



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

LOREANNE MANUELLA DE CASTRO FRANÇA

**ASPECTOS ESPECÍFICOS SOBRE A RESPONSABILIDADE
CIVIL DAS CLÍNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA
ASSISTIDA**

LOREANNE MANUELLA DE CASTRO FRANÇA

**ASPECTOS ESPECÍFICOS SOBRE A RESPONSABILIDADE
CIVIL DAS CLÍNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA
ASSISTIDA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

Orientadora: Profa. Dra. Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador

Londrina
2013

**Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina.**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

F814a	<p>França, Loreanne Manuella de Castro. Aspectos específicos sobre a responsabilidade civil das clínicas de reprodução humana assistida / Loreanne Manuella de Castro França – Londrina, 2013. 127 f.</p> <p>Orientador: Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2013. Inclui bibliografia.</p> <p>1. Responsabilidade (Direito) – Teses. 2. Tecnologia da reprodução humana – Erro médico – Teses. 3. Inseminação artificial humana – Clínicas – Teses. 4. Direito do consumidor – Teses. I. Espolador, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.</p> <p style="text-align: right;">CDU 347.5</p>
-------	--

LOREANNE MANUELLA DE CASTRO FRANÇA

**ASPECTOS ESPECÍFICOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL
DAS CLÍNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Profa. Dra. Rita de Cássia
Resquetti Tarifa Espolador
UEL – Londrina – PR

Prof. Dr. Roberto Wagner Marquesi
UEL – Londrina – PR

Profa. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser
Ferreira
Unimar – Marília – SP

Londrina, 2 de julho de 2013

Aos meus pais, João de Castro França Filho e Maria Eva de Campos França, e à minha avó, Dyonisia Paviani de Campos, que personificam minha base e fortaleza.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, que iluminou minha mente e meu raciocínio nos momentos de dificuldade no desenvolvimento desse trabalho e que, pelo seu grande amor e infinita bondade, concedeu-me a graça da conclusão de mais essa etapa da minha caminhada acadêmica.

À Nossa Senhora, Mãezinha do Céu, a quem minha vida é entregue desde o ventre da minha mãe, pela proteção e fiel intercessão junto ao seu filho Jesus.

À minha orientadora, Professora Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador, pela paciência, dedicação e disponibilidade constante na orientação e correção da dissertação, pelo conhecimento apresentado, pela amizade construída e por me ensinar o melhor exemplo de conduta que um docente deve possuir, o qual pretendo seguir com os alunos que me serão confiados.

Ao Professor Roberto Wagner Marquesi, pela disposição em me auxiliar e avaliar desde o Exame de Qualificação e pela tranquilidade transmitida.

À Professora Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, modelo de educação, finesse, sabedoria e pessoa de respeitável saber jurídico, por ter gentilmente aceitado o convite para fazer parte da minha banca.

À Professora Marlene Kempfer, por toda a exigência e cobrança que me levaram a ir além na produção científica.

Ao funcionário Francisco Carlos Navarro, secretário dos Mestrados do Centro de Estudos Sociais Aplicados da Universidade Estadual de Londrina, pela presteza e civilidade com que sempre me atendeu.

Aos meus pais, João de Castro França Filho e Maria Eva de Campos França, pelo suporte e incentivo incondicionais e atemporais e por lutarem comigo rumo à realização dos meus sonhos.

À minha avó, Dyonisia Paviani de Campos, que na sua simplicidade sempre me apoiou com seu carinho, afeto e orações.

Ao meu noivo, Allisson Alvanham de Carvalho, por entender a importância desse trabalho na minha vida, por me incitar a realizá-lo da melhor forma possível, pela paciência nos momentos de nervosismo e ansiedade e pelos momentos em que estive ausente.

Por fim, aos familiares e amigos, os quais deixo de nomear para não correr o risco de esquecer de alguém e, conseqüentemente, cometer uma injustiça, por torcerem por mim, pela alegria compartilhada e por me impulsivarem com suas frases de efeito como “vai dar tudo certo”.

“Eu não disse que seria fácil. Apenas disse que
valeria a pena.”
São João Bosco

“Todas as coisas concorrem para o bem
daqueles que amam a Deus.”
Bíblia Sagrada - Rm 8, 28

FRANÇA, Loreanne Manuella de. **Aspectos específicos sobre a responsabilidade civil das clínicas de reprodução humana assistida**. 2013. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2013.

RESUMO

Os novos conhecimentos produzidos pela biotecnologia têm tornado realidade o que há pouco tempo atrás era inimaginável, provocando mudanças na vida humana especialmente em decorrência da descoberta das formas de procriação humana artificial. Os procedimentos de reprodução humana assistida possuem técnicas específicas, realizadas em fases minuciosas e, em que pese estarem em plena utilização há um considerável lapso temporal, são objeto de constante pesquisa, experiência e evolução, motivo pelo qual se verifica uma probabilidade de ocorrência de erro por parte dos profissionais dessa especialidade médica, dando ensejo à sua imputação. A dissertação tem como objetivo central demonstrar a possibilidade de responsabilização civil das clínicas de reprodução humana assistida, enquadrando-a no Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, analisa a relação jurídica negocial estabelecida entre a clínica e o paciente, compreendendo a espécie de obrigação assumida e os respectivos instrumentos contratuais. Em seguida, trata dos prejuízos que o paciente que se submete a algum procedimento de reprodução humana assistida pode sofrer, quais sejam, a falta de informação sobre os riscos e implicações do tratamento de fertilização artificial a ser realizado, a possibilidade de dano à criança, à gestante e ao casal contratante, a falta de manutenção de características fenotípicas, compatibilidade racial e imunológica entre o paciente e o filho gerado e a gestação em útero alheio, fazendo sua adequação à teoria do dano. Ao final, apresenta os sistemas de responsabilidade civil adotados pela legislação brasileira – responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva –, a natureza da imputação – contratual ou extracontratual –, a incidência do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Conclui defendendo a imputação da clínica de reprodução humana assistida com a aplicação da teoria objetiva, de acordo com o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, sem o gozo do privilégio contido no §4º desse dispositivo legal, por não se tratar de médico singularmente considerado, mas sim de pessoa jurídica constituída com o escopo de prestação de serviços médico-hospitalares diversos.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Reprodução humana assistida. Obrigação médica. Dano médico. Direito do consumidor.

FRANÇA, Loreanne Manuella de. **Specific aspects of liability of human assisted reproduction clinics**. 2013. 127 p. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2013.

ABSTRACT

The new knowledge produced by biotechnology have become the reality that not long ago was unimaginable, causing changes in human life, especially due to the discovery of forms of artificial human procreation. The procedures of human assisted reproduction have specific techniques, carried out in detailed phases, and, despite being in full use at a considerable time lapse, they are subject of constant research, experience and development, which is why there is a probability of error by practitioners of this medical specialty, giving rise to its liability. The essay aims to demonstrate the possibility of civil responsibility of human assisted reproduction clinics, framing it in the Code of Consumer Protection. It analyzes the legal negotiating relationship established between the clinic and the patient, including the kind of obligation assumed and the related contractual instruments. Then, explains the damage that the patient who undergoes a procedure of human assisted reproduction may suffer, namely, the lack of information about the risks and implications of IVF treatment to be carried out, the possibility of harm to the child, for pregnant women and couples contractor, the lack of maintenance of phenotypic characteristics, racial and immunological compatibility between the patient and the begotten son and gestation in the womb of others, making their suitability to the theory of harm. Ultimately, presents the civil liability systems adopted by the Brazilian legislation - subjective and objective -, the nature of attribution - whether contractual or not - the incidence of the Civil Code and the Code of Consumer Protection. Concludes defending the imputation of the human assisted reproduction clinics with the application of the objective theory, in accordance with Article 14 of the Code of Consumer Protection, without the enjoyment of the privilege contained in §4 of this legal provision, because it does not refer to the physician singularly considered, but the entity incorporated with the aim of providing medical and hospital service.

Key words: Liability. Human assisted reproduction. Medical obligation. Medical harm. Consumer rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CFM	Conselho Federal de Medicina
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
Min.	Ministro
RA	Reprodução Assistida
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
TCLE	Termo de Consentimento Livre e Esclarecido
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	BIOTECNOLOGIA E REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	14
2.1	DESENVOLVIMENTO BIOTECNOLÓGICO, BIOÉTICA E BIODIREITO	14
2.2	A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O PAPEL DESEMPENHADO PELAS CLÍNICAS	19
3	RELAÇÃO JURÍDICA NEGOCIAL ESTABELECIDADA ENTRE A CLÍNICA DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O PACIENTE	24
3.1	ESPÉCIE DE OBRIGAÇÃO ASSUMIDA PELA CLÍNICA DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	24
3.1.1	Obrigaçãode Meio e Obrigaçãode Resultado	29
3.2	ANÁLISE DOS CONTRATOS RELACIONADOS COM A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	35
3.2.1	Contratos de Prestaçãode Serviçose Mèdicos	35
3.2.2	Contratos Relacionados com os Procedimentos de Reproduçãode Humana Assistida	37
3.2.2.1	Da incidência da boa-fé	41
3.2.2.2	Da inserçãode cláusulas de não indenizaçãode	44
4	POSSÍVEIS PREJUÍZOS SOFRIDOS PELO PACIENTE SUBMETIDO À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SUA ADEQUAÇÃO À TEORIA DO DANO	49
4.1	AS CAUSAS QUE PODEM ENSEJAR A RESPONSABILIZAÇÃO DA CLÍNICA DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	49
4.1.1	Falta de Informaçãode ao Paciente	49
4.1.2	Possibilidade de Dano à Criança, à Gestante e ao Casal Contratante	54
4.1.3	Falta de Manutençãode de Características entre o Casal Paciente e o Filho Concebido Artificialmente.....	58
4.1.4	Gestaçãode em Útero Alheio	63

4.2	ENQUADRAMENTO NA TEORIA DO DANO DOS PREJUÍZOS E DANOS QUE O PACIENTE PODE SOFRER	68
5	A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CLÍNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	72
5.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	72
5.2	BREVES CONCEITOS.....	74
5.3	SISTEMAS DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL ADOTADOS PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	75
5.4	NATUREZA DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL	76
5.5	APLICABILIDADE DO CÓDIGO CIVIL	78
5.6	ENQUADRAMENTO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	79
5.6.1	Formação da Relação Jurídica de Consumo	81
5.6.2	Regramento da Responsabilidade Civil pelo Direito do Consumidor	84
5.6.3	Responsabilidade Civil dos Profissionais Liberais	89
5.6.4	Da (In) Aplicabilidade do Privilégio Contido no Artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor às Clínicas de Reprodução Humana Assistida	90
5.6.5	Prova do Dano e Nexo de Causalidade.....	95
	CONCLUSÃO	98
	REFERÊNCIAS.....	103
	ANEXOS	109
	ANEXO A – Modelo de Informe de Consentimento para Técnicas de Fertilização Assistida	110
	ANEXO B – Modelo de Instrumento de Autorização para Fertilização <i>In Vitro</i> /Inseminação Artificial com Ovócito Doado ou Cedido Gratuitamente	114
	ANEXO C – Modelo de Acordo de Criopreservação de Sêmen	117
	ANEXO D – Modelo de Informe de Consentimento para Congelamento e Preservação de Pré-Embriões	121
	ANEXO E – Modelo de Instrumento de Doação Voluntária de Ovócitos	126

1 INTRODUÇÃO

O hoje torna realidade o que outrora se pensava ser utópico.

O que só se via em filmes e pertencia o mundo da imaginação, é o que se vive agora.

Engenharia genética, clonagem, transgenia, cirurgias para mudança de sexo, pesquisas com células tronco, prolongamento da vida humana por meio de transplantes de órgãos humanos ou fabricados artificialmente, novos métodos e técnicas de reprodução humana assistida.

Esses são apenas alguns exemplos de resultados e novas tecnologias trazidas pelas chamadas “ciências da vida”, a biotecnologia, ramo da ciência que tem se desenvolvido de forma acelerada nos últimos tempos, buscando resolver os problemas da sociedade.

Os avanços biotecnológicos tem levado a um debate interdisciplinar sobre suas consequências e mudanças que tem provocado na sociedade, ocupando médicos, biomédicos, enfermeiros, psicólogos, juristas, filósofos, sociólogos etc., a fim de que, por meio desse diálogo multidisciplinar, possa se fechar um entendimento sobre essa evolução e sobre como se deve agir em meio a tantas mudanças na sociedade.

O Direito desempenha um papel essencial nesse meio, pois deve caminhar *pari passu* com toda essa evolução que vem surgindo, a fim de estar atualizado e pronto para decidir eventual caso concreto envolvendo essas novas práticas, essas novas descobertas científicas.

O impulso principal para a atuação do Direito nessa área é pelos estudos realizados pelo Biodireito, o qual sedimenta decisões e modos de conduta fundamentados nos princípios da Bioética: autonomia, justiça, beneficência e não maleficência. No entanto, ainda assim o mundo jurídico tem deixado um pouco a desejar, pois pouco tem avançado na regulamentação legal dessas novas tecnologias.

O objeto central dessa pesquisa, a reprodução humana assistida, é um dos temas mais polêmicos e debatidos na atualidade, pois deixou de lado aquele propósito primitivo de vencer a infertilidade ou esterilidade de um dos cônjuges, acarretando novas formas de lidar com a vida humana e, conseqüentemente, transformando o conceito de família.

A reprodução humana assistida traz várias possibilidades de arranjos familiares, dentre eles:

a) Às pessoas solteiras, possibilita a formação de uma família de projeto monoparental, a comumente denominada “produção independente”;

b) Aos homossexuais permite a ampliação de sua família com a concepção de filhos;

c) À viúva ou viúvo traz a possibilidade de aliviar a dor pela perda tendo um filho por meio de material genético criopreservado, com a reprodução humana assistida *post mortem*;

d) Uma mulher pode ser mãe e avó ao mesmo tempo, carregando em seu ventre o filho de sua filha, na impossibilidade desta gestar, realizando a gestação por substituição, informalmente chamada “barriga de aluguel”.

Na realização do procedimento de reprodução humana assistida, a função mais relevante é a da clínica contratada pela pessoa ou casal interessado em realizar a procriação artificial.

A clínica de reprodução humana assistida não é um simples hospital, mas sim um lugar de prestação de serviços médicos no qual se tem uma equipe formada por profissionais de diversas especialidades, sendo que cada um desempenha sua função em determinada fase do procedimento, trazendo comodidade ao paciente.

Em que pese os métodos de realização da reprodução humana assistida já estarem em plena utilização há um considerável lapso temporal, pode-se afirmar que estão, ao mesmo tempo, em fase experimental, tendo em vista o desenvolvimento vertiginoso que vem sofrendo, com a descoberta de novas técnicas e procedimentos mais eficazes.

Sendo assim, é considerável a probabilidade de falha na prestação do serviço médico contratado, o que pode ter como consequência um erro médico capaz de ensejar responsabilização civil.

Para se realizar uma análise satisfatória sobre a responsabilidade civil das clínicas de reprodução humana assistida, examina-se: a relação jurídica negocial estabelecida entre a clínica e o paciente, as possíveis causas que podem ocasionar o ajuizamento de uma ação de indenização por dano material e moral, bem como a teoria a ser aplicada nessa imputação, com a observância da incidência do Código Civil e enquadramento no Código de Defesa do Consumidor.

Anseia-se provar que a relação jurídica negocial celebrada entre a clínica de reprodução humana assistida e o paciente é constituída por uma obrigação mista, podendo ser entendida como uma obrigação de meio ou uma obrigação de resultado, a depender das cláusulas contratuais estabelecidas entre as partes.

Pretende-se demonstrar que há a possibilidade de propositura de ação de reparação de danos na hipótese de a clínica de reprodução humana assistida não informar devidamente o paciente sobre os riscos que corre na realização dos procedimentos, no caso de a gestante fecundada artificialmente sofrer complicações em sua gravidez, se o filho nascer com algum tipo de anomalia, física ou psíquica, ou malformações, bem como na falta de manutenção de características entre o casal paciente e o filho gerado.

Todavia, o que mais se deseja evidenciar é que o Direito do Consumidor pode e deve ser aplicado em relação a essas questões de natureza médica, pois é direito difuso que pode servir para proteger o direito à vida, à saúde e a incolumidade física e psicológica, os quais são protegidos primordialmente pela Constituição Federal.

Por fim, vale frisar sobre a atualidade do tema, que é alvo de diversos Projetos de Lei em trâmite na Câmara dos Deputados, mas principalmente pelo recentíssimo trabalho do Conselho Federal de Medicina, que há pouco mais de um mês atrás publicou uma nova resolução disciplinando a reprodução humana assistida, suas técnicas, procedimentos e conduta desejável para os profissionais que trabalham nessa área, demonstrando cabalmente sua preocupação com a regulamentação desse serviço e preocupação na realização dos procedimentos.

2 BIOTECNOLOGIA E REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

2.1 DESENVOLVIMENTO BIOTECNOLÓGICO, BIOÉTICA E BIODIREITO

A biotecnologia é a ciência por meio da qual se utiliza de organismos vivos para criar produtos e serviços úteis, resolvendo problemas da sociedade. Nesta definição, traz em seu bojo diversas disciplinas, como a genética, a bioquímica, a biologia molecular e celular, a embriologia, a bioética e o biodireito, constituindo uma grande troca de informação, culminando com o progresso da sociedade.

Nos últimos tempos, os avanços biotecnológicos têm tornado real o que anteriormente se pensava ser “coisa de um futuro distante”. Dentre essas novas descobertas citam-se as espécies transgênicas, a clonagem, a fabricação de órgãos humanos artificiais, o mapeamento do genoma, o prolongamento da vida mediante transplante, as técnicas para alteração de sexo, a engenharia genética e o surgimento de novas técnicas e procedimentos para a realização de reprodução humana assistida.

Esta revolução biológica propicia ao homem três direcionamentos: o do sistema nervoso, o da hereditariedade e o da reprodução.

[...]

O domínio do sistema nervoso envolve as neurociências com estudos e pesquisas sobre o cérebro humano a partir de duas correntes: a que busca o tratamento químico das doenças das psicoses (as chamadas doenças do espírito), relacionada à psicofarmacologia; e a segunda corrente que se dedica ao tratamento dos transmissores químicos da informação nervosa.

[...]

Quanto ao domínio da hereditariedade destaca-se nele o estudo do genoma humano. O genoma é o conjunto de informação genética contido no cromossomo de uma célula. Nele estão codificadas as instruções que regem o funcionamento do organismo humano, o que singulariza cada pessoa, diferenciando-a de qualquer outra da espécie humana.

[...]

O domínio referente à reprodução abrange as pesquisas cujo alvo são as técnicas que permitem a geração de vida independentemente do ato sexual. Nele englobam-se os procedimentos de fertilização in vitro, inseminação post mortem, criopreservação de embriões supranumerários dentre outros que utilizam embriões humanos e células germinativas. (ESPOLADOR, 2010, p. 99/100)

Essas investigações acadêmicas e científicas no âmbito da biotecnologia ou ciências da vida vêm passando por debates intensos, em razão da possibilidade que trazem de provocar transformações humanas individuais e coletivas na sociedade, visto que repercutem em um novo trato sobre a vida humana. Nesse ponto, verifica-se um problema, que é o tratamento normativo da biotecnologia.

Joaquim Clotet (*apud* KFOURI NETO, 1998, p. 27/28), explica que com o avanço da ciência, surgiram várias implicações e problemas éticos, notadamente no que se refere ao início e fim da vida humana, a engenharia genética, bem como aos novos métodos de reprodução humana, dos quais deve se ocupar a bioética. Nesse mesmo mote, disserta sobre a necessidade de se haver um diálogo interdisciplinar sobre os progressos científicos, envolvendo médicos, religiosos, especialistas em bioética e profissionais da área do Direito (advogados, magistrados, promotores de justiça), aos quais cabe a prevenção da ocorrência de futuras lesões a direitos.

Os fatos e as consequências éticas dos progressos da biologia e da medicina devem receber análise crítica para que se faça bom uso desse desenvolvimento como também, por outro lado, se impeça o emprego de seus efeitos perversos. Essa análise é a busca por uma relação adequada entre meios e fins. Uma medida humana que avalie os custos do progresso científico e ao mesmo tempo o seu destinatário, ou seja, o próprio homem. (ESPOLADOR, 2010, p. 100/101).

A bioética deve, então, ser chamada a ocupar seu lugar, desempenhando sua função de relacionar-se com todas as outras áreas do conhecimento, preenchendo vazios valorativos, jurídicos e normativos, através da disseminação de seus princípios.

O primeiro a usar a expressão bioética foi Van Rensselear Potter, em sua obra *Bioethics: bridge to the future*, na qual alertava para essa necessária relação entre os valores éticos e os fatos biológicos, fazendo um choque entre as ciências humanas e as experimentais, com o escopo de preservar a vida no planeta (MINAHIM, 2005, p. 30).

A despeito dessa interessante informação sobre o criador do neologismo bioética, importante se faz inserir seu conceito:

A definição inicial que é encontrada na *Encyclopedia of Bioethics*, conceituava esse ramo do conhecimento como “o estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, enquanto examinada à luz dos valores e princípios morais”. Numa segunda edição, conforme Pessini e Barchifontaine, enfatiza-se a interdisciplinaridade e faz-se referência às diversas metodologias éticas, como se vê: “Bioética é o estudo sistemático das dimensões morais – incumbindo visão, decisão e normas morais – das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num conceito multidisciplinar”. (MINAHIM, 2005, p. 34/35)

Analisando tais conceitos, verifica-se que a bioética não cria novas concepções ou entra em conflito com princípios éticos já firmados, mas busca relacionar-se com os preceitos éticos já existentes, aplicando-os aos avanços das ciências biotecnológicas que se vislumbra nos dias de hoje.

Na concepção de Maria Helena Diniz (2008, p. 11), a bioética pode ser classificada e estratificada.

A classificação da Bioética se dá no que tange à sua temática:

a) Bioética das situações persistentes: trata de temas corriqueiros, existentes há um longo período de tempo, como o aborto, a eutanásia e a discriminação racial;

b) Bioética das situações emergentes: ocupa-se de conflitos oriundos da contradição entre o progresso biomédico e os limites da cidadania e dos direitos humanos, como a reprodução humana assistida e o transplante de órgãos e tecidos.

Quanto à sua divisão, tem-se a macrobioética e a microbioética. A macrobioética, mais abrangente, tem como objetivo primordial o bem estar geral, motivo pelo qual também cuida de questões ecológicas e relativas ao meio ambiente. Já a microbioética cuida de relações mais específicas e individualizadas, como a salvaguarda do direito à vida, o status dos serviços de saúde públicos ou privados e a relação entre o médico e o paciente.

Aqui, vale a ressalva de que, a despeito desta divisão, a macro e a microbioética trabalham juntas, posto que tratam do mesmo assunto e necessitam de um diálogo real, a fim de permitir um aumento na capacidade de preservação da vida humana.

Os princípios essenciais sobre os quais está fundamentada a Bioética são: princípio da autonomia, princípio da beneficência, princípio da não maleficência e princípio da justiça.

O princípio da autonomia requer que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente, ou de seu representante, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas. Considera o paciente capaz de autogovernar-se, ou seja, de fazer suas opções e agir sob a orientação dessas deliberações tomadas, devendo, por tal razão, ser tratado com autonomia.

[...]

O princípio da beneficência requer o atendimento por parte do médico ou do geneticista aos mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas ou médicas, para atingir seu bem estar, evitando, na medida do possível, quaisquer danos.

[...]

O princípio da não-maleficência é um desdobramento do da beneficência, por conter a obrigação de não acarretar dano intencional.

[...]

O princípio da justiça requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, no que atina à prática médica pelos profissionais da saúde, pois os iguais deverão ser tratados igualmente. (DINIZ, 2008, p. 14/15)

Obedecendo-se aos princípios acima explicitados, a realização de qualquer procedimento oriundo de pesquisa biotecnológica restará favorável ao indivíduo, não se podendo olvidar, também, do respeito à dignidade da pessoa humana, “valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida” (SILVA, 2005, p. 105).

Frise-se que, com a garantia da dignidade da pessoa humana, passa a bioética a possuir, também, um sentido humanista ligado ao valor de justiça.

Vencida essa exposição conceitual e principiológica sobre a bioética passa-se à análise da função do Direito na disciplina dos problemas apresentados pela bioética, ou seja, o biodireito, concebido como

[...] conjunto de normas esparsas que têm por objeto regular as atividades e relações desenvolvidas pelas biociências e biotecnologias, com o fim de manter a integridade e a dignidade da pessoa humana frente ao progresso, benefício ou não, das conquistas científicas em favor da vida. (FERREIRA, 1998/1999, p. 52)

O termo bioética e o termo biodireito, apesar de, frequentemente e equivocadamente serem utilizados para designar a mesma disciplina, são áreas especializadas diferentes, com um denominador comum: a preocupação ética com o desenvolvimento das ciências biológicas.

A diferença básica entre o biodireito e a bioética reside no fato de que esta é compreendida na ética geral, sendo objeto de estudo da filosofia, enquanto aquele faz parte da técnica jurídica para solução de conflitos, tendo a moral como norma auxiliar.

O biodireito deve, então, ter sua reflexão com vistas aos blocos econômicos e às comunidades internacionais, obedecendo a sua finalidade de indicar condutas e procedimentos adequados para decisões e alternativas plausíveis e justas para resolver problemas surgidos a partir das novas tecnologias a serviço da vida (FERREIRA, 1998/1999, p. 49).

Diante da recepção desse novo ramo do Direito, o biodireito, indaga-se qual seria a sua natureza e seu enquadramento na divisão clássica da ciência jurídica, se estaria relacionado com o Direito Público ou com o Direito Privado.

Jussara Ferreira (1998/1999, p. 50), mesmo reconhecendo a possibilidade de revisão de seu posicionamento, defende o caráter misto do biodireito, visto que tem o condão de tutelar tanto interesses públicos – como a garantia dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal –, quanto particulares – ao proteger o ser humano enquanto sujeito de direito, em sua individualidade –, sem predominância de um pelo outro.

Segundo Maria Auxiliadora Minahim (2005, p. 42), o biodireito traz a ideia do recurso à regulamentação legal de um núcleo de questões que devem ser sancionadas, o que tem sido suscitado por que pretendem elaborar lições que possam dar direcionamento para o bom uso da ciência.

Posto isso, pode-se afirmar que o biodireito traz a positivação de normas morais definidas pela bioética.

Os princípios da bioética podem orientar o direito, assumindo feição jurídica porque se tornam exigíveis, seja através dos costumes ou da positivação em lei como ocorre nos sistemas romano-germânicos. Por seu grau de indeterminação, porém, “carecem de mediação concretizadora” para aplicação ao caso concreto, o que é essencial ao direito em geral [...]. (MINAHIM, 2005, p. 43)

Sob esse ponto de vista, considera-se o biodireito como um estudo jurídico amplo sobre a legislação aplicável às novas descobertas biotecnológicas e sua conseqüente adequação, na medida do possível, com a promulgação de novas leis que possam garantir uma boa disciplina jurídica aos novos resultados obtidos com as pesquisas ligadas às ciências da vida.

