). Isso não significa que a norma que será afastada no caso concreto está revogada, ela permanece válida no sistema jurídico.

No que concerne especificamente às relações médico-paciente, cabe destacar o disposto nos artigos 944 a 951 do Código Civil, que dispõem sobre a indenização e os mecanismos para a sua fixação. Essas normas poderão ser levadas em consideração no momento de fixação do montante devido pelo médico a título de reparação pelo dano que vier a causar ao paciente, desde que se mostrem compatíveis com o microsistema do Código de Defesa do Consumidor.⁴⁰⁸

Determinada a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações médico-paciente, o sistema de responsabilidade civil nele previsto é o que, de forma geral, será aplicado aos contratos de reprodução humana, ressalvadas as hipóteses em que, devido ao diálogo das fontes, outras normas e princípios devam incidir no microsistema do Código de Defesa do Consumidor, visando à proteção do consumidor.

3.8 Natureza contratual da relação médico-paciente

Importante se faz determinar a natureza jurídica da relação existente entre o médico e o paciente. Seria ela contratual ou extracontratual?

Durante muito tempo, existiu na doutrina nacional e estrangeira uma controvérsia quanto à natureza dessa relação. Contudo, atualmente, é praticamente indiscutível que a relação entre médico e paciente tem, em princípio, natureza contratual⁴⁰⁹. Segundo João

⁴⁰⁸ Essas normas serão estudadas de forma mais detida no tópico referente ao dano médico.

⁴⁰⁹ “Agravamento regimental. Responsabilidade médica. Obrigação de meio. Reexame fático-probatório. Súmula n. 7/STJ. Incidência. Segundo doutrina dominante a relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras) uma obrigação de meio e não de resultado. Precedente. Afastada pelo acórdão recorrido a responsabilidade civil do médico diante da ausência de culpa e comprovada pré-disposição do paciente ao deslocamento da retina – fato ocasionador da cegueira – por ser portador de alta miopia a pretensão de modificação do julgado esbarra, inevitavelmente, no óbice da Súmula n. 7/STJ. Agravamento regimental improvido.” (STJ – AGR no RESP n. 256174/DF, 4ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 04.11.2004, *DJU*, de 22.11.2004, p. 345).

Álvaro Dias, pelo simples fato de ter o seu consultório aberto ao público e de ter colocado a sua placa, o médico se encontra numa situação de proponente contratual. Por seu turno, o doente que se dirige ao consultório manifesta a sua aceitação de tal proposta⁴¹⁰. Nesse mesmo diapasão, Carlos Roberto Gonçalves afirma que não se pode negar a existência de um autêntico contrato entre o cliente e o médico.⁴¹¹

Alberto J. Bueres, no mesmo sentido, ensina: “A doutrina e a jurisprudência nacionais se pronunciaram categoricamente a favor da responsabilidade contratual dos médicos, por sua atuação frente ao paciente, como princípio geral.”⁴¹²

A natureza contratual é a regra geral, havendo, assim, exceções. João Álvaro Dias aponta como hipóteses de responsabilidade extracontratual, decorrente da atuação ilícita do médico, os danos causados por um facultativo ao prestar assistência a uma pessoa inanimada ou a um incapaz, cujo representante legal não conhece, ou não pode contratar.⁴¹³

No mesmo sentido, Alberto J. Bueres, ao tratar da responsabilidade extracontratual decorrente da atividade médica, a reconhece como exceção e enumera outros casos em que ela pode ocorrer, dentre eles: a) nulidade do contrato entre médico e paciente; b) prestação espontânea de serviço profissional pelo médico que socorre vítima de acidente em via pública; c) prática de crime por parte do profissional de saúde; d) exercício da atividade médica de forma espontânea, sem intervenção alguma por parte do paciente; e) imposição da relação médico-paciente por força de serviço militar ou para ingresso em algum emprego.⁴¹⁴

Cabe ainda lembrar que a discussão sobre a natureza da relação contratual ou extracontratual entre médico e paciente perdeu o seu valor quanto à responsabilidade civil, uma vez que o sistema de responsabilização do Código de Defesa do Consumidor é o

⁴¹⁰ João Álvaro Dias, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, cit., p. 221.

⁴¹¹ Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, cit., p. 359.

⁴¹² No original: “*La doctrina e la jurisprudencia nacionales se han pronunciado categóricamente a favor de la responsabilidad contractual de los médicos por su actuar frente al paciente, como principio general*” (Alberto J. Bueres, *Responsabilidad civil de los médicos*, 3. ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 64).

⁴¹³ João Álvaro Dias, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, cit., p. 226.

⁴¹⁴ Alberto J. Bueres, *Responsabilidad civil de los médicos*, cit., p. 125-134.

mesmo para as duas situações, pois fundado na idéia de ressarcimento das vítimas, encontra seu embasamento no defeito na prestação do serviço.

3.9 Natureza jurídica do contrato fixado entre médico e paciente

Superada na doutrina e na jurisprudência a discussão quanto à natureza contratual da relação médico-paciente, passou-se a discutir a natureza desse contrato: seria ele um contrato de prestação de serviços ou um contrato *sui generis*?

Aqueles que defendem a natureza *sui generis* dessa relação contratual o fazem com base na afirmação de que o médico não se limita a prestar serviços estritamente técnicos, acabando por se colocar numa posição de conselheiro, de guarda e protetor do enfermo e seus familiares.

Sérgio Cavalieri Filho afirma: “Parece-nos mais correto o entendimento daqueles que sustentam ter a assistência médica a natureza de contrato *sui generis*, e não de mera locação de serviços, consoante orientação adotada pelos Códigos da Suíça e da Alemanha.”⁴¹⁵

Com efeito, os serviços médicos não devem ser vistos como um contrato de prestação de serviços apenas, pois o elemento “confiança” é indispensável na relação médico-paciente⁴¹⁶. De acordo com esse entendimento, Irary Novah Moraes ensina que “o mecanismo pelo qual se estabelece a relação do médico com seu paciente é *sui generis*”.⁴¹⁷

Destarte, o contrato existente entre facultativo e paciente tem natureza *sui generis*, e possui como características peculiares: 1) a natureza *intuitu personae*⁴¹⁸, pois o paciente escolhe o médico baseado na confiança; 2) rescindível unilateralmente, decorrência da primeira característica; 3) de trato sucessivo, com frequência, pois envolve o diagnóstico e

⁴¹⁵ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 369.

⁴¹⁶ Ivelise Fonseca da Cruz, *A influência das técnicas da reprodução humana assistida no direito*, cit., p. 122.

⁴¹⁷ Irary Novah Moraes, *Erro médico e a justiça*, 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 401.

⁴¹⁸ O caráter *intuitu personae* muitas vezes é relativizado pela urgência no atendimento, não havendo tempo para o paciente escolher o médico desejado com base na confiança.

tratamento da enfermidade; 4) bilateral e oneroso, impondo obrigações recíprocas e, via de regra, sem vincula gratuita; 5) de forma livre⁴¹⁹; 6) de consumo.

3.10 Obrigação de meio ou de resultado

Restou determinado que a natureza do contrato existente entre médico e paciente é *sui generis* e reconhecido que a relação jurídica existente entre ambos é de consumo. Importa saber agora se a obrigação gerada pela avença é de resultado ou de meio.⁴²⁰

A distinção entre obrigação de meio e de resultado foi desenvolvida por René Demogue⁴²¹. Nos Estados Unidos, ela não é utilizada. Há um entendimento predominante, no sentido de que o médico, salvo um contrato especial, não promete o êxito da operação ou tratamento. Ele apenas assegura que possui os conhecimentos necessários, conforme a média dos seus colegas, e que o aplicará cuidadosamente.⁴²²

Contudo, uma grande parte da doutrina entende aplicável essa distinção. Ela é majoritária na França, na Itália e na Espanha⁴²³. Da mesma forma no Brasil, como se extrai das obras de diversos autores.⁴²⁴

Segundo Rafael Aguiar-Guevara, as obrigações de meio são aquelas em que o caráter aleatório do resultado perseguido, especialmente na medicina, impede que se exija um desfecho específico a ser alcançado; cabe ao devedor empregar a diligência, a perícia e a prudência necessárias à execução da obrigação. Por sua vez, as obrigações de resultado são aquelas nas quais a prestação assumida pelo devedor é precisa, determinada, é um fim em si mesma, e a não consecução do resultado é prova suficiente do inadimplemento do devedor.⁴²⁵

⁴¹⁹ Alberto J. Bueres, *Responsabilidad civil de los médicos*, cit., p. 119-125.

⁴²⁰ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 371.

⁴²¹ Rafael Aguiar-Guevara, *Tratado de derecho médico*, Caracas: Legis Lec, 2001, p. 138.

⁴²² Ricardo Luis Lorenzetti, *Responsabilidad civil de los médicos*, cit., v. 1, p. 470.

⁴²³ Ricardo Luis Lorenzetti, *Responsabilidad civil de los médicos*, cit., v. 1, p. 470.

⁴²⁴ Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, cit., p. 360; Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 371; Miguel Kfoury Neto, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 29.

⁴²⁵ Rafael Aguiar-Guevara, *Tratado de derecho médico*, cit., p. 141.

As obrigações assumidas pelos médicos são, em regra, conforme a doutrina⁴²⁶ e jurisprudência⁴²⁷ majoritárias, de meio. Nas palavras de Alberto J. Bueres: “O médico, em geral, sobretudo quanto aos cuidados profissionais – atividade central – contrai uma obrigação de meios, posto que só promete a realização de um comportamento diligente para alcançar um resultado não garantido por ser aleatório”.⁴²⁸

Todavia, há situações em que o médico assume uma obrigação de resultado⁴²⁹. É o que ocorre, em geral, nas hipóteses dos exames laboratoriais que não oferecem riscos, intervenções cirúrgicas de notória simplicidade⁴³⁰ ou de cirurgia estética.⁴³¹

De acordo com Ricardo Luis Lorenzetti, os efeitos decorrentes da distinção entre obrigação de meio e de resultado variam conforme o autor. Para uns, o principal efeito é

⁴²⁶ Alberto J. Bueres, *Responsabilidad civil de los médicos*, cit., p. 489-509; Amélia do Rosário Motta de Pádua, *Responsabilidade civil na reprodução assistida*, cit., p. 149; Edmilson de Almeida Barros Júnior, *A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional*, cit., p. 116; Genival Veloso França, *Direito médico*, 9. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 247; Ricardo Luis Lorenzetti, *Responsabilidad civil de los médicos*, cit., v. 1, p. 341-362.

⁴²⁷ “Civil. Cirurgias. Sequelas. Reparação de danos. Indenização. Culpa. Presunção Impossibilidade. Segundo doutrina dominante, a relação médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio e não de resultado. Em razão disso, no caso de danos e sequelas porventura decorrentes da ação do médico, imprescindível se apresenta a demonstração de culpa do profissional, sendo descabida presumi-la à guisa de responsabilidade objetiva. Inteligência dos artigos 159 e 1.545 do Código Civil de 1916 e do artigo 14, parágrafo 4º do Código de Defesa do Consumidor. Recurso especial conhecido e provido para restabelecer a sentença.” (STJ – RESP n. 196306/SP, 4ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 03.08.2004, DJU, de 16.08.2004, p. 261).

⁴²⁸ No original: “*Lo médico, en general, sobre todo en lo que hace a los cuidados profesionales – actividad central – contrae una obligación de medios, puesto que sólo empeña la realización de un comportamiento diligente para alcanzar un resultado no afianzado por sua aleatoridad.*” (Alberto J. Bueres, *Responsabilidad civil de los médicos*, cit., p. 469 – nossa tradução).

⁴²⁹ “Responsabilidade civil. Erro de diagnóstico. Exames radiológicos. Danos morais e materiais. O diagnóstico inexacto fornecido por laboratório radiológico levando a paciente a sofrimento que poderia ter sido evitado, dá direito à indenização. A obrigação da ré é de resultado, de natureza objetiva (art. 14 c.c. o art. 3º do CDC). Danos materiais devidos, tendo em vista que as despesas efetuadas com os exames posteriores ocorreram em razão do erro cometido no primeiro exame radiológico. Valor dos danos morais fixados em 200 salários mínimos, por se adequar melhor à hipótese dos autos. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.” (STJ – RESP n. 594962/RJ, 3ª Turma, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 09.11.2004, DJU, de 17.12.2004, p. 534).

⁴³⁰ A álea na relação médico-paciente é o organismo deste. Assim, nesses dois casos em que, devido a simplicidade do tratamento, não há que se falar numa interferência desse fator, o médico está obrigado a alcançar um resultado determinado.

⁴³¹ Não é pacífico na doutrina o entendimento segundo o qual a obrigação assumida pelo médico na cirurgia estética é de resultado. Contudo, a questão não será discutida neste trabalho, por não ter relevância com o seu desenvolvimento, pois aqui importa saber se a obrigação assumida nos contratos de reprodução humana assistida é de meio ou de resultado.

distribuir a carga da prova, enquanto que para outros é fixar a imputabilidade objetiva (resultado) ou subjetiva (meio).⁴³²

No Brasil, a doutrina majoritária defende que a distinção entre obrigação de meio e de resultado na prestação de serviços médicos é determinante para se fixar a carga probatória⁴³³. Nesse diapasão, doutrina José Carlos Maldonado de Carvalho: “A responsabilidade civil médica de profissionais liberais é sempre subjetiva: com culpa provada, quando assumem obrigações de meio, e com culpa presumida, quando assumem obrigações de resultado.”⁴³⁴

Em outro sentido, João Monteiro de Castro afirma que a natureza da obrigação resultante do contrato médico-paciente poderá objetivar-se quando as obrigações assumidas forem de resultado⁴³⁵. No mesmo tom, Ivelise Fonseca da Cruz destaca que nesses casos o médico responderá de forma objetiva, independentemente de culpa, se houver dano ou se não for alcançado o fim a que se propôs.⁴³⁶

Cabe razão à linha doutrinária que entende pela responsabilidade do médico objetivar-se quando ele assumir uma obrigação de resultado. Não haveria sentido, diante do Código de Defesa do Consumidor, que possibilita a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII), essa preocupação em distinguir entre obrigação de meio e de resultado para modificar a distribuição da carga probatória. Até mesmo porque, na prática, na maioria das vezes o juiz deverá fazê-lo, diante da hipossuficiência do consumidor ou da verossimilhança das suas alegações.⁴³⁷

⁴³² Ricardo Luis Lorenzetti, *Responsabilidad civil de los médicos*, cit., v. 1, p. 469.

⁴³³ Sergio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 369; Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, cit., p. 356; Amélia do Rosário Motta de Pádua, *Responsabilidade civil na reprodução assistida*, cit., p. 154.

⁴³⁴ José Carlos Maldonado de Carvalho, *Responsabilidade civil médica: acórdãos na íntegra dos tribunais superiores*, 2. ed. rev. ampl., Rio de Janeiro: Destaque, 2001, p. 51.

⁴³⁵ João Monteiro de Castro, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 64.

⁴³⁶ Ivelise Fonseca da Cruz, *A influência das técnicas da reprodução humana assistida no direito*, cit., p. 125.

⁴³⁷ Ao comentar o parágrafo 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, Zelmo Denari afirma: “Se o dispositivo comentado afastou, na espécie sujeita, a responsabilidade objetiva, não chegou a abolir a aplicação do princípio da inversão do ônus da prova.” (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos, cit., p. 176).

3.11 Obrigação de meio ou de resultado na reprodução humana assistida

A regra, como visto, é que as obrigações assumidas pelo médico são de meio e não de resultado. E nos contratos de reprodução humana assistida?

Como bem assevera Amélia do Rosário Motta de Pádua⁴³⁸, o objeto desses contratos é a utilização de meios técnico-científicos para a compensação da infertilidade, não a sua cura⁴³⁹. Os pacientes não estão acometidos de uma doença ou de um mal para o qual sejam aplicáveis tratamentos terapêuticos ou cirúrgicos para dissipá-los. Os meios utilizados visam um objetivo final: a gravidez, que não pode ser garantida. Portanto, a utilização das técnicas de reprodução assistida gera uma obrigação de meio, não de resultado.

Nesse sentido, João Álvaro Dias ensina: “Pode, com toda segurança, afirmar-se que a orientação conformadora do regime jurídico das técnicas de procriação medicamente assistida vai no sentido de considerar que o médico está apenas vinculado por uma obrigação de meios”⁴⁴⁰. No mesmo tom, Ivelise Fonseca da Cruz doutrina: “A inferência que fazemos quanto às técnicas da reprodução assistida é que o médico está ligado tão-somente a uma obrigação de meio.”⁴⁴¹

Cabe lembrar que para alcançar o resultado gravidez, o médico poderá indicar, após estudar o caso da paciente (pacientes), a fertilização *in vitro*. Essa técnica importa basicamente, como estudado, em quatro fases: tratamento hormonal da mulher, coleta de oócitos, fecundação *in vitro* e transferência embrionária.

Ensina, mais uma vez, Amélia do Rosário Motta de Pádua que “cada uma dessas fases pode representar um objetivo (objeto) que, isoladamente, visa um objeto que pode ou

⁴³⁸ Amélia do Rosário Motta de Pádua, *Responsabilidade civil na reprodução assistida*, cit., p. 203.

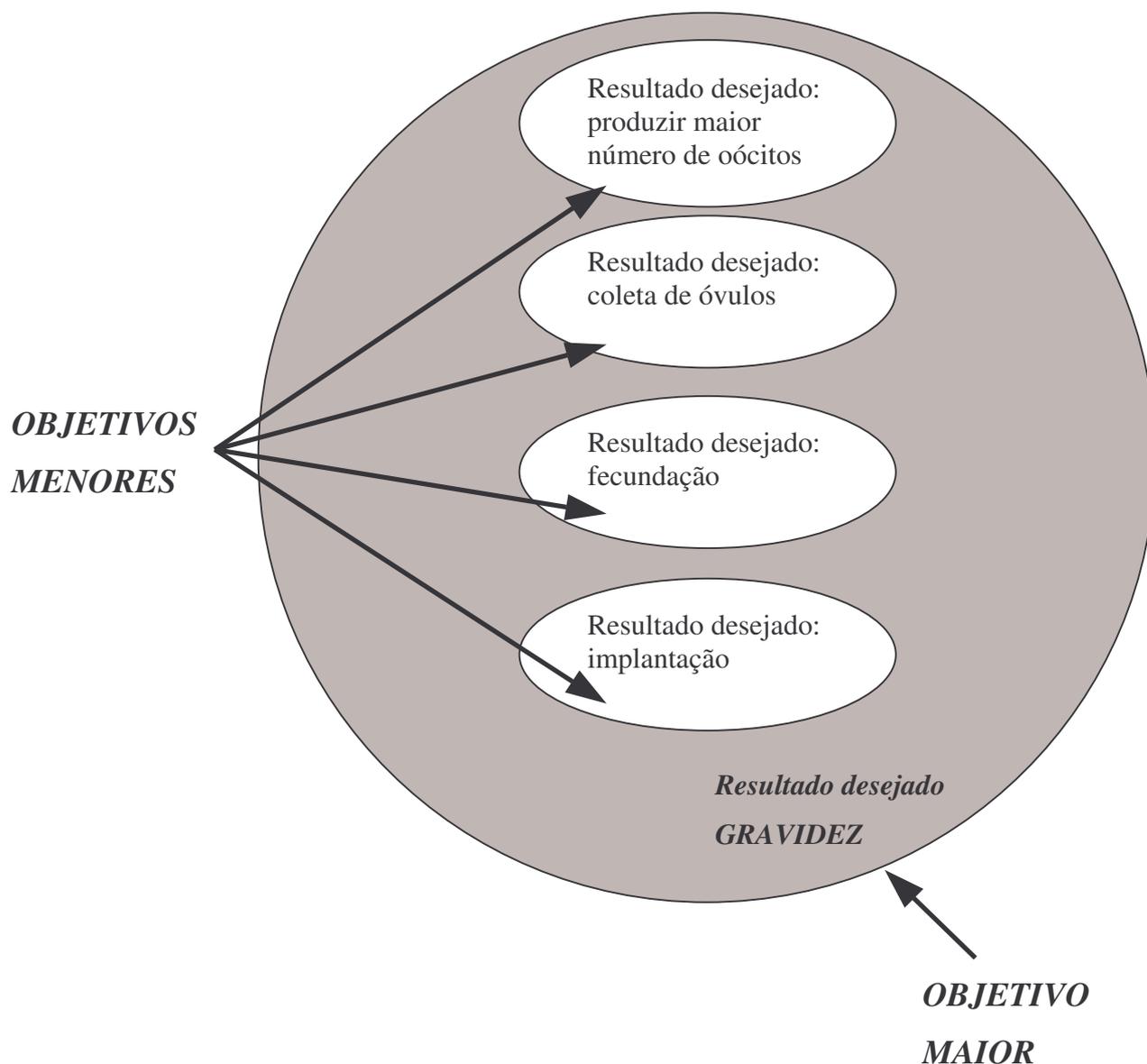
⁴³⁹ Como já estudado, as técnicas de reprodução humana não são capazes de tornar uma pessoa infértil em fértil, mas apenas de fornecer-lhe meios para que consiga procriar. As exceções são a recanalização das trompas e a reversão da vasectomia.

⁴⁴⁰ João Álvaro Dias, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, cit., p. 256.

⁴⁴¹ Ivelise Fonseca da Cruz, *A influência das técnicas da reprodução humana assistida no direito*, cit., p. 126.

não ser atingido, não ilidindo a sua execução com prudência, diligência e perícia”⁴⁴². Dessa feita, o médico está vinculado, em um contrato dessa natureza, por diversas obrigações, conforme mostra a figura seguinte:

Figura 4 – Objetivos da procriação assistida⁴⁴³



⁴⁴² Amélia do Rosário Motta de Pádua, *Responsabilidade civil na reprodução assistida*, cit., p. 203.

⁴⁴³ Amélia do Rosário Motta de Pádua, *Responsabilidade civil na reprodução assistida*, cit., p. 204.

Tanto o objetivo maior quanto os menores devem ser vistos, em regra, como obrigações de meio, cabendo ao médico empregar prudência, diligência e perícia em cada uma dessas fases. Essa distinção é importante para que seja evitada a alegação, por parte do profissional, de iatrogenia *stricto sensu*⁴⁴⁴ no processo de reprodução humana assistida.

Já os serviços complementares, como exames laboratoriais⁴⁴⁵ (testes hormonais, espermogramas, etc.) e especializados (raios-X, ultra-sonografia, etc.), bem como o uso de serviços hospitalares (pequenas internações, salas de cirurgia, etc.), encerram obrigações de resultado⁴⁴⁶ que, como já mencionado, geram responsabilidade objetiva, pelas razões já expostas.

3.12 Consentimento informado: o direito à informação

3.12.1 Direito à informação

O princípio da informação encontra-se consagrado na Constituição Federal, nos artigos 1º, incisos II, III e IV, 5º, incisos XIV, XXXII, XXXIII e LXXII, 170, inciso IV, 220 e 221⁴⁴⁷. O direito à informação está previsto de forma expressa no Código de Defesa do Consumidor como princípio, no artigo 4º, inciso V, e como direito básico do consumidor e dever do fornecedor, no artigo 6º, inciso III.

⁴⁴⁴ A palavra “iatrogenia” é composta a partir de dois radicais gregos: *iatrós* e *genos*. O primeiro significa médico e o segundo produzir, geração. A junção deles, dessa forma, indica tudo o que seja causado pelo médico. Assim que a iatrogenia, em sentido lato, é o efeito indesejável causado ao paciente, em razão de um tratamento prescrito pelo médico. Para saber se esse resultado se enquadra em um dano indenizável ou não é preciso verificar se houve culpa médica. A iatrogenia em sentido estrito, por sua vez, é a lesão causada ao paciente, algumas vezes previsível, contudo inevitável, decorrente do tratamento médico. A lesão iatrogênica *stricto sensu* está diretamente relacionada ao tratamento médico necessário para a enfermidade apresentada. Não há que se falar em culpa do médico, apesar de existir o nexo causal entre a conduta do facultativo e o dano suportado pelo paciente. Dessa forma, não persiste, em regra o dever de indenizar (Daniela Lenza Navarrete, *Responsabilidade civil dos médicos*, cit., p. 177-183; Irany Novah Moraes, *Erro médico e a justiça*, cit., p. 489-492; João Monteiro de Castro, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 30-32).

⁴⁴⁵ Desde que reste demonstrado que deve ser feita uma análise técnica, que não requeiram um juízo médico mais complexo.

⁴⁴⁶ Amélia do Rosário Motta de Pádua, *Responsabilidade civil na reprodução assistida*, cit., p. 204.

⁴⁴⁷ Alexandre David Malfatti, *Direito-informação no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Alfabeta Jurídico, 2003, p. 231.

Ensina Alexandre David Malfatti: “O princípio da informação pode ser classificado como um *princípio constitucional implícito* extraído da interpretação sistemática – atuando em conjunto com o processo de generalização – de outros princípios constitucionais: da dignidade da pessoa humana; da livre iniciativa; da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da erradicação da pobreza; da redução das desigualdades sociais e regionais; da promoção do bem de todos; da proteção à vida (e à saúde); da liberdade de expressão (intelectual, artística, científica e comunicação); do acesso à informação; da defesa do consumidor; da livre concorrência; do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. Não se tem dúvida, desta forma, do nível constitucional do princípio da informação nas relações de consumo.”⁴⁴⁸

É de frisar-se que a extração do princípio da informação no Código de Defesa do Consumidor é feita ainda a partir do princípio da transparência e do princípio da boa-fé objetiva.⁴⁴⁹

De acordo com Luiz Antonio Rizzatto Nunes, o princípio da transparência será complementado pelo dever de informar⁴⁵⁰. Por sua vez, Alexandre David Malfatti os equipara. Diz esse autor: “Pode-se concluir que as locuções *princípio da transparência* e *princípio da informação* devem ser tomadas com igual significação.”⁴⁵¹

A doutrina costuma, ademais, abordar o princípio da informação em estreita conexão com o princípio da boa-fé. Ruy Rosado de Aguiar Júnior afirma que o princípio da boa-fé exerce uma “função integradora, atuando como fonte de direito e obrigações ao lado do acordo de vontades”⁴⁵². Dentre os deveres anexos criados pelo princípio da boa-fé objetiva, destaca-se o dever de informação.⁴⁵³

⁴⁴⁸ Alexandre David Malfatti, *Direito-informação no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 231.

⁴⁴⁹ Alexandre David Malfatti, *Direito-informação no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 232-238.

⁴⁵⁰ Luiz Antonio Rizzatto Nunes, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 104.

⁴⁵¹ Alexandre David Malfatti, *Direito-informação no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 233.

⁴⁵² Ruy Rosado de Aguiar Júnior, A boa-fé nas relações de consumo, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 14, p. 25, abr./jun. 1995.

⁴⁵³ Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 187.

Contudo, conforme, mais uma vez, os ensinamentos de Alexandre David Malfatti, devido à importância e o alcance do princípio da informação, ele não está inserido como parte do princípio da boa-fé objetiva. Nas suas palavras, “a estreita conexão entre eles não retira a autonomia do princípio da informação”.⁴⁵⁴

Para parte considerável da doutrina, esse princípio possui uma dimensão tríplice⁴⁵⁵, e na relação de consumo é concretizado da seguinte forma: 1) direito de informação por parte do fornecedor; 2) dever de informação por parte do fornecedor; 3) direito de ser informado por parte do consumidor⁴⁵⁶. Defende-se a adoção de uma quarta dimensão, a do dever de informar por parte do consumidor, quando essencial ao objeto do contrato de consumo, como nos contratos médicos, nos quais os detalhes sobre a saúde do paciente, por diversas vezes, são fundamentais para o êxito do tratamento.⁴⁵⁷

O direito à informação é exigido mesmo antes do início de qualquer relação. A informação deve ser adequada e clara. Adequação é o ato de ajustamento, de adaptação⁴⁵⁸. Afirma-se que algo é claro quando é fácil de entender, de apreender, quando está evidente, manifesto.⁴⁵⁹

Cabe frisar a importância desse princípio nas relações médico-paciente, em que são utilizados termos técnicos de difícil apreensão pelo consumidor, razão pela qual é preciso que o médico tenha uma atenção dobrada ao conceder as informações ao paciente, verificando se ele está apreendendo e compreendendo tudo que lhe está sendo exposto. A necessidade de clareza e adequação é manifesta nesses contratos.

⁴⁵⁴ Alexandre David Malfatti, *Direito-informação no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 234.

⁴⁵⁵ Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior dizem que o direito de informação assume três feições: o direito de informar, de se informar e de ser informado (*Curso de direito constitucional*, cit., p. 103). Este trabalho segue a doutrina de Alexandre David Malfatti, não sendo feita distinção entre o direito de se informar e o direito de ser informado.

⁴⁵⁶ Alexandre David Malfatti, *Direito-informação no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 232.

⁴⁵⁷ Nesse sentido, afirma Alexandre David Malfatti: “Aliás, não representa absurdo se falar também num dever de informação do consumidor, quando essencial ao objeto de contrato de consumo e se lícita e adequada sua exigência pelo fornecedor. De qualquer forma, neste aspecto, como salientado anteriormente, o dever de informação do consumidor deve ser encarado como parte de um comportamento contratual de acordo com a boa-fé.” (*Direito-informação no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 235).

⁴⁵⁸ Antônio Houaiss; Mauro de Salles Villar; Francisco Manoel de Mello Franco, *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, cit., p. 81.

⁴⁵⁹ Antônio Houaiss; Mauro de Salles Villar; Francisco Manoel de Mello Franco, *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, cit., p. 236.

Com efeito, o princípio da informação possui dois elementos que se complementam: educação e informação. A educação está associada ao nível de conhecimento do fornecedor e do consumidor. A informação está ligada ao conteúdo da própria mensagem⁴⁶⁰. Dessa forma, o médico, se necessário, deverá conceder o conhecimento técnico suficiente, “educando” o consumidor, para que ele possa ter total apreensão do que lhe é informado.

Essa necessidade de educar o consumidor adquire especial relevo nos contratos de reprodução humana assistida, que têm por objeto gametas, embriões ou fetos, assim como a saúde dos pais. Esses tipos contratuais, destaca Carlos Nelson Konder, tratam de valores como vida, integridade física, privacidade, família e dignidade humana. Por isso, arremata o autor, “deve ser afastada qualquer análise redutora à mera perspectiva patrimonialista, privilegiando-se uma interpretação constitucional destes contratos”⁴⁶¹, devendo-se, destarte, aplicar todos os princípios constitucionais aos contratos dessa natureza, destacando-se como um dos mais relevantes o princípio da informação.

O artigo 59 do Código de Ética Médica, na esteira do princípio da informação, dispõe que é defeso ao médico “deixar de informar o diagnóstico ou prognóstico, os riscos ou objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, neste caso, a comunicação ser feita ao seu responsável”.

Dentre as informações fundamentais que devem ser prestadas por um médico a um paciente, Roberto Vázquez Ferreyra enumera as seguintes: a) descrição do procedimento proposto, tanto dos seus objetivos como a forma que será realizado; b) riscos, moléstias e efeitos secundários possíveis; c) benefícios do procedimento a curto, médio e longo prazo; d) possíveis procedimentos alternativos e seus riscos e vantagens; e) efeitos previsíveis da não-realização de nenhum dos procedimentos possíveis; f) comunicação ao paciente da disposição do médico em complementar toda a informação, quando o paciente desejar, e resolver todas as suas dúvidas; g) comunicação ao paciente de

⁴⁶⁰ Alexandre David Malfatti, *Direito-informação no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 236.

⁴⁶¹ Carlos Nelson Konder, Elementos de uma interpretação constitucional dos contratos de reprodução assistida, *RTDC: Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 7, p. 250, jul./set. 2001.

sua liberdade para reconsiderar, a qualquer momento, a decisão tomada; h) os custos do tratamento.⁴⁶²

Urge lembrar que o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que “o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, *bem como por informações insuficientes ou inadequadas* sobre a fruição e riscos” (grifamos). Assim sendo, o desrespeito ao princípio da informação faz nascer o dever de ressarcimento por parte do fornecedor de serviços.

O instrumento de concretização do princípio da informação nas relações médico-paciente é o consentimento informado.

