



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

WAGNER TADEU SORACE MIRANDA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA
REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

Londrina
2007

WAGNER TADEU SORACE MIRANDA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA
REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

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

Orientadora: Profa. Dra. Valkiria Aparecida Lopes Ferraro.

Londrina
2007

**Catálogo na publicação elaborada pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca
Central da Universidade Estadual de Londrina.**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

M672r Miranda, Wagner Tadeu Sorace.
A responsabilidade civil do médico na reprodução humana assistida /
Wagner Tadeu Sorace Miranda. – Londrina, 2007.
108f.

Orientador: Valkiria Aparecida Lopes Ferraro.
Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual
de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Gra-
duação em Direito Negocial, 2007.
Bibliografia: f. 86-92.

1. Responsabilidade (Direito) – Teses. 2. Responsabilidade civil
profissional – Médicos – Teses. 3. Tecnologia da reprodução humana –
Teses. 4. Inseminação artificial humana – Teses 5. Dignidade – Teses. I.
Ferraro, Valkiria Aparecida Lopes. II. Universidade Estadual de Londrina.
Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em
Direito Negocial. III. Título.

CDU 347.5

WAGNER TADEU SORACE MIRANDA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA
REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Valkíria Aparecida Lopes Ferraro
Universidade Estadual de Londrina

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci
Universidade Estadual de Londrina

Prof. Dr. Osmar Vieira da Silva
UNIFIL - Centro Universitário Filadélfia

Londrina, 05 de outubro de 2007.

Para minha esposa, amor verdadeiro, e
minha companheira nas horas atribuladas.

A minha mãe Guiomar e a memória de meu
pai, José, de quem herdei o gosto pelo
Direito.

Aos meus filhos queridos, Frederico, Thais,
Nathalia e Cinthia.

AGRADECIMENTOS

À Profª Drª. Valkíria Aparecida Lopes Ferraro, mestra exemplar, pelo incentivo, pela orientação e pela ajuda desprendida e principalmente pela amizade.

Ao Prof. Dr. Elve Miguel Cenci, cujo entusiasmo pelos estudos da filosofia e da bioética contagiam.

Ao Prof. Dr. Osmar Vieira da Silva, pela gentileza em aceitar o convite e pela presença respeitada.

Aos colegas do Curso de Mestrado pelo companheirismo e aprendizado compartilhado.

“O abuso não pode eliminar o uso. A possibilidade de um uso eticamente inaceitável de uma técnica, fruto do saber humano, não pode eliminar o seu uso se ela é de benefício para os demais membros dessa sociedade. O que procede é seu estrito regulamento no marco do bem comum. Este marco é a LEI.”

Aristóteles

MIRANDA, Wagner Tadeu Sorace. **Busca de informação:** a responsabilidade civil do médico na reprodução humana assistida. 2007. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2007.

RESUMO

O avanço da ciência genética, no campo da reprodução humana, vem sendo tema de apreciação e debate de profissionais de diferentes áreas do conhecimento humano, porquanto se sabe que as transformações provocadas pelas ciências são significativas e permanentes na vida do homem. Os procedimentos em reprodução humana assistida atuam sobre a própria vida humana procurando sanar os problemas da infertilidade de casais que buscam, através dela, a realização do sonho de ter um filho. Emerge da aplicação dessas técnicas o interesse e a preocupação do direito com o respeito à vida e à dignidade do ser humano, exigindo um repensar do instituto da responsabilização da pessoa humana em seus respectivos campos de atuação, em especial aquela que alicerça a relação médico-paciente. A preocupação, em matéria de reprodução humana assistida, com a carga de responsabilidade civil do médico que realiza esses procedimentos, deve ser analisada em face da lei, para assegurar, ao paciente que procura por esses serviços, ampla e irrestrita tutela dos seus direitos.

Palavras-chave: Reprodução humana assistida. Dignidade do ser humano. Responsabilidade civil do médico.

MIRANDA, Wagner Tadeu Sorace. **Information search:** the civil responsibility of the assisted human reproduction doctor. 2007. 112f. Dissertation (Master's Degree in Business Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2007.

ABSTRACT

The progress of the genetics science in the field of the human reproduction, has been an issue of appreciation and debate of professionals of different areas of the human knowledge, for we know the transformations caused by sciences are significant and permanent in man's life. The procedures in assisted human reproduction act on the human life try to solve problems of infertility in couples who look for the dream come true of having a child. Emerge from the application of these techniques, the interest and the concern of the right at to life and the human dignity, demanding a reconsideration of the human responsibility institute and their respective fields specially the one basis of the patient-doctor relation. The concern, in terms of the assisted human reproduction, with the load of the doctor's civil responsibility that does these procedures, must be analyzed before the law, to assure the patient who looks for these services, wide and unrestricted protection of his rights.

Keywords: Assisted human reproduction. Human being dignity. Civil responsibility of the doctor.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A CIÊNCIA GENÉTICA: SEUS AVANÇOS E SUAS IMPLICAÇÕES PARA O DIREITO	12
2.1 A CIÊNCIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
2.2 O DIREITO À VIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	17
2.3 A CIÊNCIA E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE.....	18
2.4 A CIÊNCIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	20
2.4.1 Declarações de Direitos	22
2.5 ASPECTOS ÉTICOS DOS AVANÇOS BIOTECNOLÓGICOS À LUZ DO DIREITO.....	24
2.6 A BIOÉTICA E O BIODIREITO	28
2.7 A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS AVANÇOS E DESCOBERTAS NO CAMPO DA GENÉTICA	30
3 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA	33
3.1 CONCEITUAÇÃO E CONSIDERAÇÕES SOBRE A INFERTILIDADE E O DIREITO À PROcriação.....	33
3.2 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	38
3.2.1 A Inseminação Artificial	40
3.2.1.1 Inseminação artificial homóloga	40
3.2.1.2 Inseminação homóloga <i>Post Mortem</i>	41
3.2.1.3 Inseminação artificial heteróloga	42
3.2.1.4 Fertilização “ <i>In Vitro</i> ”	42
3.2.2 Outras técnicas de Reprodução Assistida.....	45
3.3 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL : ASPECTOS NORMATIVOS.....	47
4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL	51
4.1 DA AÇÃO OU OMISSÃO	55
4.2 DA CULPA	55
4.3 DANO.....	57
4.4 NEXO DE CAUSALIDADE.....	58
4.5 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL	59

4.6 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA.....	60
5 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO	63
5.1 RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE	64
5.2 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	66
5.3 ERRO MÉDICO	68
5.4 DANO.....	69
5.5 RELAÇÃO DE CAUSALIDADE	69
5.6 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO FRENTE AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	70
6 A INCIDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	74
7 CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS.....	84
ANEXOS	93
ANEXO A – Código de Nuremberg	94
ANEXO B – Resolução CFM nº 1358/92 – Reprodução Assistida.....	97
ANEXO C – Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos.....	102

1 INTRODUÇÃO

Os avanços da pesquisa científica, por incidirem diretamente sobre o ser humano, têm trazido, à reflexão, profissionais dos mais diversos ramos das ciências. Diante da enorme capacidade, que esses mesmos avanços possuem de influenciar de maneira intensa e imediata as relações individuais e, ao mesmo tempo, interpor questionamentos sobre os critérios de valoração humana que a sociedade estatui, vê-se, também, a ciência jurídica, compelida a envolver-se na observação e análise desse contexto.

Um exemplo de atividade, que tem requerido especial atenção por parte do direito é a tecnologia reprodutiva, mais particularmente a Reprodução Humana Assistida, que poucos questionamentos tem gerado enquanto restrita a um enfoque médico, porém, quando transposta para o mundo das relações jurídicas, desencadeia um grande número de dúvidas.

Oportuno se faz registrar, que o objetivo desse trabalho é, inicialmente, desenvolver uma visão global sobre os diversos aspectos da Ética e do Direito desencadeados pelas técnicas de Reprodução Humana Assistida, para, desse modo, obter um panorama dos dilemas que delas se originam. Esse procedimento metodológico deriva do caráter complexo, que envolve o tema e dos efeitos diversos que dele resultam, porque ao Direito cabe a tarefa de proteger os bens que a sociedade considera juridicamente relevantes, no entanto, é necessário, antes, que a própria sociedade reflita e sinalize quais são esses valores.

Num segundo momento, privilegia-se a análise doutrinária a respeito do direito à procriação e juntamente elabora-se pesquisa em relação às técnicas especializadas que normalmente são adotadas para promover medicamente a Reprodução Humana Assistida.

Nessa perspectiva de estudo, elege-se como tópico do universo jurídico a ser discutido dentro da evolução técnica da Reprodução Humana Assistida a responsabilidade do profissional médico que atua como parte na relação contratual desses serviços, visto que esse profissional subordina-se a um conjunto de normas e princípios éticos elaborados por seus órgãos corporativos, além da disciplina do texto constitucional, acrescido da lei infraconstitucional que é o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

De fato, o tema reveste-se de importância, dada a intensificação desses procedimentos no mundo contemporâneo, inclusive em nosso país, onde tal revolução técnica e social não passou despercebida pelo legislador constitucional que a inseriu no texto da Constituição Federal de 1988. Também nas regras do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor se busca fundamento para prevenir e solucionar conflitos decorrentes das técnicas de Reprodução Humana Assistida.

2 A CIÊNCIA GENÉTICA: SEUS AVANÇOS E SUAS IMPLICAÇÕES PARA O DIREITO

A sociedade atual vem se deparando com novos questionamentos resultantes do progresso acelerado da biologia e da medicina, cujas conseqüências são, muitas vezes, inesperadas. Conquistas, outrora utópicas, são hoje realidade no cenário cotidiano. As inovações no campo das técnicas de reprodução humana, bem como o mapeamento do genoma, o prolongamento da vida mediante transplante, as técnicas para alteração de sexo, a clonagem e a engenharia genética descortinaram, como assinala Barboza (2001, p. 2), “um cenário desconhecido e imprevisível, no qual o ser humano é simultaneamente ator e espectador”.

Com destaque na imprensa, as pesquisas e as descobertas biotecnológicas vêm sendo tema de apreciação e debate de profissionais das mais diversas áreas do conhecimento humano passando da antropologia à política, da economia à ética, da medicina ao direito. Porquanto se sabe que os conhecimentos produzidos são capazes de promover transformações significativas e permanentes na relação do homem com a vida.

O bem do indivíduo e da sociedade deve ser visado através de um discernimento conjunto das ocorrências propiciadas pelas investigações científicas a fim de concretizar-se aquilo “que se deve fazer, o que convém tolerar e o que é necessário proibir” (LEPARGNEUR apud GUIMARÃES, 2005, p. 12).

Com a segunda guerra informações ao mesmo tempo preciosas e cruéis foram apresentadas ao mundo através do abuso de seres humanos na experimentação médica, principalmente na Alemanha. Em resposta a essas atrocidades o Código de Nuremberg¹ (Anexo A) registrou o novo conjunto de normas éticas mas, que se estendeu da experimentação médica ao tratamento médico e onde “o respeito ao ser humano tem que prevalecer” (SANTOS, 1998, p. 59). Tornou-se, absolutamente essencial, nos procedimentos e pesquisas científicas que

¹ O Tribunal Internacional de Nuremberg (criado em 1945 pelo Estatuto de Londres), que teve por objetivo julgar os responsáveis das atrocidades do regime nacional-socialista, julgou também alguns pretensos pesquisadores que realizaram cruéis experimentos com indivíduos privados de liberdade nos campos de concentração. Desta instituição jurídica nasceu um importantíssimo documento ético sobre a experimentação humana,, conhecido como “Código de Nuremberg”. (1947) CASABONA, (2004 p. 24).

envolvem a pessoa, o consentimento informado² e voluntário como dispõe o Código de Nuremberg. Essa noção de consentimento na atividade médica é fruto de posições filosóficas relativas a autonomia do ser humano (MUÑOZ; FORTES, 1998, p. 63). Sobre esse aspecto observa-se que o atendimento ao princípio ético do respeito à autonomia da pessoa requer um consentimento livre, esclarecido, renovável e revogável. A pessoa tem o direito moral de ser esclarecido sobre a natureza e os objetivos dos procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos (MUÑOZ; FORTES, 1998, p. 65).

As atuais conquistas da investigação científica propiciaram possibilidades de intervenção na vida do homem, traduzidas pela manipulação do próprio ser e pelo aumento da iniciativa e responsabilidade da pessoa.

Para Barracho (2004, p. 170) a revolução terapêutica, iniciada em 1936, com os antibióticos, juntamente com a revolução biológica, inspiradora do conceito de patologia molecular, acrescidas pela descoberta do código genético deram grande impulso à medicina. E Bernard (apud BARRACHO, 2004, p.170) afirma que tais modificações transformaram o destino do homem ao mesmo tempo em que situaram problemas morais novos e ignorados.

Com o aumento de conhecimento científico e a rápida transmissão do mesmo às comunicações científicas, a revolução biológica propicia ao homem três direcionamentos:

- o do sistema nervoso
- o da hereditariedade
- o da reprodução

Os objetos de estudo de cada um desses direcionamentos podem ser, de forma sucinta, assim descritos.

² Dentre os preceitos formulados destacam-se: a necessidade de consentimento daqueles que serão submetidos ao experimento; o consentimento deve ser dado livremente, por pessoas que estejam em plena capacidade de decisão e às quais devem ser explicadas com absoluta clareza todas as condições do experimento, quais sejam, natureza, duração, objetivos, métodos, riscos, efeitos e inconvenientes. Não se deve optar por experimentos em seres humanos quando houver outros procedimentos compatíveis com os resultados esperados. Os experimentos em seres humanos, quando absolutamente essenciais, devem ser precedidos de experiências com animais, de modo a prover o pesquisador de um razoável conhecimento acerca do problema estudado. Deve-se reduzir ao mínimo os incômodos decorridos do experimento, e este não deve ser conduzido se houver risco razoável de dano grave e permanente. O paciente e o sujeito de pesquisa humana devem ser protegidos por meio de cuidados especiais, sob a responsabilidade do pesquisador, que deve suspender de imediato os procedimentos se houver situação indicadora de risco grave. O sujeito do experimento deve poder retirar-se dele a qualquer momento, por livre decisão. Os riscos devem ser proporcionais aos benefícios para o indivíduo e para a sociedade. (SILVA, 1998, p. 33).

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. A principal questão ética em pesquisas nessa área reside no fato de que para o conhecimento do cérebro é necessário utilizar cérebro humano já que existe grande diferenciação com o cérebro dos outros animais, contudo, a insuficiência de conhecimentos não permite operar nessa área com segurança (GUIMARÃES, 2005, p. 18).

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 (GUIMARÃES, 2005, p.16).

As informações genéticas contidas no genoma permitem detectar alterações contidas nos genes que resultam em doenças, predisposições à patologias graves e provavelmente, mais futuramente, os desvios do comportamento humano. É através da engenharia genética, que os geneticistas obtêm modificações semelhantes às produzidas naturalmente ou diferentes delas. Portanto, é o genoma, “informação: sobre cada indivíduo, sobre sua família biológica e sobre a espécie a que pertence” (CASABONA, 1999, p. 23).

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.

Os fatos e as conseqüências 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.

2.1 A CIÊNCIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

“A ciência não é o valor maior ao qual todos os outros valores devem se subordinar [...] A ciência deve estar inserida em uma ordem de valores” (BEECHER, 1966 apud GOMES, 2001, p. 178).

No contexto de uma nova realidade onde os avanços da biotecnologia alcançam discussões filosóficas, sociais, econômicas e jurídicas, deve, a sociedade, analisar o impacto de tais conquistas sobre o homem e sobre a humanidade como um todo.

