



REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

ABORDAGEM JURÍDICA DO INSTITUTO
E
RESPONSABILIDADE MÉDICA

Sylvio Torres Filho

ARRASTE O
MOUSE AQUI
PARA VIRAR A
PÁGINA

*Armínio Motta Collier

Sylvio aborda de uma maneira profunda o lado jurídico da reprodução assistida, suas verdades e controvérsias, facilitando aos médicos que lidam diretamente com a especialidade, encontrar e preencher as lacunas jurídicas existentes nesta área.

Tenho certeza que este livro será um guia de cabeceira para consultarmos e a partir daí podermos atuar na nossa especialidade de uma forma mais determinada e amparada.

O fato de não existir uma legislação brasileira acerca da reprodução assistida nos deixa muito soltos, sem sabermos até que ponto poderemos avançar.

Esta insegurança é bastante minimizada e clarificada pelo conteúdo deste livro que servirá de vetor na nossa orientação do dia a dia, para andarmos sempre dentro da mais rigorosa lei, na assistência aos casais que buscam um sonho – serem mãe e pai.

Apesar de não ser sua especialidade, Sylvio aborda a área médica de uma maneira simples e objetiva, focando a reprodução assistida no estado atual.

Espero que este livro consiga abrir discussão com as partes interessadas para que tenhamos legislação específica nesta área.

*Otávio Calvet é Juiz do Trabalho do TRT - RJ, Mestrando em Direito do Trabalho na PUC - SP, Coordenador e Professor de Direito do Trabalho em Pós-Graduação lato sensu no Decisum Estudos Jurídicos - RJ, Professor Convidado da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas e Coordenador Pedagógico do Núcleo Trabalhista Calvet.

*Otávio Calvet

A verdade é que somente quem passou pela situação consegue entender a expectativa, a esperança, a construção de um projeto de vida, a imaginação tentando antever o resultado, o sonho prestes a se realizar... ou o vazio.

A reprodução assistida, muito além da questão jurídica, é uma fábrica de sonhos. Um desafio à natureza como se nós, as pessoas que têm dificuldade para engravidar, não nos conformássemos com uma sentença definitiva transitada em julgado, para usar uma metáfora jurídica. Algo como uma ação rescisória da vida, a última tentativa a partir da confiança na medicina e, mais, no médico que a isso se propõe.

Confiança, sim, total e irrestrita, pois nesse momento frágil, em que as emoções praticamente dominam a conduta do casal, que resolve paulatinamente aceitar técnicas mais modernas para obterem uma gravidez saudável, a palavra do médico se torna a nossa Constituição, com enunciados que a partir de agora vão regular boa parte da felicidade futura do casal, que passa a obedecer quase que cegamente as estipulações do especialista em reprodução assistida, acreditando em sua ética e em suas constatações.

No meu caso ouvi de um dos maiores especialistas do Brasil que a chance da minha mulher engravidar naturalmente seria de um em um milhão, "praticamente um milagre", o que nos levou a tentar por duas vezes a técnica da fertilização in vitro, ambas sem sucesso. Para quem não conhece, nessa técnica o homem contribui com a coleta do espermatozoide e a mulher com a dos óvulos, realizando o médico a fecundação em laboratório para, depois das primeiras divisões celulares, implantar o embrião no útero e, então, rezar o casal para que em cerca de onze dias não ocorra a menstruação, ou seja, para que a nidificação tenha se efetivado.

Por duas vezes, portanto, vi minha esposa tomar enormes quantidades de hormônios para estimular a ovulação, passei pelo constrangimento de coletar o espermatozoide na clínica de reprodução e rezei para que tudo desse certo... mas não tivemos sorte. Não há como descrever quando após o procedimento e durante a espera da nidificação, a menstruação teima em aparecer... parece que o mundo cai em suas costas, aumenta a decepção, o massacre emocional, a tensão entre o casal, enfim, choro, tristeza e espera...

Começam, nesse ponto, as conversas sobre outras possibilidades. Doação de óvulo? Adoção? "Barriga de aluguel"? E as paranóias: o problema é meu ou dela? Será que com outra pessoa ela engravidaria e vice-versa?

Bem, resolvemos que de uma forma ou de outra teríamos um filho, renovamos as esperanças, mudamos de médico e, antes de iniciar o tratamento para a terceira tentativa de fertilização, veio a notícia de nossas vidas, o milagre que já não esporávamos, a gravidez natural e... Nina!

A minha estória teve um final feliz, tenho um filha linda e gosto de pensar que ela foi fruto da extrema persistência e vontade que eu e minha esposa tivemos nesse episódio, uma verdadeira dádiva, que nos permitiu não ter que lidar com o vazio dos sucessivos resultados negativos de gravidez e com o sabor das estipulações médicas.

E é justamente neste vazio que a obra do querido amigo Sylvio Torres se apresenta como uma luz, um porto seguro para quem se aventura no desconhecido da reprodução assistida, levantando questões que normalmente são aceitas de forma pacífica pelos casais que dependem dessas técnicas, premidos pela esperança e pela necessidade. De forma bastante lúcida e profunda, Sylvio consegue a partir dos direitos fundamentais e da análise principiológica contribuir para a segurança das questões que envolvem a reprodução assistida, não apenas delimitando conceitualmente, mas trazendo soluções práticas de inestimável valor.

Por tal motivo, honrado com a escolha de fazer essa breve apresentação, posso resumir minhas impressões acerca da obra que Sylvio concebeu com muito conhecimento e sensibilidade em uma única palavra, que fará sentido aos que passaram ou passarão pelo uso da reprodução assistida: obrigado!

*Armínio Motta Collier é Médico Especialista Obstetra Ginecologista
E-mail: armimocollie@terra.com - Consultório: R. das Fronteiras, 175, Sala 304,
3º Andar, Boa Vista, Recife - PE.

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

ABORDAGEM JURÍDICA DO INSTITUTO E RESPONSABILIDADE MÉDICA

SYLVIO TORRES FILHO
Ensine Editora

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA ABORDAGEM JURÍDICA
DO INSTITUTO E DA RESPONSABILIDADE MÉDICA**

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Torres Filho, Sylvio

Reprodução humana assistida: abordagem jurídica do instituto e responsabilidade médica / Sylvio Torres Filho. - 1. ed. - João Pessoa, PB: Ensine Editora, 2010.

ISBN 078-85-63254-01-6

Bibliografia.

1. Direito de família 2. Médicos - Responsabilidade civil 3. Reprodução humana assistida - Aspectos morais e éticos 4. Reprodução humana assistida - Leis e legislação I. Título.

Índices para catálogo sistemático:

1. Reprodução humana assistida : Ética e direito : Direito de família: Direito civil

10-02299

CDU - 347.611

**Índices para catálogo sistemático: 1. Reprodução humana assistida:
Ética e direito: Direito de família : Direito civil 347.611**

Prefácio: Pablo Stolze

Orelha Capa: Otávio Calvet

Apresentação: Armínio Motta Collier

Colaboradora: Cristiane T. L. de Medeiros

Revisão: Arley C. de Oliveira

Capa: Eliseu Mariotti

Ed. Eletrônica: Kayffson Will

Impressão: Gráfica Moura Ramos

É Proibida a reprodução por quaisquer meios (mecânicos, eletrônicos, digitais, xerográficos, fotográficos, gravação, estocagem em banco de dados, internet, etc.), exceto em citações breves, com indicação da fonte e do autor.

Depósito Legal na Biblioteca Nacional
(Decreto No. 1825, de 20 de Dezembro de 2007)

Impresso no Brasil. Gráfica Moura Ramos.

ENSINE EDITORA

www.ensinefaculdades.edu.br

Av. Odon Bezerra, 184, Tambiá - 2º. Andar/Escritórios

João Pessoa – Paraíba – Brasil

Tel. + 55 83 3214.4209

O Grande Arquiteto do Universo, Pai divino de todos os filhos do planeta, não faz distinção para que a felicidade seja o caminho daqueles vão à procura da procriação, seja ela obtida de modo espontâneo ou assistido, eis que, o onipotente tem a faculdade divina de conceder a realização plena deste sonho, independentemente do grau de turbulência humana que venha a ter que ser superada por cada um daqueles que se propõe a procriar, sobrepondo a sua dádiva aos conceitos materiais biológicos, sociais e culturais.

Sylvio Torres Filho

PREFÁCIO

A decisão de escrever um livro não é simples.

A intensa pesquisa que precede a sua redação, sem sombra de dúvidas, faz com que a vida do autor comprometa-se tão profundamente com este projeto, a ponto de a obra tornar-se sua parte integrante, marcando-lhe, indelevelmente.

Mais difícil ainda é a empreitada literária que envolva tema de alta complexidade científica, filosófica, ética e religiosa.

Sucede que autores há, em nosso abençoado país, detentores, não apenas da refinada inteligência para o enfrentamento de uma intrincada pesquisa, mas também da coragem necessária para expor as suas ideias, permitindo o debate franco, aberto e direto em torno de questões fundamentais e de alta indagação. E Sylvio Torres Filho é um desses corajosos escritores, indispensáveis à literatura jurídica nacional.

Fruto do seu inspirado intelecto, a presente obra Reprodução Humana Assistida - Abordagem Jurídica do Instituto e Responsabilidade Médica, analisa, com profundidade, a repercussão jurídica das modernas técnicas científicas de reprodução em face do sistema normativo regulador da responsabilidade civil no Brasil.

E, se o estudo da responsabilidade civil, nos últimos anos, com a consagração da volátil noção de risco pelo art. 927 do Código Civil já havia ganhado contornos mais difíceis, o que dizer da sua necessária aplicação no âmbito da reprodução humana assistida?

Trata-se, pois, em meu sentir, de uma abordagem inédita, fundamental para todos aqueles que pretendam compreender as regras positivas de responsabilidade civil em toda a sua amplitude.

E, para tanto, o talentoso autor não mediu esforços.

Além de percorrer a doutrina nacional e estrangeira com vigor acadêmico admirável, singrou os densos mares da própria medicina, sem se deixar entorpecer pelo tecnicismo incompreensível ao leitor iniciante.

E, nesse contexto, outro singular aspecto ainda chamou a minha atenção.

A precisão científica com que o professor Torres inseriu a temática da obra na seara da principiologia constitucional, mormente em face do matricial princípio da dignidade da pessoa humana, consoante podemos observar da leitura de um dos trechos do livro:

“Enfim, a ciência, ao trazer para a humanidade o conhecimento da técnica e da capacidade do ser humano de reproduzir-se seja de modo espontâneo ou assistido, gerou uma série de implicações de ordem ética, moral, religiosa, filosófica, biológica, jurídica e econômica, a qual deverá ser objeto de regramento próprio e específico, como requisito para possibilitar a vivência sem nenhum tipo de discriminação daqueles seres humanos nascidos através da reprodução assistida, conferindo e preservando-lhes os mesmos direitos, obrigações e deveres dos seus semelhantes gerados através de meios espontâneos”.

Mas não seria justo, caro leitor, que eu me alongasse neste prefácio, privando-o de iniciar, desde já, a leitura desta envolvente obra, monumental pesquisa, que, certamente, ingressa no cenário bibliográfico nacional como uma referência solar no estudo da matéria.

Congratulações sinceras ao inspirado autor!

Pablo Stolze Gagliano¹

1. Juiz de Direito. Mestre e Especialista em Direito Civil. Professor da Universidade Federal da Bahia e da Rede LFG. Co-autor da obra Novo Curso de Direito Civil (Saraiva).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 INÍCIO DA VIDA HUMANA.....	13
1.1 A TEORIA NATALISTA.....	13
1.2 A TEORIA CONCEPCIONISTA.....	15
1.3 A TEORIA PRÉ-CONCEPCIONISTA.....	15
2 LIMITES À REPRODUÇÃO HUMANA	17
2.1 ASPECTOS JURÍDICOS.....	17
2.1.1 A Problemática dos embriões exedentes.....	19
2.1.2 Direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida.....	20
2.1.3 Limites imanentes ao direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida.....	22
2.1.4 As técnicas de reprodução humana assistida e os novos modelos de filiação.....	27
2.1.5 Procriação artificial heteróloga : verdade biológica “ versus “ verdade afetiva.....	30
2.1.6 Anonimato do doador e direito à indentidade genética.....	34
2.1.7 Direito aopatrimônio genético como direito de quarta geração.....	37
2.2 ASPECTOS MORAIS E ÉTICOS.....	39
2.3 ASPECTOS RELIGIOSOS.....	40
2.4 ASPECTOS CIENTÍFICOS.....	41
3 REPRODUÇÃO HUMANA.....	43
3.1 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	43
3.1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS.....	43
3.1.2 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	44
3.1.2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAS.....	44
3.1.2.2 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL.....	45
3.1.2.3 Fertilização in vitro.....	47
3.1.2.4 FIVET [fertilização in vitro e tranferência de embriões].....	48
3.1.2.5 ICSI [Injeção intracitoplasmática de espermatozóides].....	49
3.1.2.6 Criopreservação de oócitos e embriões.....	50
3.1.2.7 Mães substitutas.....	52
3.1.2.8 Doação de gametas e embriões.....	53

3.1.2.9 Técnicas mais recentes.....	55
3.2 QUESTÕES PERTINENTES A REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	56
3.4 DIREITO À REPRODUÇÃO.....	58
3.4.1 Direito à liberdade.....	58
3.4.2 Direito à saúde.....	59
3.4.3 Direito à intimidade.....	60
4 ASPECTOS NORMATIVO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL.....	61
5 ATIVIDADE MÉDICA.....	71
5.1 RESPONSABILIDADE MÉDICA CONFORME O CÓDIGO DE ÉTICA.....	71
5.2 CONSENTIMENTO INFORMADO.....	79
5.3 CONSENTIMENTO E REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	81
5.4 SIGILO PROFISSIONAL.....	84
6 RESPONSABILIDADE CIVIL E ATIVIDADE MÉDICA.....	93
6.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	93
6.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	94
6.3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	101
6.4 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE.....	104
6.5 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CDC.....	107
6.6 RESPONSABILIDADE CIVIL NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.....	110
6.7 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.....	112
6.7.1 Responsabilidade do médico por fato de outrem.....	121
6.7.2 Obrigações na reprodução assistida.....	122
6.8 RESPONSABILIDADES CIVIL DOS HOSPITAIS E DAS CLÍNICAS MÉDICAS.....	124
6.9 RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CLÍNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E DOS BANCOS DE DÉPOSITO DE MATERIAL FERTILIZANTE.....	126
6.10 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS DOAÇÕES.....	128
6.11 RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DOS EMBRIÕES E DOS NASCITUROS....	129
6.12 PERDA DE UMA CHANCE E AS TÉCNICAS DE PROCREAÇÃO ASSISTIDA.....	131
6.13 A RESOLUÇÃO N. 1.358/92 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.....	132
7 CONCLUSÃO.....	137
REFERÊNCIA.....	157

INTRODUÇÃO

Pode-se dizer, em um primeiro momento, que o Biodireito é o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina. Sua origem contextual advém do termo bioética, neologismo derivado das palavras gregas bios (vida) e ethike (ética). Para melhor compreensão de seu conteúdo e de sua complexidade, todavia, algumas reflexões são necessárias.

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 popularizaram, posto que os custos não são mais tão altos, e já existem, inclusive, muitos 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, esta obra tem por objetivo central verificar quais as respostas que o ordenamento jurídico brasileiro possui para vários problemas decorrentes da utilização de procedimentos de reprodução humana assistida e, em especial, no que concerne à 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 procurar as respostas já vigentes no ordenamento jurídico pátrio, também realizamos uma análise dos principais projetos de lei existentes em tramitação sobre a reprodução humana assistida que tramitam no Congresso Nacional, adiante enumerados, dentre eles, com especial destaque, os projetos nºs 3.638/93 e 1.184/2003, sendo a este último, apensados por força de disposições regimentais, outras cinco proposições (Projetos de Lei de nºs 2.855, de 1997, 4.665, de 2001; 120, 1.135, e 2.061, de 2003), apreciando, de uma forma ampla e comparativa, os seus dispositivos e as soluções neles propostas, bem como algumas normas deontológicas do Conselho Federal de

Medicina e ANVISA, os quais tutelam a espécie e o posicionamento dos tribunais pátrios nas escassas decisões sobre a matéria.

A reprodução assistida trata-se de uma temática de extrema relevância, atual e controversa, com implicações imediatas tanto para o Direito como para toda a sociedade, já que traz à reflexão, novamente, questões éticas sobre a vida humana, seja sobre seu início, seu conceito ou a sua necessária proteção.

Esta obra apresenta-se de grande interesse para a sociedade, posto que constituirá mais um meio para discussão e para reflexão acerca de assuntos que afetam toda a estrutura e o contexto social em que estamos inseridos. É, para tanto, necessário um amplo debate e a religação dos saberes de diversas ciências para a obtenção de, pelo menos, direções, a fim de que a regulamentação dos procedimentos de procriação assistida ocorra conforme a ética e o texto constitucional, evitando-se a possibilidade de uma mercantilização do ser humano.

Com relação à ciência jurídica, da mesma forma, o presente estudo é importante, já que inexistente legislação específica abrangente sobre o assunto, e o Poder Judiciário vem, de forma reiterada, enfrentando questionamentos ligados à aplicação da reprodução humana assistida. Ademais, a bibliografia encontrada na área jurídica, além de não ser muito extensa, é ainda controversa, sendo que a maioria das publicações sobre a medicalização da reprodução humana está direcionada às áreas da Medicina, da Biologia e da Bioética.

1. INÍCIO DA VIDA HUMANA

Segundo Coelho (2003, p.67), “sujeitos de direito são todas as pessoas capazes de contrair direitos e obrigações, com a finalidade de superar os conflitos de interesses”.

O nosso ordenamento jurídico reconhece duas modalidades de pessoas, quais sejam: as pessoas jurídicas e as físicas ou naturais.

De acordo com o artigo 1º do Código Civil de 2002, “toda pessoa é capaz de direitos e deveres de ordem civil”; a capacidade, sob a ótica doutrinária é dividida em:

[...] capacidade de fato, capacidade de exercício ou civil – a aptidão de exercer por si os atos da vida civil, ou seja, quando se adquire a maioridade; e a capacidade de gozo ou de direito – condição para ser titular de direitos e deveres, momento este em que se adquire a personalidade (COELHO, 2003, p.68).

Nesse sentido, Bevilacqua (apud SEMIÃO, 2000, p.26) assim conceitua personalidade: “[...] aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações”.

Semião (2000, p.27) entende que: “[...] a personalidade civil constitui a matriz de todos os direitos privados”.

Três teorias discutem o começo da personalidade. São elas: a) Teoria Natalista, b) Teoria Concepcionista, c) Teoria Pré-concepcionista.

O cerne central das divergências entre as teorias é o momento em que tem início a capacidade e, em consequência, a personalidade.

1.1 A TEORIA NATALISTA

A teoria natalista é defendida por diversos juristas, tais como Abdalla Semião, Pontes de Miranda, Espínola, Caio Mário da Silva Pereira, dentre outros.

Por sua vez, os Códigos Civis da Espanha, França, Portugal, Alemanha, Japão, Suíça, Itália, dentre outros, adotam a teoria natalista.

Segundo Fiúza (2004, p.117), a teoria natalista é “aquela em que o nascituro só adquire personalidade após o nascimento com vida”.

Analizando-se esse conceito, evidencia-se que o posicionamento do nascituro é de alguém que possui expectativas de direitos.

O nascituro não só não tem personalidade jurídica, como também lhe falta capacidade de direito, sendo que a legislação protege somente os direitos que terá - posse, direito à adoção, direito à herança -, caso nasça com vida, os quais são enumerados taxativamente no ordenamento jurídico.

Segundo Venosa (2005, p.374), “[...] essa expectativa é a mera possibilidade ou simples esperança de se adquirir um direito”. Sendo assim, a teoria natalista não considera o nascituro como pessoa.

Segundo os adeptos desta teoria - atual teoria adotada no Brasil -, constata-se a existência jurídica somente por meio do nascimento com vida, sem que haja qualquer outra exigência de viabilidade da pessoa e forma humana.

Assim, é necessário verificar apenas se o recém-nascido chegou a respirar. Para isso, é importante a realização do teste médico-legal, utilizado, principalmente, quando existe dúvida se o neonato, mesmo encontrando-se morto, chegou a respirar após o parto em algum momento.

De acordo com Fiúza (2004, p.118),

A corrente natalista apresenta como principais argumentos favoráveis: 1. não há existência de direito subjetivo sem que haja titular, da mesma maneira que não há titular sem personalidade jurídica; 2. o nascimento é um fato concreto para que se atribua a personalidade ao ser; e 3. todo o ordenamento jurídico brasileiro encontra-se baseado nessa regra.

Em consonância com o artigo 2º do Novo Código Civil, “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Segundo Fiúza (2004, p.114),

O nascituro não tem direitos propriamente ditos. Aquilo a que o próprio legislador denomina “direitos do nascituro” não são direitos subjetivos. São, na verdade, direitos objetivos, isto é, regras impostas pelo legislador, para proteger um ser que tem a potencialidade de ser pessoa e que, por já existir, pode ter resguardados eventuais direitos que virá a adquirir ao nascer.

Este posicionamento é divergente do da teoria concepcionista, no que diz respeito ao começo da personalidade.

1.2 A TEORIA CONCEPCIONISTA

A teoria concepcionista também possui diversos adeptos, tais como Maria Helena Diniz, Teixeira de Freitas, Plaionil, Nabuco de Araújo, dentre outros renomados juristas.

Os Códigos Civis da Argentina, México, Áustria, Paraguai, China e Peru adotam a teoria concepcionista.

Segundo essa teoria, os direitos do nascituro se fazem presentes a partir do instante da concepção. Fiúza (2004, p.117) esclarece que: “[...] a personalidade começa desde a concepção da vida no útero materno”.

Alguns doutrinadores (PEREIRA, 2005; VENOSA, 2005; FIUZA, 2004) subdividem a teoria concepcionista em “verdadeiramente concepcionista e concepcionista da personalidade condicional” (apud FIÚZA, 2004, p.117).

A teoria concepcionista da personalidade condicional atribui personalidade ao ser no momento da concepção, e a teoria verdadeiramente concepcionista atribui a personalidade à pessoa humana a partir da concepção.

Dessa forma, inicia-se a defesa da teoria concepcionista, muitas vezes, com provas que contestam os pontos positivos encontrados na teoria natalista. Segundo Limongi França (apud SEMIÃO, 2000, p.39), “Ora, quem diz direito afirma capacidade. Quem afirma capacidade reconhece personalidade”.

Ressalta-se que o ato da concepção é um ato concreto, haja vista ser comprovado cientificamente.

Os adeptos da teoria concepcionista adotam um posicionamento moderno, pois não limitam os direitos do nascituro somente ao nascimento, pois, se assim o fizesse, e este não chegasse a nascer, seria como se este não tivesse sido concebido.

1.3 A TEORIA PRÉ-CONCEPCIONISTA

A teoria pré-concepcionista apresenta considerações modernas e inovadoras condizentes com a evolução tecnológica predominante nas últimas décadas. No nosso entendimento, no entanto, nem a doutrina nem nosso ordenamento jurídico se transformaram o suficiente, para adotar e aceitar tal teoria.

Segundo Coelho (2003, p.148), “[...] desde o momento em que o espermatozóide fecunda o óvulo, seja in vitro ou in útero, estariam preenchidas todas

as condições para se considerar existente um novo ser”.

Essa teoria acredita na existência da capacidade de direito antes até mesmo da nidação.

Segundo Semião (2000, p.174), “[...] nenhuma razão tem para não admitir que, mesmo antes da nidação, não seja o embrião ainda pessoa pelo único fato de não estar no ventre da mãe, considerando que o embrião é efetivamente um ser concebido”. Sabe-se, no entanto, que, para que esta teoria seja aceita, seria necessária uma substancial mudança, não só no atual ordenamento jurídico, como também nos aspectos culturais da sociedade.

Outra questão importante que se constitui em uma barreira para a aceitabilidade da teoria pré-concepcionista é a dificuldade de precisar o instante da fecundação in útero, o que torna inviável a atribuição da personalidade concretamente.

2. LIMITES À REPRODUÇÃO HUMANA

A limitação à reprodução humana deve ser abordada e analisada desde os mais variados aspectos, dentre eles, o jurídico, religioso, ético e moral.

2.1 ASPECTOS JURÍDICOS

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 de 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.

Flávia Piovesan (2006, p.36) 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 garantia fundamental. Assegura-se, com esse princípio constitucional, a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

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 (1986, p.133), deve-se rejeitar a doutrina tradicional que exigia a “regulamentação da liberdade”. A exigência de uma réglementation de la liberté põe em perigo a eficácia dos direitos fundamentais, pois, para que direitos dessa magnitude se transformassem em conceitos vazios de sentido e conteúdo, bastaria a inércia do legislador.

O direito fundamental à vida é, portanto, de aplicabilidade imediata e deve ser garantido nas suas duas acepções, quais sejam: i) o direito de continuar vivo e ii) o direito 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 nascituro (KRELL, 2006, p.142). Ninguém pode ser privado arbitrariamente de sua vida.

A segunda significação – direito de ter uma vida digna - reclama, segundo Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2003, p.155), 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 vida. Nesse diapasão, não basta que seja resguardada a vida do indivíduo, é preciso que seja assegurada sua dignidade.

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.

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.

Biologicamente, a vida se inicia, quando ocorre a fusão de duas células 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 espermatozoide. 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 (DINIZ, 2007, p.25).

Na concepção natural, a fecundação do óvulo com o espermatozoide 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 o quarto dia, 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 blastócito, 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 dia, o coração começa a pulsar (BOLZAN, 1998, p.16).

Na reprodução assistida, especificamente na fertilização in vitro, como já estudado, a fecundação ocorre fora do corpo humano. Surge, portanto, a primeira resposta que o ordenamento jurídico não possui, todavia, elementos concretos para responder, qual seja: Nesse momento, é possível dizer que há vida?

2.1.1 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 (KRELL, 2006, p.127).

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 três anos (BARBAS, 1998, p.84).

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. Reconhece, contudo, 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 que os previstos para serem implantados no útero da mulher; 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, tais 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? Qual o papel do médico em relação à guarda destes embriões? Como ficam os herdeiros e sucessores do médico em relação à eventual obrigação de guarda de embriões porventura assumida contratualmente?

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

2.1.2 Direito à utilização das técnicas de reprodução humana Assistida

A primeira vez que se formulou claramente a ideia de direitos reprodutivos e sexuais foi na Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento, convocada pela ONU, em 1994, e confirmada no ano de 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 responsavelmente o número de filhos, o espaçamento dos nascimentos e o 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 [...].

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 (PIOVESAN, 2006, p.40).

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* (SARLET, 2007, p.85).

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 portuguesa², afirma que se devem considerar como direitos extra-constitucionais 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 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 consagrados” (CANOTILHO, 1986, p.445).

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 (SARLET, 2007, p.94).

O Direito deve ser visto como um sistema uniforme e coeso; nas palavras de Claus-Wilhelm Canaris (2002, p.22), “como um sistema adequadamente ordenado,

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

por poucos e alcançáveis princípios”.

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.

2.1.3 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 adoção. Eduardo de Oliveira Leite (2004, p.138) afirma que enfrentar o tema dessa forma implica em fazer confusão de conceitos. Segundo o autor, a adoção não tem, nem 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 infertilidade. Nas suas palavras, “o direito de procriar é um direito de foro íntimo e nada tem a ver com a questão social da adoção”. Não é possível dizer que a procriação artificial é fruto de um desejo egoísta, 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. Nascerem, 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 corpo, podendo o indivíduo exercer esse direito com total liberdade, corrente dominante nos Estados Unidos. Por sua vez, 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 (WIDER, 2007, p.64).