2.2 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O PAPEL DESEMPENHADO PELAS CLÍNICAS

No século XVII, estudos foram publicados levando a todos a informação acerca da esterilidade conjugal, superando a noção de que apenas a mulher poderia sofrer de infertilidade e impossibilidade natural de gerar e gestar um filho.

Em decorrência disso,

[...] se deu a partida no estudo da morfologia dos seres e da fisiologia da reprodução, quando, já no final do século XIX (1875 e 1890), descobriu-se que a fertilização ocorria a partir da fusão dos núcleos dos gametas feminino (óvulo) e masculino (espermatozoide). (VASCONCELOS, 2006, p. 11)

Desde a metade do século XX, constatando a existência de pessoas ou casais inaptos a gerarem uma vida por si só, em razão de infertilidade ou esterilidade examinada, foram surgindo vários avanços tecnológicos na área da saúde e dentro das chamadas “ciências da vida”, nas quais se podem inserir os estudos da engenharia genética, notadamente quanto ao início e ao fim da vida humana e novos métodos de reprodução humana.

A partir de 1978, quando houve, na Inglaterra, o nascimento da primeira criança concebida em laboratório, por meio de fertilização *in vitro*, as técnicas de reprodução humana assistida tornaram-se mais conhecidas e, com isso, aumentou o número de pessoas inférteis com o interesse de recorrer a elas para realizar o desejo da maternidade/paternidade.

Então, foram notados novos fins para a reprodução humana assistida e não apenas aquele tradicional intento de um casal, unido legalmente pelo matrimônio ou pela união estável, obter um filho gerado biologicamente, em face de sua infertilidade.

Nesse ínterim, surgiu a possibilidade da popularmente conhecida “produção independente”, que ocorre quando uma pessoa tem o seu filho sozinha, solteira, utilizando-se de banco de material genético armazenado, bem como da geração biológica de um filho por parte de um casal homossexual, que também sucede dessa mesma forma, entre outras espécies de realização da procriação artificial, o que trouxe questionamentos quanto à determinação da filiação e parentesco.

No entanto, o maior volume de pessoas que se interessam em se submeter a um procedimento de reprodução humana assistida é composto pelas pessoas ou casais que não são aptos a gerarem uma vida naturalmente, em razão de infertilidade ou esterilidade constatada, e desejam ampliar sua família com a criação de filhos, razão pela qual, movidos por esse anseio, buscam outras alternativas para alcançarem tal intento, sendo uma delas a reprodução humana assistida.

Genival Veloso de França (2001, p. 225), em sua célebre obra “Medicina Legal”, define a reprodução assistida como “o conjunto de procedimentos no sentido de contribuir na resolução dos problemas da infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas ou condutas tenham sido ineficazes para a solução e obtenção da gravidez desejada”.

Gustavo Pereira Leite Ribeiro (2002, p. 287), aduz que a reprodução humana assistida é “o conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana”.

São dois os métodos de realização de reprodução humana assistida: inseminação artificial, na qual a fecundação ocorre dentro do próprio corpo da mulher, e fertilização *in vitro*, pelo qual a fecundação é feita em laboratório e o embrião formado é transferido para o útero da mulher.

A ectogênese ou fertilização *in vitro* concretiza-se pelo método ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer*), que consiste na retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido ou de outro homem, para depois introduzir o embrião no seu útero ou no de outra. Como se vê, difere da inseminação artificial, que se processa mediante o método GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*), referindo-se à fecundação *in vivo*, ou seja, à inoculação do sêmen na mulher, sem que haja qualquer manipulação externa de óvulo ou de embrião. (DINIZ, 2008, p. 520).

Quanto à utilização dos gametas para a fertilização, a reprodução humana assistida é classificada de duas formas: reprodução assistida homóloga e reprodução assistida heteróloga. A reprodução assistida homóloga, também chamada de interconjugal, é aquela realizada com os gametas do próprio casal, ou seja, o material genético utilizado na formação do embrião é o espermatozoide do marido com o óvulo da mulher. Já a reprodução assistida heteróloga, denominada também de supraconjugal, é a que se efetiva com a utilização de gametas oriundos de terceiros, podendo ser parcial, quando um dos gametas é doado e o outro é de um dos cônjuges ou companheiros, ou total, quando os dois gametas são obtidos por doação (DALVI, 2008, p. 190 e 193).

De acordo com as lições de Enrique Varsi Rospigliosi (2001, p. 260), há uma terceira forma de realização da reprodução humana assistida, que é a mista, considerada em algumas legislações como uma forma de manipulação genética e em outras como uma variante da técnica heteróloga.

Rospigliosi conceitua tal forma de reprodução assistida:

También es llamada confusa, combinada, biseminal o cóctel de semen, es aquella que se realiza mezclando espermatozoides de varios varones con los del marido. Su finalidad, al parecer, estaría dada en el hecho de que sirve para: elevar las probabilidades de que el marido sea el padre, estableciéndose una duda acerca de su paternidad dándole una ilusión, o quizá una esperanza, que fue su espermatozoide, y no el del tercero, el que fecundó el óvulo de su mujer o conviviente (ROSPIGLIOSI, 2001, p. 260).

Salienta-se que o modo de realização de procriação artificial acima referido, a reprodução mista, não costuma ser realizado pelas clínicas brasileiras, tendo em vista os problemas éticos e jurídicos que podem decorrer, uma vez que faz pairar uma imprecisão sobre a paternidade da criança assim concebida.

Maria Helena Diniz (2008, p. 525) apresenta entendimento no sentido de que “a inseminação artificial homóloga não fere princípios jurídicos, embora possa acarretar alguns problemas ético-jurídicos, apesar de ter o filho componentes genéticos do marido (convivente) e da mulher (companheira)”, com a concordância expressa dos interessados para a coleta e utilização do material genético.

Porém, na reprodução humana assistida heteróloga – na qual se utiliza de gametas obtidos por terceiros – há maiores riscos de complicações na

gestação e de gerar sequelas tanto para a criança quanto para a gestante, o que também acarreta relevantes problemas jurídicos e morais:

- a) Desequilíbrio da estrutura básica do matrimônio, por contrariá-la no que atina ao pressuposto biológico da concepção, que advém do ato sexual entre pai e mãe. [...]
- b) Possibilidade de transexual ou homossexual pretender que companheira obtenha filho por meio dessa inseminação. [...]
- c) Falsa inscrição no registro civil, ante a presunção legal de que é filho do marido o concebido por meio de inseminação artificial heteróloga durante o casamento, desde que haja prévia autorização do marido. [...]
- d) Dúvida se o homem poderia, livremente, dispor ou ceder seus componentes genéticos [...].
[...]
- f) Introdução numa família de pessoa sem o patrimônio genético correspondente ao do marido, embora tenha 50% do da mãe, o que poderá comprometer a transcendência genética;
- g) Arrependimento do marido após a realização da fecundação artificial, sugerindo o aborto, ou depois do nascimento, gerando infanticídio;
- h) Alegação de que houve adultério da mulher e não a inseminação artificial heteróloga pelo marido enganado [...] (DINIZ, 2008, p. 528/531).

Vislumbra-se que na reprodução assistida heteróloga a simplicidade relatada sobre a reprodução assistida homóloga não existe, já que abrange diversas pessoas ao mesmo tempo, cada uma com sua função, direitos, deveres e responsabilidades: a mulher, seu esposo (se for o caso), o homem, sua esposa (se for o caso), o doador ou doadora, seu cônjuge (se for o caso) e o filho que vai nascer.

Dentro desse conjunto de pessoas envolvidas num procedimento de reprodução assistida heteróloga, faz-se mister frisar sobre o sigilo na identificação dos doadores:

Os autores que defendem a heterorreprodução são concordes em dois pontos de vista: 1. A receptora não deve conhecer a identidade do doador; 2. O doador não deve reconhecer a identidade da receptora.

Isso implica que apenas uma pessoa pode conhecer a identidade de uma e de outro: o médico responsável pela operação, o que faz a eleição do doador, tendo em vista consequências que possam surgir na gravidez e na hígidez do novo ser. Assim, toda responsabilidade recai única e exclusivamente na pessoa do operador (FRANÇA, 2001, p. 226).

Várias formas de geração de vida podem advir da realização de reprodução assistida heteróloga, posto que um dos gametas pode ser doado ou até mesmo os dois, ressaltando ainda a possibilidade da gestação em útero alheio.

Diante disso, surge a dificuldade em se definir a filiação, o parentesco, considerando que o material genético utilizado não é integralmente do casal paciente, mas de terceiros, além de outros problemas que se impõem, notadamente no campo da ética e também no Direito das Sucessões, dentro do qual se indaga sobre o direito sucessório da criança gerada por reprodução humana assistida *post mortem*, o direito de receber herança da criança concebida mediante reprodução humana assistida heteróloga que não tem conhecimento sobre a identidade de seu genitor (doador do material genético), bem como a ampliação familiar dos casais homossexuais.

As técnicas de reprodução humana assistida estão sempre em período de experiência, com muitas informações e desvendamentos a serem realizados pelos profissionais da ciência médica, passando por diversas provas sobre o sucesso de seus métodos, dentre os avanços que se verifica hodiernamente. Por esta razão, é necessário que os médicos e as clínicas responsáveis pela realização dos procedimentos de procriação artificial estejam sempre atentos às novas tecnologias e novas terapêuticas que surgirem, a fim de se atualizarem e, conseqüentemente, evitar a falibilidade médica, tão provável nesses tipos de tratamentos.

As clínicas possuem função primordial para a realização de algum procedimento de reprodução humana assistida, pois guarda em sua composição uma equipe profissional multidisciplinar, sendo constituída, além do médico especialista nas técnicas de procriação artificial, por enfermeiros, biomédicos, técnicos de laboratório, farmacêuticos, psicólogos, etc.

Desse modo, oferece ao contratante o melhor que pode haver em relação ao serviço que será desempenhado, tendo em vista que o paciente terá em suas mãos a possibilidade de realizar todas as consultas e exames necessários antes da realização do procedimento num mesmo lugar. É a comodidade a serviço da vida concebida artificialmente.

Sendo assim, deve a clínica agir com o máximo de cautela e diligência possível, empregando todos os esforços necessários para a satisfação do paciente e evitando a ocorrência de prejuízos ou danos, para que não seja alvo de imputação, o que será adiante elucidado.

3 RELAÇÃO JURÍDICA NEGOCIAL ESTABELECIDADA ENTRE A CLÍNICA DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O PACIENTE

3.1 ESPÉCIE DE OBRIGAÇÃO ASSUMIDA PELA CLÍNICA DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

O primeiro problema referente à possibilidade de responsabilização civil das clínicas de reprodução humana assistida que deve ser resolvido, antes mesmo da verificação da natureza de tal responsabilidade, traduz-se na averiguação da espécie de obrigação contratada entre a clínica e o paciente.

Considerando-se que a contratação de uma clínica por uma pessoa interessada em se submeter a algum dos procedimentos para a realização de reprodução humana assistida traduz-se em prática contemporânea, observa-se a inexistência de uma classificação própria para essa atividade médica.

Por esta razão, faz-se necessária uma análise da Teoria Geral das Obrigações, com uma categorização atualizada, a fim de se realizar o enquadramento necessário desta prestação de serviços ao Direito Civil, na esfera do Direito das Obrigações.

Obrigação é um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra. É a definição clássica dos romanos, incorporada às institutas: "*Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei.*" Conquanto mereça, ainda, aplausos dos civilistas, o conceito não é inteiramente satisfatório em razão das interpretações que comporta a expressão "*solvere rem*". Tomada no sentido literal e restrito de pagar uma coisa, não abrange todas as espécies de obrigação; na acepção ampla de prestação, compreende todos os deveres jurídicos. Admite-se, no entanto, que a expressão se refere a todas as prestações patrimoniais. (GOMES, 2008, p. 15).

Tentando solver essa insatisfação colocada por Orlando Gomes, Silvio de Salvo Venosa (2005a, p. 27) conceitua obrigação como "uma relação jurídica transitória de cunho pecuniário, unindo duas (ou mais) pessoas, devendo uma (o devedor) realizar uma prestação a outra (o credor)".

Todavia, um conceito de obrigação mais completo e moderno é trazido por Álvaro Villaça Azevedo, que assim leciona:

Obrigação é a relação jurídica transitória, de natureza econômica, pela qual o devedor fica vinculado ao credor, devendo cumprir determinada prestação pessoal, positiva ou negativa, cujo inadimplemento enseja a este executar o patrimônio daquele para satisfação de seu interesse. (AZEVEDO, 2004, p. 33)

De acordo com o enunciado, observam-se claramente os elementos que compõem uma obrigação:

a) Relação jurídica: vínculo jurídico que liga os sujeitos da obrigação, garantindo seu cumprimento, espontânea ou coercitivamente;

b) Transitoriedade: a obrigação não pode ser perpétua, sob pena de levar à servidão humana, escravidão, o que não se pode aceitar nas sociedades civis da atualidade;

c) Natureza econômica: o devedor deve cumprir com sua obrigação, sob pena de ser alcançado em seu patrimônio em razão do inadimplemento;

d) Sujeitos: a obrigação é composta por um sujeito ativo, que se personifica pelo credor, e por um sujeito passivo, o devedor;

e) Objeto: é a matéria, a coisa que se pretende receber pelo adimplemento da obrigação, que pode ter conteúdo econômico ou não, mas devendo, nesse caso, haver uma previsão da sua conversão econômica.

Diante dessa diversidade de conceitos citados e elementos constituintes de uma obrigação acima referidos, nota-se uma transformação evolutiva no Direito das Obrigações ao longo dos tempos, culminando com debates jurídicos acirrados.

O Direito Obrigacional da contemporaneidade tem sido alvo de discussões consideráveis, não só pelas mudanças trazidas com o Código Civil de 2002, mas também pelos novos contornos que tem tomado diante do desenvolvimento da sociedade. Os vínculos obrigacionais tem se tornado cada vez mais complexos e peculiares, o que demanda uma análise constante e pormenorizada da teoria obrigacional.

A doutrina classifica as obrigações em modalidades, entre elas: a) quanto ao objeto: dar (coisa certa ou coisa incerta), fazer e não fazer; b) quanto ao sujeito: divisíveis e indivisíveis; c) quanto ao modo de execução: cumulativa e alternativa; d) quanto ao tempo do adimplemento: instantânea, execução continuada e execução diferida; e) quanto à liquidez: líquidas e ilíquidas; f) quanto ao conteúdo: meio e resultado.

Rubens Limongi França (*apud* AZEVEDO, 2004, p. 56) conceitua a obrigação de dar como sendo aquela na qual o devedor fica compelido a promover, em benefício do credor, a tradição da coisa (móvel ou imóvel), com o fim de outorgar um novo direito sobre tal objeto ou restituí-lo ao seu dono.

O objeto de uma obrigação de dar, ou seja, a coisa que deverá ser entregue pelo devedor ao credor, pode ou não ter sido indicado quando da realização do acordo entre os sujeitos. Por esta razão, a obrigação de dar se subdivide em obrigação de dar coisa certa e obrigação de dar coisa incerta.

Essa classificação secundária possui uma maior importância no que tange à responsabilização pelo inadimplemento, na hipótese de perda do objeto.

“Certa será a coisa determinada, perfeitamente caracterizada e individuada, diferente de todas as demais da mesma espécie. O que foi objeto da obrigação, a coisa certa, é que servirá para o adimplemento da obrigação” (VENOSA, 2005a, p. 85). Portanto, caso o devedor não entregue o objeto exato, com todas as qualificações exigidas na avença, será analisada a sua culpa e possível indenização por perdas e danos, de acordo com os artigos 235 e 236 do Código Civil.

Art. 235. Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido de seu preço o valor que perdeu.

Art. 236. Sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos.

De acordo com os dispositivos legais transcritos, abrem-se duas possibilidades:

a) Caso o objeto for deteriorado sem culpa do devedor, o credor poderá resolver a obrigação, recebendo a restituição do que porventura já tiver pago, ou aceitar o objeto no estado em que se encontrar, tendo desconto no preço, proporcional à depreciação;

b) Em havendo culpa do devedor, o credor poderá receber ou não a coisa, tendo direito ao recebimento de perdas e danos.

De outro vértice, a obrigação de dar coisa incerta não tem o seu objeto especificado, mas apenas determinado de forma genérica, motivo pelo qual

exige um determinado momento para que ocorra a escolha da coisa que será entregue, o que se denomina “concentração”. Assim que a preferência for declarada, a obrigação passará a ser disciplinada pelos preceitos relativos à obrigação de dar coisa certa. (VENOSA, 2005a, p. 100)

Portanto, a obrigação de dar coisa incerta é estabelecida entre as partes com um objeto determinável, já que não aparece qualificada de pronto, mas indicado somente pelo seu gênero e pela sua quantidade. Contudo, como não é possível cumprir uma obrigação de dar sem ter a coisa devidamente especificada, há o momento da escolha, que, de acordo com o artigo 244 do Código Civil, cabe ao devedor, se não constar estipulação diferente no documento da obrigação.

A obrigação de fazer guarda certa semelhança com a obrigação de dar, pois ambas tem como prestação uma conduta comissiva do devedor, diferenciando-se apenas em relação ao objeto. Conforme já assinalado, a obrigação de dar tem como objeto a entrega de algo, diferentemente da obrigação de fazer, na qual

[...] a conduta devida é uma atividade, um fazer, não simplesmente entregar coisa já existente. Excetuando-se a conduta de meramente dar, o restante das condutas comissivas é fazer. Senão, tudo seria fazer, pois sempre se exige uma conduta humana. (BORGES, 2011, p. 121)

Já a obrigação de não fazer tem como objeto uma conduta omissiva, uma abstenção, isto é, o devedor dessa espécie de obrigação se compromete a deixar de fazer algo que poderia fazer sem desobedecer a nenhum preceito legal. Ele se compele a não cometer determinada atitude lícita, mas indesejada pelo credor.

A categoria das obrigações que as difere em divisíveis e indivisíveis diz respeito à possibilidade de fracionamento de seu objeto, da prestação que será realizada. Porém, só se mostra relevante quando há pluralidade de credores ou de devedores, motivo pelo qual é classificada quanto ao sujeito.

Essas obrigações são dispostas nos artigos de 257 a 263 do Código Civil e são de fácil compreensão, seguindo-se quatro opções:

a) se a obrigação é divisível, e há mais de um devedor, divide-se em tantas obrigações, iguais e distintas, quantos os devedores; b) se a obrigação é divisível, e há mais de um credor, procede-se com o mesmo critério, isto é, o devedor comum paga a cada credor uma parte da dívida, igual para todos; c) se a obrigação é indivisível e há pluralidade de devedores, cada um será obrigado pela dívida toda; d) se a obrigação é indivisível e há pluralidade de credores, o devedor se desobriga, pagando a todos conjuntamente um a um, dando este caução de ratificação dos outros credores (GOMES, 2008, p. 95/96)

Considerando as alternativas supra referidas, esquematizadas por Orlando Gomes, vislumbra-se claramente não haver maiores dificuldades na compreensão das obrigações divisíveis e indivisíveis, devendo apenas reconhecer, no caso destas últimas, a solidariedade que impera entre devedores e credores.

As obrigações cumulativas e alternativas são estudadas sempre em conjunto, pois se referem ao modo de execução de uma obrigação, a forma pela qual o objeto será cumprido.

Tanto a obrigação cumulativa quanto a obrigação alternativa possui mais de um objeto (objeto composto). Diferenciam-se apenas em relação à partícula que compõe esses objetos: na obrigação cumulativa, os objetos são ligados pela partícula “e”, enquanto na obrigação alternativa, os objetos são ligados pela partícula “ou” (VENOSA, 2005a, p. 114).

Desse modo, é cumulativa a obrigação cuja prestação é devida conjuntamente, tendo o sujeito ativo o direito de exercer do sujeito passivo tudo o que foi avençado. Por outro lado, é alternativa a obrigação quando o devedor se obriga a entregar um dos objetos da prestação e não todos os que foram colocados no acordo celebrado, tendo também, nesse caso, um momento de concentração, de igual maneira quando se trata de obrigação de dar coisa incerta.

A divisão das obrigações quanto à sua execução levam em consideração exclusivamente o aspecto temporal de seu cumprimento, sendo classificadas como obrigações de execução instantânea, diferida no tempo e continuada ou de trato sucessivo.

Obrigação de execução instantânea é aquela que deve ser cumprida prontamente, sendo seu inadimplemento medido também de forma imediata. Já a obrigação de execução diferida tem como seu maior exemplo a venda a crédito, na qual o objeto adquirido é entregue em um determinado momento, mas o seu pagamento é postergado, definido para outro momento. Por fim, a obrigação de

execução continuada, que é cumprida em prestações reiteradas, estabelecidas em períodos, como, por exemplo, as prestações pagas a um plano de saúde (PENTEADO; FIGUEIREDO, 2011, p. 227).

Em continuidade, trata-se das obrigações líquidas e ilíquidas, que se diferem pela percepção aparente sobre o que se deve, qual se deve e quanto se deve.

Obrigações líquidas são as que guardam já em sua essência toda a qualificação da dívida, estabelecendo claramente o seu objeto, o que o sujeito passivo deve realizar a fim de adimplir a obrigação. Logo, obrigações ilíquidas são aquelas cuja prestação depende de uma apuração, pois sua dimensão não está completamente determinada e concretizada, necessitando de uma liquidação para ser cumprida (PENTEADO; FIGUEIREDO, 2011, p. 237).

Vale ressaltar a importância dessa classificação no processo civil, no momento de prolação de sentença. A sentença deve sempre estabelecer condenação líquida, salvo na hipótese de o juiz não possuir elementos para decidir com liquidez, quando então se fará necessária a fase de liquidação de sentença, alocada no processo de execução.

Dentre todas as modalidades de obrigações estratificadas pela doutrina, a que mais interessa na espécie de contratação em estudo, o negócio jurídico celebrado entre a clínica de reprodução humana assistida e o paciente, é a diferenciação entre obrigações de meio, também chamadas de obrigações de diligência, e obrigações de resultado, tendo em vista o liame que esta distinção guarda com as teorias de responsabilização civil.

3.1.1 Obrigação de Meio e Obrigação de Resultado

A teoria das obrigações de meio e de resultado é recente, advinda com a acentuação das relações de consumo, e tem estreita ligação com as teorias que classificam a responsabilidade civil: a objetiva e a subjetiva. Esta última teoria preconiza a necessidade de perquirição de culpa para a caracterização da responsabilidade na seara cível e encontra-se prevista no Código Civil atualmente vigente, como regra. Por outro lado, a teoria objetiva, que prescindir da constatação de culpa, vem sofrendo um alargamento no que tange ao seu âmbito de aplicabilidade, inclusive sendo regra no microssistema consumerista brasileiro.

Antigamente, à responsabilidade civil era aplicada apenas a teoria subjetiva. No entanto, com o crescimento das relações de consumo após a Revolução Industrial, as pessoas passaram a não aceitar mais tão facilmente os prejuízos que poderiam levar em relação à aquisição de produtos ou contratação de serviços, motivo pelo qual se fez necessária a criação da teoria objetiva e, conseqüentemente, uma modificação nas relações obrigacionais, que culminou com a classificação em estudo.

Introduzida por Demogue, na doutrina francesa moderna, modificada por Henri e Léon Mazeaud, que a consideravam uma *summa divisio* de todas as obrigações, delituais e contratuais, a distinção entre obrigações de resultado e de meios diz respeito ao objeto da obrigação, tendo, contudo, por razão de ser, uma repartição diferente do ônus da prova que incumbe aos contratantes, por ocasião de uma contestação. (TUNC, 2011, p. 748)

Conseqüentemente, definiu-se uma conexão entre a responsabilidade civil e a teoria geral das obrigações, relacionando-se a responsabilidade civil objetiva com a obrigação de resultado e a responsabilidade civil subjetiva com a obrigação de meio.

De forma simples, Pablo Stolze Gagliano assim conceitua essas espécies de obrigações:

A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga a empreender sua atividade, sem garantir, todavia, o resultado esperado. [...] Nesta modalidade obrigacional [obrigação de resultado], o devedor se obriga não apenas a empreender a sua atividade, mas, principalmente, a produzir o resultado esperado pelo credor. (GAGLIANO, 2009, p. 97).

Sobre a diligência que deve ser empregada no cumprimento de uma obrigação de resultado, Giselda Hironaka entende que

[...] deve ser avaliada a diligência do devedor ao cumprir a obrigação. Para alcançar tal objetivo, isto é, para que seja possível aferir, com maior segurança, o comportamento do devedor, deve ser levado em consideração um certo comportamento padrão, isto é, aquele comportamento que tem, por exemplo, o homem médio, o protótipo do cidadão prudente, normal, atento, dotado de ordinária inteligência, hábil, empenhado e dedicado. Este é o bom pai de família – *bonus pater familias* – referido pelos romanos (HIRONAKA, 2008, p. 53).

Quanto à sua execução, no caso das obrigações de resultado, se dá quando o devedor cumpre o objetivo final; nas obrigações de meio, o inadimplemento caracteriza-se pelo desvio de comportamento ou omissão de cuidados ou precauções a que se comprometeu, sem considerar o que se obteve como resultado final (PEREIRA, 1993, p. 214).

Portanto, a fim de se verificar uma hipótese de inadimplemento de uma obrigação de meio, deve-se analisar o comportamento do devedor, cumprindo ao credor provar que o resultado não ocorreu por falta de diligência, prudência ou empenho do devedor. De outro lado, se a obrigação pactuada é de resultado, a falta de seu cumprimento resta demonstrada facilmente, bastando a prova do resultado não ocorrido.

Essa classificação foi proposta levando-se em consideração, especialmente, a atividade médica, considerando a dificuldade que se tinha em definir a imputação a essa categoria profissional, se era de natureza contratual ou extracontratual, na hipótese de danos ou prejuízos causados aos seus pacientes.

[...] a tradicional relutância em admitir a natureza contratual da responsabilidade médica (que pode, também, ser odontológica, visto que, em Portugal, a odontologia é uma especialidade da medicina e o cirurgião-dentista é chamado médico-dentista) estava indissociavelmente ligada a uma certa repugnância em aceitar que o médico pudesse considerar-se presumidamente culpado sempre que o tratamento tivesse efeitos nefastos ou não alcançasse as metas que as expectativas do agente haviam subjetivamente fixado. (TANAKA, 2002, p. 252/253)

Para esses profissionais, a importância primária do assunto deve-se ao fato de que tanto as clínicas quanto os médicos singularmente considerados estão sujeitos à responsabilização por qualquer dano causado por erro cometido durante a prática dos procedimentos a que forem contratados, em decorrência do descumprimento de obrigações assumidas. Em decorrência, mostra-se necessária a verificação da natureza da obrigação incidente, ainda mais considerando que é tal diferenciação que confere lógica ao sistema contratual, mormente quando se cuida de responsabilização pelo inadimplemento de obrigação pactuada.