A preocupação constante com a evolução vertiginosa do conhecimento científico reaproxima a ética e o conhecimento buscando-se valores morais³. O direito atua permeando essa interação e essa busca, pois, como explica Sá (2000, p. 26) a ele cabe a produção de normas que “acompanhem as transformações sociais em curso” e, para isso, o direito, necessariamente, tem que pensar “a conveniência de estrutura de resposta” com o objetivo de “prevenir e solucionar os conflitos delas decorrentes” e que não tenham amparo na legislação atual.

Na medida em que a tecnologia e a ciência avançam, vêm-se ameaçados direitos tais como, a vida e a liberdade. São esses direitos considerados fundamentais⁴ e inerentes à pessoa humana. Como a experimentação científica recai essencialmente sobre o homem, surge a necessidade de consideração jurídica desses valores, pois são valores humanos fundamentais que requerem tutela em benefício de cada ser humano e toda a humanidade. Questiona-se, portanto, como o Direito deve resguardar o homem contra as possíveis agressões desencadeadas pela manipulação dessa tecnologia.

Coincide com as inovações tecnológicas contemporâneas a discussão doutrinária a respeito do advento dos direitos de quarta geração, apontados por Bobbio (1992, p. 6) como sendo aqueles “referentes aos efeitos cada

³ Por moral entende-se um sistema de normas de conduta que visam regular a ação humana. Do latim *mos, moris* que também significa uso, costume, maneira de viver. (SANTOS, 1998 p. 30).

⁴ Entende que os Direitos Humanos Fundamentais são um conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, cujo principal objetivo é o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade (MORAES, 2000, p. 39).

vez mais traumáticos da pesquisa biológica que permitirá manipulações no patrimônio genético”.

Como as transformações sociais resultantes da experimentação científica “se fazem pelo homem até mesmo em detrimento do próprio homem” (BITTAR, 2004, p. 23), podem, por um lado melhorar as condições de vida dos povos e das nações como também, por outro, infringir os direitos do indivíduo. Vêm-se ameaçados os direitos fundamentais inerentes à pessoa já que os experimentos recaem essencialmente sobre o homem.

Sarlet (1998, p. 52), que em vez de geração opta pelo termo dimensão menciona a tendência de se reconhecer a existência de uma quarta dimensão de direitos que, segundo ele “aguarda consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas”. Sobre o conteúdo dessas chamadas gerações ou dimensões dos direitos fundamentais a doutrina, de forma resumida refere como primeira geração os direitos de liberdade; de segunda, os direitos sociais e econômicos; os direitos ao ambiente e a autodeterminação, aos recursos naturais e ao desenvolvimento como de terceira dimensão; e, como de quarta geração os direitos relativos à bioética, à engenharia genética, à informática e a utilização das tecnologias modernas (LIMA NETO apud DINIZ, 2004, p. 33).

Lima Neto (apud DINIZ, 2004, p.56) assevera que “dentre os possíveis direitos típicos da quarta geração de direitos humanos, estaria o de não ter seu patrimônio genético alterado”. O patrimônio genético que abarca o genoma humano e a informação nele contida foi consagrado patrimônio comum da humanidade pela Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem quando dispõe em seu Art. 1º que:

O genoma humano sustenta a unidade fundamental de todos os membros da família humana, assim como o reconhecimento de sua dignidade intrínseca e de sua diversidade [...] em um sentido simbólico, ele é o patrimônio da humanidade. Lima Neto (apud DINIZ, 2004, p.56)

Ainda sobre o sentido da Declaração, Diedrich (2001, p. 223) acrescenta que a mesma estabelece que os direitos fundamentais do indivíduo e a dignidade humana não podem ser desrespeitados pelas pesquisas e aplicação genética.

2.2 O DIREITO À VIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Ao se mencionar os direitos fundamentais há que lembrar que o respeito à vida é o fundamento de todos os demais direitos humanos pois “constitui-se no pré-requisito à existência e ao exercício dos demais direitos”. (MORAES, 2000, p. 61).

A Constituição Federal Brasileira de 1988, através de seu Art. 5º, “caput”, assegura, a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, o direito à vida⁵. Também, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁶ reza que “o direito à vida é inerente à pessoa humana”. Devendo este direito ser protegido pela lei, sendo que ninguém arbitrariamente possa ser privado de sua vida (Parte III, Art. 6º)⁷

De Cupis (apud PEREIRA, 2005, p. 28) considera que a vida se identifica com a simples existência biológica e que o direito à vida é essencial; tem como objeto um bem muito elevado, sendo um direito essencialíssimo. Para ele, o direito à vida é um direito inato, adquirido no nascimento, sendo, portanto, intransmissível, irrenunciável e indisponível.

O direito à vida é inerente à condição humana muito embora sua origem permaneça um mistério e, se tenha conseguido apenas associar a ele elementos que a produzem, ou saber, que em certas condições, ela se produz, o certo é que sem ela a pessoa humana não existe como tal, razão pela qual é de primordial importância, para a humanidade, o respeito à origem, à conservação e à extinção da vida (DALLARI, 1998, p. 231). É a vida independentemente de crenças religiosas ou convicções filosóficas ou políticas, a vida é um bem ético⁸.

⁵ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (BRASIL, 1988).

⁶ Adotado pela XXI Sessão da Assembléia das Nações Unidas, em 16 de Dezembro de 1966; aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 226, de 12 de Dezembro 1991, e promulgado pelo Decreto 592, de 06 de julho de 1992. (PEREIRA, 2005. p. 28).

⁷ Na lição de Chaves (1982, p. 435) existe um conjunto de normas que podem ser rastreadas em todas as legislações, quando não explícitas, nelas contidas implicitamente e que são tão essenciais que mal se concebem separadas do próprio conceito de civilização e de acatamento à pessoa humana. O respeito à vida e aos demais direitos correlatos, decorre de um dever absoluto, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer.

⁸ o certo é que o bem ético implica sempre medida, ou seja, regras ou normas, postulando um sentido de comportamento, com possibilidade de livre escolha por parte dos obrigados, exatamente pelo

Ao discorrer sobre o direito à vida Souza (1995, p. 213) lembra que deve-se observar que não existe apenas um direito de vida ou seja, o de conservar a vida existente, mas há também um direito à vida, ao seu desdobramento e sua evolução.

Para Canotilho (2000, p. 526), o direito à vida é um direito subjetivo de defesa, pois é indiscutível o direito do indivíduo em afirmar o direito de viver, com a garantia da não agressão ao direito à vida, o que implica também na garantia de uma dimensão protetiva desse direito. O direito à vida, sendo direito primordial do ser humano é denominado, direito condicionante, porque dele dependem os demais direitos. Essa reflexão faz Diniz (2001, p. 22), afirmando que “o direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade”.

Na mesma direção aduz Alarcon (apud TARIFA; FERRARO, 2005, p. 274) quando afirma que o direito à vida constitui-se em um bem jurídico, objeto das relações jurídicas e passíveis da mais ampla proteção, vez que dele decorrem todos os demais direitos inerentes à personalidade.

2.3 A CIÊNCIA E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

São oportunas as lições de Xavier (2004, p. 48) quando leciona sobre novos e velhos paradigmas em Ciências Sociais e lembra que “o direito de personalidade cuidava da proteção da pessoa enquanto um núcleo egoístico de interesses patrimoniais”. Diante desse quadro continua o autor:

[...] quase sempre essa proteção estava relacionada à propriedade. Protegia-se a pessoa, sujeito de direito, para que, conseqüentemente, houvesse a devida capacidade jurídica para a defesa de suas propriedades. (Xavier, 2004, p. 48)

Citando a definição de direitos de personalidade que entendia os direitos de personalidade não como capacidade de ter direitos e obrigações, mas

caráter de *dever ser* e não de necessidade física (*ter que ser*) de seus imperativos (REALE apud BITTAR, 2004, p. 5).

como um “fato natural, um conjunto de atributos inerentes à condição humana”. (DANTAS, 1982, p.192). Xavier (2004, p. 49) lembra que o pensamento já estava “no homem e não nesse atributo especial do homem vivo, que é a capacidade jurídica em outras ocasiões identificada com a personalidade”.

Na lição de França (apud ALMEIDA, 2004, p. 49), direitos de personalidade são as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções.

O mesmo autor tece críticas à falta de critério que existe na classificação dos direitos de personalidade. Tal fato, segundo ele, dificulta o desenvolvimento da matéria na doutrina e legislações. Nessa esteira, ensina Canotilho (2000, p. 231), que os direitos de personalidade abrangem os direitos de Estado os direitos sobre a própria pessoa os direitos distintivos da personalidade e muitos dos direitos de liberdade. Esse direito geral da personalidade é o fundamento de todos os direitos especiais da personalidade, logicamente antecedente e juridicamente preferencial (GOMES, 2001).

No ordenamento jurídico brasileiro tem-se como titular dos direitos de personalidade⁹ a pessoa humana protegida pela Constituição Federal onde esses direitos encontram base e estrutura, porém, restando dispostos especificamente no Código Civil¹⁰

Como afirma DALLARI (1998, p. 231):

Qualquer ação humana que tenha algum reflexo sobre as pessoas e seu ambiente deve implicar o reconhecimento de valores e uma avaliação de como estes poderão ser afetados. O primeiro desses valores é a própria pessoa, com as peculiaridades que são inerentes à sua natureza, inclusive suas necessidades materiais, psíquicas e espirituais. Ignorar essa valoração ao praticar atos que produzam algum efeito sobre a pessoa humana, seja diretamente sobre ela ou através de modificações do meio em que a pessoa existe, é reduzir a

⁹ Direito da personalidade: a idéia dos direitos da personalidade está vinculada ao reconhecimento de valores inerentes à pessoa humana, imprescindíveis ao desenvolvimento de suas potencialidades físicas, psíquicas e morais, tais como a vida, a incolumidade física e psíquica, o próprio corpo, o nome, a imagem, a honra, a privacidade, entre outros [...] pode-se afirmar que a dignidade humana é o objeto, ao final dos direitos da personalidade. (BESSA, 2002).

Os direitos da personalidade foram introduzidos no Novo Código Civil, no Livro I Título I, Capítulo II, nos artigos 11 a 21. (BRASIL, 2004, p. 22).

¹⁰ Código Civil Brasileiro. Capítulo II – DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito de personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. (BRASIL, 2007).

pessoa à condição de coisa, retirando dela sua dignidade. Isto vale tanto para ações de governo, para as atividades que afetem a natureza, para empreendimentos econômicos, para ações individuais ou coletivas, como também para a criação e aplicação de tecnologia ou pra qualquer atividade no campo da ciência.

Essa avaliação referida por Dallari (1998), sustenta a necessidade de considerar-se os direitos de personalidade frente aos avanços da ciência presentes no mundo contemporâneo, onde não é possível ignorá-los, pois sua importância estabelece a defesa do indivíduo e, conseqüentemente, de toda a humanidade.

2.4 A CIÊNCIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os debates acerca dos avanços científicos têm posto ao centro as reflexões dirigidas à justificação e aos riscos das técnicas de reprodução assistida e sua compatibilidade com a dignidade da pessoa humana.

O cenário imprevisível, descortinado pelos recentes progressos no campo da reprodução humana, apresenta à sociedade, questões até então inimagináveis que exigem ponderações acerca da defesa do ser humano, de sua vida e sua dignidade. Tais questões abarcam, sem dúvida alguma, aspectos jurídicos, envolvendo a dignidade da pessoa, posto que “o Direito existe para o homem e o homem é valor” (MEIRELLES, 2001, p. 88). [...] o homem *vale*, tem a excepcional e primacial dignidade de que estamos a falar, porque é. E é inconcebível que um ser humano seja sem valer (MUNIZ apud MEIRELLES, 2001, p. 87).

Esse mesmo respeito é o fundamento que a norma jurídica de um Estado Democrático de Direito deve traduzir, e é o que o faz, no Brasil, a Constituição Federal de 1988, quando já em seu Art. 1º estabelece, in verbis:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I – a soberania;
II – a cidadania;

- III – a **dignidade da pessoa humana**; (grifo nosso)
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

E tendo em vista a supremacia da Constituição sobre o ordenamento jurídico, todo o tecido normativo constitucional no mesmo plano hierárquico, e infraconstitucional, deve conformar-se e condicionar-se aos ditames da Constituição (TEPEDINO, 1999, p. 67).

Todo aquele que diz levar os direitos a sério deve aceitar a “vaga mais poderosa idéia da dignidade humana” (XAVIER, 2004, p. 64). Pois, “a dignidade é um valor intrínseco, originariamente reconhecido a cada ser humano, fundado na sua autonomia ética, tendo como base uma obrigação geral de respeito da pessoa traduzida num elenco de deveres e direitos correlatos”. (BARRACHO, 2000, p. 96).

O princípio da dignidade da pessoa humana inserto no texto que compõe o Art. III da Constituição Federal de 1988 sobreleva de importância a opção feita pelo legislador por contemplar o respeito ao homem buscando “ênfatar o fato de o Estado ter como um de seus objetivos proporcionar todos os meios para que as pessoas possam ser dignas”. (ARAUJO, 2000, p. 102).

Como afirma Sauwen e Hryniewicz (2000 p. 63):

[...] respeitar o outro como um centro de dignidade consiste na difícil tarefa de tratá-lo, efetivamente, como pessoa e não como coisa. Tratar alguém como pessoa significa ser capaz de percebê-la e tratá-la como um valor *sui generis*, que não pode ser avaliado segundo princípios de ordem material ou econômica, a esse respeito diz Kant ‘o que tem preço pode ser também repostado por alguma coisa, a título de equivalência; ao contrário o que é superior a qualquer preço, o que, por conseguinte não admite equivalente é aquele que tem uma dignidade’. A pessoa não tem preço por isso é digna e vice-versa.

Modernamente a importância da pessoa é considerada raiz de valores. Fala-se muito da necessidade do respeito à pessoa humana evocando valores éticos referidos ao indivíduo, cidadão, homem. Por isso, dentro de uma visão antropocêntrica deve-se considerar o homem como “destinatário final da norma, base mesma do direito, revelando assim, critério essencial para conferir legitimidade a toda ordem jurídica”. (FAGUNDES, 2001, p. 271).

Após a segunda Guerra Mundial, o mundo produziu declarações e pactos para o reconhecimento e condenação veementes de práticas atentatórias à dignidade da pessoa humana.

2.4.1 Declarações de Direitos

O Código de Nuremberg – 1947, tratou da relação ser humano e pesquisador, evidenciando a necessidade do consentimento voluntário e conhecimento do assunto por parte daquele e a respeito deste. (DIEDRICH, 2001, p. 217)

Declaração de Helsinki V – Envolvendo a relação ser humano e médico pesquisador. Novamente prevaleceram os interesses do indivíduo sobre os da ciência e da sociedade, mesmo em pesquisa médica não terapêutica. (DIEDRICH, 2001, p. 218).

Declaração Universal dos Direitos do Homem - Que em seu artigo 1º diz: “Todos os homens nascem livres e iguais e dignidade e direito. São dotados de razão e consciência e devem agir uns em relação aos outros com espírito de fraternidade”. (SANTOS, 1998, p. 281).

Relatório de Belmonte – Publicado em 1978 considerou relevantes os princípios básicos de respeito às pessoas, beneficência e justiça. Foi estabelecido o uso sistemático de princípios na abordagem de dilemas bioéticos. (DIEDRICH, 2001, p. 219).

Declaração de Valência – sobre ética e projeto genoma humano (1990) Declarada no momento em que se iniciava o projeto, evidencia a preocupação com o respeito a variedade humana e a genética humana. (DIEDRICH, 2001, p. 220).

Declaração de Bilbao – Coloca de maneira sucinta e coerente a relação do direito com avanço científico, mais especificamente com a utilização do conhecimento genético. (DIEDRICH, 2001, p. 220).