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 ideia 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 Gama (2003, p.452) 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.

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 que as crianças e adolescentes devem 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 internacional (PIOVESAN, 2006, p.31). 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 jurídico. Karl Larenz (1997) define os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, à medida que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento.

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.

Claus-Wilhelm Canaris (2002) 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.

Ronald Dworkin (2002, p.42), por outro lado, afirma que a principal distinção entre princípios e regras é de caráter lógico, a qual 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.

Nas palavras de Ronald Dworkin (2002, p.42),

[...] 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 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.

Continua o autor, que afirma:

[...] 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 (DWORKIN, 2002, p.43).

No mesmo sentido, sem discordar em essência de Ronald Dworkin (2002), Robert Alexy (1997, p.86) 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, à 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, porque a aplicação de um determinado princípio depende dos princípios e regras que a ele se contrapõem, e as possibilidades fáticas, porque o conteúdo dos princípios como norma de conduta só pode ser determinado, quando se está diante dos fatos.

A partir da técnica de ponderação de bens, torna-se 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 terá. Essa ponderação de bens deve ser feita a partir da aplicação dos postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da proibição do excesso, os quais determinam a forma de aplicação das regras e dos princípios.

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 (DIDIER JR, 2007, p.65).

Destarte, diante do caso concreto, 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 (ano, p.59), 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 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.”

As limitações decorrentes da convivência de princípios diversos, impostas pelo sistema normativo constitucional, levam GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA (1994, p.140) 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, em que 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 pretendido. 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.

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.

2.1.4 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. É mister ressaltar que se exige 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 n.ºs. 2.855/97 (art. 5º), 90/99 (art. 4º), Lei 1.135/03 e 2.061/03 determinam a obrigatoriedade do documento de consentimento informado³, para a utilização da técnica de RA.

Vale antecipar que ao Projeto de Lei n.º 1184/03, de autoria do Deputado Colbert Martins, o qual dispõe sobre reprodução assistida, foram apensadas⁴, por força das disposições regimentais, cinco proposições, que preveem a necessidade do consentimento informado, mediante documento, com grande detalhamento,

3. 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).

4. Apensos os Projetos de Leis n.ºs 2.855, de 1997, 4.665, de 2001; 120, 1.135, e 2.061, de 2003

incluindo: indicação médica; aspectos técnicos e modalidades de RA, inclusive com custos envolvidos; efetividade dos resultados do serviço; probabilidade de efeitos indesejados; implicações jurídicas, procedimentos autorizados pelo beneficiário, inclusive o número de embriões a serem produzidos; autorização do doador de gametas para a sua utilização.

Tanto assim é que o Código Civil previu, no seu 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 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 espermatozóides, 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 Barbas (1998, p.130) ensina que há três interpretações admissíveis quanto à inseminação post mortem: i) permitir a utilização da técnica com a ressalva de que as crianças nascidas em decorrência desse processo ficam privadas de todos os direitos sucessórios; ii) 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; iii) proibição total da inseminação post mortem.

A maioria dos países condena a inseminação post mortem, sendo que as leis alemãs e suecas a proíbem expressamente. Nos países de direito costumeiro, como Espanha, Inglaterra e Israel, esse tipo de inseminação é permitido, desde que observadas certas condições (FERNANDES, 2005, p.74). 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 seu 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”.

Silvia da Cunha Fernandes (2005, p.76) 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”.

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.

Nesse diapasão, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.733) 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.

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

A ilicitude dessa conduta, todavia, 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 Federal (GAMA, 2003, p.51). 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 cujus.

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 cujus, sendo-lhe assegurados todos os direitos sucessórios que ainda possam ser partilhados no momento do seu nascimento, em observância ao artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal, segundo o qual as relações pessoais e patrimoniais devem ser estabelecidas de forma igual, independentemente de sua origem ser natural ou artificial.

2.1.5 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.

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.

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 [2003, p.51], “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”.

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”⁵. 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 Civil⁶.

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 sobre a matéria de forma detalhada, razão pela qual é preciso fazer uma interpretação sistemática, no sentido de determinar que regras devem ser aplicadas na fixação dessa espécie de filiação.

5. 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.”

6. “Artigo 1.607 - Os filhos havidos fora do casamento podem ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente”.

De acordo com Olga Jubert Gouveia Krell (2006, p.162), na reprodução heteróloga, deve ser feita uma construção teórica, conjugando aspectos da adoção e da filiação natural, a fim de 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. Quanto ao outro membro do casal, incide a norma prescrita no artigo 41, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Pode-se afirmar, conseqüentemente, que há um “terceiro gênero” de filiação que agrega regras dos dois modelos.

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 matrimoniais⁷.

Por aplicação análoga⁸ do disposto no artigo 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁹, 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 caráter sigiloso, devem ser registradas em livros apartados, reservados pelo oficial responsável, a exemplo da adoção.

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

7. 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.

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

9. 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.

marido. Desse modo, de acordo, mais uma vez, com os ensinamentos de Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.807), 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.

Nesse sentido, é importante citar o Enunciado n. 104, aprovado na Primeira Jornada do Conselho da Justiça Federal, o qual 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 consanguinidade 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 números 2.855/97 e 90/99. Este estabelece que a paternidade-maternidade plena da criança será dos beneficiários das 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.

2.1.6 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 (1999, p.63), abrange duas dimensões: Primeira, a absoluta ou individual; e a Segunda, 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 em um direito a uma historicidade pessoal.

Ainda de acordo com Paulo Otero (1999, p.72-73), 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; 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.

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”. O referido dispositivo legal conduz Tiago Duarte (2003, p.40) a afirmar que, no ordenamento jurídico português, é inconstitucional o sigilo do doador.

Stela Marcos de Almeida Barbas (1998, p.172), ao tratar do assunto, enumera diversos pontos favoráveis ao anonimato do doador que são levantados pela doutrina. Posiciona-se, todavia, contra tal conduta, ao afirmar que “o segredo em relação ao doador está em manifesta contradição com o disposto na primeira parte do citado artigo 26º da Constituição da República Portuguesa, o qual reconhece a todos o ‘direito à identidade pessoal’”.

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 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.

A Lei 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 doador. 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 progenitores. 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.

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

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]¹⁰. 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,

10. 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."

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.

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 (2003, p.260), a primeira diz respeito ao patrimônio genético herdado dos progenitores biológicos, ou seja, o genoma, mediante o qual se estabelece a identidade própria e 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 juridicamente. 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 Lobo (2003, p.55), o estado de filiação é decorrência da relação de afeto que se estabelece entre pais e filhos, independentemente de serem parentes consanguíneos, não se devendo confundir o direito da personalidade referente à origem genética com direito à filiação, seja genética ou não. 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 consequência. Com a adoção dessa postura, a Corte assumiu que o direito de conhecer a própria ascendência genética se encontra em uma dimensão juridicamente autônoma e distinta do direito de determinação da paternidade (KRELL, 2003, p.185).

Na mesma senda, a decisão do Superior Tribunal de Justiça¹¹ 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 Adolescente¹², subsistindo inalterada a adoção. Percebe-se uma nítida distinção entre o direito de conhecer a ascendência biológica e o direito à filiação.

2.1.7 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?

Norberto Bobbio (1992, p.6) reconhece a existência de uma quarta dimensão de direitos, os direitos de quarta geração, decorrentes da manipulação do patrimônio genético de cada indivíduo.

Para Vicente de Paulo Barreto (2001, p.414), 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”.

Sob outro prisma, Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p.60) 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”.

Paulo Bonavides (2007, p.570) 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.

11. STJ - RESP n. 127.541/RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro

12. “Artigo 48 - A adoção é irrevogável.”

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 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, Stela Marcos de Almeida Neves Barbas (1998, p.181) 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”.

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 (BARBAS, 1998, p.182).

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. Nada impede, no entanto, 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.

2.2 ASPECTOS MORAIS E ÉTICOS

Há três princípios que regem a bioética, tais como a autonomia ou consentimento livre esclarecido, beneficência e não maleficência e justiça. Estes princípios devem ser observados, quando da utilização das técnicas de reprodução assistida.

Segundo a resolução nº 1358/92 do Conselho Federal de Medicina, esta considera a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la, ante o avanço do conhecimento científico que já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana, vem e regulamenta as técnicas de Reprodução humana assistida que acabam por possibilitar a procriação em diversas circunstâncias, ao que antes, sem isso, não era possível pelos procedimentos, meios e recursos naturais e tradicionais.

Elas 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.

Faz-se necessário que haja um consentimento informado que será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores e que será levado a termo em formulário especial, que estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

O médico também enfrentará dilemas morais e civis. O profissional da área médica somente poderá exercer atos com riscos, tanto de saúde quanto éticos, desde que um paciente acometido por estado de necessidade o justifique. Para isso, o médico deverá analisar os quesitos prós e contra, tais como: se o marido da paciente deseja realmente que ela receba material de outro homem ou quais seriam os riscos da criança. Estas condições, caso não sejam observadas cuidadosamente, acarretarão em delitos civis ou penais por parte dos profissionais da área médica. Mesmo através de um consentimento do casal, a ilicitude não estaria excluída.

Conclui-se que o médico estará obrigado a explicar a incidência dos fracassos e as consequências psicológicas, morais e jurídicas que surgirão com o nascimento de um filho.

A reprodução assistida não viola princípios éticos, pois respeita a realização de cada ser, no tocante à possibilidade de procriação, e a vida como resultado de uma decisão de amor, inclusive mais consciente que a fecundação obtida pelo método tradicional, em função do termo de consentimento informado (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 1997, p.226).

Sílvio de Salvo Venosa (2003, p.281) afirma, acertadamente, que se deve comprovar a necessidade, oportunidade e conveniência da medida, admitida como último recurso do casal na busca pela fertilidade, quando todos os tratamentos possíveis para a reprodução natural tenham se frustrado.

É importante ressaltar que, em função de aspectos éticos e para que a reprodução assistida continue a representar uma decisão de amor, deve existir necessidade de sua utilização, ou seja, a infertilidade, a fim de que tal procedimento não seja banalizado, a ponto de ser o meio mais conveniente, para escolher as características genéticas dos filhos.

Nesse sentido, a Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina proíbe a utilização da reprodução assistida com o intuito de seleção de características genéticas, salvo se para a prevenção de doenças genéticas.

Entende-se, contudo, que as técnicas de reprodução assistida só devem ser utilizadas quando existente probabilidade de sucesso, ou seja, se os embriões não possuírem notáveis anomalias, que impediriam o desenvolvimento intra-uterino, ou produziram um feto com malformações graves (MARTINEZ, 1998, p.36).

2.3 ASPECTOS RELIGIOSOS

A questão da reprodução humana assistida não fica só dentro dos centros de médicos, ela também se têm arraigado no interior das igrejas. A influência das religiões levou à crença de que a fertilidade era uma manifestação exclusiva de Deus, sendo inadmissível qualquer intromissão do homem nessa seara, dogma que permaneceu durante séculos (FRAGA, 2003, p.294).

Com relação ao aspecto religioso, a posição tradicional da Igreja Católica considera que o embrião é um ser humano desde a concepção, motivo pelo qual adotou uma postura dogmática que não aceita a evolução da tecnologia, condenando a fecundação artificial sob o argumento de que altera o ritmo natural da vida (SILVA, 2003, p.270).

Os últimos documentos publicados pela Igreja - a "Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação", conhecida "*Donnum Vitae*" e o "*Evangelium Vitae*" – estão em consonância com a sua posição tradicional, considerando tanto a fecundação artificial homóloga como heteróloga como moralmente ilícitas (SILVA, 2003, p.270).

Em que pese a oposição da Igreja Católica com relação às técnicas de reprodução assistida, respaldada no conceito tradicional de família e na

consideração de que, apenas quando há a fecundação “natural”, está presente o amor familiar, a realidade é que, muitas vezes, naquelas gestações, planejadas e longamente aguardadas, com o auxílio de tais técnicas, encontra-se uma maior maturidade dos pais, que se preparam especialmente para a paternidade, não sendo racional impedir-lhes de exercer essa função.

Por influência religiosa, existia certa crença popular de que seria inadmissível a intromissão humana na reprodução. É preciso salientar que as técnicas de reprodução assistida representam um avanço científico, tal como os existentes nas mais variadas áreas da saúde, de modo que impedir sua utilização seria o mesmo que impedir a cura de doenças que, no passado, inevitavelmente levavam à morte.

Demonstra-se, assim, que existem muitas interferências do homem no mundo em que vive, as quais levam a sociedade rumo a uma melhor qualidade de vida, erradicando doenças, por exemplo.

Enfim, se a fecundação assistida fosse questionada por interferir nos desígnios de Deus, então, não deveriam existir também os hospitais, de forma a permitir que aqueles se cumprissem, ainda que fatalmente. Ora, os avanços científicos vêm, ao longo dos tempos, dissociando os mais diversos eventos do mero acaso da natureza, mostrando a possibilidade de o homem utilizar seu saber científico em prol da comunidade.

Em contrapartida à oposição religiosa, a fecundação *in vitro* recebe uma crescente aceitação nos meios científicos, ainda que alguns a submetam a condições e restrições éticas. Percebe-se, pois, que a moral católica tradicional deve ser repensada à luz das conquistas científicas atuais (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 1997, p.226).

2.4 ASPECTOS CIENTÍFICOS

A Reprodução Assistida (RA) é um conjunto de técnicas através das quais se permite a reprodução assexuada, com importância especialmente em casos de infertilidade, em que a concepção só será possível por meio de tais técnicas (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 1997, p.219).

As técnicas de Reprodução Humana Assistida podem ser classificadas conforme sua complexidade. As técnicas de baixa complexidade são assim denominadas, por ocorrerem no próprio corpo da mulher, ao passo que nas técnicas de alta complexidade, a fecundação ocorre fora do corpo da mulher.

As técnicas de baixa complexidade compreendem: o coito programado e a inseminação artificial homóloga e heteróloga. As técnicas de alta complexidade, por sua vez, englobam a fertilização *in vitro* e a injeção intracitoplasmática do espermatozóide (ICSI).

Em linhas gerais, o coito programado consiste em uma técnica de RA em que a ovulação da mulher, no período fértil, é estimulada com hormônios, devendo, então, manter, neste período, relações sexuais com seu parceiro.

Na inseminação artificial, os espermatozóides, previamente, recolhidos, são reaquecidos a 37° C e transferidos, por meio de uma cânula, para dentro do colo do útero, para o interior do aparelho genital feminino ou para o útero. A inseminação artificial divide-se em: inseminação homóloga e inseminação heteróloga. A inseminação homóloga é aquela praticada na mulher, com o espermatozóide do marido, enquanto estiver vivo ou após o falecimento, enquanto a inseminação heteróloga é aquela, realizada na mulher casada ou convivente, com esperma de terceiro.

Na fecundação *in vitro*, são aplicados medicamentos hormonais nas pacientes, os quais possibilitam a coleta múltipla de óvulos, que, depois de retirados, são colocados junto com os espermatozóides no mesmo ambiente. Após a formação do embrião, será realizada a transferência para o útero.

Por fim, a Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide (ICSI) consiste na deposição de um único espermatozóide vivo no interior do citoplasma de um oócito, tendo surgido para resolver o problema da infertilidade masculina.

Feitas estas considerações, passaremos a descrever, pormenorizadamente, as técnicas de Reprodução Humana Assistida existentes atualmente.

3. REPRODUÇÃO HUMANA

Por reprodução, entende-se a função por que os seres humanos produzem descendentes, dando continuidade à sua espécie. Aquela pode se operar de forma espontânea ou assistida.

3.1 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

3.1.1. Aspectos Históricos

Variados tipos de tratamentos, visando à melhora do padrão de fertilidade, foram utilizados desde a época de Hipócrates. Já na Antiguidade, nos papiros egípcios, datados de 1800 a.C., foram encontradas dezessete prescrições para tratamento e cura da infertilidade. Durante todo o histórico da medicina, podem ser encontrados relatos de prescrições que objetivavam o tratamento da infertilidade (PHILIPP, 1993).

Apesar dos tratamentos que objetivassem a cura da infertilidade, até o ano de 1950, esse tratamento era realizado de forma empírica, sem muitos critérios diagnósticos, assim com poucas opções terapêuticas disponíveis. O primeiro grande avanço no tratamento da infertilidade foi a utilização de medicamentos indutores da ovulação, dentre os quais o citrato de clomifene, utilizados na segunda metade do século vinte (GREEMBLATT et al, 1961).

Lunnenfeld et al (1963), nos anos entre 1953 e 1955, evidenciaram que o extrato de urina coletada de mulheres na fase da pós-menopausa eram capazes de promover a espermatogênese e foliculogênese em roedores. Desde então, iniciaram as especulações sobre as aplicações clínicas desta.

A grande inovação ocorreu no ano de 1961, quando Greemebelatt e colaboradores descobriram o efeito estimulador da função ovariana em uma grande quantidade de mulheres que apresentavam infertilidade resultante de causa anovulatória, tendo obtido este efeito através da utilização de uma droga não-esteróide.

No século XX, a ciência alterou a imutabilidade do feminino frente à infertilidade com a descoberta da contracepção, introduzindo a liberdade cultural onde antes só se conhecia fatalidade natural, e permitiu às mulheres, pela primeira vez, separar prazer e procriação (OLIVEIRA, 1991).

Ainda no mesmo século, por outro lado, pessoas que, por um motivo ou outro, não podiam ter filhos viram-se diante da possibilidade de procriar com o surgimento das técnicas de Reprodução Assistida (RA). A contribuição trazida à reprodução humana, no que diz respeito à impossibilidade de ter filhos, é muito mais notória, sobretudo, porque a transmissão de vida constitui uma sublime capacidade humana, à medida que traz enormes mudanças sociais, culturais e emocionais na vida de quem procria.

3.1.2. Técnicas de Reprodução Humana Assistida

3.1.2.1 Considerações iniciais

As técnicas de reprodução assistida inserem-se no contexto mais amplo dos cuidados relativos à infertilidade. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), infertilidade é a ausência de concepção depois de pelo menos dois anos de relações sexuais não protegidas. Os fatores de infertilidade podem ser absolutos ou relativos. A infertilidade absoluta deriva de situações irreversíveis em que a concepção só será possível por meio de técnicas de reprodução assistida. Nas situações de hipofertilidade, a concepção poderá ser conseguida, em alguns casos, por terapias tradicionais.

As técnicas de Reprodução Assistida (RA) são muito variadas, indo desde o Coito Programado até a “Barriga de Aluguel”, passando por diferentes formas de técnicas de manipulação de gametas e fertilização. Nessas técnicas, há em comum a participação de um terceiro no processo reprodutivo: o estéril e sua equipe, os quais interferem de maneira incisiva na busca da gestação.

O nascimento de Louise Brown, em 1978, o primeiro bebê que nasceu graças às técnicas de fertilização *in vitro*, trouxe para o âmbito científico a possibilidade de intervenção no processo de reprodução humana e uma esperança para muitos casais de concretizar o desejo de um filho.

Segundo Anison (2001), a partir daí, as práticas biomédicas na área de RA passaram a fazer parte do cotidiano das pessoas, e, diante disso, a população teve conhecimento dos grandes avanços biotecnológicos nesse campo, como o congelamento de espermatozoides, embriões, as práticas heterólogas, procriação artificial entre homossexuais, produção independente e o útero de substituição.

A fertilização *in vitro*, também denominada bebê de proveta, é uma técnica de reprodução humana assistida em que os óvulos são retirados do corpo da mulher

e colocados junto com os espermatozoides no mesmo ambiente. Após a formação do embrião, será realizada a transferência para o útero.

A inseminação artificial, por sua vez, é a técnica de reprodução humana assistida mais simples, pois, por meio desta, manipula-se apenas os espermatozoides.

A inseminação artificial, como dito, classifica-se em dois grandes gêneros: inseminação artificial homóloga e inseminação heteróloga.

Diz-se que uma inseminação é homóloga, quando realizada com o sêmen do próprio marido, e heteróloga, quando feita com sêmen originário de terceira pessoa. Recorre-se à inseminação heteróloga, quando a infertilidade é indiscutível.

A Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide (ICSI) consiste na injeção de um único espermatozoide vivo dentro do óvulo, fomentando, conseqüentemente, a fecundação.

A ICSI é indicada na hipótese de infertilidade masculina, seja em razão da existência de pouco ou nenhum espermatozoide no ejaculado, seja pela existência de espermatozoides com baixa mobilidade, seja em razão de percentagem baixa de espermatozoides com morfologia normal.

Pode-se ainda recorrer a pessoas que carreguem o embrião, quando houver impossibilidade física da mulher, situação que ficou vulgarmente conhecida como “mães de aluguel”, mas que preferimos denominar “mães de substituição”.

A seguir, explicitaremos, de forma sucinta, cada uma dessas técnicas, para, mais à frente, discutirmos seus principais problemas, tendo como balizas os princípios constitucionais consagrados na Constituição Brasileira de 1988.

3.1.2.2 Inseminação artificial

A técnica de inseminação artificial constitui-se em um dos métodos de tratamento da infertilidade mais conhecido e mais aplicado, sendo, dessa forma, um meio de grande valor para o tratamento da infertilidade (WOLF et al, 2001).

As indicações para este método de tratamento, entretanto, são feitas, especialmente quando há dificuldade do sêmen em alcançar as tubas uterinas, tornando a fecundação algo impedido. Neste contexto, pode-se afirmar que as principais indicações para a IAIU são (HUGHES, 1997):

- Presença de muco cervical insuficiente ou ausente, em conseqüência a um distúrbio imunológico ou a reações inflamatórias;
- Anomalias congênitas do trato genital;

- Disfunções eréteis, de caráter psicológico ou orgânico, como, por exemplo, a ejaculação retrógrada;
- Problemas femininos como o vaginismo;
- Patologias que resultem em alterações no número de espermatozoides como: oligospermia, astenospermia ou qualquer outro tipo de problemas estruturais anatômicos que resultem nesta alteração.

Seja qual for o motivo que leve à indicação para a utilização da técnica de inseminação artificial, deverá haver uma análise prévia do sêmen, tendo como objetivo primordial a seleção de uma amostra ideal que contenha uma quantidade desejada de espermatozoides, e os mesmos apresentem, ainda, uma motilidade linear progressiva. Um dos fatores que irão contribuir ainda para a indicação desta técnica é a qualidade morfológica dos espermatozoides que irão fazer parte da amostra (ABOULGHAR et al, 2001).

Na inseminação artificial, assim como no método do coito programado, os ovários deverão ser estimulados através da utilização de hormônios com o objetivo de se garantir a gravidez. Este processo metodológico prossegue da mesma forma que na indução da ovulação e coito programado até a fase em que estes são monitorados. Após esta, a diferença consiste basicamente na dosagem dos medicamentos e, principalmente, pelo fato deste método não necessitar do ato sexual para fecundação, uma vez que os espermatozoides serão colocados diretamente no interior da cavidade uterina (VAN VOORHIS et al, 2001).

Esta técnica apresenta-se como um procedimento relativamente simples, podendo ser realizada no próprio consultório médico, uma vez que o mesmo não necessita da utilização de anestesia, processo indolor com duração de apenas alguns minutos (MATORRAS et al, 2000).

O desenvolvimento da técnica propriamente dita é realizado da seguinte maneira: a paciente deverá estar deitada em posição ginecológica, para que, dessa forma, facilite a colocação do esperma no útero. Este deverá ser introduzido em local próximo aos orifícios internos das tubas uterinas, utilizando-se como meio para isto um delicado cateter vaginal. Feito este procedimento, a paciente deverá aguardar nesta posição em repouso por cerca de vinte minutos, período necessário para que o sêmen alcance o interior da tuba uterina, promovendo, assim, a fertilização (HUANG et al, 2000).

Esta técnica apresenta um índice de sucesso, por ciclo, de cerca de 18 a 25%, podendo chegar até a 50% após tentativas consecutivas (GUZICK et al, 1999).

3.1.2.3 Fertilização *in vitro*

O programa de FIV é realizado em quatro etapas: 1) desenvolvimento dos folículos ovarianos (vesículas contendo os óvulos); 2) coleta dos oócitos (óvulos); 3) fecundação do óvulo e crescimento do embrião; 4) transferência do embrião para dentro do útero (LASS, 1999).

Várias drogas (hormônios) são utilizadas isoladas ou em combinação, para induzir o desenvolvimento de vários folículos ovarianos. Esses medicamentos proporcionam a coleta múltipla de óvulos. Um número maior de óvulos aumenta as chances de fecundação e, conseqüentemente, maior número de embriões a serem transferidos. Uma segunda medicação chamada de HCG (Gonadotrofina Coriônica Humana) é administrada, sucedendo a utilização dessas medicações estimulatórias. Esse hormônio deve ser administrado na época apropriada do desenvolvimento folicular, de modo a permitir que os óvulos terminem seu desenvolvimento (LASS, 1999).

O monitoramento é feito através da ultra-sonografia endovaginal, o qual é utilizado para acompanhar o crescimento dos folículos ovarianos. As ultrassonografias geralmente são iniciadas antes do início das medicações e após cinco a oito dias de tratamento. Cada vez que a paciente se submete a esse exame, possivelmente fará uma coleta de sangue para medir estradiol. Esses hormônios ajudam a determinar se os níveis sanguíneos estão de acordo com o perfil esperado para assegurar a maturidade folicular. A HCG (Gonadotrofina Coriônica Humana) será aplicada, quando os parâmetros hormonais e ultra-sonográficos indicarem que a ovulação está prestes a ocorrer (LASS, 1999).

A coleta dos óvulos é feita através da aspiração direta com agulha guiada pela ultra-sonografia endovaginal. A retirada dos óvulos através desta técnica é realizada com uma leve sedação endovenosa. A forma mais comum é a inserção de uma agulha através da parte superior da vagina, a qual atinge o ovário e o folículo, seguindo-se a aspiração do líquido folicular. O biólogo procura o óvulo com o auxílio de um microscópio de dissecação em ambiente com temperatura e concentração de CO₂ controladas (LASS, 1999).

Após a identificação dos óvulos no laboratório, esses são colocados em meio de cultura especial por aproximadamente 2 a 6 horas. Uma amostra do sêmen é obtida através de masturbação ou outra forma de coleta. O sêmen é lavado, processado e incubado antes de ser colocado no meio de cultura com o óvulo (LASS, 1999).

O espermatozoide e o óvulo ficarão no mesmo ambiente por aproximadamente

18 a 24 horas. Os gametas serão examinados pela primeira vez aproximadamente 18 horas depois da inseminação, e os pré-embriões serão transferidos a um meio de desenvolvimento mais rico em proteínas. Aqueles serão transferidos à paciente dentro das próximas 24 a 96 horas (LASS, 1999).

O procedimento de transferência embrionária não requer anestesia. Um cateter fino e flexível é inserido dentro do útero, orientado através de ultrassonografia, colocando o embrião próximo ao fundo do útero.

A paciente pode ou não permanecer na sala de transferência por um período que varia entre 15 minutos a quatro horas. As atividades nas primeiras 24 a 48 horas depois da transferência deverão ser limitadas (LASS, 1999).

Se um ciclo de tratamento não resultar em gravidez, a paciente poderá optar por esperar algum tempo - dois meses até vários anos -, antes de iniciar outro ciclo. Este padrão pode continuar até que a gravidez ocorra, limitando-se, de um modo geral, a cinco ciclos de tratamento.