A atividade do profissional liberal, especificamente a atividade do médico, em regra, de acordo com a doutrina dominante, constitui-se em “uma obrigação de meio e não de resultado, por não comportar o dever de curar o

paciente, mas sim o de prestar-lhe os cuidados conscienciosos e atentos conforme os progressos da medicina” (DINIZ, 2008a, p. 299). “Ele se obriga a empregar os meios de que dispõe para chegar a um resultado que permanece externo ao contrato” (TUNC, 2011, p. 749).

A jurisprudência brasileira atual caminha no mesmo sentido, como se depreende do acórdão a seguir:

ADMINISTRATIVO. OMISSÃO INEXISTENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL. OBRIGAÇÃO DE MEIO, E NÃO DE RESULTADO. ERRO MÉDICO. NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE PROVAS. SUMULA 07/STJ. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF.

1. O acórdão recorrido não está eivado de omissão, pois resolveu a matéria de direito valendo-se dos elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide.

2. O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que a relação entre médico e paciente é de meio, e não de fim (exceto nas cirurgias plásticas embelezadoras), o que torna imprescindível para a responsabilização do profissional a demonstração de ele ter agido com culpa e existir o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado - responsabilidade subjetiva, portanto.

3. O Tribunal a quo, amparado no acervo fático-probatório do processo, afastou a culpa do cirurgião-dentista, e, conseqüentemente, erro médico a ensejar a obrigação de indenizar, ao assentar que não houve equívocos por parte da equipe médica na primeira fase do tratamento e que as complicações sofridas pela requerente não decorreram da placa de sustentação escolhida pelo profissional de saúde. Assim, concluiu que a conduta se mostrara coerente com o dever profissional de agir, inexistindo nexo de causalidade entre os atos do preposto da União e os danos experimentados pela autora.

[...]

6. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

(REsp 1184932/PR. Relator: Ministro Castro Meira. Julgamento em: 13/12/2011, publicado no DJe de 16/02/2012)

Da análise do acórdão colacionado, emerge que a parte recorrente, alegando omissão no acórdão anterior, intentava desvirtuar a natureza da obrigação do profissional da área da saúde. Desejava, portanto, ver caracterizado erro médico por descumprimento de obrigação de resultado e não de meio, o que não foi aceito pelo Superior Tribunal de Justiça que já assentou seu entendimento no sentido de que a obrigação médica é, essencialmente, de meio ou diligência, salvo nas cirurgias estéticas ou embelezadoras.

A despeito do entendimento acima citado, com o qual se concorda, existem situações em que a atividade do médico singular pode ensejar obrigação de

resultado, como, por exemplo, na cirurgia plástica estética, em cirurgias de correção da visão, bem como em exames laboratoriais. Nesses casos, não se pode deixar de considerar que o médico ou a clínica pode elaborar um instrumento contratual de prestação de serviços, com previsão de possibilidade de intercorrências danosas, e assim proceda com o intuito de caracterizar a sua atividade/obrigação como de meio, desvirtuando natureza da obrigação, que é de resultado.

Ainda assim, não se pode afirmar que estará livre de responsabilização civil pelos seus atos ou omissões, mas sim que a sua culpa será aferida de forma mais especial. De fato, devem-se levar em conta as especificidades de sua atividade, os diferentes profissionais envolvidos nos procedimentos, a obrigação específica de cada um deles, dentre outros aspectos determinantes da responsabilização no âmbito cível.

Constata-se, portanto, que, normalmente, o serviço prestado pelo profissional da Medicina ou clínica prestadora de serviços médicos é considerado como uma obrigação de meio, tendo apenas situações excepcionais consideradas como obrigação de resultado, as quais ainda podem ser convencionalmente modificadas.

Em relação à caracterização da obrigação assumida pela clínica, pessoa jurídica e não profissional liberal considerado de forma particular, notadamente pelas clínicas de reprodução humana assistida, não se tem um posicionamento exato sobre a adequação de sua obrigação na classificação trazida pela Teoria Geral das Obrigações, fazendo-se necessária a análise das disposições contratuais e assim verificando o que foi acordado entre a clínica e o paciente contratante.

Com o escopo de se definir corretamente a espécie de obrigação assumida pela clínica, deve-se averiguar:

a) Ao contratar com um paciente a realização de algum procedimento de reprodução humana assistida, a clínica se compromete no sucesso do tratamento, na ocorrência do resultado gravidez e/ou no nascimento da criança gerada por esse meio artificial?

b) Se o filho gerado por meio de alguma das técnicas de reprodução humana assistida nascer com qualquer tipo de deformação, doença ou anomalia, há a previsão de responsabilização da clínica?

c) No caso de troca de material genético (por exemplo, troca de provetas contendo, em uma, sêmen do paciente contratante e, em outra, sêmen de um desconhecido), qual será a responsabilidade da clínica que efetuou o procedimento equivocado?

d) Qual é a espécie de contrato celebrado entre a clínica de reprodução assistida e o paciente-contratante?

e) Há alguma diferença ou especificação dentro do contrato a depender da técnica de reprodução humana assistida que será aplicada? O contrato guardará um modelo genérico ou conterá termos específicos quanto ao procedimento escolhido?

Nesse diapasão, França apresenta seu entendimento no sentido de que

[...] nos casos do emprego das técnicas de reprodução assistida tenha o médico com sua paciente uma obrigação de meios e não de resultado, quando provado que ele usou de todos os meios procedentes e dos cuidados que se exigem em tais situações. No entanto, tal concepção não lhe tira a obrigação de responder civilmente por erros em que fique patente ter ele faltado com os deveres de vigilância, de abstenção de abusos e de qualificação profissional [...] (FRANÇA, 2001, p. 230).

De outro vértice, Luiz Antônio Rizzatto Nunes (2009, p. 353) afirma que, constituindo a clínica uma pessoa jurídica prestadora de serviços médicos, sua atividade depende apenas da capacitação profissional do prestador de serviço e de nenhuma outra circunstância, razão pela qual as obrigações por ela assumidas, devem ser consideradas como de resultado.

Ponderando, de uma forma prática e conforme o razoável, as situações acima descritas, observa-se que, em relação ao sucesso do procedimento, ocorrência do resultado gravidez e/ou nascimento da criança, a clínica assume uma obrigação de meio. Resta, então, impelida a envidar todos os esforços possíveis e necessários, incluindo profissionais de áreas diversas com conhecimentos específicos e materiais imprescindíveis à realização do procedimento, sem, no entanto, garantir que a paciente contratante adquira o estado gravídico ou que a criança concebida por esse meio artificial alcance o nascimento.

No concernente ao comprometimento da clínica no cuidado com o armazenamento e manuseio do material genético coletado, verifica-se tratar de

obrigação de resultado, pois assume uma obrigação exata para que o sêmen/ovócito seja guardado da forma como exige para a perfeita criopreservação e não extinção dos espécimes antes da fertilização e/ou implantação.

Desse modo, é possível afirmar que a clínica de reprodução humana assistida, quando contratada para a prestação de seus serviços, seja qual for a técnica ou procedimento escolhido pelo paciente, está obrigada de forma mista, ou seja, assume tanto obrigação de meio quanto obrigação de resultado, a depender da espécie de contrato celebrado e suas cláusulas.

3.2 ANÁLISE DOS CONTRATOS RELACIONADOS À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Superada a problemática da caracterização da obrigação pactuada entre o paciente e a clínica, passa-se à análise dos contratos relacionados a essa prática artificial de reprodução humana.

Primeiramente, examina-se o contrato de prestação de serviços médicos, também denominado contrato de assistência médica, que inclui o contrato médico e o contrato de assistência médico-hospitalar.

Após, serão citados e explicados cada um dos instrumentos contratuais utilizados na reprodução humana assistida, de acordo com suas etapas e método escolhido.

3.2.1 Contrato de Prestação de Serviços Médicos

O contrato de prestação de serviços médicos ou contrato de assistência médica pode abranger tanto o contrato médico quanto o contrato de assistência médico-hospitalar. No contrato médico é pactuada a prestação de serviços profissionais desta espécie a um cliente; já o contrato de assistência médico-hospitalar inclui, além da prestação objeto do contrato médico, também a internação em clínica ou hospital e alimentação, inclusos ou não em plano de saúde (DINIZ, 2003, p. 590).

Maria Helena Diniz trata dos requisitos do contrato de assistência médico-hospitalar:

- a) Subjetivo, pois ambos os contratantes precisarão ser capazes. A contratada, organização médico-hospitalar, que prestará os serviços, será pessoa jurídica, devidamente registrada e representada, e o contratante [...] deverá estar habilitado, quite com seus deveres, para que possa receber os tratamentos necessários especificados contratualmente, tendo, se internado, direito ao fornecimento de alimentação e aos demais serviços hospitalares.
- b) Objetivo, o objeto desse contrato é a prestação de serviços médicos, cirúrgicos ou não, de atendimento e fornecimento de alimentos, se houver internação do paciente.
- c) Formal, em regra, deverá ser feito por escrito, sendo contrato por adesão, já impresso, sendo suas cláusulas submetidas à aprovação do sócio contratante (DINIZ, 2003, p. 590).

O contrato de prestação de serviços médicos possui, implicitamente, dois deveres: o de dar conselhos e o de cuidar do paciente com diligência, zelo, utilizando adequadamente os conhecimentos da Medicina.

Em se tratando de contrato celebrado entre os pacientes e a clínica de reprodução humana assistida, observa-se o cumprimento dos requisitos acima colacionados da seguinte forma: o requisito subjetivo é realizado a partir do momento em que se tem acesso à documentação das partes, ou seja, documento pessoal dos pacientes comprovando sua capacidade civil e registro da clínica enquanto pessoa jurídica; o requisito objetivo se perfaz dentro do próprio contrato, estabelecendo-se o seu objeto, isto é, as obrigações pactuadas; e o requisito formal é cumprido com o próprio instrumento contratual documentado, por escrito e não apenas verbal.

Há clínicas que não preenchem esse último requisito, realizando apenas um acordo informal, verbal, com o paciente contratante, o que não confere nulidade ao negócio jurídico – já que esses requisitos são construções doutrinárias e não advindos da própria lei –, a não ser que incorra em alguma das causas de invalidade dispostas nos artigos 166 e seguintes do Código Civil.

No caso de violação de alguma das obrigações inerentes ao contrato de assistência médica, o qual se aplica perfeitamente às clínicas de reprodução humana assistida, o contratado poderá responder, na primeira hipótese, em razão da ausência de instrução ao paciente, e na segunda hipótese por falta de assistência, negligência ou abandono, considerando-se, também, a gravidade das consequências dos atos ou omissões do profissional.

Caso o contrato seja de adesão, isto é, aquele redigido apenas por parte do fornecedor, sem que haja discussão ou modificação de seu conteúdo pelo

consumidor, como geralmente ocorre no caso do contrato de assistência médica, o requisito formal estará preenchido desde que o contratante tenha aceitado todas as cláusulas estipuladas unilateralmente pelo contratado, obedecendo-se a disciplina do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor.

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no §2º do artigo anterior.

§3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Na hipótese de um contrato de prestação de serviços médicos ser elaborado de maneira que leve à ludibriar o paciente, não observando o tamanho da fonte estabelecida em lei, nem mesmo a evidência devida nas disposições que restringir ou tentar retirar algum direito seu, caberá a resolução da avença, bem como a condenação em perdas e danos.

Em continuidade, vencidas as generalidades acima explicitadas, serão apreciados os demais instrumentos contratuais que podem advir, de acordo com a técnica a ser empregada na realização do procedimento de procriação artificial e com a escolha da forma de utilização de gametas.

3.2.2 Contratos Relacionados com os Procedimentos de Reprodução Humana Assistida

Dentre os instrumentos contratuais que podem ser utilizados pelas clínicas de reprodução humana assistida para sedimentar formalmente suas obrigações perante o paciente, destacam-se o informe de consentimento para técnicas de fertilização assistida, o instrumento de autorização para fertilização *in*

vitro/inseminação artificial com ovócito/sêmen doado ou cedido gratuitamente, o acordo de criopreservação de sêmen, o informe de consentimento para congelamento e preservação de pré-embriões e o instrumento de doação voluntária de ovócitos.

O “informe de consentimento para técnicas de fertilização assistida”¹, na verdade, deveria ser um contrato anexo a qualquer contrato médico celebrado entre paciente e clínica de reprodução humana assistida, pois traz consigo informações relativas ao procedimento que será realizado, todas as suas particularidades e riscos, atendendo ao dever de informação disposto no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor e na Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, que assim dispõe:

[...] O consentimento informado será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados 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 expresso em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida.

Cumpra ao médico ou qualquer representante da clínica contratada explicar a natureza e os riscos dos procedimentos que serão aplicados no paciente, de modo claro e sutil, a fim de que o paciente não se sinta desencorajado, sem a necessidade de se tecer comentários técnicos demais, a ponto de impossibilitar o entendimento do paciente, mas sim dar-lhe a plena ciência de tudo a que irá se submeter.

O “instrumento de autorização para fertilização *in vitro*/inseminação artificial com ovócito/sêmen doado ou cedido gratuitamente”² versa sobre o consentimento dado pela pessoa ou casal contratante a fim de que seja realizada a reprodução humana assistida com utilização de gameta de terceiro, doado anonimamente.

Tal documento, devidamente firmado, atribui a clínica contratada poderes para selecionar o material genético apropriado para a realização do

¹ Anexo A.

² Anexo B.

procedimento de fertilização *in vitro* ou inseminação artificial com um dos gametas oriundo de pessoa alheia ao casal.

Entretanto, vale salientar o dever de observar a eticidade quanto à manutenção de características fenotípicas, físicas e raciais, consoante define a Resolução nº 2.013/2013 do CFM:

[...] As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

O “acordo de criopreservação de sêmen”³ consiste num verdadeiro contrato celebrado entre o homem interessado – contratante – e o banco de sêmen de uma clínica ou de um hospital - contratado.

Nesse caso, a prestação de serviço pactuada é o armazenamento e preservação do material genético masculino, ou seja, espécime de sêmen coletado, com o escopo de realização de futura reprodução assistida em sua esposa ou companheira, mediante autorização do homem e consentimento da mulher, que será a receptora.

Ressalta-se, quanto a essa espécie de instrumento contratual, que a clínica de reprodução humana assistida ou laboratório de criopreservação terá apenas a custódia do sêmen processado e criopreservado, sendo a propriedade do material genético do próprio contratante. Isso significa que o contratado deverá cumprir com todas as atividades decorrentes do armazenamento do material genético, inclusive segurança, não podendo inutilizar ou desprezar os espécimes, salvo na hipótese do contratante descumprir algum ponto do acordo firmado, como, por exemplo, o pagamento devido para manutenção dos espécimes de sêmen, ou por sua manifestação de vontade.

O “informe de consentimento para congelamento e preservação de pré-embriões”⁴ é documento que também cumpre o dever de informação estabelecido no Código de Defesa do Consumidor. No entanto, diferencia-se daquele por abarcar situação específica.

³ Anexo C.

⁴ Anexo D.

Referido formulário indica e explica o procedimento a ser realizado na reprodução assistida por pré-embriões congelados e preservados.

Nessa hipótese, utiliza-se do método ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer*), isto é, realiza-se uma fertilização in vitro, pois gametas serão fecundados fora do útero da mulher, formando os pré-embriões (pró-nucleados, multicelulares e blastocistos) que serão criopreservados para, posteriormente, serem implantados na receptora.

São, portanto, passadas as informações necessárias aos pacientes contratantes, de forma detalhada, assim como os riscos que podem advir da realização dessa técnica de fertilização humana, facultando a eles a concordância.

De igual maneira como no “acordo de criopreservação de sêmen”, o contratado também possui apenas a custódia dos pré-embriões, com o dever de cuidar de seu armazenamento continuamente, exceto se ocorrer alguma hipótese adversa prevista no instrumento contratual, como a falta de pagamento do valor periódico correspondente ou própria manifestação dos contratantes, proprietários dos espécimes.

Por fim, o “instrumento de doação voluntária de ovócitos”⁵, que versa sobre a concessão gratuita de material genético de mulher a determinada clínica de reprodução humana assistida.

No mencionado documento deve constar itens nos quais a doadora expressará sua concordância com determinadas situações, quais sejam: a utilização de seus ovócitos por outras mulheres em idade reprodutiva e com infertilidade constatada, a responsabilidade exclusiva da clínica de reprodução humana assistida no que tange à escolha da pessoa ou casal receptor, o sigilo de sua identidade, da identidade do(s) receptor(es) e da criança gerada.

Diante de toda a análise contratual acima esposada, vislumbra-se que, realmente, há diversos documentos dos quais se pode utilizar tanto a clínica quanto o paciente para convencionar a prestação de serviços desejada. Assim, há um instrumento a mais para garantir o total adimplemento para ambas as partes, em seus interesses próprios: que o paciente tenha suas pretensões satisfeitas pelo cumprimento da obrigação por parte da contratada e que esta não seja imputada por alguma falta ou falha em seu mister.

⁵ Anexo E.

3.2.2.1 Da incidência da boa-fé

A noção de boa-fé foi pensada, primeiramente, pelo Direito Romano (*bona fides*), segundo o qual seria mais um conceito ético do que uma expressão jurídica. No entanto, no Direito Alemão, “a noção de boa-fé objetiva traduzia-se na fórmula do *Treu und Glauben* (lealdade e confiança), regra objetiva, que deveria ser observada nas relações jurídicas em geral” (GAGLIANO, 2007, p. 63).

Segundo Francisco Amaral (2003, p. 212), a boa-fé é um princípio que deve ser entendido sob duas óticas: psicológica e ética. Pelo ponto de vista psicológico, entende-se a boa-fé como a lealdade, a certeza relacionada à existência de um determinado direito. Já pelo ponto de vista ético, entende-se a boa-fé como um dever de comportamento, a necessidade de consideração, pela parte, dos interesses da outra, ao realizar certo negócio.

No sistema do Código Civil de 1916, a boa-fé era tratada apenas como um princípio geral de direito. No entanto, com o advento do Código Civil de 2002, o artigo 422 passou a estabelecer que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Desse modo, o sistema jurídico passou a prever a boa-fé não somente como princípio geral de direito, mas como uma cláusula geral, a ser obedecida em todo e qualquer contrato (NERY JUNIOR, 2006, p. 413).

A boa-fé objetiva traduz-se em uma cláusula geral ou aberta, a ser preenchida pelo juiz conforme as particularidades do caso concreto. Mas o que significa essa cláusula geral?

O legislador, convencido da impossibilidade de regulamentação exaustiva de todas as relações da vida contemporânea, que evoluem num ritmo frenético ante os avanços da tecnologia, vale-se da técnica das cláusulas gerais na regulamentação dos institutos. Abandona a pretensão de prever soluções a todos os casos e chama o jurista e o aplicador da norma, para a análise das particularidades do caso concreto. (FURLAN, ESPOLADOR e MOLINARI, 2009, p. 76).

Sendo assim, o legislador atribui ao julgador uma proeminente discricionariedade e liberdade para decidir de acordo com a sua convicção e valores intrínsecos, apresentando um resultado adequado ao caso concreto que se apresenta.

De acordo com as concepções acima citadas, a boa-fé pode ser subdivida em objetiva e subjetiva: a boa-fé objetiva é a correspondente à visão ética; já a boa-fé subjetiva é a correspondente à visão psicológica.

Consoante leciona Nelson Nery Junior (2006, p. 114), a boa-fé subjetiva traduz-se no agir consciente daquele que ignora estar prejudicando interesse alheio tutelado pelo direito: “Implica a noção de entendimento equivocado, em erro que enreda o contratante. Ele acredita que a situação seja regular e essa sua ignorância escusável reside no próprio estado (subjetivo) da ignorância”.

O Código Civil, em seus artigos 112 e 113, inclui a boa-fé subjetiva entre as fontes para interpretar as manifestações de vontade negocial:

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Por sua vez, “a boa-fé objetiva impõe ao contratante um padrão de conduta, de modo que deve agir como um ser humano reto, vale dizer, com probidade, honestidade e lealdade” (NERY JUNIOR, 2006, p. 414). É essa espécie de boa-fé que impõe uma regra de conduta aos sujeitos que realizam um negócio jurídico.

Antes mesmo de ser contemplada no Código Civil, a boa-fé objetiva já havia sido mencionada no Código de Defesa do Consumidor, especialmente em seu artigo 4º, inciso III, que cuida da harmonização dos interesses das partes na relação de consumo.

Nessa seara, Rizzatto Nunes entende que

[...] a boa-fé objetiva, que é a que está presente no CDC, pode ser definida, *grosso modo*, como sendo um regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo. Não o equilíbrio econômico, como pretendem alguns, mas o equilíbrio das posições contratuais, uma vez que, dentro do complexo de direitos e deveres das partes, em matéria de consumo, como regra, já um desequilíbrio de forças. Entretanto, para chegar a um equilíbrio real, somente com a análise global do contrato, de uma cláusula em relação às demais, pois o que pode ser abusivo ou exagerado para um não o será para outro. (NUNES, 2008, p. 132).

Portanto, a boa-fé objetiva traduz-se numa regra de conduta, implicando que nas relações jurídicas obrigacionais os indivíduos ajam com lealdade, honestidade e retidão, cumprindo seus deveres gerais, mas também os deveres anexos, os quais, se não respeitados, poderão implicar em algum defeito na relação contratual.

As funções da boa-fé destacadas pela doutrina são: função interpretativa e de colmatação; função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção; função delimitadora de exercício de direitos subjetivos (GAGLIANO, 2007, p. 69).

Nesta função interpretativa, busca-se o verdadeiro conteúdo da relação jurídica negocial, o melhor e mais útil sentido para a sociedade.

A boa-fé objetiva, em sendo uma cláusula geral, posto que colocada expressamente no texto da legislação civil, tem incidência em todo e qualquer contrato que se elabore, inclusive nos contratos de manipulação da vida humana, foco deste estudo.

A manipulação da vida humana ou de partes do corpo humano deve ser alvo de estudo jurídico para indicar os limites a serem considerados na relação entre o médico que realizará os procedimentos e o paciente, assim como a análise da autonomia da vontade deste, no qual se insere a boa-fé objetiva, isto é, se a obediência a esse princípio terá alguma interferência na autonomia da vontade do paciente ou impedirá a realização do negócio jurídico.

Segundo a doutrina majoritária, as relações regidas pelo direito civil devem levar em conta o elemento intencional, pois a norma interpretativa dos contratos exige que seja considerada a intenção das partes contratantes.

De outro vértice, constata-se que a análise da tratativa da manipulação de genes humanos à luz da Constituição Federal e das normas infraconstitucionais pertinentes deve ser realizada sob o prisma da doutrina brasileira e estrangeira, na tentativa de se criar um olhar crítico, voltado aos anseios da sociedade.

Levando-se em consideração que os contratos de manipulação da vida humana ou de disposição de partes do corpo humano são realizados, nos casos mais correntes, apenas por um desejo dos pacientes, observa-se que a boa-fé objetiva é obedecida, com o fim de o contrato não configurar como um ato ilícito e não trazer grandes implicações para as partes, já que constitui somente o modo de

comportamento que deve ser guardado entre as partes, ou seja, uma regra de conduta que impõe aos contratantes um modo de agir conforme certos parâmetros de lealdade e honestidade.

3.2.2.2 Da inserção de cláusulas de não indenização

As cláusulas de não indenização são espécies de cláusula abusiva, a qual é conceituada, por Jean Calais-Auloy (*apud* MIRAGEM, 2008, p. 213), como “a cláusula que, pré-redigida pela parte mais forte, cria um desequilíbrio significativo em detrimento da parte mais fraca”.

Segundo Ronaldo Alves de Andrade (2006, p. 317), “abusiva é a cláusula aposta em contrato de consumo – de adesão ou singular – pelo fornecedor, de forma que este fique em extremada vantagem e o consumidor, em extremada desvantagem, desequilibrando a relação contratual”.

Portanto, ainda que o Código de Defesa do Consumidor não tenha colocado uma definição de cláusula abusiva, a doutrina se ocupou muito bem dessa tarefa, dando várias acepções para essa disposição contratual, com um núcleo central comum: é a cláusula que traz por consequência direta um desequilíbrio significativo entre os direitos e deveres das partes numa relação jurídica negocial, restando para a parte hipossuficiente (o consumidor) o maior prejuízo.

Cláudia Lima Marques (2006, p. 694/695), define duas direções a serem seguidas com o fim de se definir se uma cláusula é abusiva ou não. A primeira delas seria uma aproximação subjetiva, vinculando a abusividade com o próprio abuso de direito, caracterizado pelo mau uso de poder ou direito concedido a alguém, por má intenção ou desvio de finalidade; e a segunda uma aproximação objetiva, que relaciona a abusividade com a boa-fé objetiva, ou seja, o resultado objetivo que causa a ação do indivíduo, o prejuízo sofrido pelo consumidor, o desequilíbrio oriundo da imposição da cláusula, assim como a falta de razoabilidade da obrigação pactuada.

As tratativas em tela estão previstas nos artigos 25 e 51, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.

O artigo 25, inserido na seção que trata da responsabilização do fornecedor por vício do produto ou do serviço, dispõe que: “Art. 25. É vedada a

estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores”.

Já o artigo 51, I, dispõe que:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
I - impossibilitem, exonem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;
[...]

Examinando o dispositivo legal acima, constata-se uma proibição absoluta para a cláusula de não indenizar, que motiva a aplicação da teoria da nulidade de forma integral, consoante entendimento majoritário da doutrina.

[...] a nulidade é absoluta e pode efetivamente ser reconhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição, tendo o juiz o dever de pronunciá-las de ofício. Isto é possível porque as hipóteses listadas no referido dispositivo são objetivas, bastante ao intérprete subsumir o caso concreto à hipótese legal, não lhe restando qualquer margem de interpretação [...]. (ANDRADE, 2006, p. 323)

A cláusula da qual deriva proibição absoluta se subdivide em duas frações: a) Cláusula que impossibilita, exonera ou atenua a responsabilidade do fornecedor por vícios ou defeitos dos produtos e serviços; b) Cláusula que sugere renúncia ou disposição de direitos.

A identificação dessa cláusula, em seu primeiro tipo, é fácil, bastando enquadrar o vício nos artigos 18 a 20 do Código de Defesa do Consumidor e o defeito nos artigos 12 a 14 da mesma lei, não restando escapatória ao fornecedor quanto à sua responsabilização.

Já o segundo tipo, chamado de cláusula de renúncia ou disposição de direito, consiste na desobediência à indisponibilidade das normas de proteção ao consumidor, consideradas como normas de ordem pública pelo artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor.