Convênio do Conselho da Europa para a Proteção dos Direitos Humanos e a Dignidade do ser Humano em Relação às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convênio sobre direitos humanos e biomedicina – 1997. Nele ficou

proibida qualquer discriminação da pessoa em razão de sua “genetic heritage”. (Art. 11), sendo que intervenções foram aceitas apenas para finalidades terapêuticas de prevenção ou de diagnóstico desde que não modifiquem o genoma de qualquer descendente (Art. 13). (DIEDRICH, 2001. p. 221).

Declaração Universal sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos da Unesco – 1997. Reconhece que genoma humano está relacionado à dignidade humana, sendo o mesmo, por um lado a base dessa dignidade (Art.1º) e, por outro lado, não podendo ser desrespeitada em razão das características desse genoma uma vez que essa mesma dignidade determina que os indivíduos não podem ser reduzidos a suas características genéticas (Arts. 2º e 6º). No mesmo sentido essa dignidade não pode ser desrespeitada pela pesquisa e aplicação genéticas. (DIEDRICH, 2001. p. 222).

Declaração Bioética de Gijon - 2000 Proclama em seu Art. 11 que a investigação e a experimentação em seres humanos devem ser realizadas harmonizando a liberdade da ciência e o respeito à dignidade humana com prévia aprovação por parte dos comitês éticos independentes. E ainda que os sujeitos das experiências deverão outorgar seu consentimento livre e plenamente informado. (GOMES; SORDI, 2001, p. 180).

Apesar da ampla afirmação sobre o respeito à dignidade da pessoa humana, Tarifa e Ferraro (2005, p. 281) lembram que:

A não observância dos direitos fundamentais demonstra a distância entre as hipóteses previstas documentalmente e a realidade da sociedade. O desprezo à vida sob a suas mais variadas formas, mostra que os compromissos firmados ao redor do mundo, destinado a albergar todos os seres humanos, sem exceção, nem sempre são cumpridos.

Sob a justificativa de propiciar uma vida melhor, não podem os avanços da ciência ir além dos limites impostos pelo Princípio Fundamental da Dignidade da pessoa humana afirma Fagundes Junior (1998, p. 268). Sendo defeso que e em nome de promessas de melhoria da qualidade de vida, se pratiquem atentados contra a existência, as liberdades individuais e a inviolabilidade da pessoa humana.

Assim, o direito, frente a essas questões biotecnológicas assume a tarefa de “pontificar leis” e “aperfeiçoar institutos, como a responsabilidade”, (FAGUNDES JUNIOR, 1998, p.272), que abranjam esses avanços na tentativa de proteger, de forma integral, o ser humano na realização na realização de suas liberdades e na afirmação de sua dignidade.

2.5 ASPECTOS ÉTICOS DOS AVANÇOS BIOTECNOLÓGICOS À LUZ DO DIREITO

O novo horizonte jurídico resultante do desenfreado desenvolvimento científico abre-se à reflexão não só dos doutrinadores do direito como também à sociedade como um todo. Sociedade esta que, mesmo de uma forma desigual, amplia o acesso ao conhecimento e permite uma conscientização sobre toda essa produção tecnológica e científica.

Temas como a reprodução assistida, manipulação genética, genoma humano, clonagem, transplante de órgãos, eutanásia, esterilização, aborto, órgãos artificiais, cirurgias intra-uterinas e outros ainda, como a relação médico - paciente e a regulamentação sobre pesquisas com seres humanos são assuntos da moderna ciência biomédica que despertam a preocupação da humanidade em torno de valores incondicionais, ou seja, o próprio homem.

Dessa forma, os aspectos éticos, que em razão de todo esse desenvolvimento científico são suscitados, merecem reflexão constante. Por um lado tem-se a pesquisa científica, a ciência, a tecnologia amparadas no direito à liberdade, liberdade de saber, de informar, de agir liberdade que não deve sofrer limitações. De outro, a indagação da compatibilidade moral desses avanços com a pessoa humana já que é no âmbito social que essas pesquisas são realizadas e é a sociedade como um todo o seu destinatário. Mesmo afirmando sua neutralidade, a ciência provoca impacto e repercute, inevitavelmente, sobre as idéias e comportamentos dessa mesma sociedade (GARCIA, 2004, p. 245).

Sobretudo após a segunda Guerra Mundial a preocupação com a ética¹¹ tem sido uma constante na tentativa de estabelecer uma relação adequada

¹¹ A palavra ética, de origem grega *ethos*, significa lugar onde se habita, morada ou residência, designa o lugar privilegiado que tem o homem e que o distingue e qualifica, vista também na

entre meios e fins dos avanços científicos numa tentativa de coibir abusos praticados em nome da ciência.

No desafio de enfrentamento dos aspectos éticos das atuais inovações encontra-se o ponto crucial que seria “saber quanto, ou quais aspectos, do que é viável deveria ser permitido executar” (JANSEN, 1999, p. 3).

Referindo-se à questão ética nos procedimentos científicos, Garcia (2004, p. 245) registra que através dos séculos criaram-se mecanismos de regulação da conduta humana para tornar viável a convivência social. O primeiro deles representado pela moral: conjunto de regras de comportamento consideradas válidas por determinada sociedade, em determinado período de sua história. O segundo: o Direito, jurisdicizando específicas normas morais junto às demais normas e impondo sanções ao seu descumprimento.

Para Conti (2004, p. 3), sendo a ética o estudo do comportamento do homem em sociedade é o combustível que abastece a sobrevivência humana no planeta, com o senso de dignidade e da responsabilidade de uns para com os outros e possui:

- a) Consciência individual, que redundando na moral, que é um conjunto de idéias ou princípios que nos leva a fazer o bem e evitar o mal;
- b) Consciência coletiva, que redundando no direito.

Como bem assinala Bittar (2004, p. 3) é na balança ética que se devem pesar as diferenças de comportamentos, para medir-lhes a utilidade, a finalidade, o direcionamento, as conseqüências, os mecanismos, os frutos. E acrescenta que “se há que se especular em ética sobre alguma coisa, essa alguma coisa” é a ação humana”. É a ação humana o objeto de estudo da ética que engloba em suas pretensões de estudo também as normas morais.

Quanto à moral trata-se de conteúdo da especulação ética, do conjunto de hábitos e prescrições de uma sociedade. (NALINI, 1999, p. 73 apud BITTAR, 2004, p. 26). Ensina Cardoso (1995) baseando-se nos ensinamentos do filósofo iluminista alemão Thomasius; que a mesma se passa no foro íntimo do ser

acepção de modo de ser caráter, hábito, representa os princípios e também na acepção de modo de ser, caráter, hábito, representa os princípios e também os modos, as opções escolhidas que conduzem o ser ante os dilemas. Esta última acepção vincula-se à moral (do latim *mos, moris* - uso costume, maneira de viver), possibilitando conceituar a ética em sentido estrito como a ciência do dever moral; serve, pois, de orientação, fim inerente ao comportamento e no que tange à ciência biomédica diz respeito à quantidade e qualidade da vida. (SANTOS, 1992, p. 232; 1998 p. 30).

humano, do sujeito, e além de ser subjetiva, é unilateral, não é coercitiva em termos jurídicos, pois, a única possibilidade de sanção punitiva, em vista de um dever moral descumprido, só pode existir no plano íntimo, como sentimento de penitência, imposta pelo próprio infrator a si mesmo.

O que seja padrão de conduta aceitável e inaceitável só pode ser definido depois do convívio histórico, regras orientativas e disciplinadoras necessariamente decorrem da abstração das experiências e vivências sociais (BITTAR, 2004, p. 24).

A primeira advertência formal sobre os riscos inerentes ao progresso científico e tecnológico foi feita, segundo Dallari (1998, p.233) pela ONU em 10 de dezembro de 1975, ao proclamar a Declaração Sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade, em que reconhece-se que o progresso científico e tecnológico, ao mesmo tempo em que cria possibilidades cada vez maiores de melhorar as condições de vida dos povos e das nações, pode também, com freqüência, desencadear problemas sociais, bem como ameaçar os direitos humanos e as liberdades fundamentais do indivíduo.

Na mesma declaração, o Art. 6º afirma Dallari (1998, p. 233) com expressivo tom de advertência, alerta que:

Todos os Estados adotarão medidas tendentes a estender a todos os estratos da população os benefícios da ciência e da tecnologia e a protegê-los, tanto nos aspectos sociais quanto materiais, das possíveis conseqüências negativas do uso indevido do progresso científico e tecnológico, inclusive sua utilização indevida para infringir os direitos do indivíduo ou do grupo em particular relativamente ao respeito à vida privada e à proteção da pessoa humana e de sua integridade física e intelectual.

Em resposta a essas preocupações surgiu a bioética “visando mediar o complexo relacionamento entre a ciência e a ética e resguardar a dignidade humana e qualidade de vida”. (FIORILLO; DIAFERIA, 1999, p. 76).

O neologismo Bioética, derivado das palavras gregas *bios* (vida) *ethike* (ética) apareceu inicialmente no título da obra de Van Rensselaer Potter (Bioethics: bridge to the future), em 1971, referindo-se a uma nova disciplina que deveria permitir a passagem para uma melhor qualidade de vida (FROSINI apud MEIRELLES, 2001, p. 85), porém o assunto já era discutido desde 1907 com o

movimento eugênico que culminou na criação de sociedades com a finalidade de discutir a questão conforme aborda Barboza (2000, p. 209).

Passando a ser difundida muito rapidamente, a expressão “bioética” adquiriu significado específico e científico de uma “nova dimensão da pesquisa no campo dos estudos acadêmicos”, surgindo, em menos de uma década, como disciplina autônoma (FROSINI apud MEIRELLES, 2001, p. 86). Tamanha divulgação e importância resulta da incessante necessidade de sustentáculo reflexivo e dialógico que se deve dar as novas formas de organização da vida e de convivência com as novidades tecnológicas (BITTAR, 2004, p.113).

São também oportunas as lições de Diniz (2001, p. 12), quando afirma que a bioética seria, em sentido amplo, uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde, ocupando-se não só dos problemas éticos provocados pelas tecnociências biomédicas como também dos decorrentes da degradação do meio ambiente, da destruição do equilíbrio ecológico e do uso de armas químicas.

O surgimento das éticas aplicadas entre as quais está a ética da saúde conhecida como bioética, responde a duas necessidades: primeiramente diminui a distância entre ética e conhecimento e em segundo, a procura de instrumentos para recolocar questões pertinentes à relação entre a ciência e valor, ou seja, acerca do significado e alcance do progresso científico. (SILVA, 1998, p. 32).

A bioética ou ética da vida tem lugar de destaque porque ocupa-se de questões que envolvem a manutenção da vida dos seres humanos. E, sendo a vida o primeiro de todos os direitos, a bioética enraíza-se profundamente no solo dos direitos humanos. (SILVA, 1998, p. 35).

Estamos reportando à disciplina que “examina e discute os aspectos éticos relacionados com o desenvolvimento e as aplicações da biologia e da medicina, indicando os caminhos e os modos de se respeitar o valor da pessoa humana”, assinala Amaral (apud LEITE, 1995, p. 100).

Em sentido estrito “Bioética é a ciência do dever moral”. (SANTOS, 1993, p. 93). “É o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, na medida em que esta conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais”. (SANTOS, 1993, p. 38).

Beneficência, autonomia e justiça são os princípios que norteiam a bioética, fornecendo a orientação para o enfrentamento de situações concretas e

que segundo Sgreccia (1996, p. 167), têm sentido e validade definida por uma conexão hierárquica cujo vértice corresponde ao princípio da beneficência.

Existem questões essencialmente jurídicas, cuja solução não é possível limitar no âmbito da consciência moral de cada um, pois ultrapassam a esfera individual, dizendo respeito a relações intersubjetivas e à coletividade que é o que ocorre com as técnicas de reprodução humana assistida e tantos outros assuntos conexos. (MEIRELLES, 2001, p. 90).

O papel do Direito, nesse contexto é requisitado (LEITE, 2001, p. 106).

- A bioética pode, entretanto convidar, convocar, estimular e ajudar os bons espíritos a discutir essas matérias.
- E qual é o papel reservado ao Direito?
- É legítima a criação de normas específicas para regular estas matérias?
- Alguns invocam leis para justificar suas práticas biomédicas, para evitar demandas judiciais e eliminar interpretações comprometedoras. Outros pedem leis para coibir certas práticas consideradas excessivas ou socialmente inaceitáveis. Fala-se freqüentemente de vazio jurídico, como se tratasse de uma catástrofe. Com efeito, sem lei, nada esta fora da lei e tudo é possível.
- Por que seriam necessárias leis sobre estas matérias?

Sabe-se, portanto, pautado nessas idéias, que a lei é sempre invocada não apenas porque serve de “meio” frente as finalidades que são os valores, porém, acima disso, porque a lei é “expressão inquestionável de segurança, de limites. A lei atua como forma de organização da conduta promovendo o respeito e a manutenção dos valores dominantes na sociedade e que serve de base à civilização. (LEITE, 2001, p. 107).

2.6 A BIOÉTICA E O BIODIREITO

Face aos notáveis progressos no campo científico e as interferências que os mesmos promovem nos diferentes ramos do conhecimento humano, uma série de reflexos e questionamentos se fazem presentes. Há então, a necessidade de “repensar o pensado”, como menciona Reale (apud DALLARI, 1998, p. 233).

Essa realidade contextual afirma a necessidade do desabrochar de novas perspectivas teóricas e jurídicas, técnico-jurídicas e ético-jurídicas, provocando a conjugação de estudos e atitudes dialogadas no sentido da renovação dos conhecimentos para que se possa fazer frente as inovações advindas do empenho humano. (DINIZ, 2001a, p. 32).

Lembra Bittar (2004, p. 110) que encontra-se diante uma realidade em que os instrumentos jurídicos tradicionais não comportam respostas satisfatórias e adequadas para as necessidades contemporâneas e acrescenta ainda, que da mesma forma que a sociedade requer avanços técnicos e científicos, assim também o direito deve acompanhar essas premências, resguardando o homem contra as possíveis lesões causadas pela manipulação da tecnologia¹².

Devido aos efeitos trazidos pela biotecnologia ao campo jurídico, a cada dia com maior intensidade, desencadeou-se o nascedouro do biodireito que, enquanto disciplina jurídica, nasce no seio da Bioética em um processo de juridicização de procedimentos e processos bioéticos no campo das biociências. (XAVIER, 2004, p. 55). Sendo estritamente conexo à Bioética, ocupa-se da formulação das regras jurídicas em relação à problemática emergente do progresso técnico-científico da biomedicina. (BARRACHO, 2004, p. 194). Sua finalidade é a de fixar normas coercitivas que delimitem as atuações biotecnológicas no sentido de ver respeitada a dignidade, a identidade e a vida ao ser humano. (MEIRELLES, 2001, p. 90).

¹² o texto merece apontamento porque faz uma boa síntese relacionando situações decorrentes dos avanços tecnológicos dispondo que esses ocorrem:

- 1-Seja a partir da intervenção da tecnologia e dos avanços técnico-científicos sobre a responsabilidade civil, criando-se a necessidade de inversão de ônus da prova seguro obrigatório de responsabilidade, culpa objetiva, presunção de culpa e outras técnicas.
- 2-Seja a partir da criação de novas formas de intervenção e lesão dos direitos do autor-criador, com a divulgação massiva e longa distância da imagem de pessoas, da criação de divulgação não autorizada.
- 3-Seja a partir da manipulação de técnicas científicas avançadas de exploração de energia atômica, gerando-se um risco constante à sociedade e às comunidades pelo vazamento, pelo uso e pelo transporte de resíduos de exploração dessas energias.
- 4-Seja a partir dos desafios oriundos da transnacionalidade de delitos perpetrados pelos meios avançados de comunicação à distância, sempre à exposição de hackers, como é o caso da internet.
- 5-Seja a partir dos avanços dos estudos e técnicas de caráter biológico, médico, químico, bioquímico e suas formas de intervenção sobre o organismo humano e a vida, suas formas de propagação etc... Discussões desse vulto são as condizentes com a inseminação *in vitro*, a reprodução assistida, a eutanásia, a ortotanásia, a clonagem humana, a manipulação de cadeias de cromossomos, a escolha de sexo e características biológicas de seres humanos.