No Brasil, a lei¹³ permite transferência de, no máximo, quatro embriões. Além disso, tem-se procurado aumentar o tempo de incubação dos embriões previamente à transferência, o que detectaria os embriões de baixa qualidade, ou seja, aqueles que falham em se desenvolver durante longos períodos de tempo nos meios de cultura. Isto permitiria uma seleção, com transferência apenas dos melhores embriões. Uma vez implantados os embriões decorrentes de técnicas de reprodução assistida e desta resultar gestação múltipla, é proibida a utilização de procedimentos que visem à redução embrionária, descrito na resolução nº 1358/92 do Conselho Federal de Medicina de 1992 (CAMARGOS, POLISSENI, AMARAL, 1999).

3.1.2.4 FIVET (Fertilização *in vitro* e a transferência de embriões)

A fertilização *in vitro* seguida da transferência de embriões, ou simplesmente FIVET (sigla em inglês), consiste na técnica segundo a qual o zigoto ou zigotos continuam a ser incubados *in vitro* no mesmo meio em que surgiram, até que se dê a sua segmentação. O embrião ou embriões resultantes (estágio de 2 a 8 células) são, então, transferidos para o útero. É a fertilização em laboratório, conhecida como bebê de proveta (OLIVEIRA; BORGES, 2001).

13 Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida.

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. (RESOLUÇÃO CFM Nº 1.358, DE 11 DE NOVEMBRO DE 1992).

3.1.2.5 ICSI (Injeção intracitoplasmática de espermatozóides)

A história da fertilização *in vitro* pode ser nitidamente demarcada em duas Eras, antes e depois da injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI). Sem sombra de dúvida, a ICSI e a FIV foram as duas descobertas mais relevantes para o tratamento da infertilidade conjugal. Mesmo que milhares de casais tenham se beneficiado com os avanços da FIV até 1992, os resultados de tratamentos do fator masculino eram rudimentares (LASS, 1999).

A ICSI - Intra Cytoplasmic Sperm Injeccion - foi recentemente desenvolvida por especialistas em fertilidade e é usada, quando o espermatozoide é biologicamente incapaz de penetrar no óvulo, ou a zona pelúcida é muito espessa e dura. Um microscópio acoplado a um micromanipulador é usado, para injetar o espermatozoide diretamente no óvulo, e, caso a fertilização ocorra, o procedimento segue o protocolo padrão da FIV (LASS, 1999).

Por meio da micromanipulação de gametas, a mais avançada de todas as técnicas de reprodução assistida, os especialistas estão conseguindo fecundar óvulos femininos com um único espermatozoide. Essa técnica conhecida pela sigla ICSI - Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóides - proporciona em média 50 % [cinquenta por cento] de chances de gravidez por ciclo.

As etapas iniciais do processo são semelhantes às da fertilização *in vitro* convencional, isto é, a mulher recebe estímulos hormonais químicos, para aumentar o número de óvulos. No momento preciso, determinado pela monitorização, tem seus óvulos colhidos por via transvaginal, acompanhada pelo ultrassom, em uma operação que pode ser feita tanto em clínicas quanto em hospitais. Concomitantemente, colhe-se o sêmen do marido. Isso normalmente é feito por masturbação, mas há casos em que essa coleta exige uma microcirurgia, o que acontece, quando o homem apresenta uma obstrução no canal excretor, como, por exemplo, quando o paciente é vasectomizado e não deseja se submeter a uma cirurgia de reversão (LASS, 1999).

Nesses homens, o espermatozoide tem que ser obtido no epidídimo ou no canal deferente, através de uma punção percutânea ou com uma microcirurgia. Os médicos resgatam esses espermatozoides simultaneamente à coleta de óvulos da mulher. Inicia-se, assim, a micromanipulação de gametas (LASS, 1999).

O avanço é que um único espermatozoide – e basta que esteja vivo, sem nenhum outro requisito como forma ou motilidade - é sugado de uma gota de sêmen e levado pela agulha do micromanipulador diretamente ao citoplasma. Esse é o

grande avanço da ICSI sobre técnicas anteriores de micromanipulação de gametas. Até então, os gametas colhidos do homem – de cinco a dez espermatozoides e não apenas um – eram introduzidos na camada externa do óvulo, conhecida como zona pelúcida, para que cada um deles tentasse penetrar o citoplasma e realizar a fecundação (SUZI - Sub Zonal Injection) (LASS, 1999).

Não existe dúvida de que a ICSI é a única esperança de fecundação para homens com problemas seminais irreversíveis, com um número de espermatozoides próximo de zero – às vezes sem nenhuma causa aparente, o que caracteriza a chamada infertilidade masculina idiopática -, pois os tratamentos clínicos hormonais hoje conhecidos são ineficientes, para melhorar a qualidade do sêmen, e a fertilização *in vitro* convencional não alcançaria nenhum sucesso entre os pacientes desse tipo (LASS, 1999).

A última etapa deste processo de reprodução é a implantação do embrião no útero. O mecanismo de fixação do embrião às paredes do útero continua sendo um mistério para a ciência. A taxa de perda, isto é, de embriões que acabam não se fixando ao endométrio uterino, ainda desafia os especialistas em reprodução humana (LASS, 1999).

As baixas taxas de implantação têm uma série de explicações que não serão abordadas neste trabalho, pois fugiriam aos seus objetivos, que estão restritos a uma abordagem jurídica do tema.

3.1.2.6 Criopreservação de oócitos e embriões

A criobiologia estuda a conservação de espermatozoides 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 (OLIVEIRA, 2000, p.59).

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 (BARBAS, 1998, p.99).

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 austríacas 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 em um ciclo de tratamento (FERNANDES, 2005, p.39).

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 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), permitindo, contudo, o descarte dos pré-embriões, quando, no prazo de cinco anos, não forem utilizados (art. 25).

Em sentido oposto, o Projeto de Lei nº 90/99 estabelece que os embriões serão transferidos “a fresco”, só podendo ser produzidos até dois (art. 13), e permite apenas a crioconservação de gametas (art. 14). Dessa maneira, apenas o Projeto de Lei nº 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 lícita, 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 (FERNANDES, 2005, p.40).

No que tange aos gametas, sejam os óvulos ou os espermatozoides, aceite-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,

os quais serão utilizados, à medida que as tentativas de implantação dos embriões no útero da paciente falhem.

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 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.

3.1.2.7 Mães substitutas

A maternidade de substituição 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 (LEITE, 2001).

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 diabetes grave insulino-dependente (LEITE, 2001).

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 (LEITE, 2001).

O empréstimo do útero comporta duas 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) na segunda 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 solicitante, ou de um doador.

Destaque-se, outrossim, que, em ambas as hipóteses, a técnica é considerada de alta complexidade, sendo, no primeiro caso, hipótese de fertilização *in vitro* homóloga ou heteróloga e, na segunda hipótese, fertilização *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 (CRUZ, 2005).

Nota-se que a maternidade de substituição não é, na verdade, uma técnica de reprodução assistida, mas uma prática que possibilita a procriação por intermédio de um dos métodos acima estudados.

A Resolução 1.359 do Conselho Federal de Medicina, entretanto, é taxativa em asseverar que 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, patenteando que as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, em um parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização prévia do Conselho Regional de Medicina, os quais não podem ter caráter lucrativo e/ou comercial¹⁴.

3.1.2.8 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 infertilidade, ou que foi realizada para que fosse evitada a transmissão de doenças hereditárias ou genéticas (LEITE, 2003, p.50).

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

A doutrina fala ainda na necessidade de a doação ser feita de um casal para outro casal. Esse último requisito, contudo, 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.

Itens 1 e 2 da Cláusula VI das Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida – Resolução 1.359 do CFM.

É possível doar sêmen, óvulos e, até mesmo, embriões. As doações de espermatozoides são necessárias em decorrência dos problemas já citados de fertilidade masculina, tais como azoospermia, oligospermia, teratospermia, hipofertilidade masculina, doenças hereditárias graves do marido ou companheiro, ou ainda em casos de incompatibilidade do tipo sanguíneo 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, o qual se inicia, quando a mulher ainda é um embrião, manifesta-se com intensidade na puberdade e a acompanha até a menopausa.

Ao nascer, uma menina possui cerca de 400.000 óvulos nos seus respectivos ovários, um 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 (FERNANDEZ-MORIS; FLECHA, 1998, p.21).

Ocorre que, para 1 a 3% das mulheres, esse processo nunca ocorrerá, 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, o qual, no entanto, não terá sua herança genética (LEITE, 2003, p.58).

A doação de óvulos é classificada em três espécies: a) altruística, b) sentimental e 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”, em que 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 (LEITE, 2003, p.58).

A doação de espermatozoides 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, à medida que estudos demonstram que a criopreservação altera o poder fecundante do material congelado. Essa dificuldade impõe uma programação precisa da doadora, bem como da receptora, visto que o

óvulo deve ser implantado no útero logo após a coleta.

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 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 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.

Desde o ponto de vista jurídico, voltamos a destacar que é totalmente proibido todo e qualquer tipo de doação que venha a ter conotação mercantilista -lucrativa ou comercial -, e a Resolução 1.359 do CFM impõe as seguintes proibições: a) Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa; b) Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e de pré-embriões, assim como dos receptores, excetuando situações especiais, em que as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador; c) 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; d) Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, em uma área de um milhão de habitantes.

3.1.2.9 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;

b) **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. 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. Destaque-se, outrossim, que esta técnica de Reprodução Assistida é empírica, pois só existem oito bebês nascidos no mundo por meio da referida técnica.

Cabe ressaltar que as técnicas de reprodução humana assistida não constituem uma terapia de cura da infertilidade. Prestam-se, na realidade, para proporcionar às pessoas incapazes de gerar filhos pelos meios naturais a concretização de um sonho: serem pais (GAMA, 2003, p.97).

Conforme já asseverado, aproximadamente, 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 um número significativo dos contratos realizados entre médicos e pacientes, o que torna importante a análise da responsabilidade civil dos médicos nesses procedimentos.

3.2 QUESTÕES PERTINENTES À REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A infertilidade é definida pela Associação Americana de Medicina Reprodutiva como a falta de gestação, detectada clínica ou hormonalmente, após 12 meses de relações sexuais normais sem anticoncepção (BADALOTTI; TELOKEN; PETRACCO, 1997). A infertilidade primária é definida pela Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO) como aquela em que o casal nunca concebeu, apesar da prática regular de relações sexuais sem a utilização de método anticonceptivo. A infertilidade secundária é definida como o fracasso da concepção após terem ocorrido gestações anteriores (FEBRASGO, 1997).

Segundo a World Health Organization (1992), de 8 a 10% dos casais apresentam algum problema de infertilidade durante sua vida reprodutiva. Se extrapolarmos esta cifra à população do globo, isso significa que entre 50 e 80 milhões de pessoas apresentam, provavelmente, algum problema de fertilidade. A incidência é variável em diferentes regiões e países (APPLETON, 1999).

Davajan e Israel (1991) relatam que entre 10 e 15% dos casais nos Estados Unidos são inférteis, e, segundo Glina, Martins e Fragoso (*apud* APPLETON, 1999), aproximadamente 15% dos casais têm alguma dificuldade em ter o primeiro filho.

Acredita-se que, a cada ano, surjam dois milhões de casos novos de infertilidade, e, segundo Rowe et al (1998), esses números estão aumentando.

Forest e Gilbert (1992) afirmam que um em cada seis casais nos EUA que tentam engravidar é incapaz e considerado infértil.

A infertilidade aumenta com a idade. Aproximadamente 10% das mulheres entre 15-30 anos têm problemas de fertilidade, 14% entre 30-34 anos e 25% de 35 anos em diante. (MOSHER; PRATT, 1990).

Há uma crença popular de que a infertilidade vem aumentando rapidamente, porém, segundo Meyers et al (1995), a porcentagem de casais inférteis está relativamente estável nos últimos 25 anos. Além disso, nos últimos anos, novas drogas e novas tecnologias foram sendo desenvolvidas e foram sendo encorajadas pela mídia, e casais que, no passado, não eram tratados agora procuram ajuda médica. Existe ainda o fato de que as mulheres estão querendo engravidar mais tarde, após terem se estabilizado profissionalmente, o que implica em taxas de infertilidade maiores.

A infertilidade pode ser causada por presença de doença sexualmente transmissível, estilo de vida sedentário, uso de cigarros, maconha, cocaína e bebidas alcoólicas em excesso, exposição a fatores ambientais ou de trabalho prejudiciais (substâncias químicas, medicações fortes, radiação), fatores socioculturais (estresse, exercício físico em excesso, dieta) e idade. Além disso, há outros fatores que causam infertilidade na mulher, como, por exemplo, abortos provocados, endometriose, cirurgia pélvica prévia, anorexia, disfunção tubária, fator cervical, insuficiência luteínica, ovário policístico, fator imunológico e distúrbios hormonais importantes, e, no homem, traumatismos testiculares, caxumba, varicocele, contagem baixa de espermatozoides ou pouca mobilidade destes. (BADALOTTI; TELÖKEN; PETRACCO, 1997; FEBRASGO, 1997; COLLUCCI, 2000).

A avaliação precisa do casal leva à opção terapêutica correta, incluindo história clínica do casal, exames laboratoriais, bem como exames complementares, que façam parte desta investigação.

A gravidez múltipla como uma complicação leva em conta o aumento dos riscos para a saúde materna, fetal e neonatal. Tais riscos variam dependendo do número de fetos da gestação, em que as gestações gemelares têm risco maior, quando comparados às gestações únicas, conseqüentemente, nos casos de três ou mais fetos, estes riscos elevam-se significativamente por aumentar o risco do parto. Também há uma preocupação com os custos elevados associados aos cuidados exigidos por estas gestações, tanto em relação ao trabalho de parto prematuro, quanto à necessidade de hospitalização materna prolongada e cuidado neonatal intensivo (CAMARGO, 2003).

3.4 DIREITO À REPRODUÇÃO

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.

3.4.1 Direito à liberdade

Existe entendimento doutrinário 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 em uma negação à autoridade. Esses dois aspectos conferidos ao direito à liberdade, no entanto, estão equivocados, pois têm como referência a autoridade (SILVA, 2003).

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 Silva (2003, p.79), “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”.

O direito à liberdade é considerado um direito de primeira geração. Segundo Bobbio (1992, p.29), 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.

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

3.4.2 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, psíquico e social”.

Como direito de segunda geração – dimensão -, 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 igualdade (SARLET, 2007, p.56).

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”.

3.4.3 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? Silva (2003) destaca que quase sempre ele é considerado como sinônimo do direito à privacidade (right of privacy). Nos termos da Constituição Federal, entretanto, é plausível.

De acordo com esse posicionamento, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2002, 110) afirmam: “Decididamente, o texto constitucional, ao empregar as expressões intimidade e privacidade, quis outorgar ao indivíduo duas diferentes formas de proteção”.

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 futuros. Nessa seara, encontra-se 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, constitui base consistente do direito de procriar, visto 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) encontra-se pautada no desejo de ter filhos (intimidade).

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”.

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 eles. Vale ressaltar que o direito à utilização das técnicas de reprodução humana assistida está inserido na titularidade dos direitos reprodutivos.

De acordo com Olga Jubert Gouveia Krell (2006), 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.

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, não se admite reforma da constitucional tendente a suprimi-lo (art. 60, § 4º, CF).

4. ASPECTOS NORMATIVOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL

A geração de vida não por ato sexual, mas por método artificial de tecnologia em ciência, denominada reprodução assistida, envolve técnicas conceptivas que desencadeiam consequências ao mundo jurídico. No Brasil, a nosso ver, preocupação primeira da ciência foi no sentido da importação de tecnologia que possibilitasse a execução da reprodução humana assistida, relegando para um plano posterior, a observância das questões éticas e jurídicas, inclusive a sua regulamentação.

A primeira criança brasileira nascida pela fertilização *in vitro* com transferência embrionária, em 1984, marcou o início de um domínio técnico por parte dos profissionais brasileiros nos procedimentos de FIV. A preocupação dos países com o desenvolvimento e progresso desse tipo de procedimentos levou, na América Latina, médicos e biólogos a um encontro no Chile, onde estabeleceram o pensamento e a opinião dos profissionais atuantes na área – Acordo de Reñaca – 1995. Apenas em 1992 - oito anos após o nascimento de Louise Brown, o primeiro bebê de proveta -, regulamentou-se, no Brasil, o uso das técnicas de Reprodução Assistida, no entanto, em âmbito deontológico, já que, por meio do Conselho Federal de Medicina, medidas normativas de condutas médicas foram definidas pela Resolução nº 1358/92, intitulada: Normas Éticas para Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida. “Essas a serem seguidas por todos os médicos brasileiros que utilizam o procedimento” (PEDROZA NETO; FRANCO JUNIOR, 1998, p. 116). Apesar de regular a questão na esfera médica, o dispositivo não possui força coercitiva real, mas, por certo, pode servir de parâmetro para futuras normas legais.

Em 2002, o Conselho Federal de Medicina procurou atualizar o conjunto normativo da Resolução nº 1358/92¹⁵ em razão do vertiginoso desenvolvimento das técnicas de Reprodução Assistida, todavia nenhuma alteração foi realizada, por se entender que a mesma mantém-se atualizada.

15. A Resolução Normativa do Conselho Federal de Medicina (CFM n.º 1.358/92) assegura o sigilo dos procedimentos e a não-comercialização do corpo humano e de gametas. A Resolução prevê: o consentimento informado nos casos de fertilização *in vitro*, a limitação do número de receptores por doação, delimita um prazo máximo para o desenvolvimento de um embrião fora do corpo, proíbe a redução e o descarte de embriões, permite a seleção embrionária (somente a fim de evitar a transmissão de doenças hereditárias) e a geração dos embriões pela própria doadora, ou, mediante cessão, autoriza a doação temporária do útero entre mulheres, ou gestação substituta, (desde que possuam parentesco até o segundo grau) e concede a fertilização *in vitro* em mulheres solteiras.

O Projeto de Lei nº 3638¹⁶ que tramita no congresso, de autoria do deputado Luiz Moreira, o qual regulamenta a utilização das técnicas de Reprodução Assistida, contém, na íntegra, o conteúdo disciplinado pela Resolução do Conselho Federal de Medicina (PEDROZA NETO; FRANCO JUNIOR, 1998, p. 116).

No Senado, tramita ainda o Projeto de Lei n. 1.184/03¹⁷, que acolheu o projeto de lei 90/99¹⁸, do Senador Lúcio Alcântara, ao qual foram apensados¹⁹ os Projetos de Lei de nºs 2.855/ 1997, 4.665/ 2001, 120/2003, 1.135/2003, e 2.061/2003. Os Projetos de Lei nº 1039/2000, do Deputado Francisco Garcia, e o de nº 1.067/2000, do Deputado Odelmo Leão, os quais propunham ao executivo que o SUS - Sistema Único de Saúde - oferecesse os serviços de Reprodução Assistida a todos os casais inférteis, foram definitivamente arquivados (ALBANO, 2004, p. 76).

Em uma análise superficial dos projetos referenciados, em especial ao Projeto de Lei 1184/2003, que acolheu, por força das disposições regimentais, o apensamento²⁰ de outros cinco projetos de leis, podemos classificá-los em dois grupos, quais sejam: i) aqueles que contêm basicamente proposições destinadas a questões específicas concernentes aos processos de reprodução assistida e ii) aqueles que contêm proposições mais extensas, visando à criação de uma regulamentação da utilização das técnicas de Reprodução Assistida (RA) desde os seus mais variados e diversificados aspectos.

De maneira que, decompondo os Projetos de Leis nºs 4665/01 e 120/03, verifica-se que contêm proposições destinadas a questões específicas concernentes aos processos de reprodução assistida, enquanto que as proposições que integram os Projetos de Leis nºs 2.855/97, 1184/03, 1135/03 e 2061/03 são bem mais extensas, buscando uma regulamentação da utilização das técnicas de Reprodução Assistida (RA) de um modo amplo.

16. Institui normas para a utilização de técnicas de reprodução assistida.

17. Disciplina o uso de gametas de forma responsável e apenas mediante o livre consentimento das mulheres e na hipótese de constatada a infertilidade. O projeto em tela tem o cuidado extremo de cuidar da livre manifestação da vontade, preservando a identidade de doadores e beneficiários, ressalvadas as hipóteses que prevê. Dispõe ainda sobre a filiação, estabelecendo direitos sucessórios.

18. Outra proposta de regulamentação está prevista no Projeto de Lei nº 90/99, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, o qual prevê que os procedimentos podem ser utilizados por mulheres casadas ou em união estável, bem como pelas solteiras. Admite que os usuários possam permitir que seus gametas e pré-embriões sejam utilizados em pesquisas. Salvo nesses casos, a intervenção em gametas ou embriões somente será permitida com fins terapêuticos ou diagnósticos. A doação deverá ser gratuita e sigilosa. Além disso, a criança poderá ter acesso à identidade civil do doador. Dispõe que, no caso de inseminação post mortem, não será reconhecida a paternidade. Permite a maternidade de substituição, com restrições.

19. No projeto de Lei 1.184/2003, de autoria do Deputado Colbert Martins, que dispõe sobre reprodução assistida, foram apensados, por força das disposições regimentais, cinco proposições, quais sejam: a) O Projeto de Lei n.º. 2.855, de 1997, de autoria do Deputado CONFÚCIO MOURA, que “dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e dá outras providências”; b) O Projeto de Lei n.º. 4.665, de 2001, de autoria do Deputado LAMARTINE POSELLA, o qual “dispõe sobre a autorização da fertilização humana “in vitro” para os casais comprovadamente incapazes de gerar filhos pelo processo natural de fertilização e dá outras providências”, desde que sejam realizados em clínicas autorizadas pelo Ministério da Saúde; c) O Projeto

Com o condão de propiciar uma comparação entre os Projetos de Lei suso mencionados, há que fazer uma seleção das suas características próprias mais relevantes e destacar as diferenças e semelhanças existentes entre eles, focando a análise nos seguintes aspectos: 1) utilização das técnicas de RA, 2) gestação de substituição e proibições, 3) documento de consentimento, 4) serviços de RA, 5) doação de gametas, 6) sigilo e quebra do sigilo da doação, 7) transferência e destinação de embriões, 8) filiação e direitos do concepto e dos doadores.

1) Utilização das técnicas de RA

O Projeto de Lei n. 1184/03 autoriza a utilização das técnicas de RA na ocorrência de infertilidade ou para a prevenção de doenças genéticas, estipulando prazo mínimo de espera para os casos em que não se diagnostique a causa definitiva da infertilidade e exige consentimento esclarecido do cônjuge ou do companheiro.

O Projeto de Lei n. 2855/97 faculta a acessibilidade da utilização das técnicas de RA para toda mulher capaz, independentemente de seu estado civil.

O Projeto de Lei n. 1135/03 torna acessível a utilização das técnicas de RA para toda mulher capaz, “cuja indicação não se afaste dos limites” da lei, sem, contudo, especificar quais são os referidos limites, exigindo-se aprovação do cônjuge, se a mulher for casada, ou mantiver união estável.

O Projeto de Lei n. 2061/03 autoriza o uso das técnicas de RA para “todo homem e mulher — doador e receptor — capazes”, posto que não vincula essa utilização das citadas técnicas à existência de diagnóstico preciso, como no caso do Projeto de Lei n. 1184/03.

2) Gestação de substituição

O Projeto de Lei n. 1184/03 proíbe, taxativamente, a gestação de substituição.

O Projeto de Lei n. 2855/97 permite a gestação de substituição em casos de impossibilidade de gravidez por parte da doadora do óvulo, vedada a comercialização

de Lei n.º 120, de 2003, de autoria do Deputado ROBERTO PESSOA, o qual “dispõe sobre a investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida”, procura modificar a Lei n.º 8.560, de 29 de dezembro de 1992, a qual “regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências”, defendendo o posicionamento de que os nascidos de técnicas de reprodução assistida tenham o direito de saber a identidade de seus pais biológicos, mas sem que isso lhes dê direitos sucessórios; d) O Projeto de Lei n.º 1.135, de 2003, de autoria do preclaro Deputado PINOTTI, o qual “dispõe sobre a reprodução humana assistida”; e) O Projeto de Lei n.º 2.061, de 2003, de autoria da Deputada MANINHA, o qual “disciplina o uso de técnicas de Reprodução Humana Assistida como um dos componentes auxiliares no processo de procriação, em serviços de saúde, estabelece penalidades e dá outras providências”.

20. Apensos os PIs de n.ºs 2.855, de 1997, 4.665, de 2001; 120, 1.135, e 2.061, de 2003

ou lucro. Exige consentimento de um Conselho de RA, salvo para os casos em que a receptora seja parente até quarto grau, consanguíneo ou afim.

O Projeto de Lei n. 1135/03 contém as mesmas exigências que o Projeto de Lei 2855/97, acrescentando a necessidade de prévia autorização do Conselho Regional de Medicina para casos em que a receptora seja parente até segundo grau.

O Projeto de n. Lei 2061/03 mantém o mesmo disciplinamento que os dois anteriormente citados, embora faça menção a qualquer laço parental por parte da receptora.

3) Proibições relativas à utilização da RA e prática eugênicas

O Projeto de Lei n. 1184/03 proíbe uma pré-seleção sexual, exceto na ocorrência de risco genético de doenças relacionadas ao sexo, assim como veda a intervenção sobre gametas ou embriões in vitro, exceto para as finalidades de permitidas pela lei.

O Projeto de Lei n. 2855/97 proíbe a clonagem, pré-seleção sexual ou de qualquer outra característica biológica, finalidade eugênica, exceto para prevenção de doenças, e proíbe a fecundação de óvulos para outra finalidade que não seja a procriação.

Os Projetos de Leis nºs 1135/03 e 2061/03 proíbem a fecundação de óvulos para outra finalidade que não seja a procriação, além disso, mencionam que as técnicas “não devem” ser utilizadas com a intenção de seleção de sexo ou outra característica biológica, sem, contudo, previsão de pena para tais procedimentos.

4) Documento de consentimento

O Projeto de Lei n. 1184/03 prevê a exigência de documento de consentimento contendo grande detalhamento, incluindo: indicação médica; aspectos técnicos e modalidades de RA, inclusive com custos envolvidos; efetividade dos resultados do serviço; probabilidade de efeitos indesejados; implicações jurídicas, procedimentos autorizados pelo beneficiário, inclusive o número de embriões a serem produzidos; autorização do doador de gametas para a sua utilização.

Por seu turno, os Projetos de Leis nºs 2855/97 e 1135/03 fazem menção quanto à exigência do documento de consentimento, porém são omissos no que se refere às especificações que devem integrar o seu conteúdo.

De modo mais ameno, porém, também imperativo, o Projeto de Lei n. 1135/03 faz menção expressa da exigência do documento de consentimento, incluindo aspectos, como: “aspectos médicos”, riscos, efetividade e efeitos indesejados,

aspectos jurídicos, biológicos, éticos e econômicos.

5) Serviços de RA

O Projeto de Lei n. 1184/03 prevê responsabilidades e requisitos para o funcionamento dos serviços de RA, porém não definiu, claramente, o órgão fiscalizador, enquanto o Projeto de Lei n. 2855/97 cria a Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida, sem, contudo, definir a sua vinculação institucional, e delega a essa comissão a definição de critérios para o funcionamento dos serviços de RA.

Já de modo genérico, o Projeto de Lei n. 1135/03 estipula requisitos mínimos para a exploração e para execução dos serviços de RA, delegando aos “órgãos competentes” o respectivo licenciamento de funcionamento.