3.12.2 Consentimento Informado

Consentimento é o comportamento pelo qual se autoriza a alguém determinada atuação. No caso do procedimento para o ato médico, numa atuação na esfera físico-psíquica do paciente, com o propósito de melhoria da saúde, do próprio enfermo, ou de terceiro.⁴⁶³

De acordo com o doutrinador português João Álvaro Dias, consentimento informado é “aquele que tem como base o integral cumprimento do dever médico de explicar ao doente, de modo compreensível e leal, o tratamento que se propõe fazer, quais os prováveis efeitos e quais os riscos possíveis, ainda que casuais”.⁴⁶⁴

Com efeito, o consentimento informado representa mais do que uma mera faculdade de escolha do facultativo ou de uma terapia, ele é consequência do diálogo realizado entre médico e paciente, com a finalidade de possibilitar o início do tratamento⁴⁶⁵. Conforme Daniela Lenza Navarrete, a conduta do médico recebe o caráter

⁴⁶² Roberto Vázquez Ferreyra, *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, 2. ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 39.

⁴⁶³ Miguel Kfourri Neto, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 38.

⁴⁶⁴ João Álvaro Dias, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, cit., p. 292.

⁴⁶⁵ Miguel Kfourri Neto, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 39.

de licitude, através da vontade livre do paciente em se submeter ao tratamento⁴⁶⁶, que é expressada pelo consentimento informado.

No mesmo sentido, Alberto J. Bueres afirma que “em princípio, o médico não pode efetuar nenhum tipo de tratamento sem obter o consentimento do paciente. Essa regra se impõe de maneira incontestável, uma vez que leva em consideração um dos aspectos mais importantes da liberdade pessoal”.⁴⁶⁷

Rafael Aguiar-Guevara ensina que, de acordo com as referências históricas, a doutrina do consentimento informado pode chegar tão longe quanto a própria história da antiga Grécia; tendo se fortalecido com a consagração dos direitos humanos na história contemporânea. Mas, continua o autor, foi realmente em 1957, quando uma sentença americana reconheceu concretamente que os médicos têm um dever de prestar informações aos pacientes, que se consolidou a necessidade de um consentimento informado.⁴⁶⁸

Contudo, lembra Rafael Aguiar-Guevara que dois outros fatos evidentemente semearam os pilares fundamentais do consentimento, para que, posteriormente, fosse desenvolvida a doutrina do consentimento informado. O primeiro deles foi no Reino Unido, em 1767, no caso Slater contra Baker e Stapleton. Esses médicos, no curso de uma intervenção traumatológica no braço de um paciente, decidiram, sem consultar o paciente, desunir o calo ósseo porque a consolidação da fratura não estava se desenvolvendo de forma correta. A Corte entendeu, com base no testemunho de outros cirurgiões, que não havia sido respeitada a vontade do paciente. Na sentença ficou claro que o juiz estava preocupado tanto com a falta de consentimento, quanto com a falta de informação.⁴⁶⁹

O segundo caso é o de Mary Schloendorf contra a cidade de Nova Iorque. Ela ingressou no hospital e, após alguns exames, foi descoberta uma tumoração abdominal parecida com um fibroma. Mary expressou seu consentimento para ser levada a um cirurgião com a finalidade de obter um diagnóstico invasivo, no entanto advertiu que não

⁴⁶⁶ Daniela Lenza Navarrete, *Responsabilidade civil dos médicos*, cit., p. 121.

⁴⁶⁷ No original: “*en principio, el médico no puede efectuar ningún tipo de tratamiento sin recabar el consentimiento del paciente. Esta directiva se impone de manera incontestable dado que tiene en cuenta uno de los aspectos más salientes de la libertad personal*” (Alberto J. Bueres, *Responsabilidade civil de los médicos*, cit., p. 157 – nossa tradução).

⁴⁶⁸ Rafael Aguiar-Guevara, *Tratado de derecho médico*, cit., p. 166.

⁴⁶⁹ Rafael Aguiar-Guevara, *Tratado de derecho médico*, cit., p. 166.

se submeteria a nenhum tratamento cirúrgico. Ocorre que, ao realizar a intervenção, o médico, pelas características externas do tumor, concluiu tratar-se de um câncer e o retirou completamente. A paciente desenvolveu complicações e precisou amputar um dedo, além de necessitar permanecer por mais tempo no hospital.

A decisão sobre a matéria da Corte de Apelações de Nova Iorque, em 1914 estabeleceu que todo ser humano adulto e são mentalmente tem direito de informar quais os procedimentos a que deseja se submeter, determinando o que será feito com seu corpo. Responsabiliza-se o cirurgião que praticar uma operação sem o consentimento do paciente, considerando-se o fato como um agressão ou ataque intencional à pessoa.⁴⁷⁰

No que tange à legislação, o Código de Nuremberg (1947) foi o primeiro código internacional de ética para pesquisas envolvendo seres humanos, e tornou-se um marco no que concerne ao consentimento informado. Dispõe no item n. 1: “*o consentimento voluntário* do paciente humano é absolutamente necessário”. Com essa determinação, ele foi o primeiro conjunto de regras internacionais destinado a controlar a prática de pesquisa com seres humanos.⁴⁷¹

O Relatório de Warnock e a maioria das legislações comparadas também reconhecem a necessidade do consentimento informado⁴⁷². Em Portugal, o consentimento informado e esclarecido deriva da proteção aos direitos da personalidade, do direito à integridade físico-psíquica e da liberdade de vontade (autodeterminação). Decorre diretamente do artigo 25º⁴⁷³ da Constituição portuguesa, que protege a integridade pessoal e o desenvolvimento da personalidade.⁴⁷⁴

No Brasil, é possível citar como direitos constitucionais que impõem a necessidade do consentimento informado o direito à informação (arts. 1º, incs. II, III e IV, 5º, incs. XIV, XXXII, XXXIII e LXXII, 170, inc. IV, 220 e 221 da CF), como estudado, bem como os direitos à liberdade (art. 5º, *caput*, inc. II da CF), à saúde (art. 196 da CF) e à intimidade (art. 5º, X da CF). Destaca-se também o artigo 15 do Código Civil, que

⁴⁷⁰ Rafael Aguiar-Guevara, *Tratado de derecho médico*, cit., p. 167.

⁴⁷¹ Ivelise Fonseca da Cruz, *A influência das técnicas da reprodução humana assistida no direito*, cit., p. 112.

⁴⁷² Ivelise Fonseca da Cruz, *A influência das técnicas da reprodução humana assistida no direito*, cit., p. 113.

⁴⁷³ “Artigo 25º 1 - A integridade moral e física dos cidadãos é inviolável.”

⁴⁷⁴ Miguel Kfourri Neto, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 45.

estabelece que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Cita-se ainda o Código de Ética Médica que, ao tratar do dever de informação, estabelece, no artigo 46, que é vedado ao médico “efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o *consentimento* prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida” (grifamos).

Especificamente na reprodução humana assistida, destaca-se o item 3 dos princípios gerais fixados na Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina: “O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.”⁴⁷⁵

O Projeto de Lei n. 2.855/97 determina, no seu artigo 4º, que é obrigatória a concessão de informação completa sobre o tratamento de procriação assistida, devendo ser fornecidos dados jurídicos, éticos, econômicos e biológicos acerca das técnicas, bem como esclarecidos os riscos e os resultados obtidos no próprio serviço de referência. Ademais, estabelece que essa informação é condição prévia para a assinatura do consentimento informado (§ 1º) e determina que ele poderá ser revogado até o momento anterior à realização da técnica (§ 2º).

Também em consonância com a necessidade de um consentimento prévio e informado na reprodução humana assistida, o Projeto de Lei n. 90/99 dedica o seu Capítulo II à regulamentação do tema. Estabelece a sua obrigatoriedade tanto para os beneficiários, quanto para os doadores (art. 4º), e fixa os esclarecimentos que o documento conterà (incs. I a VIII do art. 4º). Ademais, criminaliza a conduta de praticar técnicas de reprodução assistida sem obtenção do consentimento livre e esclarecido (inc. II do art. 19).⁴⁷⁶

⁴⁷⁵ Ver o Anexo I.

⁴⁷⁶ Ver o Anexo III.

É de se frisar na jurisprudência pátria decisão proferida no Superior Tribunal de Justiça, quando foi reconhecida a responsabilidade solidária do Hospital Santa Casa, apesar de ser instituição sem fins lucrativos, pelo erro do seu médico, que deixou de cumprir com a obrigação de obter consentimento informado a respeito de cirurgia de risco, da qual resultou a perda da visão da paciente.⁴⁷⁷

No que se refere à natureza jurídica do consentimento, ele é considerado um ato jurídico, visto que expõe a vontade humana capaz de gerar efeitos no direito. Pelo artigo 104 do Código Civil, para que o consentimento tenha validade, sua forma não deve ser defesa em lei, o agente participante deve ser capaz e, o objeto, lícito, possível e determinado.⁴⁷⁸

Obtido o consentimento, se durante o tratamento ocorrer alteração significativa do quadro inicialmente apresentado, necessitando de outras intervenções ou procedimentos, o consentimento deve ser renovado, podendo o paciente, a qualquer momento, revogá-lo.⁴⁷⁹

O consentimento informado deve ser prestado pela própria pessoa que se submeterá ao tratamento médico. Se ela não estiver em condições de discernimento, como nos casos de emergência, o consentimento poderá ser prestado pelos familiares⁴⁸⁰. Essa situação dificilmente ocorrerá na reprodução humana assistida, pois nesses casos não há emergência no tratamento, salvo se, em razão de alguma complicação ocorrida no decorrer dos procedimentos, haja necessidade de expedição de um novo consentimento informado e o paciente não tenha condições de manifestá-lo.

Ressalte-se, ainda, que as informações prestadas ao paciente e que atendem às regras legais do consentimento informado são de suma relevância, a ponto de poderem reverter uma obrigação que inicialmente era de meio, em de resultado⁴⁸¹. Como mencionado, o médico, na reprodução assistida, não pode assegurar o resultado, qual seja:

⁴⁷⁷ STJ – RESP n. 467878/RJ, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>, acesso em: 03 dez. 2007.

⁴⁷⁸ Ivelise Fonseca da Cruz, *A influência das técnicas da reprodução humana assistida no direito*, cit., p. 114.

⁴⁷⁹ Daniela Lenza Navarrete, *Responsabilidade civil dos médicos*, cit., 123.

⁴⁸⁰ Daniela Lenza Navarrete, *Responsabilidade civil dos médicos*, cit., 123.

⁴⁸¹ Nesse sentido: Amélia do Rosário Motta de Pádua, *Responsabilidade civil na reprodução assistida*, cit., p. 150.

uma gravidez ou o nascimento de uma criança em perfeita saúde⁴⁸². Contudo, se ao prestar as informações ele garante o nascimento de uma criança saudável, a sua obrigação passa a ser resultado.⁴⁸³

Com efeito, o não oferecimento das informações necessárias para que o paciente possa expedir o consentimento informado, por si só, causa um dano e é passível de reparação. De acordo com esse entendimento, Ricardo Luis Lorenzetti ensina que “o consentimento deve ser fundado na liberdade, de modo que sua ausência importa em uma invasão que por si só resulta danosa”.⁴⁸⁴

Lembra Miguel Kfoury Neto que a quantificação da indenização, quando se trata da não-obtenção do consentimento livre e esclarecido do paciente, suscita dificuldades⁴⁸⁵. Roberto Vázquez Ferreyra, ao tratar do assunto, desenha a seguinte situação: um médico realiza um procedimento no paciente sem falhas, com toda a prudência, diligência e perícia exigidas. Não obstante, sem informar devidamente o paciente sobre os riscos inerentes ao ato, impossibilita-o de emitir o seu consentimento livre e esclarecido. Acaba por sobrevir um dano, inerente ao risco do tratamento. Se o paciente houvesse sido convenientemente informado, não haveria que se falar em responsabilidade do médico. E nesse caso? O médico deverá responder por todo o dano, como se tivesse ocasionado diretamente os danos materiais e morais? Ou a uma reparação parcial relacionada à ausência do consentimento esclarecido?⁴⁸⁶

⁴⁸² João Álvaro Dias, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, cit., p. 265.

⁴⁸³ “Responsabilidade civil. Erro médico. Cirurgia oftalmológica. Obrigação de meio que se transforma em obrigação de resultado. A obrigação médica se coloca como uma obrigação de meio em regra. Assim, a intervenção cirúrgica para cura de miopia ou outro problema na vista adere a esta idéia. Entretanto, quando o profissional induz o paciente a este tipo de intervenção, garantindo-lhe a cura, e por isso descumprindo o dever de informação adequada, acaba transmutando o tipo de obrigação, que passa a ser de resultado. Buscando o lesado a reparação pela pessoa jurídica, e não pessoa física, a responsabilidade deixa de ser subjetiva e passa a ser objetiva. Correta interpretação do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. Sentença que se confirma (Ementário 27/2002. Nº 28. 19/09/2002. Ap. C. Proc.: 2001.001.20544. Folhas: 153673/153678. 5ª Câm. Cív. Relator: Des. Ricardo Couto. J. 11/12/2001.

⁴⁸⁴ No original: “*el consentimiento debe ser fundado en la libertad, de modo que su ausencia importa una invasión que por sí sola resulta dañosa*” (Ricardo Luis Lorenzetti, *Responsabilidad civil de los médicos*, cit., v. 1, p. 211).

⁴⁸⁵ Miguel Kfoury Neto, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 45.

⁴⁸⁶ Roberto Vázquez Ferreyra, *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, cit., p. 45.

Miguel Kfoury Neto afirma que “indeniza-se o dano moral gerado por privar-se o paciente de sua capacidade de autodeterminação e não a lesão causada pela cirurgia”, desde que a intervenção fosse a única opção de tratamento, e essencial para a saúde do paciente.⁴⁸⁷

No mesmo sentido, Roberto Vázquez Ferreyra ensina: “Em qualquer caso, a indenização poderá ser fixada levando em consideração que a lesão tenha recaído sobre um direito da personalidade que podemos chamar de autodeterminação. Mas obviamente que não é o mesmo indenizar o resultado final do dano sofrido pelo paciente como consequência do tratamento médico (mesmo que não tenha havido culpa profissional) que indenizar a lesão ao direito de autodeterminação.”⁴⁸⁸

Destarte, em regra, se o médico foi diligente, prudente e perito, mas deixou de obter o consentimento informado do paciente, deverá indenizá-lo por ter-lhe ferido o direito à autodeterminação, e não pelos demais danos advindos dos riscos inerentes ao procedimento médico. No entanto, há que se ressaltar que essa regra deve ser aplicada nos casos em que aquele era o único procedimento existente para tratar a moléstia do paciente.

Se, por outro lado, havia a possibilidade de o paciente ser submetido a um tratamento diverso daquele empregado pelo médico, mesmo que não tenha havido culpa do facultativo, a ele caberá indenizar o paciente por todos os danos decorrentes do procedimento. Nesses casos, a obrigação que era inicialmente de meio, passa a ser de resultado, em razão da não obtenção do consentimento informado.

⁴⁸⁷ Miguel Kfoury Neto, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 46.

⁴⁸⁸ No original: “*En todo caso, la indemnización podrá fijarse teniendo en cuenta que la lesión ha recaído sobre un derecho de la personalidad al que podemos llamar como de autodeterminación. Pero obviamente que no es lo mismo indemnizar el resultado final o el daño final sufrido por el paciente como consecuencia del tratamiento médico (aun cuando no haya habido culpa profesional) que indemnizar la lesión al derecho a la autodeterminación.*” (Roberto Vázquez Ferreyra, *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, cit., p. 45 – nossa tradução).

3.13 Erro médico

3.13.1 Considerações iniciais

A opinião pública e os meios de comunicação consagraram a expressão “erro médico” como um gênero a abarcar duas espécies: a) erro profissional ou de técnica, inerente ao exercício da medicina, e que não atrai a responsabilidade; b) erro médico ou erro culposos, cometido com culpa profissional e que enseja a responsabilização e reparação.⁴⁸⁹

Nessa linha de pensamento, Sérgio Cavalieri Filho faz uma distinção entre o erro profissional e a culpa, destacando que “a culpa médica supõe uma falta de diligência ou de prudência em relação ao que era esperável de um bom profissional escolhido como padrão; o erro é a falha do homem normal, consequência inelutável da falibilidade humana”.⁴⁹⁰

Destarte, o erro médico *stricto sensu* ou culpa médica pode ser conceituado, de acordo com Daniela Lenza Navarrete, como “a falha ou má conduta do médico, praticada no exercício de sua profissão, acarretando dano ao paciente, em decorrência de ação ou omissão culposa do profissional, atuando em desacordo com os deveres que lhe são impostos”.⁴⁹¹

Por sua vez, o erro profissional é, segundo Ricardo Luis Lorenzetti, o comportamento objetivamente distinto do que exigia a situação em concreto, mas não necessariamente culposos. Ocorre quando é feito o possível, todos os meios devidos são empregados e, ainda assim, chega-se à conclusão que eles não eram os meios aptos para obtenção do resultado almejado.⁴⁹²

Um bom conceito para auxiliar na identificação da presença de um erro profissional ou de um erro médico *stricto sensu* é o de “dúvida razoável”. Verifica-se se o

⁴⁸⁹ João Monteiro de Castro, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 138.

⁴⁹⁰ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 371.

⁴⁹¹ Daniela Lenza Navarrete, *Responsabilidade civil dos médicos*, cit., p. 129

⁴⁹² Ricardo Luis Lorenzetti, *Responsabilidad civil de los médicos*, cit., v. 2, p. 48.

erro cometido pelo profissional de saúde é escusável ou inescusável e analisa-se se ele agiu com a razoabilidade esperada ou não na execução de sua atividade. Os critérios para identificar os limites da prática médica correta são determinados por Ricardo Luis Lorenzetti. Afirma o autor que é preciso definir concretamente o que é devido conforme a ciência médica e o costume, sendo de suma importância dados estatísticos sobre a falibilidade da conduta e os graus de risco apresentados pelas diferentes técnicas.⁴⁹³

Ademais, não se deve confundir o erro médico com o acidente imprevisível e com o resultado incontrolável. De acordo com Genival Veloso França, no primeiro, há um resultado danoso, supostamente oriundo de caso fortuito ou força maior, à integridade física ou psíquica do paciente, que não poderia ter sido evitado. Por sua vez, o resultado incontrolável “seria aquele decorrente de uma situação grave e de curso inexorável”, isto é, o resultado lesivo é proveniente de sua própria evolução, para o qual as condições da ciência e a capacidade profissional ainda não oferecem solução.⁴⁹⁴

Os erros em função do exercício da medicina, tanto o erro médico profissional quanto o erro médico *stricto sensu*, podem decorrer de três circunstâncias principais: a) diagnóstico; b) tratamento; c) erro na dosagem de medicamento.⁴⁹⁵

Doutrina Maria Helena Diniz⁴⁹⁶ que em todas essas hipóteses o médico deverá ter agido com imprudência, negligência ou imperícia⁴⁹⁷, causando dano à saúde ou à vida de seu paciente, para que tenha obrigação de indenizar. Dessa forma, para que nasça o dever de ressarcimento do médico, é necessário que ele tenha agido com culpa, isto é, se o erro decorreu da atividade médica regular, tendo o profissional da saúde atuado com diligência, prudência e perícia, não há que se falar em responsabilidade civil.

⁴⁹³ Ricardo Luis Lorenzetti, *Responsabilidad civil de los médicos*, cit., v. 2, p. 49.

⁴⁹⁴ Genival Veloso França, *Direito médico*, cit., p. 236.

⁴⁹⁵ Amélia do Rosário Motta de Pádua, *Responsabilidade civil na reprodução assistida*, cit., p. 191 e ss.; Daniela Lenza Navarrete, *Responsabilidade civil dos médicos*, cit., p. 128 e ss.; João Monteiro de Castro, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 138 e ss.; Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, cit., p. 621; Miguel Kfourir Neto, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 87 e ss.

⁴⁹⁶ Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, cit., p. 621.

⁴⁹⁷ Código de Ética Médica: “Capítulo III – Responsabilidade Profissional. Artigo 29 - Praticar atos profissionais que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência.”

3.13.2 Erro de diagnóstico

O diagnóstico é um dos principais momentos da atuação médica, pois a partir de seus resultados se elabora toda a atividade posterior, conhecida como tratamento propriamente dito. Dessa maneira, o correto tratamento ou terapia indicada ao paciente depende de um diagnóstico adequado.⁴⁹⁸

Irany Novah Moraes adverte que o diagnóstico médico é complexo e exige a análise de quatro vertentes: funcional, sindrômica, anatômica e etiológica. O diagnóstico funcional é facilmente feito pelos dados da história clínica do paciente; o sindrômico “depende da competência do médico tirar bem a história clínica, interpretando sua evolução a cada alteração no quadro ou sintoma”; o diagnóstico anatômico é aquele realizado pelo exame físico e os exames complementares; e o etiológico⁴⁹⁹, de acordo com o autor, costuma ser o mais difícil, pois de quase mil doenças oficialmente catalogadas pelas organizações internacionais, apenas se conhece a causa de um terço delas.⁵⁰⁰

Tecnicamente, o diagnóstico consiste no conjunto de atos médicos que busca identificar e determinar a moléstia que acomete o paciente. Ocorre que o diagnóstico não é uma operação matemática, o que acaba, por vezes, ocasionando o erro médico. O erro de diagnóstico é, em princípio, escusável, a menos que seja, por completo, grosseiro.⁵⁰¹

Assim, para que o profissional da saúde seja responsabilizado por um erro dessa natureza, é preciso que se demonstre que um médico prudente não o cometeria, atuando nas mesmas condições que o demandado.⁵⁰²

⁴⁹⁸ Roberto Vázquez Ferreyra, *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, cit., p. 106.

⁴⁹⁹ Por esse diagnóstico, o médico determina qual a doença que está relacionada com os sintomas apresentados pelo paciente.

⁵⁰⁰ Irany Novah Moraes, *Erro médico e a justiça*, cit., p. 203-204.

⁵⁰¹ Miguel Kfoury Neto, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 87.

⁵⁰² Miguel Kfoury Neto, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 88. Sobre a questão, vide os seguintes julgados: “Erro médico. Cirurgia. Procedimentos pré-operatórios. Diagnóstico. Exame. Danos morais e materiais. Imprudência e negligência de médico que deixa de buscar diagnóstico preciso com a realização do exame adequado. Conseqüência de identificação do real quadro clínico somente durante o procedimento cirúrgico, levando à extirpação de tumor. Circunstância que fez com que a paciente precisasse realizar novas operações para reconstrução estética. Identificação de situação moralmente lesiva diante do dano estético, e dilação do tempo do tratamento. Não demonstração por parte da autora dos danos materiais. Preliminares rejeitadas, apelo d réu improvido e provido em parte o recurso da autora. Unânime.” (TJRS – AC n. 70003263316, 10ª Câmara Cível, rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, j. 05.09.2002, disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>, acesso em: 30 nov. 2007); “Indenização. Responsabilidade civil. Dano material e moral. Erro médico. Diagnóstico de uma simples enxaqueca, ao

O médico, para evitar um erro dessa espécie e obter uma certeza diagnóstica, deverá, conforme os ensinamentos de Miguel Kfoury Neto, adotar as seguintes providências preliminares, reunidas em dois grupos: “a) coleta de dados, com a averiguação de todos os sintomas através dos quais se manifesta a doença – e sua interpretação adequada; exploração completa de acordo com os sintomas encontrados, utilizando todos os meios ao seu alcance, procedimentos e instrumentos necessários (exames e laboratório, radiografias, eletrocardiogramas etc.); b) interpretação dos dados obtidos previamente, coordenando-os e relacionando-os entre si, como também comparando-os com os diversos quadros patológicos conhecidos pela ciência médica.”⁵⁰³

Observadas as regras técnicas necessárias e as providências apontadas acima, não tendo havido imprudência, negligência ou imperícia, não poderá o médico ser responsabilizado por um diagnóstico que, posteriormente, se comprovar equivocado.

Ressalte-se que o diagnóstico na reprodução humana assistida é de suma importância, uma vez que a constatação da infertilidade, em regra, tem uma repercussão muito forte sobre a vida de uma ou mais pessoas. Além disso, um diagnóstico de infertilidade pode levar uma pessoa a não recorrer a qualquer forma de contracepção, vindo depois a ser surpreendida por uma criança não desejada.

Atento a essa realidade, o doutrinador João Álvaro Dias, ao tratar do diagnóstico de infertilidade, afirma que “o médico deve, por um lado, não apenas dispor da utensilagem necessária, como utilizar os métodos científicos mais apropriados em face dos conhecimentos objectivamente disponíveis”. E, por outro lado, destaca o autor, tendo dúvida sobre o diagnóstico, “deverá solicitar a opinião de alguém igual, ou, se possível, superiormente qualificado”.⁵⁰⁴

O diagnóstico também pode ser equivocado no sentido de dizer que uma pessoa é fértil, quando na verdade não o é. Retarda-se, dessa forma, a escolha do paciente a recorrer

invés de uma hemorragia cerebral que levou o paciente à morte. Inadmissibilidade. Hipótese em que o paciente não apresentava os sintomas assinalados pelas autoras. Atendimento prestado, ademais, perfeitamente adequado à situação do paciente. Compatibilidade entre o diagnóstico e o quadro sintomático. Sentença mantida. Recurso não provido.” (TJSP – AC n. 214.801-1, rel. J. Roberto Bedran, *DJU*, de 20 set. 1994).

⁵⁰³ Miguel Kfoury Neto, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 87.

⁵⁰⁴ João Álvaro Dias, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, cit., p. 362.

a procedimentos, como às técnicas de reprodução humana assistida que, como referido anteriormente, têm suas taxas de sucesso diminuídas em razão da idade dos pacientes.

Isso não significa que todo e qualquer erro de diagnóstico quanto à infertilidade ou à fertilidade fará incorrer o médico em responsabilidade. Como mencionado, para que haja o dever de indenizar, é preciso que se demonstre que o erro do profissional foi grosseiro, tendo o facultativo agido, destarte, com culpa.

3.13.3 Erro de tratamento

É consenso entre os médicos que se pode errar o diagnóstico, mas não a conduta⁵⁰⁵, tendo em vista que, se o profissional da saúde errar aquele, mas acertar o tratamento, em regra não haverá conseqüências danosas/negativas para o paciente.

O tratamento consiste na fase posterior ao diagnóstico. É preciso haver coerência entre o quadro clínico e a conduta prescrita pelo médico. Alerta João Monteiro de Castro que tudo deverá ser registrado pelo profissional da saúde no prontuário do paciente. E, havendo modificação no quadro clínico do paciente, deverá ser anotada de forma objetiva no prontuário, com a finalidade de, se outro médico for chamado para o caso, poder entender as modificações ocorridas e tomar suas próprias decisões.⁵⁰⁶

É na fase do tratamento que serão avaliadas de forma objetiva a perícia e a diligência do profissional, de maneira que o erro médico está, na maior parte dos casos, diretamente ligado à imperícia e à negligência, gerando o dever de indenizar.

Como exemplo de erro de tratamento, é possível citar a lesão a algum órgão durante a realização de exames com aparelhos. Especificamente na procriação assistida, uma hipótese de erro de tratamento é a indicação de fertilização *in vitro* sem ICSI, quando na verdade esta se faz necessária. Isso pode levar os beneficiários da técnica a se

⁵⁰⁵ João Monteiro de Castro, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 140.

⁵⁰⁶ João Monteiro de Castro, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 140.

submeterem a diversas tentativas de fertilização dos óvulos retirados da mulher, sem sucesso.

3.13.4 Erro na dosagem de medicamento

Este erro era mais comum em tempos passados, quando os médicos diagnosticavam a doença, escolhiam o tratamento adequado e prescreviam o medicamento necessário, através de fórmulas a serem manipuladas pelos farmacêuticos, determinando tanto a fórmula, quanto a dosagem.⁵⁰⁷

Hodiernamente, os medicamentos são, em regra, industrializados. Contudo, ainda há tratamentos em que o médico indica a dosagem dos fármacos. É o caso da homeopatia; outras vezes, da dermatologia, quando é prescrito um medicamento que será manipulado.

Não se pode olvidar que o erro na dosagem do fármaco também pode ocorrer quando o profissional da saúde, apesar de indicar um medicamento industrializado, o faz em dose exagerada. Na reprodução humana assistida, têm-se os fármacos que são utilizados para obtenção de vários oócitos durante a ovulação. Eles têm como efeito colateral possível a síndrome de hiperestimulação ovariana (SHO). A dosagem errada pode aumentar substancialmente o risco de desenvolvimento da síndrome.

Urge lembrar que, da mesma forma que nas outras espécies de erro, o erro na dosagem do medicamento só induzirá a responsabilidade civil do médico se restar provado que ele agiu com culpa, demonstrados ainda o dano e o nexo de causalidade.

3.14 Culpa médica

O erro médico *stricto sensu* ou culpa médica, como visto, supõe uma conduta profissional inadequada, associada à inobservância de regra técnica, potencialmente capaz

⁵⁰⁷ Daniela Lenza Navarrete, *Responsabilidade civil dos médicos*, cit., p. 142.

de produzir dano à vida ou agravamento do estado de saúde de outrem, mediante imprudência, imperícia e negligência.⁵⁰⁸

Pode-se dizer, destarte, que a culpa médica é a falta de um dever preexistente que não teria sido cometida por um médico diligente nas mesmas circunstâncias do autor do dano. A culpa médica decorre, então, da ação ou omissão do facultativo, imprudente, imperita ou negligente.⁵⁰⁹

3.14.1 Imprudência médica

A prudência é uma das mais importantes virtudes das pessoas e significa cautela, moderação, sensatez, discernimento e bom juízo.⁵¹⁰ Os bons médico exercem sua arte de forma prudente. São aqueles que, segundo João Monteiro de Castro, conhecendo os resultados da experiência, agem antevendo o evento que decorre daquela ação e tomam as medidas acautelatórias necessárias a evitar o insucesso.⁵¹¹

Maria Helena Diniz entende que a imprudência tem lugar quando o médico, por ação ou omissão, vem a assumir procedimentos de risco sem respaldo na ciência médica ou sem prestar as devidas informações ao doente ou a quem de direito. É um atuar sem respaldo ou suporte científico; é um ato positivo, o médico faz o que não deveria ser feito.⁵¹²

Destaca a autora que “a imprudência repousa sobre a negligência”, uma vez que é imprudente o médico que age sem a devida cautela. Por sua vez, Miguel Kfoury Neto afirma que “a imprudência sempre deriva da imperícia, pois o médico, mesmo consciente de não possuir suficiente preparação, nem capacidade profissional necessária, não detém sua ação”.⁵¹³

⁵⁰⁸ João Monteiro de Castro, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 141.

⁵⁰⁹ Daniela Lenza Navarrete, *Responsabilidade civil dos médicos*, cit., p. 144.

⁵¹⁰ Rafael Aguiar-Guevara, *Tratado de derecho médico*, cit., p. 296.

⁵¹¹ João Monteiro de Castro, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 142.

⁵¹² Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, cit., p. 619.

⁵¹³ Miguel Kfoury Neto, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 93.

Muitas vezes, conforme a doutrina do autor, a imprudência está à ligada a negligência ou à imperícia. No entanto, há situações em que o médico age com diligência e perícia, mas lhe falta prudência, como no caso de um cirurgião que decide por vaidade aplicar uma técnica nova, sem comprovada eficiência. No ato cirúrgico, o médico age com toda a perícia, pois conhece melhor do que ninguém aquele procedimento e redobra sua atenção, sendo totalmente diligente. Todavia, é imprudente, pois não foi sensato na sua escolha ao optar por um procedimento perigoso em detrimento de um seguro.⁵¹⁴

3.14.2 Negligência médica

A negligência é basicamente o não fazer, o deixar de fazer algo devido. Para Maria Helena Diniz, a negligência consiste no fato de o facultativo não fazer o que deveria ser feito. É uma atitude negativa por parte do médico, que não se empenha no tratamento do paciente, não age com a devida diligência. Configura-se, portanto, com um ato omissivo.⁵¹⁵

A negligência, em conjunto com a imprudência, pode ser exemplificada da seguinte forma: submeter um paciente a tratamento por via parenteral (imprudência) sem fazer previamente o teste para averiguar se o paciente era alérgico (negligência).⁵¹⁶

3.14.3 Imperícia médica

De acordo com Genival Veloso França, imperícia é a falta de observação das normas, por despreparo prático ou por insuficiência de conhecimentos técnicos. É a carência de aptidão, prática ou teórica, para o desempenho de uma tarefa técnica. Acrescenta o autor: “Chama-se ainda imperícia a incapacidade ou inabilitação para exercer determinado ofício, por falta de habilidade ou pela ausência dos conhecimentos rudimentares exigidos numa profissão.”⁵¹⁷

⁵¹⁴ Miguel Kfoury Neto, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 93.

⁵¹⁵ Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, cit., p. 619.

⁵¹⁶ João Monteiro de Castro, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 143.

⁵¹⁷ Genival Veloso França, *Direito médico*, cit., p. 244.