Contudo, o objeto do biodireito “é matéria complexa, heterogênea e que confronta normas existentes que na maioria das vezes lhe são estranhas”. E sua base principiológica encontra-se “nos princípios gerais de direito que compreendem os valores primordiais de nossa sociedade, traduzindo, em sua maioria, direitos fundamentais do homem”. (BARBOZA, 2003, p. 73).

O desafio para o biodireito é atuar entre dois pólos. Ao mesmo tempo em que deve avaliar os usos da moderna tecnologia (incluindo-se as técnicas de Reprodução Assistida), além do benefício que essa evolução acrescenta à sociedade, deve também prevenir para que a tecnologia não atue cruelmente nas relações humanas. Assevera-se, portanto, que o papel do biodireito, no sistema jurídico, deve ser cauteloso, na medida em que não pode servir de empecilho para a ciência e seus avanços, pois não haveria como progredir; todavia, é preciso que ele cumpra seu papel regulamentador usando de equilíbrio e prudência e sempre almejando o respeito pela dignidade da pessoa humana.

2.7 A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS AVANÇOS E DESCOBERTAS NO CAMPO DA GENÉTICA

Na sociedade moderna, a dependência da ciência e da tecnologia é cada vez maior. O progresso científico não deve ser cerceado, mas é indispensável que ele aconteça observando-se os valores maiores para a sociedade como é a dignidade da pessoa humana. Diante da verdadeira revolução em que novas técnicas e procedimentos da biotecnologia são incorporados à rotina da sociedade contemporânea, essa se dá conta da realidade dos riscos a que fica sujeita.

Ao mesmo tempo em que e o progresso humano “permite a invenção da novidade, o aumento de conhecimento e o alargamento das possibilidades de um bem estar maior”, trazem “o risco do imponderável, da agressão à natureza e à própria espécie humana”, escreve Coan (2001, p. 247). E acrescenta que o “perigo da produção de novidades sem nenhum tipo de refreamento consiste na possibilidade de serem violados valores humanos fundamentais”. (Coan, 2001, p. 247).

Entre outros temas que causam polêmica, a reprodução humana assistida ou procriação artificial é a causadora de um grande questionamento no plano ético-jurídico.

Salientam alguns doutrinadores a exigência de uma discussão séria no sentido de se evitar que princípios norteadores do direito sejam desrespeitados ou desvirtuados e apontam, entre esses, cinco direitos “fundamentais que delimitam qualquer investigação científica: o direito à vida; o direito à dignidade humana; o direito à intimidade; o direito a igualdade e a não discriminação; o direito à liberdade. (GOMES; SORDI, 2001, p. 170).

Ensina Barboza (2001, p. 3) que:

Este momento de configuração de um direito voltado para os problemas bioéticos e que deve atender princípios próprios e diferenciadores, coincide com o reestruturar das normas jurídicas, notadamente no âmbito tradicionalmente denominado privado, no qual, dentro do natural desenrolar do processo histórico, o ser humano passa a ser a razão e o fim último e único do ordenamento jurídico. Neste processo gradual e que encontra ainda resistências, a proteção do indivíduo, nos moldes liberais, e que, em verdade, privilegia o patrimônio como bem fundamental, cede lugar a valores maiores, como a dignidade humana, que assume o papel de eixo central que deve equilibrar todo turbilhonamento pelo qual passa o direito.

Essa mudança de paradigma impôs a revisão de todas as categorias jurídicas que, necessariamente precisam ajustar-se aos novos princípios constitutivos, um “reexame tornou-se indispensável na medida em que as mesmas se tornaram insuficientes diante dos novos fenômenos”. (BARBOZA, 2001, p. 3). O Direito Civil foi o mais atingido por essa mudança posto que abarca os denominados “fenômenos da vida”.

Ao se analisar as regulamentações jurídicas quanto ao aspecto da reprodução assistida verifica-se que a maioria dos países tem recorrido às:

[...] regulamentações alternativas que hoje são de quatro naturezas: a) Os Códigos de deontologia profissional; b) Os regulamentos que se impõem certas associações; c) As regras de conduta baixadas por certas instituições particulares; d) As orientações dos comitês de ética. (LEITE, 2001, p. 110).

As quais representam alternativas de uma legislação estrita que são ineficazes, destituídas de qualquer cogência facilmente contornáveis, destituídas de juridicidade já que não abrem espaços a reais recursos perante a ordem jurídica, afirma Leite (2001, p.110). Pois, “as regras oriundas das associações, das instituições ou dos comitês de ética, têm campo de ação restrito ao órgão emissor da norma”, “não tem o aval do poder legislativo, logo, o seu campo de ação já nasce limitado”.

A respeito da insuficiência de normatização suscitada pelo avanço do conhecimento científico e suas aplicações tecnológicas discorre também Barreto (2001, p. 63), para quem é no campo da responsabilidade da pessoa humana em virtude de sua ação, omissão ou por fato natural que se deve buscar o caminho para solucionar essas questões.

No Brasil, conforme os ensinamentos de Barboza (2001, p. 6), verifica-se, que “a abordagem dos fenômenos bioéticos tem sido feita do modo “setorial”, estudando-se separadamente os efeitos jurídicos: da reprodução humana assistida; das análises de DNA; dos transplantes de órgãos e tecidos” e demais assuntos com suas interferências no homem e no meio ambiente. As soluções jurídicas dos fatos decorrentes dos fatos que envolvem a biotecnologia têm sido encaminhadas na busca por um objetivo comum, atento aos valores de preservação da dignidade e da vida humana.

3 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA

3.1 CONCEITUAÇÃO E CONSIDERAÇÕES SOBRE A INFERTILIDADE E O DIREITO À PROCRIAÇÃO

A Reprodução Humana Assistida é temática de grande atualidade e apresenta certas peculiaridades que somente uma visão multidisciplinar pode abarcar, pois, na sociedade contemporânea, é inserida por meio de procedimentos médicos e científicos, além de fatores sócio-culturais apresentando problemas desafiadores no domínio da ética e do direito. De fato, afirmam os doutrinadores que o progresso científico e técnico no campo da procriação humana traduz-se na mais profunda mudança para o direito já que traz consigo alterações nos institutos da paternidade, da maternidade, da própria concepção de família além da relativização do conceito de personalidade.

As tecnologias em Reprodução Assistida empregam-se no contexto dos cuidados relativos à infertilidade que, segundo a Organização Mundial da Saúde, é a ausência de concepção depois de pelo menos dois anos de relações sexuais não protegidas. Para a referida Organização, os fatores de infertilidade podem ser absolutos ou relativos, originando esterilidade ou hipofertilidade respectivamente. A esterilidade está relacionada à situações irreversíveis nas quais a concepção só será possível por meio de técnicas de Reprodução Assistida. Na hipofertilidade, a concepção não ocorre devido a causas inexplicadas, porém, em alguns casos, pode realizar-se por práticas terapêuticas tradicionais.

Também nas palavras dos médicos Nakamura e Pompeo (apud LEITE, 1995, p. 30), chama-se de infertilidade, a incapacidade, quer por causas orgânicas ou funcionais, atuando no fenômeno da fecundação, de produzir descendência.

Como causas da infertilidade¹³ são citadas doenças de causas gerais, anomalias congênitas, disfunções endócrinas e patologias do aparelho

¹³ A infertilidade é a incapacidade, de um ou dos dois cônjuges, de gerar gravidez por um período conjugal de, no mínimo, dois anos, sem o uso de contraceptivos e com vida sexual normal, quer por causas funcionais ou orgânicas. A esterilidade acontece quando os recursos terapêuticos

genital. No caso das mulheres, a infertilidade tem como causa mais freqüente aquelas de origem endócrina que, pode atingir tanto os órgãos específicos do aparelho reprodutor, como outras glândulas de secreção interna.

Enfocando as causas de infertilidade masculina Alvarenga (2004, p. 230) relaciona aquelas que derivam de problemas nos testículos, problemas no eixo hipotálamo-hipofisário, problemas no transporte do espermatozóide e outras causas.

Os casais inférteis têm nas modernas técnicas de Reprodução Assistida uma esperança contra a angústia naturalmente vivenciada por aqueles que são atingidos pela esterilidade.

Os conhecimentos científicos, no campo da Reprodução Humana Assistida, desenvolveram-se com uma velocidade extremamente rápida, já que há pouco mais de vinte anos é que os novos avanços tecnológicos aumentaram sensivelmente as possibilidades que tratam da infertilidade humana¹⁴.

Sob a designação de Reprodução Assistida, entendem-se os procedimentos que auxiliam os casais inférteis a terem a possibilidade real de gerarem seus próprios filhos. Esses procedimentos têm lugar a partir de comprovada impossibilidade biológica ou física dos casais para procriarem pelo sistema de união sexual, devido a existência de anomalias e após esgotarem-se os tratamentos terapêuticos¹⁵. Concebendo a procriação ou reprodução assistida como uma terapia

disponíveis não proporcionam cura. Dez a vinte por cento dos casais no mundo inteiro são acometidos por infertilidade conjugal. A esse número podem-se acrescentar mais dez por cento de casais que têm que se contentar com um número menor de filhos do que o desejado. (ALVARENGA, 2004, p. 229).

¹⁴ Sauwen e Hryniewicz (2000, p. 90) citando o médico Milton Nakamura (responsável pela primeira fertilização *in vitro* com êxito no Brasil), relacionam três etapas que ocorreram até chegar ao atual estágio de técnicas de Reprodução Assistida:

1^a Fase – Em meados do século XVIII, L. Jacobi fez tentativas de inseminação em peixes; em 1755, o biólogo italiano Lazzaro Spallanzani obteve resultados positivos na fecundação de mamíferos. Em 1799, o médico e biólogo inglês John Hunter obteve êxito na fecundação por Inseminação Assistida em seres humanos. Em meados do século passado o médico francês Girault, de 30 tentativas em seres humanos, teve sucesso em 9 delas. O Dr. Marion Sims também teve sucesso em 6 casos nos EUA. Em 1984, o médico inglês Pancoast fez a primeira inseminação heteróloga, isto é, com esperma de um doador que não o marido. EM 1890, o Dr. Dickinson já fazia emprego em larga escala das técnicas da Inseminação Assistida.

2^a Fase – Em 1953, os genetecistas ingleses James B. Watson e Francis H. C. Crick descobriram a estrutura hélice do DNA. Essa descoberta deu origem á Genética Molecular e é considerada o marco inicial da Engenharia Genética.

3^a Fase – Em 1978, na Inglaterra, nasceu Louise Brown, o primeiro “bebê de proveta”. O nascimento de Louise, significou o pleno êxito da fertilização assistida também conhecida como Fertilização “*in vitro*” (FIV).

¹⁵ Essas técnicas de Reprodução Assistida têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação, quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes para a solução da situação atual de infertilidade (Res. nº1358/92 do C.F.M, art.1º, Seção I),

da infertilidade, há, primeiramente, a necessidade de analisar o fato da infertilidade ser considerada uma doença.

Para Petraco, Baladotti e Arent (2004, p. 2), o argumento “infertilidade não é uma doença e, portanto, não precisa ser tratada” é contestado pela própria definição de saúde, em que não se considera apenas a ausência de doença, mas também o bem estar físico, mental e social. Para o casal sem filhos o problema da infertilidade é causa de infelicidade pessoal e conjugal, de pressões familiares e sociais, bem como, causa também de ansiedade, angústia, depressão, baixa da auto-estima, além de outros sintomas emocionais.

A esterilidade não é uma doença, no sentido clássico do termo, é antes de tudo, um estado “que coloca o casal na impossibilidade de realizar o desejo fundamental que o habita: fazer uma criança tornar-se pai e assim se inserir na cadeia de gerações”. (LEITE, 1995, p. 111).

Um segundo problema que surge na consideração da Reprodução Assistida como terapia da infertilidade é o reconhecimento da existência do direito à procriação, discutido pela da manifestação do primordial direito à liberdade pessoal. Em relação a esse direito questiona-se:

[...] se existe ou não, e em que medida, o direito de ter um filho, ou melhor, poder-se-ia negar em cada ser este direito fundamenta como expectativa tanto natural quanto essencial? Certamente que não. Este direito incontestável é absoluto? Se há verdadeiramente um direito absoluto à criança, isto quer dizer que todos os meios são possíveis para ter um filho. (LEITE, 1995, p. 110).

Questiona-se, ainda, que “se existe esse direito e nem a lei civil, nem a religiosa o negam a sociedade tem o dever de ajudar os casais que se chocam contra o obstáculo da esterilidade, a superar esta barreira”. (LEITE, 1995, p. 110).

Entretanto, “do direito dos pais decorre, necessariamente o direito da criança” cuida-se, pois, de refletir que o interesse da criança não deve ser subestimado, pois, há consenso em admitir que a mesma deve se desenvolver em ambiente familiar com um pai e uma mãe. (LEITE, 1995, p.110).

devolvendo ao homem e à mulher o direito à descendência. Seria justo negar-lhes esse direito, fazendo com que se resignem com sua sorte? (DINIZ, 2001, p. 553).

Neste ponto é esclarecedor lembrar o conteúdo das conclusões do Relatório de Warnock apud Aguiar (2005, p. 148) que mesmo admitindo o direito de homens e mulheres solteiros recorrerem à reprodução artificial, conclui que “é preferível, para as crianças, nascerem em uma família composta de dois pais, o pai e a mãe, mesmo admitindo ser impossível prever com certeza a duração desta relação”. O direito à procriação delegada aos pais, seria então uma premissa à vida digna dos filhos, e a autonomia da vontade dos pais estaria limitada pela função social que a paternidade responsável deve exercer. (QUEIROZ, 2006, p. 7).

Sobre esses limites esclarece BARBOZA (2004, p.159):

A corrente que afirma ser duvidosa a existência de um direito à procriação enfatiza que, a ser admitido tal direito não poderá ser absoluto, estando sempre limitado pelos direitos da criança por nascer, fundamentalmente por seu direito à dignidade e à formação de sua personalidade no seio de uma família com dupla imagem de genitores, paterna e materna, pois se este direito às vezes é contrariado pelas vicissitudes da existência, não deve ser desconhecida voluntariamente por uma escolha deliberada.

A formulação da idéia de direitos reprodutivos¹⁶ foi pela primeira vez reconhecida na Conferencia Mundial Sobre População e Desenvolvimento (1994) e confirmada na Conferência Internacional de Beijing (1995), onde se afirma que:

Os direitos reprodutivos incluem certos direitos humanos que já estão reconhecidos nas leis nacionais, nos documentos internacionais sobre direitos humanos e outros pertinentes das Nações Unidas aprovados por consenso”. Na mesma conferência destaca-se que “a promoção do exercício responsável desses direitos de todos deve ser a base principal das políticas e problemas estatais e comunitários na esfera da saúde reprodutiva, incluindo o planejamento familiar. Conferência Internacional de Beijing (1995)

A ONU, em 1968, reconheceu o direito ao planejamento familiar responsável como um direito humano básico, reconhecido também pela Constituição

¹⁶Como todo direito impõe obrigações, que constituem seus limites, no exercício dos direitos reprodutivos os casais e os indivíduos devem considerar as necessidades de seus filhos nascidos e por nascer, bem como seus deveres para com a comunidade. Logo, os direitos reprodutivos não são absolutos, pois os direitos da prole e o bem comum impõem seus limites. Por isso não se pode falar de uma liberdade procriadora exercida de qualquer maneira, mas de uma liberdade responsável. Há liberdade para criar a vida, mas não para destruí-la, harmonizando o direito à vida e o direito à liberdade do casal de planejar a família. (DINIZ, 2001, p. 151).

em seu Art. 226, § 7º, sempre baseado no princípio do respeito à dignidade da pessoa humana e paternidade responsável.