Finalmente, o Projeto de Lei n. 2061/03 prevê requisitos para o funcionamento dos serviços de RA, determinando que o Conselho Municipal de Saúde, ou Estadual, na falta desse, institua Comissão de Ética para “acompanhamento” dos requisitos legais.

6) Doação de gametas

O Projeto de Lei n. 1184/03 autoriza a doação de gametas para uma única receptora, com previsão de vários procedimentos de quebra do anonimato do doador em casos de “razões médicas” ou para fins casamentos. Prevê amplo acesso do cidadão gerado à identidade do doador ou doadores de gametas.

Já os Projetos de Leis n^{os} 2855/97 e 2061/03 autorizam a doação de gametas para até duas receptoras por Estado, com quebra do anonimato por razões “médicas” e apenas para a equipe responsável, preservando, entretanto, a identidade civil do doador. O Projeto de Lei n. 1135/03 mantém a mesma linha de permissibilidade, embora, de modo mais amplo, não faça restrições em relação ao quantitativo de receptoras.

7) Sigilo e quebra do sigilo da doação

Como já foi destacado, o Projeto de Lei n. 184/03 impõe sigilo por iniciativa do nascido a partir de procedimentos de RA, exceto por “razões médicas ou jurídicas”. No caso de “razões médicas”, o profissional médico poderá ter acesso à identidade do, ou dos doadores, mas terá que manter o sigilo. No mesmo sentido, porém, autorizando a quebra de sigilo apenas por razões médicas e mantendo a obrigatoriedade da manutenção deste pela equipe responsável, estão os Projetos de Leis n^{os} 2855/97, 1135/03 e 2061/03.

8) Transferência e destinação de embriões

O Projeto de Lei n. 1184/03 autoriza a produção e a transferência de até dois embriões a cada ciclo reprodutivo. Todos os embriões produzidos devem ser obrigatoriamente transferidos, não havendo, portanto, previsão de congelamento de embriões. Embriões espontaneamente abortados podem ser doados expressamente para pesquisas.

O Projeto de Lei n. 2855/97 não dispõe sobre a quantidade de embriões a serem produzidos e transferidos, prevendo, entretanto, o congelamento de “pré-embriões”, sem definir o que seria, do ponto de vista jurídico, o citado conceito. Reza o texto que os “pré-embriões” devem ser mantidos por cinco anos e, após esse tempo, descartados ou utilizados em experimentações, mediante consentimento expresso dos doadores. Por outro lado, inova, quando exige manifestação por escrito do “casal” sobre a destinação dos “pré-embriões” congelados em caso de morte de um dos pais ou de separação.

O Projeto de Lei n. 1135/03 não dispõe sobre a quantidade de embriões a serem produzidos e transferidos, ofertando aos beneficiários o poder da decisão. Enuncia como pré-embrião todos aqueles resultantes da união de gametas in vitro, sem qualquer definição de estágio de desenvolvimento. Prevê a doação de pré-embriões e o congelamento dos excedentes, mediante manifestação expressa das partes, do mesmo modo que a destinação em casos de separação do casal, morte ou doença grave de um dos cônjuges/companheiros. Estipula o prazo de três anos como tempo legal para o congelamento, após o que os pré-embriões devem ser colocados à disposição dos beneficiários, que podem descartá-los ou doá-los para utilização em RA.

O Projeto de Lei n. 2061/03 não conceitua nem define o número de “oócitos” e “pré-embriões” a serem produzidos, mas permite a transferência de até quatro “pré-embriões”. Prevê a doação de “oócitos” e “pré-embriões”. Também, em relação aos pré-embriões excedentes, autoriza a doação e o congelamento dos excedentes e sua destinação, mediante manifestação expressa, do mesmo modo que a destinação em casos de separação do casal, morte ou doença grave de um dos cônjuges. Prevê o tempo máximo de desenvolvimento dos “pré-embriões” em até catorze dias.

9) Filiação e direitos do conceito e dos doadores

O Projeto de Lei n. 1184/03 é bastante taxativo, ao dispor que os beneficiários têm a paternidade plena, e sua morte não restabelece poder parental dos pais biológicos. Acesso aos registros para casos de transplantes, garantido o sigilo, se

possível. Dessa maneira, nega direito ou vínculo aos doadores, salvo os casos de impedimentos matrimoniais. O Projeto de Lei 1135 contém dispositivos idênticos, enquanto o Projeto de Lei n. 2061/03 é totalmente omissivo.

O Projeto de Lei n. 2855/97 proíbe a inscrição na certidão de nascimento de qualquer menção à utilização de técnicas de RA, bem como o “questionamento” do registro civil. A revelação da identidade do doador, prevista por “razões médicas”, não determina nova filiação. Veda, da mesma forma, reconhecimento de paternidade ou relação jurídica no caso de morte do companheiro ou esposo, salvo manifestação expressa do casal.

Desde os aspectos estritamente formais, não se pode deixar de asseverar que a maioria dos projetos de leis enfocados e em tramitação, a nosso ver, de um modo geral, além de desrespeitarem as técnicas legislativas por ofensa a Lei Complementar 98/08, também padecem de vários vícios, alguns deles de inconstitucionalidade, dada a impossibilidade da criação de obrigações de um Poder para outro Poder da República, embora concluamos que o Projeto de Lei n.1184/03 afigura-se, no plano jurídico, como melhor dotado nos aspectos da legalidade, regimentalidade, técnica legislativa e juridicidade.

Mediante essas colocações, vê-se que a Reprodução Assistida não encontra, no ordenamento jurídico positivo brasileiro, qualquer regra que a regule, e Aguiar (2005, p. 86) dispõe com propriedade que: “Certamente o fato de que tais técnicas reprodutivas têm sido realizadas em clínicas particulares tem retardado a intervenção estatal nessas relações, sob a equivocada percepção de ser suficiente a regulação ética a cargo do Conselho Federal de Medicina, ou sob a desculpa de não dever o Estado imiscuir-se em relações privadas entre médicos e pacientes. Impõe-se lembrar que a concepção pela técnica de Reprodução Assistida envolve *status* familiar e “não há mais como postergar a interferência normativa nesses atos”, sendo necessário, no entanto, antes: Discutir sobre os limites e existência de um Direito constitucional à procriação, no sentido de saber se deve a utilização das técnicas reprodutivas ser restrita a pessoas inférteis, ou, ao revés, pode ser estendida a qualquer homem e mulher que prefira o auxílio da ciência ao método sexual de gerar “[AGUIAR, 2005, p. 86].

Lembra ainda Aguiar (2005, p. 92) que: “Se, por um lado, a infertilidade é tomada como motivo para o uso dessas tecnologias, exatamente como forma de afastar o sofrimento individual por ela causado, de não ser possível formar descendentes, por outro, há de ser vista como limite a esse mesmo uso, para que não se justifique enquanto desejo narcisista de se projetar em um filho”.

Nesse sentido, versa o Projeto Lei da Câmara nº 54, de 07 de junho de 2002²¹, o qual transcorre conjuntamente com o Projeto de Lei do Senado nº 90/99²².

Leite (2004, p. 20) acredita que “as procriações artificiais e todos os efeitos daí decorrentes alteraram a ordem natural da evolução e, negando tradições bem assentadas [...] propõe o oposto”.

No texto codificado do Código Civil de 2002, conforme opinião de Leite (2004, p. 20), a temática da bioética ingressou de forma veemente no ordenamento por intermédio do Art. 1597, III, IV, V²³, o qual se referiu, com todas as letras e sem vacilações, à fecundação artificial homóloga, heteróloga e aos embriões excedentários. Nas leis estrangeiras, verifica-se que os modelos de codificação das legislações se limitam a três modalidades fundamentais, que são: 1º - o modelo repressivo que estabelece proibições cominadas sanções; 2º - o modelo liberal que deixa à liberdade da pessoa e à autonomia dos indivíduos e do casal a decisão sobre a técnica da Procriação, incumbindo à Lei a disciplina de suas consequências. 3º - o modelo intervencionista favorável ao controle social sobre as escolhas individuais para a tutela de interesses superiores (GOMES, 1992, p. 270).

Os sistemas positivos podem classificar-se como permissivos ou restritivos, para significar os liberais e os limitativos em relação ao uso dos recursos biotecnológicos (AGUIAR, 2005, p. 127).

No mesmo sentido, para Baldini (apud AGUIAR, 2005, p.127), utiliza-se a expressão regulamentação aberta ou fechada. Entendendo-se como regulamentação aberta um sistema dito pluralista, em que são legítimos modelos de família alternativos ao tradicional, ou em que não há uma família padrão. Na regulamentação fechada, admite-se apenas um sistema funcional, um tipo tradicional de família.

Ponto comum nos ordenamentos que acordaram expressamente com a possibilidade da realização de inseminação heteróloga é a irrevogabilidade do

21. O Projeto de Lei nº 54/02, de autoria do Deputado Luiz Moreira, busca transformar a Resolução do Conselho Federal de Medicina em lei. Propõe a necessidade do consentimento do cônjuge ou companheiro, se a mulher for casada, ou viver em união estável, e prevê que a decisão sobre o destino dos embriões cabe ao casal. Proíbe o descarte de embriões e a redução seletiva, embora permita a seleção com o intuito de evitar a transmissão de doenças hereditárias. Dispõe sobre a preservação do sigilo dos envolvidos no processo, estabelece que o doador produza somente uma gestação para cada um milhão de habitantes e permite a doação temporária do útero em mulheres com parentesco até o segundo grau.

22. PLS nº 90/1999: Art. 2º A utilização da RA só será permitida, na forma autorizada pelo Poder Público e conforme o disposto nesta Lei, para auxiliar na resolução dos casos de infertilidade e para a prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias (BRASIL, 2002).

23. Artigo 1597 - Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos [...] III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. IV- havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido [...] (BRASIL, 2004).

consentimento não viciado, reconhecendo a paternidade ao marido. Para efeito de legislação, a respeito do tema da Reprodução Assistida, é necessário, antes do regramento, que se faça uma opção política para o reconhecimento de entidades familiares, somente aquelas inseridas de modo expreso no Art. 226 da Constituição Federal, ou, ao revés, admitir outros modelos de família e ainda reconhecer ou não a existência de um direito à procriação, o que respaldaria o emprego das técnicas por pessoa solteira ou por casal homossexual (AGUIAR, 2005, p.128).

O empréstimo de normas alienígenas pode inspirar o legislador pátrio na formulação de um regramento sobre assunto tão polêmico que é a Reprodução Assistida.

5. ATIVIDADE MÉDICA

Não há dúvidas de que, desde o início da civilização humana, afigura-se preponderante o papel da atividade médica para o fim de preservação da humanidade de um modo geral, eis que sempre foi imbuída no afã de preservar a saúde e curar doenças.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, foi criado o instituto da responsabilidade civil, adiante abordado, o qual logra contemplar as atividades médicas, como meio de defesa de pacientes vítimas de erros, destacando que, obrigatoriamente, para a sua configuração, afigura-se imperativo a presença dos seus três pressupostos fundamentais: a culpa, o dano e o nexo de causalidade.

Nos itens seguintes, serão abordados temas e questões da atividade médica em face do instituto da RA, com destaque para os tópicos relacionados à ética, consentimento de um modo amplo e consentimento informado.

5.1 RESPONSABILIDADE MÉDICA CONFORME O CÓDIGO DE ÉTICA

A palavra Ética significa “estudo dos juízos de apreciação referente à conduta humana, do ponto de vista do bem e do mal”, segundo Ferreira (1993, p. 235).

Nos dizeres de Constantino (2002, p. 18), “a ética é uma parte da ciência filosófica que estuda os deveres do homem para com a sociedade, através do estabelecimento de princípios, fundamentos e sistemas de moral”. Assim, a ética pode ser definida como o conjunto de normas e princípios que norteiam a conduta humana, conduta essa que assume importante significado nas relações sociais. Qualquer ato ou conduta que contrarie esses princípios podem ser considerados antiéticos.

Gelbier et al (2001) apontaram que a palavra “ÉTICA” é derivada do Grego, e a palavra “MORAL” do Latim, porém sinalizam que seus significados são semelhantes. Para os autores, Ética é geralmente utilizada, quando falam sobre o estudo ético referente aos padrões morais reconhecidos.

O percurso da compreensão deste tema inicia-se no momento em que identifica Ética como uma categoria filosófica. A origem da palavra respalda-se sob a lógica da Moral e do Valor. Neste sentido, Ética vem a ser inteligível sob o seu princípio, sua relação com a Moral e, conseqüentemente, com os Valores.

Para Hossne, citado por Alves (2001, p.30), “ética é o conjunto de valores do próprio indivíduo, que envolve patrimônio genético, processo educacional, valores morais, sentimentos, construção de personalidade e que vem de dentro para fora [...]”.

Serrão (2001 apud SILVA, 2001) afirmou que a Ética faz parte do exercício intelectual, sendo qualidade particular do pensamento humano. Esta denominação suscita sua aproximação com a Moral, que é também preconizada pelo pensamento humano. Dá-se, todavia, à Ética uma extensão de ação que a particulariza de forma significativamente distinta no campo do comportamento humano. A Ética é a estrutura da personalidade humana.

Discursa-se sobre Ética nas diversas áreas das relações sociais. É comum o termo ser associado a “chavões” públicos, no exercício profissional, nas relações interpessoais e nos inúmeros setores de intervenção humana. O que parece ser razoável é admitir que, em sua essência, em todos os ramos que a citam há uma verdade ética, qual seja: a de posicionar-se sobre o mundo ou sobre as coisas. Nesse caso, o termo “posição” passa a ser interpretado como conduta, havendo a necessidade de um parâmetro verdadeiro de comportamento que o homem procura e se expressa diante do mundo. Indaga-se, portanto: Que parâmetro pode ser esse?

A complexidade da razão humana é, acima de tudo, um conjunto de necessidades individuais e coletivas. O homem constrói sua história a partir do que é como ser e do que está chamado a ser, em sociedade.

Para Cohen e Segre (1995, p.13 e 22), o sentido da Ética é reservado como fundamental ao respeito ao ser humano. Assim também se configura em uma categoria de valor, já que “a pessoa não nasce ética, sua estruturação ética vai ocorrendo juntamente com o seu desenvolvimento (...) A humanização traz a ética no seu bojo.”

Os autores desenvolvem o tema, partindo do pressuposto que é possível compreender o processo Ético a partir da observação da instituição família. O indivíduo não nasce com o conceito de família constituído, ele irá construir esse conceito através das suas percepções e vivência do contexto sócio-familiar em que está inserido, sendo, assim, o mesmo processo com os conceitos de Valor, Moral e Ética.

Ainda para esses autores, a Ética se fundamenta, em primeiro lugar, na percepção dos conflitos, ou seja, ter consciência deles, em segundo, na autonomia, a condição de posicionar-se entre a emoção e a razão, e, em terceiro, na coerência.

Consciência, autonomia e coerência são, para Cohen e Segre (1995), pressupostos básicos para realização de julgamentos éticos e afirmam que a diferença entre Moral e Ética é que, enquanto para que a primeira funcione, ela é imposta, para a Ética, deve ser percebida.

“(...) ser ético é poder percorrer o caminho entre a emoção e a razão, posicionando-se, de modo autônomo, (...) na busca de uma posição integrada, compatível com a prática da vida” (COHEN; MARCOLINO, 1995, p.51).

A autonomia é um princípio filosófico e da ação humana, e sua discussão será apresentada no item referente à Bioética.

Hossne (2001) apontou que o processo de análise ética é do interno para o externo, ou seja, inverso no que diz respeito à Moral. A Ética se dá pela avaliação crítica dos valores que se quer adotar e ainda afirma que: “não existe Ética sem liberdade.” Fazer opções de valor, por mais conflituosas que sejam, é primordial para o exercício ético. Outra condição necessária para este exercício ético é o “não preconceito”, “não aceitar nem praticar coerção”, “ter humildade” e “ter a grandeza de aceitar a verdade”. Assim, sobre essas condições, o mesmo autor conclui que a Ética é nosso insight do dia-a-dia. Exerce-se avaliação ética no cotidiano interno e externo das relações humanas.

Vieira e Hossne (1998) relataram que, de maneira mais superficial, a Ética pode ser compreendida como julgamento, e esse julgamento pode ser questionado e justificado de acordo com os princípios aos quais são orientados.

Complementando este raciocínio, Silva (1998) dizia que a Ética é o domínio dos juízos de valor. Ferreira (1993, p.322) definiu juízo “o ato de julgar, adquirir opinião”; assim também é possível entender Ética como o domínio dos julgamentos individuais com base nos Valores aos quais cada um adquire e acredita. Silva (1998, p.87) acrescentou que esses juízos de valor também se remetem à generalidade, ou seja: “Devemos agir como se o critério de nossa ação devesse estender-se universalmente. Qualquer ato que não seja susceptível de universalização se autocontradiz em termos morais.”

O autor continua a questão, comentando que esse conceito tem influência teórica na filosofia de Kant, em que “o critério universal é que deveria pautar o juízo moral”. Verifica-se como a expressão confunde-se entre exercício ético e juízo moral.

Para Heller (1991, p.13), “Todo juízo funciona sempre, explícita ou implicitamente, como parte da totalidade de uma teoria, de uma concepção do mundo, de uma imagem do mundo”.

Em contrapartida, Passos (1994, p.106) discorreu sobre a questão, ao afirmar que:

A verdadeira ética não dogmatiza o certo e o errado, o bom e o mau. Ao contrário, os entende como dinâmicos, pois representativos de avaliações historicamente circunstancializadas. Do mesmo modo, não impõe uma única possibilidade ética. Respeita a existência de diferentes ordens de valores, representativos de finalidades diversas, decorrentes da faculdade de escolha dos indivíduos.

Acompanhando essa afirmação, deve-se estar atento em não cair no relativismo, doutrina bastante defendida enquanto fundamento Ético. Este não parece ser a postura adota pela autora, e, em seu texto, está clara sua predominância da vertente teórica-metodológica do Materialismo Dialético enfatizado em algumas de suas discussões: “[...] a nossa análise da realidade se dá através de uma relação dialética entre sujeito e objeto, de modo que ela representará as marcas do objeto, assim como as do sujeito” (PASSOS, 1994, p.110).

Ainda na tentativa de compreender o significado da Ética, apresenta-se a afirmação de Araújo (1999), que a enfatizou como uma relação entre o comportamento moral e as necessidades e interesses sociais. Mais uma vez, encontra-se o ponto de inclusão ética: o comportamento, o uno (o “eu”) e o múltiplo (o “todo”, a sociedade). Esses fatores relacionados se transformam em exercício ético. A autora define Ética como a busca, dentro de um contexto e processo, de definir um “critério de justa escolha”. Afinal, que é “justa escolha”? Seria a melhor opção? O melhor caminho? Aquilo que é bom para um vale para o outro?

Ramos (1994) comentou que a Ética pode ser compreendida como o “*bem comum*”. Quando parte para a fragmentação de interesses, poderá também perder a consciência dos valores ontológicos de unidade.

Aquino, citado por Lauand (1997, p.10), respondeu algumas dessas questões, quando afirma que existem leis (morais) que estão impressas no ser do homem. Assim, o que é realmente bom para o homem é para os homens enquanto essência. Na subjetividade do pensamento humano, sabe-se e distingue-se sobre o que é bom e o que não é, pois a qualidade do ser é estar próximo as suas raízes humanas e de distinguir naturalmente a diferença entre o “bom” e o “mau”. Mesmo quando não há o exercício, é necessário o hábito. “As virtudes nos aperfeiçoam para que possamos seguir devidamente nossas inclinações naturais [...]. A aquisição de virtudes é auto-educação para aquilo que objetivamente é bom.”

Durand (1995) afirmou que a Ética provém da “mesma realidade que a palavra Moral”. Essa realidade que o autor comenta é a natureza humana. O fato de identificar sua origem no mesmo ponto de partida não limita sua ação. Os percursos da Moral e da Ética têm significados similares e trajetórias historicamente distintas.

Para Fortes (1998), a atividade da Ética é a busca e o estabelecimento dos juízos que justificam o que “deve ser feito”, e não o “que pode ser feito”.

A Ética pode, assim, ser concebida como um caminho de indagações do agir e do como fazer, caminho este não orientado por documentos normativos.

Não é propriedade da Ética a normatização, é sim, inicialmente, um processo de reflexão.

Sawaia (2000) indicou a Ética como uma questão de potência, e não de poder. O fazer ético está associado ao “capaz de”, ou seja, o indivíduo não detém o poder de avaliar eticamente, ele tem oportunidade de avaliar a partir de sua capacidade ética, do seu potencial de julgamento e de escolhas. É própria do homem a capacidade de preservar sua própria existência, e é necessidade humana a condição de ser livre, para se expressar eticamente.

Weil (1993, p.36-37) dividiu a Ética em duas correntes: a “Ética Moralista” e a “Ética Espontânea ou Essencial”:

ÉTICA MORALISTA é definida como uma ética forjada, artificialmente criada pela pressão social, contrariando os supostos instintos egoístas, e posteriormente racionalizando pela inteligência sob a forma de máximas moralizantes elaboradas por filósofos religiosos ou materialistas, mas todos racionalistas.

ÉTICA ESPONTÂNEA concebe o homem como um organismo vivo, que contém os princípios do universo. Os valores da Ética devem ser despertados. A Ética e seus valores são endógenos, isto é, vêm de dentro: uma vez despertados a sabedoria e o verdadeiro amor altruísta no ser humano, as regras morais passam a ser dispensáveis.

Complementando a questão, Sarmiento (2000) considerou Ética como “uma construção sócio-cultural e política” de um povo, cujo desenvolvimento deve ser visto sob o olhar reflexivo da vida social dos indivíduos, já que vislumbrar o contexto em que situa o homem é vê-lo em sua totalidade de ser humano.

Sawaia (1999), quando falava sobre Ética, acrescentava a “paixão” como essência da ação Ética e dizia que o homem só se aproximaria da Ética, quando percebesse sua real necessidade de estar com o “outro”, havendo, assim, uma relação de afetividade.

O homem da necessidade não é antagônico ao homem da ética, e não é preciso superar um patamar mais alto de conforto material para pensar e agir eticamente, como sugerem algumas teorias, como se fosse preciso ter bens para ser ético e ter sutilezas emocionais (SAWAIA, 1999, p.114).

Na tentativa de explicar o sentido da Ética na prática da vida, é predominante o fator de posicionamento teórico dos autores em suas definições. A visão de mundo, do que é o homem, a vida e a sociedade vão caracterizando que postura tomar diante de um fato, diante de um conceito. As pontuações dos autores aqui mencionados sobre Ética elucidam não somente sobre o que se pede (Ética), mas, muito mais que isso, representam as formas de pensar e agir sobre o mundo de acordo com os seus referenciais ontológicos.

É salutar, então, compreender o contexto em que a Ética está sendo expressa e vislumbrar a que categoria do pensamento ela é refletida em busca da verdade. A verdade pode ser entendida como o espaço entre o homem e o universo, e o caminho do encontro é uma atitude Ética possível na maioria das colocações aqui referidas.

Diniz (1998, 437) conceitua a ética profissional como sendo o “complexo de princípios que servem de diretrizes no exercício da profissão, estipulando os deveres que devem ser seguidos no desempenho de uma atividade profissional”.

A Medicina, como exercício da ciência e arte de curar e salvar vidas, esteve sempre envolvida por questões éticas. Desde o seu nascedouro, com os povos da Antiguidade, muitas foram as discussões a respeito das técnicas empregadas. Assim como qualquer outra profissão, a Medicina precisa de normas regulamentadoras, visando a atingir a perfeição da atividade e a harmonia no relacionamento profissional. O médico deve ter absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Nesse contexto, surge o Código de Ética Médica, estabelecendo princípios, fundamentos e sistemas de moral, com o intuito de determinar deveres e direitos aos médicos na relação com seus pacientes. Procura-se estabelecer a medida da conduta a ser exigida dos profissionais.

Segundo Constantino (2002, p. 20),

[...] a classe médica, por sua homogeneidade de trabalho, pela natureza de seu conhecimento e pela identidade de sua habilitação, necessita de uma norma em comum para a perfectibilidade do exercício laboral e harmonia do relacionamento profissional. Assim, nasce o Código de Ética Médica, com a finalidade de determinar deveres dos médicos para com seus pacientes, para com seus colegas e para com a sociedade.

O Homem vive em uma sociedade em que a todos cabem direitos e deveres. Ela evolui, e, ao mesmo tempo, a ciência médica não deixa de acompanhá-la.

A função principal do médico, em toda a história da humanidade, tem sido a de cuidar e tratar dos enfermos, quando melhor se caracteriza o ato médico. Nessa função, o ato médico consiste basicamente na formulação do diagnóstico e na instituição do tratamento mais indicado para o paciente. Além disso, espera-se que o médico, durante o desenvolvimento de sua carreira, pautar o desenvolvimento de sua carreira sobre um comportamento ético, tendo a noção de responsabilidade inerente à profissão e estando consciente da necessidade de manter-se permanentemente atualizado, já que a medicina não cessa de progredir e de oferecer novos recursos diagnósticos e terapêuticos.

Segundo Martire (2004, p.56), “somente a partir do funcionamento dos Conselhos, a classe médica passou a contar com um fórum adequado para discussão das questões éticas da medicina, dentre as quais se destaca a conceituação do ato médico, ainda não definido em lei”.

Apesar de a Constituição Federal estabelecer, em seu artigo 196, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, não há, em nosso país, recursos suficientes, para viabilizar esse preceito, o que dificulta muito o ato médico.

Conforme descrito no site “Viva Tranquilo”,

Nos últimos anos, a rede pública de hospitais federais, estaduais e municipais vem sendo submetida a um processo de deterioração acelerada por motivos diversos, entre eles: escassos recursos orçamentários para custeio das operações e novos investimentos; desmotivação do pessoal; falta de medicamentos e materiais; e aumento da demanda, devido à expansão da população urbana e do atendimento aos contingentes rurais antes desassistidos (Disponível em: http://www.vivatranquilo.com.br/seguro/seguro_saude/mat1.htm. Acesso: 31 out 2009).

É consenso mundial que a preocupação do exercício ético da profissão é de suma importância para as “Ciências da Vida”.

O problema em tela diz respeito também ao que Colliard (*apud* SIMMONS, 2004) define como o caráter não-comercial do corpo humano e seus órgãos, bem como a dignidade da pessoa humana.

Na França, como pudemos observar, berço das liberdades públicas, um Grupo de Trabalho formado pelo Conselho de Ética apresentou um relatório detalhado sobre o tema. As proposições estabelecidas, em uma de suas principais frentes,

versam sobre a necessidade da luta pela qualificação dos organismos responsáveis pela difusão da informação de utilidade pública.

O exercício da medicina passa por um controle rígido em nosso país, uma autarquia, que é o Conselho Federal de Medicina.

O Conselho Federal de Medicina, CFM, é um órgão que possui atribuições constitucionais de fiscalização e normatização da prática médica.

Conforme descrito no site do Conselho Regional de Medicina de Santa Catarina,

Em outubro de 1944, o IV Congresso Sindicalista Brasileiro, realizado em Porto Alegre, apresentou reivindicação ao Governo Federal, para criar o Conselho de Medicina, o que ocorreu pela promulgação do Decreto-Lei Nº 7955, de 13 de setembro de 1945. Esse Decreto-Lei não sobreviveu, por conter impropriedades que subjugavam os Conselhos ao movimento sindical médico e que foram consideradas atentatórias à autonomia dos mesmos. Com a fundação da Associação Médica Brasileira, em 25.01.1951, em São Paulo, e maior fortalecimento da classe, foi possível obter-se uma Lei mais adequada para os Conselhos de Medicina - a Lei Nº 3268, de 30.09.1957, publicada no D.O.U. de 14.10.57, e regulamentada pelo Decreto Nº 44045, de 19.07.1958, publicado no D.O.U. de 25.07.58.103²⁴.