Destaca Miguel Kfoury Neto que não se deve confundir a imperícia com a negligência. Se um médico injeta no paciente soro tetânico sem o necessário teste, será negligente, mas se o faz porque não sabe que deve realizar o referido teste, é imperito.

Ademais, é possível que haja a conjugação de imperícia, imprudência e negligência. Seria o caso de um médico, ao fazer uma raspagem, produzir três perfurações no intestino de uma jovem menor de idade (imperícia); em seguida, não cuidar do seu estado nem avisar os seus pais, para que o fizessem (negligência); e, finalmente, conceder autorização para que a menor abandone o hospital, baseado na melhora por ela alegada, constituindo-a juiz de seu próprio estado (imprudência).⁵¹⁸

Em suma, as condutas médicas em desacordo com a prudência, a diligência e a perícia podem ocasionar erros de diagnóstico, de tratamento ou de dosagem de medicamento, que, se causarem dano ao paciente, deverão ser indenizados.

3.15 Culpa concorrente

No momento da análise das excludentes de responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor, verificou-se que a regra é que apenas a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro pode afastar o dever de ressarcimento. Isso se dá em razão da natureza objetiva da responsabilidade civil adotada pelo microsistema do consumidor. A culpa exclusiva da vítima tem o condão de rechaçar o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, afastando, assim, a responsabilidade objetiva.

Todavia, como mencionado anteriormente, o dever de indenizar do médico é baseado na culpa, consistindo na única exceção à regra geral do Código de Defesa do Consumidor. Seria possível, desta feita, na responsabilidade civil do médico, falar em culpa concorrente?

A resposta há de ser positiva. Justifica-se esse entendimento a partir da análise da inaplicabilidade da responsabilidade objetiva. Nela não há que se falar em culpa

⁵¹⁸ João Monteiro de Castro, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 143.

concorrente, tendo em vista que ela independe de culpa, só incidindo a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, porque essas rompem o nexo de causalidade, pressuposto do dever de indenizar.

Na responsabilidade subjetiva, por outro lado, a análise da culpa do agente é fundamental, sendo ela pré-requisito do dever de ressarcir. Dessa forma, se o dano decorre do comportamento culposo de mais de uma pessoa, ambos devem ser levados em consideração no momento de fixação da responsabilidade.

Evoca-se, ainda, o diálogo das fontes para justificar esse posicionamento. Nesse ponto, o Código Civil é compatível com o microsistema do Código de Defesa do Consumidor, sendo possível a aplicação do artigo 945 do Código Civil, que dispõe: “Se a vítima houver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”

No mesmo diapasão, João Monteiro de Castro afirma: “Na discussão do dano advindo da culpa do médico, essa questão reveste-se de especial relevância, tendo em vista que há atitudes e comportamentos da vítima do erro médico culposo a conduzirem à diminuição do papel da culpa do facultativo, ou até mesmo isentá-lo de indenizar, rompendo inteiramente com o nexo de causalidade. É o caso, por exemplo, de paciente que não segue as prescrições do médico, não toma os remédios receitados ou mesmo que abandona o tratamento ou os próprios cuidados do médico. Não é razoável permitir que o profissional se veja prejudicado pelo desinteresse, desleixo ou inércia do paciente, que acaba por desempenhar papel ativo nos danos que vem a sofrer, cuja importância será avaliada pelo juiz, quando da fixação da indenização.”⁵¹⁹

Caberá outrossim ao médico fazer a prova da culpa concorrente da vítima, ficando a cargo do juiz, diante das provas carreadas aos autos, reconhecer se houve a culpa concorrente ou exclusiva da vítima, atenuando a responsabilidade do médico.⁵²⁰

⁵¹⁹ João Monteiro de Castro, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 147.

⁵²⁰ Daniela Lenza Navarrete, *Responsabilidade civil dos médicos*, cit., p. 158.

3.16 Dano médico

Como já mencionado, o objetivo jurídico da indenização é o ressarcimento dos danos suportados pela vítima do *eventum damni*, devendo abranger não só aquilo que o ofendido efetivamente perdeu (dano emergente), como também tudo aquilo que ele deixou de auferir (lucros cessantes), segundo o artigo 402 do Código Civil.

Os danos médicos indenizáveis podem ocasionar os danos geralmente admitidos para qualquer modalidade de responsabilidade civil⁵²¹. Assim, eles podem ser materiais ou morais.⁵²²

No mesmo tom, João Álvaro Dias, ao tratar do dano decorrente da atividade médica, afirma que “não parece haver razões sérias e decisivas que aconselhem a rejeição da clássica distinção danos morais/danos patrimoniais”. E conclui o autor: “A determinação das categorias de danos indenizáveis não apresenta qualquer característica peculiar à atividade médica.”⁵²³

No que concerne aos danos materiais ou patrimoniais decorrentes do erro médico, em sua maioria são conseqüências de danos físicos⁵²⁴ sofridos pelo paciente⁵²⁵, tais como despesas médico-hospitalares, gastos com medicamentos, tratamento, funeral e lucros cessantes.

Ademais, se da atividade médica resultar um dano pelo qual a vítima não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou tenha sua capacidade laborativa diminuída, a indenização incluirá, além das despesas com tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou ou da depreciação que ele sofreu (art. 950 do CC).

⁵²¹ Miguel Kfoury Neto, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 102.

⁵²² Incluem-se nessas duas espécies de danos os prejuízos advindos dos danos à imagem e dos danos estéticos.

⁵²³ João Álvaro Dias, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, cit., p. 385.

⁵²⁴ Miguel Kfoury Neto, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 103.

⁵²⁵ Em matéria de ressarcimento dos prejuízos advindos da atividade médica, importante ressaltar o conteúdo do artigo 951 do Código Civil: “O disposto nos artigos 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.”

Sobrevindo a morte de um paciente, o artigo 948, inciso II do Código Civil determina que seja paga uma prestação de alimentos às pessoas a quem o falecido devia, tomando-se em conta a duração provável da vida da vítima. Impõe-se destacar que o Código Civil deixou a critério do julgador fazer uma estimativa da provável duração de vida da vítima. O Superior Tribunal de Justiça⁵²⁶ indica como estimativa média de vida do brasileiro 65 anos de idade.⁵²⁷

Não se pode olvidar que é necessário considerar não apenas a expectativa de vida do paciente, mas também as circunstâncias do caso concreto na determinação do prazo de duração da pensão alimentícia devida pelo médico. Se um paciente jovem se encontrava num estágio terminal de alguma doença e, em decorrência de um erro médico, vem a óbito um pouco antes do esperado, não parece razoável que se imponha ao facultativo o dever de pagar a pensão com base na expectativa média dos brasileiros, uma vez que está provado que aquele paciente não viveria até alcançar uma idade mais avançada.⁵²⁸

As maiores dificuldades na fixação do montante devido pelo médico surgem na hora de reparar o dano moral. A falta de critérios matemáticos nesses casos dificulta o estabelecimento de um valor pré-determinado. O juiz deve basear-se no seu prudente arbítrio, na equidade, e ser norteado pela dignidade da pessoa humana, pela proporcionalidade e pela razoabilidade.

Não se entende possível, em nome de uma segurança jurídica, tarifar valores, pois, como já estudado, é direito do paciente a efetiva reparação dos danos sofridos (art. 6º, VI do CDC). Contudo, no momento de fixação do montante devido, não se deve deixar de lado a dignidade do autor do dano. Não se afigura razoável que o julgador imponha um dever ao médico que venha a tirar-lhe sua dignidade. A atividade do juiz tem que ser

⁵²⁶ “Agravo regimental, Pensionamento, *Expectativa de vida*. 65 anos. Limitação ao pedido. Honorários advocatícios. Adequação ao provimento do recurso especial. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para fins de pensionamento decorrente de acidente automobilístico, ainda considera 65 (sessenta e cinco) anos como *expectativa média de vida* do brasileiro. Nossa Corte Especial já definiu que os honorários advocatícios não incidem sobre o capital constituído para garantir o pagamento das prestações vincendas do pensionamento. Nessas situações, a verba honorária relativa às prestações vincendas é fixada consoante apreciação equitativa na forma do artigo 20, parágrafo 4º do Código de Processo Civil.” (STJ – AGR no RESP n. 805159/PR, 3ª Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU, de 31.10.2007, p. 323, disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>, acesso em: 19 dez. 2007).

⁵²⁷ Daniela Lenza Navarrete, *Responsabilidade civil dos médicos*, cit., p. 190.

⁵²⁸ Nesse sentido: Daniela Lenza Navarrete, *Responsabilidade civil dos médicos*, cit., p. 190.

pautada na tábua axiológica⁵²⁹: dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III da CF), solidariedade social (art. 3º, inc. III da CF) e igualdade substancial (arts. 3º e 5º da CF).

João Monteiro de Castro cita alguns critérios médico-legais que podem auxiliar o julgador no exercício de sua atividade na quantificação do dano oriundo do erro médico. São eles: “a) incapacidade temporária; b) incapacidade permanente, inclusive laborativa; c) o *quantum doloris*; d) dano estético; e) prejuízo de afirmação pessoal.”⁵³⁰

Assim, o paciente deve ser integralmente ressarcido pelos danos que vier a suportar, sem, todavia, na medida do possível, levar o médico a uma situação na qual venha a ser privado da sua própria dignidade. Para ser fixado o montante devido, o julgador deve, como mencionado, pautar-se na dignidade da pessoa humana, podendo ser auxiliado por alguns critérios, como a incapacidade permanente para o trabalho.

É de se frisar que o artigo 944 do Código Civil, que determina que a indenização se mede pela extensão do dano, e prevê no seu parágrafo único a redução equitativa da indenização, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, não pode ser aplicado nas relações de consumo, por ir de encontro ao princípio da efetiva reparação.⁵³¹

3.17 Perícia médica e o ônus da prova

A prova pericial surge da necessidade de auxiliar os órgãos judiciais em questões que requerem conhecimentos específicos, que vão além do senso comum e dos conhecimentos jurídicos⁵³². A complexidade que envolve a atividade médica, especialmente no mundo contemporâneo, onde cada vez há mais recursos tecnológicos e áreas de conhecimento específicas, apontam para a indispensabilidade de produção de prova pericial nas demandas médicas.⁵³³

⁵²⁹ Cristiano Chaves de Farias; Nelson Rosenvald, *Direito civil: teoria geral*, cit., p. 27.

⁵³⁰ João Monteiro de Castro, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 42.

⁵³¹ Em sentido contrário, defendendo a possibilidade de sua aplicação, é possível citar: Daniela Lenza Navarrete, *Responsabilidade civil dos médicos*, cit., p. 191; Miguel Kfoury Neto, *Direitos do paciente e responsabilidade civil médico-hospitalar: (re)definição conceitual*, p. 320 e ss.

⁵³² Roberto Vázquez Ferreyra, *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, cit., p. 287.

⁵³³ Amélia do Rosário Motta de Pádua, *Responsabilidade civil na reprodução assistida*, cit., p. 192.

Com efeito, o artigo 436 do Código de Processo Civil determina que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo chegar ao convencimento a partir de outros elementos e fatos constantes nos autos⁵³⁴. Apesar disso, a referida complexidade da atividade médica faz com que, muitas vezes, o julgador dependa da perícia para formar seu convencimento.

Ocorre que, inúmeras vezes, a necessidade de recorrer ao testemunho e opinião dos colegas do demandado dá lugar ao que nos Estados Unidos se chama “conspiração do silêncio”. Esse silêncio, conforme Roberto Vázquez Ferreyra, decorre de inúmeras razões, entre as quais: “1) uma defesa psicológica baseada no temor e no próprio interesse; 2) uma indisposição humana de causar um dano a um amigo ou colega; 3) pressões sobre os médicos, na profissão, bem como de companhias de seguro; 4) uma sensação de que a maior parte das ações de má prática médica não tem uma base sólida e que as alegações são freqüentemente ‘preparadas’ pelos advogados; 5) uma convicção intelectual de que os casos de má prática médica geralmente prejudicam o progresso médico.”⁵³⁵

Diante dos inconvenientes em conseguir a prova que incrimine o médico, surgiram, na doutrina, teorias tendentes a facilitar a pesada carga probatória que deve enfrentar o paciente.⁵³⁶

Em alguns Estados dos Estados Unidos, aplica-se a teoria da *res ipsa loquitur* ou de que a coisa fala por si. Os seus elementos são, segundo Miguel Kfoury Neto: a) o dano deve resultar de um fato que, em regra, não ocorre se não houver culpa; b) o prejuízo precisa ter sido causado diretamente pelo médico ou por pessoa atuando sob sua direção ou

⁵³⁴ Amélia do Rosário Motta de Pádua, *Responsabilidade civil na reprodução assistida*, cit., p. 192.

⁵³⁵ No original: “1) una defensa psicológica basada en el temor y propio interés; 2) una indisposición humana de hacer el daño a un amigo o colega; 3) presiones sobre los médicos dentro de la profesión y de compañías de seguros; 4) una sensación de que la mayor parte de acciones de mala práctica médica no tienen una base sólida y que las alegaciones son frecuentemente ‘preparadas’ por los abogados; 5) una convicción intelectual de que los casos de mala práctica médica generalmente arriesgan el progreso médico.” (Roberto Vázquez Ferreyra, *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, cit., p. 288 – nossa tradução).

⁵³⁶ A aplicação das regras do ônus probatório no processo civil brasileiro, feita com suporte numa visão estática, ocorre da seguinte forma, de acordo com o artigo 333 do Código de Processo Civil: a) em regra, a cada uma das partes cabe trazer para os autos os elementos comprobatórios das alegações que tenha feito; portanto, ao autor cabe conduzir ao processo as provas dos fatos sobre os quais funda o seu direito; ao réu, cabe provar os fatos que, de modo direto ou indireto, deixam patente a inexistência daqueles; b) em regra, também, cabe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito, e ao réu a prova de fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor.

controle; c) o dano deverá ter ocorrido em circunstâncias que indiquem que o paciente não o produziu voluntariamente ou por negligência de sua parte⁵³⁷. Enfim, *res ipsa loquitur* é meio de prova que se assemelha às presunções judiciais de culpa do demandado.⁵³⁸

Na Argentina, adota-se a teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório. Por essa teoria, a carga de provar incumbe a quem, pelas circunstâncias do caso – materiais e processuais –, sem que tenha relevo quem figura como autor ou réu, encontre-se em melhores condições de fazê-lo⁵³⁹. Ricardo Luis Lorenzetti, ao tratar do assunto, afirma que na responsabilidade médica, a maioria dos autores e da jurisprudência entende que o médico é quem está em melhores condições probatórias; e, por essa razão, é ele que “tem uma explicação possível para o ocorrido, bem como a informação”⁵⁴⁰.

Na França, desde 1965, a jurisprudência tem admitido a teoria da perda de uma chance. Essa teoria tem por objetivo aliviar a carga probatória da causalidade, a cargo da vítima, entre a culpa e o dano. Por essa teoria, não é preciso demonstrar que a culpa do médico causou um determinado prejuízo ao paciente, mas sim afirmar que sem a culpa, o dano não teria ocorrido. Milita, dessa maneira, uma presunção de culpa contra o médico.⁵⁴¹

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor, atento às dificuldades existentes na produção da prova por parte da vítima dos acidentes de consumo, previu a possibilidade de inversão do ônus da prova em seu favor, quando o consumidor for hipossuficiente ou quando suas alegações forem verossímeis (art. 6º, inc. VIII).

O autor argentino Ricardo Luis Lorenzetti, ao comentar a situação no Brasil, destaca que na doutrina há discussão entre aqueles que entendem não ser possível a inversão do ônus da prova em favor do consumidor⁵⁴² e os que defendem a total aplicabilidade da regra do artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor. Os

⁵³⁷ Miguel Kfourri Neto, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 68.

⁵³⁸ Miguel Kfourri Neto, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 69.

⁵³⁹ João Monteiro de Castro, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 189.

⁵⁴⁰ No original: “*tiene una explicación posible de lo sucedido y la información*” (Ricardo Luis Lorenzetti, *Responsabilidad civil de los médicos*, cit., v. 2, p. 218 – nossa tradução).

⁵⁴¹ Miguel Kfourri Neto, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 65.

⁵⁴² Defendendo a inaplicabilidade da inversão do ônus da prova Miguel Kfourri Neto afirma: “Em suma, à luz do ordenamento jurídico vigente, torna-se impossível a inversão do ônus da prova, em desfavor do médico, em ações decorrentes de má prática, fundadas na culpa do profissional.” (*Direitos do paciente e responsabilidade civil médico-hospitalar: (re)definição conceitual*, cit., p. 217).

que defendem esse último posicionamento afirmam que toda exceção é de enunciação taxativa, de maneira que ao médico aplicam-se todas as regras do Código de Defesa do Consumidor, salvo a da imputação objetiva, respondendo ele por culpa.⁵⁴³

Cabe razão aos últimos, pois, como já defendido neste trabalho, às relações médico-paciente aplicam-se as regras do Código de Defesa do Consumidor⁵⁴⁴. Nesse sentido, Zelmo Denari, ao comentar o parágrafo 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, afirma que o dispositivo, apesar de ter afastado a regra da responsabilidade objetiva quanto aos profissionais liberais, não aboliu a aplicação do princípio da inversão do ônus da prova.⁵⁴⁵

Da mesma forma, Antônio Carlos Efiging: “Convém esclarecer que o fato da responsabilidade do profissional liberal ser apurada em regra como subjetiva, em nada altera as regras a respeito da inversão do ônus da prova em favor do consumidor, uma vez preenchido um dos requisitos legais da *verossimilhança* das alegações ou *hipossuficiência* do consumidor.”⁵⁴⁶

No mesmo diapasão, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam que “o ônus da prova da regularidade e correção na prestação do serviço deve ser, de ordinário, carreado ao profissional liberal. A ele compete provar que agiu corretamente, dentro da técnica de sua profissão e não causou dano ao consumidor. Incide, na hipótese, o CDC 6º VIII”.⁵⁴⁷

⁵⁴³ Ricardo Luis Lorenzetti, *Responsabilidad civil de los médicos*, cit., v. 2, p. 243.

⁵⁴⁴ “Responsabilidade civil. Prova. Vítima de um ferimento simples no dedo que após o atendimento médico-hospitalar, teve a extremidade do membro amputada devido a um foco infeccioso. Inversão do ônus da prova para que o médico e o hospital comprovem que o atendimento foi adequado. Aplicação dos artigos 6º, VIII e 14, parágrafo 4º da Lei n. 8.078/90 e do artigo 1.545 do Código Civil. Não cabe ao paciente, vítima de um ferimento simples no dedo que, após atendimento médico-hospitalar, teve a extremidade do membro amputada, devido a um foco infeccioso, demonstrar que o atendimento não foi adequado, pois, segundo o artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, tal prova deve ser produzida pelo médico e pelo hospital, eis que, nos termos do artigo 14, parágrafo 4º, também da Lei n. 8.078/90 e do artigo 1.545 do Código Civil, a responsabilidade dos profissionais é subjetiva, dependendo da verificação de culpa.” (STJ – RESP n. 171.988/RS, 3ª Turma, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 24.05.1999, DJU, de 28.06.1999, RT 710/210).

⁵⁴⁵ Zelmo Denari, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos, cit., p. 176.

⁵⁴⁶ Antônio Carlos Efiging, *Fundamentos do direito das relações de consumo*, Curitiba: Juruá, 2004, p. 143.

⁵⁴⁷ Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 963.

Também reconhecem a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor nos contratos médico-paciente João Monteiro de Castro⁵⁴⁸ e Amélia do Rosário Motta de Pádua.⁵⁴⁹

O Código de Defesa do Consumidor previu, ademais, no artigo 51, inciso VI, que é abusiva a cláusula contratual que estabeleça a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor, como as cláusulas que projetem a certeza ou refutabilidade da existência ou inexistência de um fato, às custas de declaração do consumidor.⁵⁵⁰

Destarte, nota-se que a perícia médica é de suma importância, não apenas para o paciente, mas também para o médico. Diante da possibilidade de inversão do ônus da prova, a perícia pode se mostrar um poderoso instrumento a favor do médico.

Indispensável lembrar que a perícia deve ser feita por um profissional de extrema confiança do julgador, de preferência membro do Poder Judiciário, ressaltando-se ainda a necessidade de se recrutar médicos especialistas na área em que a perícia será realizada.⁵⁵¹

3.18 A responsabilidade médica e a cláusula de não indenizar

De acordo com Miguel Kfoury Neto, tem-se tornado freqüente em alguns tratamentos médicos, especialmente cirúrgicos, a estipulação de cláusulas de irresponsabilidade ou de não-indenizar⁵⁵². Mas seria possível a fixação dessas cláusulas nos contratos médicos?

A resposta é negativa, por diversas razões. Primeiramente, o Código de Defesa do Consumidor⁵⁵³, em seu artigo 25, estabelece que é vedada a estipulação de cláusulas

⁵⁴⁸ João Monteiro de Castro, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 187-188.

⁵⁴⁹ Amélia do Rosário Motta de Pádua, *Responsabilidade civil na reprodução assistida*, cit., p. 159.

⁵⁵⁰ Nelson Nery Junior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: da proteção contratual*, cit., p. 519.

⁵⁵¹ Contudo, na maioria dos concursos para ingresso no Poder Judiciário como médico perito, não se exige mais do que a formação acadêmica geral, quando o ideal seria o recrutamento de médicos especialistas em diversas áreas, que possuam conhecimentos específicos quanto à matéria que será periciada.

⁵⁵² Miguel Kfoury Neto, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 99.

⁵⁵³ Antes mesmo do advento do Código de Defesa do Consumidor, em dezembro de 1989, um acórdão, relatado pelo então Desembargador César Peluso, considerou inoperante cláusula de não-indenizar, estipulada quando do internamento, a título gratuito, de paciente em sanatório psiquiátrico. O doente empreendeu fuga, durante a qual veio a morrer (Miguel Kfoury Neto, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 101).

contratuais que “impossibilitem, exonerem ou atenuem a obrigação de indenizar”, decorrente dos acidentes de consumo. De acordo com Zelmo Denari, “todas essas cláusulas exonerativas consideram-se não escritas e devem ser desconsideradas pelos respectivos usuários da prestação de serviços”.⁵⁵⁴

Cita-se também o artigo 51, inciso I do Código de Defesa do Consumidor, que prevê que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que “impliquem renúncia ou disposição de direitos”. E é direito básico do consumidor a efetiva reparação dos danos materiais e morais que vier a sofrer (art. 6º, VI do CDC).

Acrescente-se que essa regra feriria a boa-fé e o equilíbrio da relação médico-paciente, transferindo todo o risco da atividade para o paciente. Nesse tom, Nelson Nery Junior ensina: “Como as normas do CDC são de ordem pública e interesse social, não se empresta validade à cláusula de renúncia ou disposição de direitos pelo consumidor, pois isso enseja quebra do equilíbrio contratual.”⁵⁵⁵

Dessa forma, a responsabilidade civil do médico não pode ser elidida por uma cláusula de não-indenizar, que é nula de pleno direito. Pelas mesmas razões, também não é possível nas relações médico-paciente a estipulação de cláusula limitativa do dever de reparação: o paciente tem direito de ser integralmente ressarcido pelos prejuízos sofridos.

3.19 Responsabilidade do médico por fato de outrem

O exercício da medicina se desenvolve pela prática do ato médico pessoalmente pelo facultativo, bem como pelo intermédio de auxiliares. Quando o dano causado ao paciente ou a terceiro resultar da conduta de um auxiliar, o médico fica solidariamente responsável pelo seu ressarcimento.

⁵⁵⁴ Zelmo Denari, Zelmo Denari, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos, cit., p. 199.

⁵⁵⁵ Nelson Nery Junior, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: da proteção contratual, cit., p. 506.

Esse entendimento pode ser extraído do Código Civil de 2002⁵⁵⁶, que prevê a responsabilidade, *in casu*, do médico, pela reparação civil dos atos culposos lesivos praticados por empregados, serviçais e prepostos no exercício de trabalhos que lhes competir ou em razão deles (art. 932, III).

Importante trazer à baila os ensinamentos de Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem, ao analisarem a responsabilidade do organizador da cadeia: “Interessante destacar a jurisprudência brasileira elaborada a partir do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. O parágrafo 4º do artigo do Código de Defesa do Consumidor parecia conter uma exceção a este sistema de solidariedade da cadeia de fornecimento, mas não foi esta a interpretação da jurisprudência brasileira. Efetivamente, o Superior Tribunal de Justiça considera solidariamente responsável o organizador da cadeia de prestação de serviços médicos pré-pagos”.⁵⁵⁷

Destaca-se julgamento do Superior Tribunal de Justiça em que se entendeu que o médico deveria responder por fato danoso causado ao paciente pelo terceiro que estava diretamente sob suas ordens.⁵⁵⁸

Com efeito, deve-se aplicar o disposto no artigo 933 do Código Civil⁵⁵⁹, pelo qual a responsabilidade subsiste, ainda que não haja culpa do facultativo, sendo uma exceção à regra geral do Código de Defesa do Consumidor. Justifica-se a exceção pela natureza da responsabilidade, pois nesses casos, o médico não responde pelos atos por ele praticados, e sim por um preposto seu.

⁵⁵⁶ Nota-se aqui um verdadeiro diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002.

⁵⁵⁷ Cláudia Lima Marques; Antônio Herman V. Benjamin; Bruno Miragem, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 249.

⁵⁵⁸ “Responsabilidade civil. Cirurgia. Queimadura causada na paciente por bisturi elétrico. Médico-chefe. Culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Relação de preposição. Dependendo das circunstâncias de cada caso concreto, o médico-chefe pode vir a responder por fato danoso causado ao paciente pelo terceiro que esteja diretamente sob suas ordens. Hipótese em que o cirurgião-chefe não somente escolheu o auxiliar, a quem se imputa o ato de acionar o pedal do bisturi, como ainda deixou de vigiar o procedimento cabível em relação àquele equipamento. Para o reconhecimento do vínculo de preposição, não é preciso que exista um contrato típico de trabalho; é suficiente a relação de dependência ou que alguém preste serviços sob o comando de outrem. Recurso especial não conhecido.” (STJ – RESP n. 2000831/RJ, 4ª Turma, rel. Min. Barros Melo, j. 08.05.2001, disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>, acesso em: 06 dez. 2007).

⁵⁵⁹ João Monteiro de Castro, *Responsabilidade civil do médico*, cit., p. 159.

Nesse sentido, Roberto Vázquez Ferreyra afirma: “Esta responsabilidade hoje em dia é conhecida como uma responsabilidade objetiva com fundamento na idéia de garantia, uma vez que foram majoritariamente descartadas as teses da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. De forma que, estando reunidos os requisitos de procedência dessa responsabilidade, ao principal resulta insuficiente a prova de sua não culpa. De qualquer forma, o comitente deverá demonstrar o fato interruptivo da relação causal, ou que faltam os requisitos de procedência de sua responsabilidade indireta.”⁵⁶⁰

No mesmo diapasão, Alberto J. Bueres doutrina: “Na atualidade, reiteramos, se entende com total acerto que a responsabilidade civil do comitente é inescusável.”⁵⁶¹

Assim, a responsabilidade do facultativo será objetiva nos casos de responsabilidade civil decorrente do fato de outrem⁵⁶². Cabe frisar, todavia, que apesar da solidariedade, fica garantido àquele que ressarcir o dano culposo causado por outrem o direito de reaver o que houver pago daquele por quem pagou (art. 934 do CC).

3.20 Responsabilidade civil dos hospitais e das clínicas médicas

A responsabilidade civil do médico, como já mencionado, é fundada na culpa, uma vez que ao facultativo incumbe, em regra, uma obrigação de meio, e não de resultado. Destarte, o médico assume a obrigação de empregar todos os meios possíveis para obtenção da cura do paciente ou da solução do seu problema de forma satisfatória, não de obtenção desses resultados. Levando-se em consideração que os hospitais e clínicas também prestam serviços de saúde, a questão que se impõe é saber se os nosocômios e

⁵⁶⁰ No original: “*Esta responsabilidad hoy en día es concebida como una responsabilidad objetiva con fundamento en la idea de garantía, pues han quedado mayoritariamente descartadas las tesis de la culpa in eligendo o in vigilando. De ahí que estando reunidos los requisitos de procedencia de esta responsabilidad, al principal le resulte insuficiente la prueba de su no culpa. En todo caso, el comitente deberá demostrar el casus interruptivo de la relación causal, o bien la falta de los requisitos de procedencia de su responsabilidad indirecta.*” (Roberto Vázquez Ferreyra, *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, cit., p. 89, nossa tradução).

⁵⁶¹ No original: “*En la actualidad, reiteramos, se entiende con total acierto que la responsabilidad del comitente es inexcusable*” (Alberto J. Bueres, *Responsabilidad civil de los médicos*, cit., p. 440 – nossa tradução). Essa é a orientação do artigo 1.384 do Código Civil francês, do artigo 2.049 do Código Civil italiano e do artigo 1.113 do Código Civil argentino.

⁵⁶² Essa responsabilidade também é denominada de transubjetiva (Silvio Neves Baptista, *Teoria geral do dano*: de acordo com o novo Código Civil brasileiro, cit., p. 88).

clínicas, em razão da natureza do serviço prestado, são responsáveis subjetiva ou objetivamente.

Conforme os ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho, doutrina e jurisprudência enquadravam a responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares no artigo 1.521, IV do Código Civil de 1916 (art. 932, IV do CC de 2002), que disciplinava a responsabilidade, com presunção de culpa, dos hotéis e hospedarias. Contudo, diz o autor, esse fundamento perdeu sua razão de ser em face do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, que disciplina a matéria.⁵⁶³

Cabe razão ao autor carioca, como restou demonstrado neste trabalho, no sentido de que a regra do artigo 14, parágrafo 4º do Código de Defesa do Consumidor não pretende privilegiar o tipo de serviço, e sim a pessoa (física) do profissional liberal, *in casu*, o médico. Isso se dá em razão da natureza *intuitu personae* do contrato fixado entre facultativo e paciente, fundado na confiança.

Não se deve olvidar, ademais, que o dispositivo excepcional supõe a contratação de um profissional liberal que, autonomamente, desempenha seu ofício no mercado de trabalho. Trata-se, portanto, de disciplina dos contratos negociados, e não dos contratos de adesão⁵⁶⁴, a condições gerais.⁵⁶⁵

Desse modo, a responsabilidade civil do hospital é objetiva⁵⁶⁶, fundada no risco do empreendimento, conforme o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, pois não

⁵⁶³ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 380.

⁵⁶⁴ Nos contratos negociados, há discussão, pelas partes, sobre o conteúdo do futuro contrato. O contrato de adesão, por outro lado, é aquele “cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo” (art. 54 do CDC). Os contratos de adesão são a concretização das cláusulas contratuais gerais. Essas, por sua vez, são as cláusulas preestabelecidas pelo fornecedor, que têm os atributos da unilateralidade da estipulação, rigidez e abstração (Nelson Nery Junior, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: da proteção contratual, cit., p. 461).

⁵⁶⁵ Zelmo Denari, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos, cit., p. 176.

⁵⁶⁶ “Responsabilidade Civil. Hospital. Parto por cesariana. Queimaduras abdominais graves por uso indevido do eletrocautério. Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade objetiva. Fato do serviço. Prova do dano e do nexo de causalidade. Minoração das verbas indenizatórias por danos e estéticos. O hospital, enquanto entidade prestadora de serviços de saúde, a responsabilidade é objetiva, conforme o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. O valor da indenização fixado conforme parâmetros da Câmara. Juros e correção monetária, incidentes a partir da data da decisão que fixa o *quantum*. Deram parcial provimento aos apelos. Unânime.” (TJRS – AC n. 70013390141, 9ª Câmara Cível, rel. Luís Augusto Coelho Braga, j.

há que se falar em contrato *intuitu personae* e, em regra, os contratos fixados entre pacientes e hospitais são contratos de adesão.

No mesmo diapasão, Carlos Roberto Gonçalves afirma que o Código de Defesa do Consumidor é claro ao fixar que apenas a “responsabilidade pessoal” dos profissionais liberais é alicerçada em culpa. Logo, doutrina o autor, o hospital responderá objetivamente.⁵⁶⁷

É de se frisar que se o médico tem vínculo empregatício com o hospital, integrando a sua equipe médica, ou se presta serviço para o nosocômio, subordinando-se ao mesmo, responde objetivamente a casa de saúde. No entanto, se o profissional apenas utiliza o hospital para internar os seus pacientes particulares, responde com exclusividade de forma subjetiva⁵⁶⁸ pelos seus erros, afastada a responsabilidade do estabelecimento.⁵⁶⁹

Da mesma maneira, as clínicas médicas respondem de forma objetiva pelos serviços prestados, salvo os casos em que o paciente dirija-se a determinada clínica desejando ser atendido por um médico específico e realize com este um contrato de natureza *intuitu personae*, situação em que a responsabilidade do facultativo será subjetiva.