O direito à concepção e à descendência elencados na Constituição Federal, nos Art. 5º, L, 7º, XVIII, XIX e XXV, 208, IV e 226, § 7 e no C.C., Arts. 1565, § 2º - Lei 9263/96 exercido por via de ato sexual ou fertilização assistida em caso de infertilidade conforme a resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1358/92, nos princípios gerais, item 2, que dispõe: o casal estéril tem direito à filiação por meio de reprodução assistida desde que isso “não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente”.¹⁷

Contudo, deve-se registrar que, nas principais Declarações de Direitos Humanos, nenhuma referência explícita é feita sobre o direito à procriação, unicamente é formulado o direito à constituição de família, já que sob o ponto de vista legal e cultural, a procriação sempre esteve ligada à idéia de família, pois é nelas que os filhos nascem e através deles as famílias se perpetuam. É na família que se estabelecem as relações jurídicas mais fundamentais do ser humano. Portanto, exercer o direito à liberdade no que tange a procriação, permite fazer ou não fazer, agir ou não agir. Daí falar-se em liberdade positiva e em liberdade negativa no que toca ao direito à procriação. Cuidar do direito à procriação é discorrer sobre o mesmo mecanismo de perpetuação digna da espécie humana e seu significado jurídico, para encontrar os seus fundamentos na vida em família e no exercício ao direito de liberdade. (MORI apud QUEIROZ, 2006, p. 57).

¹⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XVIII – Licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias. XIX – Licença-paternidade, nos termos fixados em lei. XXV – Assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escola.

Art. 208 – O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: IV – educação infantil em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade.

Art. 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. - § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Código Civil – Art. 1565 – Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. § 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. (PINTO; WINDT; SESPEDES, 2007, p. 10).

Mesmo diante de grandes dificuldades e intercorrências do processo de reprodução artificial as estatísticas revelam um aumento constante do número de casais inférteis que procuram por estas técnicas.

Ao mesmo tempo em que esta evolução propiciou a casais inférteis a possibilidade de procriar, de outro a interferência no mundo jurídico revelou a necessidade de reais avaliações para a solução de conflitos derivados de tais progressos.

3.2 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Os avanços tecnológicos que atingiram a medicina no campo da reprodução humana propiciaram aos casais inférteis a possibilidade técnica de alcançar a procriação. São as chamadas técnicas de Reprodução Assistida.

Entende-se por Reprodução Assistida, ou procriação artificial, o conjunto de procedimentos técnicos que têm lugar a partir da impossibilidade biológica ou física dos casais para procriarem pelo sistema tradicional da união sexual e que visam a função reprodutiva.

Apesar de todo desenvolvimento da Medicina, da Biologia e da Genética, tais processos ainda não são normais. As técnicas utilizadas são mais ou menos complexas, dependendo do recurso que se lança mão. (LEITE, 1995, p. 148). A Reprodução Assistida pode ocorrer principalmente de dois modos: sob a forma de Inseminação Assistida ou Fertilização Assistida, porém, são disponibilizados aos casais inférteis diversas técnicas de auxílio à reprodução humana:¹⁸

¹⁸Conti (2004, p. 12) relaciona como técnicas de intervenção na reprodução humana:

- 1 - Indução da ovulação. É uma dos principais passos para utilização de técnicas de reprodução assistida. O princípio é estimular os ovários com medicamentos para que produzam até três óvulos aumentando a probabilidade de concepção por relação sexual.
- 2 - Coito programado. Consiste em programar a relação sexual no momento em que a mulher estiver ovulando. Neste caso, a monitoração da ovulação é essencial. As chances de concepção em cada ciclo de tratamento são de 15% a 25%.
- 3 – Fecundação in vitro. Conhecida como “bebê de proveta”. Vários óvulos são retirados do ovário e fertilizados em laboratório com o esperma do parceiro. Os embriões são transferidos para o útero da paciente. A expectativa de gravidez após um ciclo de tratamento é de, em média, 25%.
- 4 - Transferência intratubária de gametas. É semelhante a fertilização in vitro. A diferença é que a fertilização não é feita em laboratório, mas na trompa de falópio da paciente. Os óvulos são coletados e imediatamente introduzidos na trompa com uma pequena quantidade de esperma. O índice de gravidez tem sido de 36%.

Na impossibilidade de se obter gravidez através de métodos mais simples há, ainda, uma última escolha que repousa nas técnicas de Reprodução de Assistida. De acordo com Alvarenga (2004 p. 232) é a apresentação clínica do paciente que determina qual destes procedimentos é o mais adequado a ser aplicado em caso de:

- 1- IIU Inseminação intra-uterina
- 2- FIV-TE Fertilização in vitro e transferência de embriões
- 3 - GIFT Transferência intratubária de gametas
- 4 - ZIFT Transferência intratubária de zigoto
- 5 - TET Transferência intratubária de embrião
- 6 - ICSI Injeção intracitoplasmática de espermatozóide
- 7 - FET Transferência de embriões congelados

É necessário, devido à importância jurídica que assume a Reprodução Assistida, diferenciar-se a forma homóloga ou heteróloga do material genético empregado nos procedimentos. Considera-se homóloga quando o material genético é fornecido pelo casal que vai se submeter a técnica de procriação e heteróloga quando ocorre a participação de um ou mais doadores.¹⁹

5 – Inseminação medicamente assistida. Consiste na colocação de uma amostra de esperma do parceiro no colo uterino por meio de um delicado cateter no momento aproximado em que a paciente estiver ovulando. Este procedimento final é conhecido como inseminação intrauterina. A probabilidade de sucesso se for associado à indução da ovulação é de 10% a 15% por ciclo. Em um ano de tentativas, o índice de gravidez pode chegar a 50%.

6 – Doação de óvulo. Utilizada quando a mulher é incapaz de produzir seus próprios óvulos. Inicialmente é escolhida uma doadora anônima, sadia, com menos de 35 anos e com as mesmas características físicas da paciente. Ela passa por um tratamento de indução da ovulação e é monitorada até a coleta de óvulos. Enquanto isso, a receptora usará hormônios que vão prepara-la para a gravidez. Depois de coletados, os óvulos são fertilizados em laboratório com esperma do parceiro e transferidos para o útero da receptora. Segundo o Conselho de Medicina o método é ético, mas pode ir de encontro aos princípios da paciente.

7 – Injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI). Considerada uma técnica revolucionária nos últimos anos, pois é aplicada nos casos mais sérios de infertilidade masculina. Consiste na introdução de um único espermatozóide no óvulo, em laboratório, para que ocorra a fecundação. Para isso, óvulo é perfurado por uma agulha sete vezes mais fina do que um cabelo humano.

¹⁹As técnicas de reprodução medicamente assistida, também denominadas de técnicas de inseminação artificial, classificam-se em dois grandes gêneros: inseminação artificial homóloga ou simplesmente inseminação homóloga e inseminação heteróloga. Diz-se que uma inseminação é homóloga quando realizada com o próprio sêmen do próprio marido, e heteróloga, quando feita em mulher casada com sêmen originário de terceira pessoa ou, ainda, quando a mulher não é casada. Recorre-se à inseminação heteróloga quando a esterilidade é indiscutível. Diversas são as causas da esterilidade masculina, mas as razões mais freqüentes continuam sendo a ausência completa de espermatozóides (azoospermia secretória). Com técnicas principais atualmente disponíveis podemos destacar: inseminação artificial (IA), transferência intratubária de gametas (GIFT), transferência intratubária de zigotos (ZIFT), fertilização in vitro seguida de transferência de *embriões* (FIVETE). Pode-se, ainda, recorrer a pessoas que carreguem o embrião, caso de impossibilidade

3.2.1 A Inseminação Artificial

Essa é mais antiga técnica de Reprodução Assistida, resultado de um longo período de estudos e desenvolvimento e, é geralmente empregada nos casos de impotência masculina, incompatibilidade sexual dos cônjuges, e problemas resultantes da qualidade do esperma.

Difundindo-se a partir dos anos 50, a técnica de inseminação (*inseminare*: *in* = dentro, *sēmen* = semente) é realizada por meio do depósito de esperma preparado dentro da cavidade uterina da mulher, não por um ato sexual normal, mas de maneira artificial, por meio de uma cânula.

3.2.1.1 Inseminação artificial homóloga

Neste tipo de técnica ocorre inseminação com material genético proveniente do próprio pai biológico, companheiro, por isso como lembra SAVIN (1990, p. 237):

[...] esta técnica é a que oferece menor índice de contestações quanto à sua utilização porque, na verdade, não altera as estruturas jurídicas existentes, na medida em que a paternidade biológica coincidirá com a legal.

Explica Diniz (2001, p. 558), sobre a Reprodução Assistida pela técnica de inseminação artificial homóloga:

Em regra, a inseminação artificial homóloga não fere princípios jurídicos, embora possa acarretar alguns problemas ético-jurídicos, apesar de ter o filho os componentes genéticos do marido (convivente) e da mulher (companheira). A coleta do material e a sua utilização dependerão de anuência expressa dos interessados,

física da mulher, situação que ficou vulgarmente conhecida “mãe de aluguel”, mas que preferimos denominar “mães de substituição”. Importante ressaltar que qualquer dessas técnicas pode ser utilizada ora de forma homóloga, ora de forma heteróloga. O que vai definir como homólogo ou heterólogo será a proveniência do material biológico utilizado. (OMMATI, 2007).

ligados pelo matrimônio ou união estável uma vez que têm propriedade das partes destacadas de seu corpo, como sêmen e óvulo; logo, deverão estar vivos, por ocasião da inseminação, manifestando sua vontade, após prévio esclarecimento do processo a que se submeterão (Resolução do C.F.M, II, 2; ...), conscientes da responsabilidade assumida pela criação e educação do filho.

Pouco se discute sobre a inseminação homóloga porque o óvulo é fecundado como na reprodução natural, “in vivo”. Neste tipo de reprodução a questão que provoca celeuma é a do congelamento do material genético. O Art. 1597, III, do Código Civil, dispõe que presumem-se nascidos na constância do casamento os filhos “havidos por fecundação artificial homóloga”, assim, é claro o texto da lei não cogitando maiores discussões doutrinárias.

3.2.1.2 Inseminação homóloga *Post Mortem*

O emprego da técnica de Inseminação Homóloga cria problemas com inconvenientes importantes quando realizada em situações muito particulares que causam polêmica no mundo jurídico. É a Inseminação *post mortem*.

Esse tipo de inseminação é realizada com o sêmen congelado do marido falecido, possibilidade factível graças ao domínio da técnica do congelamento e prática fortemente desaconselhável.

Na narrativa de Leite (1995, p.154), tem-se descrita situação em que a inseminação *post mortem* é aventada:

Para preservar a fertilidade de um homem submetido a qualquer processo terapêutico com forte risco de esterilização, existe agora a possibilidade de recolher o esperma do mesmo, antes da instauração do tratamento. Trata-se principalmente de sujeitos atingidos por uma doença grave (câncer dos testículos, doença de Hodgkin, certas nefropatias, etc.). Como nestes tratamentos, geralmente de longa duração, a possibilidade de cura não é freqüente e se acompanha de esterilidade, o esperma conservado pode servir à inseminação homóloga o que explica a principal razão da conservação. Diante da possibilidade de esterilização irreversível, pedidos são feitos aos bancos de esperma para conservação. O homem que congelou seu esperma num desses bancos, pode morrer e a viúva facultar-se, então reclamar a devolução do material coletado, para se inseminar com o esperma do marido falecido.

O Código Civil Brasileiro em seu Art. 1597, III, estabelece a presunção que foi concebido, na constância do casamento, filho havido por fecundação homóloga mesmo depois do óbito do marido e de sua mãe.

A inseminação *post mortem* abre um leque de questionamentos éticos e jurídicos acerca do direito à filiação, direitos sucessórios, direito à imagem e à intimidade do falecido. Além também de ser causa de polêmica jurídica e religiosa, a inseminação *post mortem* constitui-se prática fortemente desaconselhável já que surgem a partir dela potenciais descendentes que o direito teria que considerar e adequar em situações de eventualidade não previstas pela ordem jurídica (DINIZ, 2001, p. 558). É a chamada prole eventual que tem os seus direitos sucessórios resguardados no Art. 1799 do Código Civil que autoriza a sucessão testamentária “desde que o *de cuius* deixe expresso em testamento” Também é polêmica ainda, a inseminação de mulheres solteiras e casais homossexuais femininos.

3.2.1.3 Inseminação artificial heteróloga

Recorre-se a esse tipo de inseminação quando a esterilidade é indiscutível. Na técnica de Inseminação Artificial Heteróloga o material genético utilizado pertence a pessoa diversa da do cônjuge e cria problemas ainda mais complexos sob o ponto de vista ético jurídico. Juridicamente, a grande pergunta nesses casos é como será tratada a filiação, já que o Código Civil no Art. 1597, V, presume a filiação dos filhos havidos por Inseminação Artificial Heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Conclui-se que através do consentimento da inseminação o pai biológico, companheiro, assume a filiação não podendo impugná-la posteriormente.

3.2.1.4 Fertilização “*In Vitro*”

A fertilização assistida ou fecundação *in vitro* (FIV), é uma técnica simples destinada a contornar a esterilidade, e teve seu primeiro êxito no nascimento

de Louise Brown, em 1978, após o desenvolvimento de tecnologia de congelamento de espermatozóide. A técnica procura reproduzir artificialmente o ambiente fisiológico da trompa de Falópio onde naturalmente ocorre a fertilização. Reúne extracorporalmente num tubo de ensaio o material genético feminino promovendo a fertilização e posterior transferência para o útero da mulher após iniciada a divisão celular. A indicação clínica desta técnica é para os casos de mulheres com obstrução irreversível ou ausência tubária bilateral ainda uma indicação relativa para os casos de oligozoospermia, falha no tratamento cirúrgico, esterilidade sem causa aparente e a esterilidade imunológica, endometriose. Os procedimentos médicos da técnica de fertilização "*in vitro*" compreendem várias etapas que são: a estimulação da ovulação, aspiração folicular, fecundação, transferência embrionária e congelamento de embriões.

Em linhas gerais o procedimento da FIV consiste numa estimulação da ovulação através de hormônios com acompanhamento ecográfico para, ao se obter um maior número de óvulos, retirá-los do ovário por intermédio da aspiração folicular através da punção do ovário. Após o recolhimento procede-se a fecundação proporcionando uma incubação do óvulo com espermatozoides previamente capacitados em laboratório. No prosseguimento da técnica ocorre a transferência do embrião para a cavidade uterina. Esse processo de implantação começa no quinto dia após a fecundação e quatorze dias depois da transferência, pela medição do hormônio no sangue da mulher, pode-se identificar a gravidez.

Segundo Alvarenga (2004, p. 235), um dos riscos da FIV é a falta de fertilização dos óvulos que acontece em 1% (um por cento) dos casos. Caso nenhum dos óvulos seja fertilizado ou se ocorrer uma parada no desenvolvimento dos embriões a transferência embrionária não é realizada e o programa é cancelado. Leciona o mesmo autor que a taxa de fecundação por essa técnica, sendo normais os gametas, é de aproximadamente 70% (setenta por cento), contudo, isto varia de acordo com as características morfológicas dos gametas a idade da mulher e a causa da infertilidade, além de outras variáveis ambientais como a qualidade e a integridade dos meios de cultivo, a pureza do ar e do ambiente físico no interior das incubadoras entre outras.