Segundo o artigo 1º da Lei 3268, de 30/09/1957, o Conselho Federal de Medicina, bem como os Conselhos Regionais:

[...] são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a república e, ao mesmo tempo, julgadores, disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente (ROMEIRO, 2002, p.46).

A partir de sua criação, sua competência inicial reduzia-se ao registro profissional do médico e à aplicação de sanções do Código de Ética Médica.

24. [Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/Regional/crmsc/manual/parte1f.htm>. Acesso: 31/10/2009]

Nos últimos 50 anos, o Brasil e a categoria médica mudaram muito, e hoje as atribuições e o alcance das ações deste órgão estão mais amplos, extrapolando a aplicação do Código de Ética Médica e a normatização da prática profissional (ROMEIRO, 2002).

Como vimos, a Medicina não configura negócio e não segue as leis do mercado, sendo que sua regulamentação se dá em nosso Estado pelo órgão denominado CFM - Conselho Federal de Medicina.

O Conselho é uma autarquia, cuja função fundamental é a luta pelo exercício da profissão de médico de acordo com preceitos fundamentais de ética e disciplina.

Tanto o Conselho Federal de Medicina quanto os Regionais têm como funções específicas supervisionar a ética profissional em todo o País e, ao mesmo tempo, julgar e disciplinar a classe médica (ROMEIRO, 2002).

Sendo assim, os Conselhos de Medicina têm a atribuição de julgar os médicos em ilícitos éticos. O paradoxo, nas palavras de Romeiro (2002, p.46), é que a função judicante é exercida por Conselheiros eleitos, em um país onde o Judiciário é concursado, sendo o indivíduo conduzido ao cargo em razão de seu conhecimento, o que faz com que o órgão perca suas características “técnicas”.

5.2 CONSENTIMENTO INFORMADO

Consentimento, desde a sua acepção ampla, deve ser entendido como o comportamento²⁵ pelo qual se autoriza a alguém determinada atuação.

De acordo com o doutrinador português João Álvaro Dias (1996, p.292), 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”.

Com efeito, o consentimento informado representa mais 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 tratamento.

Conforme Daniela Lenza Navarrete (2004), a conduta do médico recebe o caráter de licitude, através da vontade livre do paciente em se submeter ao tratamento, a qual é expressa pelo consentimento informado.

25. No caso do procedimento para o ato médico, em uma atuação na esfera físico-psíquica do paciente, com o propósito de melhoria da saúde, do próprio enfermo, ou de terceiro (KFOURI NETO, 2007).

No mesmo sentido, Alberto J. Bueres (2006, p.157) 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”.

Rafael Aguiar-Guevara (2001, p.166) 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. Em contrapartida, continua o autor, realmente, em 1957, quando uma sentença americana reconheceu concretamente que os médicos têm um dever de prestar informações aos pacientes, consolidou-se a necessidade de um consentimento informado.

Lembra Rafael Aguiar-Guevara (2001), contudo, que dois outros fatos evidentemente semearam os pilares fundamentais do consentimento, para que, posteriormente, fosse desenvolvida a doutrina do consentimento informado. O primeiro deles aconteceu 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.

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 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 mentalmente sã 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 (KFOURI NETO, 2007).

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.

O Relatório de Warnock e a maioria das legislações comparadas também reconhecem a necessidade do consentimento informado (CRUZ, 2005, p.113).

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 25²⁶ da Constituição portuguesa, que protege a integridade pessoal e o desenvolvimento da personalidade (KFOURI NETO, 2007, p.45).

No Brasil, é possível citar como direito constitucional que impõe 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, o qual 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”.

5.3 CONSENTIMENTO E REPRODUÇÃO ASSISTIDA

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, a qual é taxativa ao dispor que o consentimento informado²⁷ será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores.

26. “Artigo 25º 1 - A integridade moral e física dos cidadãos é inviolável.”

27. “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”.

Desta forma, é inquestionável a obrigatoriedade da plena ciência ao paciente dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, os quais deverão ser minuciosa e detalhadamente expostos, com destaque para a necessidade de informar os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. Ditas informações, como bem apregoa o item 3 da Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. Exige a entidade pelo texto referenciado que o documento de consentimento informado seja confeccionado mediante a utilização de formulário especial, e somente estará completo com a concordância, expressa e por escrito, da paciente ou do casal infértil que se utilizará da técnica de RA.

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 conterá (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).

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, de que resultou a perda da visão da paciente²⁸.

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.

Obtido o consentimento, se durante o tratamento ocorrer alteração significativa do quadro inicialmente apresentado, necessitando de outras

28. STJ - RESP n. 467878/RJ, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar.

intervenções ou procedimentos, o consentimento deve ser renovado, podendo o paciente, a qualquer momento, revogá-lo (NAVARRETE, 2004).

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 familiares (NAVARRETE, 2004). 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 resultado. Como mencionado, o médico, na reprodução assistida, não pode assegurar o resultado, qual seja: uma gravidez ou o nascimento de uma criança em perfeita saúde. Se, contudo, ao prestar as informações, ele garante o nascimento de uma criança saudável, a sua obrigação passa a ser resultado²⁹.

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 (2003, p.211) ensina que “o consentimento deve ser fundado na liberdade, de modo que sua ausência importa em uma invasão que, por si só, resulta danosa”.

Lembra Miguel Kfoury Neto (2007, p.45) que a quantificação da indenização, quando se trata da não-obtenção do consentimento livre e esclarecido do paciente, suscita dificuldades.

Roberto Vázquez Ferreyra (2002, p.45), 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.

²⁹Responsabilidade 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 ideia. 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 transmudando 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).

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?

Miguel Kfoury Neto (2007, p.46) 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.

No mesmo sentido, Roberto Vázquez Ferreyra (2002, p.45) 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.

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. Há que se ressaltar, no entanto, 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.

5.4 SIGILO PROFISSIONAL

O prontuário médico é um conjunto de documentos ordenados, concisos e padronizados, o qual se destina a registrar as informações que se referem aos cuidados médicos prestados ao paciente (MAGALHÃES, 1984).

Segundo o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo,

As anotações no prontuário ou ficha clínica devem ser feitas de forma legível, permitindo, inclusive, identificar os profissionais de saúde envolvidos no cuidado à mulher. Além disso, o médico está obrigado a assinar e carimbar ou, então, assinar, escrever seu nome legível e sua respectiva inscrição no CRM. É importante enfatizar que não há lei que obrigue o uso do carimbo. Nesse caso, o nome do médico e seu respectivo CRM devem estar legíveis.

O prontuário médico é um documento de manutenção permanente pelos médicos e estabelecimentos de saúde [Resolução CFM nº 1331/89]. Ele pode ser, posteriormente, utilizado pelos interessados como meio de prova até que transcorra o prazo prescricional de 20 (vinte) anos para efeitos de ações que possam ser impetradas na Justiça.

Todos os documentos originais que compõem o prontuário devem ser guardados pelo prazo mínimo de 10 (dez) anos, a fluir da data do último registro de atendimento da paciente. Ao final desse tempo, o prontuário pode ser substituído por métodos de registro capazes de assegurar a restauração plena das informações nele contidas (microfilmagem, por exemplo) e os originais poderão ser destruídos³⁰.

A guarda dos documentos é de competência do médico e dos diretores clínicos e técnicos que compõem os estabelecimentos de saúde.

Em caso de solicitação feita pelo responsável legal pela paciente – quando esta é menor ou incapaz –, deve-se permitir-lhe o acesso ao prontuário, e, caso seja solicitado, devem ser fornecidas cópias ou elaborado um laudo contendo o resumo de informações ali contidas [CRMSP, 2008].

Caso a solicitação seja feita por familiares do paciente, será necessária a autorização deste. Na hipótese deste não ter condições para isso ou tenha falecido, as informações precisam ser fornecidas em forma de laudo ou cópias. Em caso de falecimento, o laudo precisa revelar o diagnóstico, procedimentos médicos e também a “causa mortis” [MAGALHÃES, 1984].

Ressalte-se que, em qualquer situação, o prontuário original, em sua totalidade ou partes, não deverá ser fornecido a solicitantes, visto que é um

30. Disponível em: http://www.cremesp.org.br/manual/etica_gineco_obst/etica_gineco_obstetr_capitulo_6.htm. Acesso: 31/10/2009.

documento que tem que ser obrigatoriamente arquivado pela entidade que procedeu à sua elaboração.

Caso seja solicitado por outras entidades, constata-se que os convênios médicos bem como as companhias seguradoras são os principais solicitantes. Exceto com autorização do paciente, é proibido que o médico forneça estas informações.

“Sem o consentimento da mulher, o médico não poderá revelar o conteúdo de prontuário ou ficha médica” [Artigo 102 do CEM], exceto em caso de justa causa, ou seja, diante de uma situação de extrema necessidade. Dar-se-á a justa causa, quando “a revelação do prontuário for o único meio de conjurar perigo atual ou iminente e injusto para si e para outro” [MAGALHÃES, 1984, p.385].

No que tange à solicitação de cópia do prontuário por autoridades policiais ou judiciárias, faz-se necessário tecer alguns esclarecimentos acerca do sigilo médico.

De acordo com o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo,

O segredo médico é uma espécie do segredo profissional, ou seja, resulta das confidências que são feitas ao médico pelos seus clientes, em virtude da prestação de serviço que lhes é destinada. O segredo médico compreende, então, confidências relatadas ao profissional, bem como as percebidas no decorrer do tratamento e, ainda, aquelas descobertas e que o paciente não tem intenção de informar. Desta forma, o segredo médico é, penal [artigo 154 do Código Penal] e eticamente, protegido [artigo 102 e seguintes do Código de Ética Médica], na medida em que a intimidade do paciente deve ser preservada. Entretanto, ocorrendo as hipóteses de “justa causa” (circunstâncias que afastam a ilicitude do ato), “dever legal” (dever previsto em lei, decreto, etc.) ou autorização expressa do paciente, o profissional estará liberado do segredo médico. Assim, com as exceções feitas acima, aquele que revelar as confidências recebidas em razão de seu exercício profissional deverá ser punido. É de se ressaltar, que o segredo médico também não deve ser revelado para autoridade judiciária ou policial. Não há disposição legal que respalde ordens desta natureza³¹.

Em consequência, a solicitação judicial, por si só, não se configura em “justa causa”.

31. Disponível em: http://www.cremesp.org.br/manual/etica_gineco_obst/etica_gineco_obstetr_capitulo_6.htm. Acesso: 31/10/2009).

Segundo Brandeis (apud LAPUERDA, 1980, p.24), “o direito a deixar alguém tranquilo é o direito mais estimado pelos homens civilizados.” O Direito precisa proteger a vida particular das pessoas perante as intromissões alheias.

A Constituição da República Federativa brasileira segue, em seu artigo 5º, X, a linha de países reconhecedores deste direito, quando protege a inviolabilidade da vida privada, intimidade, assegurando direito à indenização.

O íntimo é secreto, pessoal e reservado. Cada indivíduo pode revelá-lo a outro livremente. Para tal, aparece, então, o dever do segredo. Às vezes, o segredo encontra-se protegido pela necessidade, como em caso de segredo profissional.

O segredo médico compreende as confidências relatadas ao profissional, assim como as que são percebidas no tratamento e ainda as descobertas e que o paciente não possui a intenção de informar. Por sua vez, o artigo 11, 2ª parte, do Código francês de Deontologia Médica prescreve: “O segredo abrange tudo o que chega ao conhecimento do médico no exercício de sua profissão, isto é, não somente o que lhe foi confiado, mas também o que ele viu, ouviu ou compreendeu.”

O segredo médico é protegido civil, ética e penalmente, conforme o grau de violação de intimidade do paciente. O profissional será liberado do segredo, contudo, caso ocorram as seguintes hipóteses: justa causa, autorização do indivíduo ou dever legal³² ou dos seus familiares. Isso é o que prescreve o artigo 102 do Código de Ética Médica pátrio:

É vedado ao médico:

Art. 102. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente:

Parágrafo único: Permanece essa proibição:

a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou que o paciente tenha falecido.

b) quando o depoimento como testemunha. Nesta hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento.

Não existindo justa causa, o médico também poderá alegar, em sua defesa, o princípio jurídico que determina que ninguém pode ser obrigado a depor de fatos, a cujo

32. Vide arts. 268 e 269 do Código Penal Brasileiro acerca da infração médica sanitária preventiva e omissão de notificação de doença, respectivamente. Existem casos em que o interesse da sociedade sobrepõe-se ao interesse individual. Quando existe conflito, normalmente o legislador opta pelo primeiro.

respeito, por estado ou profissão deva guardar segredo, constante do art. 229³³ do Novo Código Civil.

Não acontecendo nenhuma das hipóteses de causa justa, o profissional necessitará manter absoluto sigilo, mesmo diante de solicitações de autoridades judiciais ou policiais.

As autoridades, em tais casos, poderão precisar de perícia médica, que cederá um laudo depois da realização e análise dos documentos de interesse.

Se um indivíduo é compelido legalmente ou por razões particulares a revelar um segredo, o depositário do mesmo assumirá uma correlativa obrigação ao mesmo. Tal obrigação é sancionada por meio da lei penal. A violação de segredo profissional é um correccional delito, segundo Mazeaud e Mazeaud (1986).

Sobre a ficha médica, quando esta for colocada à disposição do perito, o mesmo não estará adstrito do sigilo profissional, mas somente ao segredo pericial. O médico ou hospital não se encontra obrigado a entregar as fichas médicas em juízo, em que decisões em contrário pesem. O perito poderá, porém, analisá-las no hospital.

É defeso possibilitar ao médico o conhecimento e manuseio de prontuários e outras folhas das observações médicas que são sujeitas ao sigilo profissional, pelos indivíduos não obrigados ao mesmo compromisso (art. 108 do Código de Ética Médica). O médico também deverá orientar os seus auxiliares e trabalhar para que eles respeitem o segredo profissional a que estão obrigados legalmente (art. 107 do Código de Ética Médica). Aliás, não diferencia do disposto nos artigos 12 e 13 do Código da França de Deontologia Médica.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu o seguinte em matéria penal: “É constrangimento ilegal exigir-se de clínicas ou hospitais a revelação de suas anotações sigilosas”³⁴.

O sigilo médico, embora não tenha caráter absoluto, deve ser tratado com a maior delicadeza, só podendo ser quebrado em hipóteses muito especiais; tratando-se de investigação de crime, sua revelação deve ser feita em termos, ressaltando-se os interesses do cliente, pois o médico não pode se transformar num delator se seu paciente³⁵.

33. Art. 229. Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato:

I - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo;

II - a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo;

III - que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato.

34. in RT J 24/466.

35. in RTJ 101/676 8 in RT 515/317.

Assim, sintetiza-se julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo: “o que a lei proíbe é revelação ilegal, a que tenha por móvel a simples leviandade, a jactância, a maldade”. O médico não está obrigado a guardar segredo, se o cliente abrir mão do seu direito.

A propósito, o artigo 2º da Resolução nº. 999 do CFM, de 23/05/1980, prescreve que o médico poderá revelar sigilosas informações em casos de crime de ação penal pública, desde que sejam solicitadas por “qualquer autoridade, inclusive policial, e esta preliminarmente lhe declare tratar-se desse tipo de ação”.

O art. 2º da Resolução nº. 1.359, de 11/11/1992, por sua vez, do Conselho Federal de Medicina, também reitera proteção ao sigilo médico nos casos de pacientes soropositivos. Seu parágrafo único, entretanto, cede a quebra do segredo, por “justa causa”, objetivando proteger a vida de outras pessoas.

Toda esta proteção ao segredo médico é um dever do médico e um direito do paciente.

Tal “dever”, imperiosa “obrigação” médica, encontra-se ratificado pelo Código penal da França, em seu artigo 378, e pelo artigo 11, 1ª parte, do código da Deontologia Médica, que prescreve: “O segredo profissional, instituído no interesse dos doentes, se impõe a todo médico nas condições estabelecidas em lei”.

Faz-se necessário lembrar Hermes Rodrigues de Alcântara (1979, p.131), para quem o sigilo médico é uma obrigação e também um direito. Em seu entender, “é um daqueles imperativos hipotéticos da teoria de Kant, para que seu fim seja alcançado”.

O Código Penal do Brasil estabelece no seu artigo 154:

Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão da função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção de três meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único. Somente se procede mediante representação.

Existindo prejuízo ao paciente, assim, é possível uma indenização de violação do segredo médico na área civil. Cabe ao paciente provar que foi antijurídico, e, conforme Teresa Ancona Lopes Magalhães (1984, p.328), “pode ceder lugar à composição de perdas e danos, incluindo-se aí o prejuízo material, [...] e ainda prejuízo moral, tendo em vista a humilhação e a vergonha a que ficou exposto seu cliente.”

Igualmente, o infrator poderá sofrer uma sanção penal, como sanções disciplinares previstas pelo Código de Ética Médica.

O direito ao respeito da vida particular é consagrado categoricamente pelo artigo 8º da Convenção Européia de Direitos do Homem. Este dispositivo diz que “toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência”, sob reserva da proteção de liberdades e direitos de outrem ou necessidades de ordem pública. O Pacto de Nova York, de 19/12/1966, em seu artigo 17, prevê igual regra.

Destarte, o sigilo profissional não consiste em uma prerrogativa médica, mas um dever imperioso, já que o paciente requer confiança e discrição total, no que concerne a terceiros.

O dever do sigilo subsistirá à extinção de relação médico/paciente (VIEIRA, 1995, p.215).

Finalizando este capítulo, apresentam-se algumas jurisprudências referentes ao sigilo médico:

TACrSP - Ementa 113.946 – desobediência. Médico que se recusa a fornecer ao juízo solicitante informações contidas no prontuário de paciente. “Inocorrência: - incorre o crime do artigo 330 do Código Penal na conduta do médico que, respaldado no artigo 154 do referido diploma, recusa-se a fornecer ao juízo solicitante informações contidas no prontuário de paciente, resguardando-se de possível violação de sigilo profissional, disponibilizando-o, entretanto, para consulta, uma vez que a desobediência só é punida a título de dolo, ainda que eventual, não se caracterizando o delito se a intenção não era desobedecer à ordem de autoridade judicial; ademais, sendo o paciente servidor público e referindo-se o ato supostamente desrespeitado ao exercício de sua função, nem em tese poderia ser-lhe imputada a infração, que só pode ser praticada pelo particular contra a administração em geral.” Relator René Ricupero.

TJRJ RDA 185/198, AC 3.059/91, Rel. Des. Carlos Alberto Direito - “[...] assegura ao ser humano o direito de obstar a intromissão na sua vida privada. Não é lícito aos meios de comunicação de massa tornar pública a doença de quem quer que seja [...], pois tal informação está na esfera ética da pessoa humana, dizendo respeito à sua intimidade, à sua vida privada. Só o próprio paciente pode autorizar a divulgação de notícia sobre sua saúde.”

E, no próprio voto citado: “A doença inclui-se entre esses interesses pessoais, que não pertencem a ninguém, que só integram a intimidade e a vida privada do paciente, que não pode ser exposta ao público [...]. Só o próprio paciente pode autorizar a divulgação de notícia sobre as suas condições físicas, sobre a sua saúde.”

TJRS AGR 598434587 -6ª Câmara Cível – Relator Desembargador Decio A. Erpen: Prontuário médico – “A privacidade foi instituída em prol do paciente ou usuário, não podendo o instituto se voltar contra o mesmo. Feito questionando conduta do hospital, onde se perquire o acerto ou não da atividade, não tramita em segredo de justiça. O prontuário médico é do profissional, mas seu conteúdo é do paciente.”

TJRS - Apc 597181544 - 26-11-97 - 6ª Câmara Cível - Relator Antonio Janyr Dall’Agnol Jr.: “[...] Pertencendo ao hospital, ou ao médico, o suporte documental, senhor do dado informativo é o paciente.”

6. RESPONSABILIDADE CIVIL E ATIVIDADE MÉDICA

Como introito deste capítulo, faz-se necessário tecer breves considerações acerca da responsabilidade de um modo geral, a qual, segundo o Dicionário Eletrônico Novo Aurélio, deve ser definida como a “capacidade de entendimento ético-jurídico e determinação volitiva adequada, que constitui pressuposto penal necessário da punibilidade”.

Já no âmbito das atividades médicas, em que pese o relevo dos serviços em prol da humanidade, não se pode deixar de patentear que se configura uma relação de consumo entre o médico e o seu paciente, de onde faz surgir a obrigação desse profissional no que tange a reparação de eventuais danos que venham a ser causados a outrem, utilizando-se do seu ofício, muito embora haja necessidade de patentear que o objeto do contrato médico não é uma obrigação de resultado, eis que, enquanto profissional liberal, sua responsabilidade é objetiva, portanto se configura como obrigação de meio, ao tempo em que, enquanto, ele, médico, atuando na qualidade de sócio e/ou funcionário de clínicas e de estabelecimentos médicos, passa a ser objetiva.

Logo, resta configurado que a responsabilidade civil do médico decorre da atividade que este profissional se dispõe a fazer e a forma de execução, podendo, se for realizado um serviço diretamente ao consumidor, ser de responsabilidade subjetiva, cabendo a reparação ocorrer, apenas quando verificada a existência da culpa. Por outro lado, quando for sócio e/ou empregado de estabelecimentos de saúde, o médico se solidariza com a empresa a que presta seus serviços, respondendo a empresa de forma objetiva, independentemente de comprovação de culpa, bastando, apenas, existir o dano a reparar.

No caso da reprodução assistida, deparamo-nos com a prestação de serviços médicos como obrigação de meio e não de resultado, somente respondendo civilmente (responsabilidade subjetiva) e obrigando-se a reparar eventuais danos, se constatada a sua culpa e os seus componentes: negligência, imprudência e imperícia. A responsabilidade civil médica, por conseguinte, nada mais é que a obrigação desse profissional em reparar danos causados a outrem por meio da utilização do seu ofício.

6.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil tem origem no latim *respondere* que significa responsabilizar-se, garantir-se, assumir o pagamento do ato que praticou ou do pagamento de que se obrigou (SILVA, 1993, p.125).

De acordo com Rui Stoco (2007, p.112),

Toda vez que alguém sofrer um detrimento qualquer, que for ofendido física ou moralmente, que for desrespeitado em seus direitos, que não obtiver tanto quanto foi avençado, certamente lançará mão da responsabilidade civil para ver-se ressarcido. A responsabilidade civil é, portanto, a retratação de um conflito.

Maria Helena Diniz (2003, p.36) leciona que:

[...] poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva). Definição esta que guarda, em sua estrutura, a ideia da culpa quando se cogita da existência de ilícito e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa.

Nesse ínterim, a responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano causado em razão de ato ou fato praticado por pessoa ou que esteja sobre a guarda dela.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2006, p.9), a responsabilidade civil é o meio jurídico de responsabilidade utilizado para reparar os danos que uma pessoa ocasionou a terceiros, tendo as consequências do seu ato, ou seja, a obrigação de repará-lo.

Em outras palavras, desde a acepção jurídica do instituto, define-se a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem a pessoa a reparar o dano causado a terceiro, em razão de ato praticado por ela ou pessoa por quem ela responda por imposição legal.

6.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

São os elementos que devem estar presentes para que se configure a Responsabilidade Civil, ou seja, a responsabilidade civil requer a existência de ação, ocorrência de dano e o nexo de causalidade entre a ação e o dano, elementos esses a seguir classificados.

A ação ou omissão que qualifique a responsabilidade civil pode ser lícita ou ilícita.

Ter-se-á ato ilícito, se a ação contrariar dever geral previsto no ordenamento jurídico, integrando-se na seara da responsabilidade extracontratual, e se ela não cumprir obrigação assumida, caso em que se configura a responsabilidade contratual. [...] há atos que embora não violem a norma jurídica, atingem o fim social a que ela se dirige, caso em que se têm os atos praticados com abuso de direito, e se tais atos prejudicarem alguém, ter-se-á o dever ressarcitório (DINIZ, 2003, p.36).

De acordo com o artigo 186, do Novo Código Civil Brasileiro, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A ilicitude do ato jurídico não pode estar vinculada à imputação de dano a outrem. Nesse ínterim, basta a conduta antijurídica que o ato não encontrará respaldo no sistema para sua preservação, ou ainda gerará o direito da parte prejudicada de provocar a tutela jurisdicional, para impedir a continuidade de produção de efeitos pelo ato ilícito e, conforme o caso, pedir a reparação dos danos causados.

A expressão “violar direito” integrante desse referido texto de lei quer tão só exaltar a antijuricidade do ato promovido por aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

Sendo assim, fica a cargo do art. 927 decretar o efeito que deste decorre. Observe: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

A responsabilidade do agente pode ser por ato de próprio, por ato de terceiros que o agente é responsável, ou por coisas que estejam em sua guarda (RODRIGUES, 2003, p.15).

A ação e omissão são os primeiros atos da responsabilidade civil. A omissão surge, quando o agente não realizou uma ação que deveria ter feito (STOCO, 2007, p.130).

Sendo assim, a ação vem a ser a própria prática do ato que não deveria ser feito, e a omissão, a não-observância de um ato que deveria ser realizado.

A culpa e o dolo também são pressupostos da responsabilidade civil.

A culpa é entendida como violação de um dever jurídico, imputável

alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreendendo o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever.

Para ilustrar o que seja culpa em sentido estrito, observa-se o ensinamento de Damásio de Jesus (2002, p.67):

O agente não pretende praticar um crime nem sequer expor interesses jurídicos de terceiros a perigo de dano. Falta, porém, com o dever de diligência exigido pela norma. [...]. Outro elemento é a ausência de previsão. É necessário que o sujeito não tenha previsto o resultado. Se o previu, não se trata mais de culpa, e sim, do dolo.

Sobre o dolo, o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 18, inciso I, conceitua-o: “Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

Dessa forma, o dolo ocorre, quando se tem vontade de agir, e a culpa, quando a pessoa não teve a intenção de ocasionar o dano, mas por imprudência (com pressa, exagero), imperícia (falta de conhecimento técnico ou científico) ou negligência (falta de cuidado ao exercer determinado ato) ocasiona o dano (STOCO, 2007, p.130).

Para que a vítima consiga ser indenizada, pela responsabilidade civil, terá que demonstrar nos autos que a pessoa que ocasionou o dano a ela agiu de forma culposa, ou seja, para que possa surgir a responsabilidade civil, é necessário que haja culpa (STOCO, 2007, p.17).

Também o dano é um pressuposto da responsabilidade civil.

Como já dito anteriormente, a responsabilidade civil é o meio jurídico de responsabilidade utilizado, para reparar os danos que uma pessoa ocasionou a terceiros, tendo as consequências do seu ato, ou seja, a obrigação de repará-lo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p.9). Quando ocorre o prejuízo ao direito personalíssimo ou um prejuízo patrimonial, diminuindo ou subtraindo o bem jurídico, sendo ele o patrimônio, a saúde a honra ou a vida, denomina-se dano (GONÇALVES, 2003, p.529).

O dano pode ser definido como a lesão que sofre uma pessoa contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.

Nem sempre é possível restaurar os danos ocasionados e devolver o estado em que se estava anteriormente, mas procura-se uma indenização pecuniária, para sanar os danos causados (GONÇALVES, 2003, p.529).