24.10.2007). “Responsabilidade civil. Hospital. Paciente que contrai infecção hospitalar. Despesas do tratamento da infecção. Inexigibilidade. Aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Responsabilidade objetiva. Violação ao dever de cuidado. Defeito do serviço. Danos morais. Ocorrência. Os estabelecimentos hospitalares respondem objetivamente pelos danos causados aos pacientes em decorrência da prestação de serviço defeituoso, tudo de acordo com o artigo 14 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Hipótese em que o paciente submetido à intervenção cirúrgica para o implante de haste na coluna vertebral, contrai grave infecção, a ponto de ser necessária nova internação para tratamento da infecção. Demonstrada a falha na prestação dos serviços, mostra-se despropositada a pretensão do estabelecimento hospitalar de exigir que o paciente arque os custos do tratamento da infecção. A aplicação da sanção prevista no artigo 940 do Código Civil de 2002 pressupõe que (i) tenha havido pagamento e que haja (ii) má-fé ou dolo do credor, o que não se verifica no caso concreto. Para a caracterização do dano moral, impõe-se seja a parte vítima de uma situação tal que a impinja verdadeira dor e sofrimento, sentimentos esses capazes de lhe incutir transtorno psicológico de grau relevante ou, no mínimo, abalo que exceda a normalidade. O vexame, humilhação ou frustração devem interferir de forma intensa no âmago do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar, o que se verifica nas circunstâncias, tendo a situação vivenciada pelos apelantes transbordado em muito a esfera dos dissabores inerentes à vida em sociedade. Consideradas a repercussão do dano e as condições econômicas dos litigantes, mostra-se razoável o arbitramento de indenização no montante de R\$ 10.000,00, porquanto indeniza satisfatoriamente os apelantes, sem, contudo, provocar seu locupletamento indevido. De outra parte, não causa onerosidade excessiva à apelada. Provimento em parte do apelo.” (TJRS –AC n. 70021430632, 5ª Câmara Cível, rel. Paulo Sérgio Scarparo, j. 10.10.2007, disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>, acesso em: 04 dez. 2007).

⁵⁶⁷ Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, cit., p. 370.

⁵⁶⁸ O contrato volta a ter o caráter *intuitu personae*.

⁵⁶⁹ Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, cit., p. 370.

Anote-se que a responsabilidade civil dos hospitais públicos será estabelecida de acordo com o artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal⁵⁷⁰, que determina a responsabilidade objetiva do Estado por danos decorrentes da prestação de serviços públicos, por pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, praticados por seus agentes, nessa qualidade⁵⁷¹. Cabe ação de regresso do Estado em face do agente que agiu com dolo ou culpa.

3.21 Responsabilidade civil das clínicas de reprodução humana assistida e dos bancos de depósito de material fertilizante

Essa responsabilidade, conforme visto, em regra, é objetiva, com base no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, as clínicas de reprodução humana assistida e os bancos de depósito de material fertilizante assumem, perante os beneficiários das técnicas de procriação assistida, bem como dos doadores, uma obrigação de resultado.

Nesse mesmo tom, urge destacar o parecer concedido pelo Conselho Regional de Medicina do Ceará, tendo em vista uma consulta feita por uma clínica de reprodução humana assistida localizada em Fortaleza. O parecer ressaltou que a responsabilidade civil das clínicas de procriação artificial é objetiva, enquanto que a responsabilidade dos médicos tem natureza subjetiva.⁵⁷²

A Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina estabelece na Seção III, referente às clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de reprodução humana assistida, que: “As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação,

⁵⁷⁰ “Artigo 37 - A Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte: (...) § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

⁵⁷¹ Amélia do Rosário Motta de Pádua, *Responsabilidade civil na reprodução assistida*, cit., p. 144; Miguel Kfourri Neto, *Direitos do paciente e responsabilidade civil médico-hospitalar: (re)definição conceitual*, cit., p. 119.

⁵⁷² Consulta feita pela Clínica Conceptus ao Conselho Regional de Medicina do Ceará (Consulta n. 1.791/09, Assunto: Responsabilidade civil da clínica quanto à fertilização assistida, relator: Doutor Antônio de Pádua de F. Moreira, disponível em: <<http://www.cremec.com.br/pareceres/1998/par0998.htm>>, acesso em: 10 dez. 2007).

distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA”. Destaca ainda que deverá haver um facultativo responsável pelos procedimentos médicos e laboratoriais (item 1 da Seção III). Da mesma forma, o artigo 5º, inciso II do Projeto de Lei n. 90/99 prevê a responsabilidade dos serviços de saúde que realizam as técnicas de reprodução humana assistida pelas fases de coleta, manuseio, controle de doenças infectocontagiosas, conservação, distribuição e transferência do material humano utilizado nos procedimentos.

O dever de ressarcimento das clínicas de reprodução humana assistida e dos bancos de depósito de material fertilizante tem de estar presente não apenas nos casos explicitados na Resolução e no Projeto de Lei acima enumerados, mas em todas as situações em que a conduta deles venha a causar um dano indevido aos pacientes, sejam eles beneficiários ou intermediários das técnicas de procriação assistida.

Importante trazer à baila um fato ocorrido na Itália, em 1989, quando uma mulher foi contaminada pelo vírus da AIDS após ter sido submetida a uma inseminação artificial. A mulher, além de ter contraído a síndrome da imunodeficiência adquirida, não conseguiu engravidar. A transmissão do vírus ocorreu através do líquido seminal, que não estava congelado⁵⁷³. Nesse caso, pelo ordenamento jurídico pátrio, a clínica deveria responder objetivamente pelos danos materiais e morais sofridos pela mulher, tais como gastos com medicamentos, tratamentos, ofensa à sua integridade físico-psíquica, à sua honra subjetiva, dentre outros decorrentes do erro médico.

Destaque-se ainda um caso ocorrido na França, em 1996, no qual uma mulher holandesa pariu gêmeos de duas raças, um mulato e um branco. Após o exame de DNA⁵⁷⁴, constatou-se serem de pais distintos. O centro francês que realizou a fertilização *in vitro* alegou erro de laboratório. Nos Estados Unidos, uma mulher branca que deveria ter sido fertilizada com o sêmen de seu marido, também branco, deu à luz uma criança negra. Restou demonstrado que os espermatozóides utilizados não eram de seu marido. O Tribunal de Nova Iorque condenou o laboratório ao pagamento de indenização à mulher,

⁵⁷³ Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, cit., p. 257.

⁵⁷⁴ *Desoxirribonucleic acid* (DNA). No vernáculo: ácido desoxirribonucléico (ADN).

no valor de US\$ 400 mil – o Instituto pagou US\$ 100 mil e o médico responsável os restantes US\$ 300 mil.⁵⁷⁵

Se os eventos acima relatados houvessem ocorrido no Brasil, a solução deveria pautar-se no Código de Defesa do Consumidor, respondendo o centro e o laboratório, solidariamente (art. 25, § 1º do CDC) e de forma objetiva (art. 14 do CDC).

Não se pode deslembrar que nos casos em que os procedimentos de procriação artificial são realizados por um médico, a partir de um contrato *intuitu personae*, a sua responsabilidade será subjetiva (art. 14, § 4º do CDC), enquanto que a responsabilidade do laboratório e dos bancos de depósito que participem do procedimento continuará tendo natureza objetiva, salvo nas situações em que o médico imponha ao paciente os serviços de determinado banco de depósito de material fertilizante ou de certo laboratório, caso em que responderá solidariamente (art. 932, III do CC) e de forma objetiva (art. 933 do CC) pelos danos ocorridos.

3.22 Responsabilidade civil nas doações

Como estudado⁵⁷⁶, a doação de gametas e embriões deverá ser gratuita (art. 199, § 4º da CF), vedada qualquer forma de comercialização desses procedimentos. A gratuidade, contudo, não implica a ausência de responsabilidade de quem executa as técnicas de procriação assistida⁵⁷⁷. Os médicos, bancos e clínicas de reprodução humana assistida deverão responder por eventuais danos que causem aos doadores de material fertilizante.

Não deve o médico ou a clínica de reprodução assistida realizar os procedimentos para a doação quando esta representar risco de dano à saúde ou integridade física do doador. Esse é o entendimento adotado pela Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina (item 6 da Seção IV) e pelo Projeto de Lei n. 90/99 (art. 7º). Dessa feita, se restar

⁵⁷⁵ Amélia do Rosário Motta de Pádua, *Responsabilidade civil na reprodução assistida*, cit., p. 210-211.

⁵⁷⁶ Ver item 1.3.6.

⁵⁷⁷ O que é gratuito é a doação que está sendo realizada, o serviço do médico está sendo remunerado pelos pacientes que se beneficiarão do procedimento. E mesmo que todo o procedimento tenha sido gratuito, permanece a responsabilidade, pois gratuidade não se confunde com ausência de remuneração; esta, segundo Luiz Antonio Rizzato Nunes, não se refere necessariamente a preço ou preços cobrados (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 100).

demonstrado que o médico deveria conhecer o risco e foi negligente, imprudente ou imperito, há de ser responsabilizado. Em se tratando de clínica, como a responsabilidade é de natureza objetiva, bastará a demonstração do dano sofrido pelo doador e do nexo de causalidade entre aquele e a conduta.

Ressalta-se ademais, como já mencionado, que o consentimento informado é de fundamental importância na atividade médica, especialmente na reprodução humana assistida. Assim é que deverão ser concedidas todas as informações necessárias, de forma clara e precisa, sobre o procedimento, possibilitando a emissão do consentimento livre e esclarecido por parte dos doadores.

A ausência de informações e a privação da possibilidade de expedir o consentimento informado podem, por si só, causar dano ao direito de autodeterminação dos doadores, o que gera o dever de ressarcimento.⁵⁷⁸

O dever de indenizar pode advir também da quebra do sigilo médico. Como ressaltado anteriormente⁵⁷⁹, a identidade dos doadores deve ser mantida em segredo, respondendo os médicos, bancos receptores das doações e clínicas pela sua divulgação indevida. No entanto, atualmente, não deverá subsistir a responsabilidade civil se a identidade for revelada em decorrência de ordem judicial. E, se aprovada lei específica sobre o tema, nos casos previstos em lei.

Da mesma forma, não deverá subsistir o dever de ressarcimento se o médico revelar a identidade dos doadores com a finalidade de preservar a integridade de uma pessoa nascida a partir das técnicas de reprodução humana assistida, desde que não houvesse outra forma de salvar-lhe a vida. Mais uma vez será preciso que o julgador recorra à técnica de ponderação de bens. Nesse caso, estão em conflito o direito à intimidade do doador e o direito à vida e à saúde da pessoa nascida pelas técnicas de procriação assistida, devendo prevalecer este em detrimento daquele, conforme estudado anteriormente.⁵⁸⁰

⁵⁷⁸ Ver item 3.12.2.

⁵⁷⁹ Ver item 2.9.

⁵⁸⁰ Ver item 2.9.

O dever de ressarcimento referente à doação também poderá surgir em razão de um dano causado aos beneficiários das técnicas de procriação assistida. É o que se extrai do disposto no item 6 da Seção IV (Doação de gametas e embriões) da Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe que as clínicas, centros ou serviços médicos de reprodução humana assistida são responsáveis por assegurar, dentro do possível, a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora. Se esse dever for descumprido, deverá haver a responsabilização.

No mesmo sentido o Projeto de Lei n. 2.855/97 determina que a escolha do doador é de responsabilidade do serviço médico, “que deverá zelar para que as características fenotípicas e imunológicas se aproximem ao máximo da receptora” (art. 14). E o Projeto de Lei n. 90/99 prevê a responsabilidade do serviço de saúde quanto à escolha dos doadores, contudo estabelece apenas a garantia de compatibilidade imunológica entre doador e receptor, nada falando sobre as características fenotípicas.

3.23 Responsabilidade civil em face dos embriões e dos nascituros

A responsabilidade civil em face do nascituro e do embrião traz à tona a questão do início da vida humana. Como visto, o embrião *in vitro* não se confunde com o *nasciturus*. Entretanto, é devida a proteção jurídica, uma vez que ele é um ser humano em potencial.⁵⁸¹

Em razão disso, as clínicas de reprodução humana, os médicos e os bancos responsáveis pelo armazenamento do embrião deverão responder pelos danos que lhes forem causados, tais como sua destruição, descarte ou utilização em pesquisa científica, ressalvados os casos permitidos pelo ordenamento jurídico, como a pesquisa e o descarte, e a pesquisa de embriões inviáveis (art. 5º da Lei n. 11.105/2005).

⁵⁸¹ Ver item 2.2.

A indenização será devida aos potenciais pais, no caso de destruição ou descarte, ou às próprias crianças que tenham sofrido danos na qualidade de embrião.

A responsabilidade civil também poderá surgir em decorrência do desrespeito ao dever de sigilo imposto aos médicos, clínicas e bancos de material fertilizante que venham a revelar, por exemplo, que determinada criança é fruto de um tratamento de reprodução humana assistida, ou, ainda, a identidade genética dessa criança.⁵⁸²

No que concerne à responsabilidade em face dos embriões e nascituros, é importante analisar as ações de *wrongful birth* e de *wrongful life* na procriação assistida. Na primeira, os pais alegam que pelo fato de não terem sido informados da possibilidade de a criança nascer com deformidades congênitas, não exercitaram o direito à liberdade de decidir sobre o nascimento ou não do seu filho.⁵⁸³

Por outro lado na ação de *wrongful life*, a própria criança – portadora da deformidade congênita – argumenta que não desejaria ter nascido e que, pela falta de aconselhamento médico adequado, vê-se compelida a existir sem a mínima qualidade de vida. Essas ações são muito comuns nos Estados Unidos, onde o aborto é permitido nos três primeiros meses de gestação, sem interferência do Estado.⁵⁸⁴

No Brasil, o aborto é vedado e sua prática é considerada crime, por força dos artigos 125, 126 e 127 do Código Penal como já mencionado anteriormente. Dessa forma, não têm o pai nem a mãe direito de escolher se o filho nascerá ou não; uma vez em curso a gravidez, ela não pode ser interrompida, salvo se não houver outro meio de salvar a vida da gestante, ou se a gravidez resultou de estupro, desde que haja o consentimento da mãe ou de seu representante legal (art. 128 do CP).

Por essas razões, no ordenamento jurídico pátrio, um médico não pode ser responsabilizado por “permitir” o nascimento de uma criança com anomalias. Conclui-se,

⁵⁸² Ver item 2.10.

⁵⁸³ Miguel Kfourri Neto, *Direitos do paciente e responsabilidade civil médico-hospitalar: (re)definição conceitual*, cit., p. 49.

⁵⁸⁴ Miguel Kfourri Neto, *Direitos do paciente e responsabilidade civil médico-hospitalar: (re)definição conceitual*, cit., p. 49.

ademais, que no Brasil não é admitida a redução embrionária⁵⁸⁵. Essa é a orientação adotada pela Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina que, em seus princípios gerais, prevê: “7. Em casos de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem à redução embrionária”. No mesmo tom, o Projeto de Lei n. 2.855/97 veda essa prática no artigo 8º e o Projeto de Lei n. 90/99 estabelece, em seu artigo 20, que constitui crime essa prática, salvo nos casos em que houver risco de vida para a mulher.

No entanto, é de se lembrar que poderá nascer o dever de ressarcimento por parte do facultativo, se ele não informar aos pais o estado de saúde de seu filho, pois lhes é assegurado o direito à informação completa, precisa e clara, sendo dever do médico prestá-la.

Igualmente, poderá surgir o dever de indenizar se o médico não realizar todos os exames devidos para atestar a saúde do feto, tais como ecografia, amniocentese⁵⁸⁶, cordocentese⁵⁸⁷ ou biopsia de vilos coriais⁵⁸⁸. Ao tratar do assunto, João Álvaro Dias afirma: “Também aqui os erros de diagnóstico podem ter graves conseqüências e as omissões devem ser motivo de acrescidas responsabilidades”⁵⁸⁹. Essa solução justifica-se, pois os estudos mais recentes demonstram que se verifica uma taxa mais elevada de deficiências cromossômicas em crianças nascidas através de processos de reprodução humana assistida⁵⁹⁰, o que aponta para a necessidade da realização de exames dessa natureza.

⁵⁸⁵ Redução embrionária consiste no procedimento que visa eliminar alguns dos embriões, já transferidos, implantados no útero (gestação em curso), com o objetivo de evitar gestação múltipla (José Roberto Goldim, *Bioética e reprodução humana*, disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/redembri.htm>>, acesso em: 12 dez. 2007).

⁵⁸⁶ Seu objetivo é avaliar o cariótipo fetal a partir de retirada do líquido amniótico. O exame é feito entre 11 e 14 semanas de gestação (*Medicina fetal: procedimentos invasivos*, disponível em: <<http://www.einstein.br/maternidade/fetal/glossario.asp#2>>, acesso em: 12 dez. 2007). Acrescente-se que cariótipo fetal é o conjunto de cromossomos do feto (Laudelino Marques Lopes, *Cardocentese*, disponível em: <http://www.cpd.com.br/sys/interna.asp?id_secao=3&id_noticia=109>, acesso em: 12 dez. 2007).

⁵⁸⁷ Através da punção do cordão umbilical, coleta-se o sangue do feto, que é utilizado tanto para avaliação do cariótipo fetal, como para realização de exames como hemograma, sorologias e dosagens bioquímicas no sangue do feto. O exame é habitualmente realizado a partir de 15 semanas de gestação. *Medicina fetal: procedimentos invasivos (Medicina fetal: procedimentos invasivos)*, disponível em: <<http://www.einstein.br/maternidade/fetal/glossario.asp#2>>, acesso em: 12 dez. 2007).

⁵⁸⁸ Seu objetivo é avaliar o cariótipo fetal, através da retirada de um fragmento da placenta. O exame é habitualmente realizado entre 11 e 14 semanas de gestação (*Medicina fetal: procedimentos invasivos*, disponível em: <<http://www.einstein.br/maternidade/fetal/glossario.asp#2>>, acesso em: 12 dez. 2007).

⁵⁸⁹ João Álvaro Dias, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, cit., p. 378.

⁵⁹⁰ João Álvaro Dias, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, cit., p. 378.

Entretanto, nenhuma mulher poderá ser forçada a submeter-se a tal tipo de diagnóstico, e então a mulher que haja se recusado a fazer tais exames não poderá posteriormente demandar o médico por não tê-la esclarecido sobre quaisquer má-formações que seriam detectadas mediante a realização dos testes.⁵⁹¹

3.24 Perda de uma chance e as técnicas de procriação assistida

Como visto, a teoria da perda de uma chance tem por finalidade aliviar a carga probatória da causalidade, a cargo da vítima, entre a culpa e o dano. Por essa teoria, não é preciso demonstrar que a conduta causou um determinado dano, mas sim afirmar que sem ela, o dano não teria ocorrido.⁵⁹²

Ao se falar em chance, tem-se em vista situações em que está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico. Fala-se em perda de chance, para efeito de responsabilidade civil, na hipótese de esse processo ser interrompido por uma determinada conduta, e a oportunidade ter ficado irremediavelmente destruída.⁵⁹³

A perda de uma chance se divide basicamente em duas espécies: a) frustração da oportunidade de obter uma vantagem futura; b) frustração da oportunidade de evitar um dano. Por um lado, havia a possibilidade de seguir um caminho que levaria à vantagem almejada; por outro, havia a possibilidade de evitar o prejuízo que depois aconteceu.

⁵⁹¹ João Álvaro Dias, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, cit., p. 379.

⁵⁹² “Responsabilidade civil. Ação de indenização. Erro médico. Nexo de causalidade. Teoria da perda de uma chance. Evidenciado que, no período pré-operatório, o médico foi imprudente, ao não adotar as cautelas necessárias, considerando o quadro clínico peculiar da paciente, e restando caracterizada a negligência na fase pós-operatória, mas não sendo possível imputar, de modo direto, o evento morte à sua conduta, aplica-se ao caso a teoria da perda de uma chance. Havendo a hipótese de que, tomadas todas as medidas possíveis para reduzir os riscos da cirurgia, e empreendidos todos os cuidados no pós-operatório, o falecimento não ocorreria, impõe-se a condenação do profissional da área da saúde. Indenização fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), tendo em vista a inexistência de nexo causal direto e imediato, mas que havia possibilidade de se evitar o dano. Apelo provido, por maioria.” (TJRS – AC n. 70020554275, 5ª Câmara Cível, rel. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 07.11.2007, disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>, acesso em: 18 dez. 2007).

⁵⁹³ Fernando Noronha, Responsabilidade por perda de chances, *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 6, n. 23, p. 28, jul./set. 2005.

Essa perda de chance, em si mesma, caracteriza um dano que será reparável se estiverem reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil. Nas palavras de Fernando Noronha, “todavia, apesar de ser aleatória a possibilidade de obter o benefício em expectativa, nestes casos existe um dano real, que é constituído pela própria chance perdida, isto é, pela oportunidade, que se dissipou, de obter no futuro a vantagem, ou de evitar o prejuízo que veio a acontecer. A diferença em relação aos demais danos está em que esse dano será reparável quando for possível calcular o grau de probabilidade de o prejuízo ser evitado. O grau de probabilidade é que determinará o *valor da reparação*”.⁵⁹⁴

Ademais, como bem assevera João Álvaro Dias, é necessário que a chance perdida seja real e séria.⁵⁹⁵

Especificamente em matéria de reprodução humana assistida, o autor português destaca a perda ou privação da possibilidade de conceber naturalmente, em consequência de lesões causadas por exames médicos, como no caso da biopsia endometrial⁵⁹⁶. Também é possível falar na perda da chance de conceber naturalmente em razão de um diagnóstico equivocado de infertilidade.

Esses danos poderão ser compensados? Outro não pode ser o entendimento senão no sentido de que esses danos devem ser indenizados, desde que estejam presentes os demais requisitos da responsabilidade civil do médico: a culpa e o nexo de causalidade entre a sua conduta e o prejuízo suportado pela paciente. É preciso ressaltar ainda que não apenas os beneficiários das técnicas de reprodução humana assistida poderão sofrer danos dessa natureza, mas também os doadores de gametas e embriões e a mãe substituta.

⁵⁹⁴ Fernando Noronha, *Responsabilidade por perda de chances*, cit., p. 29.

⁵⁹⁵ João Álvaro Dias, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, cit., p. 395.

⁵⁹⁶ É um método indireto de diagnóstico de ovulação e função do corpo lúteo que pode causar complicações, como perfuração uterina, capazes de levar à infertilidade (Amélia do Rosário Motta de Pádua, *Responsabilidade civil na reprodução assistida*, cit., p. 222).

4 O VALOR JURÍDICO DA RESOLUÇÃO N. 1.358/92 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Como visto no decorrer do trabalho, a única norma que regula especificamente as técnicas de reprodução humana assistida no Brasil é a Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina. Indaga-se: Qual o valor jurídico dessa norma para determinar a responsabilidade civil dos médicos?

Primeiramente, cabe destacar que a auto-regulamentação é a forma mais antiga de regramento social. A humanidade viveu tradicionalmente em comunidades pequenas, regidas por tradições, hábitos e decisões dos chefes auto-reconhecidos pelo grupo, verdadeiras manifestações de auto-regulação. No campo específico da Medicina, a expressão mais antiga de auto-regulação consta dos textos atribuídos a Hipócrates, mais tarde convertidos no conhecido *Juramento*.⁵⁹⁷

Hodiernamente, o fenômeno da auto-regulação pode ser observado muitas vezes porque as previsões e os comandos legais não conseguem chegar a todos os fenômenos sociais que carecem de regulação. Foi assim que se multiplicaram os chamados “códigos de conduta” que as profissões adotaram e que, no âmbito da medicina, são tradicionalmente conhecidos como “códigos deontológicos”.⁵⁹⁸

A deontologia médica pode ser conceituada como sendo o conjunto de normas que regula a atuação profissional dos médicos, mediante a delimitação dos deveres desses profissionais. Tais deveres, com caráter de generalidade, são inspirados nos princípios de respeito à vida, à integridade da pessoa e à saúde individual e coletiva.⁵⁹⁹

Em Espanha, o nível de diligência de um médico deve ser medido com base nos códigos deontológicos. No entanto, não se pode esquecer que o Código Deontológico de 1979 trata-se de um documento interno de organização médica, sem que essas normas tenham sido incorporadas ao ordenamento jurídico. Na Itália, as normas de caráter

⁵⁹⁷ Guilherme de Oliveira, Autoregulação profissional dos médicos, in José de Oliveira Ascensão, *Estudos de direito da bioética*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 49.

⁵⁹⁸ Guilherme de Oliveira, Autoregulação profissional dos médicos, cit., p. 50.

⁵⁹⁹ Roberto Vázquez Ferreyra, *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, cit., p. 158.

deontológico assumem um papel importante na aplicação do instituto da responsabilidade civil e servem de parâmetro para a valoração da diligência do profissional.⁶⁰⁰

Na Argentina, lembra Roberto Vázquez Ferreyra, forte jurisprudência e doutrina defendem a importância das normas deontológicas. Nesse sentido, o autor cita a seguinte decisão: “Não cabe restringir a importância do Código de Ética, que rege a arte de curar, em seu alcance, nem privá-lo de relevância jurídica, senão que se impõe garantir-lhe um respeito substancial para evitar a desumanização de dita ciência, particularmente quando da confrontação dos fatos e as exigências da conduta por ele regrada poderia eventualmente surgir um juízo de reprovação que leve a comprometer a responsabilidade dos interessados (CNCiv., Sala I, 25/09/90, LL, ejemplar del 5/8/91).”⁶⁰¹

Em Portugal, ensina Guilherme de Oliveira, o Código de Ética Médica não tem o valor de uma lei formal. Todavia, doutrina o autor: “Isto não quer dizer, porém, que não assumam um valor prático-jurídico grande; de facto, as normas têm plena eficácia interna, dentro dos órgãos profissionais, constituindo a sua infracção motivo para responsabilidade disciplinar. Além disto, o conteúdo das normas do código serve de auxiliar decisivo para apreciar uma conduta médica, num tribunal ordinário – o tribunal buscará nas normas deontológicas a definição das exigências que se podem fazer ao médico, em matéria de diligência e de cuidado de preparação técnica, com efeitos no juízo sobre a ilicitude e a culpa do agente (...). Ou seja, mesmo que não sejam consideradas normas jurídicas vulgares, as normas deontológicas serão aplicadas directamente em processos disciplinares dentro dos órgãos da Ordem e serão aplicadas indirectamente, nos processos de responsabilidade civil ou penal.”⁶⁰²

O mesmo raciocínio deve ser levado em consideração para avaliar o valor jurídico das normas contidas na Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, que regulamenta as técnicas de reprodução humana assistida. Ou seja, essas normas não são

⁶⁰⁰ Roberto Vázquez Ferreyra, *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, cit., p. 158-159.

⁶⁰¹ No original: “*La importancia del Código de Ética que rege el arte de curar, no cabe restringirla en su alcance ni privarlo de relevancia jurídica, sino que se impone garantizarle un respeto sustancial para evitar la deshumanización de dicha ciencia, particularmente cuando de la confrontación de los hechos y las exigencias de la conducta así reglada, podría eventualmente surgir un juicio de reproche con entidad para comprometer la responsabilidad de los interesados (CNCiv., Sala I, 25/09/90, LL, ejemplar del 5/8/91).*” (Roberto Vázquez Ferreyra, *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, cit., p. 160 – nossa tradução).

⁶⁰² Guilherme de Oliveira, *Autoregulação profissional dos médicos*, cit., p. 53.

leis em sentido formal⁶⁰³, pois não emanam do Poder Legislativo, nem seguem o processo previsto na Constituição Federal (arts. 59 a 69). Contudo, têm valor jurídico, na medida que determinam um padrão de excelência no exercício da atividade médica⁶⁰⁴. Dessa forma, devem servir de parâmetro na avaliação da diligência do médico, bem como na determinação da responsabilidade civil do facultativo.

A questão do valor jurídico dessas normas suscita ainda o problema da eventual discordância entre as normas deontológicas e as normas da legislação ordinária. Esse problema, segundo Guilherme de Oliveira, só pode ter uma solução: “as normas deontológicas têm de se subordinar à legislação ordinária”⁶⁰⁵. Nas palavras de Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi, “as vantagens inerentes à auto-regulamentação são relativas à sua complementaridade ao sistema protetivo do consumidor”⁶⁰⁶. Assim sendo, as normas deontológicas não podem contrariar o microsistema do consumidor, pois são normas que o complementam.

⁶⁰³ Para José Afonso da Silva, lei formal é “o ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado de conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição (arts. 59 a 69)” (*Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 421).

⁶⁰⁴ Olga Jubert Gouveia Krell, *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*, cit., p. 34.

⁶⁰⁵ Guilherme de Oliveira, *Autoregulação profissional dos médicos*, cit., p. 53.

⁶⁰⁶ Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi, *Publicidade abusiva: incitação à violência*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 112.

5 ESTUDO DE CASOS HIPOTÉTICOS

Em razão da escassa jurisprudência pátria acerca da reprodução humana assistida, foram apresentados três casos hipotéticos a seis operadores do direito: dois juízes de direito (juiz 1 e juiz 2), um promotor de justiça, um advogado e duas advogadas (advogada 1 e advogada 2), para que concedessem parecer sobre a matéria. Os casos são os seguintes:

Caso 1: Maria e seu marido Paulo se dirigiram ao consultório de Dr. João, especialista em infertilidade, uma vez que Maria não conseguia engravidar. Após terem sido realizados todos os exames necessários, ficou comprovado que Maria não poderia engravidar pelos meios naturais. Dr. João, diante da situação, detectou que apenas por FIV (fertilização *in vitro*) Maria teria uma chance de ser mãe biológica. O médico concedeu todas as informações, de forma clara e precisa, a Maria e seu marido, desde a possibilidade de insucesso do tratamento ao qual ela deveria se submeter, até os riscos e possíveis complicações do procedimento. Maria e seu marido, depois de esclarecidos sobre o tratamento, assinaram um termo de consentimento informado. Maria, após meses de tratamento, não conseguiu engravidar e teve muitas complicações decorrentes das injeções de hormônios. Diante da situação, Maria propôs ação pedindo reembolso do que foi pago ao médico, bem como indenização por danos morais e materiais. Os danos materiais seriam decorrentes do custo dos tratamentos para a realização do FIV e para as complicações advindas das injeções de hormônios, todos os gastos provados nos autos. E os danos morais decorrentes da frustração da expectativa de Maria em se tornar mãe, o que lhe causou muita dor e sofrimento, provados nos autos.

Caso 2: Ana e seu marido Pedro se dirigiram ao consultório médico do Dr. Matheus. Da mesma forma que no caso anterior, foram feitos todos os exames necessários e detectou-se a necessidade de se fazer FIV. Contudo, o Dr. Matheus informou a Ana e Pedro que na idade dela nunca tivera uma paciente que não tivesse conseguido engravidar, e que Ana com certeza engravidaria. Diante disso, Ana e seu marido assinaram o consentimento informado, que nada falava de certeza de sucesso no tratamento. Ocorre que Ana não conseguiu engravidar e teve muitas complicações decorrentes das injeções de hormônios que tomou, possibilidade que estava prevista no consentimento informado, mas que o médico não mencionou durante o tratamento. Diante da situação, Ana propôs ação

pedindo reembolso do que foi pago ao médico, bem como indenização por danos morais e materiais. Os danos materiais seriam decorrentes do custo dos tratamentos para a realização do FIV e para as complicações advindas das injeções de hormônios, todos os gastos provados nos autos. E os danos morais decorrentes da frustração da expectativa de Ana em se tornar mãe, o que lhe causou muita dor e sofrimento, provados nos autos.

Caso 3: Patrícia e seu marido André se dirigiram a uma clínica de tratamento de fertilização, e chegando lá foram atendidos pelo médico Tiago. Da mesma forma que nos casos acima, foram feitos todos os exames necessários e detectou-se a necessidade de se fazer FIV. Contudo, o Dr. Tiago, apesar de não garantir o sucesso do tratamento, nada falou sobre possíveis complicações. Diante disso, Patrícia e seu marido assinaram o consentimento informado, que explicava em termos técnicos as complicações que poderiam decorrer do procedimento. Patrícia não conseguiu engravidar e teve muitos problemas de saúde em razão das injeções de hormônios que tomou. Diante da situação, Patrícia propôs ação pedindo reembolso do que foi pago à clínica, bem como indenização por danos morais e materiais. Os danos materiais seriam decorrentes do custo dos tratamentos para a realização do FIV e para as complicações advindas das injeções de hormônios, todos os gastos provados nos autos. E os danos morais decorrentes da frustração da expectativa de Patrícia em se tornar mãe, o que lhe causou muita dor e sofrimento, provados nos autos.