Apesar de um domínio técnico bastante desenvolvido das etapas que envolvem a fertilização *in vitro* a implantação continua sendo a parte mais incerta da operação, assim, para se contornar esse problema implanta-se mais de

um embrião. Necessário se faz então, obter um número maior de óvulos, fato que vai gerar o problema dos embriões excedentes ou supranumerários que tantas discussões têm desencadeado no campo da ética, da religião e no mundo jurídico. O destino dos embriões excedentes que poderiam ser congelados, destruídos, doados ou destinados a pesquisa é tema “que leva a discussão do “status” moral do embrião”, afirmam PETRACO, BALADOTTI E ARENTI (2004, p .3),

Nesse sentido pondera ALBANO (2004 p. 93):

Sem considerar se o embrião é ou não uma pessoa, o status de embrião enquanto símbolo potente da vida humana merece especial respeito. Dessa forma, ele não pode ser comprado ou vendido, nem criado e congelado como especulação, ou seja, na ausência de um paciente específico que utilize o embrião em seu próprio tratamento. Além disso, Há um consenso de que nenhum embrião deva ser transferido para implantação, destruído ou usado para pesquisa, sem que haja um acordo mútuo entre o casal que o gerou.

Sobre o congelamento de embriões há implicação em um número adicional de exigências à pratica de FIV habitual, sendo necessário que haja um protocolo bem estruturado que deixe os casais completamente informados sobre o procedimento de criopreservação, sobre os resultados, os riscos e as leis que regulamentam essas técnicas. Contudo, na prática esses cuidados são pouco eficientes porque, a maioria dos casais, principalmente aqueles que conseguem gravidez com embriões a fresco, e muitas vezes gestações múltiplas, não demonstram interesse em descongelar e transferir os embriões. Raramente autorizam a doação e são inadimplentes com as taxas de manutenção. (ALVARENGA, 2004, p. 243).

Sabendo-se que não se pode manter o embrião criopreservado por tempo indeterminado, acredita-se que haverá de encontrar “uma fórmula capaz de atender aos imperativos das novas técnicas de fertilização e, ao mesmo tempo, manter o respeito pela dignidade humana”. (FRANÇA apud ALBANO, 2004, p. 93).

A Resolução nº 1358/92, do Conselho Federal de Medicina, apesar de seu caráter apenas deontológico, é, no Brasil, a única diretriz para solucionar a falta de indicadores para o assunto, já que não foram criadas leis que instituem normas para o procedimento das técnicas de FIV e conseqüentemente técnicas de congelamento de embriões.

A esse respeito, apreciados os aspectos da FIV, percebe-se a necessidade de estudos que objetivem um aprofundamento da análise atualizada das normas e dos questionamentos que a técnica assume.

3.2.2 Outras Técnicas de Reprodução Assistida

Com o aperfeiçoamento da técnica de fertilização *in vitro*, deu-se origem a outros procedimentos técnicos para se efetuar a reprodução assistida. Podendo-se citar: GIFT – Transferência intratubária de gametas; ZIFT – transferência intratubária de zigoto; TET – Transferência intratubária de embrião; ICSI – Injeção Intracitoplasmática de espermatozoíde – FET – Transferência de embriões congelados.²⁰

A técnica de reprodução assistida denominada GIFT (Gametha intra Fallopian transfer), desenvolvida por Ricardo Ash, no ano de 1984 consiste na captação dos gametas masculinos e femininos com posterior fecundação *in vivo* proposta para os casos de esterilidade inexplicadas e esterilidades imunológicas ou masculinas. É realizada uma laparoscopia, exame endoscópico da cavidade abdominal com pequena incisão na parede do abdômen para retirada dos óvulos da mulher. Ao mesmo tempo é captado o espermatozoíde e imediatamente inoculando-se ambos os gametas em cânula especial que os introduz nas trompas de Falopio para que se promova a fertilização de forma natural através do encontro do espermatozoíde com o óvulo para formação do embrião. (OMATTI apud PUSSI, 2006, p. 282).

²⁰ A respeito da normatização da reprodução assistida através da Resolução do Conselho Federal de Medicina, Thouvenin, apud Sawen e Hryniewicz (2004, p. 96), aduz que a mesma seria uma “regra de ética biomédica” que dentre outras coisas determina: a)- o uso das técnicas de RA não poderá ser feito caso não exista uma efetiva possibilidade de sucesso ou haja risco para a paciente ou o possível descendente; b)- será necessário o consentimento de todos os envolvidos no processo (no caso, os inférteis e os doadores); c)- as técnicas não poderão ser aplicadas visando à seleção de sexo ou de outras características biológicas; d)- a produção de ovócitos deverá ter como objetivo único a procriação humana, jamais qualquer outra forma de manipulação genética; e)- caso ocorra a gravidez múltipla, será proibida a reprodução embrionária; f)- o número de ovócitos a serem transferidos para o útero não poderá ser superior a quatro; g)- os embriões excedentes não poderão ser descartados, devendo o casal expressar por escrito o destino dos mesmos em caso de divórcio morte ou doença grave.

Na técnica do GIFT há possibilidade de inoculação dos gametas sem que ocorra manipulação externa do óvulo e do embrião. E, nesse caso, serão depositados nas trompas não mais que três óvulos. Acredita-se que o potencial de sucesso de gravidez por essa técnica pode atingir de 30% a 40% com baixo risco de gravidez extrauterina. Permite, esta técnica, a redução de manipulações biológicas *in vitro*, pois, os gametas são recolocados em seu ambiente natural com condições de desenvolvimento, migração e nidação completamente fisiológicas.

A principal diferença da GIFT e FIV é a fecundação, que no caso da primeira, ocorre *in vivo* e na segunda *in vitro*. Além disso, é considerada mais leve no plano biológico, porque não ocorrem óvulos excedentes; contudo requer mais no plano clínico pois é necessária uma intervenção cirúrgica para transferir os óvulos e espermatozóides para a trompa. (LEITE, 1995, p. 49).

Por meio da técnica ZIFT – Transferência intratubária de zigotos são postos em contato *in vitro* ambos os tipos de gametas com meio apropriado para sua fusão. O zigoto ou os zigotos resultantes são transferidos para o interior das trompas uterinas. Esta técnica difere da FIV-TE pelo fato da transferência no caso da ZIFT, ocorrer na fase de zigoto e na FIV-TE, ocorrer após a segmentação do zigoto ou seja, quando já é denominado embrião.

Segundo Scarparo (1991, p. 14), a técnica ZIFT combina as vantagens da fertilização *in vitro* com a transferência de gameta, e admite a diversidade resultante do momento em que é feita a transferência. Tem como vantagem depositar o embrião no seu “habitat” ideal, que é o terço distal da trompa.

Uma possibilidade que a tecnologia atual facilita é a de fecundar o óvulo mesmo quando os espermatozóides não têm essa capacidade, é o que ocorre com a ICSI, denominada injeção intracitoplasmática de espermatozóide, que permite “fecundar um óvulo com o espermatozóide obtido do sêmen, ou extraído cirurgicamente do epidídimo (canal que se encontra na saída do testículo, que transporta os espermatozóides para o exterior) ou diretamente do testículo”. (ALVARENGA, 2004, p. 236).

Mesmo não sendo considerada propriamente uma técnica de reprodução assistida é preciso mencionar a prática que se convencionou chamar de maternidade de substituição, mãe de aluguel ou maternidade subrogada. Essa maternidade substitutiva em nosso país é aceita apenas quando se trate de ato de generosidade e não com caráter lucrativo. Ela provoca implicações sobre o direito de

filiação e no entendimento de Conti (2004, p.167), a despeito de escassas legislações “as discussões são ferrenhas e os debatedores degladiam-se tanto na esfera jurídica como no âmbito da ética”.

3.3 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL: ASPECTOS NORMATIVOS

A geração de vida não por ato sexual, mas por método artificial de tecnologia em ciência, denominado reprodução assistida envolve técnicas conceptivas que desencadeiam conseqüências ao mundo jurídico.

No Brasil, a preocupação primeira foi no sentido da “importação desse tipo de tecnologia, sendo essa tônica, sobre o processo de implantação dessa nova e promissora metodologia no país e não, propriamente com as implicações éticas”. (ALBANO, 2004, p. 76). A primeira criança brasileira nascida pela fertilização *in vitro* com transferência embrionária, em 1984, marcou o início de um domínio técnico por parte dos profissionais brasileiros nos procedimentos de FIV. A preocupação dos países com o desenvolvimento e progresso desse tipo de procedimentos levou, na América Latina médicos e biólogos a um encontro no Chile onde estabeleceram o pensamento e a opinião dos profissionais atuantes na área – Acordo de Reñaca – 1995.

Foi apenas em 1992 (oito anos após o nascimento de Louise Brown, o primeiro bebê de proveta), que se regulamentou, no Brasil, o uso das técnicas de Reprodução Assistida, no entanto, em âmbito deontológico, já que foi por meio do Conselho Federal de Medicina que medidas normativas de condutas médicas foram definidas pela Resolução nº 1358/92, intitulado: Normas Éticas para Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida. “Essas a serem seguidas por todos os médicos brasileiros que utilizam o procedimento”. (PEDROZA NETO; FRANCO JUNIOR, 1998, p. 116). Apesar, de regular a questão na esfera médica, o dispositivo não possui força coercitiva real, mas, por certo pode servir de parâmetro para futuras normas legais.

Em 2002, o Conselho Federal de Medicina procurou atualizar o conjunto normativo da Resolução nº 1358/92 em razão do vertiginoso

desenvolvimento das técnicas de Reprodução Assistida, todavia, nenhuma alteração foi realizada por entender-se que a mesma mantém-se atualizada.

O Projeto de Lei nº 3638 que tramita no congresso desde 1993, de autoria do deputado Luiz Moreira que regulamenta a utilização das técnicas de Reprodução Assistida contém, na íntegra, o conteúdo disciplinado pela Resolução do Conselho Federal de Medicina. (PEDROZA NETO; FRANCO JUNIOR, 1998, p. 116). Tramita ainda no Senado o Projeto de Lei, nº 1.184/03, que acolheu o projeto de lei 90/99 do Senador Lúcio Alcântara.

Os Projetos de Lei nº 1039/2000 do Deputado Francisco Garcia e o de nº 1.067/2000 do Deputado Odelmo Leão que, propunham ao executivo que o SUS (Sistema Único de Saúde), oferecesse os serviços de Reprodução Assistida a todos os casais inférteis foram definitivamente arquivados. (ALBANO, 2001, p. 76).

Mediante essas colocações vê-se que a Reprodução Assistida não encontra no ordenamento jurídico positivo brasileiro qualquer regra que a regule, afirma Aguiar (2005, p. 86) e dispõe com propriedade que:

Certamente o fato de que tais técnicas reprodutivas têm sido realizadas em clínicas particulares, tem retardado a intervenção estatal nessas relações, sob a equivocada percepção de ser suficiente a regulação ética a cargo do Conselho Federal de Medicina ou sob a desculpa de não dever o Estado imiscuir-se em relações privadas entre médicos e pacientes.

Impõe-se lembrar que a concepção pela técnica de Reprodução Assistida envolve *status* familiar e “não há mais como postergar a interferência normativa nesses atos”, sendo necessário, no entanto, antes:

Discutir sobre os limites e existência de um Direito constitucional à procriação, no sentido de saber se deve a utilização das técnicas reprodutivas ser restrita a pessoas inférteis, ou, ao revés, pode ser estendida a qualquer homem e mulher que prefira o auxílio da ciência ao método sexual de gerar. (AGUIAR, 2005, p. 86).

Lembra ainda Aguiar (2005, p. 92) que:

Se, por um lado, a esterilidade é tomada como motivo para o uso dessas tecnologias, exatamente como forma de afastar o sofrimento individual por ela causado, de não ser possível formar descendentes, por outro, há de ser vista como limite a esse mesmo uso para que não se justifique enquanto desejo narcisista de se projetar em um filho.

Nesse sentido, versa o Projeto Lei da Câmara nº 54, de 07 de junho de 2002, que transcorre conjuntamente com o Projeto de Lei do Senado nº 90/99.²¹

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

No texto codificado do Código Civil de 2002, conforme opinião de Leite (2004, p. 20), a temática da bioética ingressou de forma veemente no ordenamento por intermédio do Art. 1597, III, IV, V²², que referiu-se com todas as letras e sem vacilações à fecundação artificial homóloga, heteróloga e aos embriões excedentários.

Nas leis estrangeiras, verifica-se que os modelos de codificação das legislações limitam-se a três modalidades fundamentais que são:

1º - o modelo repressivo que estabelece proibições cominadas sanções;

2º - o modelo liberal que deixa à liberdade da pessoa e à autonomia dos indivíduos e do casal, a decisão sobre a técnica da Procriação, incumbindo à Lei a disciplina de suas conseqüências.

3º - o modelo intervencionista favorável ao controle social sobre as escolhas individuais para a tutela de interesses superiores. (GOMES, 1992, p. 270).

²¹PLC nº 54/2002: Art. 1º As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade. [...] Art. 4º As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trata de evitar doença ligadas ao sexo do filho que venha a nascer”. PLS nº 90/1999: Art. 2º A utilização da RA só será permitida, na forma autorizada pelo Poder Público e conforme o disposto nesta Lei, para auxiliar na resolução dos casos de infertilidade e para a prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias. (BRASIL, 2002)

²²Artigo 1597 - Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos [...] III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. IV- havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido [...] (BRASIL, 2004).

Os sistemas positivos podem classificar-se como permissivos ou restritivos, para significar os liberais e os limitativos em relação ao uso dos recursos biotecnológicos (AGUIAR, 2005, p. 127). No mesmo sentido, para Baldini (apud AGUIAR, 2005, p.127), utiliza-se a expressão regulamentação aberta ou fechada. Entendendo-se como regulamentação aberta um sistema dito pluralista, em que são legítimos, modelos de família alternativos ao tradicional ou em que não há uma família padrão. Na regulamentação fechada admite-se apenas um sistema funcional, um tipo tradicional de família.

Ponto comum nos ordenamentos que acordaram expressamente com a possibilidade da realização de inseminação heteróloga é a irrevogabilidade do consentimento não viciado, reconhecendo a paternidade ao marido.

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

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

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Há, na história do direito o registro da inquietação com a responsabilidade civil, pois o homem buscou sempre a proteção da lei, o que, ao mesmo tempo, lhe traz a necessidade de ser responsável pelos seus atos. O desenvolvimento desse instituto deve-se a ordem social, no entanto, resulta também da ordem científica, moral e ética. Vê-se que “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. Isso talvez dificulte o problema de fixar o seu conceito, que varia tanto como os aspectos que pode abranger conforme as teorias filosóficas jurídicas”. (STOCO, 2004, p. 91).

O termo responsabilidade, considerado polissêmico, pode, juntamente com vocábulos cognatos exprimir idéias de equivalência de contraprestação, de correspondência. Comporta sentido amplo e sentido estrito. Dentre outros significados serve para designar tanto a situação jurídica em que alguém se encontra de ter que indenizar outrem, quanto a própria obrigação decorrente dessa situação, ou, ainda, o instituto jurídico formado pelo conjunto de normas e princípios que disciplinam o nascimento, conteúdo, e cumprimento de tal obrigação. (AMARAL, 2003, p. 558). Em sentido amplo, responsabilidade pode ser definida como atribuição, a um sujeito, das conseqüências de uma determinada ação ou evento. O termo é utilizado para designar várias situações no campo jurídico (VENOZA, 2005, p.16). Já, em sentido estrito, responsabilidade civil é definida como “o específico dever de indenizar nascido de fato lesivo imputável a determinada pessoa”, (AMARAL, 2003, p. 558). “consiste na imputação de um dano a um sujeito determinando, gerando assim o dever de indenizar o dano”. (TELLES apud DUARTE, 2006, p. 58).

Não sendo a responsabilidade um fenômeno unicamente relacionado ao ordenamento jurídico, antes, ligando-se aos domínios da vida social, é o resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face desse dever ou obrigação, afirma Stoco (2004, p. 91). Portanto, se atua na forma indicada pelos cânones, não há vantagem, porque é supérfluo indagar da responsabilidade daí decorrente, continua ele. O que interessa em responsabilidade é aprofundar o problema na face assinalada, de violação da norma ou obrigação diante da qual se encontrava o agente. Assim, o objetivo da responsabilidade civil é,

primordialmente, a **reparação do dano**, tendo acessoriamente uma função punitiva e preventiva. (GALLO, 1996, p. 37) (grifo nosso).