[...] Isto significa que os destinatários da norma de ordem pública, sejam eles os titulares do direito estabelecido por ela, ou o titular do dever a ser respeitado, não podem, de modo válido e eficaz, dispor dos efeitos da norma, visando suprimir, renunciar, limitar, ou em termos mais abrangentes, dispor dos direitos conferidos por lei (MIRAGEM, 2008, p. 228).

Note-se que ao final do artigo 51, inciso I, do CDC, o legislador insere uma atenuante da indenização por parte do fornecedor: “[...] Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis; [...]”.

Portanto, na hipótese de tanto o consumidor quanto o fornecedor serem pessoa jurídica, pode ser que não tenham tanta diferença econômica e financeira, motivo pelo qual em “situações justificáveis”, poderá ser determinado um limite para o quantum indenizatório, mas nunca uma extinção dessa obrigação de ressarcimento.

Tendo em vista que a expressão “situações justificáveis” foi deixada aberta pelo legislador, cabe à doutrina explicar, como faz Rizzatto Nunes:

A nosso ver, essa expressão (“situações justificáveis”), que é, de fato, um limite posto à exceção aberta da possibilidade de estipular cláusula que, por sua vez, também limite o dever de indenizar, pressupõe duas hipóteses para o atingimento de sua finalidade:

- a) que o tipo de operação de venda e compra de produto ou serviço seja especial, fora do padrão regular de consumo;
- b) que a quantidade do consumidor pessoa jurídica, de sua parte, também justifique uma negociação prévia de cláusula contratual limitadora (NUNES, 2009, p. 654/655).

Em que pese as elucidações doutrinárias existentes para a expressão supramencionada, não se pode deixar de mencionar a discricionariedade do juiz para apreciar cada caso concreto, enquadrando ou não nessa situação de significação aberta.

Diante dos esclarecimentos supra, vislumbra-se que a nulidade da imposição de cláusulas de não indenização nos contratos sobre negócios jurídicos consumeristas foi decisão acertada do legislador, a fim de ao menos diminuir a disparidade nas posições ocupadas entre os contratantes, quais sejam, o consumidor e o fornecedor.

Por conseguinte, averígua-se a aplicabilidade prática dessas cláusulas de não indenização no que tange aos contratos relacionados com a reprodução humana assistida, se há a sua inclusão nesses documentos, se tal inserção é plausível ou não, bem como se a clínica ou unidade de hospital especializado pode ou não ser responsabilizado contrariamente ao que estipula a tratativa em apreço.

Nos instrumentos contratuais específicos relacionados com a reprodução humana assistida⁶, observou-se a aposição de certas cláusulas com o fim de diminuir, eximir ou impossibilitar a responsabilização civil das pessoas jurídicas contratadas para a realização desse procedimento especializado. No entanto, conforme se busca provar, essa possibilidade não deve prosperar, por estar em franco desrespeito ao Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VI, do CDC), bem como ao princípio da proteção do lícito e repressão do ilícito, corolário da ordem jurídica contemporânea.

No “informe de consentimento para congelamento e preservação de pré-embriões”, consoante já comentado, constam apenas dados relativos ao método empregado para se realizar a obrigação contratada e suas técnicas, bem como os riscos que podem advir da realização do tratamento.

Contudo, ressalva-se que se trata apenas de cumprimento do dever de informação enquanto direito básico do consumidor, não se constituindo em causa que exima a sua responsabilização na hipótese de ocorrência de algum dano aos contratantes, ainda que estes estejam cientes das eventuais consequências.

De igual maneira, no “informe de consentimento para técnicas de fertilização assistida” consta a informação no sentido de que a clínica assume uma obrigação de meio e não de resultado, ou seja, de que está obrigada apenas em realizar o procedimento, não dando conta de seu resultado – traduzido pela gravidez da contratante – sem a possibilidade de ser demandada para imputação de responsabilidade caso este não ocorrer.

Da análise desse documento, emerge que, na realidade, o que a pessoa jurídica contratada deseja é desvirtuar a natureza de sua obrigação, com o fim de modificar a teoria a ser aplicada em eventual responsabilização civil.

⁶ Vide anexos.

No “instrumento de autorização para fertilização *in vitro*/inseminação artificial com ovócito doado ou cedido gratuitamente”, podem ser observadas várias cláusulas de não indenização, como a que pretende isentar a clínica de reprodução humana de qualquer reponsabilidade pela criança nascer com defeito físico ou mental, pela não ocorrência de concepção, por complicações obstétricas, pela transmissão de doenças sexualmente transmissíveis, contidas do material genético oriundo de doação, o que se demonstra um verdadeiro absurdo, considerando o disposto na Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, que trata especificamente da matéria.

Também, no “acordo de criopreservação de sêmen”, verifica-se a aposição de tratativas tendentes a impedir a imputação das clínicas, especialmente no caso de alterações cromossômicas no sêmen armazenado, assim como na ocorrência de qualquer evento que possa inutilizar os espécimes.

Finalizando, salienta-se que, por mais que haja a previsão, nesses instrumentos contratuais, dessas espécies de cláusulas abusivas, quais sejam, as cláusulas de não indenização, é certa sua ilegalidade, havendo ou não questionamento judicial ou extrajudicial, uma vez que o consumidor, parte hipossuficiente da relação jurídica negocial, não pode ser lesado em detrimento do fornecedor, parte com maior poder econômico e financeiro.

4 POSSÍVEIS PREJUÍZOS SOFRIDOS PELO PACIENTE SUBMETIDO À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SUA ADEQUAÇÃO À TEORIA DO DANO

4.1 AS CAUSAS QUE PODEM ENSEJAR A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DA CLÍNICA DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Entre as diversas causas que podem levar à responsabilidade civil das clínicas de reprodução humana assistida, devido a alguma falta, falha, erro na execução do procedimento, ou mesmo omissão, merecem destaque a falta de informação ao paciente sobre os riscos e implicações do tratamento de fertilização artificial a ser realizado, a possibilidade de dano à criança, à gestante e ao casal contratante, a falta de manutenção de características fenotípicas, compatibilidade racial e imunológica entre o casal paciente e o filho gerado, assim como a gestação em útero alheio.

4.1.1 Falta de Informação ao Paciente

Com a prática da reprodução humana assistida, tanto homóloga quanto heteróloga, há maiores riscos de danos que a gestante fertilizada artificialmente pode sofrer, entre eles, uma probabilidade maior de ocorrer aborto ou pré-eclâmpsia. Além disso, existe a possibilidade de sobrevir problemas em relação à criança gerada, como, por exemplo, o nascimento com baixo peso ou má-formação genética.

Há a necessidade de que a clínica, por meio do profissional que irá realizar a técnica de reprodução assistida, informe seu paciente sobre os riscos que pode vir a sofrer a gestante ou o filho, deixando de lado o deslumbramento pelo alto lucro que a prática da reprodução assistida traz, considerando tratar-se de procedimento de alto custo financeiro.

Segundo já explicitado no capítulo anterior, quando se tratou da análise do “informe de consentimento para técnicas de fertilização assistida”, é dever do médico ou de qualquer funcionário que represente a clínica de reprodução humana assistida fornecer todas as informações relativas ao procedimento de

fertilização que será realizado, a fim de que o paciente esteja completamente ciente das técnicas a que irá se submeter e dos eventuais prejuízos que poderá sofrer.

Nesse sentido, França entende que:

[...] O médico está obrigado a passar todas as informações necessárias à paciente e ao seu marido ou companheiro sobre riscos, prognósticos e consequências do procedimento a ser realizado, a fim de receber deles um consentimento informado. Essas informações devem ser dadas numa linguagem simples, objetiva e sincera, de forma que o casal tenha condições de entender o ato a ser executado, mesmo sabendo o médico que é difícil afirmar quando o consentimento foi esclarecido ou qual a quantidade de informações que se deve prestar aos interessados numa determinada técnica de fertilização assistida. (FRANÇA, 2001, p. 229)

Assim fazendo, a clínica de reprodução humana assistida contratada obterá de seu paciente contratante o chamado consentimento informado.

[...] O consentimento informado em geral, constitui do ponto de vista jurídico, uma categoria jurídica que conta com a longa tradição, não sendo mais que a materialização da manifestação da vontade e da livre concorrência de vontades entre as partes de uma relação, isto é, da autonomia, própria das relações jurídico-privadas nos negócios jurídicos, em particular no contrato (CASABONA, 2004, p. 128).

A preocupação do Conselho Federal de Medicina com o dever de obtenção do consentimento informado do paciente manifestou-se através da previsão estampada no artigo 34 da Resolução nº 1.931, de 17 de setembro de 2009, que veda a conduta médica de “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”.

O Superior Tribunal de Justiça julgando o Recurso Especial nº 467.878/RJ, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, apresentou seu entendimento no sentido de que “[...] a obrigação de obter o consentimento informado do paciente decorre não apenas das regras de consumo, mas muito especialmente das exigências éticas que regulam a atividade médico-hospitalar”.

As informações devidas só podem ser ocultadas do paciente quando efetivamente não puderem ser fornecidas, pois tal omissão pode acarretar

responsabilização profissional. Vale ressaltar, também, que a necessidade de advertência e informação ao paciente cresce na mesma medida da gravidade e seriedade da intervenção médica a ser realizada (VENOSA, 2005b, p. 139).

Nesse diapasão, é de suma importância comentar sobre o Consentimento Livre e Esclarecido e seu Termo correspondente (TCLE).

Trata-se o Consentimento Livre e Esclarecido de uma decisão voluntária, realizada por pessoa autônoma e capaz, após um processo informativo e deliberativo, visando à aceitação de um tratamento específico ou experimentação, sabendo da natureza do mesmo, das suas consequências e dos seus riscos. A emissão dessa decisão vem corporificada no documento Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE).

A exigência desse consentimento decorre da observância aos parâmetros éticos na pesquisa com seres humanos, ditados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), pelo Código de Nuremberg (1947), pelos Códigos Deontológicos e de Ética Médica, pelas Diretrizes Internacionais propostas para a Pesquisa Biomédica em Seres Humanos (1985) e, no contexto brasileiro, especialmente pela Resolução CNS n.º 196/96 e pelas resoluções de temáticas específicas que se lhe seguem e que contemplam também as diretrizes internacionais (ESTIGARA, 2006).

Sendo assim, o consentimento informado anteriormente mencionado seria uma das vertentes do consentimento livre e esclarecido que ora se explicita, o qual é composto por quatro elementos, os quais possuem clara semelhança com os princípios basilares da bioética, tratados no capítulo 1:

- a) Respeito pelas pessoas: fornecimento de informação adequada e completa ao paciente, obtendo sua concordância em todos os termos;
- b) Beneficência e não maleficência: avaliação dos riscos e dos benefícios do tratamento (promover o bem e evitar o mal);
- c) Justiça: tratar as pessoas igualmente, de acordo com valores éticos e morais, sem qualquer distinção;
- d) Autonomia: direito do paciente de decidir sozinho sobre o tratamento a que irá se submeter, autorizando ou não.

Observa-se, especialmente no caso em tela, que a contratação de uma clínica de reprodução humana assistida por um paciente é de sua livre e espontânea vontade, devendo-se observar, também, na realização desse negócio jurídico, a função social do contrato (art. 421 do CC), no qual se insere a autonomia referida.

Para Judith Martins-Costa,

[...] a liberdade de contratar a que alude o art. 421 é elemento componente e manifestação da autonomia privada, compreendida como “o processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação das relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam”. Entenda-se “autonomia privada” como poder ou competência para a nomogênese, como especificação, no Direito (e, muito especialmente, no Direito das Obrigações) da autodeterminação, que é noção da filosofia e “princípio constitutivo do político”. E não se entenda “autonomia privada” como “autonomia da vontade”, expressão que designa, concomitantemente: a) uma construção ideológica, datada dos finais do século XIX por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico, constituindo “um mito voluntariamente tecido pelos detratores do individualismo, para melhor criticar os seus excessos”; b) uma explicação dada ao fenómeno contratual, visualizando-o exclusivamente pelo viés do acordo ou consenso mútuo; c) a tradução jurídica de uma forma econômica própria do capitalismo comercial oitocentista, ainda não dominado pela grande empresa e pela produção em massa, aceitando-se, então, a ideia de uma quase que “espontânea” composição dos interesses econômicos interprivados. (MARTINS-COSTA, 2005, p. 43/44)

Portanto, sendo dotado de autonomia privada, a pessoa ou casal interessado em se submeter a algum dos procedimentos de reprodução humana assistida, tem a liberdade para contatar uma clínica, conhecer seus serviços, receber explicações claras e satisfatórias sobre as técnicas a serem aplicadas, os possíveis riscos e danos que pode sofrer e, ao final, decidir se contrata o serviço ou não.

Em decorrência do exposto, questiona-se: na hipótese da falta de informação do paciente sobre as consequências e riscos do tratamento de fertilização *in vitro* a ser realizado, ou, no caso de as informações terem sido dadas de modo a não permitir a compreensão total e completa por parte do paciente, observando, em tais situações, falha da clínica de reprodução humana assistida, poderá ser esta responsabilizada civilmente? Ainda que o paciente tenha escolhido, de forma independente, por livre e espontânea vontade, contratar com determinada clínica e assinado o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, não terá direito ao recebimento de indenização caso seja constatada alguma falha de comunicação ou falta do recebimento de dados devidos?

Miguel Kfoury Neto (2002, p. 292) explica que “[...] Não há dúvida, pois, que o médico não pode efetuar nenhum tipo de tratamento sem receber o consentimento do paciente”.

Consequentemente, se a clínica de reprodução humana assistida não exerceu seu papel de informação junto ao paciente contratante de seus serviços, no sentido de avisá-lo sobre os riscos que corre pela realização dos procedimentos necessários, bem como a possibilidade de o filho gerado dessa forma artificial nascer com alguma imperfeição, deve ser imputada por sua irresponsabilidade.

Ainda que a escolha da clínica e do procedimento seja inteiramente do paciente contratante, de acordo com a sua liberdade e preferência, nada pode eximir a clínica e a equipe médica de ser imputada na hipótese de falhar com a sua obrigação de transmitir ao paciente todas as informações possíveis, além dos prováveis riscos, tendo em vista que as técnicas de reprodução humana assistida são recentes e encontram-se em pleno desenvolvimento com as pesquisas científicas atuais.

Na legislação consumerista (art. 6º, III, do CDC), o dever de informar e o direito fundamental à informação, emoldurado no artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Federal, constituem uma natural decorrência do princípio da boa-fé objetiva, e esse, na sistemática do Código Civil, vem contemplado como uma cláusula geral, que serve de parâmetro para a validade dos negócios jurídicos, tanto na órbita das relações civis e comerciais, como nas relações de consumo.

Havendo a possibilidade de qualificação da atividade das clínicas de reprodução humana assistida como um serviço de massa, ou seja, planejada e executada com base em cálculos de custo, preço, exame de risco, prestação de serviço em série, além da publicidade (*marketing*) inerente a exploração do mercado em determinadas áreas de atuação, nasce uma outra questão a ser levantada e debatida, qual seja, a aplicação do artigo 20 do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõe:

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como aqueles decorrentes de disparidade com as indicações constantes da oferta ou da mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I – a reexecução dos serviços;

II – a restituição imediata da quantia paga monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III – o abatimento proporcional do preço.

[...]

§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.

No caso de as clínicas de reprodução humana assistida utilizarem-se de publicidade e/ou oferta que dê conhecimento do serviço que presta ao paciente contratante, questiona-se a provável responsabilização consubstanciada no dispositivo legal acima transcrito, avaliando, nesse caso, a possibilidade de indenização pelo inciso II e pelo §2º.

Logo, é possível que uma clínica especializada em reprodução humana artificial seja responsabilizada não apenas pela falha ou falta de informação, mas também enquadrada no dispositivo legal apontado, caso faça propaganda enganosa sobre sua atuação.

4.1.2 Possibilidade de Dano à Criança, à Gestante e ao Casal Contratante

Além da falta de informação ao paciente, constata-se, também, um outro problema em relação à responsabilização civil das clínicas de reprodução humana assistida, que consiste no dano causado à gestante e/ou ao filho gerado artificialmente e/ou ao próprio casal paciente, em decorrência da lesão causada por erro técnico ou prático cometido na prática da reprodução artificial.

Conforme se verifica da análise de excerto de artigo publicado na revista britânica *The Lancet*,

[...] os riscos de sofrer complicações durante a gravidez aumentam para as mulheres que utilizarem alguma técnica de reprodução assistida, afirma o estudo. Os especialistas recomendam que as crianças concebidas com ajuda deste método sejam submetidas ao acompanhamento exaustivo dos médicos para conhecer as consequências das técnicas de reprodução assistida. As advertências são resultados da análise de 3.980 artigos médicos publicados entre 1980 e 2005, que tratavam das consequências negativas da reprodução assistida. Nesse sentido destacam que o número de abortos espontâneos nas mulheres que utilizam o método é de 20% a 34% maior do que nas gestantes que engravidaram naturalmente. O risco de ocorrência de outros problemas também é maior quando a técnica é utilizada e chega a 55% no caso de pré-eclâmpsia (aumento de tensão durante a gravidez). A possibilidade de conceber uma criança com pouco peso é de 70% a 77% maior; a de ter um bebê com muito pouco peso, entre 170% e 200% superior; e a de que o tamanho do bebê seja menor que o normal para sua idade de gestação é de 40% a 60% maior. Os pesquisadores garantem que os filhos de casais que utilizam técnicas de reprodução assistida tem 30% mais possibilidades de apresentarem má formação e um risco maior de sofrerem uma paralisia cerebral (DALVI, 2009, p. 53/54).

Também, deve-se considerar a hipótese de troca de provetas durante a realização do procedimento de reprodução assistida homóloga, do que pode decorrer outros problemas como o nascimento de uma criança com uma doença à qual seus genitores não tem predisposição.

Em se tratando da reprodução assistida heteróloga, verifica-se a necessidade de análise clínica do material genético doado, verificando a sua salubridade, se não possui infecção com alguma enfermidade, como, por exemplo, a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – AIDS, que poderia ser transmitida à criança.

Frente a isso, indaga-se se a realização da reprodução humana assistida não se dirige contra a dignidade da pessoa humana, bem como contra o próprio direito à vida, cuja inviolabilidade está estabelecida no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, e definido como direito fundamental individual do ser humano.

Segundo Marcelo Novelino (2010, p. 388), o direito à vida, que é associado diretamente à dignidade da pessoa humana, deve ser compreendido em uma dupla acepção: a) o direito a permanecer vivo; e b) o direito a uma existência digna.

Por sua vez, José Afonso da Silva (2005, p. 197/201) traz uma tripla classificação desse direito fundamental: a) direito à existência; b) direito à integridade física; e c) direito à integridade moral.

Considerando os procedimentos de reprodução humana assistida e os riscos que a gestante e a criança assim gerada correm, consoante já explicitado, entende-se que a agressão que pode ocorrer é em relação ao direito à existência (existência digna) e à integridade física.

O direito à existência “consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo” (SILVA, 2005, p. 198). Já a integridade física consiste na proteção a qualquer forma de agressão a uma vida.

No caso da ocorrência de algum dano à paciente fertilizada artificialmente ou à criança gerada por esta forma de reprodução, o direito à existência poderia ser abreviado pela morte decorrente de pré-eclâmpsia, por exemplo, e o direito à integridade física violado em razão do nascimento de uma criança com má-formação genética ou com alguma outra doença oriunda desse procedimento.

Então, coloca-se num plano de análise frente a frente, o direito e o desejo de ter um filho “biológico”, ainda que artificialmente gerado, a violação a algum aspecto do direito à vida e a dignidade da pessoa humana, protegidos pela Constituição Federal, bem como os princípios éticos que podem resultar feridos diante da realização de um procedimento de risco como a reprodução humana assistida.

Como objeto das relações jurídicas, encontra a pessoa humana necessidade crescente de proteção frente à atividade econômica, atestando Gustavo Tepedino (1999, p. 60) a existência de vários exemplos de choque da atividade econômica privada com a tutela dos direitos fundamentais, ressaltando por seu turno

[...] sem possível discussão, que a proteção dos direitos humanos, nos dias de hoje, reclama análise interdisciplinar, concita o intérprete a harmonizar fontes nacionais e supranacionais, reformula, em definitivo, o conceito de ordem pública, que se estende para os domínios da atividade econômica privada. (TEPEDINO, 1999, p. 60)

E acrescenta que pode igualmente ser citado, a guisa de exemplo, a bioética e a inseminação artificial e os conflitos envolvendo as novas tecnologias, onde

Servem todos a corroborar, em síntese estreita, a tese aqui sustentada no sentido de que a proteção dos direitos humanos não mais pode ser perseguida a contento se confinada no âmbito do direito público, sendo possível mesmo aduzir que as pressões do mercado, especialmente intensas na atividade econômica privada, podem favorecer uma conspícua violação à dignidade da pessoa humana, reclamando por isso mesmo um controle social com fundamento nos valores constitucionais (TEPEDINO, 1999, p. 66).

Deve haver um equilíbrio entre o desejo de ampliar sua família com o nascimento de um filho, a dignidade da pessoa humana, o direito a vida e a atividade econômica que visa o lucro, traduzida pela atuação das clínicas de reprodução humana assistida e seu alto custo procedimental, aliado à provável ocorrência de dano ou insucesso no tratamento escolhido.

Venosa (2005b, p. 138) enuncia que “o erro profissional ocorre quando a conduta médica é correta, mas a técnica empregada é incorreta”, advertindo que a utilização de técnica ultrapassada igualmente conduz à responsabilidade do profissional.

De acordo com Hildegard Taggesell Giostri (2009, p. 125), “erro médico pode, então, ser entendido como uma falha no exercício da profissão, do que advém um mau resultado ou um resultado adverso, efetivando-se através da ação ou da omissão do profissional”.

Diante do exposto, indaga-se: existe a possibilidade de a clínica responder civilmente quando os pacientes a acusam de ter cometido erro motivado pela existência de anormalidades físicas ou comprometimento psíquico da criança gerada? A clínica de reprodução humana assistida poderá ser responsabilizada pela ocorrência de complicações na gravidez e aborto espontâneo, o que, como já se mencionou, é mais comum nesse tipo de reprodução?

Teoricamente, pode haver responsabilidade civil da clínica por qualquer dano produzido por um erro técnico cometido durante o procedimento de reprodução assistida, considerando a possibilidade dos contratantes acusarem a clínica de erro motivado por anormalidades físicas ou comprometimento neurológico

ou psíquico da criança gerada por esse método, bem como por algum acidente dentro da própria clínica ou hospital, reclamando indenização.

Entretanto,

Às vezes é possível a ocorrência de um erro que, por ser de pequena monta ou por não deixar sequelas, passa despercebido ao cliente. Todavia, quando da ação ou da omissão do profissional advier um dano ao paciente – sendo que este dano poderia ter sido evitado – mas ocorreu por culpa comprovada (por imperícia, por imprudência ou por negligência) e havendo entre o dano e o ato médico o claro e indispensável nexos de causalidade, então deverá ele ser responsabilizado. (GIOSTRI, 2009, p. 125)

Destarte, caso a genitora ou o filho nascido, gerado por meio de algum método de reprodução humana assistida, constatar, posteriormente, alguma anomalia que o prejudique, poderá responsabilizar a clínica e também o médico, mesmo se passado algum tempo da realização do procedimento.

Levando-se em consideração que há possibilidade de responsabilização da clínica de reprodução humana assistida em razão do nascimento de uma criança com malformações, de igual maneira se pode considerar em relação à ocorrência de modificações na saúde física ou mental da receptora.

Sendo assim, resta essencialmente caracterizado como causa de responsabilidade civil da clínica de reprodução humana assistida o dano causado aos pacientes ou à criança gerada.

4.1.3 Falta de Manutenção de Características entre o Casal Paciente e o Filho Concebido Artificialmente

Como já explicado no primeiro capítulo deste trabalho, considerando-se a utilização de gametas para a fertilização artificial e para fins de responsabilização da clínica dentro do que estabelece o Direito do Consumidor, a reprodução humana assistida pode ser classificada de duas formas: reprodução assistida homóloga e reprodução assistida heteróloga.

A reprodução assistida homóloga é a mais comum, realizada com a utilização de gametas do próprio casal paciente e futuros genitores. Isto significa que o material utilizado na formação do embrião é o espermatozóide do homem com o óvulo da mulher. Já a reprodução assistida heteróloga é a realizada com a utilização

de gametas de terceiros e pode ser dividida em total, quando os dois gametas são doados por terceiros, ou parcial, quando apenas um dos gametas é doado por um terceiro e o outro gameta utilizado é de um dos genitores-contratantes.

No concernente à reprodução assistida homóloga, a título de ilustração, observem-se os casos concretos a seguir:

a) Na Itália, uma menina gerada por meio de reprodução assistida homóloga, chamada Giada, nasceu doente, com diagnóstico de talassemia, o que deixou seus pais deveras assustados, posto que nenhum dos dois possuía predisposição a tal enfermidade. Assim, após a realização de vários exames, restou evidente que o que havia ocorrido foi uma troca de proveta. Ou seja, o médico responsável pelo procedimento da fertilização *in vitro*, trocou a proveta do líquido seminal do genitor por outra contendo líquido seminal de um homem doente de talassemia. E dessa forma decorreu a triste situação que vive Giada, doente, sujeita a transfusões de sangue frequentes e na espera de um transplante (DALVI, 2009, p. 58).

b) Conforme noticiado pelo tabloide *The Sun*, um casal, sendo os dois de pele branca, recorrera à fertilização *in vitro* homóloga, da qual resultou o nascimento de gêmeas negras, o que se deu em razão de confusão entre provetas cometida pela clínica que contrataram. A decisão judicial foi favorável ao pedido dos pais que cobrou uma substancial indenização por danos pessoais sofridos (FRANÇA, 2001, p. 228).

Tendo em vista as situações acima descritas, observa-se que em ambas houve uma falha da clínica no momento da realização do procedimento de reprodução assistida, podendo-se caracterizar negligência, imprudência ou imperícia e, conseqüentemente, desencadear uma responsabilização civil devido à troca do material genético do casal contratante por material genético de outras pessoas.

Nos dizeres de Rui Stoco,

A culpa, genericamente entendida, é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. Nesta figura encontram-se dois elementos: o objetivo, expressado na iliceidade, e o subjetivo, do mau procedimento imputável. A conduta reprovável, por sua parte, compreende duas projeções: o dolo, no qual se identifica a vontade direta de prejudicar, configura a culpa no sentido amplo; e a simples negligência (negligentia, imprudentia, ignavia) em relação ao direito alheio, que vem a ser a culpa no sentido restrito e rigorosamente técnico (STOCO, 2001, p. 96).

A culpa pode apresentar-se sob três modalidades: negligência, imprudência e imperícia.

A negligência médica caracteriza-se por um ato omissivo do profissional, o qual age de forma passiva, inerte, exprimindo a desatenção, a falta de cuidado ou de precaução com que se executam determinados atos, em virtude dos quais se manifestam resultados prejudiciais, que não adviriam se o procedimento tivesse ocorrido de forma mais cautelosa e com a devida precaução.