Os pareceres⁶⁰⁷ apresentam pontos em comum, bem como de divergência. O juiz 1 entendeu pela ilicitude das técnicas de reprodução humana assistida, por ferir os direitos dos embriões, reconhecendo-lhes a qualidade de pessoa. Ressalta, contudo, que a ilicitude não afasta o dever de indenizar por parte do médico e da clínica, e que deve a responsabilidade civil ser fundamentada no Código de Defesa do Consumidor.

Os demais colaboradores não cogitaram da ilicitude das técnicas de reprodução humana assistida. O juiz 2, o promotor de justiça, o advogado e a advogada 1 defenderam a incidência do Código de Defesa do Consumidor nos casos estudados; enquanto a advogada 2 afirmou que às relações médico-paciente devem ser aplicadas as regras do Código Civil, e não o microsistema do consumidor.

⁶⁰⁷ Os pareceres concedidos encontram-se no Anexo V.

O juiz 1 defendeu o ressarcimento dos danos materiais e morais no primeiro e segundo casos, lembrando que a obrigação assumida pelo médico – na reprodução humana assistida – é de meio e não de resultado. Inobstante, destaca o juiz 1 que é uma obrigação de meio qualificada, na medida que só podem ser empregadas as técnicas de procriação artificial quando houver elevada probabilidade de um resultado favorável. Em sendo obrigação de meio, subsiste a responsabilidade civil, desde que comprovada a culpa do facultativo. Essa, segundo o parecerista, restou demonstrada no Caso 1, em razão da baixa probabilidade de sucesso do procedimento. E, no Caso 2, ressalta o juiz 1 que a obrigação era de meio e deveria ser tratada como se de resultado fosse, tendo em vista a deficiência das informações prestadas pelo médico.

O juiz 2, o advogado, a advogada 1 e a advogada 2 entenderam que no Caso 1 não subsiste o dever de indenizar, tendo em vista que a obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado, foram concedidas as devidas informações aos pacientes e não restou demonstrada a culpa do facultativo. No Caso 2, defenderam a possibilidade de indenização pelos danos materiais e morais, em razão de o médico ter garantido o sucesso do tratamento, assegurando que a paciente ficaria grávida.

O promotor de justiça, por outro lado, defendeu que não subsiste o dever de ressarcimento nos Casos 1 e 2, uma vez que o termo de consentimento informado assinado pelos pacientes seria um instrumento jurídico capaz de isentar o médico desse dever.

No Caso 3, o juiz 1, o juiz 2, o advogado e a advogada 1 defenderam caber o ressarcimento pelos danos materiais decorrentes de complicações do tratamento que não foram devidamente informadas. Entretanto, entenderam pela não-incidência dos danos morais, tendo em vista a natureza da obrigação – meio – e a existência do consentimento informado. Ademais, o juiz 1 e a advogada 1 destacaram a natureza objetiva da responsabilidade civil da clínica de reprodução humana assistida.

Cabe frisar ainda que o juiz 1 mencionou a possibilidade de inversão do ônus da prova, com base no artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, desde que reste demonstrada a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor.

Os pontos de divergência dos pareceres concedidos demonstram que a matéria não é pacífica no meio jurídico. As controvérsias vão desde a licitude ou não das técnicas de reprodução humana assistida, até a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações médico-paciente.

Depois de analisados os pareceres apresentados pelos colaboradores, segue-se uma breve análise dos casos. Como visto no decorrer do trabalho, o melhor entendimento é o que defende a licitude das técnicas de procriação artificial, com base no direito fundamental à reprodução humana, que abrange a reprodução natural e a assistida. Ademais, restou demonstrado que a relação médico-paciente é de consumo, o que determina a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, a responsabilidade do médico é de natureza subjetiva (art. 14, § 4º do CDC), tendo o facultativo uma obrigação de meio, enquanto o dever de ressarcimento das clínicas de reprodução humana assistida tem natureza objetiva (art. 14, *caput* do CDC).

Assim que, no Caso 1, não há que se falar em responsabilidade civil do médico, desde que reste provado que havia chances concretas de sucesso do tratamento. Além disso, foi detectada a infertilidade do casal, o que autoriza a utilização das técnicas de procriação artificial. Em seguida, o médico concedeu todas as informações devidas de forma clara e precisa e, por se tratar de uma obrigação de meio fundada na culpa, só seria possível falar em dever de indenizar se essa restasse demonstrada. Dessa forma, no Caso 1, estão presentes dois requisitos da responsabilidade civil do médico: o dano e o nexo de causalidade. Contudo, não restou demonstrada a culpa, razão pela qual não há que se falar em dever de ressarcimento.

No Caso 2, verifica-se a conversão de uma obrigação que inicialmente era de meio em de resultado. Isso se deu tendo em vista a expectativa criada pelo médico ao afirmar que Ana com certeza engravidaria. Apesar do consentimento informado nada dizer a respeito da certeza do tratamento, a garantia do resultado passou a integrar o contrato existente entre o casal e o médico. Dessa feita, a responsabilidade do médico passou a ser objetiva, bastando a demonstração do dano e do nexo causal. Não há que se falar aqui em análise da culpa do facultativo. Há, assim, dever de indenizar por parte do médico, tanto os danos materiais, quanto os morais.

No Caso 3 o casal procurou uma clínica de reprodução humana assistida, e não um médico. Destarte, formou-se uma obrigação de resultado e não de meio, de forma que a responsabilidade é objetiva. Ademais, o termo de consentimento informado continha informações em linguagem técnica, o que está em desacordo com os ditames do princípio da informação⁶⁰⁸, segundo os quais as informações devem ser claras e precisas. Neste caso vislumbra-se também o dever de indenizar, tanto pelos danos materiais, quanto pelos danos morais suportados pelo casal.

Nos três casos, o juiz poderá inverter o ônus da prova (art. 6º, inc.VIII do CDC), verificada a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência dos pacientes.

⁶⁰⁸ Salvo no caso em que se demonstrar que os contratantes tinham condição de entender o alcance das informações, mesmo que em termos técnicos.

6 CONCLUSÃO

O estudo da responsabilidade civil médica nos procedimentos de reprodução humana assistida foi embasado na abordagem de temas que perpassam esse contrato de prestação destes serviços. A matéria trazida para análise propiciou uma visão ampla da importância e relevância dessas técnicas no mundo jurídico, possibilitando a extração dos seguintes posicionamentos:

1. As técnicas de reprodução humana assistida devem ser tidas como lícitas se utilizadas para tratar os casos comprovados de infertilidade e para o controle de doenças geneticamente transmissíveis, desde que de acordo com os limites impostos pelo ordenamento jurídico pátrio.

2. Reconhece-se a natureza humana dos embriões *in vitro*, que não deve ser “coisificado”. Não é preciso, como comprovado no desenvolvimento do trabalho, que seja classificado o embrião *in vitro* como nascituro ou pessoa para que lhe seja dada a devida proteção jurídica. Os embriões excedentários decorrentes do processo de congelamento não podem, dessa forma, ser comercializados, descartados e destruídos. Além do mais, somente podem ser utilizados em pesquisa científica que busque assegurar o seu bom desenvolvimento, sendo a doação a melhor opção para os embriões excedentes, pois lhes assegura o destino devido, qual seja, a implantação no útero de uma mulher para que se desenvolvam e nasçam.

3. No sistema jurídico brasileiro, há um direito fundamental a procriar, decorrente dos direitos constitucionais à liberdade, à saúde, à intimidade e ao planejamento familiar. Esse direito assegura a utilização de técnicas de procriação humana assistida, não sendo possível, em regra, diante do princípio da isonomia, privilegiar a reprodução natural, em face da assistida.

4. Os direitos à utilização das técnicas de reprodução humana assistida por parte dos pacientes e de sua realização por parte dos médicos e demais profissionais da área não justificam uma utilização desmedida dessas técnicas. Como todo direito fundamental, ele é limitado por outros direitos fundamentais, de modo que o direito constitucional à vida, os

princípios do melhor interesse da criança e da parentalidade responsável são limites diretos à prática da procriação assistida, todos em consonância com o fundamento basilar da ordem constitucional pátria, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

5. A mulher solteira pode se submeter a tratamentos de reprodução humana assistida objetivando engravidar, desde que comprovada a sua infertilidade e demonstrada a existência de um projeto parental adequado, capaz de assegurar o desenvolvimento sadio da criança que irá nascer, o que deve ser verificado a partir da análise do caso concreto. Esse direito poderá sofrer restrições em decorrência dos princípios do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana.

6. Em tese, é possível afirmar a existência do direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida pelos homossexuais, desde que demonstrado no caso concreto a existência de um projeto parental que assegure o melhor interesse da criança e sua dignidade.

7. No que concerne à filiação, os modelos tradicionais já não são suficientes para resolver a problemática advinda das técnicas de procriação assistida. É preciso reconhecer que a vontade na reprodução artificial heterológa muitas vezes substitui a relação sexual presente na reprodução natural, fazendo com que a verdade afetiva prevaleça sobre a biológica. Deve-se reconhecer a paternidade/maternidade daquele que não contribuiu com seu material biológico, desde que tenha expressado a vontade de desenvolver o projeto parental.

8. Na procriação assistida homóloga, deve-se atentar para a impossibilidade de se fazer inseminação *post mortem*, uma vez que nesses casos não há que se falar em infertilidade, além de o direito sucessório pátrio não ser compatível com essa prática.

9. Diante da ausência de vedação legal, o contrato de gestação por outrem deve ser admitido, desde que seja realizado por razões altruísticas e quando houver parentesco, até o 2º grau, entre a *gestatrix* – que concebe a criança – e a *genitrix*, respeitados os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, devendo a maternidade/paternidade ser reconhecida em favor daqueles que desenvolveram o projeto parental.

10. Nascendo um conflito entre o direito ao anonimato do doador e o direito à identidade genética, caberá ao juiz, no caso concreto, através da técnica de ponderação de bens, determinar qual deverá prevalecer. Em tese, o direito ao anonimato deverá ceder diante do direito à identidade genética, quando estiver em jogo a vida, a saúde ou a integridade física da pessoa nascida através das técnicas de reprodução humana assistida.

11. No decorrer do trabalho, concluiu-se ainda que, independentemente da classificação do direito ao patrimônio genético como direito fundamental de quarta geração ou não, ele deve ser reconhecido não apenas às pessoas já nascidas e aos nascituros, mas também aos embriões *in vitro*, impondo aos profissionais de saúde que participarem dos processos de procriação artificial o dever de resguardarem os seus patrimônios genéticos, bem como dos demais participantes do processo, desde os beneficiários, até os doadores.

11. Todas as práticas que envolvem as técnicas de reprodução humana assistida podem fazer nascer um dever de ressarcimento por parte dos médicos, clínicas e bancos de material fertilizante. A relação existente entre o médico, o beneficiário e demais integrantes das técnicas de procriação artificial, como os doadores, é de consumo, devendo, destarte, ser aplicado o microssistema do consumidor para determinar a responsabilidade civil dela decorrente. Destaque-se ainda que a relação entre o facultativo e paciente é contratual, sendo esse contrato *sui generis*, pois o elemento confiança é indispensável nessa relação.

13. Conforme a sistemática do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil nesses casos será subjetiva, sendo a obrigação assumida pelo médico de meio e não de resultado, exigindo-se para a sua configuração a existência da ação culposa, do dano e do nexo de causalidade.

14. Admitindo-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos médicos para a prática das técnicas de reprodução assistida, reconhece-se a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do paciente/consumidor.

15. Documento de suma importância para a configuração da responsabilidade civil médica é o consentimento informado, que consiste no instrumento através do qual o médico deve cumprir o seu dever de informar ao paciente, de maneira clara e precisa, os

procedimentos que serão feitos, seus riscos e prováveis efeitos. O consentimento informado tem a capacidade de modificar a natureza da obrigação assumida, podendo a obrigação que era inicialmente de meio passar a ser de resultado, e vice-versa. Essa inversão pode ocorrer nos contratos de reprodução humana assistida, como, por exemplo, quando garante que a mulher engravidará. Nesse caso, a obrigação que era de meio transmuda-se em de resultado. Ademais, a ausência do consentimento informado poderá, por si só, gerar o dever de ressarcimento, por lesar o direito à autodeterminação.

16. Não se pode olvidar que, a despeito da responsabilidade civil subjetiva dos médicos, a responsabilização das clínicas de reprodução humana assistida e dos bancos de material fertilizante dar-se-á de forma objetiva.

17. Por fim, concluiu-se, a partir da análise dos casos hipotéticos apresentados para estudo, a necessidade de uma legislação específica sobre a matéria, que preveja normas claras e precisas, de acordo com os ditames constitucionais, especialmente a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 14, p. 20-27, abr./jun. 1995.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord.). *Jornada de direito civil, I, III e IV: enunciados aprovados*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 2007. Disponível em: <www.jf.gov.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>. Acesso em 12 nov. 2007.

AGUIAR-GUEVARA, Rafael. *Tratado de derecho médico*. Caracas: Legis Lec, 2001.

ALBANO, Suzana Stoffel Martins. Reprodução assistida: os direitos dos embriões congelados e daqueles que o geram. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre. Síntese, IBDFAM, v. 7, n. 34, p. 72-98, fev./mar. 2006.

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 5. reimpr. Buenos Aires: Astrea, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Silmara J. de A. Chinelatto de. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese, IBDFAM, v. 7, n. 30, p. 99-123, jun./jul. 2005.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Problemas jurídicos da procriação assistida. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 90, n. 328, p. 69-80, out./dez. 1994.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. *Consentimento no transplante de órgãos*. Curitiba: Juruá, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 52 de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao património genético*. Coimbra: Almedina, 1998.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Princípios do Biodireito*. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELES, Jussara Maria Leal de; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2003. p. 49-82.

BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano: de acordo com o novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2003.

BERNARDO, Karla. *Quem quer ter um bebê?* Disponível em: <http://www.ghente.org/entrevistas/entrevista_ra.htm>. Acesso em: 30 ago. 2007.

BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *Responsabilidade civil por danos a consumidores*. São Paulo: Saraiva, 1992.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. rev. São Paulo: Edipro, 2005.

BOLSON, Simone Hegele. Direitos da personalidade do consumidor e a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 52, p. 130-162, out./dez. 2004.

BOLZAN, Alejandro D. *Reprodução assistida e dignidade humana*. Tradução de Marisa do Nascimento Paro. São Paulo: Paulinas, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRAGA, José Maria Frutuoso. Aspectos históricos, sócio-econômicos e religiosos da inseminação artificial. In: NAKAMURA, Milton Shim Ithi; POMPEO, Antonio Carlos Lima. *O casal estéril: conduta diagnóstica e terapêutica*. Rio de Janeiro: Atheneu, 1990. p. 220-231.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e debate bioético*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2003.

BUARQUE, Sidney Hartung. *Da demanda por dano moral na inexecução das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BUERES, Alberto J. *Responsabilidade civil de los médicos*. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução humana: ética e direito*. Edicamp: Campinas, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Ed.). *Derechos humanos, desarrollo sustentable y medio ambiente*. San José de Costa Rica: IIDH, BID, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986.

_____. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999. (Fundação Mário Soares, Cadernos Democráticos, 7).

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 2, n. 5, p. 128-159, jan./mar. 1977.

CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo judicial*. Palestras proferidas na Universidade de Yale. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. (Coleção Justiça e Direito).

CARVALHO, Erothildes Tojal de. *Responsabilidade civil por erro médico: a questão da responsabilização dos hospitais*. Maceió: Nossa Livraria, 2006.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Responsabilidade civil médica: acórdãos na íntegra dos Tribunais Superiores*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Destaque, 2001.

CASTRO, João Monteiro de. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: Método, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CLÍNICA DR. MARCELO FARIA. Reprodução humana. Disponível em: <<http://www.clinicadrmarcelofaria.com.br/reproducao.htm>>. Acesso em: 02 set. 2007.

CLÍNICA E CENTRO DE PESQUISA EM REPRODUÇÃO HUMANA ROGER ABDELMASSIH. *Maturação de óvulos in vitro*: evolução tecnológica, novidade antiga. Disponível em: <<http://www.arstechnica.com.br/abdelmassih/noticias/noticia0.php?cod=309>>. Acesso em: 07 nov. 2007.

_____. Tratamentos: histórico, ICSI passo a passo, indicações, técnica de ICSI. Disponível em: <http://www.abdelmassih.com.br/tr_icsi01.php>. Acesso em: 31 ago. 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; CONRADO, Marcelo. *O embrião e seus direitos*. In: CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (Coords.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana*: diálogo entre a ciência e o Direito. Curitiba: Juruá, 2007. p. 79-108.

CORRÊA, Marilena C. D. V.; COSTA, Cristiano. *Reprodução assistida*: conceitos e linguagem. Disponível em: <www.ghente.org/temas/reproducao/index.htm>. Acesso em: 30 ago. 2007.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (P.M.A.)*. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de direito da bioética*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 93-112.

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

CRUZ, Ivelise Fonseca da. *A influência das técnicas da reprodução humana assistida no direito*. 2005. 208 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

DARÍO BERGEL, Salvador. La impronta de las investigaciones del genoma humano sobre el derecho. In: DARÍO BERGEL, Salvador; MINYERSKY, Nelly (Coords.). *Bioética y derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003. p. 313-346.

DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. São Paulo: Forense, 2001. cap. 4, p. 143-214.

DIAS, João Álvaro. *Procriação assistida e responsabilidade médica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 7. ed. Salvador: JusPodium, 2007. v. 1.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 7.

_____. *O estado atual do biodireito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DUARTE, Tiago. *In vitro veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei*. Coimbra: Almedina, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2004.

EMALD-CIRIÓN, Aitzber. La responsabilidad de los profesionales sanitarios y el consejo genético. In: DARIÓ BERGEL, Salvador; MINYERSKY, Nelly (Coords.). *Bioética y derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003. p. 163-212.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

EQUIPE EDITORIAL BIBLIOMED. *Varicocele*: Saiba mais sobre a importância da visita ao urologista para detecção dos problemas. Disponível em: <<http://boasaude.uol.com.br/lib/ShowDoc.cfm?LibDocID=3661&ReturnCatID=1746>>. Acesso em: 22 dez. 2007.

FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade: anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro. In: CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (Coords.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana*: diálogo entre a ciência e o direito. Curitiba: Juruá, 2007. p. 187-204.

FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. Limites da ciência e o respeito à dignidade humana. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (Org.). *Biodireito*: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 267-281.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*: teoria geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. Prescrição e decadência no Código de Defesa do Consumidor. In: Mirna Cianci. (Org.). *Prescrição e decadência no Código Novo Civil*: uma análise interdisciplinar. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 419-450.

_____. *Publicidade abusiva*: incitação à violência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

FERNANDES, Silvia da Cunha. *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERNÁNDEZ-MORÍS, Julia; GUERRA FLECHA, José Maria. *Aspectos científicos de la inseminación artificial*. In: GAFO, Javier (Ed.). *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1998. p. 21-44.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos sobre filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FEUZ, Paulo Sérgio. *Direito do consumidor nos contratos de turismo*. São Paulo: Edipro, 2003.

FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. El comienzo de la vida humana: el embrión como persona y como sujeto de derechos. In: DARÍO BERGEL, Salvador; MINYERSKY, Nelly (Coords.). *Bioética y derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003. p. 283-312.

FILIPPINI, Carla Andressa Ferreira et al. *Infertilidade masculina*. Disponível em: <<http://www.portaldeginecologia.com.br/modules.php?name=News&file=article&sid=161>>. Acesso em: 30 ago. 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: Disposições gerais e Da política nacional das relações de consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. São Paulo: Forense, 2001. caps. 1 e 2, p. 21-115.

_____. *Manual de direitos do Consumidor*. 7. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2004.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRANÇA, Genival Veloso. *Direito médico*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FRANÇA, Genival Veloso, FRANÇA FILHO, Genival Veloso de, LANA, Roberto Lauro. *Comentários ao Código de Processo Ético-Profissional dos Conselhos de Medicina*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

GALVÃO, Heveraldo. Adoção por casal formado por pessoas do mesmo sexo. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese, IBDFAM, v. 8, n. 40, p. 72-108, fev./mar. 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A reprodução assistida heteróloga sob a ótica do novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese, IBDFAM, v. 5, n. 19, p. 41-76, ago./set. 2003.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. A morte, o morrer, a doação de órgãos e a dignidade da pessoa humana. In: CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (Coords.). *Biodireito e dignidade da pessoa humana: diálogo entre a ciência e o Direito*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 155-170.

GOLDIM, José Roberto. *Bioética e reprodução humana*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/redembri.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2007.

GOMES, Alexandre Gir. A responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 3, n. 12, p. 81-91, out./dez. 2002.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. O processo de afirmação dos direitos fundamentais: evolução histórica, interação expansionista e perspectivas de efetivação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 11, n. 45, p. 109-140, out./dez. 2003.

GOMES, José Jairo. Reprodução humana assistida e filiação na perspectiva dos direitos da personalidade. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 6, n. 22, p. 136-152, abr./jun. 2005.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Direitos da personalidade e bioética. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 9, p. 37-53, set./dez. 1997.

GOMÉZ SANCHEZ, Yolanda. *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Servicios Publicaciones da Universidad Complutense, 1994.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONZÁLEZ, José Alberto. *Responsabilidade civil*. Lisboa: Quid Juris?, 2007.

GONZÁLEZ MORÁN, Luis. Aspectos jurídicos de la procreación asistida. In: GAFO, Javier (Ed.). *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1998. p. 111-186.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 7. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2006. v. 1.

GUIBOURG, Ricardo A. *El fenómeno normativo: acción, norma y sistema, la revolución informática, niveles del análisis jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 1987.

GUILHEM, Dirce; PRADO, Mauro Machado do. Bioética, legislação e tecnologias reprodutivas. In: SIMPÓSIO ASPECTOS ÉTICAS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA. *Revista Bioética*, Brasília, Conselho Federal de Medicina, 9, n. 2, p. 113-126, 2001. Disponível em: <www.portalmedico.org.br/revista/bio9v2/Simpso8.pdf>. Acesso em: 26 set. 2007.

GUIMARÃES, Adriana Esteves. Bioética e direitos humanos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 6, n. 23, p. 9-27, jul./set. 2005.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

_____. *Dicionário Houaiss de sinônimos e antônimos*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

JOTA, Rossini Lopes. Fertilização assistida: considerações a respeito da inseminação artificial com sêmen do marido ou companheiro, na viúva ou companheira, após a morte do depositante. Conseqüências jurídicas. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, n. 7, p. 128-137, jul./set. 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KFOURI NETO, Miguel. *Direitos do paciente e responsabilidade civil médico-hospitalar: (re)definição conceitual*. 2005. 389 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

_____. *Responsabilidade civil do médico*. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no biodireito: os casos dos transexuais e dos “wannabes”. *RTDC: Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 15, p. 50-65, jul./set. 2003.

_____. Elementos de uma interpretação constitucional dos contratos de reprodução assistida. *RTDC: Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 7, p. 247-260, jul./set. 2001.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *O direito do embrião humano: mito ou realidade*. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 29, p. 121-146, 1996.

_____. Eugenia e Bioética: os limites da ciência face à dignidade humana. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Nota dez, ano 52, n. 321, p. 28-42, 2004.

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

LEITE, Leonardo. *Fertilização “in vitro”*. Disponível em: <www.ghente.org/temas/reproducao/art_fiv.htm>. Acesso em: 1º set. 2007.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. Os direitos da personalidade. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 150-167.

LEVY, Lea M.; IÑIGO, Delia B. Identidad, filiación y reproducción humana asistida. In: DARIÓ BERGEL, Salvador; MINYERSKY, Nelly (Coords.). *Bioética y derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003. p. 259-270.

LIMA NETO, Francisco Vieira. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 120-148.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial (arts. 1.591 a 1.693)*. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16.

LOPES, Laudelino Marques. *Cardocentese*. Disponível em: <http://www.cpd.com.br/sys/interna.asp?id_secao=3&id_noticia=109>. Acesso em: 12 dez. 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003.
_____. *Responsabilidad civil de los médicos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1997. v. 1-2.

LUCCA, Newton de. *Direito do consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

LUZ, Aramy Dornelles da. *Código do Consumidor anotado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Direito à informação nos contratos relacionais de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 35, p. 113-122, jul./set. 2000.

MACHADO, Maria Helena. Filho de várias mães. In: SILVA, Reinaldo Pereira e; LAPA, Fernanda Brandão (Orgs.). *Bioética e direitos humanos*. Florianópolis: OAB/SC, 2002. p. 171-190.

_____. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2006.

MALFATTI, Alexandre David. *Direito-informação no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003.

MALTER, Henry E.; COHEN, Jacques. Intracytoplasmic sperm injection: technical aspects. In: VAYENA, Effy; ROWE, Patrick J.; GRIFFIN, P. David (Eds.). *Current practices and controversies in assisted reproduction*. Geneva, Switzerland: World Health Organization (WHO), 2002. p. 126-130. Disponível em: <www.who.int/reproductive-health/infertility/report_content.htm>. Acesso em: 12 dez. 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 45, p. 71-9, jan./mar. 2003.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEDICINA fetal: procedimentos invasivos. Disponível em: <<http://www.einstein.br/maternidade/fetal/glossario.asp#2>>. Acesso em: 12 dez. 2007.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Os embriões humanos mantidos em laboratório e a proteção da pessoa: o novo Código Civil brasileiro e o Texto Constitucional. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELES, Jussara Maria Leal de; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 83-95.

MENEGON, Vera Sonia Mincoff. *Entre a linguagem dos direitos e linguagem dos riscos: os consentimentos informados na reprodução humana assistida*. São Paulo: PUCSP-EDUC, 2006.

MENEZES, Thereza Christina Bastos de. Novas técnicas de reprodução humana, o útero de aluguel. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 79, n. 660, p. 253-258, out. 1990.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria geral do direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MIRANDA, Jorge. A Constituição Portuguesa e a dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 11, n. 45, p. 81-91, out./dez. 2003.

MOOR, Fernanda Stracke. A filiação adotiva dos menores e o novo modelo de família previsto na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, v. 7, p. 40-68, jul./set. 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NAVARRETE, Daniela Lenza. *Responsabilidade civil dos médicos*. 2004. 293 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. São Paulo: Forense, 2001. cap. 6, p. 441-570.

_____. Princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 3, p. 44-77, set./dez. 1992.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NIÑO, Luis Fernando. Experimentación biomédica sobre seres humanos: una propuesta legislativa. In: DARIÓ BERGEL, Salvador; MINYERSKY, Nelly (Coords.). *Bioética y derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003. p. 271-282.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 6, n. 23, p. 28-46, jul./set. 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUNES, Manuel Rosario. *O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JÚNIOR, Edson. *Reprodução assistida: até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei*. São Paulo: Gaia, 2000.

OLIVEIRA, Guilherme de. Autoregulação profissional dos médicos. In: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Estudos de direito da bioética*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 49-60.

OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.

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

PALUDO, Anison Carolina. Bioética e direito: procriação artificial e dilemas éticos-jurídicos. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, RS, Universidade de Passo Fundo, v. 2, n. 15, p. 431-441, 2001.

PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 43, p. 105-125, jul./set. 2002.

PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 51, n. 314, p. 7-35, dez. 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RAMOS FILHO, Irineu. Elementos do contrato médico. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, n. 7, p. 85-95, jul./set. 2001.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil: um olhar sobre a jurisprudência*. 3. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 2006.

RIBEIRO, Marina. *Infertilidade e reprodução assistida: clínica psicanalítica*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

RUIZ BALDA, José Antonio. Aspectos científicos de la fecundación “in vitro”. In: GAFO, Javier (Ed.). *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1998. p. 45-67.

SAMPAIO, Francisco José Marques. *Evolução da responsabilidade civil e reparação de danos ambientais*. Renovar: Rio de Janeiro: 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. Critérios de resolução das tensões entre princípios constitucionais: ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 50-73.

SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. *O direito “in vitro”: da bioética ao biodireito, temas polêmicos, legislação atualizada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule based decision-making in law and in life*. Oxford: Claredon Press, 1991.

SILVA, Cristiano Amorim Tavares da. A amplitude e o significado prático da cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, da Constituição. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1296, 18 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9393>>. Acesso em: 12 set. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Marcus Vinícius Fernandes Andrade da. *A frustração da expectativa de consumo pela publicidade*. 2006. 418 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

STEINMETZ, Wilson. Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 6, n. 23, p. 291-304, jul./set. 2005.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2006. v. 2.

TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TOGNOTTI, Elvio et al. Técnicas de reprodução assistida de baixa complexidade. In: BORGES JÚNIOR, Edson (Org.). *Consenso brasileiro em indução da ovulação*. São Paulo: BG Cultural, 2000. v. 1, p. 1-14.

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1. _____ . *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4.

WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: das ações de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. cap. 3, p. 826-831.

WIDER, Roberto. *Reprodução assistida: aspectos do biodireito e da bioética*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAINAGHI, Maria Cristina. *Os meios de defesa dos direitos do nascituro*. São Paulo: LTr, 2007.

ANEXOS

ANEXO I – RESOLUÇÃO CFM N. 1.358/92⁶⁰⁹

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições que lhe confere a Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto n. 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana;

CONSIDERANDO que as técnicas de Reprodução Assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais;

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica;

CONSIDERANDO, finalmente, o que ficou decidido na Sessão Plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 11 de novembro de 1992;

RESOLVE:

Artigo 1º - Adotar as NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA, anexas à presente Resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Artigo 2º - Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação.

São Paulo-SP, 11 de novembro de 1992.

IVAN DE ARAÚJO MOURA FÉ

Presidente

HERCULES SIDNEI PIRES LIBERAL

Secretário-Geral

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras

⁶⁰⁹ Publicada no *DOU*, de 19.11.92, Seção I, p. 16.053, disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novoportal/index5.asp>>, acesso em: 30 dez. 2007.

terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

3 - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibida a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

II – USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.

2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

- 1 - um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico.
- 2 - um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e mal-formações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões.
- 3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

- 1 - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.
- 2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
- 3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.
- 4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.
- 5 - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.
- 6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões.

2 - O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.

3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

1 - Toda intervenção sobre pré-embriões *in vitro*, com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões *in vitro*, não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões *in vitro* será de 14 dias.

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

ANEXO II – PROJETO DE LEI N. 2.855/97

Projeto apresentado pelo Deputado Confúcio Moura.

Dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

TÍTULO I

Dos Princípios Gerais

Artigo 1º - Esta lei regulamenta as técnicas e as condutas éticas sobre a Reprodução Humana Assistida (RHA): Inseminação Artificial (IA), Fecundação *In Vitro* (FJV), Transferência de pré-Embriões (TE), Transferência Intrabutária de Gametas (TIG) e outros métodos, observados os princípios da eficiência e da beneficência.

Artigo 2º - As técnicas de RHA têm por finalidade a participação médica no processo de procriação notadamente ante a esterilidade ou infertilidade humana, quando outras terapêuticas tenham sido consideradas ineficazes.

Artigo 3º - A utilização das técnicas de RHA é permitida nos casos em que haja possibilidade concreta de êxito e não incorra em risco grave para saúde da mulher ou para a possível descendência.

Artigo 4º - Toda mulher capaz, independentemente de seu estado civil, poderá ser usuária das técnicas de RHA, desde que tenha solicitado e concordado livre e conscientemente em documento de consentimento informado.

Artigo 5º - É obrigatória a informação completa à paciente ou casal sobre a técnica de RHA proposta, especialmente sobre dados jurídicos, éticos, econômicos, biológicos, detalhamento médico de procedimentos, os riscos e os resultados estatísticos obtidos no próprio serviço e em serviço de referência.

§ 1º - A informação prevista no caput é condição prévia para a assinatura da paciente ou do casal de documento formal de consentimento informado escrito em formulário especial.

§ 2º - A revogação do consentimento informado poderá ocorrer até o momento anterior à realização da técnica de RHA.

Artigo 6º - É vedada a utilização de técnica de RHA com finalidade:

I - de clonagem, entendida como a reprodução idêntica do código genético de um ser humano;

II - de seleção de sexo ou de qualquer outra característica biológica;

III - eugênica.