Nos primórdios da humanidade reinava a vingança privada que era uma forma rudimentar e primitiva de reagir contra a lesão sofrida. Não se questionava a culpa, bastava efetivação do dano para uma reação imediata do ofendido, era a reparação do mal pelo mal (LIMA, 1998, p.10).

Posteriormente, tem-se um período de composição onde “o prejudicado passa a receber as vantagens e conveniências da substituição da vindita” (GONÇALVES, 1995, p. 4). “Recebendo um resgate (poena), isto é, uma soma em dinheiro, ou a entrega de objetos”. (LIMA, 1998, p. 10). É então a vingança substituída pela composição a critério da vítima, conhecida como composição voluntária. (LIMA, 1998, p. 10).

Sucedee, em seguida o período da composição tarifada – Lei das XII Tábuas – o valor da pena a ser pago pelo ofensor era fixado – Código de Ur Nammu, Código de Manu – o legislador veda à vítima fazer “justiça pelas próprias mãos” abolindo a vingança privada e substituindo-a pela composição obrigatória.

A partir daí surge no direito romano a lei Aquilia 408 d.C., construindo-se a estrutura jurídica da responsabilidade extracontratual, onde criou-se uma forma pecuniária de reparação do prejuízo sendo estabelecido seu valor.

Para Lima (1998, p. 126), houve “introdução do elemento subjetivo da culpa contra o objetivismo do direito primitivo, expurgando-se do direito a idéia de pena para substituí-la pela de reparação do dano” o que possibilitou a diferenciação da responsabilidade civil da penal. Contudo, a teoria da responsabilidade civil só se estabeleceu por obra da figura dominante do jurista francês Domat, que elaborou e sintetizou de maneira mais qualitativa a responsabilidade civil fundamentada na culpa. Adotada no Código Civil francês, fonte de todo o direito moderno e nas legislações pretéritas. (DINIZ, 2004a, p. 11).

Na lição de Amaral (2003, p. 561), o fundamento da responsabilidade é “a culpa, a negligência ou a imprudência”. A partir de então, definiu-se como ato ilícito aquele que afetava apenas os direitos absolutos de outrem, por outro lado, a ofensa a direitos relativos denominava-se inadimplemento contratual, distinguia-se portanto responsabilidade extracontratual ou aquiliana e responsabilidade contratual. Assim, a responsabilidade civil que era coletiva, objetiva e penal passa a ser individual, subjetiva e civil. (AMARAL, 2003, p. 561).

Com as modificações nas relações sociais advindas da revolução industrial e tecnológica da fase contemporânea, houve um crescimento nas demandas judiciais tornando insuficiente o princípio da culpa como fundamento da obrigação de indenizar. Surgiu assim, a concepção de indenização do dano sem a correspondente culpa do agente, “ampliando-se os casos de responsabilidade civil não decorrente de fato próprio do sujeito, mas proveniente do risco derivado da sua atividade econômica e produtiva”. (AMARAL, 2003, p. 561). Com isso a responsabilidade passa a ser classificada em subjetiva e objetiva baseado ou não na culpa.

Na visão do método jurídico baseado na análise econômica do direito, o objetivo da responsabilidade civil seria a de minimizar os custos sociais dos acidentes culposos. No entanto, a concepção tradicional permanece defendendo a reparação do dano pelo seu autor no valor correspondente ao prejuízo efetivamente sofrido.

O texto do Código Civil de 2002, na visão de Wald (2005, p. 88) “integrou as conquistas da jurisprudência e as aspirações da doutrina instituindo a responsabilidade objetiva para determinados casos, sem prejuízo de manter a culpa como fundamento principal da responsabilidade civil”. Para o mesmo autor são os Arts. 927, 931, 932 e 933²³ que esclarecem sobre o assunto.

Numa visão contemporânea Louis Josserand escreve sobre a evolução da responsabilidade civil aduzindo que:

[...] continuará dominando todo o direito das obrigações, toda a vida em sociedade e será a grande sentinela do direito civil mundial. Sua história é história do triunfo da jurisprudência e também da doutrina, e mais geralmente, do espírito e do senso jurídico. (WALD, 2005, p. 89).

²³ “Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único – Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Art. 931: Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação . Art. 932 : São também responsáveis pela reparação civil: I – Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II – O tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III – O empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele;IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos hóspedes, moradores e educandos;V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.Art. 933: As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. (WALD, 2005).

Diz-se da classificação da responsabilidade civil em subjetiva ou objetiva, contratual ou extracontratual.

A teoria clássica encontrava a culpa (provada ou presumida) como fundamento da responsabilidade, entendendo por responsabilidade subjetiva aquela que se “esteia na idéia de culpa”. (GONÇALVES, 1995, p. 17). Tendo como requisito necessário à indenização a prova da culpa do agente. Diferentemente do que ocorre com a responsabilidade penal onde o interesse atingido é o público, na responsabilidade civil é o interesse privado que é lesado. Assim, a reparação se dá por meio de uma indenização, que deve ser exigida pela vítima e somente por ela, respondendo o patrimônio do devedor pela indenização requisitada.

A função precípua da responsabilidade civil é a de indenização da vítima pelo agente causador do dano, como dispõe o Art. 186 do Código Civil. No entanto, dela decorre ainda a função de restabelecer a ordem social e prevenir comportamentos anti-sociais, utilizando-se para isto do princípio da igualdade, previsto no Art. 5º da Constituição Federal, promovendo o equilíbrio e a justiça entre vítima e agressor.

De forma geral, são os princípios constitucionais os norteadores da responsabilidade civil, contudo, pode erigir-se, dependendo de sua natureza, de outros princípios. É o que ocorre, por exemplo, na responsabilidade contratual que se baseia nos princípios gerais dos contratos; também na responsabilidade objetiva que se baseia nos princípios da prevenção, distribuição de danos, etc. Para Stoco (2004, p. 93). A responsabilidade civil envolve, antes de tudo, o dano, o prejuízo, o desfalque, e desequilíbrio ou descompensação do patrimônio de alguém. A responsabilidade civil decorre da ação ou omissão, dolosa, ou culposa, cuja consequência seja a produção de um prejuízo.

Entendendo a regra universalmente aceita de que aquele que causar dano a outrem é obrigado a repará-lo, pode-se relacionar como pressupostos da responsabilidade a ação, ou omissão, culpa ou dolo, daquele que infringe a norma, o prejuízo ocasionado ou o dano e o nexo de causalidade entre o agente e a irregularidade.

4.1 DA AÇÃO OU OMISSÃO

O pressuposto primário, da responsabilidade civil “vem a ser o ato humano, comissivo, ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando dever de satisfazer os direitos do lesado”. (DINIZ, 2001, p. 37).

É a ação do agente – lícita ou ilícita – o fato gerador da responsabilidade civil; os atos ilícitos, como regra geral são os que levam a responsabilização civil, como está patente no código civil, cabe, no entanto, esclarecer que o ordenamento jurídico abrange situações nas quais atos lícitos são também objeto de responsabilização civil. Veja-se, por exemplo, o Art. 188²⁴, I e II do Código Civil, combinado com os Arts. 929 e 930

O mesmo fato aplica-se na responsabilidade objetiva, a qual independe da caracterização de culpa, e apesar de não ocorrer com tanta frequência quanto os atos ilícitos, vem se impondo na atualidade. As condutas passíveis de responsabilização civil podem ser praticadas: a) pelo próprio agente causador do dano; b) por terceiros, nos casos de danos causados pelos filhos, tutelados, curatelados (Art. 932, I e II), empregados (Art. 932, III), hóspedes e educandos (Art. 932 IV) e, ainda, como pelo fato causado por animais e coisas que estão sob a guarda do agente (Art. 936).

4.2 DA CULPA

Pelo Código de Napoleão o princípio da culpa foi incorporado ao direito moderno. Muito embora tenha sido concebido no direito justinianeu, subsiste, ainda, como regra geral no direito brasileiro, juntamente com o princípio do

²⁴ Art. 188 - Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Art. 929 Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhe-á direito à indenização do prejuízo que sofreram. Art. 930 No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver importância que tiver ressarcido ao lesado. (PINTO; WINDT; SESPEDES, 2007).

neminem laedere que traduz o dever geral de se procurar evitar lesões a terceiros. Na tarefa de encontrar uma definição do instituto da culpa, os doutrinadores se revezam no entendimento. Amaral (2003, p. 561), cita a lição de René Savatier, que definiu culpa como a violação de um dever que o agente podia conhecer e observar.

Para Dias (1979, p. 65):

[...] a culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências das suas atitudes.

A culpa é um desvio de uma dada regra de conduta imputável à pessoa que era obrigada a obedecer-lhe. (LIMA, 1998, p. 69). Também o entendimento de (DINIZ, 2001a, p. 37) que a culpa:

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

O legislador brasileiro não definiu culpa limitando-se a conceituar o ato ilícito (C.C Art.186), em que se vislumbram as duas espécies de culpa: dolo e culpa em senso estrito. Dolo é ação ou omissão voluntária, culpa é a negligência ou imprudência. (AMARAL, 2003, p. 552).

Tem-se como pressupostos da culpa: a) um dever violado (elemento objetivo) b) culpabilidade ou imputabilidade do agente (elemento subjetivo). Acrescente-se, ainda, que este último se desdobra em dois elementos: a) possibilidade, para o agente, de conhecer o dever (discernimento); b) possibilidade de observá-lo (previsibilidade e evitabilidade do ato ilícito).

Dolo, tanto na visão da doutrina da vontade quanto da representação é quando alguém pratica um ato prevendo o dano que vai causar (AMARAL, 2003, p. 552); é a vontade consciente de violar direitos (ALVIM apud AMARAL, 2003, p. 552).

Na execução extracontratual ou aquiliana é a vítima quem deve provar a culpa do agente causador do dano. Tendo como referência o comportamento do agente classifica-se a culpa em: culpa *in vigilando* quando uma pessoa falta com o dever de velar, ou comete uma desatenção quando tinha a obrigação de observar; culpa *in custodiendo* ocorre quando uma pessoa se descuida tendo a seu encargo uma coisa; a culpa *in omittendo* se o agente é omissivo no que lhe cumpre fazer e a culpa *in eligendo*, ocorre quando há má escolha de uma pessoa a quem é confiada uma certa tarefa, culpa *in comittendo* ou *in faciendo*, quando se age com imprudência; culpa *in contraendo*, que se verifica no processo de formação de um contrato, sendo que uma das partes de forma injustificada, não o conclui e causa prejuízo a outra e, finalmente, culpa *in abstracto*, quando se toma como paradigma o diligente pai de família: adotado no direito brasileiro como critério na responsabilidade extracontratual, ou seja, medindo-se o comportamento do agente pelo padrão do homem normal.

4.3 DANO

O dano é considerado um dos pressupostos da responsabilidade civil conforme dispôs o Art. 186 do código civil visto que, só haverá responsabilidade se houver um dano a reparar. A responsabilidade resulta em obrigação de ressarcir, o que não poderá se concretizar se nada houver a se reparar é imprescindível a prova real e concreta da lesão efetuada.

O dano pode ser definido nas palavras de Vianna (2004, p. 127), como o prejuízo sofrido por alguém em consequência da violação de um seu direito, ou seja, uma lesão, uma ofensa, ou agressão a um bem jurídico. Em sentido amplo, o dano refere-se a diminuição ou subtração de um bem jurídico de valor patrimonial ou moral (AMARAL, 2003, p. 555), permitindo assim, considerar-se os direitos personalíssimos, como a vida, a liberdade, a honra, a integridade física, moral e intelectual, passíveis de dano.

Pode-se relacionar várias espécies de dano, dentre elas o dano patrimonial – apreciado monetariamente; o dano extrapatrimonial ou moral – lesão a bem jurídico sem valor patrimonial; o dano direto – aquele que resulta imediatamente

do fato; o dano indireto – decorre de circunstâncias ulteriores; o dano contratual – descumprimento de obrigação; o dano extracontratual – resultante de infração de dever legal. Ainda é possível identificar danos previsíveis, aqueles passíveis de prevenção no momento da contratação e imprevisíveis, aqueles que antecipadamente não podem ser conhecidos.

Como consequência imediata do dano pode-se relacionar a obrigação do autor do fato em indenizar o lesado, sendo indiferente a caracterização de dolo ou culpa.²⁵

4.4 NEXO DE CAUSALIDADE

A relação, de causa e efeito, entre o fato e o dano é denominada nexo de causalidade e constitui elemento essencial da responsabilidade civil quanto ao dever de indenizar. O mesmo é expresso no Art. 186 do Código Civil, por meio dos verbos violar e causar. Sendo o nexo causal a relação existente entre a ação e o dano, configurando, desta forma, a responsabilidade civil, se houver dano mas a sua causa não estiver relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e, em consequência, a obrigação de indenizar (DINIZ, 2002, p. 355).

No caso do direito brasileiro a preferência deu-se pela adoção da teoria da causalidade imediata, onde deve existir, entre o fato e o dano, relação de causa e efeito, direta e imediata. Essa preferência se evidencia pelo Art. 403²⁶ do Código Civil. Vale ressaltar que as excludentes da responsabilidade civil como a culpa da vítima, o caso fortuito e a força maior (art. 393 do C.C.) rompem o nexo de causalidade, afastando assim a responsabilidade do agente.

²⁵Cavaliere Filho (2003, p. 146) salienta corretamente que: [...] o dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado, etc. – o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

²⁶Art. 403 – Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Art. 393 - O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. (PINTO; WINDT; SESPEDES, 2007).

4.5 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Desde o Código Civil francês, o instituto da responsabilidade tem sido sistematizado em razão da natureza dos direitos subjetivos lesados pelo ato ilícito (AMARAL, 2003, p. 563), nasce desse fato a relevante distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual. A responsabilidade é dita contratual quando tem como fonte uma relação jurídica obrigacional pré-existente, isto é, um dever oriundo de um contrato; ou, por outro lado, pode ter por causa geradora uma obrigação imposta por preceito geral de direito ou pela própria lei, e nesse caso, ser considerada extracontratual, se o dever violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 37).

De outra maneira, Gonçalves (1995, p. 23), distingue responsabilidade contratual e extracontratual enfocando os aspectos práticos, como por exemplo, o ônus da prova que na responsabilidade contratual é o credor obrigado apenas a demonstrar que a prestação foi descumprida. Ao devedor resta provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas na lei: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Incumbe-lhe pois, o *ônus probandi*. Prosseguindo, relaciona os aspectos referentes às fontes: “enquanto a contratual tem sua origem na convenção, a extracontratual a tem na inobservância do dever genérico de não lesar, de não causar dano a ninguém (*neminem laedere*)”.

Outra diferenciação dá-se quanto à capacidade do agente causador do dano. A capacidade sofre limitações no terreno da responsabilidade contratual, sendo mais ampla no campo da responsabilidade extracontratual, pois somente pessoas plenamente capazes são suscetíveis de celebrar convenções válidas ao passo que efeitos indenizatórios podem resultar de atos ilícitos perpetrados por amentais e por menores, originando a reparação por aqueles que legalmente são encarregados de sua guarda (AMARAL, 2003, p. 564).

O Código Civil distingue responsabilidade contratual e extracontratual nos Arts. 186, 927 e ss, e 948, disciplinando a responsabilidade extracontratual e contratual nos artigos 389 e ss., mas, o Código faz concessão à teoria mista que identifica, em ambas, elementos comuns.²⁷

²⁷ Para diferenciar as duas espécies de responsabilidades o autor relaciona os seguintes aspectos: a) A responsabilidade contratual decorre de relação obrigacional preexistente, enquanto na aquiliana na

São também oportunas as observações, quanto aos efeitos de ambas as responsabilidades, ou seja, a obrigação de indenizar, e tendo como elementos comuns o comportamento ilícito, a culpa, o dano e a relação de causalidade.