A imperícia, de acordo com o lecionado por Miguel Kfoury Neto, vem a ser:

[...] a falta de observação das normas, deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, o despreparo prático. Também caracteriza a imperícia a incapacidade para exercer determinado ofício, por falta de habilidade ou ausência dos conhecimentos necessários, rudimentares, exigidos numa profissão (KFOURI NETO, 1998, p. 412).

Já na imprudência ocorre uma conduta comissiva do médico: “[...] age com imprudência o profissional que tem atitudes não justificadas, açodadas, precipitadas, sem usar de cautela” (KFOURI NETO, 1998, p. 80).

Especificamente quanto à atividade médica, na qual se adequa o trabalho realizado pelas clínicas de reprodução humana assistida, a culpa pode ser de dois tipos: “a culpa comum – que recebe igual tratamento que a culpa em geral, qualquer que seja o ato praticado -, e a culpa profissional, que consistiria na infração aos deveres médicos, ou seja, cometida no exercício da Medicina” (GIOSTRI, 2009, p. 36).

No entanto, não se pode considerar plausível tal divisão da culpa médica, uma vez que a natureza de uma profissão não pode ter o condão de diferenciar o seu tratamento em relação a imputação de um dever legal, como o dever de empenhar todos os esforços possíveis para alcançar o resultado esperado pelo seu paciente, ou agir com prudência, a fim de não cometer nenhum dano àquele de quem está se cuidando.

A clínica de reprodução humana assistida que comete um erro inescusável como o de troca de material genético, desrespeita completamente as normas éticas do Conselho Federal de Medicina sobre Reprodução Assistida, notadamente a Resolução nº 2.013/2013, a qual define:

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 infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano para a paciente de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 - um diretor técnico responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição;

2 - um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e malformações 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 embriões;

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos pacientes das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças;

4 - Os registros deverão estar disponíveis para fiscalização dos Conselhos Regionais de Medicina.

Ainda que o documento acima citado não possua força coercitiva legal, constata-se a obrigatoriedade dos médicos, equipes médicas, clínicas e laboratórios que realizam a reprodução humana assistida, em quaisquer de suas técnicas, obedecer todos esses termos, sob pena de serem responsabilizados perante o Conselho Regional ou Federal de Medicina, a depender da situação concreta verificada, além da responsabilização civil que se fizer justa e necessária.

Tendo por base a prática de reprodução assistida heteróloga, questiona-se a possibilidade de a clínica de reprodução humana assistida responder pela falta de manutenção de características fenotípicas (cor de cabelo, cor dos olhos etc.) bem como pela ausência de compatibilização racial e imunológica entre o doador e o casal que se interessa pela fertilização.

Ao que parece, com todos esses avanços das chamadas ciências da vida, culminando com a possibilidade de escolher o sexo e as características do bebê, perdeu-se a simplicidade da procriação humana, a surpresa no nascimento, já que hoje, além de se manipular o que vai nascer, pode-se fazer ultrassonografias de alta precisão de imagem, pela qual se enxerga até mesmo com quem o bebê se parece.

Sobre o tema, Luciano Dalvi demonstra o seu entendimento com um radicalismo exacerbado, afirmando que

[...] Na verdade o que a ciência pretende a curto prazo é dar uma oportunidade aos pais de “brincar de Deus” [...]. Mas, a médio e longo prazo tem como objetivo criar um ser humano perfeito sem características genéticas negativas e com uma determinação de cor, de estrutura física e de inteligência. A ideia é que não nasçam mais pessoas com genes de calvície, com baixa estatura e bem desenvolvidos, mas esta pretensão tem o mesmo fundamento idealista de Adolf Hitler, que queria criar a raça pura, sem imperfeições. Tenho certeza que as imperfeições são parte do ser humano, pois ninguém é perfeito e para isso existe a convivência no ambiente, para que possamos nos moldar e aprender que todos têm seus erros e suas complicações genéticas e físicas [...] (DALVI, 2009, p. 70/71).

Na mesma seara, Sérgio Ferraz, ao trabalhar com essa temática, tece as seguintes considerações:

[...] por fecundação entenda-se a palavra em sua mais radical e despojada significação: dar origem a uma nova vida, em que esteja aprioristicamente assegurado ao nascituro, por exemplo, o direito a uma convivência familiar e social indene de desconforto ou desajuste. Por isso, não temos como afrontoso à regra isonômica o reconhecimento a uma mulher negra receber, num hipotético banco de esperma, gametos doados por um branco. Já o preceito não só de igualdade, mas até os princípios de privacidade e dignidade humana ficariam irremediavelmente comprometidos se se admitisse, por exemplo, que uma mulher escolhesse as células espermáticas de um branco, de olhos azuis, ou de cabelos louros, etc [...] é dizer, o código genético individual e único, não pode, sem ofensa ao princípio da dignidade, ser transformado em mercadoria de supermercado [...] (FERRAZ, 2001).

Até o ano de 2010, não havia nada que tratasse especificamente sobre o tema. Nem mesmo a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, vigente até então, dispunha sobre a manutenção de características fenotípicas e raciais. Havia apenas um Projeto sobre Utilização de Técnicas de Procriação Assistida de Portugal, o qual, em seu artigo 26, definia que a clínica de reprodução assistida, ao realizar a seleção do sêmen para a prática da reprodução assistida heteróloga, deveria procurar o que tivesse maior semelhança com o fenótipo do marido ou convivente da paciente que fosse fecundada.

A Resolução nº 1.957/2010 do CFM passou a disciplinar o assunto, tendo seus preceitos repetidos pela atual Resolução 2.013/2013:

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

[...]

5 - 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, de acordo com a legislação vigente.

6 - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais que uma gestação de crianças de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

7 - 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.**

[...] (grifo nosso)

Logo, em que pese não haver, no Brasil qualquer tipo de regulamentação legal sobre o tema, especificamente em relação à manutenção de características fenotípicas e raciais em procedimento de reprodução humana assistida heteróloga, nota-se que cabe aos contratantes estabelecer tais particularidades, e, no caso de uma situação ser levada à apreciação do Poder Judiciário, cabe ao próprio magistrado, utilizando-se de seu notável conhecimento jurídico, princípios e valores, decidir o caso concreto.

4.1.4 Gestação em Útero Alheio

A gestação em útero alheio, chamada popularmente de “barriga de aluguel”, de acordo com Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 187), “é uma prática de acordo com a qual uma mulher carrega uma criança para outra mulher com a intenção de lhe entregar esta criança após o nascimento”.

Para essa espécie de gestação, há diversas modalidades de ocorrência:

- a) Fecundação com os gametas do casal e implantação do embrião na mulher que gerará a criança;
- b) Fecundação de um óvulo da mulher geradora, com espermatozoides de um doador;
- c) Fecundação de um óvulo da mulher do casal, com o espermatozoides de um doador e transferência do embrião para a mãe geratriz;

d) Embrião formado com óvulo e esperma alheios ao casal e implantação em mãe geratriz;

e) Fecundação com esperma do marido ou companheiro e óvulo da mãe geradora e geratriz (AGUIAR, 2005, p. 108).

De acordo com a Resolução nº 2.013/2013 do CFM, há requisitos que devem ser observados na gestação em útero alheio:

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 contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

[...]

Contudo, mesmo com a proibição, por parte do Conselho Federal de Medicina, da comercialização da prática denominada comumente como “barriga de aluguel”, é possível que haja a

[...] Locação de útero ou de ventres mercenários, pois há mulheres dispostas a receber embrião alheio mediante o pagamento de altas somas, entregando o bebê àqueles que concederam o óvulo e o sêmen ou aos que efetivaram o contrato locatício. Isso não implicaria um pacto imoral, contrários aos bons costumes, que deveria ser proibido pela legislação? Lícito seria transformá-lo numa prestação de serviço da gestação, onde a gestante, por meio de escritura pública, garantirá o direito de filiação ao casal contratante? É preciso não olvidar que, mesmo havendo proibição legal de locação de útero, sempre haverá possibilidade de que a mãe substituta venha a receber pagamento camuflado, na forma de régios presentes [...] (DINIZ, 2008, p. 553).

Frise-se que mesmo com a obrigação de haver relação familiar entre a mãe hospedeira e a mãe biológica, o problema relativo à filiação e a sucessão, não se resolve, já que não há legislação específica sobre o tema, mas apenas disposição contida em Resolução do CFM, documento sem força de lei.

Inclusive existe fatores psicológicos e éticos envolvidos na questão da fertilização in vitro. Segundo uma reportagem fundamentada, uma avó deu á luz aos próprios netos. Neste sentido, a ciência criou uma anomalia jurídica, social e psicológica. Jurídica, pois caso os gêmeos amadureçam e venham a morrer (sem filhos e mulher) deixando herança, a quem será destinada? De acordo com o Código Civil vai para a mãe e o pai. Mas neste caso, a mãe e o pai seria quem gerou o filho (avó)? Certamente, a dúvida causa uma verdadeira conturbação jurídica difícil de resolver, que só será resolvida na justiça com um laudo de um perito geneticista que possa decidir a questão da maternidade. Mas caso o geneticista prove que os genes do filho são da filha e do marido, será que estaria resolvida a questão ou precisaríamos recorrer a uma psicóloga para descrever se os sentimentos da avó-mãe ao ficar grávida, os 09 meses sentindo o bebê em seu corpo e o sentimento de maternidade não seriam suficientes para mostrar a maternidade afetiva? A resposta não é simples, mas acreditamos que este é um caso de maternidade dupla e um verdadeiro ônus jurídico de difícil solução. Quer dizer, temos de um lado, a mãe com seus genes e de outro a mãe com sua gestação (DALVI, 2009, p. 61).

Constata-se, então, que desde a origem da gravidez de substituição decorrem problemas éticos e jurídicos, já que esta resta totalmente dissociada da gestação e do nascimento. Com isso, os pais genéticos podem não ter nenhuma obrigação em relação à criança que vai nascer, a mãe hospedeira pode limitar a sua responsabilidade à gestação, a mãe biológica pode exigir que esta responsabilização permaneça após o nascimento da criança etc. (LEITE, 1995, p. 188).

Jussara Meirelles (1998, p. 93) entende que “[...] A participação de mais de uma mulher no processo de gestação abala, portanto, a certeza da maternidade e, por conseguinte, todo o sistema de filiação”.

Da lição acima colacionada, decorre o maior questionamento ético que se impõe nesse tema, reprodução homóloga ou heteróloga com gestação em útero alheio, no concernente à relação ao parentesco construída: quem é a verdadeira mãe da criança gerada por reprodução assistida e gestada em útero alheio? A mulher que doou o seu material genético ou a mulher que gestou a criança pelos nove meses?

A gestação por outrem vem romper a configuração tradicional de família, consagrada culturalmente sob a égide desse secular princípio *mater semper certa est* (“a mãe é sempre certa”). No uso da aludida técnica é possível apresentarem-se duas ou até mesmo três mulheres que, de uma forma ou de outra, participam do processo referente à maternidade: a “mãe genética”, com o óvulo; a “mãe biológica”, com o útero; e a “mãe social”, cuja intenção deu o impulso necessário a se desencadear todo o procedimento. De maneira que já não é tão simples afirmar a certeza da maternidade. (MEIRELLES, 1998, p. 100)

Na gestação por substituição pode ocorrer conflito positivo ou negativo relativo à maternidade: o conflito positivo ocorrerá quando as possíveis mães reivindicarem a maternidade; o conflito negativo acontecerá no caso de nenhuma das prováveis mães assumirem a maternidade da criança.

Venosa (2007, p. 224) assevera que, nesse caso, “deve ser considerada mãe aquela que teve o óvulo fecundado, não se admitindo outra solução, uma vez que o estado de família é irrenunciável e não admite transação. Nem sempre será essa, porém, uma solução eticamente justa e moralmente aceita por todos”.

De outro vértice, Luciano Dalvi expõe:

[...] Ora, não é possível que uma mulher ao gestar a criança, sentir seu coração, sentir-se mãe por nove meses, venha a abdicar dessa maternidade, por questões amorais, pois cedeu seu corpo para um experimento desumano. [...] Se isto se tornar popular, no futuro, as mães “ricas”, não querendo se submeter à maternidade, poderão pagar a “mães” pobres para gestarem seus filhos, só por preguiça ou para não ter o corpo modificado pela gravidez [...] (DALVI, 2008, p. 198/199).

Da análise dos artigos do Código Civil que tratam sobre a filiação, emerge que a maternidade é sempre certa, pois esse diploma legal se limita a instituir a contestação de paternidade, nada estabelecendo sobre contestação de maternidade.

Por outro lado, o Estatuto da Criança e do Adolescente obriga os hospitais e maternidades a identificar o neonato com impressão plantar e digital e a mãe somente pela impressão digital, o que traz a tona o critério jurídico tradicional de determinação da maternidade: o parto, isto é, mãe é aquela que deu a luz.

Vale mencionar o artigo 242 do Código Penal, que tipifica o delito de “dar parto alheio como próprio”: “Art. 242. Dar parto alheio como próprio; registrar

como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil”. Ocorre que, hoje, diante da possibilidade da gestação por outrem, “mãe de aluguel”, esse dispositivo legal resta ultrapassado, pois não atende às inovações tecnológicas e científicas contemporâneas, as quais passam por cima do critério de determinação da maternidade supracitado.

Surge, então, na ausência de dispositivo legal específico, a necessidade de que sejam fixados outros parâmetros para se definir a filiação no que tange à gestação sub-rogada, definidos nas cláusulas do próprio contrato celebrado entre os pais biológicos e a mulher que gestou, bem como na permissão ao intérprete de adotar o melhor posicionamento dentro do caso concreto, assumindo como pressuposto mais importante a vontade do que a genética.

A real maternidade da criança gestada em útero alheio é um problema ligado tanto no campo da ética quanto na esfera jurídica. Porém, deve-se ter considerável cautela ao se tratar do assunto, buscando uma solução justa, em conformidade com o melhor interesse da criança e considerando os efeitos psicológicos que pode trazer a ela, tendo em vista o seu bem estar e estrutura biopsicossocial.

Considerando que a gestação em útero alheio é procedimento realizado essencialmente por clínica de reprodução humana assistida, vislumbra-se que todas as causas de danos e prejuízos que podem ocorrer na realização do procedimento, de acordo com a técnica escolhida, podem incidir nessa espécie de procriação.

Pode acontecer a falta de informação não apenas aos pacientes contratantes, mas também à mãe hospedeira, bem como ocorrer qualquer tipo de problema na gestação por substituição, como, por exemplo, aborto ou pré-eclâmpsia, o que já afirmamos ser mais comum nos procedimentos de reprodução humana não naturais.

Em decorrência desses fatos, é óbvia a responsabilização da clínica de reprodução humana assistida, pelos mesmos fatos e fundamentos acima aduzidos.

4.2 DO ENQUADRAMENTO NA TEORIA DO DANO DOS PREJUÍZOS E DANOS QUE O PACIENTE PODE SOFRER

Elemento essencial para a caracterização da responsabilização civil, o dano é constituído por uma lesão a um interesse jurídico tutelado, de carácter patrimonial ou não, causada por uma ação ou omissão do agente.

Yussef Said Cahali divide o dano em patrimonial e extrapatrimonial, sendo que nessa última qualificação encontra-se inserido o dano moral.

Segundo entendimento generalizado na doutrina, e de resto consagrado nas legislações, é possível distinguir, no âmbito dos danos, a categoria dos danos patrimoniais, de um lado, dos danos extrapatrimoniais, ou morais, de outro; respectivamente, o verdadeiro e próprio prejuízo económico, o sofrimento psíquico ou moral, as dores, as angustias e as frustrações infligidas ao ofendido (CAHALI, 2000, p. 19).

Por sua vez, Pablo Stolze Gagliano traz o conceito de dano moral, definindo-o como

[...] a lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente (GAGLIANO, 2008, p. 55).

O primeiro diploma legal que deu fundamento e oportunidade para a reparação do dano moral foi o Código Civil de 1916, em seus artigos 76 e 159, ainda que de forma originária e, portanto, também precária:

Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse económico, ou moral.
Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor ou sua família.

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Tendo em vista que o artigo 76 tinha como referência o processo, o exercício do direito de ação e defesa, e o artigo 159 não se referia expressamente

aos prejuízos de ordem moral, ou seja, sem alusão ao patrimônio do lesado, logo a tese de reparação do dano moral foi rechaçada.

No entanto, passado considerável lapso temporal, foram sendo proclamadas diversas leis esparsas que regularam o tema (por exemplo, Lei nº 4.737/65 - Código Eleitoral - e Lei nº 5.988/73 – Lei dos Direitos Autorais). Mais além, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a matéria foi elevada ao status de Direitos e Garantias Fundamentais e, conseqüentemente, a base jurídica para a indenização por dano extrapatrimonial foi ainda mais alargada, especialmente com a Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – e Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor (GAGLIANO, 2008, p. 65/66).

Finalmente, com o Código Civil de 2002 a indenização do dano moral ficou patente, em decorrência do reconhecimento do instituto pelo artigo 186 e da sua reparabilidade no artigo 927:

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

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

No concernente à mensuração da extensão do dano moral, observa-se uma enorme dificuldade, pois não é possível colocar no mesmo patamar a lesão extrapatrimonial e sua indenização, posto que se trata de situação que não envolve valor exato em pecúnia.

Porém, tal fato não deve atrapalhar a atividade do Poder Judiciário ao resolver cada caso concreto de forma individualizada, a partir de sua livre e prudente convicção, considerando as particularidades relativas à situação fática danosa ocorrida, o nexo de causalidade com o prejuízo sofrido e as condições financeiras dos envolvidos.

Desse modo, é maior a probabilidade de se atingir o fim da indenização por dano moral, ou seja, a sanção civil coibindo novas práticas semelhantes (reparação e prevenção).

O dano médico pode ser físico, material ou moral. Será físico o prejuízo causado ao próprio corpo, composto por elementos cuja indenização deverá ser analisada separadamente, de acordo com o grau de invalidez (parcial ou total,

permanente ou temporária) e o estado do doente (se havia possibilidade de cura ou não). O dano material, em geral traduz-se em consequência do dano físico, podendo-se citar como exemplos as despesas de hospital, os gastos com medicamentos, os custos pela contratação de outros profissionais específicos (por exemplo, fisioterapeuta, enfermeiro), bem como os lucros cessantes. Já o dano moral compreende toda a sensação de tristeza e sofrimento experimentado pelo paciente, a dor sofrida, os danos estéticos, entre outras situações relacionadas com os direitos da personalidade (KFOURI NETO, 1998, p. 102/103).

Especificamente no que tange ao dano moral nos negócios jurídicos cujo objeto é a realização do procedimento de reprodução humana assistida, pode-se afirmar a sua inclusão na vertente de aplicabilidade do dano moral na prestação de serviços.

Isso porque a pessoa ou casal que se interessa em se submeter à reprodução humana assistida deve celebrar um negócio jurídico – muitas vezes instrumentalizado por um contrato – com um médico (prestador de serviços singular), uma clínica (pessoa jurídica prestadora de serviços) e/ou um laboratório (pessoa jurídica prestadora de serviços).

Assim, os contratantes, que podem ser considerados como consumidores, em que pese terem contratado um serviço específico, o qual requerem seja prestado de forma perfeita, estão sujeitos à um adimplemento insatisfatório e defeituoso o que ensejaria a ocorrência de dano moral.

Frise-se que essa espécie de dano pode ser presumida em razão do dever de qualidade, adequação e segurança do serviço oferecido e contratado, além do dever de agir de acordo com a boa-fé objetiva.

Adequando-se a possibilidade de indenização por dano moral nos procedimentos de reprodução humana assistida às diversas causas acima analisadas, verifica-se que se há falta de informação do paciente sobre as consequências e riscos do tratamento de fecundação artificial a ser realizado, ou, no caso de as informações terem sido dadas de modo a não permitir a compreensão total e completa por parte do paciente, observando, em tais situações, falha da clínica de reprodução assistida, haverá incidência do dano moral indenizável, pela angústia sofrida em razão da falta de informação, bem como pela lesão a um dos direitos do consumidor elencados no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Na hipótese de acusação, por parte dos pacientes, da existência de anormalidades físicas ou comprometimento psíquico da criança gerada, ou ainda por complicações na gravidez e aborto espontâneo, entende-se pela incidência do dano moral, com vistas a todo o sofrimento que acontecimentos desse tipo causaria na pessoa ou família que realizou o procedimento de fecundação artificial, a fim de que, obtida a indenização, possam, conseqüentemente, ter minorado o prejuízo causado e o dano sofrido.

Enfim, quanto à falta de manutenção de características fenotípicas e raciais entre o casal contratante, vale salientar que, tão somente por estar prevista em resolução de órgão de nível federal, ainda que não tenha força de lei, as disposições do Conselho Federal de Medicina são excelentes precedentes para eventual julgamento de ação de indenização por dano moral no caso de não manutenção dessas características ou troca de material genético no momento da realização do procedimento de fecundação artificial contratado.

Diante dos estudos acima apontados, verifica-se a possibilidade de incidência de dano moral nas relações havidas entre a clínica de reprodução humana assistida e seus pacientes, posto que, qualquer que seja o dano ou prejuízo causado, o sofrimento, angústia, sensação de perda e prejuízo é incomensurável pela lei, podendo apenas ser amenizado por um ressarcimento pecuniário, observando-se, para tanto, em sua quantificação, o binômio reparação e prevenção, ou seja, que o quantum indenizatório seja suficiente para reparar o mal causado e prevenir ocorrências futuras.

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CLÍNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Se, de uma parte, a evolução das biociências de par com o direito de família ocorreu com o escopo de permitir aos pais e mães inférteis realizarem o desejo de coroar uma união com a existência de prole, de outra parte, insurge-se como desvio não contemplado por aquele desejo ou projeto originário as violações e lesões causadoras de danos.

Nesse sentido, observa Eroulths Cortiano Junior (2000, p. 39), transcrevendo o alerta de Rita Amaral Cabral, que “[...] Destinada em tese a enriquecer a personalidade do homem, a ampliar lhe a capacidade de domínio sobre a natureza, a aprofundar o conhecimento, a multiplicar e disseminar riqueza, a sociedade tecnológica tem, contudo, gerado algumas graves distorções em matéria de respeito pelos direitos fundamentais”.

Em face dessas infrações a direitos e danos causados dentro do procedimento técnico da reprodução humana assistida, existe a possibilidade de responsabilização civil.

A temática, na ambiência nacional, está regulamentada somente na Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, a que Eduardo de Oliveira Leite (1999, p. 154) adverte: “estas regulamentações são ineficazes, são destituídas de qualquer cogência, podem ser facilmente contornáveis e, portanto, não permitem se atingir o objetivo visado”.

Infelizmente, ainda não se tem regulamentação legal específica sobre a reprodução humana assistida, suas consequências e implicações, restando apenas um exíguo tratamento no Código Civil e, por equiparação, no Código de Defesa do Consumidor, no que tange aos dispositivos sobre responsabilização civil.

Sobre a falta de legislação específica que discipline os novos avanços da biotecnologia, posiciona-se Pietro de Jesús Lora Alarcón:

Novos horizontes são abertos e originais descobertas que têm por base a Genética afloram num contexto confuso, caracterizado pela ausência de informações adequadas para o comum do povo soberano. Parecera que, em certas esferas da sociedade, existisse a pretensão de ir de costas aos interesses populares e que, quanto menos regulado pelo Direito esteja este conjunto de invenções, tanto melhor! (ALARCON, 2004, p. 19)

Sabe-se sobre a dificuldade que se tem para disciplinar juridicamente as questões biotecnológicas, tendo em vista o seu caráter polêmico com valores diversos e divergentes. Por esta razão, verifica-se a necessidade de que os estudiosos da bioética e do biodireito levem adiante os projetos de regulamentação, a fim de que os avanços nas ciências da vida não restem soltos no mundo jurídico, com disposições apenas na esfera fática e costumeira.

O Direito precisa interferir nesse meio de forma a impor ou adequar novos valores. Precisa coibir a liberdade absoluta concedida à comunidade científica, sob pena de, num brevíssimo futuro, ter de confrontar-se com consequências danosas irreversíveis (oriundas de seus projetos), para as quais, certamente, essa mesma ciência já não possa oferecer uma solução. (VASCONCELOS, 2006, p. 165)

O ordenamento jurídico, portanto, passa a ter a obrigação de mostrar soluções para esses anseios, sendo forçado a movimentar-se para atender a esta nova demanda. É fundamental que existam leis e mecanismos de vigilância que controlem o uso de novas tecnologias. Desse modo, é imprescindível que se editem normas regulamentadoras da questão da negociação envolvendo o patrimônio genético humano, sob pena de prejuízos consideráveis à sociedade.

Não resta dúvida sobre a necessidade da intervenção das autoridades políticas e do legislador, pois o recurso incontido a estas técnicas, métodos e procedimentos pode conduzir a consequências imprevisíveis e perigosas para a sociedade civil (LEITE, 1999, p. 427).

Constata-se, então, a inércia do Poder Legislativo que não tem se atentado para a necessidade de regulamentação legal de algumas situações derivadas dos avanços da biotecnologia, como a reprodução humana assistida e suas implicações.

[...] O vazio legislativo e a atual e perigosa liberdade que prevalece em matéria biomédica, como alertou Jean François Barbieri, conduzem o juiz a decidir questões particularmente graves em nome de uma moral hesitante e conforme um direito incerto (LEITE, 1999, p. 158).

Diante do exposto, tendo em vista a falta de regulamentação legal específica sobre o tema da reprodução humana assistida e a provável indenização por erro médico, entende-se ser a imputação às clínicas de reprodução assistida a forma mais eficaz para que os contratantes lesados tenham uma compensação pelo prejuízo sofrido, especialmente pela responsabilidade civil em conformidade com os ditames do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, como se verá a seguir.

5.2 BREVES CONCEITOS

Um dos alvos da ordem jurídica contemporânea é o da proteção ao lícito, bem como o da repressão ao ilícito, de modo que, para alcançar tal fim, são elencados alguns deveres jurídicos. A transgressão a certo dever jurídico configura o ilícito, que pode causar um dano a alguém, provocando um novo dever jurídico: reparar o dano. Nesse momento, se extrai a noção de responsabilidade civil, consistindo no dever de ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um dever jurídico antecedente.

De acordo com Maria Helena Diniz, a responsabilidade civil pode ser tratada 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) (DINIZ, 2008, p. 84).

Por sua vez e seguindo uma linha mais pragmática, Pablo Stolze Gagliano (2006, p. 06) afirma que “[...] a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar)”.

Conforme lições de Maria Helena Diniz (2008, p. 36), “não pode haver responsabilidade civil sem dano, que deve ser certo, a um bem ou interesse jurídico, sendo necessária a prova real e concreta dessa lesão”.

Nos dizeres de Sergio Cavalieri Filho (2003, p. 26), existe um “dever jurídico originário” (ou primário) e outro “sucessivo” (ou secundário), de modo que, para ele, a reponsabilidade civil seria “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um jurídico originário”.