Parágrafo único - A vedação prevista no inciso II deste artigo não se aplica nas situações em que se objetive prevenir doenças.

Artigo 7º - É proibida a fecundação de oócitos com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

Artigo 8º - A transferência de oócitos ou pré-embriões para receptora obedecerá aos métodos considerados mais adequados para assegurar a gravidez.

Artigo 9º - Em caso de gravidez múltipla, não será permitida a redução seletiva, exceto se houver risco à vida da gestante.

TÍTULO II

Da doação e dos doadores

Artigo 9º - A doação de gametas ou pré-embriões será realizada mediante um contrato gratuito, escrito formal e de caráter sigiloso entre os serviços que empregam técnicas de RHA e os doadores, vedada qualquer forma de comercialização ou estímulo financeiro.

Parágrafo único - A quebra do sigilo sobre as condições dos doadores só será permitida em decorrência de motivação médica, podendo ser fornecidas informações exclusivamente para a equipe responsável pelo caso, preservada a identidade civil do doador.

Artigo 10 - A doação de gametas só poderá ser revogada por infertilidade sobrevinda e se o doador necessitar deles para procriação desde que ainda disponível no serviço médico.

Artigo 11 - Cabe ao serviço que emprega técnica de RHA a custódia dos dados de identidade do doador, que deverão ser repassados para os serviços de controle regional e nacional.

Parágrafo único - Os serviços médicos de RHA ficam obrigados a colher amostra de material celular dos doadores, assim como manter registro dos seus dados clínicos e de suas características fenotípicas, que serão permanentemente arquivados.

Artigo 12 - O doador deve ser civilmente capaz e ter comprovadamente descartada qualquer possibilidade de transmissão de doenças, especialmente as hereditárias.

Artigo 13 - O serviço médico que emprega técnica de RHA fica responsável por impedir que de um mesmo doador nasça mais de 2 filhos, num mesmo Estado, devendo, para tanto, manter registro das gestações.

Artigo 14 - A escolha do doador, para efeito de reprodução assistida, é de responsabilidade do serviço médico, que deverá zelar para que as características fenotípicas e imunológicas se aproximem ao máximo da receptora.

TÍTULO III

Da gestação de substituição

Artigo 15 - A gestação de substituição é permitida nos casos em que a futura mãe legal, por defeito congênito ou adquirido, não possa desenvolvê-la.

Artigo 16 - A doação temporária do útero não poderá ter objetivo comercial ou lucrativo.

Artigo 17 - É indispensável a autorização do Conselho Nacional de RHA para a doação temporária do útero, salvo nos casos em que a doadora seja parente até 4^o grau, consanguíneo ou afim da futura mãe legal.

TÍTULO IV

Dos pais e dos filhos

Artigo 18 - A filiação dos nascidos por RHA rege-se pelo disposto nesta lei e pela legislação que disciplina a filiação em geral.

Artigo 19 - Fica vedada a inscrição na certidão de nascimento de qualquer observação sobre a condição genética do filho nascido por técnica de RHA.

Artigo 20 - O registro civil não poderá ser questionado sob a alegação do filho ter nascido em decorrência da utilização de técnica de RHA.

Artigo 21 - A revelação da identidade do doador, no caso previsto no parágrafo único do artigo 9^o, parágrafo único, desta lei, não será motivo para determinação de nova filiação.

Artigo 22 - É vedado o reconhecimento da paternidade, ou qualquer relação jurídica, no caso de morte de esposo ou companheiro anterior à utilização médica de alguma técnica de RHA, ressalvados os casos de manifestação prévia e expressa do casal.

TÍTULO V

Da Crioconservação

Artigo 23 - Os serviços médicos especializados em RHA poderão crioconservar gametas e pré-embriões.

Artigo 24 - Os pré-embriões não utilizados a fresco serão crioconservados nos bancos autorizados, por até cinco anos, salvo manifestação em contrário do casal responsável.

Artigo 25 - Após cinco anos, os gametas ou pré-embriões ficarão à disposição dos bancos correspondentes, que deverão descartá-los salvo para ser utilizado em experimentação, observado o disposto no Título VII desta lei.

Artigo 26 - O casal manifestará por escrito o destino que se dará aos pré-embriões a serem crioconservados, em caso de morte de um dos pais ou de separação.

Artigo 27 - Os pré-embriões em que sejam detectadas alterações genéticas que comprovadamente venham comprometer a saúde saudável da descendência serão descartados após consentimento do casal.

TÍTULO VI

Do Diagnóstico e do Tratamento

Artigo 28 - Toda intervenção sobre pré-embrião *in vitro* deve ter a exclusiva finalidade de fazer uma avaliação de sua viabilidade, detecção de doenças hereditárias, com o fim de tratá-las ou impedir sua transmissão, condicionada ao prévio consentimento informado do casal.

Artigo 29 - O diagnóstico e o tratamento de pré-embriões e de embriões não poderão ser objetivos de seleção eugênica.

Artigo 30 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões *in vitro* será de 14 dias.

Parágrafo único - O Conselho Nacional de RHA adotará as atualizações que se fizerem necessárias, caso surjam modificações cientificamente comprovadas.

TÍTULO VII

Da investigação e experimentação

Artigo 31 - Os gametas humanos poderão ser objeto de investigação básica ou experimental, exclusivamente para fins de aperfeiçoamento das técnicas de obtenção, amadurecimento de oócitos crioconservação de óvulos.

§ 1º - Os gametas usados na investigação ou experimentação não poderão ter por finalidade a procriação.

§ 2º - Nas investigações previstas no caput deste artigo, permite-se, no máximo, até duas divisões celulares.

Artigo 32 - A investigação ou experimentação em pré-embriões depende de consentimento dos doares, do deferimento do Conselho Nacional de RHA e de apresentação prévia de projetos ou protocolos que comprovem seu caráter exclusivamente diagnóstico, terapêutico ou preventivo.

Parágrafo único - Não será permitida alteração do patrimônio genético não patológico.

Artigo 33 - A investigação ou experimentação em gametas humanos ou pré-embriões deve se enquadrar nas seguintes finalidades:

I - aperfeiçoar as técnicas de RHA a manipulações complementares, a crioconservação, o descongelamento, o transporte, os critérios de viabilidade de pré-embriões obtidos *in vitro* e a cronologia ótima para as transferências ao útero.

II - desenvolver estudos básicos sobre origem da vida humana, suas fases iniciais, envelhecimento celular, divisão celular, diferenciação, organização celular e desenvolvimento orgânico.

III - estudar a fertilidade e infertilidade masculina ou feminina, ovulação, fracasso no desenvolvimento de oócitos, as anomalias dos gametas ou dos óvulos fecundados;

IV - conhecer a estrutura dos genes, cromossomos dos processos de diferenciação celular, a contracepção ou anticoncepção conhecidas e a infertilidade de causa imunológica e hormonal;

V - conhecer a origem do câncer e das enfermidades genéticas hereditárias.

Artigo 34 - Os pré-embriões ou embriões abortados serão considerados mortos ou não viáveis, sendo vedada sua transferência novamente ao útero, permitida sua utilização como objeto de investigação ou experimentação, atendido o disposto no artigo anterior.

§ 1º - É permitida a utilização de pré-embriões ou embriões humanos não viáveis para fins farmacêutico, de diagnóstico, terapêutico ou científico, desde que previamente deferida pela Comissão Nacional de RHA.

§ 2º - Os protocolos ou projetos de experimentação em que sejam utilizados pré-embriões humanos não viáveis *in vitro* deverão estar devidamente documentados sobre o material embriológico a ser utilizado, procedência, prazos e objetivos que desejam observar. Concluído o experimento, deverá ser encaminhada cópia do trabalho à Comissão de RA para fins de comprovação e arquivo.

TÍTULO VIII

Dos serviços médicos em RHA e das equipes biomédicas

Artigo 35 - Os profissionais e serviços que realizam técnicas de RHA, assim como bancos de recepção, conservação, distribuição de material biológico humano, além de se submeterem às normas éticas dos respectivos conselhos, sujeitam-se ao disposto nesta lei e demais dispositivos legais vigentes.

Artigo 36 - O nível técnico dos profissionais será avaliado pelos seus respectivos Conselhos.

Artigo 37 - Fica criada a Comissão Nacional de RHA vinculada ao Conselho Nacional de Saúde, de caráter permanente, destinada à orientação das técnicas, elaboração de critérios de funcionamento dos serviços públicos e privados de reprodução humana assistida e suas competências.

§ 1º - A Comissão terá funções delegadas para autorizar projetos com propósitos de investigação e pesquisa de diagnóstico e terapêuticos.

§ 2º - A composição da Comissão deve atender representação social paritária.

§ 3º - A Comissão Nacional aprovará seu próprio regulamento interno.

§ 4º - Os demais casos que envolvam técnica de RHA, não previstos nesta lei, serão submetidos ao Conselho Nacional de RHA.

TÍTULO IX

Das infrações e das sanções

Artigo 38 - Fecundar óvulos com finalidade distinta da procriação humana.

Pena: reclusão, de 1(um) a 3 (três) anos, e multa.

Artigo 39 - Obter pré-embriões humanos por lavado uterino para qualquer fim.

Pena: reclusão de 1(um) a 3 (três) anos, e multa.

Artigo 40 - Manter *in vitro* óvulos fecundados além do prazo cientificamente recomendado.

Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Artigo 41 - Comercializar ou industrializar pré-embriões ou células germinativas.

Pena: reclusão de 1 (um) a 3(três) anos, e multa.

Artigo 42 - Utilizar pré-embriões com fins cosméticos.

Artigo 43 - Misturar sêmen de vários doadores ou óvulos de distintas mulheres para fertilização *in vitro* ou transferência intratubária.

Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Artigo 44 - Transferir gametas ou pré-embriões para útero sem a devida garantia biológica ou de vitalidade.

Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Artigo 45 - Revelar a identidade dos doadores.

Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Artigo 46 - Utilizar técnica de reprodução humana assistida com fins eugênicos, seleção racial ou seleção de sexo.

Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Artigo 47 - Transferir ao útero pré-embriões, originários de óvulos de várias mulheres.

Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Artigo 48 - Intercambiar material genético com objetivo de produção de híbridos.

Pena: reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa.

Artigo 49 - Transferir gametas ou pré-embriões humanos para útero de outra espécie ou operação inversa.

Pena: reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa.

Artigo 50 - Utilizar da engenharia genética e de outros procedimentos de RHA, com fins militares ou para produzir armas biológicas ou exterminadoras da espécie humana.

Pena: reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos. e multa.

Artigo 51 - Clonar ser humano, por qualquer método.

Pena: reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa.

TÍTULO X

Das Disposições Finais

Artigo 52 - Caberá ao Poder Executivo, no prazo de seis meses da promulgação desta lei, dispor sobre:

I - normas técnicas e funcionais para autorização e homologação dos serviços públicos e privados de RHA, bancos de gametas, pré-embriões, células, tecidos e órgãos de embriões-fetos;

II - protocolos de informações sobre doadores, estudos e listagem de enfermidades genéticas ou hereditárias que podem ser detectadas com diagnósticos pré-natal;

III - requisitos para autorização em caráter excepcional para experimentação com gametas, pré-embriões, embriões ou aquelas que poderão ser delegadas ao Conselho Nacional;

IV - normas para transporte de gametas pré-embriões e células germinativas entre serviços.

Artigo 53 - No prazo de um ano, a partir da promulgação desta lei, o Poder Executivo constituirá registro nacional de doadores de gametas pré-embriões para fins de RHA, bem como cadastro de centros de serviços médicos dedicados à RHA.

ANEXO III – PROJETO DE LEI N. 90/99 (SUBSTITUTIVO)⁶¹⁰

Projeto apresentado pelo Senador Lúcio Alcântara.

Dispõe sobre a Procriação Medicamente Assistida

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

SEÇÃO I

DOS PRINCÍPIOS GERAIS

Artigo 1º - Esta Lei disciplina o uso das técnicas de Procriação Medicamente Assistida (PMA) que importam na implantação artificial de gametas ou embriões humanos, fertilizados *in vitro*, no aparelho reprodutor de mulheres receptoras.

Parágrafo único - Para os efeitos desta Lei, atribui-se a denominação de:

I - beneficiários aos cônjuges ou ao homem e à mulher em união estável, conforme definido na Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que tenham solicitado o emprego de Procriação Medicamente Assistida;

II - gestação de substituição ao caso em que uma mulher, denominada genitora substituta, tenha autorizado sua inseminação artificial ou a introdução, em seu aparelho reprodutor, de embriões fertilizados *in vitro*, com o objetivo de gerar uma criança para os beneficiários, observadas as limitações do artigo 3º desta Lei;

III - consentimento livre e esclarecido ao ato pelo qual os beneficiários são esclarecidos sobre a Procriação Medicamente Assistida e manifestam consentimento para a sua realização.

Artigo 2º - A utilização da Procriação Medicamente Assistida só será permitida, na forma autorizada nesta Lei e em seus regulamentos, nos casos em que se verifica infertilidade e para a prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo, e desde que:

I - exista, sob pena de responsabilidade, conforme estabelecido no artigo 38 desta Lei, indicação médica para o emprego da Procriação Medicamente Assistida, consideradas as

⁶¹⁰ Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90subst.htm>, acesso em: 30 dez. 2007.

demais possibilidades terapêuticas disponíveis, e não se incorra em risco grave de saúde para a mulher receptora ou para a criança;

II - a receptora da técnica seja uma mulher civilmente capaz, nos termos da lei, que tenha solicitado o tratamento de maneira livre e consciente, em documento a ser elaborado conforme o disposto nos artigos 4º e 5º desta Lei;

III - a receptora da técnica seja apta, física e psicologicamente, após avaliação que leve em conta sua idade cronológica e outros critérios estabelecidos em regulamento.

§ 1º - Somente os cônjuges ou o homem e a mulher em união estável poderão ser beneficiários das técnicas de Procriação Medicamente Assistida

§ 2º - Caso não se diagnostique causa definida para a situação de infertilidade, observar-se-á, antes da utilização da Procriação Medicamente Assistida, prazo mínimo de espera, que será estabelecido em regulamento e levará em conta a idade da mulher receptora.

Artigo 3º - Fica permitida a gestação de substituição em sua modalidade não-remunerada, nos casos em que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na beneficiária e desde que haja parentesco até o segundo grau entre os beneficiários e a genitora substituta.

Parágrafo único - A gestação de substituição não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, ficando vedada a modalidade conhecida como útero ou barriga de aluguel.

SEÇÃO II

DO CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Artigo 4º - O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para ambos os beneficiários, vedada a manifestação da vontade por procurador, e será formalizado por instrumento particular, que conterá necessariamente os seguintes esclarecimentos:

I - a indicação médica para o emprego de Procriação Medicamente Assistida, no caso específico;

II - os aspectos técnicos e as implicações médicas das diferentes fases das modalidades de Procriação Medicamente Assistida disponíveis, bem como os custos envolvidos em cada uma delas;

III - os dados estatísticos sobre a efetividade das técnicas de Procriação Medicamente Assistida nas diferentes situações, incluídos aqueles específicos do estabelecimento e do

profissional envolvido, comparados com os números relativos aos casos em que não se recorreu à Procriação Medicamente Assistida;

IV - a possibilidade e a probabilidade de incidência de danos ou efeitos indesejados para as mulheres e para os nascituros;

V - as implicações jurídicas da utilização da Procriação Medicamente Assistida;

VI - todas as informações concernentes à capacitação dos profissionais e estabelecimentos envolvidos;

VII - demais informações estabelecidas em regulamento.

§ 1º - O consentimento mencionado neste artigo, a ser efetivado conforme as normas regulamentadoras que irão especificar as informações mínimas a serem transmitidas, será exigido do doador e de seu cônjuge, ou da pessoa com quem viva em união estável.

§ 2º - No caso do parágrafo anterior, as informações mencionadas devem incluir todas as implicações decorrentes do ato de doar, inclusive a possibilidade de a identificação do doador vir a ser conhecida.

Artigo 5º - O consentimento deverá refletir a livre manifestação da vontade dos envolvidos, e o documento originado deverá explicitar:

I - a técnica e os procedimentos autorizados pelos beneficiários, inclusive o número de embriões a serem produzidos, observado o limite disposto no artigo 14 desta Lei;

II - as circunstâncias em que doador ou depositante autoriza ou desautoriza a utilização de seus gametas.

SEÇÃO III

DOS ESTABELECEMENTOS E PROFISSIONAIS QUE REALIZAM A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

Artigo 6º - Clínicas, centros, serviços e demais estabelecimentos que realizam a Procriação Medicamente Assistida são responsáveis:

I - pela elaboração, em cada caso, de laudo com a indicação da necessidade e oportunidade para a realização da técnica de Procriação Medicamente Assistida;

II - pelo recebimento de doações e pelas fases de coleta, manuseio, controle de doenças infecto-contagiosas, conservação, distribuição e transferência do material biológico humano utilizado na Procriação Medicamente Assistida, vedando-se a transferência a fresco de material doado;

III - pelo registro de todas as informações relativas aos doadores desse material e aos casos em que foi utilizada a Procriação Medicamente Assistida, pelo prazo de cinquenta anos após o emprego das técnicas em cada situação;

IV - pela obtenção do consentimento livre e esclarecido dos beneficiários de Procriação Medicamente Assistida, doadores e respectivos cônjuges ou companheiros em união estável, na forma definida na Seção II desta Lei;

V - pelos procedimentos médicos e laboratoriais executados.

Parágrafo único - As responsabilidades estabelecidas neste artigo não excluem outras, de caráter complementar, a serem estabelecidas em regulamento.

Artigo 7º - Para obter a licença de funcionamento, clínicas, centros, serviços e demais estabelecimentos que aplicam Procriação Medicamente Assistida devem cumprir os seguintes requisitos mínimos:

I - funcionar sob a direção de um profissional médico;

II - dispor de recursos humanos, técnicos e materiais condizentes com as necessidades científicas para realizar a Procriação Medicamente Assistida;

III - dispor de registro de todos os casos em que tenha sido empregada a Procriação Medicamente Assistida, ocorra ou não gravidez, pelo prazo de cinquenta anos;

IV - dispor de registro dos doadores e das provas diagnósticas realizadas no material biológico a ser utilizado na Procriação Medicamente Assistida com a finalidade de evitar a transmissão de doenças e manter esse registro pelo prazo de cinquenta anos após o emprego do material;

V - informar o órgão competente, a cada ano, sobre suas atividades concernentes à Procriação Medicamente Assistida.

§ 1º - A licença mencionada no caput deste artigo, obrigatória para todos os estabelecimentos que pratiquem a Procriação Medicamente Assistida, será válida por no máximo três anos e renovável ao término de cada período, podendo ser revogada em virtude do descumprimento de qualquer disposição desta Lei ou de seu regulamento.

§ 2º - Exigir-se-á do profissional mencionado no inciso I deste artigo e dos demais médicos que atuam no estabelecimento prova de capacitação para o emprego de Procriação Medicamente Assistida.

§ 3º - O registro citado no inciso III deste artigo deverá conter, por meio de prontuários, elaborados inclusive para a criança, e de formulários específicos, a identificação dos beneficiários e doadores, as técnicas utilizadas, a pré-seleção sexual, quando imprescindível, na forma do artigo 17 desta Lei, a ocorrência ou não de gravidez, o

desenvolvimento das gestações, os nascimentos, as malformações de fetos ou recém-nascidos e outros dados definidos em regulamento.

§ 4º - Em relação aos doadores, o registro citado no inciso IV deste artigo deverá conter a identidade civil, os dados clínicos de caráter geral, foto acompanhada das características fenotípicas e amostra de material celular.

§ 5º - As informações de que trata este artigo são consideradas sigilosas, salvo nos casos especificados nesta Lei.

§ 6º - No caso de encerramento das atividades, os estabelecimentos de que trata esta Seção deverão transferir os registros mencionados nos incisos III e IV deste artigo para o órgão competente do Poder Público.

SEÇÃO IV

DAS DOAÇÕES

Artigo 8º - Será permitida a doação de gametas, sob a responsabilidade dos estabelecimentos que praticam a Procriação Medicamente Assistida, vedadas a remuneração e a cobrança por esse material, a qualquer título.

§ 1º - Não será permitida a doação quando houver risco de dano para a saúde do doador, levando-se em consideração suas condições físicas e mentais.

§ 2º - O doador de gameta é obrigado a declarar:

I - para quais estabelecimentos já realizou doação;

II - as doenças de que tem conhecimento ser portador.

§ 3º - A regulamentação desta Lei poderá estabelecer idade limite para os doadores, com base em critérios que busquem garantir a qualidade dos gametas doados.

Artigo 9º - Os estabelecimentos que praticam a Procriação Medicamente Assistida estarão obrigados a zelar pelo sigilo da doação e das informações sobre a criança nascida a partir de material doado.

Artigo 10 - Excepciona-se o sigilo estabelecido no artigo anterior nos casos autorizados nesta Lei, obrigando-se o estabelecimento responsável pelo emprego da Procriação Medicamente Assistida a fornecer as informações solicitadas.

§ 1º - Quando razões médicas indicarem ser de interesse da criança obter informações genéticas necessárias para sua vida ou saúde, as informações relativas ao doador deverão ser fornecidas exclusivamente para o médico solicitante.

§ 2º - No caso autorizado no parágrafo anterior, resguardar-se-á a identidade civil do doador, mesmo que o médico venha a entrevistá-lo para obter maiores informações sobre sua saúde.

Artigo 11 - A escolha dos doadores será responsabilidade do estabelecimento que pratica a Procriação Medicamente Assistida e deverá garantir, tanto quanto possível, semelhança fenotípica e compatibilidade imunológica entre doador e receptor.

Artigo 12 - Haverá um registro central de doações e gestações, organizado pelo Poder Público com base nas informações periodicamente fornecidas pelos estabelecimentos que praticam Procriação Medicamente Assistida, o qual será obrigatoriamente consultado para garantir que um mesmo doador só origine descendentes para um único par de beneficiários.

Artigo 13 - Não poderão ser doadores, exceto na qualidade de beneficiários, os dirigentes, funcionários e membros, ou seus parentes até o quarto grau, de equipe de qualquer estabelecimento que pratique a Procriação Medicamente Assistida e os civilmente incapazes.

SEÇÃO V

DOS GAMETAS E EMBRIÕES

Artigo 14 - Na execução de técnica de Procriação Medicamente Assistida, poderão ser produzidos e transferidos até três embriões, respeitada a vontade da mulher receptora, a cada ciclo reprodutivo.

§ 1º - Serão obrigatoriamente transferidos a fresco todos os embriões obtidos, obedecido o critério definido no *caput* deste artigo.

§ 2º - Não se aplicam aos embriões originados *in vitro*, antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora, os direitos assegurados ao nascituro na forma da lei.

Artigo 15 - Os estabelecimentos que praticam a Procriação Medicamente Assistida ficam autorizados a preservar gametas humanos, doados ou depositados apenas para armazenamento, pelos métodos permitidos em regulamento.

§ 1º - Os gametas depositados apenas para armazenamento só poderão ser entregues à pessoa depositante, não podendo ser destruídos sem sua autorização.

§ 2º - É obrigatório o descarte de gametas:

I - sempre que for solicitado pelo doador ou depositante;

II - sempre que estiver determinado no documento de consentimento livre e esclarecido;

III - nos casos conhecidos de falecimento de doador ou depositante, ressalvada a hipótese em que este último tenha autorizado, em testamento, a utilização póstuma de seus gametas pela esposa ou companheira.

Artigo 16 - Serão definidos em regulamento os tempos máximos de:

I - preservação de gametas depositados apenas para armazenamento;

II - desenvolvimento de embriões in vitro.

Artigo 17 - A pré-seleção sexual só poderá ocorrer nos casos em que os beneficiários recorram à Procriação Medicamente Assistida em virtude de apresentarem probabilidade genética para gerar crianças portadoras de doenças ligadas ao sexo, mediante autorização do Poder Público.

SEÇÃO VI

DA FILIAÇÃO

Artigo 18 - Será atribuída aos beneficiários a condição de pais da criança nascida mediante o emprego das técnicas de Procriação Medicamente Assistida.

Parágrafo único - É assegurado ao doador e à criança de que trata este artigo o direito recíproco de acesso, extensivo a parentes, a qualquer tempo, por meio do depositário dos registros concernentes à procriação, observado o disposto no inciso III do artigo 6º, para o fim de consulta sobre disponibilidade de transplante de órgãos ou tecidos, garantido o anonimato.

Artigo 19 - O doador e a genitora substituta, e seus parentes biológicos, não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de Procriação Medicamente Assistida, salvo os impedimentos matrimoniais.

Artigo 20 - As conseqüências jurídicas do uso da Procriação Medicamente Assistida, quanto à filiação, são irrevogáveis a partir do momento em que houver embriões originados in vitro ou for constatada gravidez decorrente de inseminação artificial.

Artigo 21 - A morte dos beneficiários não restabelece o pátrio poder dos pais biológicos

Artigo 22 - O Ministério Público fiscalizará a atuação dos estabelecimentos que empregam técnicas de Procriação Medicamente Assistida, com o objetivo de resguardar os direitos do nascituro e a saúde e integridade física das pessoas, aplicando-se, no que couber, as disposições do Capítulo V da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

SEÇÃO VII

DOS CRIMES

Artigo 23 - Praticar a redução embrionária:

Pena - reclusão de um a quatro anos.

Parágrafo único - Não se pune a redução embrionária feita por médico se não houver outro meio de salvar a vida da gestante.

Artigo 24 - Praticar a Procriação Medicamente Assistida sem estar previamente capacitado para a atividade:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Artigo 25 - Praticar a Procriação Medicamente Assistida sem obter o consentimento livre e esclarecido dos beneficiários e dos doadores na forma determinada nesta Lei, bem como fazê-lo em desacordo com os termos constantes do documento de consentimento assinado por eles.

Pena - reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Artigo 26 - Participar da prática de útero ou barriga de aluguel, na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Artigo 27 - Fornecer gametas depositados apenas para armazenamento a qualquer pessoa que não seja o próprio depositante, bem como empregar esses gametas sem a autorização deste:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Artigo 28 - Deixar de manter as informações exigidas na forma especificada, deixar de fornecê-las nas situações previstas ou divulgá-las a outrem nos casos não autorizados, consoante as determinações desta Lei:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa

Artigo 29 - Utilizar gametas de doadores ou depositantes sabidamente falecidos, salvo na hipótese em que o depositante tenha autorizado, em testamento, a utilização póstuma de seus gametas pela esposa ou companheira:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa

Artigo 30 - Implantar mais de três embriões na mulher receptora:

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

Artigo 31 - Realizar a pré-seleção sexual de gametas ou embriões, ressalvado o disposto nesta Lei:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Artigo 32 - Participar da prática de útero ou barriga de aluguel, na condição de genitora substituta:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Artigo 33 - Produzir embriões além da quantidade permitida:

Pena - reclusão de três a seis anos, e multa.

Artigo 34 - Armazenar, destruir, ou ceder embriões, ressalvados os casos previstos nesta Lei:

Pena - reclusão de três a seis anos, e multa.

Artigo 35 - Deixar de implantar na mulher receptora os embriões produzidos, exceto no caso de contra-indicação médica:

Pena - detenção de dois a seis anos, e multa.

Artigo 36 - Utilizar gameta:

I - doado por dirigente, funcionário ou membro de equipe de qualquer estabelecimento que pratique a Procriação Medicamente Assistida ou seus parentes até o quarto grau, e pelo civilmente incapaz;

II - de que tem ciência ser de um mesmo doador para mais de um par de beneficiários;

III - a fresco ou sem que tenha sido submetido ao controle de doenças infecto-contagiosas:

Pena - reclusão de três a seis anos, e multa.

Parágrafo único - Na mesma pena incorre:

I - o médico que usar o seu próprio gameta para realizar a Procriação Medicamente Assistida, exceto na qualidade de beneficiário;

II - o doador que omitir dados ou fornecer informação falsa ou incorreta sobre qualquer aspecto relacionado ao ato de doar.

Artigo 37 - Realizar a procriação medicamente assistida em pessoas que não sejam casadas ou não vivam em união estável:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Parágrafo único - Na mesma pena incorre o homem ou a mulher que solicitar o emprego da técnica para dela usufruir individualmente ou com outrem que não o cônjuge ou a companheira ou o companheiro.

Artigo 38 - A prática de qualquer uma das condutas arroladas nesta seção acarretará a perda da licença do estabelecimento de procriação medicamente assistida, sem prejuízo das demais sanções legais cabíveis.

Artigo 39 - O estabelecimento e os profissionais médicos que nele atuam são, entre si, civil e penalmente responsáveis pelo emprego da Procriação Medicamente Assistida.

SEÇÃO VIII

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Artigo 40 - O Poder Público regulamentará esta Lei, inclusive quanto às normas especificadoras dos requisitos para a execução de cada técnica de Procriação Medicamente Assistida, competindo-lhe também conceder a licença aos estabelecimentos que praticam a Procriação Medicamente Assistida e fiscalizar suas atuações.

Artigo 41 - Os embriões congelados existentes até a entrada em vigor da presente Lei poderão ser utilizados, com o consentimento das pessoas que os originaram, na forma permitida nesta Lei.

§ 1º - Presume-se autorizada a utilização, para reprodução, de embriões originados *in vitro* existentes antes da entrada em vigor desta Lei, se, no prazo de sessenta dias a contar da data da publicação desta Lei, os depositantes não se manifestarem em contrário.

§ 2º - Incorre na pena prevista no crime tipificado no artigo 34 aquele que descartar embrião congelado anteriormente à entrada em vigor desta Lei.

Artigo 42 - A União poderá celebrar convênio com os Estados, com o Distrito Federal e com os Municípios para exercer, em conjunto ou isoladamente, a fiscalização dos estabelecimentos que praticam a Procriação Medicamente Assistida.

Artigo 43 - Esta Lei entrará em vigor no prazo de um ano a contar da data de sua publicação.

ANEXO IV – Entrevista concedida pelo Professor Doutor Cláudio Leal Ribeiro, do Centro de Reprodução Humana de Pernambuco

1. O que é reprodução assistida?

R: São técnicas que auxiliam um casal infértil a gerar um filho.

2. Existem várias técnicas? Quais são elas? São todas utilizadas? Essas técnicas podem ser classificadas em tradicionais e inovadoras? Quais são as tradicionais? Quais são as inovadoras?

R: Existem diversas técnicas de reprodução humana assistida, são elas a FIV, Inseminação Artificial, Maternidade de Substituição, doação de óvulos, doação de sêmen, doação de embrião, GIFT, ZIFT. Estas duas últimas encontram-se superadas, sendo mais utilizadas as duas primeiras, sendo que a mais moderna é a FIV com a ajuda da ICSI, que permite uma maior eficácia do tratamento.

3. Quais as diferenças entre as técnicas inovadoras e as tradicionais?

R: A técnica mais tradicional é a inseminação artificial, e a mais inovadora é a FIV com ICSI.

4. A maternidade de substituição, a doação de gametas e embriões são vistas pelos médicos como técnica de reprodução assistida ou como meios acessórios?

R: Como técnica de reprodução assistida. Atualmente há uma senhora que está gerando gêmeos de sua filha que nasceu sem útero. A mãe portadora tem 50 anos de idade.

5. Qual desses procedimentos apresenta um maior grau de eficácia?

R: A FIV. A eficácia da inseminação artificial é de cerca de 18 a 20%. Já a FIV se feita até os trinta anos tem um grau de eficácia de 35%, 30% até os 35 anos, 28% dos 35 aos 37 anos, 20% dos 38 aos 40 anos, 10% dos 41 aos 42 anos e de 4% para as mulheres maiores de 42 anos. Percebe-se um aumento do sucesso do tratamento nos casos em é feita FIV com ICSI.

6. Em que consiste a técnica de *assisted hatching*?

R: O *assisted hatching* auxilia o processo de implantação do embrião no útero. São feitas pequenas aberturas na camada externa que envolve o embrião, a chamada zona pelúcida, por métodos químicos ou a *laser*.

7. Em regra chegam ao consultório mulheres que pretendem assumir a maternidade sozinhas? Ou elas chegam acompanhadas de seus parceiros? Havendo parceiros, como esses se comportam? Qual a participação destes (parceiros)?

R: Na maior parte dos casos chegam mulheres acompanhadas de seus parceiros. Contudo, há uma procura significativa de mulheres solteiras que desejam ser mães.

8. Há algum acompanhamento psicológico do casal ou da mulher?

R: Há uma psicóloga que dá acompanhamento ao casal, preparando-os para o sucesso, bem como para o insucesso do tratamento.

9. Qual o perfil da mãe ou dos casais que buscam essa alternativa para a maternidade ou filiação:

R:

- Estado civil: há mulheres de todos os estados civis, mas a grande maioria é de mulheres casadas.