Se não houver o dano, não haverá a obrigação da reparação, e, se não há a obrigação de reparação, não há a responsabilidade civil, ou seja, só pode reclamar indenização do dano aquele que sofreu lesão.

Sobre este assunto, tem-se o entendimento de Sílvio de Salvo Venosa (2003, p.28):

Somente haverá possibilidade de indenização, se o ato ilícito ocasionar o dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto. Em concepção mais moderna, pode-se entender que a expressão dano injusto traduz a mesma noção de lesão a um interesse, expressão que se torna mais própria modernamente, tendo em vista ao vulto que tomou a responsabilidade civil. [...] O dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis, a princípio, danos hipotéticos. Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima.

O dano é a lesão de interesse. A obrigação de reparar não surge contra qualquer lesão de interesse, apenas contra os danos antijurídicos, que possam ser evitados e reparados.

Para haver a indenização de danos, é necessário que haja a diminuição de um bem jurídico, seja ele moral ou patrimonial, a certeza do dano, a causalidade, a legitimidade, a subsistência do dano e a ausência das causas excludentes de responsabilidade.

Se o dano não for provado, não haverá fundamentação, para que se proceda à indenização do mesmo, pois não é aceito o dano incerto, o dano hipotético nem o dano condicional. Assim, os danos classificam-se em moral e material.

Silvio de Salvo Venosa (2003, p.37-38) discorre a respeito:

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, sua atuação é dentro dos direitos da personalidade.

Já o dano material, também chamado patrimonial, é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização.

A súmula 37 do STJ entende que, “se o dano material e o moral decorrerem do mesmo fato, as indenizações serão cumuláveis”.

Note aí a admissibilidade da cumulação dos danos material e moral, quando decorrem do mesmo fato. A seguir, far-se-á a diferença de ambos.

Patrimônio é o conjunto de todos os bens que uma pessoa possui, sendo eles economicamente úteis (DIAS, 2006, p.975). Considerando patrimonial, o dano, presume-se uma diminuição ao patrimônio do lesado, mas de possível mensuração.

Danos patrimoniais são os prejuízos econômicos, que violaram os direitos e bens de uma pessoa (BITTAR, 1994, p.569). Nesse caso, a reparação pode-se dar naturalmente, ou seja, na entrega do objeto; seja da mesma espécie, em troca do deteriorado, ou por outro de espécie diferente, mas, se impossível de solucionar por meio destas duas possibilidades, a indenização em dinheiro é a mais frequente.

De acordo com Maria Helena Diniz (2003, p.64),

O dano patrimonial vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável.

O dano patrimonial é dividido em lucro cessante e dano emergente, visando a ressarcir o que a vítima deixou de perceber, sendo com o prejuízo que ela perdeu, seja com os valores que deixou de lucrar.

Lucros cessantes são os lucros que a vítima deixou de receber por força do dano. Devem ser considerados os lucros que a vítima ganharia se não tivesse ocorrido o dano patrimonial (VENOSA, 2003, p.30).

Já o dano emergente é o prejuízo da vítima em relação ao que ela perdeu. Chamado também de dano positivo, corresponde ao patrimônio da vítima lesada, no valor concreto do prejuízo causado, isto é, depende exclusivamente de dados concretos para ser indenizado (VENOSA, 2003, p.66).

O dano moral ocorre, quando sucede a lesão de direitos sem valor pecuniário, afetando os direitos de personalidade de uma pessoa, violando sua vida privada, sua honra, sua intimidade e sua imagem (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p.55).

O artigo 5º da Constituição Federal assegura que:

Art. 5º. [...]

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Dessa forma, o dano moral consiste na lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário nem comercialmente redutível a dinheiro, ou seja, o dano moral é aquele que afeta e danifica a esfera personalíssima da pessoa, violando a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem, a integridade intelectual, a dor e o sofrimento, causando um distúrbio na vida da vítima.

O dano moral não é a própria lesão de direito, mas sim o efeito imaterial da lesão de direito. Sendo o dano moral considerado injúria, é necessário que se verifique se foi violado um direito juridicamente assegurado, antes de ser feito o ressarcimento dos danos.

O nexó de causalidade é o nexó entre a ação ou a omissão do agente ao dano sofrido pela vítima, isto é, é o liame de causalidade que une a ação ou omissão do agente ao dano ocasionado (VENOSA, 2003, p.39).

Tem-se o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves a respeito do nexó de causalidade:

Um dos pressupostos da responsabilidade civil é a existência de um nexó causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. Sem essa relação de causalidade não se admite a obrigação de indenizar. [...] O dano só pode gerar responsabilidade, quando seja possível estabelecer um nexó causal entre ele e o seu autor (GONÇALVES, 2003, p.520).

Para que ocorra a devida indenização, é necessário que haja o nexó de causalidade entre o fato gerador e o dano ocasionado. Segundo Miguel Maria de Serpa Lopes (2001, p.218),

Uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexó causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço.

Não obstante isso, existem três teorias que tentam explicar o nexo causal: a teoria da equivalência de condições, a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta ou imediata.

Observa-se a diferença entre elas de maneira conceitual, visto que, na teoria da equivalência das condições, todas as circunstâncias utilizadas para obter o dano são consideradas causas, pois, sem uma delas, o dano não seria verificado.

Se várias condições ocorrerem para o resultado do dano, seriam todas de mesmo valor significativo. Não teria como se questionar qual das condições foi mais eficaz. Nessa teoria, pode-se ter como o agente do dano qualquer pessoa que esteja na linha causal, sendo permitida uma regressão quase infinita.

Já na teoria da causalidade adequada, não se tem tantas inconveniências como a teoria vista anteriormente. Nessa teoria, a causa é o antecedente necessário, para que se tenha o resultado danoso. Nem todas as condições serão causas, e sim a que for mais apropriada para tal. Aqui, o julgador terá que avaliar se o fato que ocorreu pode ser a causa do efeito danoso.

Por último, a teoria da causalidade direta ou imediata é a mistura da teoria da equivalência das condições e da teoria da causalidade, com mais cautela, para chegar-se às consequências. Seria a teoria da interrupção do nexo causal, tendo uma relação de causa e efeito direta e imediata (GONÇALVES, 2003, p.523).

Observe o artigo 403 do Código Civil: “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

Dessa forma, na teoria da causalidade direta ou imediata, há que se verificar realmente quem causou o dano.

Não é definida a teoria adotada no Brasil, porém alguns doutrinadores tendem a acolher a teoria da causalidade adequada, em que haverá a causa para o acontecimento do evento danoso. Já Carlos Roberto Gonçalves (2003, p.94) afirma que:

Das várias teorias sobre o nexo causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403; e das várias escolas que explicam o dano direto e imediato a mais autorizada é a que se reporta à consequência necessária.

Sendo assim, o Código Civil e a jurisprudência adotam a teoria da causalidade direta ou imediata, apesar da jurisprudência mudar a denominação da teoria e chamá-la de causalidade adequada.

6.3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Inicia-se distinguindo responsabilidade contratual de extracontratual.

Sobre esse aspecto, há quem critique a separação entre responsabilidade contratual e extracontratual, alegando que os efeitos são uniformes e que, se há dano, há a obrigação de repará-lo, independente da culpa ser contratual ou extracontratual.

É importante fazer uma distinção entre as duas espécies, pois cada uma delas possui um regime jurídico próprio, conforme será tratado neste subitem.

Quando a responsabilidade deriva de contrato, sendo o agente inadimplente ou descumprindo o contrato, a responsabilidade é contratual. Abrange também uma obrigação proveniente de um negócio unilateral ou da lei (GONÇALVES, 2003, p.26).

Dispõe o artigo 389 do Código Civil: “Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

Nesse caso, o inadimplemento da obrigação positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor, e, não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

É uma violação da norma contratual fixada pelas partes em um contrato, existindo uma norma jurídica contratual, e ocorre um dano pelo descumprimento da obrigação estabelecida no contrato.

O artigo 395 do Código Civil diz que: “Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

De acordo com o enunciado 162 do CEJ, a inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor.

Na responsabilidade contratual, o credor só é obrigado a provar que o contrato foi descumprido, sendo presumida a culpa do inadimplente (GONÇALVES, 2003, p.27).

Já se um agente comete uma ação ilícita, violando uma norma e causando um prejuízo, configura-se a responsabilidade extracontratual, também conhecida como responsabilidade aquiliana (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p.16).

Na responsabilidade extracontratual, o agente viola uma norma legal, mas não existe nenhum vínculo jurídico entre o agente causador do dano, que violou a norma legal, e a vítima (GONÇALVES, 2003, p.27).

A responsabilidade extracontratual é a obrigação jurídica dada ao agente causador do dano, ou para o responsável pelo fato de terceiro, ou seja, para aquele que, por ação ou omissão voluntária, infringir a lei e ocasionar prejuízo à outra pessoa (STOCO, 2007, p.140).

Na responsabilidade extracontratual, a vítima tem que provar a culpa ou o dolo do agente causador do dano, ou seja, tem o ônus de provar que o agente cometeu ato ilícito (RODRIGUES, 2003, p.10).

De outro lado, poderá abranger a responsabilidade sem culpa, baseada na teoria do risco, a responsabilidade extracontratual, diferentemente da responsabilidade contratual, em que o contratante não precisa provar a culpa, tendo-se, assim, a responsabilidade subjetiva.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2006, p.18) distinguem as duas responsabilidades:

Com efeito, para caracterizar a responsabilidade civil contratual, faz-se mister que a vítima e o autor do dano já tenham se aproximado anteriormente e se vinculado para o cumprimento de uma ou mais prestações, sendo a *culpa contratual* a violação de um dever de adimplir, que constitui justamente o objetivo do negócio jurídico, ao passo que, na *culpa aquiliana*, viola-se um dever necessariamente negativo, ou seja, a obrigação de não causar dano a ninguém. Justamente por essa circunstância é que, na responsabilidade civil aquiliana, a culpa deve ser sempre provada pela vítima, enquanto na responsabilidade contratual, ela é, de regra, presumida, invertendo-se o ônus da prova, cabendo à vítima comprovar, apenas, que a obrigação não foi cumprida, restando ao devedor o *onus probandi*, por exemplo, de que não agiu com culpa ou que ocorreu alguma causa excludente do elo de causalidade.

Tem-se ainda a responsabilidade objetiva e subjetiva.

A responsabilidade civil objetiva e a subjetiva não são espécies diversas de responsabilidade civil, são formas diferentes de reparar os danos ocasionados à vítima. São modalidades da responsabilidade civil extracontratual.

Na responsabilidade subjetiva, tem-se o princípio da culpa. A prova da culpa passa a ser indispensável, para ser provado o dano indenizável. Se o agente causador do dano agiu com dolo ou culpa para prejuízo da vítima, a responsabilidade é configurada (GONÇALVES, 2003, p.21).

A responsabilidade subjetiva, ou seja, responsabilidade com culpa, é regra geral no ordenamento jurídico, pois a responsabilidade pelo ato ilícito, na ausência da lei, será subjetiva (VENOSA, 2003, p.15).

Já na responsabilidade objetiva, leva-se em consideração o dano ocasionado e o nexo causal para a obrigação de indenização, não levando em conta a prova de culpa (VENOSA, 2003, p.18).

Acerca da teoria da responsabilidade objetiva, tem-se o entendimento de Sílvio Rodrigues (2003, p.11):

A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele.

Para a maioria da doutrina, a principal teoria que explica a responsabilidade civil objetiva é a teoria do risco, que, como já destacado anteriormente, permite sempre indenizar o dano ocasionado à vítima, mesmo quando não existir nexo causal entre o dano ocorrido e a culpa do agente causador do dano.

Há duas hipóteses de danos: sem culpa, referente à teoria da culpa, e com culpa, referente à teoria do risco.

A teoria do risco permite sempre indenizar o dano ocasionado à vítima, mesmo quando não existir nexo causal entre o dano ocorrido e a culpa do agente causador do dano (STOCO, 2007, p.158).

Caio Mário da Silva Pereira (1990, p.270) entende que:

A meu ver, o conceito de risco que melhor se adapta às condições de vida social é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos,

independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a teoria do risco criado.

Dessa forma, pouco importa se o agente agiu com dolo ou com culpa, pois o mais importante é verificar se houve nexo de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano causado à vítima, sendo necessária a indenização pelos prejuízos causados, independente se o ato do agente foi culposos ou não.

Já a teoria da culpa exige que seja constatada a existência de negligência, imprudência ou imperícia, para que se possa considerar alguém como responsável por um ilícito.

Ambas as teorias serão destacadas no que tange a responsabilidade objetiva e subjetiva.

O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil dispõe sobre a responsabilidade objetiva:

Art. 927. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A inovação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil será um avanço na teoria do risco, ampliando, no âmbito jurídico, as indenizações nos casos de danos.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, lei 8078/90, adotou-se a teoria sobre a responsabilidade civil dos fornecedores de produtos ou serviços que causem danos a terceiros, ou seja, independe da culpa que possa ser ou não atribuída aos responsáveis pela reparação dos danos causados, como até então era necessário.

Não se configura apenas a responsabilidade civil pela prova da culpa do agente causador do dano, mas, de acordo com a teoria do risco, pelas atividades que o agente desenvolver, oferecendo riscos para os direitos de outrem.

6.4 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE

São as excludentes da responsabilidade que evitam que o agente seja obrigado a indenizar a vítima pelos danos decorrentes.

Podem ser divididas em: o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular de um direito e o estrito cumprimento do dever legal, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro e caso fortuito ou força maior.

Os artigos 188 (inciso II e seu parágrafo único), 929 e 930 dispõem sobre o estado de necessidade:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos: [...]

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

No estado de necessidade, o agente, para evitar um perigo iminente, destrói coisa alheia, encontrando uma justificativa para o prejuízo causado à vítima. Seria um ato ilícito, mas a lei admite tal excludente (VENOSA, 2003, p.46).

O estado de necessidade é a deterioração ou destruição a um direito alheio, de valor jurídico igual ou menor daquele que se protege, para remover um perigo iminente, quando não houver outra alternativa a ser tomada, atuando em estado de necessidade.

Se o agente praticou o ato contra a própria “vítima”, em legítima defesa, não poderá ser responsabilizado a ressarcir os danos causados. Se, entretanto, atingiu uma terceira pessoa por engano, o agente deve ressarcir o dano causado, mas cabe, neste caso, uma ação regressiva contra o agressor, para recuperar o dinheiro gasto com a indenização paga ao terceiro. Apenas a legítima defesa praticada diretamente contra o agressor impedirá a obrigação de indenizar (GONÇALVES, 2003, p.712).

Não pode o ato ser usado em excesso, devendo ser proporcional ao ato do agressor, pois o excesso é vetado pelo direito (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p.104).

O artigo 187 do Código Civil trata sobre o exercício regular de direito: “Art. 187. 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”.

Os danos ocasionados pelo exercício regular de direito também são excludentes de indenização, assim como o estrito cumprimento do dever legal, pois atua de acordo com o que está estabelecido em lei (VENOSA, 2003, p.46).

No estrito cumprimento do dever legal, o agente não é responsável pelo dano causado à vítima e não tem a obrigação de pagar pelos prejuízos ocasionados.

Quando a culpa é da vítima, não haverá relação de causa e efeito entre o ato culposo praticado pelo agente e o prejuízo ocasionado. Por exemplo, se a vítima, com a intenção de cometer um suicídio, joga-se na frente de um carro, em que o motorista dirige prudente e normalmente, o motorista não pode ser considerado culpado pela vontade da vítima (GONÇALVES, 2003, p.56).

Ainda sobre a culpa exclusiva da vítima, tem-se o entendimento de Maria Helena Diniz (2003, p.103):

[...] caso em que se exclui qualquer responsabilidade do causador do dano. A vítima deverá arcar com todos os prejuízos, pois o agente que causou o dano é apenas um instrumento do acidente, não se podendo falar em nexos de causalidade entre a sua ação e a lesão (RT, 632:191, 440:74, 563:146, 44:86). P. ex.: se um indivíduo tentar suicidar-se, atirando-se sob as rodas de um veículo, o motorista estará isento de qualquer composição do dano; [...].

A culpa exclusiva da vítima é uma das causas excludentes do dever de indenizar. Embora não prevista em lei, a doutrina e a jurisprudência entendem que ela, a vítima, pode dar causa ao prejuízo por ela mesma suportado, afastando, por conseguinte, o dever de indenizar da outra parte.

No que se refere ao caso fortuito e à força maior, são excludentes do nexo de causalidade, visto que, no caso da obrigação do devedor dar coisa incerta, não será excluído o nexo causal, se o devedor alegar perda por força maior ou caso fortuito.

De acordo com Sílvio de Salvo Venosa (2003, p.39), “o caso fortuito e a força maior são excludentes do nexo causal, porque o cerceiam, ou o interrompem. Na verdade, no caso fortuito e na força maior, inexistente relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso”.

Sobre caso fortuito e força maior, dispõe o artigo 393, parágrafo único do Código Civil:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Sendo assim, todas as causas excludentes da responsabilidade civil deverão ser comprovadas e analisadas pelo órgão competente, para comprovar a culpa do agente, deixando o lesado sem a composição do dano sofrido.

Quanto ao fato de terceiro, este também pode ser causa excludente de responsabilidade civil, mas precisa ser caracterizado. O problema é saber se o agente causador do dano fica isento da obrigação de indenizar a vítima. O que interessa é verificar se foi o terceiro o verdadeiro causador do dano, ou se o agente também participou do ato danoso. Se a culpa for exclusivamente do terceiro, fica excluído o nexo causal (VENOSA, 2003, p.48).

Se o dano for ocasionado por fato de terceiro, cabe ao agente ação regressiva, mas fica difícil provar quem é o terceiro (DINIZ, 2003, p.104).

São poucas as decisões jurisprudenciais que aceitam o fato de terceiro como uma excludente da responsabilidade civil.

Embora o fato de terceiro, como causa excludente de responsabilidade, não possua disciplina específica no Código Civil, seu estudo acha-se ligado às figuras do caso fortuito e da força maior, predominando-se o entendimento jurisprudencial, segundo o qual se equipara o fato de terceiro ao fortuito. Assim, haverá exclusão de responsabilidade, quando o ato é imputável não ao agente aparente, mas a terceiro.

6.5 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CDC

Em cumprimento aos ditames constitucionais (arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF³⁶, 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

36. "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 (...)."

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.

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 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 objetiva³⁷ 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, em uma relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente de consumo (CAVALIERI FILHO, 2003, p.39).

Nesse sentido, Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem (2004, p.223) 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.

37. 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."

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 atividade dos fornecedores, referente não apenas à adequação dos bens e serviços, como também à segurança que deles se espera.

Destaca Sérgio Cavalieri Filho (2003, p.473) 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”.

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 (CAVALIERI FILHO, 2003, p.473).

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 ideia geral³⁸, uma vez que o microsistema do Código geralmente impõe a responsabilidade objetiva ou independente de culpa (arts. 12, 14, 18 e 20).

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

38. 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, em que 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

desenvolvimento do presente trabalho a estudo da responsabilidade decorrente da prestação de serviços, o próximo tópico será dedicado ao seu estudo.

6.6 RESPONSABILIDADE CIVIL NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Primeiramente, é necessário estabelecer a diferença existente entre vício e defeito, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor prevê, no seu artigo 14³⁹, a responsabilidade pelo fato do serviço - defeitos - e, no seu artigo 20⁴⁰, a responsabilidade pelo vício do serviço.

Luiz Antonio Rizzatto Nunes (2007, p.214), 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.

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 (NUNES, 2007, p.214).

Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem (2004, p.225) 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).

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

39. 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."

40. 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

consumidor, ou de terceiros, vítimas do evento (art. 17 do CDC). 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.

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 advindos⁴¹.

Traz o artigo 14, em seu parágrafo 4º, a única exceção ao sistema da responsabilidade civil objetiva presente no microssistema 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.

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 liberal. 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 (DENARI, 2001, p.176).

Ressalte-se ainda que a responsabilidade somente será subjetiva, quando a obrigação assumida pelo profissional liberal for de meio, e não de resultado. Na obrigação de resultado, a responsabilidade seguirá a regra geral do microssistema do consumidor, sendo, assim, objetiva.

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 mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.”

41. A responsabilidade civil decorrente do dever de informar será analisada de forma detalhada no tópico em que se estudará o consentimento informado.

6.7 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

No século passado, o ato médico se resumia na relação entre consciência do médico a confiança do paciente. Imaginava-se o médico como profissional, cujo título assegurava a onisciência, ou seja, médico da família, conselheiro e amigo – figura de uma social relação que não admitia nenhuma dúvida a respeito da qualidade de seus serviços.

Hoje, porém, “as circunstâncias mudaram”, segundo entendimento de Aguiar Júnior (1997, p.132). A relação social expandiu-se, criando certa distância entre o médico e seu paciente. Até mudou a denominação de sujeitos da relação, passando o médico a ser prestador de serviços, e o paciente, usuário, tudo observado sob a ótica de uma sociedade de consumo que se encontra, cada vez mais, consciente dos seus direitos, fictícios ou reais, e mais exigente a respeito dos resultados.

A matéria da responsabilidade civil é bastante abrangente e vasta, especialmente, quando se refere à responsabilidade civil médica, como Stoco (2007, p.565) preleciona:

[...] o médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício de sua profissão, exigível de acordo com o estado da ciência e as regras consagradas pela prática médica, dever esse consubstanciado em um Código de Ética, ao qual deve respeito e obrigação. Portanto, essa exigência e cuidado devem ser estabelecidos segundo o atual estágio da ciência e as regras consagradas pela prática médica.

[...] Aliás, a legislação a respeito é pobre e escassa, pois regem a matéria, basicamente, a Lei 3.268, de 30.09.1957, dispondo apenas sobre os Conselhos de Medicina, regulamentada pelo Decreto 44.045, de 19.07.1958, e o Código de Ética Médica [Resolução 1.246, de 08.01.1988, do Conselho Federal de Medicina].

Logo, antes de tudo, o médico precisa proceder conforme o que ordena seu Código de Ética Médica, precisando agir com cuidado e diligência no exercício de sua profissão, para que, com isso, não se responsabilize por certo ato seu.

É necessário levar em consideração que, caso o médico contratado preste serviços a um paciente, ganhando honorários por seu trabalho, ou trabalhe como voluntário profissional, realizando o seu trabalho de modo gratuito, nos dois casos,

o dever de reparar o prejuízo à vítima prevalecerá, caso este venha a acontecer, já que, mesmo o médico voluntário precisa obedecer às regras do Código de Ética Profissional, sempre se lembrando de seu juramento, qual seja:

[...] Aplicarei os regimes, para o bem dos doentes, segundo o meu saber e a minha razão, nunca para prejudicar ou fazer mal a quem quer que seja. A ninguém darei, para agradar, remédio mortal, nem conselho que o induza à destruição. Também não darei a uma mulher um pessário abortivo. Conservarei puras a minha vida e a minha arte [...]. Se eu cumprir este juramento com fidelidade, goze eu a minha vida e a minha arte com boa reputação entre os homens e para sempre; se dele me afastar ou infringir, suceda-me o contrário.

São vários os conceitos encontrados a respeito da responsabilidade civil médica, por isso o presente trabalho mencionará somente certos autores, para que, de certo modo, torne o objetivo almejado mais claro, isto é, indicar em quais situações, na prática, pode acontecer a responsabilidade do médico por causa de algum erro realizado em sua profissão e que, de um modo sintético, fiquem as ocasiões evidenciadas onde o médico será responsabilizado pelos seus atos.

O Código de Ética Médica determina diversas regras de conduta profissional, sendo esta relação somente exemplificativa e nunca exaustiva. Em seu artigo 12, dispõe que: “o médico precisa buscar a adequação melhor do trabalho para o ser humano e o controle ou a eliminação dos riscos relacionados ao trabalho”. O médico, desse modo, precisa adequar seu trabalho ao paciente, controlando e/ou evitando os riscos relacionados à sua profissão e não deixando ocorrer nenhuma forma de erro que prejudique seu paciente.

Além disso, em seu art. 29: “é vedado ao médico praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência”. Assim, de acordo com o que foi explicado anteriormente, o médico precisa evitar qualquer erro profissional que ofereça prejuízo ao paciente, seja por agir de modo imprudente, negligente ou com imperícia ao assunto.

Não é possível fugir às normas constantes deste Código, já que é um dos apoios que o profissional tem para se eximir de uma indenização em caso do erro médico.

Os artigos acima citados dispõem explicitamente que o médico precisa realizar seu trabalho de uma maneira adequada ao ser humano, sendo necessário eliminar ou controlar os riscos a que pode ficar exposto o paciente. Portanto, se

devido a algum motivo, isso não acontecer, o médico deverá ser responsabilizado por seus atos.

É da leitura do art. 29, já citado anteriormente, que se chega a essa conclusão, ou seja, é vedada ao profissional a prática de atos danosos que caracterizem a imperícia, imprudência ou negligência. Logo, de acordo com tudo já estudado até aqui, é certo que haverá a responsabilidade médica, caso o médico aja com um desses três institutos.

Assim, Genival Veloso França (2002, p.435) preleciona a respeito da responsabilidade médica: “a obrigação, de ordem civil, penal ou administrativa, a que estão sujeitos os médicos, no exercício profissional, quando de um resultado lesivo ao paciente, por imprudência, imperícia ou negligência”. Assim, a responsabilidade civil médica é a obrigação de, na esfera civil, suportar as consequências de faltas cometidas por ele no exercício da sua profissão.

Prosseguindo sobre esse assunto, dispõe o Novo Código Civil (Lei 10.406/02), em seu art. 951, que, na hipótese de indenização devida à vítima, parte vencedora na ação de reparação de dano, será responsabilizado o médico que, no exercício de sua atividade profissional, seja por negligência, imprudência ou imperícia, causar morte, lesão, agravar o mal ou inabilitar o paciente para o seu trabalho. Portanto, essa regra é aplicável a todos os profissionais liberais, incluindo, certamente, o médico. É o que dispunha o art. 1545 do Código Civil de 1916.

Logo, o profissional que não preste toda a atenção para atender ao paciente, causando prejuízo a este, tanto de modo leve (como uma leve lesão corporal) como de modo gravíssimo (a morte do paciente), será responsabilizado, com certeza, pelos seus atos.

Desse modo, para que aconteça a responsabilidade do médico, são precisos os seguintes elementos: o médico (agente), a culpa (imprudência, imperícia ou negligência), o ato profissional, o prejuízo (podendo ser o agravamento de um mal, a lesão ou até a morte) e o nexa da causalidade entre o dano e o ato (omissão ou a ação do médico que causou o dano).

Segundo Venosa (2004, p.32),

[...] como em toda responsabilidade profissional, a responsabilidade do médico será, em regra, aferida mediante o cauteloso exame dos meios por ele empregados em cada caso. Em Medicina, como em Direito, há casos semelhantes, mas não idênticos. Mesmo porque não existem pessoas iguais, embora a ciência já admita produzir clones.

Assim, conceituar a responsabilidade civil do médico é um trabalho árduo, pois, de acordo com o doutrinador supracitado, deve-se analisar o caso em concreto, por ser uma matéria de grande relatividade.

A doutrina diverge de maneira expressiva, quando se trata de definir a natureza jurídica da relação médico-paciente, isto é, encontra dificuldade, para definir se essa relação se trata de relação contratual ou extracontratual.

Em razão disso, o presente trabalho mostrará as regras específicas em cada caso. Ainda se discute em quais casos a responsabilidade civil do médico pode ser considerada objetiva ou subjetiva. Em determinadas circunstâncias, faz-se a análise quanto ao seu fim, qual seja, se a obrigação profissional do médico é de meio ou de resultado.