Destarte, fica manifesto que o basilar escopo da responsabilidade civil é propiciar a adequada reparação aos que suportaram algum dano, restabelecendo, desse modo, o *status quo ante*, tudo isso com fulcro no artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal.

5.3 SISTEMAS DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL ADOTADOS PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O Código Civil adotou os sistemas da responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

Segundo Nelson Nery Júnior (2006, p. 535), não é aceitável falar na prevalência de um sistema em face do outro. De seu turno, Sílvio de Salvo Venosa (2005b, p. 17/19) entende que a regra é a responsabilidade subjetiva, de modo que a responsabilidade objetiva seria uma exceção.

Nota-se, então, que os dois sistemas coexistem no Código Civil, de modo que a reponsabilidade, se fundada no risco, de acordo com as lições de Carlos Roberto Gonçalves (2006, p. 22), seria objetiva, fundada no princípio da equidade, que define que aquele que lucra com uma situação, tem o dever de responder pelos riscos ou pelas desvantagens dela consequentes. Assim sendo, uma atividade exercida por alguém que pode causar riscos à vida ou à saúde de outro, é considerada lesiva, o que dá ensejo à reparação de futura lesão, independentemente da prova de culpa do agente.

O dever de indenizar, na responsabilidade objetiva com fundamento no risco, surge, não só em decorrência de atos ilícitos, mas também como decorrência da prática de atos lícitos.

A responsabilidade do médico ou de qualquer outro profissional da saúde singularmente considerado é subjetiva, ou seja, depende da aferição de culpa no descumprimento da obrigação, devendo ser apurado, no caso, a ocorrência de

negligência, imprudência ou imperícia, ainda mais considerando que, na grande maioria dos casos, a obrigação assumida por esse profissional traduz-se em uma obrigação de meio.

Nesse ponto, vale a ressalva de que

[...] O médico assume a responsabilidade desde o diagnóstico clínico ou laboratorial, pois de início decorrerão consequências para o paciente. A identificação errada da moléstia ou a medicação inadequada pode causar danos irreversíveis. Os deveres do médico não se resumem ao diagnóstico e a prescrição de medicamentos, mas entende-se mesmo depois da cura do paciente, quando este necessitar de monitoramento [...] (VENOSA, 2005b, p. 134).

Diversamente, no caso das clínicas e hospitais, a responsabilidade civil é objetiva, isto é, independe da aferição de culpa no inadimplemento da obrigação contratada, pois estas pessoas jurídicas estão sujeitas à teoria do risco, sem análise da culpabilidade.

Depreende-se, então, que as clínicas de reprodução humana assistida, para serem responsabilizadas por algum dano causado ao paciente-contratante, não estarão sujeitas a exame de culpa, bastando a prova do prejuízo e do nexo de causalidade deste com os procedimentos realizados pela referida pessoa jurídica prestadora/fornecedora de serviços médicos, ou seja, a ação ou omissão deve constituir a matriz do prejuízo sofrido pela vítima, caracterizando o liame necessário entre a conduta comissiva ou omissiva e o evento danoso.

Sendo assim, com base nas explanações realizadas no tocante a espécie de responsabilização civil pela atividade médica, conclui-se que as clínicas de reprodução humana assistida são responsabilizadas objetivamente pelo inadimplemento contratual ou extracontratual em decorrência do descumprimento de suas obrigações.

5.4 NATUREZA DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

A imputação de responsabilidade civil pode ser decorrente de algo estabelecido em contrato e não cumprido – responsabilidade contratual – ou devido à prática de algum ato jurídico qualquer que causou algum dano ou prejuízo a alguém – responsabilidade extracontratual.

Rogério Ferraz Donnini (2004, p. 20) ensina que a responsabilidade contratual decorre de um inadimplemento de obrigação estabelecida contratualmente, momento em que um dos contratantes causa dano ao outro. Já na responsabilidade extracontratual, ou também chamada de aquiliana, existe a prática de um ato ilícito, que causa lesão a outrem, sem que exista entre o ofensor e o ofendido qualquer relação pretérita.

Como bem adverte Donnini (2004, p. 26) embora as duas espécies sejam reguladas pelos mesmos princípios, se faz forçosa a distinção entre elas, em face de suas causas diversas e das diferenças no que tange ao ônus da prova. Nesse último caso, clara diferença existe entre os dois tipos de responsabilidade: na responsabilidade contratual, comprovando o credor a inadimplência da obrigação pelo devedor, fica este com o ônus de provar a ausência de culpa ou mesmo de qualquer outro fato que exclua sua responsabilidade; já na responsabilidade extracontratual, o ônus probatório cabe ao ofendido, tanto da culpa, se exigida, quanto do dano e do nexo de causalidade.

No âmbito da atividade médica, seja ela prestada pelo médico enquanto profissional liberal ou pessoa jurídica (estabelecimentos hospitalares, casas de saúde, clínicas, associações e sociedades de assistência), sua responsabilização configura-se como contratual, pois nas atividades desempenhadas por profissionais liberais há sempre um contrato, ainda que tácito, o qual tem, normalmente, natureza de prestação de serviços, mas demanda a coparticipação do paciente para que se aperfeiçoe.

Nessa linha de raciocínio, assevera José de Aguiar Dias (1983, p. 281): “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”.

Completando essa classificação, tem-se que a relação existente entre médico e paciente é tida como contratual, onerosa e comutativa, pois o médico tem o dever de assistir seu paciente, enquanto este deve pagar o preço combinado pelos serviços prestados.

A respeito da responsabilidade médica contratual, Carlos Roberto Gonçalves (2006, p. 369) explicita que não se pode negar a formação de um autêntico contrato entre o cliente e o médico, quando este o atende. Embora muito já

se tenha discutido a esse respeito, hoje já não pairam mais dúvidas a respeito da natureza contratual da responsabilidade médica.

Todavia, além das disposições contratuais, deve ser analisada também a conduta profissional, que diz respeito a uma responsabilidade que independe da existência de um contrato (responsabilidade extracontratual), valendo ressaltar o entendimento apresentado por Dias (1983, p. 282), no sentido de que a responsabilidade médica tem mesmo natureza contratual, mas pode muito bem ser confundida com a responsabilidade extracontratual, posto que as duas ações, contratual (serviço médico prestado) e extracontratual (conduta do profissional), conduzem ao mesmo resultado.

Sendo assim, conclui-se que na atividade médica pode-se ter uma responsabilidade contratual ou extracontratual, devido à obrigação particular que o prestador do serviço médico, seja o próprio médico, hospital ou clínica, possui de não causar dano ao seu paciente, por imprudência, negligência ou imperícia.

5.5 APLICABILIDADE DO CÓDIGO CIVIL

Apesar de a responsabilidade do médico, no Código Civil, ser tratada no capítulo relativo aos atos ilícitos (art. 186 a 188 do CC), não se pode entender que está relacionada com a prática de um ilícito penal, de um delito. Tal imputação é contratual, conforme exaustivamente explicado, sendo delitual apenas excepcionalmente, como no caso de o médico praticar um ilícito penal ou violar normas reguladoras da profissão (DINIZ, 2008, p. 299).

O Código Civil dispõe sobre a responsabilidade médica no artigo 951, que, por sua vez, remete aos artigos 948, 949 e 950: “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”.

O artigo 948 do CC trata da indenização devida em caso de homicídio, a qual inclui o “pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família” e a “prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”.

Já o artigo 949 do CC cuida da ocorrência de lesão ou ofensa à saúde, motivo pelo qual aquele que causou tal prejuízo deverá indenizar o prejudicado “das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença”.

Finalmente, o artigo 950 do CC dispõe sobre a ofensa que causa defeito no ofendido de gravidade que lhe impeça de “exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho”. Nesse caso, a indenização abrangerá as despesas do tratamento, lucros cessantes e “pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou ou da depreciação que ele sofreu”.

No entanto, ocorrendo a morte do paciente, sem que tenha sido causada por culpa do médico (negligência, imprudência ou imperícia), entende-se que não haverá inadimplemento do contrato, pois o médico não assumiu o dever de curá-lo, mas sim o de tratá-lo de forma adequada e diligente, empregando seus conhecimentos da melhor maneira possível. Cabe mencionar que em tais casos, em não havendo a presunção de culpa do médico, a prova da inexecução culposa da sua obrigação - que poderá ser feita por testemunhas se não houver nenhuma questão técnica que necessite de esclarecimentos - incumbe a ele próprio.

No domínio do Código Civil, as clínicas e hospitais, em que pese terem personificação incompleta ou anômala, são também responsáveis pelos atos de seus prepostos, conforme dispõe o artigo 932, inciso III.

Desse modo, verifica-se que as clínicas e hospitais são responsabilizados por fatos de terceiro, isto é, pelas condutas praticadas pelos médicos ou outros funcionários (enfermeiros, fisioterapeutas e demais auxiliares) da área da saúde enquanto agindo como empregados ou prepostos dessas empresas, pois tem o dever de garantir a inoccorrência de qualquer consequência inesperada que possa advir de um mau serviço. Também, devem ser imputadas pela omissão de cuidados ou atenção necessária ao prestar os serviços contratados, tendo em vista a obrigação que possui em proporcionar a melhor assistência possível, satisfazendo as necessidades do paciente.

5.6 ENQUADRAMENTO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Na década de 80, passava o Brasil por um período de grandes transformações políticas, com o fim da ditadura militar, mas também econômicas e

jurídicas. Nesse período foi promulgada a Constituição Federal de 1988, com um objetivo visível de proteção e defesa de direitos fundamentais individuais e coletivos.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 reconheceu que as relações de consumo não poderiam ser adequadamente amparadas apenas por leis esparsas e eminentemente liberais e, no art. 48 dos Atos e Disposições Constitucionais Transitórias, determinou a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, como um subsistema jurídico autônomo, mas, particularmente interdisciplinar, que interviria diretamente na, até então absoluta e intocável, autonomia privada das partes. Por conseguinte, o Constituinte de 1988 instituiu como obrigação do Estado proteger e equilibrar as relações de consumo, bem como, tornar eficaz o princípio da dignidade da pessoa junto ao mercado de consumo. (SCHAEFER, 2006, p. 91)

Além da necessidade pura e simples de se estabelecer um tratamento especial para os consumidores e suas práticas, havia também o dever de inserção, nesse contexto, do princípio da dignidade da pessoa humana, corolário da República Federativa do Brasil, a fim de atribuir mais seriedade ao subsistema de direitos difusos que se criava.

Não há um significado exato, preciso, que possa se atribuir ao princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se de uma cláusula aberta, cujo significado é dotado de vagueza, cabendo ao intérprete trabalhar com a conceituação desse princípio de acordo com os valores constitucionais intrínsecos que traz em seu bojo, como, por exemplo, a solidariedade e a igualdade.

Nesse ponto, haveria subsídios para se pensar – equivocadamente, por óbvio – que o próprio tratamento diferenciado atribuído ao consumidor fere a vertente da igualdade contida no princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da igualdade deve sempre observar as diferenças reais existentes entre as pessoas, sendo lícito ao legislador infraconstitucional legislar para firmar a desigualdade e promover ações com escopo de buscar a igualdade real, como foi feito no caso do consumidor, que, na relação de consumo, goza de direitos que o coloca em posição jurídica superior á do fornecedor. Este, por seu turno, em geral goza de superioridade econômica, resultando dessas duas forças o necessário equilíbrio que coloca ambos os participantes em posição de igualdade real. É nesse sentido a disposição do *caput* do art. 4º do CDC, ao preconizar que as relações de consumo devem ser harmônicas. (ANDRADE, 2006, p. 6)

Não há nenhuma desigualdade ao se tratar de forma diferente o consumidor em relação ao fornecedor, pois se trata apenas de uma diferenciação formal e não real, posto que, com a regulação das práticas consumeristas, limita-se a tratar desigualmente o fornecedor, na proporção de sua desigualdade.

O fornecedor, superior econômica e financeiramente em relação ao consumidor, merece ter tratamento inferior ao consumidor, que é a parte hipossuficiente desta relação jurídica, cujos direitos devem ser assegurados.

5.6.1 Formação da Relação Jurídica de Consumo

Nota-se, pelo disposto no artigo 1º do CDC que se trata de uma lei de ordem pública, reguladora das relações de consumo. No tocante a essa expressão - relação de consumo -, Nelson Nery Júnior (2001, p. 442) entende que o “o CDC não fala de ‘contrato de consumo’, ‘ato de consumo’, ‘negócio de consumo’, mas de relação de consumo, termo que tem sentido mais amplo que aquelas expressões”.

Tais relações de consumo se perfazem sempre que houver a existência de três elementos, quais sejam: o consumidor, o fornecedor e a aquisição de um produto ou serviço.

Nesse sentido, Rizzatto Nunes afirma que:

[...] Na medida em que a Lei n. 8.078/90 se instaura também com o princípio de ordem pública e interesse social, suas normas se impõem contra a vontade dos partícipes da relação de consumo, dentro de seus comandos imperativos e nos limites por ela delineados, podendo o magistrado, no caso levado a juízo, aplicá-lhe as regras *ex officio*, isto é, independentemente do requerimento ou protesto das partes. (NUNES, 2000, p. 76).

Evidentemente, a prestação de serviços médico-hospitalares, cujas espécies de contratos já foram delineados nesta dissertação, não poderia ser atividade alheia ao Direito do Consumidor, pois realiza um trabalho que recai essencialmente sobre bens garantidos pela Constituição Federal, como o direito à vida, compreendendo o direito de existir e o direito a vida digna, direito à saúde e o direito à integridade física e psíquica.

Destarte, a relação entre médico e paciente é manifestamente uma relação de consumo, pois se encontram presentes os três elementos essenciais: a) o consumidor, que é o paciente; b) o fornecedor, que é o médico; c) e o serviço, que é o serviço especializado objeto da obrigação médica ou ato médico.

[...] a relação médico-paciente não é apenas uma relação social, mas uma relação jurídica (contratual) que se caracteriza por possuir sujeitos de direitos e obrigações (médico e paciente); um objeto jurídico (recuperação da saúde por meio de produtos e serviços); um fato jurídico relevante (fornecimento de produtos e serviços de saúde) e garantias legais (em especial, proteção constitucional à dignidade, saúde, vida, integridade física e psíquica). (SCHAEFER, 2006, p. 110)

Dispõe o artigo 1º da Resolução nº 1.627/2001 do Conselho Federal de Medicina que ato médico é:

[...] o ato profissional de médico como todo procedimento técnico-profissional praticado por médico legalmente habilitado e dirigido para:

- I - a promoção da saúde e prevenção da ocorrência de enfermidades ou profilaxia (prevenção primária);
- II - a prevenção da evolução das enfermidades ou execução de procedimentos diagnósticos ou terapêuticos (prevenção secundária);
- III - a prevenção da invalidez ou reabilitação dos enfermos (prevenção terciária).

Desse modo, o médico é um prestador de serviço à saúde de seus pacientes, enquadrando-se no conceito de fornecedor de serviços previsto no artigo 3º do CDC:

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O conceito legal de fornecedor foi elaborado com considerável amplitude, a fim de abarcar pessoas físicas ou jurídicas que atuam no mercado de consumo, desenvolvendo funções que partem da produção até a comercialização final do produto ou fornecimento do serviço.

O serviço prestado pela clínica de reprodução humana assistida pode ser incluído no dispositivo acima citado, e a clínica considerada como fornecedora, pois se constitui de pessoa jurídica privada que atua profissionalmente na prestação de determinado serviço.

O artigo 2º do CDC estabelece a definição sobre quem é o consumidor: “Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

No que tange à possibilidade de tanto pessoa física quanto pessoa jurídica serem consideradas como consumidoras, entende Ronaldo Alves de Andrade,

Embora tanto a pessoa física – em verdade, pessoa natural – como a pessoa jurídica estejam inseridas no mercado de consumo e possam atuar como consumidores, há de se reconhecer que a pessoa física é o principal consumidor, até porque o mercado produtivo – fornecedores – desenvolve produtos e serviços visando especialmente a pessoa física como consumidora final, pois não se pode descurar que tudo aquilo adquirido por uma pessoa jurídica que atua no mercado de consumo é utilizado para a criação e o desenvolvimento de produtos e serviços que, ao final, serão adquiridos pela pessoa física e a terão como destinatário final. (ANDRADE, 2006, p. 17)

Então, considerando essa preferência sobre a pessoa física como consumidora, reconhece-se essa condição ao paciente, que busca com o serviço adquirido a promoção de sua saúde ou a realização de um desejo familiar, em se tratando de paciente que se submete a procedimento de reprodução humana assistida.

Esse também é o entendimento de João Monteiro de Castro (2005, p. 93) que afirma que tal relação é consumerista, “figurando o profissional da saúde como fornecedor e o cliente como consumidor”.

Sendo essa relação (médico-paciente) de consumo, as normas de ordem pública e interesse social, referente à tutela consumerista, merecem aplicação.

[...] a relação jurídica será de consumo quando seus elementos subjetivos e objetivos estiverem presentes, caso em que será regulada basicamente pelas normas do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que, em se tratando de relação jurídica de consumo, as regras normativas de outros diplomas legais somente serão aplicadas de forma subsidiária, significando isso dizer que as normas jurídicas exógenas ao microsistema só terão aplicabilidade caso inexista norma endógena aplicável. (ANDRADE, 2006, p. 49).

Assim também entende o Superior Tribunal de Justiça, que em julgamento do Recurso Especial nº 364.168, definiu pela aplicação do CDC aos profissionais liberais, incluindo os médicos.

Sendo assim, não resta nenhuma dúvida quanto à equiparação dos médicos e clínicas médicas, sobretudo as clínicas de reprodução humana assistida, ao conceito de fornecedor, e dos pacientes à definição de consumidor, sendo lhes totalmente aplicáveis os preceitos legais contidos no Código de Defesa do Consumidor para regular suas relações jurídicas.

5.6.2 Regramento da Responsabilidade Civil pelo Direito do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor, partindo da premissa basilar de que o consumidor é o elemento vulnerável das relações de consumo e primando por restabelecer o equilíbrio em tal relação, adotou, como regra, a responsabilidade objetiva.

Tal diploma, ao equiparar, em seu artigo 17, o consumidor de um produto ou serviço a todas as vítimas de um acidente de consumo, superou a antiga distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual.

Nesse diapasão, cita-se o entendimento apresentado por Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem:

[...] Realmente, na responsabilidade do fornecedor em seus aspectos contratuais e extracontratuais, presentes nas normas do Código de Defesa do Consumidor (arts. 12 a 27), está a *objetividade*, 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* [...] (MARQUES, BENJAMIN e MIRAGEM, 2004, p. 223).

Portanto, para que exista a responsabilidade do fornecedor necessária se faz a constatação do defeito ou vício, do dano e do nexo causal.

Segundo a doutrina majoritária, os vícios, no CDC, são divididos entre vícios por inadequação, tratados no artigo 18 e seguintes, e vícios por insegurança, tratados no artigo 12 e seguintes.

Entretanto, Cláudia Lima Marques (2011, p. 1204 e seguintes), traz um novo regime para os vícios do produto e do serviço, com aspectos contratuais e extracontratuais.

De acordo com a ilustre doutrinadora, os vícios do produto são divididos em:

- a) Vícios de qualidade – vícios por inadequação;
- b) Vícios de qualidade por falha na informação;
- c) Vícios de quantidade.

Os vícios de qualidade ou vícios de inadequação, possuem uma subdivisão própria:

- a.1) Vícios de impropriedade;
- a.2) Vícios de diminuição do valor;
- a.3) Vícios de disparidade informativa.

Quanto aos vícios por inadequação, o dispositivo mais importante é o do art. 18 do CDC, que institui em seu *caput*, uma solidariedade entre todos os fornecedores da cadeia de produção, com relação à reparação do dano (note-se que é um dano contratual na visão do consumidor) sofrido pelo consumidor em virtude da inadequação do produto ao fim a que se destinava. Assim, respondem pelo vício do produto todos aqueles que ajudaram a coloca-lo no mercado, desde o fabricante (que elaborou o produto e o rótulo), o distribuidor, ao comerciante (que contratou com o consumidor). A cada um deles é imputada a responsabilidade pela garantia de qualidade-adequação do produto. (MARQUES, 2011, p. 1210)

Assim, pelo vício de qualidade, todos os fornecedores da cadeia de consumo devem ser imputados pelo desajuste do produto, no que tange a sua fabricação, distribuição ou comercialização, por meio de uma solidariedade passiva.

Nessa hipótese, de acordo com o artigo 18, §1º, do CDC, o consumidor poderá exigir a substituição do produto adquirido com o vício em apreço por outro, em perfeitas condições, com qualificação condizente com o divulgado pelo fornecedor.

O vício de qualidade por falha na informação é mais bem observado em pequenos contratos de compra e venda, como a realização da compra de determinado produto em um supermercado, quando se pode observar uma discrepância entre as informações do produto trazidas pelo fornecedor (em seu rótulo, embalagem ou propaganda) e a qualidade verdadeira do produto.

Em relação aos vícios de quantidade, observa-se sua disciplina no artigo 19 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - o abatimento proporcional do preço;

II - complementação do peso ou medida;

III - a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;

IV - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

Desse modo, em havendo vício de quantidade num produto, ou seja, se a quantidade do produto adquirido não for a mesma que o fornecedor afirma entregar, o consumidor deverá reclamar o seu prejuízo e exigir alguma das alternativas acima referidas. No entanto, vale salientar a subjetividade constante nessa espécie de vício, considerando a possibilidade de diferença de quantidade em razão da natureza do produto.

Os vícios do serviço, mais relevantes nesse trabalho que trata da responsabilização da clínica de reprodução humana assistida, prestadora de serviço médico-hospitalar, são divididos em:

a) Vícios de qualidade do serviço;

b) Vícios nos serviços de reparação;

c) Vícios nos serviços de informação.

O vício nos serviços de reparação consiste no defeito na prestação de um serviço destinado ao conserto de algum produto. Sua disciplina consta no artigo 21 do CDC, que assim dispõe:

Art. 21. No fornecimento de serviços que tenham por objetivo a reparação de qualquer produto considerar-se-á implícita a obrigação do fornecedor de empregar componentes de reposição originais adequados e novos, ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante, salvo, quanto a estes últimos, autorização em contrário do consumidor.

Portanto, caso o fornecedor se obrigue a reparar algum produto, deverá se comprometer a colocar peças novas e apropriadas, sob pena de ser responsabilizado por falha em seu serviço.

Examinando essa espécie de vício no serviço, verifica-se a sua inaplicabilidade do âmbito da atividade médica, mormente na atuação das clínicas de reprodução humana assistida, que não tem nada a ver com restauração de algum produto.

O vício de informação, de forma simples, é caracterizado em razão da diferença entre os dados fornecidos na oferta ou publicidade e o serviço prestado. É consequência da desobediência ao dever de informação contido no artigo 6º do CDC, abrindo possibilidades extrajudiciais de ressarcimento do consumidor ou a imputação de responsabilização por meio de ação indenizatória ajuizada contra o fornecedor prestador do serviço, consoante tratado no capítulo anterior, quando foram tecidos comentários a respeito da falta de informação ao paciente como causa ensejadora de responsabilização civil.

O vício de qualidade do serviço possui um liame intrínseco com a atividade contratada (obrigação de fazer), demandando apenas a diligência e cuidados necessários para que o objeto do contrato seja realizado da melhor forma possível, alcançando-se o resultado esperado pelo consumidor.

Se efetivamente o fornecedor agiu ou não com a diligência, o cuidado e a vigilância normal, quando da prestação de sua obrigação, importa apenas para a alegação de um eventual inadimplemento contratual. O recurso usado pelo CDC de instituir uma noção de vício do serviço facilitará a satisfação das expectativas legítimas dos consumidores também nos contratos de serviços, pois objetiva os critérios jurídicos para determinar se há ou não falha na prestação do fornecedor. (MARQUES, 2011, p. 1225)

Relacionando-se o vício de qualidade do serviço com as obrigações assumidas pela clínica de reprodução humana assistida, na hipótese de se suspeitar de falha no serviço ou inadimplemento, deve-se averiguar a que a clínica se

comprometeu, especificamente, observando-se a natureza da obrigação (meio ou resultado), bem como verificando se o objetivo do consumidor, paciente contratante, foi alcançado ou não.

Nesse diapasão, Claudia Lima Marques leciona que

[...] esta concentração feita pelo sistema do CDC no “serviço prestado” não significa que todas as obrigações de fazer passam a ser obrigações de resultado. Se a obrigação é de meio (por exemplo, um tratamento médico, uma cirurgia), só se pode exigir que o fornecedor preste um serviço adequado para os fins que razoavelmente dele se esperam (salas de cirurgia com o material necessário, limpas, preparadas para emergência, ou um tratamento médico com remédios e exames normais para aquele caso), mas não se pode exigir que o serviço alcance um determinado resultado (cura do paciente ou evitar a sua morte). Note-se, porém, que, se o serviço é considerado obrigação de resultado (como vacinação, transfusão de sangue, exames simples, segurança dos instrumentos utilizados e visitas), basta demonstrar o descumprimento do contrato, o vício do serviço. (MARQUES, 2011, p. 1226/1227)

O CDC estabeleceu uma obrigação de qualidade à atividade dos fornecedores, alusiva não apenas à adequação dos bens e serviços, mas também à segurança que deles se confia.

Destaca Sérgio Cavalieri Filho que:

[...] 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).

Diante das lições acima colacionadas, resta evidente a aplicação principal da responsabilidade civil objetiva nas relações de consumo, sendo a responsabilidade subjetiva aplicada apenas de forma excepcional, em casos previstos em lei.

5.6.3 Responsabilidade Civil dos Profissionais Liberais

O artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor prevê a responsabilidade do fornecedor por danos causados aos consumidores por algum defeito ou dano causado na prestação do serviço e consagra a responsabilidade objetiva:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes e inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Todavia, a responsabilidade civil dos profissionais liberais é diversa da regra geral contida no Código de Defesa do Consumidor, prevendo seu artigo 14, §4º, que a responsabilidade será apurada mediante a constatação de culpa. Isso porque a maioria da doutrina entende que a atividade deste profissional é baseada em uma relação de confiança, caracterizado uma atividade *intuitu personae* conforme posicionamento de Gisele de Lourdes Friso (2007, p. 89).

No §4º, o referido dispositivo legal define um privilégio para os profissionais liberais, escusando-os da aplicação da responsabilidade objetiva prevista no *caput*. “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

A relação entre médico e paciente, embora consumerista, não afasta, de forma absoluta, a aplicação do Código Civil, como o próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 7º, aduz, no sentido de que os direitos nele previstos

[...] não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Ficando certa a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre médicos e pacientes, anota-se que, como consequência disso, o sistema de reponsabilidade civil subjetiva será aplicado em tais relações, de acordo com o artigo 14, §4º, do mesmo diploma legal, observadas também as hipóteses em

que, em face do diálogo das fontes, diferentes normas e princípios devam advir no referido microssistema, visando, exclusivamente, à proteção do consumidor.