- Grau de escolaridade: no Centro de Reprodução Humana de Pernambuco o nível de escolaridade da maior parte dos pacientes é superior, mas no Hospital das Clínicas de Pernambuco onde já um centro de tratamento de infertilidade a procura é muito grande por pessoas com escolaridade menor.

- Nacionalidade: brasileira

- Idade: a maior parte das mulheres tem mais de 36 anos.

10. O que a mulher e o seu parceiro, potenciais pais, buscam no primeiro contato com o médico? Quais são as suas expectativas?

R: Buscam todas as explicações possíveis, a expectativa em regra é de realmente conseguir engravidar.

11. Os potenciais pais se apresentam otimistas, temerosos, tímidos, manifestando indecisão, certeza? Quais são as dúvidas que mais se apresentam? Solicitam muitos esclarecimentos? Querem detalhes, aceitam o desconhecido?

R: Em regra apresentam-se otimistas, e os esclarecimentos solicitados são mais relacionados à taxa de sucesso do tratamento.

12. Quais são as informações prestadas ao casal? Alguma é dirigida especialmente ao homem ou a mulher? São verbais, são escritas?

R: São prestadas todas as informações quanto à taxa de sucesso ou não do tratamento, sobre possíveis complicações, como a hiperovulação e a gravidez múltipla, de forma verbal, depois é fornecido um documento escrito que repete as informações já explicadas na consulta. Antigamente a relação era mais pessoal e de total confiança, e não tínhamos o costume de fornecer documento escrito.

13. Há triagem prévia dos casais que pretendem se submeter a este tipo de procedimento? Há condições especiais para a mulher? E para o homem? E para o casal, há alguma condição especial?

R: Depende da técnica escolhida, para algumas como a inseminação artificial homóloga é preciso a fertilidade de ambos, e a capacidade de prosseguir com a gestação, da mulher.

14. Qual o percentual de sucesso? Alguma técnica possui um percentual maior? Qual?

R: O percentual varia conforme a técnica utilizada e a idade da paciente. Na inseminação artificial.

15. É oferecido algum tipo de resistência pela mulher aos procedimentos e técnicas disponíveis?

R: Em regra, não.

16. Qual o limite mínimo e máximo de idade permitido para que a mulher se submeta às técnicas de reprodução assistida? E para o homem a algum limite? Há variação de idade conforme a técnica?

R: Os limites mínimos e máximos dependem muito do estado de saúde de cada paciente, contudo, quando mais avançada a idade mais difícil é a probabilidade de sucesso no tratamento.

17. Quais as possíveis implicações dos procedimentos?

R: A mais comum delas é síndrome da hiperovulação, mas podem existir casos de gravidez múltipla, bem como de infecções.

18. Todos os embriões são utilizados? Havendo embriões não utilizados qual o destino deles?

R: Não, nem todos os embriões são utilizados, são criopreservados.

19. Quantos embriões em média são implantados na mulher?

R: Conforme Resolução do Conselho Federal de Medicina são implantados no máximo quatro, e dependendo da idade, menos de 28 anos, aconselha-se a implantar apenas dois embriões, mas a decisão final fica a critério do casal.

20. Em que casos a mulher é aconselhada a não se submeter aos procedimentos de reprodução assistida?

R: Em casos em que possa representar risco para a sua saúde, ou que se verifique que não há possibilidade do sucesso no tratamento, por exemplo, pela idade avançada somada a algum outro fator, como uma doença imunológica, por exemplo.

21. Em que momento é feito o pagamento? Este ocorre independentemente do sucesso do procedimento? Há variação no valor cobrado em decorrência do insucesso do procedimento? Os pacientes firmam algum contrato escrito? Os pagamentos podem ser parcelados, como?

R: O pagamento é feito, em regra, no início do tratamento, em alguns casos é feito parcelamento. O valor cobrado varia conforme a técnica, a inseminação artificial custa em média R\$ 5.000,00 e a FIV R\$ 9.000,00.

22. Como se comportam as mulheres e seus parceiros quando há sucesso no procedimento? E quando não há?

R: Quando há sucesso no tratamento as mulheres se mostram totalmente realizadas. Quando não há existe uma frustração, contudo, como tudo é devidamente explicado desde o início, as reais chances de engravidar são esclarecidas, as pacientes de conformam.

ANEXO V – Pareceres

Casos hipotéticos para fins de pesquisa científica apresentado aos pareceristas

Caso 1: Maria e seu marido Paulo se dirigiram ao consultório de Dr. João, especialista em infertilidade, uma vez que Maria não conseguia engravidar. Após terem sido realizados todos os exames necessários, ficou comprovado que Maria não poderia engravidar pelos meios naturais. Dr. João, diante da situação, detectou que apenas por FIV (fertilização *in vitro*) Maria teria uma chance de ser mãe biológica. O médico concedeu todas as informações, de forma clara e precisa, a Maria e seu marido, desde a possibilidade de insucesso do tratamento ao qual ela deveria se submeter, até os riscos e possíveis complicações do procedimento. Maria e seu marido, depois de esclarecidos sobre o tratamento, assinaram um termo de consentimento informado. Maria, após meses de tratamento, não conseguiu engravidar e teve muitas complicações decorrentes das injeções de hormônios. Diante da situação, Maria propôs ação pedindo reembolso do que foi pago ao médico, bem como indenização por danos morais e materiais. Os danos materiais seriam decorrentes do custo dos tratamentos para a realização do FIV e para as complicações advindas das injeções de hormônios, todos os gastos provados nos autos. E os danos morais decorrentes da frustração da expectativa de Maria em se tornar mãe, o que lhe causou muita dor e sofrimento, provados nos autos.

Caso 2: Ana e seu marido Pedro se dirigiram ao consultório médico do Dr. Matheus. Da mesma forma que no caso anterior, foram feitos todos os exames necessários e detectou-se a necessidade de se fazer FIV. Contudo, o Dr. Matheus informou a Ana e Pedro que na idade dela nunca tivera uma paciente que não tivesse conseguido engravidar, e que Ana com certeza engravidaria. Diante disso, Ana e seu marido assinaram o consentimento informado, que nada falava de certeza de sucesso no tratamento. Ocorre que Ana não conseguiu engravidar e teve muitas complicações decorrentes das injeções de hormônios que tomou, possibilidade que estava prevista no consentimento informado, mas que o médico não mencionou durante o tratamento. Diante da situação, Ana propôs ação pedindo reembolso do que foi pago ao médico, bem como indenização por danos morais e materiais. Os danos materiais seriam decorrentes do custo dos tratamentos para a realização do FIV e para as complicações advindas das injeções de hormônios, todos os

gastos provados nos autos. E os danos morais decorrentes da frustração da expectativa de Ana em se tornar mãe, o que lhe causou muita dor e sofrimento, provados nos autos.

Caso 3: Patrícia e seu marido André se dirigiram a uma clínica de tratamento de fertilização, e chegando lá foram atendidos pelo médico Tiago. Da mesma forma que nos casos acima, foram feitos todos os exames necessários e detectou-se a necessidade de se fazer FIV. Contudo, o Dr. Tiago, apesar de não garantir o sucesso do tratamento, nada falou sobre possíveis complicações. Diante disso, Patrícia e seu marido assinaram o consentimento informado, que explicava em termos técnicos as complicações que poderiam decorrer do procedimento. Patrícia não conseguiu engravidar e teve muitos problemas de saúde em razão das injeções de hormônios que tomou. Diante da situação, Patrícia propôs ação pedindo reembolso do que foi pago à clínica, bem como indenização por danos morais e materiais. Os danos materiais seriam decorrentes do custo dos tratamentos para a realização do FIV e para as complicações advindas das injeções de hormônios, todos os gastos provados nos autos. E os danos morais decorrentes da frustração da expectativa de Patrícia em se tornar mãe, o que lhe causou muita dor e sofrimento, provados nos autos.

O parecer concedido será utilizado unicamente para fins de pesquisa científica, especificamente para servir de dados para a dissertação da mestrandia Ednara Pontes de Avelar, fomentada pelo CNPQ, que tem como título: responsabilidade civil do médico em face das técnicas de reprodução assistida. O nome do operador do direito não será exposto na dissertação, deverão ser divulgados apenas os dados referentes à profissão, estado civil, domicílio, idade e sexo. Ficando a mestrandia responsável pela divulgação do presente nestes termos e apenas para esse fim, sob pena de sua responsabilização.

Pareceres

Parecer 1

Advogada 1

Sexo: feminino

Idade: 30 anos

Profissão: advogada

Estado: Pernambuco

Diante dos casos relatados, verifica-se a clara relação de consumo entre as partes – médico e casal. Portanto, inicialmente devemos utilizar as normas que regem o Código de Proteção e Defesa ao Consumidor para analisarmos caso a caso, pois de acordo com o que reza o artigo 3º e seu parágrafo 2º da referida lei: “Artigo 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (...) § 2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

No primeiro caso é de se observar que todas as informações relativas ao tratamento para a fertilização *in vitro* (FIV) foram repassadas pelo médico, inclusive sobre a possibilidade da paciente não conseguir engravidar e também a respeito dos transtornos causados durante o tratamento. Diante disso, e de acordo com que dispõe o nosso Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 6º (“São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;”), o médico de nenhuma forma deverá ser responsabilizado pelo resultado final do tratamento em questão, visto que prestou todas as informações necessárias com precisão e de forma transparente, mesmo que o casal tenha criado expectativas, as quais não foram atingidas.

Verifica-se, diferentemente no segundo caso, que o médico deu ao casal a garantia de que o resultado seria positivo, sem relatar qualquer tipo de complicação que o processo

médico poderia acarretar a paciente, nem mesmo a possibilidade do insucesso. Neste caso, há sim chances do médico ser responsabilizado pela publicidade enganosa. (“Art. 37 - É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º - É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.”).

O mesmo raciocínio podemos fazer no terceiro caso, no entanto há uma pequena diferença entre eles. No exemplo acima é devida ao casal tanto o dano moral, decorrente da expectativa frustrada pelo fracasso do tratamento, e o dano material, pelo que despendeu o casal pelas causas e consequências do tratamento. No entanto no último relato é de se apontar apenas a possibilidade de se dever apenas o dano material, relativo às consequências causadas pelo tratamento.

A responsabilidade da clínica no caso 3 é objetiva, pois diante da lei de defesa do consumidor, “o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos” (art.14). Enquanto a responsabilidade do médico é subjetiva tendo em vista a redação do artigo 14, parágrafo 4º do Código de Defesa do Consumidor.

Parecer 2**Sexo: masculino****Idade: 65 anos****Profissão: promotor de justiça****Estado: Rio Grande Norte**

Solicitante: Ednara Pontes de Avelar

Assunto: Responsabilidade civil do médico em face das técnicas de reprodução assistida.

A análise dos casos ns 1 e 2, que tratam da necessidade de se fazer o FIV (fertilização *in vitro*) ante a impossibilidade das pacientes dos Doutores João e Matheus engravidarem pelos meios naturais, revelam aspectos de similaridade, razão esta do parecer englobar os dois casos.

Frente às dificuldades encontradas pelos pacientes Maria e Ana de conceberem pelos meios naturais, com a presença de seus respectivos maridos, os facultativos responsáveis prestaram todos os esclarecimentos e informações atinentes ao tratamento *in vitro*, alertando os interessados quanto à possibilidade de insucesso do tratamento, e “até os riscos e complicações” que poderão advir da utilização do referido procedimento.

Face à inexitosa tentativa e defronte da frustração constatada, os casais impetraram ação com o fito de obter reparação e reembolso do que foi pago aos médicos envolvidos, bem como indenização por danos morais e materiais.

Para se dosimetrar o êxito das demandas ofertadas, impõe-se, *prima facie* e *ad cautelam*, a análise da possibilidade de sucesso da questão.

Ao nosso sentir, vê-se que os médicos envolvidos pediram aos interessados que firmassem um termo de consentimento informado, instrumento, hodiernamente utilizado no intuito de informar aos pacientes ou a seus representantes, de forma transparente e de fácil entendimento, os atos, etapas relacionados ao diagnóstico e ao tratamento terapêutico, demonstrando os riscos e benefícios de forma que possam, autonomamente, escolher por

realizar ou não o tratamento, levando em consideração os direitos iminentes à pessoa do paciente.

Constatamos que, ao utilizar o termo de consentimento informado, os médicos agiram de boa-fé eis que tal instrumento vem a resguardá-los de serem responsabilizados civilmente pelo insucesso do tratamento e preveni-los de passíveis condenações judiciais.

Os instrumentos firmados pelos casais representam uma manifestação livre de vícios e adequada a cada paciente.

À luz do Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, inc. VIII e § 4º do art. 14, inclusive admitindo-se a inversão probatória), é possível a responsabilização civil do médico somente nos casos de laborar o profissional de medicina nos casos de culpa especificadamente em se tratando de atividade profissional de se constatar ser o referido profissional *imperito*.

Os instrumentos em apreço, verificada a sua conduta culposa, poderão atenuar ou frustrar eventuais pretensões judiciais em seu(s) desfavor(es), porquanto o T.C.I., em princípio, representa uma garantia legitimadora do procedimento utilizado no tratamento oferecido aos pacientes.

Em agindo assim, os médicos, de boa-fé e em face da celebração e aceitação do T.C.I. sem que se detecte qualquer omissão sobre o sucesso ou não do tratamento e as possíveis seqüelas que poderiam advir, duvidoso se apresenta o êxito da(s) demanda(s) promovida(s).

É o nosso parecer, salvo melhor entendimento.

Parecer jurídico

Referência: Despacho de 31.09.2007

Interessado: Conselho de Medicina do Estado de Pernambuco

Assunto: Erro médico decorrente da frustração de clientes na fertilização artificial.

Parecer 3**Advogado****Sexo: masculino****Idade: 35 anos****Profissão: advogado****Estado: Pernambuco**

Trata-se a hipótese na verificação da possível responsabilidade civil por danos morais e materiais a serem imputadas a médicos, decorrentes da contraprodução na obtenção de prole através do método de fertilização *in vitro*, pois nos três casos narrados as clientes apresentaram inviabilidade no desejo de ser mãe pelas vias normais.

Na análise do 1º caso, o Doutor João não omitiu nenhuma hipótese possível quanto à submissão de Maria ao tratamento proposto para o seu engravidamento, pois recebeu seu direito de informação, obtendo a ciência de todas as possibilidades quanto ao sucesso do procedimento proposto e seu insucesso, bem como estar vulnerável a complicações, tendo tomado ciência verbalmente de tudo, culminando na assinatura do termo de consentimento informado e a sua conseqüente assunção do risco a que se sujeitam todas as pessoas que se submetem a um procedimento médico.

Eventuais prejuízos, com suas conseqüências, sejam decorrentes de dispêndio econômico ou aflição decorrente do sofrimento, tal como se verificou, devem ser suportados pela parte contratante, pois não há como prever o sucesso ou insucesso de um procedimento de risco assumido.

De forma diversa, na situação 2 Ana e Pedro foram induzidos a erro. Na ânsia de obter prole, procuraram o Doutor Matheus, este, omitindo informações relevantes, que poderiam influenciar decisivamente na escolha do tratamento, optou em alimentar a fantasia de um tratamento 100% seguro, o que na medicina é pouco provável. O mais grave é fazer ser assinado o termo de consentimento informado sem o explicar, não fez constar dados acerca das possíveis complicações. Somando a tudo isso, no decorrer do tratamento, sequer deu ciência de problemas, levando insegurança e incerteza.

Tal omissão redundou na ocorrência da frustração plena dos contratantes, os quais viram, na prática, a ocorrência da hipótese negativa, omitida pelo contratado, de resultar infrutífero um procedimento médico.

O que é pior, Ana teve que suportar inúmeras complicações sofreu muito teve dispêndios materiais e não obteve o que desejava e lhe fora veementemente prometido pelo médico.

Na hipótese 3, última a ser analisada a situação é de desequilíbrio na relação contratual, assemelhando-se a hipótese anterior, pois foi igualmente negado o inalienável direito à informação.

Muito embora não tenha prometido o sucesso, não informou a possibilidade de complicações, inobstante presente no termo de consentimento informado, porém em termos técnicos, que deveriam ser decifrados pelo profissional, pois não se pode exigir de uma pessoa que não integra o mundo médico, ter compreensão de seus termos exdrúxulos ao homem comum.

O ponto negativo e comum que aproxima as duas últimas hipóteses foi a flagrante inobservância ao artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90, de onde se depreende a necessidade de não subjugar o princípio da transparência e informação. Por ele o consumidor tem que receber uma apreensão racional capaz de servir como norte nas suas decisões, fazendo resultar numa escolha refletida e autodeterminada, pondo em débacle qualquer tentativa de ludibriar, conspurcar atos de má-fé.

Na verdade, a transparência é consectário da boa-fé, num objetivo indispensável de, na relação de consumo, proteger a parte mais frágil observada na figura do consumidor.

Essa exigência também pode ser vislumbrada nos artigos 6º, inciso III, 8º, *caput* e 31 do Código de Defesa do Consumidor.

As violações vislumbradas nas hipóteses 2 e 3, além das conseqüências indenizatórias, também trazem repercussões penais como a inserta no artigo 36 da

supramencionada Lei n. 8.078/90, com a possibilidade de detenção de três meses a um ano e multa.

Isso sem contar com o fomento do descrédito na medicina, pois profissionais que assim agem geram incerteza e desconfiança na atuação médica numa área muito sensível que é a técnica empreendida na reprodução assistida.

É preciso ao profissional médico firmar uma relação franca e verdadeira com seus pacientes, pois sua atuação é formada por um vínculo tácito. O paciente-consumidor tem uma confiança, cria expectativa e deve ser alertado que a função precípua do profissional contratado não é solucionar o problema, mas sim empreender todo zelo e conhecimento profissional.

Assim, diante de tudo o que foi visto, entende este parecerista serem passíveis de reprimenda judicial, com suas conseqüências por dano civil e moral e, por conseqüência, ante o mau profissionalismo, junto ao Conselho de Medicina, os profissionais que atuaram nas situações 2 e 3.

É o parecer

Recife, 08.10.2007

Parecer 4**Sexo: masculino****Idade: 40 anos****Profissão: juiz do direito****Estado: São Paulo****1 Considerações gerais**

Sabe-se da polêmica moral e jurídica que cerca a matéria. Aliás, as diferentes visões estão expressas desde sua denominação: *reprodução assistida* ou *procriação artificial*? Vai naquela expressão certa carga ideológica favorável à técnica; vai, nesta, a carga contrária...

Sabe-se, ainda, abstração ao universo axiológico (às tendências ideológicas, morais e religiosas), bem como às características da sociedade pós-moderna (especialmente seu relativismo ético e sua prevalência afetiva à racional no campo decisório, incluso o político e jurídico), a forte pauta de interesse puramente econômico que repousa no assunto, a que se busca dobrar qualquer outro aspecto do fato, ainda que, hipocritamente, o esconda.

Em meu ver – entenda-se: na visão daquele que busca sedimentar a compreensão do direito para além das bitolas do positivismo jurídico (em suas várias formas de expressão: legalista, jurisdicional, historicista, culturalista etc.), com apego ao jusnaturalismo realista ou clássico, de raiz filosófica grego-romana-cristã (não ao jusnaturalismo racionalista, voluntarista e individualista da Idade Moderna) – moral e direito não são realidades separadas, mas integradas e é justamente isso que induz o enfoque da questão sob prisma supra-normativo.

Pois bem, parece-me que a técnica de reprodução humana antinatural, em si, choca frontalmente com os direitos humanos, não só pela possível contrariedade à verdade genitiva e da gestação (pense-se não só nas *mães substitutas* que devem sumir após o parto, mas também nos *bancos de espermatozoides* com garantia de anonimato, que resulta manifesto desrespeito ao ser humano gerado de ter pleno acesso à sua verdade genética e tempo gestacional, ou seja, de saber a verdade de seu pai biológico e de sua vida intra-uterina),

bem como ao fermento de eugenia que encerra (alguns até os chamam de *bebês a la carte*), mas, sobretudo, pela coisificação de ser humano vivo (pessoa) que é o congelamento de embriões, ou, pior, pelo descarte ou uso instrumental científico deles, e, ainda, pela morte por aborto dos embriões implantados (a notícia que se tem é que são necessários o implante de vários embriões, para assegurar o êxito do implante de pelo menos um, bem como que são vários os fracassos de implantes e abortamentos).

O argumento de que, com a fecundação ou concepção, em si, não há vida, ou ainda não há ser humano, em rigor, não é sério, sequer do ponto vista científico... Há sim, ser humano vivo e, havendo, há dignidade humana a se respeitar, a ser tutelada juridicamente, há pessoa e, por conseqüência, qualquer técnica que lhe seja ofensiva viola direito humano. Afinal, o ser humano vivo, em si e por si, desde a concepção, ainda que em fase embrionária, esteja no útero ou fora dele (inclusive *in vitro*), é centro de irradiação de direitos e deveres.

Peço vênia para extrair parte dos argumentos em sentença proferida na 36ª Vara Cível da Capital (Processo n. 000.05.076977-4), que me parecem oportuno:

“2.1 A vida e a vida humana

Vida, antes de tudo, é um fato que revela ‘capacidade de ação imanente’⁶¹¹. O musgo e a roseira têm vida vegetativa, pois, por si, são seres capazes de nutrição, crescimento e reprodução. A lesma e o macaco têm vida sensitiva (em salto qualitativo, num segundo degrau da vida), pois, por si, além dessa tríplice capacidade têm capacidade cognoscitivo-sensocial e escolhem a forma do próprio agir. Os seres humanos ainda têm vida racional (ou intelectual), com potencialidade de, por si, pela vontade e inteligência, escolher fins, que resultam em implicações éticas.

Nos mamíferos, entre eles os humanos, desde a fecundação, há vida e isso é, hoje, um dado de constatação científica, não uma opinião filosófica, moral ou religiosa, ainda que muitos ideólogos, pela primazia do interesse (particular ou partidário) à realidade,

⁶¹¹ Elio Sgreccia, *Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica*, tradução de Orlando Soares Moreira, Loyola, p. 93.

queiram subverter essa verdade, lançando afirmações de pseudociência destinadas a confundir a opinião pública e a obscurecer as consciências:

- quando o espermatozóide, que leva 23 cromossomos, penetra o óvulo e aqueles 23 cromossomos do pai se encontram com os 23 cromossomos da mãe, surge um novo e único ser humano, concentrando aí todas as suas informações genéticas necessárias e suficientes ao seu desenvolvimento, e isso, disse o geneticista Jérôme Lejeune (conhecido sobretudo pela descoberta da causa da Síndrome de Down), ‘*no es una opinión de moralista, no es la esperanza de un metafísico. Es una verdad experimental: el ser humano comienza en el momento de la fecundación*’;⁶¹²

- da fecundação explode a vida, pois aquela única célula (ovo ou zigoto), por si, em ação imanente que antecedente à nidação, dá início a autoconstrução⁶¹³, divide-se em duas, que se dividem e subdividem com rapidez, desenvolvendo esse novo ser vivo que já começa a interagir com a mãe – por isso se pode afirmar com precisão que ‘antes desta nidação, este novo ser humano já tinha uma identidade genética própria, uma autonomia biológica, uma capacidade de diferenciação e uma capacidade de diálogo com o organismo materno’ (Dr. Victor Neto, médico especialista em ginecologia/obstetrícia)⁶¹⁴ –, não havendo como negar que ‘um novo ser humano é criado quando um óvulo e um espermatozóide unem-se para formar o ovo ou zigoto’ (são palavras da Dra. Ieda

⁶¹² Jérôme Lejeune (Prof. Genética Humana-Paris, falecido em 1994), in *Moral natural y experimentación fetal*, Disponível em: <<http://www.arvo.net/includes/documento.php?IdDoc=5833&IdSec=633>>, p. 3. Confira, ainda, as lições do médico Dornival da Silva Brandão, membro da Academia Fluminense de Medicina, com referência a outro texto de Jérôme Lejeune (em que afirma que “A fecundação é o marco da vida”) e afirmação precisa: “A Embriologia humana demonstra que a nova vida tem início com a fusão dos gametas (...). Dois sistemas separados interagem e dão origem a um novo sistema; e este, por sua vez, dá início a uma série de atividades concatenadas, obedecendo a um princípio único, em um encadeamento de mecanismo de extraordinária precisão (...). O zigoto, portador desse genoma, é o sujeito do seu próprio desenvolvimento, é o detentor e o executor do seu programa genético através de uma realização coordenada, contínua e gradual” (O embrião e os direitos humanos: o aborto terapêutico, in: *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 22-23).

⁶¹³ Elio Sgreccia, ob. cit., p. 345.

⁶¹⁴ Victor Neto, Entrevista, *Factos da Vida*, n. 3, maio 2000), na qual ainda se pode ler os detalhes da informação: “O zigoto existe e atua, desde a fusão dos gametas como uma unidade, ou seja, como um ser ontologicamente uno. Outra característica é o fato de esta célula estar intrinsecamente orientada e destinada a uma evolução bem definida e precisa, devido ao genoma ou informação genética de que o zigoto está dotado. Esta informação genética imprime ao zigoto uma identidade especificamente humana e uma identidade individual que o distingue de todos os demais zigos humanos. Está assim, como que escrito neste código, um plano rigorosamente orientado e intrinsecamente definido de um novo ser humano, que lhe confere um determinado corpo, com uma determinada figura humana (sexo, cor do cabelo, altura, etc.)” (Disponível em: <<http://paginasvida.no.sapo.pt/piluladodiasequinte.htm>>).

Therezinha N. Verreschi, médica e professora da Universidade Federal de São Paulo/Escola Paulista de Medicina);⁶¹⁵

- ao leigo só uma célula (ovo ou zigoto), só um amontoado de células (embrião), mas à ciência ‘é o estágio em que começa uma nova vida humana, dando início a um ciclo que só termina com a morte’ (são palavras da Desembargadora Rosa Maria de Andrade Nery ao tratar do Direito frente à Biologia Molecular, invocando a autoridade do médico, membro do Colégio Brasileiro de Cirurgias, João Evangelista dos Santos Alves)⁶¹⁶ e, por isso, ‘na realidade não é uma simples célula, é um novo ser humano que surge com todas as suas características biológicas específicas e individuais geneticamente determinadas. Não pretendemos entrar em considerações filosóficas em torno da conceituação ou definição de vida humana. Todavia, podemos dizer que a ciência nos informa onde e quando se inicia o ciclo de uma nova vida. É fato cientificamente comprovado e amplamente difundido que a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, que normalmente ocorre na trompa, é o estágio em que começa o ciclo de uma nova vida humana’.⁶¹⁷

2.2 A vida humana e sua proteção jurídica

A Constituição da República, no *caput* de seu artigo 5º prescreve: ‘*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)*’.

A ordem constitucional brasileira, então, reconhece o biodireito e tutela a inviolabilidade da vida humana (aspecto substancial), com primazia (primeiro bem jurídico garantido) e de modo incondicional (sem distinção entre vida nova ou velha, vida intra ou extra uterina, etc.), desde a concepção (pois é aí que a vida começa).

⁶¹⁵ Ieda Therezinha N. Verreschi, As síndromes: matar ou curar?, in: *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 113.

⁶¹⁶ Rosa Maria de Andrade Nery, *Noções preliminares de direito civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 137.

⁶¹⁷ João Evangelista dos Santos Alves, Direitos humanos, sexualidade e integridade na transmissão da vida, in: *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 113, p. 212.

O Pacto de São José da Costa Rica, acolhido pelo Brasil na ordem jurídica interna em 1992, em seus artigos 2º e 4º, confirma e completa tal conclusão: a) artigo 4º: ‘*Direito à vida* - 1. Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, *desde o momento da concepção*. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.’; b) artigo 2º: ‘Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.’

A doutrina esclarece a sua inteligência das normas:

- com o jurista Ives Gandra da Silva Martins: ‘Ora, o Brasil foi signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que em seu artigo 4º, Seção I, declara..., pelo qual deverá o Estado garantir a vida do ser humano, desde a sua concepção’;⁶¹⁸

- com o Desembargador José Renato Nalini: ‘(...) considerar-se a vida desde a concepção é hoje preceito integrante do direito constitucional brasileiro (...). Ao ratificar o Pacto de São José da Costa Rica, avança-se qualitativamente no alinhamento brasileiro ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos (...). A atual Constituição da República protege o direito à vida e esta tem início na concepção. Se o texto expresso fundante não estiver suficientemente claro, o Brasil ratificou a Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica, onde se reconhece vida na fecundação’;⁶¹⁹

- com o Desembargador Ricardo Henry Marques Dip: ‘Não é, pois, o poder político quem constitui a personalidade do homem e decide quem é pessoa humana e quando ela começa ou deixa de existir: esses dados, nos termos do Pacto de São José, são anteriores aos Estados e, pois, são-lhes transcendentais (...). Assim, pessoa, para os fins do Pacto, é todo ser humano. Ponto e basta. Pessoas são entes humanos e não deixam de sê-lo por motivos de raça, cor (...); entes humanos, demais disso, que tampouco deixam de sê-lo pelo estado intra ou extrauterino de suas existências’.

⁶¹⁸ Ives Gandra da Silva Martins, O direito constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana, in: *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 113, p. 138-139.

⁶¹⁹ José Renato Nalini, A evolução protetiva da vida na Constituição Brasileira, in: *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 113., p. 276, 277 e 279.

Por conseqüência do exposto, ainda que haja na sociedade atual certo ar de condescendência com a técnica em referência, bem como normas e decisões humanas (v.g. arts. 1.597, III, IV e V do CC, 5º da Lei n. 11.105/2005, Resolução normativa CFM n. 1.358/92) que lhe dêem certo amparo, a compreensão do direito em sua unidade constitucional e supra-normativa, autoriza, em meu ver, concluir a ilicitude da técnica de reprodução artificial humana, em violação de direitos humanos, ou melhor, ao direito humano de cada embrião congelado, de cada embrião descartado, de cada embrião abortado, de cada homem ou mulher assim gerado, que corre o risco de ficar privado de acesso ao conhecimento de sua verdade genética e de tempo de vida intra-uterino gestacional.

Técnica, em si, ilícita, ainda que cercada de normas infra-constitucionais, de regras de conselhos éticos dos médicos, de informações aos “pacientes” e de consentimentos colhidos formalmente em “termos”, não lhe retiram a carga de ilicitude e, deste modo, como ato (ou processo) ilícito estão destinada à responsabilidade civil indenizatória.

Não se ignora que a conduta consentida pode, em responsabilidade civil, indicar o concurso de agentes na prática do ilícito, a reciprocidade de culpas e os reflexos daí decorrentes na indenização, sob o enfoque da responsabilidade aquiliana; todavia, qualificando-se a relação sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor (art. 14, caput e parágrafos), não se pode, salvo melhor juízo, afastar a responsabilidade civil médica (objetiva, para hospitais e clínicas médicas; mediante culpa, dos profissionais liberais) por culpa concorrente extraída de procedimento ilícito consentido.

Assim, para as três hipóteses ventiladas, parece-me admissível, em princípio, a pretensão indenizatória.

2 As particularidades de cada caso

Cumpra, ainda, descer a análise para o plano intra-normativo e infra-constitucional, sem as considerações genéricas de ilicitude, em si, da técnica de reprodução assistida, com atenção as particularidades de cada caso.

Isso, sem dúvida, demanda longas considerações, que este breve exame não fará, quanto à natureza jurídica da relação obrigacional (de meio ou de fim), ao significado e efeitos jurídicos da Resolução Normativa do CFM n. 1.358/92, ao valor que se pode, ou não, extrair dos termos de consentimento informado, às conseqüências resultantes da qualificação da relação como de consumo (distinguindo a responsabilidade objetiva de pessoa jurídica - hospitais e clínicas médicas -, da subjetiva dos profissionais liberais, bem como especial inteligência dos artigos 9º, 10 e 14 do CDC, e dos artigos 12, IX, “b”, 13, I e 14 do Dec. 2.181/97), bem como aos limites indenizatórios de danos materiais e morais e ao ponto referente à indenização por frustração de expectativa.

Feitos esses esclarecimentos, na particularidade de cada caso, observo:

a) Caso 1: cuidando-se de consultório médico (tudo indicando ação de profissional liberal, na prestação de serviços médicos, não de hospital, clínica ou pessoa jurídica da área de saúde), ainda que aplicável o Código de Defesa do Consumidor, a situação creio que se enquadre na esfera da responsabilidade subjetiva (art. 14, §4º do CDC).