A responsabilidade do médico será contratual, quando decorrer de contrato existente entre o médico e seu cliente, isto é, quando o profissional estiver unido a seu paciente por um vínculo contratual.

Assim, no entender de Aguiar Dias (2006, p.328), “[...] ora, a natureza contratual da responsabilidade médica não nos parece hoje objeto de dúvida. (...) Acreditamos, pois, que a responsabilidade do médico é contratual, não obstante sua colocação no capítulo dos atos ilícitos”.

Logo, o paciente tem a total liberdade de eleger o seu médico. Aceitando o encargo e ambos concordando quanto ao tipo de serviço a ser prestado, estará caracterizada a obrigação contratual. Assim, para que surja a responsabilidade, o paciente é obrigado a demonstrar apenas que a obrigação não foi cumprida, isto é, a inexecução culposa da obrigação pelo profissional e o nexo de causalidade entre essa e o dano causado. O médico só não será obrigado a indenizar, se provar que o dano decorreu de causa que não participou.

A culpa do profissional, porém, não pode ser presumida, mesmo que a responsabilidade médica seja considerada contratual. Dessa forma, há que se entender como consequência dessa natureza jurídica o fato do médico não se comprometer a curar, mas a proceder conforme as regras e os métodos exigidos pela própria profissão.

Entre médico e paciente, pode existir contrato verbal ou escrito. Será contrato verbal, quando, por exemplo, o paciente faz uma consulta no hospital com um médico plantonista, alegando que sente fortes dores no estômago e permitindo o exame clínico. Logo, o paciente não precisou assinar nenhum papel, autorizando o médico a realizar os exames necessários, para poder diagnosticá-lo. Nesse caso, bastou uma simples alegação e a sua submissão ao exame, para que ficasse caracterizado o contrato verbal (DIAS, 2006, p.333).

O contrato será, porém, de forma escrita, quando, por exemplo, o paciente assina uma autorização, para que o médico realize determinada cirurgia. Assim, observa-se que a diferença entre os dois tipos de contrato está no fato de um depender, necessariamente, de documento escrito e/ou assinado pelo paciente e pelo médico, não sendo exigível no contrato verbal.

Destarte, havendo contrato, no âmbito de seus limites, será apurado o inadimplemento por parte do paciente ou o descumprimento do contrato por parte do médico.

Há descumprimento do contrato, quando, por exemplo, em cirurgia plástica, o médico contrata com a sua paciente, comprometendo-se a deixar seu nariz igual ao de uma determinada atriz. Realizada a cirurgia, o resultado é diverso do contratado, logo, analisando-se pelo âmbito contratual, houve, nesse caso, um descumprimento do profissional com o que foi previamente pactuado com a paciente.

Na responsabilidade extracontratual, não há contrato firmado entre médico e paciente, como no caso da responsabilidade contratual.

Ocorre, na responsabilidade extracontratual, uma voluntariedade por parte do profissional em querer ajudar, tratar de seu paciente, sem que, para isso, firme um acordo com ele. Assim, o médico presta serviços de forma espontânea, quando as circunstâncias da vida colocam-no frente a frente com o enfermo. Exemplo básico disso ocorre, quando o profissional se depara com a vítima de acidente em via pública e, de maneira urgente, precisa socorrê-la. Nesse caso, não houve o expresso consentimento da vítima em querer ser atendida por tal médico, devido à sua impossibilidade (DIAS, 2006, p.339-340).

Embora não fora firmado um contrato entre o médico e o paciente, isso não isentará o médico da obrigação de indenizar, caso ocorra algum dano, haja contrato ou não. Nesse sentido, afirma Aguiar Junior (1997, p.35):

[...] na responsabilidade extracontratual ou delitual, o autor da ação deve provar, ainda, a imprudência, negligência ou imperícia do causador do dano (culpa), isentando-se o réu de responder pela indenização, se o autor não se desincumbir desse ônus. Na prática, isso só tem significado com a outra distinção que se faz entre obrigação de resultado e obrigação de meio.

Sérgio Cavalieri Filho (2003, p.38-39), a respeito, esclarece que, tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual, há a violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever. Haverá responsabilidade

contratual, quando o dever jurídico violado estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. Como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que, na responsabilidade contratual, já há uma relação jurídica preexistente entre as partes. Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual, se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica.

A responsabilidade extracontratual incumbe o paciente de provar que o médico agiu com culpa *stricto sensu* - negligência, imprudência ou imperícia.

Portanto, para que se exija a reparação do dano pelo médico, é necessário provar que o profissional agiu com culpa na prática do ato.

Percebe-se, logo, que, na responsabilidade extracontratual, há uma dificuldade maior ao lesado, uma vez que não existe nenhum vínculo jurídico contratual entre a vítima e o causador do dano.

Quanto ao fim almejado, a obrigação do médico será de meio ou de resultado. Neste tópico, faremos a distinção entre estas duas modalidades de obrigação.

Considera-se obrigação de meio, conforme entendimento doutrinário, aquela em que o profissional assume a prestação de um serviço, utilizando todos os *meios*, isto é, toda a sua diligência, cuidado, dedicação e prudência, de acordo com os recursos de que dispõe, para atingir a meta prevista, não se comprometendo, no entanto, a obtê-la. Conforme preleciona Jurandir Sebastião (1998, p.30),

[...] cumpre ao médico empenhar-se, quanto necessário e possível, para o bom resultado da prática médica, com o objetivo de curar o paciente. Isso importa obrigação de utilização de todas as técnicas disponíveis, aceitas pelo consenso profissional como adequadas ao fim proposto.

Isso significa que o profissional deve empregar toda a sua técnica médica e conhecimento sobre o assunto, com o objetivo de curar o paciente, não se comprometendo, porém, com a total cura dele. Caso típico dessa obrigação ocorre, quando o médico utiliza-se de todo o seu conhecimento técnico, para tratar a doença de seu paciente, como, por exemplo, o câncer.

Essa doença, por ser muito grave, depende de tratamento muito profundo e, por vezes, agressivo. Logo, a quimioterapia é um dos tratamentos mais utilizado pelos médicos. Esse tratamento, entretanto, causa diversos efeitos colaterais, como a perda de cabelos e resistência imunológica muito baixa, que pode provocar outras

doenças. Assim, caso o médico não atinja a cura, só poderá ser responsabilizado por danos advindos, se for provada a sua negligência, imprudência ou imperícia.

Nesse mesmo sentido, entende o autor Silvio de Salvo Venosa (2003, p.92), ao dizer que o médico não pode assegurar a cura, o resultado positivo do tratamento de seu paciente, no entanto deverá aplicar toda diligência técnica, para conseguir atingi-lo. É necessário, porém, que o médico informe ao paciente e/ou à sua família todos os riscos que possivelmente poderão ocorrer em decorrência de determinado tratamento e a situação atual em que encontra o enfermo. Deve explicitar as consequências normais de determinada conduta.

Nesse tipo de obrigação, para que surja o dever de indenizar, deve ser provada pelo paciente a conduta ilícita do profissional, mostrando que, de alguma forma, o médico agiu com negligência, imprudência ou imperícia e demonstrando que não agiu com atenção, diligência e cuidados adequados na execução do contrato.

Assim sendo, é fácil perceber que o profissional, ao demonstrar sua diligência correta e adequada frente a todas as normas técnicas inerentes à profissão, estará afastado do risco de sofrer repressões de cunho civil ou penal, porque dele o que se exige é que atue em conformidade com a doença do paciente e promova um adequado tratamento ao quadro clínico evidenciado. Ao paciente caberá demonstrar a culpa do profissional contratado, caso contrário, verá ruir a demanda indenizatória ajuizada, pois, na obrigação de meio, como já explicado anteriormente, o ônus da prova referente à ocorrência de culpa é um fator indispensável, para verificar a responsabilidade civil.

A obrigação é de resultado, quando há o total comprometimento do médico em chegar a um determinado fim, caso contrário, não terá cumprido com a sua obrigação e deverá arcar com as consequências (SEBASTIÃO, 1998, p.32).

Na obrigação de resultado, o ônus da prova se inverte, cabendo ao médico provar que não agiu com culpa ou que ocorreu um caso fortuito ou força maior, bastando ao paciente provar o inadimplemento do profissional (TELLES, 2002, p.53).

Logo, quando a atividade médica é de resultado, resta tão somente ao profissional provar que, devido à ocorrência de caso fortuito ou força maior, foi impossível atingir o fim esperado.

O parâmetro, para que se evidencie a culpa, não é a existência de um contrato, mas o tipo de obrigação assumida pelo profissional com seu paciente (ROSSI; ROSSI, 2007, p.78).

Logo, nada mais justo que seja esse tipo de obrigação assumida, pois tira do prejudicado todo o encargo de ter que provar a culpa do profissional, cabendo a esse a tarefa de provar a sua não-culpa.

Ora, o paciente já se encontra prejudicado devido a danos ocorridos e ainda tem que provar que foi o profissional que atuou de forma culposa? Não parece ser a maneira mais correta de se proteger aqueles necessitados que não possuem condições financeiras nem psicológicas para promover uma ação indenizatória, pois terá um trabalho muito árduo e, provavelmente, não terá nenhum êxito futuramente [CAVALIERI FILHO, 2003, p.48].

Nesse sentido, preceitua o Código de Defesa do Consumidor, isto é, preserva a parte hipossuficiente, ou seja, a parte mais fraca em um contrato de prestação de serviços.

Para que haja a responsabilidade do médico, não é necessário que a culpa seja grave, bastando ocorrer a culpa levíssima, para que se faça cabível a reparação do dano.

De acordo com o trabalho monográfico de Tatiana Descio Telles (2002, p.52), “os defensores da culpa como elemento fundamental da responsabilidade civil afirmam que a culpa possui um efeito de moralidade, por isso inadmissível a concepção da responsabilidade senão nela fundada”.

Essencialmente, na responsabilidade subjetiva, o elemento culpa constitui pressuposto necessário à indenização. Assim, o agente que causa dano a outrem, por meio de ação ou omissão dotada de culpa em sentido amplo, tem a obrigação de indenizar.

O Código Civil, em seu art. 186, reconhece expressamente a responsabilidade civil subjetiva, ao destacar e ressaltar a conduta humana como pressuposto básico à caracterização do dever de indenizar.

O art. 186 está assim redigido: “Art. 186 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ao ilícito”.

Certamente, assim fez o legislador civil, pois, na visão de Cavalieri Filho,

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil. O novo Código Civil, em seu art. 186, manteve a culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva. A palavra culpa está sendo aqui empregada em sentido amplo, para indicar não só a culpa *stricto sensu*, como também o dolo [CAVALIERI FILHO, 2003, p.39].

Carlos Roberto Gonçalves (2002, p.23), analisando o art. 186 da nova norma de regência da responsabilidade, também afirma ter-se filiado o Código Civil à teoria subjetiva, à medida que erigiu o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano. Salienta que a responsabilidade subjetiva subsiste como regra necessária, sem prejuízo da adoção da responsabilidade objetiva, em dispositivos vários e esparsos.

O parágrafo único do art. 927, do novo Código Civil (Lei 10.406/02), impõe o dever de reparar o dano, *independentemente* de culpa, nos casos previstos em lei, ou quando a atividade do agente causador do dano, por sua natureza, implicar em risco para os direitos de outrem. Nesse tipo de responsabilidade, há a inversão do ônus da prova, incumbindo ao autor do pedido de indenização provar apenas a ação ou omissão do agente e o resultado danoso.

Exemplo disso ocorre, quando há o descumprimento de alguma norma legal, ou quando a própria atividade realizada pelo agente causador do dano implica em risco aos direitos de outrem, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil (Lei 10.406/02), impondo o dever de reparar o dano, mesmo que tenha agido com culpa, como radiologia, na cirurgia plástica estética, embora haja divergência doutrinária quanto a essa última.

Verifica-se, portanto, que a responsabilidade objetiva é exceção, sendo admitida somente nos casos contemplados em leis específicas e sob o aspecto enfocado pelo Código Civil, enquanto a subjetiva é a regra geral.

Sílvio de Salvo Venosa (2003, p.17) demonstra o fundamento da objetivação da responsabilidade, asseverando que todas as teorias e adjectivações na responsabilidade objetiva decorrem da mesma ideia. Qualquer que seja a qualificação do risco, o que importa é sua essência: em todas as situações socialmente relevantes, quando a prova da culpa é um fardo pesado ou intransponível para a vítima, a lei opta por dispensá-la.

No que tange aos profissionais liberais, a responsabilidade dependerá de culpa, ao contrário dos demais profissionais:

Art. 14.

{...}

§ 4º A responsabilidade pessoa dos profissionais liberais será apurada mediante verificação de culpa.

Deve-se frisar o conceito de profissional liberal, que é diferente de profissional autônomo.

Profissional autônomo é o profissional que não tem patrão. Não possui qualquer tipo de vínculo empregatício.

Profissional liberal é aquele que exerce uma atividade técnico-científica, regulamentada por lei, ou seja, exige estudo e preparação prévia, para que tenha conhecimentos sobre a matéria e possa atuar em sua profissão.

O traço característico da responsabilidade civil do profissional liberal é a hipossuficiência técnica do consumidor em relação ao prestador de serviços. Essa forte característica gera, quase automaticamente, a inversão do ônus da prova, sendo que caberá ao profissional provar que não agiu com culpa e que se utilizou de todos os procedimentos adequados e indicados para a situação apresentada (VENOSA, 2003, p.17).

Justamente sobre a prova, há, no que se refere ao profissional, as chamadas obrigações de meio e as obrigações de resultado.

6.7.1 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.

Esse entendimento pode ser extraído do Código Civil de 2002⁴², 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 (p.249), 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.

42. Nota-se aqui um verdadeiro diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002.

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 ordens⁴³.

Com efeito, deve-se aplicar o disposto no artigo 933 do Código Civil, 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.

Nesse sentido, Roberto Vázquez Ferreyra (2002, p.89) 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.

No mesmo diapasão, Alberto J. Bueres (2006, p.440) doutrina: “Na atualidade, reiteramos, se entende com total acerto que a responsabilidade civil do comitente é inescusável.” Assim, a responsabilidade do facultativo será objetiva nos casos de responsabilidade civil decorrente do fato de outrem⁴⁴.

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).

6.7.2 Obrigações na reprodução 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?

43. “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].

44. Essa responsabilidade também é denominada de transubjetiva.

Como bem assevera Amélia do Rosário Motta de Pádua (2008, p.203), o objeto desses contratos é a utilização de meios técnico-científicos para a compensação da infertilidade, não a sua cura⁴⁵. 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 a um objetivo final: a gravidez, que não pode ser garantida. Portanto, a utilização das técnicas de reprodução assistida gera uma obrigação de meio, e não de resultado.

Nesse sentido, João Álvaro Dias (1996, p.256) 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”.

No mesmo tom, Ivelise Fonseca da Cruz (2005, p.126) doutrina: “A inferência que fazemos quanto às técnicas da reprodução assistida é que o médico está ligado tão-somente a uma obrigação de meio.”

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 (2008, p.203) que “cada uma dessas fases pode representar um objetivo (objeto) que, isoladamente, visa um objeto que pode ou não ser atingido, não ilidindo a sua execução com prudência, diligência e perícia”. Dessa feita, o médico está vinculado, em um contrato dessa natureza, por diversas obrigações, conforme mostra a figura seguinte:



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*⁴⁶ no processo de reprodução humana assistida.

Já os serviços complementares, como exames laboratoriais⁴⁷ (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 resultado que, como já mencionado, geram responsabilidade objetiva, pelas razões já expostas (PÁDUA, 2008, p.204).

6.8 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 clínicas, em razão da natureza do serviço prestado, são responsáveis subjetiva ou objetivamente.

Conforme os ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho (2003, p.380), 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. Esse fundamento, contudo, diz o autor, perdeu sua razão de ser em face do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, que disciplina a matéria.

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

46. 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 nexa causal entre a conduta do facultativo e o dano suportado pelo paciente. Dessa forma, não persiste, em regra, o dever de indenizar (NAVARRETE, 2004, p. 177).

47. Desde que reste demonstrado que deve ser feita uma análise técnica, que não requeiram um juízo médico mais complexo.

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 adesão, a condições gerais (DENARI, 2001, p.176).

Desse modo, a responsabilidade civil do hospital é objetiva⁴⁸, fundada no risco do empreendimento, conforme o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, pois não 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 (2003, p.370) 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.

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. Se o profissional, no entanto, apenas utiliza o hospital para internar os seus pacientes particulares, responde com exclusividade de forma subjetiva pelos seus erros, afastada a responsabilidade do estabelecimento.

48. “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. 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 Scarpato, j. 10.10.2007).

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.

Anote-se que a responsabilidade civil dos hospitais públicos será estabelecida de acordo com o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal⁴⁹, 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 qualidade (PÁDUA, 2008, p.544). Cabe ação de regresso do Estado em face do agente que agiu com dolo ou culpa.

6.9 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.

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, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA”.

49. “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.”

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 congelado (LEITE, 2001, p.257). 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, em que uma mulher holandesa pariu gêmeos de duas raças, um mulato e um branco. Após o exame de DNA, 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 espermatozoides utilizados não eram de seu marido. O Tribunal de Nova Iorque condenou o laboratório ao pagamento de indenização à mulher, no valor de US\$ 400 mil – o Instituto pagou US\$ 100 mil e o médico responsável os restantes US\$ 300 mil (PÁDUA, 2008, p.210).

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.

6.10 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS DOAÇÕES

Como estudado, a doação de gametas e embriões deverá ser gratuita (art. 199, § 4º, CF), vedada qualquer forma de comercialização desses procedimentos. A gratuidade, contudo, não implica a ausência de responsabilidade de quem executa as técnicas de procriação assistida. 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 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, 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.

O dever de indenizar pode advir também da quebra do sigilo médico. Como ressaltado anteriormente, a identidade dos doadores deve ser mantida em segredo, respondendo os médicos, bancos receptores das doações e clínicas pela sua divulgação indevida. Atualmente, no entanto, 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.

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, o qual 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].

O Projeto de Lei n. 90/99, por sua vez, 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.

6.11 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.

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).

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.

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. 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 (KFOURI NETO, 2007, p.49).

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, ademais, que, no Brasil, não é admitida a redução embrionária. Essa é a orientação adotada pela Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, a qual, 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.

É de se lembrar, no entanto, 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, amniocentese, cordocentese ou biopsia de vilos coriais. Ao tratar do assunto, João Álvaro Dias (1996, p.378) afirma: “Também aqui os erros de diagnóstico podem ter graves consequências e as omissões devem ser motivo de acrescidas responsabilidades”. 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 assistida, o que aponta para a necessidade da realização de exames dessa natureza.

Nenhuma mulher, entretanto, poderá ser forçada a submeter-se a tal tipo de diagnóstico, então, a mulher que haja se recusado a fazer tais exames não poderá posteriormente demandar o médico por não tê-la esclarecido sobre quaisquer más-formações que seriam detectadas mediante a realização dos testes.

6.12 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 ocorrido⁵⁰.

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, algum 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 (NORONHA, 2005, p.28).

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

50. “Responsabilidade civil. Ação de indenização. Erro médico. Nexos 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 nexos 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).

aconteceu. 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 (2005, p.29),

[...] 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.

Ademais, como bem assevera João Álvaro Dias (1996, p.395), é necessário que a chance perdida seja real e séria.

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 endometrial. 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.

6.13 A 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 autorregulamentação 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 autorregulação. No campo específico da Medicina, a expressão mais antiga de autorregulação consta dos textos atribuídos a Hipócrates, mais tarde convertidos no conhecido *Juramento* (OLIVEIRA, 2005, p.49).

Hodiernamente, o fenômeno da autorregulação pode ser observado muitas vezes, porque as previsões e os comandos legais não conseguem chegar a todos os fenômenos sociais que carecem de regulação. Assim, multiplicaram-se os chamados “códigos de conduta” que as profissões adotaram, os quais, no âmbito da medicina, são tradicionalmente conhecidos como “códigos deontológicos”.

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.

Na Espanha, o nível de diligência de um médico deve ser medido com base nos códigos deontológicos. Não se pode esquecer, no entanto, 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 deontológico assumem um papel importante na aplicação do instituto da responsabilidade civil e servem de parâmetro para a valoração da diligência do profissional.

Na Argentina, lembra Roberto Vázquez Ferreyra (2002, p.160), 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).

Em Portugal, ensina Guilherme de Oliveira (2005, p.53), o Código de Ética Médica não tem o valor de uma lei formal. O autor, todavia, doutrina:

Isto não quer dizer, porém, que não assuma 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.

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, a qual regulamenta as técnicas de reprodução humana assistida. Essas normas não são leis em sentido formal, pois não emanam do Poder Legislativo, nem seguem o processo previsto na Constituição Federal (arts. 59 a 69), contudo possuem valor jurídico, à medida que determinam um padrão de excelência no exercício da atividade médica. Dessa forma, devem servir de parâmetro na avaliação da diligência do médico, bem como na determinação da responsabilidade civil do facultativo⁵¹.

51. PROCESSO-CONSULTA CFM Nº 3.491/06 – PARECER CFM Nº 7/06

INTERESSADO: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Norte

RELATOR: Cons. Pedro Pablo Magalhães Chacel

EMENTA: A doação temporária do útero por pessoa não-parente até 2º grau obrigatoriamente não tem carácter comercial e pode ser permitida quando se observa que a motivação é claramente afetiva.

RELATÓRIO

A Sra. A.F.S. encaminha ao Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Norte solicitação de autorização para que uma pessoa, a quem chama de prima por afinidade, seja doadora temporária de útero para processo de gestação em caso de reprodução assistida, sendo a missivista a mãe do nascituro – documento protocolado naquele Conselho em 1/12/2005.

Relata ter feito inúmeros tratamentos para engravidar, sem obter resultado positivo, e ter sido submetida à histerectomia no ano de 2000, o que tornou impossível qualquer futura gestação. Suas irmãs biológicas foram igualmente histerectomizadas, fato que a impossibilita de conseguir uma doadora temporária de útero com parentesco até o 2º grau, como colocado na Resolução no 1.358/92, único documento existente até hoje, em nosso país, a respeito da reprodução assistida.

A possível doadora temporária do útero também se manifesta, por escrito, em documento aditado a esta solicitação. É mãe de quatro filhos, tendo sua prole completa, não havendo, portanto, qualquer motivo para ter novos filhos. Sua atitude deriva de decisão tomada apenas no plano afetivo, sem qualquer contrapartida pecuniária.

PARECER

A Resolução no 1.358/92 estabelece em seu item VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO) que:

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 (2005, p.53), só pode ter uma solução: “as normas deontológicas têm de se subordinar à legislação ordinária”.

Nas palavras de Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi (1999, p.112), “as vantagens inerentes à auto-regulamentação são relativas à sua complementaridade ao sistema protetivo do consumidor”. Assim sendo, as normas deontológicas não podem contrariar o microssistema do consumidor, pois são normas que o complementam.

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, em um 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.

A exigência de que a doadora temporária do útero tenha parentesco até o segundo grau com a doadora genética não diz respeito a qualquer indicação de ordem genética, mas sim à proximidade familiar e afetiva. Assim sendo, considerando estar caracterizada a proximidade afetiva e a circunstância de a Resolução no 1.358/92 permitir que os Conselhos Regionais de Medicina decidam situações especiais como esta, caso a caso, sou favorável à concessão, por parte deste Conselho, da autorização pretendida. Brasília-DF, 12 de maio de 2006.

PEDRO PABLO MAGALHÃES CHACEL - Conselheiro Relator

7. CONCLUSÃO

Chega-se, portanto, à definição do instituto da reprodução Assistida (RA) como o uso de uma tecnologia que importa na implantação artificial de espermatozoides ou embriões humanos no aparelho reprodutor de mulheres receptoras, com o condão de propiciar e procurar obter a procriação com êxito.

As técnicas de reprodução humana assistida podem ser classificadas de dois modos distintos, quais sejam: *i)* aquelas em que se introduz, no aparelho reprodutor da mulher, o esperma, genericamente denominadas inseminação artificial (IA), e *ii)* a fertilização *in vitro* (FIV), em que o óvulo e o esperma são reunidos em um tubo de proveta e, posteriormente, são introduzidos alguns embriões no aparelho reprodutor da *futura genitora*. Poderá esta última ser operada sob as seguintes formas: a) inseminação intrauterina (IIU), em que o esperma é colocado no útero; b) transferência intrafalopiana de gametas (IFTG), em que os espermatozóides são introduzidos nas trompas de falópio e c) inseminação intraperitoneal (IIP), patenteando-se que, em quaisquer dos procedimentos, é possível a utilização de sêmen e/ou óvulo homólogo ou heterólogo.

Existe a leigamente chamada “barriga de aluguel”, que, por sua vez, é, científica e juridicamente, denominada como doação temporária do útero, em que uma mulher se propõe a dar a uma criança para outra mulher mediante a utilização de sêmen e/ou óvulo homólogo ou heterólogo, uma prática, embora já bastante intensa, inclusive, com ofertas pela rede mundial de computadores – Internet – e pelos demais meios de comunicação, que sofre bastantes restrições, principalmente aquelas advindas da Lei Maior de proibição do comércio de órgãos, e, conjuntamente, também contém vários impeditivos legais infraconstitucionais. Além disso, não podem ser descartadas as eventuais questões jurídicas que podem surgir na seara do direito de família e sucessório, diante da legislação atualmente em vigor, a qual regula estes dois ramos do conhecimento, principalmente no caso em que o óvulo pertença à *mulher contratada*⁵², que, conseqüente e inegavelmente, tornar-se-á a mãe genética e gestacional da criança.

Nesse ínterim, não se pode deixar de levar sempre em consideração o fato que o tema abordado traz à tona matérias de grande polêmica e de opiniões muito divergentes, a exemplo da destinação a ser dada aos embriões excedentes. As diferentes possibilidades esbarram nos mais diversificados entendimentos, usando,

52. Mulher que doa temporariamente o seu útero com o objetivo de dar uma criança para outra mulher.

como base, critérios éticos, filosóficos, religiosos e morais, de onde nascem teorias discrepantes acerca do “status” existencial do embrião. Seguindo o posicionamento de alguns autores que consideram que os embriões já são seres humanos em desenvolvimento, juridicamente estaria patenteada a impossibilidade do descarte, a doação para pesquisa e, até mesmo, a criopreservação.

O presente trabalho procurou, de forma ampla e não tendenciosa, fazer uma explanação do tema relativo à reprodução humana assistida, pautando-se em definições e explicações das técnicas atualmente existentes, assim como fazendo uma abordagem concomitantemente jurídica do instituto, com destaque para a denúncia da atual ausência de normativa legal que cumpra com o escopo de regulamentar toda a matéria de modo amplo, geral e aprofundado, tratando dos pontos que necessitam de grande atenção do legislador. Dada a problemática legal que gira em torno do tema em questão, infere-se a necessidade de conceber a iniciativa e aprovação de um projeto de lei completo e apto para regulamentar toda a matéria, dentro dos limites da constitucionalidade, regimentalidade e legalidade. Sem afrontar a técnica legislativa, inegavelmente, haverá de tratar com atenção bastante especial e fazer constar, obrigatoriamente, os seguintes tópicos:

1. Definição, determinação e limitação dos casos em que deverá ser autorizada a utilização das técnicas de RA, enumerando-as exaustivamente e regulando toda a questão relativa ao diagnóstico e à aprovação dos envolvidos.