5.6.4 Da (In) Aplicabilidade do Privilégio Contido no artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor às Clínicas de Reprodução Humana Assistida

Consoante demonstrado acima, o conceito de fornecedor estabelecido no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor é cabível e pode ser aplicado às clínicas de reprodução humana assistida, já que de acordo com o §2º do referido dispositivo legal, “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Por conseguinte, observa-se que também o paciente enquadra-se no conceito de consumidor definido na Lei nº 8.078/90, visto que pode ser qualificado como destinatário final do serviço, conforme a dicção do artigo 2º.

Ultrapassada tal questão, passa-se à análise da responsabilidade civil das clínicas de reprodução humana assistida em relação ao paciente contratante, considerado como consumidor. Para tanto, será realizada uma apreciação técnica da aplicação do artigo 14 da lei consumerista nessas situações, o qual trata da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço.

A teoria aplicada nas relações de consumo é a da responsabilidade civil objetiva, fundada no dever de segurança, a qual independe de culpa do agente, conforme positivado no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor.

Consoante acima mencionado, o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor prevê a responsabilidade do fornecedor por danos causados aos consumidores por algum defeito ou dano causado na prestação do serviço. Logo em seguida, em seu §4º, o referido dispositivo legal define um privilégio para os profissionais liberais, escusando-os da aplicação da responsabilidade objetiva prevista no *caput*.

Nesse diapasão, surge a necessidade de se averiguar se apenas em razão do fato de constituir sua atividade por meio de pessoa jurídica profissional perde-se também tal privilégio, passando-se a aplicar diretamente a responsabilidade civil objetiva ou se há possibilidade de aplicação da

responsabilidade subjetiva prevista no artigo 14, §4º, do CDC, também às pessoas jurídicas, considerando-as como se profissionais liberais fossem.

Contextualizando o problema com o tema central desta dissertação, indaga-se sobre a possibilidade de as clínicas de reprodução humana assistida gozarem do privilégio da responsabilidade subjetiva prevista para os profissionais liberais singularmente considerados, levando-se em consideração que foi o desenvolvimento da atividade de prestação de serviços médicos que ensejou sua organização em pessoa jurídica prestadora de serviços médicos.

Miguel Kfoury Neto (1998, p. 179/181), ao tratar das disposições da legislação consumerista no que tange à responsabilidade civil das clínicas médicas, apresenta posicionamento no sentido de que a elas não se aplicaria o privilégio de que dispõe os profissionais liberais quanto à sua responsabilização pessoal, considerando, portanto, que a responsabilidade das clínicas e hospitais pela prestação de serviços médicos é apurada objetivamente, havendo apenas a necessidade da prova da ocorrência do dano.

Porém, cita entendimento contrário a tal conclusão, constante de decisão oriunda do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando no caso sub judice aplicou-se a vantagem disposta no §4º do artigo 14 do referido Código, que diz respeito apenas aos profissionais singularmente considerados, a um hospital, sob o argumento de que o que se põe em julgamento, nessas hipóteses, é o trabalho médico e não a conduta do hospital que permitiu que o serviço fosse prestado de maneira defeituosa.

Tal decisão, tomada com base em Zelmo Denari e Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin, sustenta, com fundamento no §3º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, que o hospital demandado não teria a obrigação de provar a culpa do médico funcionário do estabelecimento. Assim dispõe a ementa:

Responsabilidade Civil – Hospital – Ajuizamento com base no Código de Defesa do Consumidor – Responsabilização objetiva – Inadmissibilidade – Hipótese de exercício de profissão liberal, na medida em que o que se põe em exame é o próprio trabalho médico – Necessidade de prova de que o réu agiu com culpa ou dolo – Art. 14, §3º, do referido Código – Recurso não provido (KFOURI NETO, 1998, p. 180).

Explicando a decisão acima colacionada, Kfoury Neto apresenta entendimento no sentido de que a resolução dada ao problema é inovadora, abrindo caminho para uma interpretação diferenciada do dispositivo legal ora apreciado, pois a questão ainda não chegou em grande escala para apreciação do Poder Judiciário. No caso, houve a desconsideração da pessoa jurídica, cuja responsabilidade é objetiva, alcançando-se a pessoa do médico, com o escopo de se verificar se o profissional, mesmo empregado do hospital, agiu ou não com negligência, imprudência ou imperícia, causando o dano reclamado. Afirmou o órgão julgador que, havendo ou não vínculo empregatício, será sempre a apreciação da atuação pessoal do médico que gerará ou não a responsabilidade do estabelecimento, incidindo o privilégio do §4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, em qualquer circunstância.

Comungando do mesmo entendimento, Rizzatto Nunes (2009, p. 357/358), analisando o profissional liberal enquanto pessoa jurídica, assevera que, de acordo com os comentários ao Código de Defesa do Consumidor pelos autores do Anteprojeto, pelo fato de se reunirem, os profissionais liberais perderiam o privilégio legal de serem responsabilizados subjetivamente (art. 14, §4º, do CDC). Contudo, ao exarar esse entendimento, afirma que existe a possibilidade de vários profissionais liberais se reunirem, originando uma clínica ou um hospital, por exemplo, apenas como o fim de realizar uma melhor organização fiscal de receitas e despesas, sem o objetivo de deixar de ser profissional liberal, motivo pelo qual a tal estabelecimento poderia ser aplicada a responsabilidade subjetiva.

Para tanto, esclarece que

De fato, o que descaracteriza a atividade como liberal não é a existência de pessoa jurídica, simplesmente, mas a constituição de pessoa jurídica que passe a explorar atividade que era de prestação de serviços liberais de maneira típica desenvolvida na sociedade de massa pelos naturais exploradores: escolha da atividade, exame do mercado, cálculo do custo, do preço, avaliação do risco, tendo em vista o binômio custo-benefício, prestação do serviço em escala e utilização dos instrumentos do marketing, especialmente a publicidade (NUNES, 2009, p. 357).

Nesse ponto, surge a problemática de como se dará a responsabilidade civil em relação a um serviço médico prestado por profissional liberal empregado, ou na hipótese de um hospital ser demandado por um paciente

que tenha sofrido dano médico, se poderia beneficiar-se do privilégio do exame de sua responsabilidade mediante verificação de negligência, imprudência ou imperícia.

Vislumbra-se, então, que se uma clínica ou casa hospitalar tem a saúde como mercadoria e explora a sua atividade com características peculiares de risco, custo e benefício, oferecendo um serviço de massa inserido no mercado como próprio da categoria de atividade econômica desempenhada, é responsável de forma objetiva pelos prejuízos causados por uma má prestação de seu serviço, não importando quem seja o causador do dano. Todavia, não se pode esquecer o eventual direito de regresso do estabelecimento contra o profissional que agiu (ou deixou de agir) em seu nome ocasionando o prejuízo, seja ele empregado ou autônomo.

Diante disso, observa-se que a clínica não pode beneficiar-se de privilégios que dizem respeito apenas ao médico, profissional liberal singularmente considerado, tendo em vista que este é o instrumento para a realização do serviço oferecido por aquele. Por este motivo, a relação estabelecida entre o médico e a clínica é diferente da existente entre o médico e o paciente, já que esta pode ser considerada como eminentemente consumerista.

Assim, observa-se que a responsabilidade civil das clínicas e hospitais continuaria, mesmo assim, sendo apurada de forma objetiva, pois, de modo diverso, ocasionaria uma violação ao sistema do Código de Defesa do Consumidor, sob a justificativa, por parte das empresas prestadoras de serviço e fabricantes de produtos, no sentido de que determinado dano tenha sido causado por algum funcionário seu, profissional liberal, e, desse modo, poderem aproveitar da prerrogativa que estes dispõem.

Em razão da possibilidade de, na prática da reprodução assistida, tanto homóloga quanto heteróloga, ocorrer fertilizações estranhas e até mesmo antiéticas, que comprovem erros médicos, bem como no caso de o erro ser tão grave que cause dano à saúde da gestante, cabível é a responsabilização da clínica contratada com base no Código de Defesa do Consumidor.

A título ilustrativo, segue excerto de decisão do Superior Tribunal de Justiça:

[...] A recorrida, ao ver-se na impossibilidade de engravidar naturalmente, visto ser acometida de endometriose, socorreu-se dos réus para realizar fecundações *in vitro* (FIV). Sucede que, da segunda introdução de óvulos fecundados, advieram várias complicações, pois, horas após o procedimento, passou a apresentar febre e dores abdominais, sintomas que, com o passar dos dias, aumentaram em demasia, acompanhados de corrimentos vaginais purulentos. Diante desse quadro, procurou por duas vezes o segundo recorrente que, após medicá-la, encaminhou-a a outros profissionais, o que culminou, ao final, na internação e submissão da recorrida a uma histerectomia, opção adotada por outro profissional diante do recrudescimento da infecção, constatada a presença de um abscesso tubo-ovariano. Nesse panorama, vê-se que, quanto à eventual imperícia, a de ter perfurado o útero da recorrida durante o procedimento, dela não há comprovação. Porém, quanto à negligência, é certo que o médico que não presta assistência pós-cirúrgica à paciente cujo estado de saúde é agravado, encaminhando-a a outros, ao alegar que sua piora não decorre do ato cirúrgico que realizou, deve responder pelo dano ocasionado, diante da negligência, da falta de necessária cautela.
(REsp 914.329/RJ, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 19/8/2008, publicado no DJe de 30/03/2012)

Em todos os casos de erro em reprodução assistida, como por exemplo, troca de material genético contido nas provetas, gestante fertilizada artificialmente que sofre complicações em sua gravidez ou é vítima de aborto espontâneo, casal que realiza reprodução assistida heteróloga e não vê em seu filho compatibilidade racial e imunológica, entre outros, tanto a clínica quanto o médico podem ser responsabilizados, cada um de acordo com a obrigação assumida e, conseqüentemente com a espécie de imputação aplicada. Ademais, afirma que tal responsabilização pode ser proposta mesmo depois de transcorridos vários anos da realização da fertilização *in vitro*, visto que existem anomalias ou enfermidades, decorrentes da aplicação da técnica da reprodução assistida, que só são constatadas posteriormente.

Conforme o exposto, resta evidente que não há um consenso, entre doutrina e jurisprudência, sobre a imputação das clínicas de reprodução humana assistida enquanto pessoa jurídica, excetuando a responsabilidade subjetiva dos médicos que realizam os procedimentos, os quais são apenas profissionais liberais particularmente considerados. Contudo, em que pese terem posicionamentos diversos, tanto a doutrina quanto a jurisprudência devem ser levadas em consideração na análise de um caso concreto: esta primeira por ser fruto da

interpretação dos estudiosos do Direito e a segunda por ser originada das decisões reiteradas dos tribunais pátrios, consideradas como precedentes.

Daí a necessidade de uma legislação específica que trate com maior profundidade da questão da reprodução assistida como sugere Suzana Albano:

No Brasil, ainda não há uma legislação específica – há o Projeto de Lei nº 1.184/2003 esperando votação e aprovação no Congresso – regulando fertilização artificial *in vitro*, nem a filiação de crianças nascidas dessas técnicas de reprodução assistida; assim sendo, os tribunais brasileiros, quando enfrentarem essas questões, terão, por enquanto, que considerar os códigos de ética médica, [...] usar analogias com casos de custódia e, se necessário e apropriado, olhar para legislações e decisões de tribunais estrangeiros desde que não conflitem com a legislação pátria (ALBANO, 2006, p. 74).

O Projeto de Lei nº 1184/2003, que dispõe sobre a reprodução assistida teve sua última movimentação em 23 de maio de 2011, conforme informações obtidas junto à página eletrônica da Câmara dos Deputados, e encontra-se no aguardo de parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). No entanto, apensado a este há vários outros Projetos de Lei, todos tendo como ementa a disciplina da reprodução humana assistida e todos os seus efeitos, tais como a investigação de paternidade da criança concebida artificialmente por reprodução heteróloga, regras para utilização *post mortem* de material genético armazenado, normas para o funcionamento das clínicas de reprodução humana assistida etc.

Conforme se observa do simples fato de o Projeto de Lei, ter sido proposto há 10 anos e encontrar-se inerte há mais de 2 (dois) anos, a espera pela regulamentação legal dos procedimentos de reprodução humana assistida e as consequências dele decorrentes deve continuar por mais longos anos. Até lá, a Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina continuará sendo a única direção para se tratar de procriação artificial, ainda que seja um documento extralegal que não possui força impositiva e imperativa.

5.6.5 Prova do Dano e Nexó de Causalidade

Completando a análise do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, explicita-se a forma pela qual se pode realizar a prova do dano e do

nexo de causalidade do dano com o serviço prestado, na apuração da responsabilidade objetiva, e a indicação do profissional liberal que o prestou e sua respectiva culpa, para fins de verificação de responsabilidade subjetiva, especialmente no caso de a clínica exercer o direito de ação regressiva.

Rizzatto Nunes (2009, p. 361/362), afirma, sinteticamente, que o ônus da prova é de quem alega, sendo, portanto, do consumidor. Entretanto, ocorre que o consumidor possui o benefício da inversão do ônus da prova a seu favor, disposto no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, e que pode ser determinado pelo juiz no caso de verossimilhança das alegações e hipossuficiência do consumidor.

A verossimilhança das alegações traduz-se na probabilidade de veracidade das alegações do consumidor, enquanto a hipossuficiência do consumidor revela-se a partir de seu caráter tecnológico e informativo, não em relação ao econômico.

Por seu turno, Silvio de Salvo Venosa (2005b, p. 150/151), entende que a inversão do ônus da prova é “corolário do princípio da vulnerabilidade”, constituindo-se em benefício que “independe da posição do consumidor, quer no polo ativo, quer no polo passivo da lide consumerista”, sendo a concessão uma faculdade do juiz, independendo de pedido expresso da parte. Complementa ainda que “na esfera da responsabilidade médica, a inversão do ônus mais se justifica, porque mais difícil para o destinatário final do serviço médico a prova do defeito em seu fornecimento”.

Como no processo existem dois momentos de produção de prova, ou seja, um primeiro em que se examina os requisitos para configuração da responsabilidade objetiva, isto é, o dano e o nexo de causalidade deste com o serviço prestado e a indicação do profissional responsável na causa do prejuízo, e um segundo, em que se verifica a culpa do profissional liberal que prestou o serviço de forma deficitária, em ambas as hipóteses, a inversão do ônus da prova poderá ocorrer.

Contudo, no caso da responsabilização das clínicas de reprodução assistida, dentro da espécie objetiva, o consumidor tem a obrigação de provar apenas o descrito para o primeiro momento (dano e nexo de causalidade), podendo também requerer e obter a inversão do ônus da prova, quando então caberá à

própria clínica provar os fatos e tentar demonstrar sua falta de culpa pelo dano ocorrido.

CONCLUSÃO

A reprodução humana assistida surgiu, nos primórdios, como forma de solucionar os problemas dos casais inférteis em realizarem o seu projeto parental pela tradicional relação familiar, determinada pelo trinômio pai-mãe-filho. Porém, com os avanços biotecnológicos e mudanças na sociedade, os objetivos a serem perseguidos pela realização de um procedimento de reprodução humana assistida transbordaram essa fronteira, fazendo surgir, também, novas formas de família.

Mediante a realização da pesquisa que deu ensejo a elaboração do presente estudo o objetivo de estabelecer um panorama geral sobre a responsabilização civil das clínicas de reprodução humana assistida foi alcançado, abordando:

- a) A relação jurídica formada entre a clínica de reprodução humana assistida e o paciente;
- b) A espécie de obrigação assumida pela clínica;
- c) Os instrumentos contratuais relativos à contratação da clínica pelo paciente;
- d) Os possíveis danos sofridos pelo paciente que se submete à reprodução humana assistida;
- e) A teoria da responsabilidade civil que rege essa imputação e sua natureza jurídica;
- f) O enquadramento da responsabilidade civil das clínicas de reprodução humana assistida no Código de Defesa do Consumidor.

Quanto à espécie de obrigação assumida pela clínica de reprodução humana assistida, conclui-se pelo seu caráter misto, ou seja, é tanto uma obrigação de meio, quanto uma obrigação de resultado, a depender do objeto da contratação, da técnica escolhida para a realização do procedimento e das cláusulas inseridas no contrato.

Para formalizar sua contratação, a clínica pode utilizar-se tanto do contrato de prestação de serviços médicos, quanto dos contratos exclusivos que se relacionam com a reprodução humana assistida, a técnica escolhida e suas consequências. Recomenda-se, entretanto, que a clínica utilize desses instrumentos contratuais mais específicos, a fim de que suas obrigações estejam devidamente

pactuadas e formalizadas, não dando causa para posterior reclamação, salvo em razão de erro médico ou falha no serviço prestado.

A boa-fé objetiva, que impõe um padrão de conduta reto, honesto e leal a toda e qualquer pessoa e impõe um modelo de interpretação a ser seguido, deve ser muito bem observada na relação jurídica negocial firmada entre a clínica e o paciente, observando a autonomia privada e harmonizando os interesses das partes.

Analisados os instrumentos contratuais específicos, verifica-se a aposição de cláusulas de não indenização, espécies de cláusulas abusivas proibidas absolutamente pela legislação consumerista (art. 25 e 51, I, do CDC), visto que causam um franco desequilíbrio entre as partes do negócio jurídico solenizado. Estas cláusulas, que podem ser divididas em cláusula que impossibilita, exonera ou atenua a responsabilidade do fornecedor por vícios ou defeitos dos produtos e serviços e cláusula que implica em renúncia ou disposição de direitos, são colocadas no contrato como uma forma de alterar unilateralmente a natureza da obrigação em relação ao serviço a ser prestado para se eximir de eventual responsabilização civil.

No entanto, não há possibilidade desse desvirtuamento, pois assim se desobedece ao princípio da “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”, colocado no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor. Sendo assim, ainda que seja inserida alguma cláusula desse tipo num documento relativo à contratação de uma clínica para realização de algum dos procedimentos de reprodução humana assistida, será nula de pleno direito, podendo o juiz declarar a sua nulidade de ofício, salvaguardando o direito do consumidor que poderia ser violado.

Na seara das causas que podem ensejar a responsabilização civil das clínicas de reprodução humana assistida, conclui-se, primeiramente, que se a clínica não informa devidamente o paciente contratante de seus serviços, avisando-o sobre os riscos que corre na realização dos procedimentos, sobretudo nas possibilidades de dano à criança gerada dessa forma artificial e à gestante, incorrerá em omissão danosa, motivo pelo qual poderá ser responsabilizada civilmente, tendo em vista ser a informação um dos direitos do consumidor previsto legalmente.

Levando-se em consideração os possíveis riscos para a gestante, paciente no procedimento de reprodução assistida, e para a criança gerada dessa

forma artificial, tendo em vista também a possibilidade de troca de material genético, por desídia da clínica de reprodução assistida, vislumbra-se a necessidade de que haja a maior cautela possível nos bancos de sêmen, nos exames efetuados nos doadores de material genético, na manipulação do material genético a ser implantado, bem como nas mulheres que cedem o seu útero para a procriação alheia.

Não se pode admitir que ocorra, em qualquer procedimento de reprodução humana assistida realizado, situações estranhas e antiéticas como o fato de, em uma reprodução assistida heteróloga, paciente e criança serem contaminadas por vírus HIV do doador de material genético masculino (sêmen).

Salienta-se, então, que o direito de alguém à concepção por meio de fertilização assistida só deve ser permitido se não colocar em risco a vida ou a saúde da paciente e do possível descendente e desde que os riscos que se inserem nos parâmetros da normalidade sejam corretos e suficientemente informados a quem se submeterá a essa prática.

De igual maneira se terá a possibilidade de propositura de ação de reparação de danos (material cumulado com moral) na hipótese de a gestante fecundada artificialmente sofrer complicações em sua gravidez e também no caso de o filho nascer com algum tipo de anomalia, física ou psíquica, ou malformações, ainda que tais problemas só sejam verificados depois de algum tempo.

No que tange à falta de manutenção de características entre o casal paciente e o filho gerado, em havendo falha da clínica na realização do procedimento de reprodução assistida, ocasionando uma troca de material genético do casal paciente pelo de pessoa desconhecida, esta poderá ser responsabilizada civilmente, pois a clínica, enquanto pessoa jurídica prestadora de serviços médicos, tem o dever de manter funcionário habilitado com a função de cuidar do material genético armazenado, a fim de que não haja confusão.

Deve-se tomar um cuidado maior em relação à manutenção de características fenotípicas do casal contratante em relação à criança gerada por meio de reprodução assistida heteróloga, já que não se tem qualquer tipo de regulamentação legal sobre o tema no ordenamento jurídico brasileiro.

Por esta razão, o profissional contratado tem o dever de explicar a possibilidade de buscar a maior semelhança possível apenas em relação aos genitores, quanto à suas características fenotípicas e imunológicas, de acordo com a

Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, e não querer “criar” uma pessoa com as características que deseja, pois assim se estaria contrariando ainda mais a naturalidade da vida.

Quanto à gestação em útero alheio, conclui-se que o maior problema que se impõe é a definição exata da maternidade. Porém, tendo em vista que a gestação por substituição só é realizada por meio algum método de procriação artificial, resta clara a possibilidade de ocorrência de qualquer uma das causas já explanadas, o que também pode ser causa de imputação da clínica.

O dano moral na prestação de serviço relativo à reprodução humana assistida é plenamente cabível, em qualquer uma das causas, pois seja qual for o prejuízo sofrido, o sentimento de tristeza, angústia e desgosto não se pode nem medir, haja vista sua subjetividade.

Tendo em vista a dificuldade que se tem de mensurar a extensão do dano moral, já que não é medido em patrimônio exato, verifica-se uma certa discricionariedade do juiz em sua decisão e quantificação do dano, na qual deve ser observada o binômio reparação e prevenção, ou seja, a cominação de sanção coibindo que novas práticas semelhantes ocorram, o que deve ser observado com ainda mais prudência em se tratando de dano oriundo da atividade médica, que lida com a vida humana e não com meros objetos ou bens materiais.

Em relação à natureza da responsabilidade civil aplicada às clínicas de reprodução assistida, constata-se ser da espécie objetiva, em razão de sua caracterização como pessoa jurídica que pode assumir obrigação de resultado e também por estar perfeitamente enquadrada no conceito de fornecedor disposto no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Vale o esclarecimento no sentido de que, para que as clínicas de reprodução assistida sejam responsabilizadas por algum prejuízo causado ao paciente contratante, não se faz necessária a prova da culpa, mas tão somente o exame da ocorrência do dano e do nexo de causalidade deste com o serviço prestado pela referida clínica.

Completa-se o estudo com a conclusão de que, estando a clínica de reprodução assistida sujeita à responsabilidade objetiva e não subjetiva, como se fosse considerada como profissional liberal particular, não lhe é cabível aplicação do benefício contido no artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, em que pese a existência de entendimentos jurisprudenciais contrapostos.

No Brasil, ainda não há lei específica que discipline a reprodução humana assistida. Em face disso, há quem defenda que “o que não está proibido está permitido”, atribuindo aos cientistas da área médica uma maior possibilidade de ação na área da embriologia e da engenharia genética.

No entanto, a decisão mais acertada é que, diante dessa falta legislativa, seja aplicada a Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, e o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil), que dispõe que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Assim, a atividade jurisdicional será freada, devendo-se utilizar o direito comparado diante da complexidade do tema e não deixando de se levar em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana.

Atendendo às reclamações da Bioética, bem como aos seus princípios fundamentais, impõe-se uma cautela ao Poder Legislativo, ao legislar sobre o tema, a fim de que se estabeleçam normas que garantam o respeito aos valores básicos da natureza, do homem e da vida social, protegendo não só a vida, mas os preceitos éticos relativos à saúde física e mental dos indivíduos, sem, todavia, curvar-se à desídia de “engavetar” Projetos de Lei, especialmente aqueles que versam sobre a disciplina da reprodução humana assistida e suas consequências.

REFERÊNCIAS

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

ALÁRCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na constituição federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ALBANO, Suzana Stoffel Martins. Reprodução assistida: os direitos dos embriões congelados e daqueles que os deram. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, v. 7, n. 34, 2006.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Curso de direito do consumidor**. Barueri, SP: Manole, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**: responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Obrigações de fazer e de não fazer. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 120/137.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 ago. 2012.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em 01 mar 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 01 ago. 2012.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 01 ago. 2012.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 01 ago. 2012.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 01 ago. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 467.878-RJ. (2002/0127403-7) Recorrente: Santa Casa da Misericórdia do Rio de Janeiro. Recorrida: Maria Joana de Santana Vieira. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 05 de dezembro de 2002. **Diário da Justiça**: 10 fev. 2003, p. 222.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 363.168-SE. (2001/0119957-4) Recorrente/Recorrido: Flamarion D'Ávila Fontes. Recorrente/Recorrida: Clara Mércia Vieira Barreto. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, 20 de abril de 2004. **Diário da Justiça**: 21 jun. 2004, p. 215.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 914.329-RJ. (2007/0001491-8) Recorrente: Ricardo Teixeira Serta. Recorrida: Steliane Viana Marques. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 04 de agosto de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**: 30 mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.184.932-PR. (2010/0043325-8). Recorrente: Lisandra da Rosa Golba. Recorrida: União. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 13 de dezembro de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**: 15 fev. 2013.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum***. Resolução n. 1.957, de 15 de dezembro de 2010. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 06 jan. 2011.

Disponível em:

<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 15 fev. 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10**. Resolução n. 2.013, de 1.957, de 16 de abril de 2013. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 09 mai. 2013. Disponível em:

<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2013.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths; FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DALVI, Fernando; DALVI, Luciano. **Curso avançado de direito do consumidor**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 5. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, 7º volume: responsabilidade civil**. 22. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a reforma do CC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008a.

DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade pós-contratual no novo código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. **Manipulação genética humana: o controle jurídico da utilização de embriões em pesquisas científicas**. 2010. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

ESTIGARA, Adriana. Consentimento livre e esclarecido na pesquisa envolvendo seres humanos. A distância entre o "dever ser" e o "ser". **Jus Navigandi**, Teresina, v. 11, n. 1144, 19 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8803>>. Acesso em: 14 jun. 2013.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Fabris, 2001.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Bioética e biodireito. **Scientia Iuris**, v. 2/3. Londrina: 1998/1999.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2001.

FRISO, Gisele de Lourdes. **Código de defesa do consumidor comentado**. São Paulo: Primeira Impressão, 2007.