Quanto às informações do médico e ao termo de consentimento informado:

Pelo enunciado, consta o médico cultivou no espírito de Maria a possibilidade de sucesso do tratamento, que não ocorreu (disse-lhe que “teria uma chance de ser mãe biológica”). Consta, ainda, que ele deu-lhe “todas as informações (...), desde quanto à possibilidade de insucesso do tratamento ao qual ela deveria se submeter, até os riscos e possíveis complicações do procedimento” e, então, foi assinado o “termo de consentimento informado”.

Dessa breve constatação do enunciado (referência a mera probabilidade, não certeza, no êxito do tratamento), é possível inferir a relação jurídico-obrigacional de meio (não de fim ou de resultado) que se estabeleceu entre as partes, com plena ciência de Maria e de seu esposo. Todavia, a obrigação de meio em técnica de RA, parece não ser simples, mas qualificada, na medida em que, embora a falta de resultado não seja motivo para se apontar inadimplemento, ela só pode ser empregada em situação de elevada probabilidade de se obter o resultado favorável e em situação de ausência de risco grave à saúde da

paciente. Logo, não é obrigação de meio qualquer, mas qualificada, na medida em que o resultado não é, no todo, indiferente.

Assim, tudo aponta para obrigação médica que se enquadra no gênero de obrigação de meio – ainda que qualificada –, não nos casos excepcionais médicos de obrigações de resultado (tal como a de anestesia e a cirurgia plástica de fim meramente estético), e, então, tudo dependerá do exame do dever de diligência médica no diagnóstico, acompanhamento, prescrições e procedimentos empregados (inclusive para saber se adequadas ou excessivas, ou não, as doses de hormônios aplicadas), para configurar, ou não, a culpa do profissional de saúde. Havendo violação ao dever de diligência, a culpa é caracterizada e, nesse caso, de nada vale o termo de consentimento firmado. Não havendo, então, parece-nos difícil cogitar na indenização reclamada.

Observe-se que o critério maior, a meu ver, para saber se houve, ou não, negligência em algum daqueles passos do tratamento (desde o diagnóstico até a última aplicação de injeção de hormônio) está no exame da objetividade científica, ou seja, no cotejo da conduta médica adotada com a objetiva adequação, ou não, à ciência e à literatura médica específica sobre a matéria, com atenção especial, ainda, a eventual gravidade dos prejuízos à saúde que o procedimento pode ter gerado à paciente. Daí a perícia ser elemento de significativa importância para esse tipo de avaliação fática, ao lado das normas técnicas e da literatura científica atual. É certo, que havendo constatação de prejuízo grave à saúde da paciente, bem como hipossuficiência técnica do consumidor, isso pode, no caso, justificar inversão de ônus de prova; todavia, havendo perícia médica (o que geralmente ocorre em casos como o presente), seu resultado será, com efeito, de significativo peso.

Atenção, ainda, a alguns importantes parâmetros que se deve extrair da Resolução Normativa do CFM n. 1.358/92, para exame da eventual negligência médica: o caráter não alternativo, mas supletivo das técnicas de RA, pois o processo está justificado nessa Resolução apenas “quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade” (item 1), bem como apenas quando houver não apenas pouca probabilidade (ou apenas “uma chance”) de sucesso, mas sim, “probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente” (item 2).

Logo, considerando que o enunciado se reposta a apenas “uma chance” (indício de pequena probabilidade de sucesso) e de “inúmeras complicações decorrentes das injeções de hormônios” (indício de que o risco grave de saúde para a paciente não era desprezível), isso realmente pode sinalizar que tenha ocorrido abuso de diagnóstico para indicação da técnica de RA ou até de prescrições e insistência no tratamento, pois: a) “*uma chance*” é probabilidade mínima, não elevada e, pela apontada Resolução, não basta baixo grau de probabilidade para indicação da técnica, mas é preciso probabilidade de sucesso em elevado grau de sucesso, ou seja, “probabilidade efetiva de sucesso”; b) “inúmeras complicações” à saúde da paciente, como houve, ademais, também aponta para circunstância diversa da ausência de risco grave à saúde da paciente.

Deste modo, por essa via de informações do enunciado, parece bem viável a indenização reclamada, por falta da devida diligência médica, desde o diagnóstico (que não foi de elevada probabilidade de sucesso) até o resultado do tratamento (que refletiu risco grave à saúde da paciente).

A resposta, pois, é afirmativa à responsabilidade civil indenizatória, material e moral (inclusive a moral, pois se o erro foi desde o início, a técnica de RA não poderia ter sido empregada e, daí, a expectativa de filiação plantada pelo médico – ainda que mínima (“uma chance”) foi abusiva.

b) Caso 2: além das ponderações já expostas na análise do caso 1, que para cá podem ser transpostas, com as adaptações necessárias (tal como a de grave risco à saúde da paciente), parece que nesse caso, houve uma peculiaridade diversa, que, agora, por excesso de confiança médica e carência de adequada informação, justifica, também por esse caminho, a indenização reclamada.

Explico. A adequada conduta médica, desde o diagnóstico para indicação da técnica de RA, até as informações adequadas, orais e escritas (no termo de consentimento), passam, necessariamente pela prudência, clara e precisa constatação e comunicação de probabilidade efetiva de sucesso.

No caso, tudo aponta que essa probabilidade qualificada havia, pois o referido médico “na idade dela nunca tivera uma paciente que não tivesse conseguido engravidar”.

Todavia, sabe-se não é apenas a idade fator de interferência no sucesso do tratamento... O erro do médico, então, foi na má informação à paciente, pois deveria ter explicado, com clareza, todas as interferências possíveis e, então, concluído, nessa comunicação, pela alta probabilidade de sucesso, mas apenas probabilidade, não certeza. Ocorre, no entanto, que ele deu a Ana a “certeza” de que “engravidaria” e, ainda que o documento de “consentimento informado” não tenha apontado essa “certeza de sucesso no tratamento”, prevalece como fato o que, na concretude dos fatos, foi gerado, pelo médico, no espírito da paciente, pois abuso seu e por quebra de seu dever de bem informar: a certeza de que engravidaria.

Consigne-se que o “*derecho-dever de información deve ser ajustado y apreciado em función de cada supuesto em particular*” (Ricardo Miguel Zuccherino, *La praxis médica em la actualidad*, Buenos Aires: Depalma, 1994, p. 31), isto é, na concretude do caso, considerando todo universo de informações, não apenas o documento escrito do consentimento informado.

Logo, se o profissional de saúde tratou como obrigação de fim (resultado) o que deveria tratar como obrigação de meio, por excesso de confiança sua, terminando por infundir na paciente certeza do sucesso da técnica de RA, então, em meu ver, deve responder como se obrigação de fim (ou de resultado) fosse, ainda que, de fato, não era: é caso de erro putativo em que a paciente se encontrava, por indução indevida ou abusiva do próprio médico.

Penso, pois, que deve haver, de igual modo, responsabilidade civil indenizatória integral, pelos danos materiais e morais experimentados pela paciente.

c) Caso 3: de saída, nota-se que, agora, não estamos apenas diante de consultório médico ou de atendimento de profissional liberal, mas em clínica de tratamento de fertilização, ou seja, diante de pessoa jurídica especializada no tema, o que, por si, já muda o quadro da responsabilidade civil, ora qualificada como objetiva, conforme as regras do Código de Defesa do Consumidor.

Por outro lado, este último caso, a que se deve também transpor o que já foi antes exposto, parece não apresentar os vícios de diagnóstico ou de informação deficiente quanto

à situação de probabilidade eficiente de sucesso da técnica de RA. Logo, parece não haver espaço algum para justificar indenização moral por gravidez não ocorrida, pois não se indeniza mera perda de chance ou frustração de expectativa, quando bem ciente estava da situação de mera probabilidade, ainda que elevada.

Todavia, a informação deficiente quando as complicações à saúde da paciente podem justificar a indenização material reclamada.

É certo que no documento assinado de consentimento informado constaram tais possibilidades de complicações à saúde; todavia, se graves os riscos (diagnosticados desde o início), pode ter ocorrido emprego indevido de técnica que não se poderia empregar. E ainda que assim não fosse, só pelo ângulo da deficiência da informação, é possível também formar a responsabilidade civil indenizatória.

De fato, a informação deve ser suficiente, clara e adaptada ao nível cultural da paciente; a mera assinatura de documento de consentimento informado, cujos termos técnicos nem sempre são de domínio do nível cultural da paciente, não basta. O médico tem o dever de bem informar, de modo que, atento às condições físicas, mentais e de nível educacional e de linguagem, a paciente tenha plena cognição dos riscos a que o emprego da técnica de RA lhe podem causar: “*La directriz marca de la información devida a suministrarse deberá reparar necesariamente en la pautas culturales, educativas, sociales y familiares que se observen en el enfermo o em sus parientes cercanos*” (Ricardo Miguel Zuccherino, *La praxis médica em la actualidad*, cit., p. 31).

No caso, frente à negligência do médico em seu dever de bem informar (pois, conforme o enunciado, absolutamente omissos nas explicações verbais dos efeitos colaterais da técnica de RA na paciente), não se deve excluir a responsabilidade civil indenizatória pelos danos materiais reclamados. Poder-se-ia, é certo, também cogitar em indenização pelos danos morais decorrentes do sofrimento e dor experimentados pela paciente em razão daqueles efeitos da técnica em sua saúde; mas isso não foi pedido, e, repita-se, danos morais apenas pena “frustração da expectativa de Ana em se tornar mãe”, como já exposto, não deve haver.

Parecer 5**Juiz 2****Sexo: masculino****Idade: 46 anos****Profissão: juiz de direito****Estado: Pernambuco****Caso 1**

- o Médico “prestou todas as informações devidas”. Dever de informação do Código de Defesa do Consumidor. OK.

- a responsabilidade deve ser apreciada de acordo com o “estado atual da técnica”.
Minha opinião é de não caber indenização.

Caso 2

- o médico descumpriu o dever de informação o que “influenciou na vontade para o consentimento”, viciando a vontade, e criou expectativa falsa. A responsabilidade seria mais sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor do que por questões jurídicas da “reprodução assistida”.

- Indenização pelo insucesso e pelas complicações.

Caso 3

- Igual ao anterior. Violação ao dever de informação do Código de Defesa do Consumidor. Indenização pelas complicações do tratamento. Com relação à indenização pelo insucesso, depende da interpretação da frase “apesar de não garantir o sucesso do tratamento”.

Parecer 6**Advogada 2****Sexo: feminino****Idade: 30 anos****Profissão: advogada****Estado: Pernambuco**

Antes de nos posicionarmos acerca dos casos que nos foram colocados, faz-se mister que estabeleçamos algumas premissas por nós tomadas em conta ao examinarmos os mesmos.

A primeira delas é quanto à natureza jurídica da relação que se estabelece entre médico e paciente: ao nosso ver esta não tem natureza consumerista, razão pela qual deve se regular pela Legislação Civil Ordinária e não por aquela especial. Além de tratar-se de uma relação de meio e não de resultado, o que quer dizer que a obrigação do médico é reunir todos os esforços possíveis que estiverem ao seu alcance para salvar o paciente ou para resolver o seu problema de saúde, porém se ainda assim aquele não lograr êxito, por razões alheias à sua vontade, não poderá ser responsabilizado já que não pode se comprometer com o bom resultado do procedimento.

Ainda que não se trate de uma relação de consumo, onde o dever a informação está expressamente previsto no Código de Defesa do Consumidor, o médico não está livre de observar tal mister, já que este se encontra previsto no artigo 70 do Código de Ética Médica. Aliás, não basta apenas colocar o paciente a par de tudo que se refira à sua saúde (relacionado com a sua especialidade) e com o procedimento a que por ventura se submeta, mas deve fazê-lo de forma clara e compreensível aos olhos de um leigo.

Mais além do que foi o Código de Defesa do consumidor, o Código Civil, desde a sua primeira redação, já previa a responsabilização subjetiva dos profissionais na área de saúde, não tendo aquele o condão de revogar a este último, aliás, há quem considere os arts. 948 à 951 do Código Civil, legislação especial em relação ao Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual devem aqueles prevalecerem.

Pensamos ser este o ponto nevrálgico que distingue o resultado dos casos hipotéticos que ora analisamos, no que pertine à responsabilização ou não do profissional envolvido ou, sob outro ângulo, que leva à procedência ou não das pretensões das supostas vítimas.

Assim, em respeito às posições aqui adotadas pensamos que no primeiro caso não existe respaldo jurídico para a pretensão do casal, vez que o médico concedeu todas as informações a Maria e a seu marido, desde quanto à possibilidade de insucesso do tratamento ao qual ela deveria se submeter, até os riscos e possíveis complicações do procedimento. Portanto, a assinatura do termo de consentimento informado, nesse caso, exime o profissional de saúde de toda e qualquer responsabilidade quanto às conseqüências do procedimento por ele realizado. Sem falar que, como ressaltamos retro, o dever do médico não é garantir o resultado, mas sim fazer tudo que esteja ao seu alcance para o sucesso do tratamento, o que parece ter sido feito no caso em exame, logo não há o que exigir.

Já no segundo caso, temos de um lado uma prova documental que favorece o profissional que é o Termo de Consentimento Informado, onde não há qualquer garantia do sucesso do tratamento e ainda é prevista a possibilidade de complicações ocasionada pelas injeções aplicadas na paciente; e, de outro, as declarações verbais do médico que encheram de esperança a paciente e seu esposo. Porém, para desconstituir aquela primeira prova, devem os interessados na indenização produzir provas com a robustez necessária para tanto, o que não se vislumbra, à principio, no mero depoimento da parte, (dizemos que esta não vale de início, porque pode o julgador valorar como bem entender as provas, e assim, pode se convencer das afirmações feitas pelo casal que presenciou às promessas do médico e delas se alimentaram para dar continuidade ao tratamento).

Há de se observar que o termo de consentimento assinado pelo casal, não faz qualquer menção ao bom ou mal êxito do tratamento, portanto pode-se considerar que o que vale é a opinião verbal do médico, caso o casal consiga comprová-la. Já quanto às complicações provenientes do uso de hormônios, não pode a paciente alegar ignorância já que foi expressamente avisada quanto à estas, logo assumiu o risco. Destarte, caso Ana consiga comprovar a garantia dada pelo profissional que lhe atendeu, pensamos ter a mesma direito ao reembolso do que foi pago pelo tratamento, mas não pelos danos

materiais referentes às complicações advindas das injeções de hormônio, bem como faz jus à uma indenização por danos morais. A menos que a demandante demonstre não ter condições intelectuais de compreender o que estava escrito no documento por ela assinado, quando então, somos da opinião, que a sua pretensão deve ser acolhida *in totum*.

No caso três, percebe-se que o médico descumpriu seu dever de informação, já que apesar de disponibilizado um Termo de Consentimento Informado aos pacientes, onde estavam expressas todas as possíveis complicações do tratamento, não o fez de forma compreensível pelo casal, o que equivale à não informação. Assim deve ser responsabilizado por tal omissão, caso se comprove que esta foi a causadora dos danos sofridos pela paciente. Da forma como o caso foi exposto, dá a entender que o médico explicou o tratamento, só não advertiu, seja verbal, seja documentalmente, a paciente sobre as complicações ocasionadas pelos hormônios. Assim, considerando que a atividade médica não é de resultado, mas sim de meio, não pode o profissional se responsabilizar pelo insucesso do tratamento, razão pela qual não cabe, ao nosso ver, reembolso, nem indenização pelos danos materiais referentes aos custos do tratamento para a realização da FIV e pelos danos morais alegados, já a indenização pelos gastos com as complicações advindas das injeções de hormônio, deve a paciente ser ressarcida, desde que demonstre que se houvesse sido devidamente informada, não teria Patrícia aquiescido com as suas aplicações.

ANEXO VI – Modelos de contrato de prestação de serviços de reprodução assistida, termo de consentimento informado, documento da retirada dos óvulos e avaliação



Pelo presente instrumento a Sr.
CAVALCANTE, RG Nº. _____ e o Sr. _____, denominados de contratantes, contrata os serviços prestados pelo Centro De Reproducao Humana Do Agreste (Drº Cláudio Leal Ribeiro, Drª Maria Madalena Pessoa Caldas, Drº Eduardo Alves Moreira e Drº Paulo Matheus) doravante denominada contratada.

Os contratantes apresentam dificuldades em gerar uma gravidez por métodos outros, por este motivo requerem tratamento de infertilidade através da técnica de fertilização "In Vitro", visto ser este um serviço médico que possui condições para a realização de tal procedimento.

Os referidos serviços deverão constar de exames clínicos e laboratoriais, tratamento ambulatorial e/ou hospitalar, administração de drogas para indução da ovulação e de anestésicos, procedimentos clínicos e cirúrgicos, tudo em conformidade com o diagnóstico clínico da contratante e também com as necessidades a serem avaliadas pela contratada, a quem competirá determinar os profissionais que atenderão os contratantes.

Fica estabelecido que a contratada não se responsabiliza pelo êxito do tratamento aplicado aos contratantes, ou seja, não há garantias de que a paciente engravidará após o tratamento proposto, uma vez que as taxas de sucesso variam de 20% a 40%.

Inúmeras causas poderiam ser responsáveis por esse fato, entre as mais comuns citam-se:

1. Insucesso no processo de estimulação ovariana.
2. Ausência de óvulos após o ato da punção ovular
3. Falha total da fertilização dos óvulos em laboratório (Fato que pode ocorrer em 10% dos casos) geralmente associado à obtenção de gametas de baixa qualidade neste ciclo (óvulo ou espermatozóide).
4. Falha no processo de implantação embrionária.(Processo que ocorre em 60% a 80% das vezes mesmo após a transferência de bons embriões para o útero)
Após consulta com a Equipe Médica, os contratantes entendem que o processo é composto pelas seguintes etapas:

1. Preparo da paciente através da administração de hormônios e ou drogas previamente descritas.
2. Retirada dos óvulos da paciente por via ultra-sonografica sob analgesia.
3. Procedimento laboratorial da Fertilização In Vitro.
4. Manutenção dos óvulos, esperma e pré-embriões resultantes do tratamento até o tempo que, na opinião da equipe médica, for julgado conveniente para a transferência ao útero.
5. Seleção pela equipe médica dos embriões a serem transferidos.

Dentro deste contexto, deve-se ressaltar que é de inteira responsabilidade da equipe abaixo mencionada o controle clínico dos procedimentos e de prováveis intercorrências que possam surgir durante todas as etapas do processo.

Os contratantes entendem e aceitam todos os riscos inerentes ao tratamento realizado, tais como:



**CENTRO DE
REPRODUÇÃO
HUMANA
DO AGRESTE**

- Hiper-estimulação ovariana – 1% a 10%.
- Riscos anestésicos – 1%.
- Riscos inerentes à punção folicular (sangramento e ou infecção – 1% a 2%.
- Torção ovariana – 0,5% a 1%.
- Tromboembolismo – 0,5 a 1%.

A título de esclarecimento enfatizamos também que a chance de nascer uma criança normal e a mesma chance de uma criança concebida pelos métodos naturais e que o risco de malformação será inerente à idade da mulher.

Os contratantes não consentem a transferência de qualquer óvulo ou pré-embriões produzidos para qualquer outra mulher que não a mencionada neste documento, salvo consentimento expresso.

Os contratantes reconhecem que foi devidamente dado o tempo para considerar todo o conteúdo deste documento e que também foi dada à oportunidade para fazer novos questionamentos, julgados necessários antes de assinar o presente documento.

Por terem sido informados e estarem de acordo, firmam o presente.

Caruaru, 11 de Outubro de 2006

Sr.ª .

Dr. Cláudio Leal Ribeiro
(Médico) CRM: 7741

Sr. .

Dr. Eduardo Alves Moreira
(Médico) CRM : 10 736

Drª Maria Madalena Pessoa Caldas.
(Médica) CRM: 8686
Testemunhas

Dr. Paulo César Silva Matheus
CRBM: 0536



Prof. Weydson Barros Leal Dr. Cláudio Leal Ribeiro
Dr. Eduardo Moreira Biol. Maria Antonieta Leal

TERMO DE CONSENTIMENTO PARA FERTILIZAÇÃO IN VITRO FIV-TE/ICSI.

A FERTILIZAÇÃO IN VITRO (FIV), MUITAS VEZES DENOMINADA DE "BEBÊ DE PROVETA", QUANDO O ÓVULO É FECUNDADO PELO ESPERMATOZÓIDE, FORA DO CORPO, EM LABO OU SEJA, **IN VITRO**. OS EMBRIÕES RESULTANTES DA FIV SÃO TRANSFERIDOS PARA APROXIMADAMENTE 48-72 HORAS APÓS A CAPTAÇÃO DE ÓVULOS.

RESUMIDAMENTE ESTAS SÃO AS ETAPAS ENVOLVIDAS NA FIV-TE:

- 1) INDUÇÃO DA OVULAÇÃO, PARA ESTIMULAR DE FORMA CONTROLADA O CRESCIMENTO DOS FOLÍCULOS E AMADURECIMENTO DOS ÓVULOS;
- 2) MONITORIZAÇÃO DO CRESCIMENTO FOLICULAR COM ULTRA-SONOGRAFIA TRANSVAGINAL;
- 3) COLETA DE ÓVULOS POR PUNÇÃO VAGINAL ORIENTADA PELA ULTRA-SONOGRAFIA (MEDIANTE ANALGESIA, TEMPO MÉDIO 05 – 15 MINUTOS);
- 4) COLETA DO SÊMEN E CAPACITAÇÃO ESPERMÁTICA, NO MESMO DIA DA COLETA DE ÓVULOS;
- 5) INSEMINAÇÃO IN VITRO: IDENTIFICAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DOS ÓVULOS COM FIV-TE/ICSI;
- 6) TRANSFERÊNCIA DE EMBRIÕES PARA O ÚTERO MATERNO, ATRAVÉS DE CÂNULA ESPECÍFICA, GERALMENTE 2-3 DIAS APÓS A FERTILIZAÇÃO.

A TAXA MÉDIA DE SUCESSO NO PROCEDIMENTO É DE 30%, COM CERCA DE 0,8% DE CHAMADA GRAVIDEZ ECTÓPICA (GRAVIDEZ NAS TROMPAS).

COMPLICAÇÕES POSSÍVEIS DO PROCEDIMENTO:

- 1) REAÇÕES ADVERSAS AS DROGAS UTILIZADAS NA ESTIMULAÇÃO OVARIANA: EDEMA DOS MEMBROS INFERIORES; DISTENSÃO E DOR ABDOMINAL; VÔMITOS. TODOS REVERSÍVEIS.
- 2) A SÍNDROME DE HIPERESTÍMULO OVARIANO, COM UMA INCIDÊNCIA DE 0,5% A 10%, CARACTERIZADA PELO AUMENTO DO VOLUME OVARIANO E ABDOMINAL. CASOS GRAVES OCORREM EM CERCA DE 01% (UM) COM DESCONFORTO RESPIRATÓRIO, NECESSÁRIO O INTERNAMENTO HOSPITALAR. TODOS OS SINTOMAS SÃO REVERSÍVEIS APÓS A SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO DEVIDO A MÁ RESPOSTA OVARIANA AO ESTÍMULO.
- 3) RISCO DE GESTAÇÃO MÚLTIPLA DE 1:20;
- 4) DOR ABDOMINAL PÓS-PUNÇÃO;
- 5) RISCO DE INFECÇÃO PÉLVICA DE 01% (UM) PÓS-PUNÇÃO;

APÓS TERMOS RECEBIDO ESCLARECIMENTOS SUFICIENTES SOBRE O PROCEDIMENTO DE FERTILIZAÇÃO ASSISTIDA AUTORIZA A EQUIPE DO DESTE CENTRO A REALIZAR OS PROCEDIMENTOS MAIS ADEQUADOS PARA O NOSSO CASO.

RECIFE, _____ DE _____ DE _____

NOME _____ DA _____

ASSINATURA _____

NOME _____ DO _____

ASSINATURA _____



**TERMO DE CONSENTIMENTO PARA A
TRANSFERÊNCIA DE EMBRIÕES.**

Eu e meu esposo recebemos explicações quanto ao estágio de desenvolvimento e todo os óvulos e embriões restantes resultantes do tratamento, sendo o mesmo aplicado de acordo com a lista abaixo discriminada.

Devendo-se ressaltar, que fomos esclarecidos sobre o percentual de sucesso com estes embriões, como também o percentual a gestão múltipla.

ÓVULOS COLETADOS:

ÓVULOS MADUROS:

EMBRIÕES FERTILIZADOS NORMALMENTE:

EMBRIÕES ELEITOS PARA TRANSFERÊNCIA:

CLASSIFICAÇÃO DOS EMBRIÕES ELEITOS PARA TRANSFERÊNCIA:

ELEITOS PARA CONGELAMENTO:

CLASSIFICAÇÃO DOS EMBRIÕES ELEITOS PARA CONGELAMENTO :

Baseados nas informações acima, eu e meu esposo estamos plenamente de acordo com os resultados obtidos e com o número de embriões a serem transferidos.

Assinaturas:

Fabiana Camelo da Silva

Nelson Gomes Filho

Drº Cláudio Leal Ribeiro

Drª Madalena Pessoa Caldas

Drº Paulo Matheus

Dr. Eduardo Moreira

Caruaru, 13x de Agosto de 2007.



**CENTRO DE
REPRODUÇÃO
HUMANA
DO AGRESTE**

PROGRAMA DE FERTILIZAÇÃO ASSISTIDA

NOME: _____

IDADE: _____ PROTOCOLO: _____ SÊMEN: _____

DATA: ____ / ____ / ____ DOADORA: _____

HORA DA PUNCAO: 10:00 HS HORA DA INJECAO _____

OVULO	GRAU	OBS.	FERT	DIA 2	DIA 3	DIA 4	DIA 5	DIA 6	TRANS.
1									
2									
3									
4									
5									
6									
7									
8									
9									
10									
11									
12									
13									
14									
15									
16									
17									
18									
19									
20									
21									
22									
23									
24									
25									

TRANSFERÊNCIA : DATA: ____ / ____ / 2007

CATETER: _____

HATTCHING: _____

EMBRIÕES _____

EMBRIOLOGISTA _____

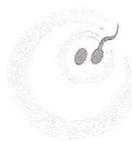
OBSERVAÇÕES: _____

TOTAL DE EMBRIÕES CONGELADOS: _____

CAÇAPA NÚMERO: _____

CANISTER Nº _____

PARTE: _____



**CENTRO DE
REPRODUÇÃO
HUMANA
DO AGRESTE**

**TERMO DE CONSENTIMENTO PARA CONGELAMENTO
DE EMBRIÕES EXCEDENTE**

Nós Sr^a _____, portadora do RG N° _____, data Nascimento: _____,
inscrita no CPF sob o n° _____ e Sr^o _____, portador do RG N° _____,
Nascimento / / _____

inscrito no CPF sob o n° _____, residente na _____

Efetuamos a completa leitura do presente instrumento, cujo teor foi detalhadamente explicado e compreendemos toda a sua extensão, inclusive todos os termos médicos, e desta forma estando plenamente concordes e pretendo o congelamento de embriões excedentes, efetuamos em conjunto as declarações e autorizações que seguem abaixo.

Declaramos que estamos casados desde _____ de _____
Na comarca de _____ na sede do cartório, sob n° _____ do livro _____, fls: _____
(ou: Declaramos sob as penas da lei que mantemos união estável desde _____).

Nesta data firmamos instrumentos particular para congelamento dos nossos embriões excedentes para futuro descongelamento e utilização própria com a Dr^a Maria Madalena Pessoa Caldas, brasileira, casada e domiciliada nesta cidade, portadora do RG n° 1697.615/SSP-PE e CRM n° 8686. Devendo-se ressaltar, que a mesma e inteiramente responsável pela manutenção destes embriões por período máximo de 5 (cinco anos) e caso haja algum empecilho a pessoa ou a instituição, ficará designado um responsável legal pela manutenção dos mesmo.

O referido contrato será anexado ao presente termo de consentimento, do qual obrigatoriamente e parte integrante.

Data do congelamento _____

Quantidade de embriões congelado () ().



CLASSIFICAÇÃO DOS EMBRIÕES.

EMBRIÃO	QUANT. CÉLULAS	GRAU
01		
02		
03		
04		
05		
06		
07		
08		
09		
10		

Os dados estatísticos estabelecem que a possibilidade de não sobrevivência dos embriões submetidos a congelamento varia de 20 a 30%.

Entretanto, após o descongelamento o número e a qualidade dos embriões poderão não se manter o mesmo de congelamento, podendo em determinados casos haver perda total ou parcial dos mesmo

Inicialmente o congelamento está previsto para o período de 12 (doze) meses. Com o objetivo de tentar gravidez. Caso não tenha ocorrido a transferência dentro deste prazo, os contratantes assumem o compromisso de comparecer pessoalmente perante a para firmar um novo compromisso por escrito, mantendo assim o congelamento e assumindo o ônus pela respectiva manutenção.

Dentro deste contexto, pode-se inferir que durante o primeiro ano do congelamento, a contar da data da assinatura do presente termo, a disponibilizará uma nova tentativa através do descongelamento dos embriões e posterior transferência para o útero (não estando inclusa medicação, sedação extra ou técnica de hatching), sendo a mesma sem ônus para contratantes. Devendo-se esclarecer que esta conclusão refere-se ao procedimento na clínica a apenas durante o referido período acima mencionado.

O custo para efetivação deste processo de congelamento dos embriões excedentes é de R\$ 1.000,00 (Hum mil reais), o qual estará inclusa também a manutenção pelo período de (12) doze meses.

Os contratantes deverão comparecer anualmente a este serviço para sobre as questões inerentes a continuidade ou interrupção do processo de manutenção.

O custo para prorrogação do prazo nos anos subsequentes equivalerá a R\$ 550,00 (quinhentos e cinquenta reais) e estará também incluso a este valor a concessão de uma nova tentativa de gestação através do descongelamento, entretanto a mesma deverá ser efetiva durante o ano vigente da renovação do referido termo.

A título de esclarecimento, informamos que o referido valor poderá ser alterado em proporções equivalentes aos reajustes anuais efetivados pelos fornecedores da matéria prima utilizada para manutenção do congelamento dos embriões. Entretanto, estes reajustes anuais deverão ser comunicados aos contratantes com prévia antecedência.

O período de permanência o congelamento dos embriões abrange no total 5(cinco) anos, podendo os mesmos após este intervalo e tempo, caso seja opção do casal, continuarem sendo mantidos para integrarem o banco de células tronco.

Em ambos os casos, a clínica deverá disponibilizar um aditivo que irá integrar o tempo originário do processo de congelamento e no referido documento deverá constar a intenção e autorização para tais procedimentos específicos.



**CENTRO DE
REPRODUÇÃO
HUMANA
DO AGRESTE**

- () Avaliação Para Fertilização Assistida
 () Inseminação Intra Uterina
 () Espermograma
 () Congelamento de Sêmen
 () Capacitação Espermática Prognóstica

Paciente: _____ Idade: _____ Anos
 Esposo: _____ Idade: _____ Anos

Abst.: _____ Embriologista: Dr. Paulo Matheus Data: ____/____/____

MACROSCÓPICA

Volume: _____ ml ph: _____ Cor: _____
 Tempo De Liquefação: _____

MICROSCÓPICA

Concentração : $X 10^6$ Total: $x10^6$
 Motilidade: _____
 Grau A = _____ %
 Grau B = _____ %
 Grau C = _____ %
 Grau D = _____ %

MORFOLOGIA

Ovais: _____ % Fuziformes: _____ %
 Macrocéfalos: _____ % Espermátides _____ %
 Microcéfalos: _____ % Disformes: _____ %
 Dupla Cauda: _____ % Tapping : _____ %
 Bicéfalos: _____ %

TESTE DE EOSINA

Vivos: _____ Mortos: _____

CAPACITAÇÃO

Método Utilizado: _____
 Volume Utilizado: _____ ml
 Motilidade: _____ %

Concentração: $5x10^6$

Mortalidade: _____ %
 Grau A: _____ %
 Grau B: _____ %
 Grau C: _____ %
 Grau D: _____ %

Obs.: _____

ANEXO VII – Declaração de visita

DECLARAÇÃO DE VISITA

Através desta, venho confirmar a visita da mestrande Ednara Pontes de Avelar, dia 04/09/2007 às 09:00 horas na Clínica Centro de Reprodução Humana Assistida, sob minha orientação Dr. Cláudio Leal Ribeiro. Nesta, o assunto abordado foi Reprodução Humana Assistida.

Esta declaração tem validade para o efeito específico de comprovação na Dissertação da aluna supra citada.

Recife, 04 de setembro de 2007.

Dr. Cláudio Leal Ribeiro

Ginecologia
CRM 77.31

Assinatura