2. Definição, determinação e limitação dos casos em que será permitida a gestação de substituição, regulando toda problemática relativa à exigência ou não de laço parental, bem como a forma e os requisitos do diagnóstico médico que autorizará a sua utilização pelo paciente e respaldará a efetiva realização do tratamento pelo médico.

3. Definição, determinação e limitação das proibições relativas à utilização das técnicas de RA e prática eugênicas, dando ênfase para as questões relativas à clonagem, pré-seleção sexual e características biológicas, intervenção sobre gametas e embriões *in vitro*, bem como à finalidade eugênica, com enumeração exaustiva dos casos de proibições de fecundação de óvulos.

4. Indicação da forma, de modo detalhado, do tema relativo à exigência do Documento de Consentimento, incluindo os seguintes tópicos: indicação médica; aspectos técnicos e modalidades de RA, inclusive com custos envolvidos; efetividade dos resultados do serviço; probabilidade de efeitos indesejados; implicações jurídicas, tipos de procedimentos autorizados pelo paciente, número de embriões a serem produzidos e utilizados; autorização do doador de gametas para a sua utilização. Enfim, de um modo amplo, deverá incluir todos os aspectos médicos,

riscos, efetividade e efeitos indesejados e também, de modo claro e em linguagem de fácil compreensão, os aspectos jurídicos, biológicos, religiosos, éticos e econômicos.

5. Indicação de todas as responsabilidades e os requisitos para o funcionamento de clínicas e fornecimento dos serviços de RA por profissionais médicos, criando e/ou indicando o órgão público que deverá atuar como fiscalizador e ampliando o Poder de intervenção do Conselho Federal de Medicina.

6. Regulamentação das questões vinculadas à doação de gametas e pré-embriões, dentre elas, definir o número máximo de receptoras, anonimato e preservação da identidade do doador, indicando todos os requisitos e exigências legais para a sua quebra.

7. Regulamentação das questões relativas à produção e transferência de embriões, com especificação do quantitativo máximo por cada ciclo reprodutivo, determinando o destino dos excedentes e indicando normas para o congelamento de “pré-embriões”, tempo e responsabilidade pela guarda, doação, utilização em pesquisas e a destinação em casos de separação do casal, morte ou doença grave do casal.

8. Definição dos conceitos de filiação e direitos do conceito e dos doadores, com ênfase, repita-se, para as questões relativas à morte dos beneficiários e à impossibilidade de restabelecimento do poder parental dos pais biológicos, tratando das questões pertinentes aos impedimentos matrimoniais e do acesso aos registros para casos de transplantes, garantido o sigilo, e regulando questões sobre o reconhecimento de paternidade.

Já nos capítulos que destinamos ao estudo da responsabilidade civil médica nos procedimentos de reprodução humana assistida, o nosso posicionamento foi embasado na abordagem de temas que perpassam esse contrato de prestação desses serviços, dando ênfase na responsabilidade objetiva e subjetiva.

Como conclusão, afigura-se inegável que a matéria analisada propicia uma visão extensa da importância e da relevância dessas técnicas de reprodução humana assistida no mundo médico e os seus reflexos jurídicos, possibilitando, como resultado do estudo realizado, a extração dos seguintes posicionamentos em relação ao tema:

- As técnicas de reprodução humana assistida devem ser consideradas como lícitas, se utilizadas para tratar os casos comprovados de infertilidade e para o controle de doenças geneticamente transmissíveis, desde que estejam de acordo

com os limites impostos pelo ordenamento jurídico pátrio e pelo código de ética médica.

- Reconhece-se, sem sombra de dúvidas, 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, acostando-nos ao posicionamento e jurisprudência existente sobre a matéria e as diretrizes do CFM no sentido de reafirmar que os embriões excedentários decorrentes do processo de congelamento não podem, dessa forma, ser comercializados, descartados e destruídos. Além do mais, somente deverão ser utilizados para fins expreso de pesquisa científica que tenha como alvo assegurar o seu bom desenvolvimento, sendo, a nosso ver, 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.

- 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.

- 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.

- 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.

- 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.

- 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.

- 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.

- 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, a nosso ver, até o 2º grau, entre a *gestratix* – 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.

- 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.

- 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.

- 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.

- Conforme a sistemática do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil será subjetiva nesses casos, sendo a obrigação assumida pelo médico de meio, e não de resultado, e exigindo-se, para a sua configuração, a existência da ação culposa, do dano e do nexo de causalidade.

- 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.

- 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.

- 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.

• Por fim, concluiu-se, a partir da análise dos casos hipotéticos apresentados para estudo, a necessidade de uma legislação específica sobre a matéria, a qual preveja normas claras e precisas, de acordo com os ditames constitucionais, especialmente a dignidade da pessoa humana, e logre contemplar os tópicos enumerados no início destas conclusões.

Enfim, a ciência, ao trazer para a humanidade o conhecimento da técnica e da capacidade do ser humano de reproduzir-se seja de modo espontâneo ou assistido, gerou uma série de implicações de ordem ética, moral, religiosa, filosófica, biológica, jurídica e econômica, a qual deverá ser objeto de regramento próprio e específico, como requisito para possibilitar a vivência sem nenhum tipo de discriminação daqueles seres humanos nascidos através da reprodução assistida, conferindo e preservando-lhes os mesmos direitos, obrigações e deveres dos seus semelhantes gerados através de meios espontâneos.

RELAÇÃO DOS PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

PROPOSIÇÃO	AUTOR	ORIGEM	Ementa
Projeto de Lei n.º 5624/05	Neucimar Fraga PL – ES	CD	Cria Programa de Reprodução Assistida no Sistema Único de Saúde e dá outras providências.
Projeto de Lei n.º 4889/05	Salvador Zimbaldi PTB – SP	CD	Estabelece normas e critérios para o funcionamento de Clínicas de Reprodução Humana.
Projeto de Lei n.º 4686/04	José Carlos Araújo PFL – BA	CD	Introduz o art. 1.597-A na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, assegurando o direito ao conhecimento da origem genética do ser gerado a partir de reprodução assistida, disciplina a sucessão e o vínculo parental, nas condições que menciona.
Projeto de Lei n.º 4555/04	Henrique Fontana PT – RS	CD	Dispõe sobre a obrigatoriedade da Natureza Pública dos Bancos de Cordão Umbilical e Placentário e do Armazenamento de Embriões resultantes da Fertilização Assistida e dá outras providências.
Projeto de Lei n.º 2.061/03	Maninha PT - DF	CD	Disciplina o uso de técnicas de Reprodução Humana Assistida como um dos componentes auxiliares no processo de procriação, em serviços de saúde, estabelece penalidades e dá outras providências.
Projeto de Lei n.º 1.184/03	Senado Federal	CD	Dispõe sobre a Reprodução Assistida.
Projeto de Lei n.º 1.135/03	Dr. Pinotti PMDB - SP	CD	Dispõe sobre a reprodução humana assistida, definindo normas para realização de inseminação artificial, fertilização “in vitro”, barriga de aluguel - gestação de substituição ou doação temporária do útero - e criopreservação de gametas e pré - embriões.
Projeto de Lei n.º 120/03	Roberto Pessoa PFL - CE	CD	Dispõe sobre a investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida, permitindo à pessoa nascida de técnica de reprodução assistida saber a identidade de seu pai ou mãe biológica.
Projeto de Lei n.º 4.665/01	Lamartine Posella PMDB - SP	CD	Dispõe sobre a autorização da fertilização humana “in vitro” para os casais comprovadamente incapazes de gerar filhos pelo processo natural de fertilização e dá outras providências.
Projeto de Lei n.º 2.655/01	Heloneida Studart	ALERJ	Autoriza o Governo do Estado do Rio de Janeiro, através da Secretaria de Estado de Saúde, a implantar clínica especializada em
Projeto de Lei n.º 90/01 (SUBST.)	Lúcio Alcântara PSDB - CE	SF	Dispõe sobre a reprodução assistida.
Projeto de Lei n.º 90/99 (SUBST.)	Lúcio Alcântara PSDB - CE	SF	Dispõe sobre a Procriação Medicamente Assistida.
Projeto de Lei n.º 90/99	Lúcio Alcântara PSDB - CE	SF	Dispõe sobre a reprodução assistida.
Projeto de Lei n.º 2.855/97	Confúncio Moura PMDB - RO	CD	Dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e dá outras providências.
Projeto de Lei n.º 3.638/93	Luiz Moreira PTB - BA	CD	Institui normas para a utilização de técnicas de reprodução assistida.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.358, DE 11 DE NOVEMBRO DE 1992

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto 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:

Art. 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.

Art. 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 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 à 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 má-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, em uma 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, em um 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.

FONTE: Diário Oficial da União - Poder Executivo, Brasília, DF, 19 nov. 1992, Seção 1, p. 16053

RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA - ANVISA RDC 29, DE 17 DE ABRIL DE 2007

Dispõe sobre as regras referentes ao registro e comercialização para a substituição do sistema de infusão aberto para fechado em Soluções Parenterais de Grande Volume.

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, no uso da atribuição que lhe confere o inciso IV do art. 11 do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 3.029, de 16 de abril de 1999, e tendo em vista o disposto no inciso II e nos §§ 1º e 3º do art. 54 do Regimento Interno aprovado nos termos do Anexo I da Portaria nº 354 da ANVISA, de 11 de agosto de 2006, republicada no DOU de 21 de agosto de 2006, em reunião realizada em 20 de março de 2006, e

Considerando as disposições transitórias da RDC nº 45/03 que dispõe sobre o regulamento técnico de Boas Práticas de Utilização de Soluções Parenterais em Serviço de Saúde;

Adota a seguinte Resolução da Diretoria Colegiada e eu, Diretor-Presidente, determino a sua publicação:

Art. 1º. Aprovar as regras referentes ao registro e comercialização para a substituição do sistema de infusão aberto para fechado em Soluções Parenterais de Grande Volume.

Art. 2º. Para a adequação ao sistema fechado, as empresas detentoras de registro de Soluções Parenterais de Grande Volume em Sistema Aberto deverão proceder da seguinte maneira:

I - Peticionar com o assunto - “ESPECÍFICO: Inclusão de novo acondicionamento” com o pagamento de taxa correspondente.

II - Constar em sua rotulagem os seguintes dizeres “SISTEMA FECHADO”.

III - Apresentar todos os ensaios de controle de qualidade especificados abaixo:

1. Requisitos Físicos

1.1.1. Controle Visual

1.1.2. Solda de Bico

1.2.3. Distribuição de Material

1.1.4. Transparência

1.1.5. Permeabilidade ao vapor d'água

1.1.6. Resistência da base do bico

1.1.7. Estanqueidade e resistência à temperatura e à pressão interna

1.1.8. Firmeza e estanqueidade da conexão do bico do recipiente com o equipo

1.1.9. Resistência da alça de sustentação

1.1.10. Resistência ao impacto

1.1.11. Estanqueidade do lugar de inoculação

1.1.12. Aderência do rótulo (etiqueta)

1.1.13. Peso e dimensões

1.1.14. Para o diafragma penetrável do tubo membrana:

1.1.14.1. A empresa deverá comprovar que o diafragma, utilizado no tubo de conexão do equipo com a embalagem, apresenta estanqueidade, resistência à temperatura e pressão (pela passagem de fluxo ar 2 bar de pressão com o tubo inserido em um recipiente cheio de água por 30 segundos - nenhuma bolha deve ser produzida na água) que permita avaliar se o sistema de fechamento não apresente fissuras e/ou rasuras que possam permitir a contaminação da solução.

1.2. Requisitos Químicos

1.2.1. Deverão obedecer a todos os requisitos químicos para material em questão constantes na edição mais atualizada da farmacopéia Britânica.

1.3. Requisitos Biológicos

1.3.1. Impermeabilidade aos microorganismos

1.3.2. Toxicidade

1.3.3. Substâncias pirogênicas

1.3.4. Métodos de ensaios dos recipientes plásticos

IV - Apresentar os estudos de Estabilidade Acelerado e resultados parciais de Longa Duração de três lotes para o novo acondicionamento de acordo com a RE 01/05. Para os frascos ampola que mantiveram as mesmas especificações do material de embalagem, durante a adequação do sistema aberto para sistema fechado, serão aceitos os estudos realizados para sistema aberto de acordo com a RE 560/02, RE 398/04 e/ou a RE 01/05. Na primeira renovação de registro, ocorrida a partir de 03/2009, serão exigidos os estudos de estabilidade de longa duração concluídos com o novo acondicionamento.

Art. 3º. O detentor do registro, ao peticionar o novo acondicionamento, deverá também peticionar o assunto nº "Alteração do Processo Produtivo para adequação das Soluções Parenterais de Grande Volume ao Sistema Fechado", sem pagamento de taxa.

Art. 4º. É proibida a produção a partir do dia 13/03/2008 de Soluções Parenterais de Grande Volume em Sistema Aberto, no entanto será permitida a comercialização até 12/09/2008 dos lotes fabricados antes da data 13/03/2008.

Art. 5º. Para casos de exportação de Solução Parenteral de Grande Volume em Sistema Aberto, deverá protocolizar o assunto: “Autorização de Fabricação para fim Exclusivo de Exportação de Medicamento”.

Art. 6º. A partir desta publicação, não serão deferidas as petições de registro de Soluções Parenterais de Grande Volume em Sistema Aberto.

Art. 7º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

DIRCEU RAPOSO DE MELLO

FONTE: D.O.U.- Diário Oficial da União - Poder Executivo, de 18 de abril de 2007.

REFERÊNCIAS

ABOULGHAR, M; MANSOUR, R; SEROUR, G; AMIN, Y; RHODES, C. Controlled ovarian hyperstimulation and intrauterine insemination for treatment of unexplained infertility should be limited to a maximum of three trials. *Fertil Steril* 2001; 75:88-91.

AGUIAR, M. **Direito à filiação e a bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade civil do médico. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, nº 718 – Agosto de 1997.

AGUIAR-GUEVARA, Rafael. **Tratado de derecho médico**. Caracas: Legis Lec, 2001.

ALBANO, L.M.J. **Biodireito: os avanços da genética e seus efeitos ético-jurídicos**. São Paulo: Atheneu, 2004.

ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues. **Deontologia e diceologia**. São Paulo: Andrei Editora, 1979.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVES, EGR. **O cirurgião-dentista e outros profissionais de saúde portadores de HIV/AIDS: considerações bioéticas e psicológicas**. [dissertação] São Paulo (SP): Faculdade de Odontologia da USP; 2001.

APPLETON, T. The distress of infertility: impressions from 15 years of infertility counseling. In: **A Textbook of In Vitro Fertilization and Assisted Reproduction The Bourn may guide to clinical and laboratiru practice**. N.York. Partenón. Publishing Group, Inc. 2nd ed. 1999, p.401-6.

ARAÚJO, LZS. **Verificação da utilização de seres humanos e animais em pesquisas científicas, frente aos fundamentos e preceitos da bioética**. [dissertação] Maceió (Al), Escola de Ciências Médicas de Alagoas da UFAL e UFF;1999.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

BADALOTTI, M; PETRACCO, A. **Idade e fertilidade**. Rio de Janeiro: MEDSI; 1997. p.101-13.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Almedina, 1998.

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.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.v.1.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

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.

BRASIL. **Constituição Federal, Código Civil e Código de Processo Civil**. São Paulo: Verbo Jurídico, 2007.

BUERES, Alberto J. **Responsabilidad civil de los médicos**. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução Humana: Reprodução humana: ética e direito**. Campinas, SP: Edicamp, 2003.

CAMARGOS AF, POLISSENI F, AMARAL MCMS. Prevenção de iatrogenia. **Reprod Clim** 1999;14(2):62-72.

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.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1.

COHEN, C; SEGRE, M. Definição de valores, moral, eticidade e ética. In: SEGRE, M; COHEN, C. **Bioética**. São Paulo: Edusp; 1995. p.13-22.

COHEN, C; MARCOLINO, JAM. Relação Médico – Paciente: Autonomia & Paternalismo. In: SEGRE, M; COHEN, C. **Bioética**. São Paulo: Edusp; 1995. p.51-62.

COLLUCCI. **Quero ser mãe** - histórias reais de mulheres que engravidam com a ajuda da ciência. São Paulo: Palavra Mágica, 2000.

CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. **Médico e Paciente: questões éticas e jurídicas**. Porto Alegre: Edipucrs, 2002.

CRMSC. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE SANTA CATARINA. **Manual de orientação ética e disciplinar**. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/Regional/crmsc/manual/parte1f.htm>>. Acesso: 06/10/2008.

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.

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 apud Carnelutti. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 7. ed. Salvador: JusPodium, 2007. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998, v.1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DUARTE, Tiago. **In vitro veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei**. Coimbra: Almedina, 2003.

DURAND, G. **A bioética: natureza, princípios, objetivos**. Trad. de Porphírio Figueira de Aguiar Netto. São Paulo: Paulus; 1995.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FEBRASGO. **Comissão Nacional Especializada de Reprodução Humana. Infertilidade conjugal: manual de orientação**. São Paulo: FEBRASGO, 1997.

FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. **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.

FERREIRA, ABH. **Minidicionário da língua portuguesa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; 1993.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

FIÚZA, César. **Direito Civil: curso complemento**. 8 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FOREST, L.; GILBERT, L.G. Infertility: an unanticipated and prolonger life crisis. **Journal of Mental Health Counseling**, v.14, p.42-9, 1992.

FORTES, PAC. **Ética e Saúde: questões éticas, deontológicas e legais**. São Paulo: EPU; 1998.

FRAGA, Thelma Araújo Esteves. Do Direito à Procriação e seus reflexos. In: MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves (Org.). **Temas Polêmicos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina Legal**. 6 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GELBIER, S; WRIGHT, D; BISHOP, M. Ethics and Dentistry: 1. the meaning of ethics. **Dent Update**. 2001; 28: 468-73.

GOMES, L.R.F. Questões jurídicas em torno da inseminação artificial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 678 , p. 268-274, abr., 1992.

GOMÉZ SANCHEZ, Yolanda. **El derecho a la reproducción humana**. Madrid: Servicios Publicaciones da Universidad Complutense, 1994.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GREEMBLATT, RB; BARFIELD, WE; JUNGCK, EC; RAY, AW. Induction of ovulation with MRL/41. **JAMA**, 178:101-4, 1961.

GUZICK, DS; CARSON, SA; COUTIFARIS, C. Efficacy of superovulation and intrauterine insemination in the treatment of infertility. **N Engl J Med** 1999; 340:177-83.

HELLER, A. **Valor e História - O Cotidiano e a História**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991; p. 1-15.

HOSSNE, WS. Bioética no Brasil e a Resolução 196 (editorial). **Cad Et Pesq CONEP** 2001;4: 3-4.

HUANG, FJ; CCHANG, SY; KUNG, FT; TSAI, MY. Two different timings of intrauterine insemination for non-male infertility. **J Assist Reprod Genet** 2000; 17:213-7.

HUGHES, EG. The effectiveness of ovulation induction and intrauterine insemination in the treatment of persistent infertility: a meta-analysis. **Hum Reprod** 1997; 12:1865-72.

JESUS, Damásio E. De. **Código penal anotado**. 13 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2006.

LAPUERTA, Maria Vicenta Oliveros. **Estudios sobre la ley de protección civil dei derecho ai honor, à la intimidad personal y familiar y à la propria imagem**, Madrid, 1980.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASS, A. Investigation of the infertile couple for assisted conception. In: **A Textbook of In Vitro Fertilization and Assisted Reproduction The Bourn Hall guide to clinical and laboratory practice**. 2nd ed., N.York, Parthenon Publishing Group. Inc, 1999, p.13-26.

LAUAND, L.J. (Org.) **Ética: questões fundamentais**. Coleção Raízes. São Paulo: EDIX; 1997.

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.

LEITE, Eduardo de Oliveira. 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.

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.

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, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil – Fontes Acontratuais das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 5 ed. v. 5. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003.

LUNENFELD, B. Treatment of anovulation by human gonadotrophins. **Int. J. Gynecol. Obstet.**, 1:153-7, 1963.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopes de. Responsabilidade civil dos médicos. In: **Responsabilidade civil – Doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1984.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTÍNEZ, Stella Maris. **Manipulação Genética e Direito Penal**. São Paulo: IBCCRIM, 1998.

MARTIRE JR, Lybio. **História da Medicina: Curiosidades & Fatos**. Itajubá, 2004.

MATORRAS, R; RECIO, V; CORCOSTEGUI, B; RODRIGUES-ESCUDERO, FJ. Recombinant human FSH versus highly purified urinary FSH: a randomized study in intrauterine insemination with husbands' spermatozoa. **Hum Reprod** 2000; 15:1231-4.

MAZEAUD, Henri, Jean & León. **Leçons de droit civil**, tomo I, 2º vol., 7ª edição por François Chabas, 1986, p. 938-9.

MEYERS, M; DIAMOND, R; KEZUR, D; SCHARF, C; WEINSHEL, M; RAIT, D.S. An Infertility Primer for Family Therapists: I Medical, Social, and Psychological Dimensions. **Family Process**, v.34, p.219-29, June, 1995.

MOSHER, W.D.; PRATT, W.F. **Fecundity & infertility in the United States 1965-1988: Advance data-192**, Washington DC: National Center for Health Statistics, 1990.

NAVARRETE, Daniela Lenza. **Responsabilidade civil dos médicos**. 2004. 293 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.

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.

NUNES, Manuel Rosario. **O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

OLIVEIRA, Guilherme de. Autoregulação profissional dos médicos. In: ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos de direito da bioética**. Coimbra: Almedina, 2005.

OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JÚNIOR, Edson. **Reprodução assistida: até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei.** São Paulo: Gaia, 2000.

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.

PASSOS, E. Ética na Pesquisa. **Rev Baiana de Enf** 1994; 7: 105-14.

PEDROSA NETO, A.H; FRANCO JÚNIOR, J.G. Reprodução assistida. In: COSTA, S.I.F; GARRAFA, V; OSELKA, G (Org.). **Iniciação à bioética.** Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. pt. 3, p. 111-124.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v.1.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de Bio-ética.** 4. ed. São Paulo: Loyola, 1997.

PHILIPP, EE. Na overview of the development of infertility research and treatment. **Fertil. Steril.**, 38:134-8, 1993.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PORTO AGM, PEREIRA DHM, JÚNIOR IPL. Gestação após fertilização in vitro. **Reprodução** 1993;8(3):80-83.

RAMOS, DLP. **Ética odontológica: o código e ética odontológica (Resolução CFO-179/91) comentado.** São Paulo: Santos; 1994.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 20 ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROMEIRO, Vitor Ribeiro. **Legislação médica**. Pouso Alegre: V. R. Romeiro, 2002.

ROSSI, Júlio César; ROSSI, Maria Paula Cassone. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

ROWE PJ, COMHAIRE FH, HARGREAVE TB, MELLOWS HJ. **Manual da OMS sobre Padronização de Exame e Diagnóstico da Infertilidade em Casais**. São Paulo: Santos; 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, HBM. **Bioética, direitos sociais e serviço social**. [tese] São Paulo (SP): Faculdade de Serviço Social da PUC-SP; 2000.

SAWAIA, BB. A ética nas ciências humanas. **Cad Et Pesq** 2000; 3: 14-17.

SAWAIA, B.B. (Org.) **As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social**. Rio de Janeiro: Vozes (Coleção Psicologia Social); 1999. p. 97-118.

SEBASTIÃO, Jurandir. **Responsabilidade médica civil, criminal e ética: legislação positiva aplicável**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

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

SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 3 ed. São Paulo: Forense, 1993.

SILVA, SR. Mais ética nas pesquisas. **Rev Assoc Paul Cir Dent** 2001; 55: 393-403.

SILVA, FL. Da Ética Filosófica à Ética em Saúde. In: COSTA, SIF; GARRAFA, V; OSELKA, G (Org.) **Iniciação a Bioética**. São Paulo: CFM; 1998. p.81-93.

SILVA, Eliane Cristina. Aspectos Jurídicos Relevantes da Reprodução Humana Assistida. In: MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves (Org.). **Temas Polêmicos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

SIMMONS, John Galbraith. **Médicos e Descobridores: Vidas que criaram a Medicina de hoje**. Trad. Ryta Vinagre, Rio de Janeiro: Editora Record, Coleção Passo-a-passo, 2004.

STEPTOE PC, EDWARDS RG. Birth after the reimplantation of a human embryo. **Lancet**. 1978; 2:366.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7 ed. São Paulo: RT, 2007.

TELLES, Tatiana Descio. **Da Responsabilidade civil do médico nas cirurgias plásticas estéticas**. 2002. 116 f. Monografia [Graduação em Direito] - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente, 2002.

VAN VOORHIS, BJ; BARNETT, M; SPARKS, AE; SYROP, CH; ROSENTHAL, G; DAWSON, J. Effect of the total motile sperm count on the efficacy and cost-effectiveness of intrauterine insemination and in vitro fertilization. **Fertil Steril** 2001; 75:661-8.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. In: **Direito civil**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 2.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. v.1.

VIEIRA, S; HOSSNE, W.S. **Pesquisa Médica: A ética e a metodologia**. São Paulo: Pioneira; 1998.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Pelo reconhecimento do direito à adequação de sexo do transexual**. Tese de doutorado defendida junto à PUC-SP, 1995, p. 215.

WEIL, P. **A nova ética**. Rio de Janeiro: Ed. Rosa dos Tempos; 1993.

WIDER, Roberto. **Reprodução assistida**: aspectos do biodireito e da bioética. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

WOLF, DP; PATTON, PE; BURRY, KA; KAPLAN, PF. Intrauterine insemination-ready versus conventional semen cryopreservation for donor insemination: a comparison of retrospective results and a prospective, randomized trial. *Fertil Steril* 2001; 76:181-5.

«Pode-se dizer, em um primeiro momento, que o Biodireito é o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina. Sua origem contextual advém do termo bioética, neologismo derivado das palavras gregas bios (vida) e ethike (ética). Para melhor compreensão de seu conteúdo e de sua complexidade, todavia, algumas reflexões são necessárias.

A despeito dos obstáculos, sobretudo morais e religiosos, as técnicas de reprodução humana assistida muito se desenvolveram no decorrer das três últimas décadas.»

Sylvio Torres Filho



Sylvio
Torres
Filho

- ▲ Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB, no ano de 1983;
- ▲ Advogado Militante.
- ▲ Professor Universitário Pós-Graduado em Gestão Estratégica de Pessoas pela Faculdade de Negócios de Sergipe.
- ▲ Diretor Executivo da sociedade de Advogados Sylvio Torres Filho & Advogados Associados. (www.stfadvogados.adv.br)
- ▲ Sócio-Diretor da ENSINE/FAESNE Faculdades.
- ▲ Autor de vários trabalhos jurídicos.
- ▲ Membro da Diretoria da Seccional OAB/PB, no triênio 2000/2003

«A presente obra Reprodução Humana Assistida – Abordagem Jurídica do Instituto e Responsabilidade Médica, analisa, com profundidade, a repercussão jurídica das modernas técnicas científicas de reprodução em face do sistema normativo regulador da responsabilidade civil no Brasil.»

*Pablo Stolze Gagliano

«Tenho certeza que este livro será um guia de cabeceira para consultarmos e a partir daí podermos atuar na nossa especialidade de uma forma mais determinada e amparada.»

*Otávio Calvet

«De forma bastante lúcida e profunda, Sylvio consegue a partir dos direitos fundamentais e da análise principiológica contribuir para a segurança das questões que envolvem a reprodução assistida, não apenas delimitando conceitualmente, mas trazendo soluções práticas de inestimável valor.»

*Armínio Motta Collier