FURLAN, Alessandra Cristina; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa; MOLINARI, Simone de Paula. A boa-fé no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. **Unopar Científica Ciências Jurídicas e Empresariais**, Londrina, v. 10, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://www12.unoparvirtual.com.br/unopar/pesquisa/rcArtigos.action>>. Acesso em: 6 jun. 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: obrigações**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. tomo 1. v. 4.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico: à luz da jurisprudência comentada**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; MORAES, Renato Duarte Franco de. **Direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 1, maio, 2005. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/JudithMC.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2013.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Jussara. **Gestação por outrem e determinação da maternidade (“mãe de aluguel”)**. Curitiba: Genesis, 1998.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código brasileiro de defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: da proteção contratual**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. São Paulo: Forense, 2001. cap. 6, p. 441-570.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código civil comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor: com exercícios**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PENTEADO, Luciano de Camargo; FIGUEIREDO, Fábio Vieira. Outras modalidades de obrigações. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 216/242.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Breve comentário sobre aspectos destacados na reprodução humana assistida**. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 283/303.

ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. **Derecho genético**. 4. ed. Lima, Peru: Editora Jurídica Grijley.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SCHAEFER, Fernanda. **Procedimentos médicos realizados à distância e o código de defesa do consumidor**. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TANAKA, Eduardo. Responsabilidade civil do cirurgião-dentista. Obrigação de meio ou de resultado? In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). **Direito e responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TUNC, André. A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência. In TEPEDINO, Gustavo José Mendes; FACHIN, Luiz Edson (coords.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia**. São Paulo: Atlas, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005a.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005b.

ANEXOS

ANEXO A

Modelo de Informe de Consentimento para Técnicas de Fertilização Assistida

Nome da mulher, data de nascimento, profissão, nacionalidade, RG, emitido em, CPF, estado civil (se casada, colocar o regime de bens), residente e domiciliada à Rua, nº, apt., bairro, cidade, estado, CEP, telefone e Nome do homem, data de nascimento, profissão, nacionalidade, RG, emitido em, CPF, estado civil (se casada, colocar o regime de bens), residente e domiciliada à Rua, nº, apt., bairro, cidade, estado, CEP, telefone, ambos maiores de idade, procuraram voluntariamente a Clínica de Reprodução Humana X, com a finalidade de obter uma gestação ortópica pelas técnicas de reprodução assistida, seja por fertilização *in vitro* (FIV), injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) e/ou transferência intratubária de gametas (GIFT) e/ou transferência intratubária de ovócitos pró-nucleados ou pré-embriões (PROST/ZIFT), que deverá ocorrer mediante tratamento médico clínico e cirúrgico, assim descrito sinteticamente:

A paciente receberá medicamentos para aumentar a capacidade dos ovários em produzir folículos e, com isto, obter uma quantidade maior de ovócitos. Os efeitos dessa medicação serão avaliados, periodicamente, por intermédio de controle clínico, ultrassonográfico e laboratorial, que orientam a equipe médica a prever, com maior precisão, o aumento da ovulação e antecipar-se a ela entre aproximadamente uma a duas horas para iniciar a colheita dos ovócitos.

A segunda etapa do citado tratamento consistirá na recuperação dos ovócitos, que se dará de acordo com os casos individuais, por meio de ultrassonografia. A recuperação ultrassonográfica dos ovócitos é, geralmente, realizada por via transvaginal, podendo-se empregar anestesia geral, peridural ou local segundo as circunstâncias. Tal técnica, consistente em puncionar os folículos com agulhas especiais sob controle contínuo de aparelhos ultrassonográficos de alta resolução, apresenta riscos como: infecção abdominal por punção de vísceras ocas; sangramentos intra-abdominais; hematomas vaginais; e complicações anestésicas, todos com baixa frequência.

Em casos excepcionais poderá efetuar-se uma intervenção cirúrgica para controlar possíveis complicações, como, por exemplo, eventuais hemorragias intra-abdominais ou lesões de outras vísceras.

Na hipótese de GIFT, os ovócitos serão transferidos para as trompas, após terem sido identificados no laboratório, junto com os espermatozoides do marido, ou companheiro, por laparoscopia, que é um procedimento cirúrgico realizado sempre sob anestesia geral, acarretando riscos inerentes à praticada em cirurgias de médio porte (duração aproximada de 45 a 90 minutos). Para ser realizada, insufla-se gás no abdome (pneumo-peritônio) e, por meio de duas ou três incisões de 7 a 9 mm na região umbilical e fossas ilíacas, colocar-se-á instrumental especializado, pelo qual o cirurgião observará o interior da pelve e puncionará os folículos ovarianos extraíndo os ovócitos. Os riscos potenciais são os mesmos da punção ultrassonográfica, somando-se as complicações do pneumo-peritônio.

Nos casos de FIV/ICSI/PROST, a terceira etapa será realizada no laboratório. Aqui se completará a maturação dos ovócitos, após o que serão inseminados ou injetados com espermatozoides do marido, ou companheiro, previamente incubados em um meio de cultura adequado para preservar e aumentar sua capacidade de fertilização.

Se houve opção pela FIV, excepcionalmente, pode suceder que ao ter realizada a contagem dos espermatozoides, o número resultante não seja suficiente para fertilizar os ovócitos obtidos, ou que, embora se consiga número suficiente, não ocorra a fertilização; nestes casos, mudar-se-á o procedimento para ICSI, injetando os espermatozoides obtidos. Quando não existirem espermatozoides do marido, ou companheiro, e o casal não optar por uso de sêmen de doador anônimo ou pela doação de ovócitos, estes últimos poderão ser descartados ou criopreservados.

Ocorrendo fertilização dos gametas-embriões, realizar-se-á a quarta etapa, consistente na transferência dos pré-embriões sob as mais estritas normas de assepsia. Nos casos de FIV ou ICSI, colocar-se-á o pré-embrião no interior do útero por meio de uma cânula especial sem anestesia, por se tratar de procedimento

indolor. Essa transferência oferece um risco limitado de infecção, menor ainda que o existente na inserção de um dispositivo intrauterino (DIU).

A transferência embrionária será efetuada entre 48 (quarenta e oito) e 144 (cento e quarenta e quatro) horas a parte da inseminação dos ovócitos; ou no caso de congelamento para preservação de pré-embriões, a transferência só poderá ocorrer com a nova autorização de ambas as partes interessadas. O ovo humano, em desenvolvimento, será introduzido no útero materno, aproximadamente entre o estado de pró-núcleo e o de pré-embrião em fase de blastocisto, o que ocorre entre o segundo e o sexto dia, a partir do momento da captação do ovócito.

Nos casos de PROST/ZIFT, a transferência dos ovócitos pró-nucleados, ou dos pré-embriões, realizar-se-á pela colocação destes nas trompas mediante laparoscopia realizada de 24 (vinte e quatro) a 48 (quarenta e oito) horas após a recuperação dos ovócitos.

Os riscos já identificados pela ciência médica inerentes ao procedimento de FIV/ICSI e/ou GIFT e/ou PROST são: complicações resultantes de obtenção dos ovócitos, infecções posteriores à cirurgia, gravidez ectópica, abortamento e os associados a amniocentese e controles fetais. Todavia, podem ocorrer riscos ainda não identificados. Consoante a experiência mundial, os riscos do desenvolvimento de um feto anormal são os mesmos de qualquer gestação iniciada por concepção natural no ventre materno.

As possibilidades de se obter uma gravidez clínica são geralmente entre 15 a 25%; dessa forma, a clínica assume uma obrigação de meios e não de resultados. A clínica compromete-se a realizar os serviços médicos do programa de fertilização assistida com prudência e diligência segundo a ética médica, oferecendo todas as alternativas admissíveis cientificamente e mais adequadas para cada caso em particular.

Havendo urgência neste íterim serão realizados estudos e intervenções que sejam necessárias, ainda que sem consentimento expresso.

Pelo presente, consciente e livremente, autorizamos em forma irrevogável esta clínica a realizar o programa de FIV/ICSI/GIFT/ZIFT/PROST com ovócitos e espermatozoides dos subscritos. Decidimos, de comum acordo e por vontade própria, pela técnica de fertilização assistida, que será realizada pela clínica com o único e exclusivo propósito de superar os obstáculos que existem para que os subscritos obtenham uma gravidez por concepção natural e após efetuar diversos tratamentos segundo as particularidades de cada caso.

Além disso, estamos cientes e concordes acerca das taxas hospitalares decorrentes deste tratamento, e dessa forma subscritamos o presente documento nesta data.

Confirmamos que nesta data tivemos a chance de esclarecer com o Dr. Todas as nossas dúvidas e questões em relação aos procedimentos aqui descritos.

Local, data.

Assinatura do homem.

Assinatura da mulher.

Assinatura da testemunha 1.

Assinatura da testemunha 2.

Certifico que expliquei ao casal acima identificado detalhadamente o procedimento, seus benefícios, riscos e suas alternativas. Respondi de maneira satisfatória a todas as perguntas de ambos e acredito que compreenderam tudo o que expliquei.

Assinatura do médico.

CRM.

ANEXO B

Modelo de Instrumento de Autorização para Fertilização *In Vitro*/Inseminação Artificial com Ovócito Doado ou Cedido Gratuitamente

Nome da mulher, data de nascimento, profissão, nacionalidade, RG, emitido em, CPF, estado civil (se casada, colocar o regime de bens), residente e domiciliada à Rua, nº, apt., bairro, cidade, estado, CEP, telefone e Nome do homem, data de nascimento, profissão, nacionalidade, RG, emitido em, CPF, estado civil (se casada, colocar o regime de bens), residente e domiciliada à Rua, nº, apt., bairro, cidade, estado, CEP, telefone, ambos maiores de idade, autorizamos a Clínica de Reprodução Humana X a utilizar os ovócitos obtidos de doadora anônima para realização de fertilização *in vitro* (FIV) e/ou injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI) com o propósito de obtermos uma gestação.

Cláusula I

Através do presente instrumento, nomeamos em caráter irrevogável e irretratável os responsáveis pela Clínica de Reprodução Humana X para selecionar as doadoras apropriadas com características físicas e grupo sanguíneo (ABO-Rh) compatíveis com os nossos.

Cláusula II

Nunca procuraremos identificar a doadora, nem a esta será fornecida nossa identificação, assim como da(s) eventual(ais) criança(s) gerada(s).

Cláusula III

Nós entendemos e concordamos que não é possível a garantia de que os ovócitos da mesma doadora serão utilizados para cada fertilização, nem a de que a utilização de ovócitos doados resultará em gravidez.

Cláusula IV

Isentamos a Clínica de Reprodução Humana X, assim como o médico assistente, de qualquer reponsabilidade pela eventual ocorrência de a criança nascer com defeito físico ou mental.

Cláusula V

Fica estabelecido que o Clínica de Reprodução Humana X não será responsabilizada pelas características físicas e mentais de qualquer (quaisquer) criança(s) nascida(s) como resultado de FIV ou ICSI com ovócitos de doadora.

Cláusula VI

Este instrumento não é uma garantia de sucesso do tratamento, isto é, concepção e ausência de complicações obstétricas; logo, os contratantes assumem os riscos inerentes ao FIC, ICSI etc.

Cláusula VII

Reconhecemos que, embora testes diagnósticos preventivos tenham sido realizados na doadora com resultados negativos, a fertilização *in vitro* com ovócito de doadora não exclui o risco intrínseco de transmissão de doenças sexualmente transmissíveis, incluindo, mas não limitando, gonorreia, sífilis, herpes, hepatite e síndrome de imunodeficiência adquirida (AIDS).

Cláusula VIII

Se a doação de ovócitos é realizada com o consentimento do casal, os cônjuges são tratados como pais da criança concebida, sendo esta herdeira necessária do casal, com todos os direitos decorrentes dessa condição, e em caráter de absoluta igualdade com eventuais irmãos concebidos naturalmente.

Cláusula IX

Eu, como receptora, e eu, como marido/companheiro, concordamos e aceitamos o ato de doação de ovócito e obrigamo-nos:

- a) Que se considerará(ão) a(s) criança(s) concebida(s) nosso(s) filho(s) e, nessa condição, herdeiro(s) necessário(s);
- b) Que de deverão considerar tal(is) criança(s), em todos os aspectos e para todos os efeitos legais, incluindo descendência e herança, como concebida(s) pelo processo natural.

Local, data.

Assinatura do homem.

Assinatura da mulher.

Assinatura da testemunha 1.

Assinatura da testemunha 2.

ANEXO C

Modelo de Acordo de Criopreservação de Sêmen

Este acordo é feito entre a Clínica de Reprodução Humana Assistida X, por meio de seu banco de sêmen (contratado) e o Sr., RG, CPF (contratante), com referência aos seguintes fatos:

Cláusula I

O banco de sêmen propõe-se a preservar o espécime de sêmen do contratante, com a única finalidade de futura fertilização assistida em sua esposa ou sua companheira, desde que haja a devida autorização do contratante e consentimento da receptora.

Cláusula II

O banco de sêmen está atuando, exclusivamente, como um agente contratado para analisar, processar e armazenar material fertilizante masculino congelado.

Cláusula III

Os espécimes do contratante, que serão entregues no banco de sêmen da clínica X, serão analisados para avaliação de concentração, motilidade e morfologia espermática. E, além disso, uma amostra de sangue será retirada para testes sorológicos para AIDS, Antígeno p 24 para o HIV, sífilis, HBsAg (Hepatite B), anti-HCV (Hepatite C), doença de Chagas e anti HTLV-I. Caso seja detectada qualquer uma das doenças acima descritas, o acordo será cancelado e os espécimes serão inutilizados.

Cláusula IV

O resultado do espermograma será informado ao contratante, que decidirá, ou não, pela criopreservação.

Cláusula V

O contratante assume os riscos inerentes ao processo de coleta, processamento, congelamento e descongelamento do sêmen, pois podem acarretar diminuição do potencial fertilizante da amostra.

Cláusula VI

O armazenamento dos espécimes obedece a critérios rigorosos de segurança, mas eventos fora do controle do serviço, tais como perda de nitrogênio líquido por mau funcionamento do recipiente, incêndio etc., poderão inutilizar o material, sem gerar qualquer responsabilidade do contratado.

Cláusula VII

O contratante foi informado que a criopreservação do sêmen pode reduzir a motilidade e a viabilidade dos espermatozoides, diminuindo sua capacidade de fertilização, e que por isso não há nenhuma garantia em relação ao sucesso na obtenção da gravidez pela fertilização assistida com sêmen criopreservado.

Cláusula VIII

A criopreservação do sêmen não provoca alterações cromossômicas. O contratante concorda, portanto, que se alguma eventualidade ocorrer, o contrato estará isento desta responsabilidade, pois abortamento espontâneo ou nascimento de criança com malformação congênita não se dá pela criopreservação do sêmen.

Cláusula IX

O custo para processamento e criopreservação de cada espécime do sêmen do contratante é de R\$... (...) e o de análise para pré-congelamento é de R\$... (...).

Cláusula X

A manutenção dos espécimes requer frequentes abastecimentos do recipiente com nitrogênio líquido, além de supervisão constante; por isso, a taxa de manutenção semestral deve ser paga adiantadamente, junto com a taxa de processamento e criopreservação no valor de R\$... (...).

Cláusula XI

O contratado deverá mandar boleto bancário, com um mês de antecedência da expiração de cada período semestral, para o contratante, relativo ao pagamento daquela importância. Em razão disso, qualquer mudança de endereço deverá ser comunicada.

Cláusula XII

Embora a criopreservação dos espécimes esteja sob a custódia do banco de sêmen, o contratante permanece como proprietário do sêmen e este será armazenado continuamente até que ocorra uma das situações abaixo:

a) A falta de pagamento de 2 (duas) semestralidades consecutivas ou 4 (semestralidades) não consecutivas, o que será considerado desinteresse pelos espécimes preservados por parte do contratante, que serão, então, inutilizados e desprezados, e este acordo será cancelado, independentemente de qualquer aviso ou notificação.

b) Manifestações do contratante, por escrito, para inutiliza-los e desprezá-los;

c) Inviabilidade dos espécimes por motivos alheios à vontade do contratado, tais como casos imprevisíveis do funcionamento do recipiente de nitrogênio líquido, incêndio, caso fortuito, força maior etc. Casos em que o contratante será, imediatamente, avisado. Em nenhuma dessas hipóteses o contratante será reembolsado ou lhe assistirá qualquer direito de reclamar contra o contratado, a que título seja.

d) Caso venha a ser cancelada autorização dada pela secretaria de saúde, em caráter excepcional, ao funcionamento do banco de sêmen, autorização essa de pleno conhecimento.

Cláusula XIII

Em caso de morte ou insanidade mental do contratante, os espécimes serão inutilizados e desprezados.

Cláusula XIV

A utilização do sêmen criopreservado dar-se-á a qualquer tempo, uma vez manifestada a vontade do contratante e de sua esposa, ou companheira, por escrito.

Cláusula XV

Os espécimes serão entregues ao ginecologista indicado pelo contratante, e a inseminação ou fertilização *in vitro* poderá ser realizada na clínica X, à conta e responsabilidade do contratante ou esposa, ou companheira, que responderá por despesas hospitalares e cirúrgicas. Para tanto, o contratado deverá ser notificado, por escrito, com antecedência, pelo contratante, e o ginecologista deverá entrar em contato com o contratado pelo telefone.

Cláusula XVI

Se houver processamento para o descongelamento e eventual beneficiamento do sêmen, será cobrada uma taxa.

Cláusula XVII

A responsabilidade do contratado sobre o material cessará no momento em que o contratante receber o material.

Cláusula XVIII

Será permitido, ao contratado, o acesso aos dados científicos pertinentes à reprodução assistida, gestação, nascimento e desenvolvimento do nascituro.

Cláusula XIX

Este acordo estabelece o total entendimento entre as partes abaixo assinadas.

Local, data.

Ass. do contratante.

Ass. do contratado.

Ass. de testemunha.

ANEXO D

Modelo de Informe de Consentimento para Congelamento e Preservação de Pré-Embriões

Nome da mulher, data de nascimento, profissão, nacionalidade, RG, emitido em, CPF, estado civil (se casada, colocar o regime de bens), residente e domiciliada à Rua, nº, apt., bairro, cidade, estado, CEP, telefone e Nome do homem, data de nascimento, profissão, nacionalidade, RG, emitido em, CPF, estado civil (se casada, colocar o regime de bens), residente e domiciliada à Rua, nº, apt., bairro, cidade, estado, CEP, telefone.

O objetivo deste documento é informar-nos acerca do procedimento clínico a ser realizado pela Clínica de Reprodução Humana X e convidar-nos a participar deste. Este procedimento será destinado a tentar gravidez após congelamento de pré-embriões humanos, que podem definir-se como ovócitos penetrados, em estágio de dois pró-núcleos, ou multicelulares de dias a dezesseis células, que são denominados de pré-embriões. A nossa participação neste procedimento clínico é voluntária, e se decidirmos não fazê-lo, a decisão não redundará em nenhum prejuízo para nossas relações futuras com a referida entidade.

Assim mesmo, há necessidade de lermos este documento cuidadosamente e de formularmos as perguntas, que sejam necessárias, esclarecendo todas as dúvidas antes de decidirmos sobre nossa participação.

Fomos selecionados como possíveis participantes por estarmos incluídos entre os pacientes que serão submetidos à técnica de reprodução assistida. A criopreservação realizar-se-á se se obtiveram múltiplos pré-embriões, após a realização de técnicas de reprodução assistida. Todos os pré-embriões que excederem o número de quatro serão criopreservados.

Este procedimento pretende beneficiar-nos, reduzindo o risco de gestações múltiplas e suas complicações obstétricas, e ao mesmo tempo criar oportunidades adicionais para obtenção de uma gravidez com a transferência de todos os pré-embriões obtidos neste ciclo e o descarte dos ovócitos excedentes.

A criopreservação dos pré-embriões dar-se-á da seguinte maneira: nos dias posteriores à inseminação de nossos ovócitos, todo pré-embrião excedente será congelado. A equipe de laboratório o transferirá a uma solução especial que contem o composto crioprotetor. Os pré-embriões serão resfriados até 150° C negativos em um aparelho desenhado para controlar cuidadosamente o grau e o tempo de congelamento. Após isso, serão mantidos a uma temperatura de 196° C negativos, até que se decida descongelá-los.

O descongelamento dos pré-embriões realizar-se-á por ocasião de nosso consentimento em conjunto com o parecer técnico da equipe médica da Clínica de Reprodução Humana X. Após o descongelamento, os pré-embriões serão levados para a retirada do meio de criopreservação utilizado e, então, tratados da mesma maneira empregada no laboratório de manipulação de gametas, para os pré-embriões não congelados.

Compreendemos que o descongelamento e a transferência intrauterina dos pré-embriões devem realizar-se na Clínica de Reprodução Humana X. Sabemos que vários laboratórios no mundo tem demonstrado capacidade de criopreservar pré-embriões humanos e efetuar sua transferência para obter gestações, tendo em vista que se registrou o nascimento de crianças normais, pois as investigações feitas em pré-embriões criopreservados não mostraram um aumento significativo de risco de anormalidades fetais. E, além disso, não desconhecemos que durante o processo de criopreservação cerca de 50% (cinquenta por cento) dos pré-embriões não continuam seu desenvolvimento *in vitro*.

Entendemos que, para participar deste procedimento, não será necessário recebermos nenhuma outra medicação diferente das usuais para a reprodução assistida e que, caso obtenha uma gravidez de pré-embrião congelado e descongelado, a equipe da Clínica de Reprodução Humana X poderá ter acesso aos dados (condição de nascimento, peso e sexo) do(s) bebê(s) nascido(s), para fins de controle dos resultados e eventuais publicações científicas, sempre resguardando o anonimato do casal e da(s) criança(s).

Podemos interromper nosso consentimento e bloquear nossa participação neste estudo, em qualquer momento.

Temos ciência de que os pré-zigotos serão guardados até nossa manifestação em contrário.

Estamos cientes de que é proibida a comercialização, sob qualquer forma, dos pré-embriões, para a transferência ou utilização com outro objetivo, como, por exemplo, em pesquisa.

Nossa responsabilidade principal consistirá também em decidir o destino dos pré-embriões que não serão descongelados, para uma transferência sem o consentimento escrito de ambos.

Sabemos que se não quisermos, por algum motivo, utilizar os pré-embriões congelados, estes, após manifestação escrita desse nosso desinteresse, serão doados para casais a critério da Clínica de Reprodução Humana X, cuja identidade não teremos acesso.

Na possibilidade de nossa morte, separação ou qualquer outra circunstância não prevista, que possa resultar na incapacidade de ambos determinarem o destino dos pré-embriões congelados, estes poderão ser doados para casais inférteis anônimos.

Toda informação obtida durante esses procedimentos, que possam de alguma maneira nos identificar, será confidencial e revelada apenas às pessoas que compõem esta unidade.

Autorizamos a Clínica de Reprodução Humana X a documentar com fotografias e vídeos o processo a que nos submetemos, como registro permanente e para sua possível utilização em reuniões médicas ou científicas. Entendemos que a informação será confidencial e manteremos o direito de rever o registrado a qualquer momento.

Estamos cientes que, em qualquer técnica que requeira apoio de sistemas mecânicos, podem ocorrer falhas desses equipamentos. Nem a Clínica de Reprodução Humana X, médicos ou qualquer pessoal dependente desta instituição serão responsáveis por qualquer dano ao congelamento, criopreservação, descongelamento ou outro prejuízo que resulte de mau funcionamento mecânico eventual, ou provocado por fenômenos naturais como terremotos, inundações ou calamidades, como incêndio, guerras, desordens públicas e outros acontecimentos fortuitos ou erros de outros laboratórios não pertencentes a esta instituição.

A manutenção dos pré-embriões congelados requer abastecimentos frequentes do recipiente com nitrogênio líquido, além de supervisão constante, representando uma taxa de manutenção trimestral. A primeira taxa trimestral deverá ser paga adiantadamente, junto com a taxa de congelamento de pré-embriões.

Embora a criopreservação dos pré-embriões esteja sob custódia da Clínica de Reprodução Humana X, o casal permanece como proprietário dos pré-embriões e estes serão armazenados, continuamente, até que uma das situações abaixo ocorra:

- a) Falta de pagamento de duas trimestralidades consecutivas, o que será considerado desinteresse pelos pré-embriões preservados, pois poderão ser doados e este acordo será cancelado. Nesse caso, a Clínica de Reprodução Humana X solicitará a manifestação do casal para autorizar a doação.
- b) Manifestação do casal, por escrito, de doar os pré-embriões criopreservados.

Caso essas situações não aconteçam, os pré-embriões serão mantidos até que haja manifestação em contrário das autoridades competentes.

Na época do descongelamento serão cobradas as devidas taxas, bem como as de descongelamento e manipulação dos pré-embriões, no valor de R\$... (...).

Desde já, responsabilizamo-nos por notificar a Clínica de Reprodução Humana X sobre qualquer mudança em nosso endereço e/ou número de telefone que mencionamos em nossa identificação no início desse documento.

Por estarmos cientes e de acordo com os termos desse informe, subscritamos nessa data.

Declaramos que tivemos a chance de ler este documento e o Dr. X esclareceu todas as nossas dúvidas e questões a respeito dos procedimentos aqui citados.

Local, data.

Assinatura do homem

Assinatura da mulher.

Assinatura da testemunha 1.

Assinatura da testemunha 2.

Certifico que expliquei ao casal acima identificado detalhadamente o procedimento, seus benefícios, riscos e suas alternativas. Respondi de maneira satisfatória a todas as perguntas de ambos e acredito que compreenderam tudo o que expliquei.

Assinatura do médico.

CRM.

ANEXO E

Modelo de Instrumento de Doação Voluntária de Ovócitos

Eu, nome, data de nascimento, CPF, RG, emitido em, residente em, cidade, Estado CEP, tel, DECLARO estar doando graciosamente, ovócitos para a clínica X, de livre e espontânea vontade, sem nenhum tipo de induzimento ou coação.

Cláusula I

Estou ciente e concordo na utilização de meus ovócitos, ora doados, para fertilização *in vitro* (FIV) e/ou injeção intracitoplasmática de espermatozoides em mulheres em idade reprodutiva, com insuficiência ovariana em tratamento.

Cláusula II

Concordo e aceito a não revelação da identidade do casal receptor e da criança, gerada pelos procedimentos acima, da mesma forma que minha identidade não lhes será divulgada.

Cláusula III

A escolha do casal receptor e do momento da FIV ou ICSI será exclusivamente determinada pela clínica X.

Cláusula IV

Como a doação de ovócitos será realizada durante o processo de FIV ou ICSI para tratamento de infertilidade estou ciente que a divisão dos ovócitos para meu uso e para doação, será equitativa, quantitativa e qualitativamente, visto que, caso o número seja ímpar, o ovócito excedente será utilizado por mim.

Cláusula V

Declaro não ser portadora de nenhuma enfermidade conhecida e hereditária, não ser usuária de drogas injetáveis ou não e consinto para comprovar o fato em submeter-me a todos os exames que forem necessários.

Cláusula VI

A omissão voluntária à clínica X de informações concernentes ao uso de drogas, doenças sexualmente transmissíveis e hereditárias, pela doadora, caracteriza o crime previsto no art. 132 do Código Penal.

Local, data.

Ass. da doadora

Ass. do marido (concordância)