Merece destaque a consideração de que embora mantida a dualidade de superar no sistema de direito positivo, vem-se evidenciando uma tendência doutrinária de superar tal dicotomia com adoção de um regime misto, compreendendo uma teoria geral da responsabilidade civil, reunindo os princípios e os pressupostos comuns a todas as hipóteses e regimes específicos, inerentes aos diversos ramos que se vem construindo no campo da lei e da jurisprudência, como por exemplo, a responsabilidade pelo exercício profissional (AMARAL, 2003, p. 566).

4.6 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

Quanto a existência ou não de culpa do agente, a responsabilidade divide-se em subjetiva ou objetiva. Tem-se por responsabilidade subjetiva aquela que se funda no conceito da culpa; devendo, a mesma, ser comprovada para que haja a obrigação de indenizar. A prova da culpa é o pressuposto necessário do dano indenizável.

Segundo Gonçalves (1995, p. 12):

Conforme o fundamento que se dê à responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano. Em face da teoria clássica, a culpa era o fundamento da responsabilidade. Esta teoria também chamada de teoria da culpa, ou “subjetiva” pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa não há responsabilidade.

relação obrigacional surge pela primeira vez ao verificar o dano. Naquela, a prestação indenizatória é simples mudança do objeto da relação, enquanto na segunda o dever de ressarcir é originário; b) A responsabilidade contratual pressupõe plena capacidade das partes que contratam enquanto a aquiliana pode ser causada por ato de incapaz; c) Na responsabilidade contratual, eventual solidariedade entre os obrigados depende de prévio acordo, enquanto na aquiliana a previsão de solidariedade está na lei (CC, art. 942); d) Quanto ao ônus da prova, na responsabilidade contratual o devedor é que tem de provar a inexistência de culpa ou qualquer excludente do dever de indenizar, enquanto na aquiliana cabe à vítima demonstrar a culpa do agente. (AMARAL, 2003, p. 564).

Neste diapasão a prova da culpa se faz necessária para que ocorra a indenização. Assim sendo, a responsabilidade do agente causador do dano só ocorre se este agiu com dolo ou culpa.

A responsabilidade subjetiva, que é considerada clássica, consagrou-se no Código Civil francês, expandiu-se para o direito e inspirou o Código Civil de 1916. Também o Código Civil de 2002 adota o ato ilícito como causa da responsabilidade civil, estabelecida no Art. 186²⁸ como fonte de obrigação de indenizar, constituindo-se assim a responsabilidade subjetiva como regra.

Diante do desenvolvimento tecnológico da era moderna, evidenciou-se a multiplicação das oportunidades e das causas de dano onde a responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para cobrir todos os casos de reparação, pois, nem sempre o lesado conseguia provar a existência da culpa (PEREIRA, 2005, p. 260). Dentro desse contexto “se esboçou e tomou corpo a teoria da responsabilidade sem culpa”, ou seja, a responsabilidade objetiva que contrariamente a exigência de ser a responsabilidade uma resultante da culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outra, assenta-se na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. (STOCO, 2004, p. 109).

Na visão de Alvim (apud GONÇALVES, 1995, p. 18):

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.

O entendimento de Von Ihering, de que não podia haver responsabilidade sem culpa, foi repensado e positivado pelo legislador constitucional no Art. 37, § 6º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, que ressalva a possibilidade de responsabilidade objetiva nas hipóteses que especifica, como também de outras leis especiais como é o Código de Defesa do

²⁸ 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. (PINTO; WINDT; SESPEDES, 2007).

Consumidor. Essa inovação foi incluída também no Código Civil no Art. 927, parágrafo único²⁹ que, prevê a responsabilidade objetiva (independentemente de culpa) quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para o direito de outrem.

Conforme a teoria objetiva, todo dano é indenizável, devendo ser reparado por aquele que se liga a ele pelo nexo de causalidade, independentemente de culpa. O comportamento doloso ou culposo não tem tanta importância, basta o nexo de causalidade entre ato do agente e dano causado à vítima, para que o dever de indenizar surja. Não é exigida a prova da culpa do agente para que o mesmo seja obrigado a reparar o dano; em alguns casos a reparação do dano é presumida pela lei.

A teoria objetiva baseia-se no princípio da equidade: quem lucra com uma situação responde pelos riscos ou desvantagem decorrentes. A atividade desenvolvida pelo agente cria risco de dano para terceiro daí chamar “teoria do risco”³⁰.

²⁹ Art.927 - Aquele que, por ato ilícito (Arts. 186 e187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (PINTO; WINDT; SESPEDES, 2007).

³⁰ Amaral (2003, p. 569); Venosa (2003, p. 17) explicam: [...] quem com sua atividade, cria um risco deve suportar o prejuízo que sua conduta acarreta, ainda porque essa atividade de risco lhe proporciona um benefício [...] cuida-se do denominado “risco – proveito” [...].

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A especialização do saber médico alterou substancialmente, a relação médico/paciente a partir do século XX. Até então, como registra Aguiar Junior. (2006, p. 133), “o médico era visto como o profissional cujo título garantia a onisciência”. Sua intervenção era de “amigo e conselheiro” e não era admitida “dúvida” sobre a qualidade de seus serviços e, menos ainda, “a litigância sobre eles”. O ato médico se resumia na relação entre uma confiança (a do cliente), e uma consciência “a do médico”. (REALE apud AGUIAR JUNIOR, 2000, p. ??) até algum tempo atrás, “o dano advindo da atuação do médico era tido como inevitável. Raro, nesses casos, buscar-se reparação”. (GOMES apud KFOURI NETO, 2003, p. 22).

Na modernidade, a par das imensas comodidades geradas para a sociedade, novas situações de risco foram introduzidas e atividades profissionais necessariamente tiveram que ajustar-se aos novos tempos, “em virtude dos extraordinários avanços no campo da ciência moderna”. (REIS, 2000, p. 229). Sob esse aspecto, a sociedade passou a exigir maior precisão no desempenho e aplicação do conhecimento médico, tanto quanto resultados mais eficazes na cura do paciente. O profissional médico é atualmente mais responsável que o seu antecessor do século e milênios passados, porque se trata de técnicos, na sua maioria, altamente qualificados, que dispõe de uma parafernália de equipamentos e substâncias de maior potencial ofensivo destinada à cura das enfermidades (REIS, 2000, p. 230). Da mesma forma, afirma Stoco (2004, p. 396), que a caracterização da medicina moderna pela competência e eficácia de resultados fez com que se exacerbasse “a suspeita e a prevenção do paciente para com o médico”. No entanto, a atividade médica é indispensável à sociedade, no que se refere ao direito à saúde, constitucionalmente protegido.

No exercício da medicina subordina-se o profissional a um conjunto de normas e princípios disciplinados no “Código de Ética e em normas estatutárias de seus órgãos corporativos, como também encontra disciplina no texto constitucional” (TEIXEIRA, 2000, p.191), acrescido de legislação infraconstitucional como o Código de Defesa do Consumidor (Art. 4º, 6º, 14, 47, 51, 54), o Código de Processo Civil (Arts. 333, 335, 436), Código Penal (Arts. 121, 129, 282) e o Código Civil.

Assinala Kfourri Neto (2003, p. 24):

A importância e a necessidade dos serviços dos profissionais da medicina fazem com que o Estado exija título reconhecido para o exercício dessa atividade configurando o chamado monopólio médico. Tudo isso, entretanto, não torna o médico imune a responder pelos danos que praticar, preenchidos os requisitos legais.

Entretanto, assistiu-se, no direito contemporâneo uma mudança de enfoque na atribuição da responsabilidade médica, passando-se de uma tradicional debilidade, quando se entendia que qualquer dano ou mal advindo do tratamento era inevitável, para um panorama bastante diferente, não só de proteção ao lesado como também do convencimento deste em atribuir sempre a uma má prática médica resultado prejudicial da atividade curativa. Ambos os extremos são criticáveis (GOMES apud KFOURI NETO, 2003, p. 22).

5.1 RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Citado pela doutrina em geral o médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício de sua profissão, conduta exigível de acordo com o estado da ciência e as regras consagradas pela prática médica. (AGUIAR JUNIOR, 2000, p. 140). São enunciados como deveres do médico: 1) conselhos; 2) cuidados; 3) abstenção de abuso e desvio de poder. (DIAS apud AGUIAR JUNIOR, 2000, p. 140). O primeiro deles envolve o dever de informação, sendo necessário que o médico instrua seu cliente, naquilo que “concerne às precauções exigidas pelo seu estado”. (DINIZ, 2001a, p. 650). Deve, assim, “informar exhaustivamente o paciente de seu real estado, esclarecendo-lhe, e aos seus familiares, sobre o quadro existente, os riscos prováveis aconselhando e orientando, com a necessária habilidade para não levar o paciente ao desanimo ou mesmo ao desespero”. (TEIXEIRA, 2000, p. 192).

O ponto crucial que decorre do dever de conselho e informação é a necessidade de obter o consentimento do paciente para a indicação terapêutica e cirúrgica. Sobre este consentimento escreve Aguiar Junior (2000, p. 140), que toda

vez que houver um risco a correr, é preciso contar com o consentimento esclarecido, só dispensável em caso de urgência que não possa, de outro modo, ser superada, ou de atuação compulsória. Nesse sentido, disciplina o artigo 46 do Código de Ética Médica, que veda ao médico efetuar qualquer procedimento médico sem o prévio esclarecimento e consentimento do paciente ou de seu responsável. Pela ótica da relação contratual entre o médico e o doente, é o consentimento, condição indispensável para a formação do contrato.

Para Kfoury Neto (2003, p. 42):

Paralelamente a essa relação contratual, quando ela existe, ou em sua ausência, o consentimento é, na perspectiva de direito público, expressão de uma liberdade fundamental do indivíduo: de recusar – consciente das conseqüências da recusa – sofrer o mínimo dano à sua integridade corporal. Por isso, a jurisprudência sempre exigiu que o consentimento do paciente seja obtido previamente à execução de todo ato médico.

Cuidar do enfermo com zelo e diligência utilizando todos os recursos da medicina, é o dever de cuidado em que o profissional assume obrigação de meio, já que não tem o dever de curar, não podendo ser imprudente, negligente ou agir com imperícia (C.C. Art. 951)³¹, sob pena de responder por dano moral e ou patrimonial que culposamente acarretar (CDC, Art. 14, § 4º)³², cabendo-lhe provar que não agiu com culpa. (CDC, Art.6º, VIII)³³. Também quanto ao dever de abster-se de abuso ou desvio de poder “este abrange a obtenção de consentimento para realização de qualquer procedimento, desde que possível em razão do estado do

³¹ Art. 951 do Código Civil. O disposto nos arts. 948 949 e 950 aplicam-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. (PINTO; WINDT; SESPEDES, 2007).

³² Art. 14 do Código de Defesa do Consumidor – O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeito relativos à prestação dos serviços, bem como por transformações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e risco. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 291).

³³ Art. 6º do Código de Defesa do Consumidor – São Direitos básicos do consumidor: (...) VIII – A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímel a alegação ou for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências. (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 216).

paciente” (VASSILIEFF, 2006, p. 502), respeitando-se os direitos personalíssimos do paciente como fundamenta o Art. 15 do Código Civil³⁴.

É obrigação legal do médico o sigilo, previsto no Art. 102 do Código de Ética Médica, o qual disciplina a obrigação de não revelar fatos ou confidências que lhe tenham sido revelados no exercício da profissão. A violação do sigilo pode acarretar a responsabilização do médico exceto no estado de necessidade, tal qual a indispensabilidade da revelação para impedir um crime contra bem jurídico de maior relevância como a vida; ou o legítimo interesse pessoal do médico em face de seu cliente (VASSILIEFF, 2006, p. 508). A abrangência do sigilo é ampla alcançando toda a informação ou resultado de exame e procedimentos clínicos ou cirúrgicos.

Para a configuração da responsabilidade médica, ensina Tepedino (1999, p. 26), deve-se anteriormente determinar quais são os deveres de boa-fé, de conduta, e contratuais que foram, pelo direito brasileiro positivados acerca desses profissionais:

[...] os quais seriam: a) o dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico e prognóstico; b) o emprego de todas as técnicas disponíveis para a recuperação do paciente, aprovadas pela comunidade científica e legalmente permitidas; c) a tutela do melhor interesse do enfermo em favor de sua dignidade e sua integridade física e psíquica. TEPEDINO (1999, p. 26)

Essa responsabilização é objeto de estudo desse trabalho, onde pretende-se analisar o enfoque da responsabilidade médica nos procedimentos de reprodução assistida.

5.2 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

Na análise da natureza jurídica observa-se, segundo a doutrina, que a responsabilidade civil do médico é de natureza contratual e extracontratual. Com o advento do Código de Defesa do Consumidor a responsabilidade médica deve ser

³⁴ Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. (PINTO; WINDT; SESPEDES, 2007).

examinada primeiramente pela prestação de serviço direta e pessoal do médico como profissional liberal e em segundo decorrente da prestação de serviços de forma empresarial (CAVALHIERI FILHO, 2006, p. 391).

Quanto à espécie de contrato, para alguns é considerado como contrato de prestação de serviços e para outros um contrato “*sui generis*”. Pode também ocorrer na modalidade extracontratual quando nos atendimentos emergenciais ou nas hipóteses de inconsciência de paciente desacompanhado. Também é citado como responsabilidade a resultante de ato ilícito (VASSILIEFF, 2006, p. 501).

O médico assume a obrigação de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos de acordo com as aquisições da ciência, entretanto, não se compromete a curar, mas empregar em seus serviços regras e métodos da profissão além de cuidados e conselhos. Assim, como afirmam os autores (DIAS; MONTENEGRO; PEREIRA; RODRIGUES apud CAVALHIERI FILHO, 2006), a obrigação assumida pelo médico é de meio não de resultado e, caso o tratamento não produza o efeito esperado “não se pode falar, só por isso em inadimplemento contratual”. A responsabilidade médica “embora contratual, é subjetiva e com culpa provada”. (CAVALHIERI FILHO, 2006, p. 392).

No Art.14 § 4º do Código de Defesa do Consumidor evidencia-se a exceção à responsabilidade objetiva por estabelecer que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Grandes empecilhos dificultam a prova da culpa, dentre eles o espírito de corporativismo e a conspiração do silêncio (VASSILIEFF, 2006, p. 504). Mesmo sendo esta imprescindível, os tribunais são severos na exigência da mesma; apenas erro grosseiro no diagnóstico, na medicação, no tratamento desenvolvido, ou injustificável omissão na assistência e cuidados aos doentes, entre outras são aceitas. Outra dificuldade refere-se ao aspecto essencialmente técnico da matéria que muitas vezes requer prova pericial, sendo que o perito, apesar de mais elevado que seja o seu conceito, “não raro, tende a isentar o colega pelo ato incriminado”. (CAVALHIERI FILHO, 2006, p. 393). Aplicando-se tanto a responsabilidade contratual quanto a extracontratual necessário se faz a ocorrência do dano, resultante de ação ou omissão voluntária (dolo) ou de negligência, imprudência ou imperícia (culpa em sentido estrito) e que seja provado o nexo de causalidade entre culpa e dano. (MAGALHÃES apud VASSILIEFF, 2006, p. 502).

5.3 ERRO MÉDICO

O problema do erro médico se reveste de dificuldade, pois trata-se “de profissão que exige apurado conhecimento técnico e extrema diligência em sua atividade” envolvendo o tratamento de pessoas e em cujo trabalho o erro poderá ser fatal e irreversível (REIS, 2000, p. 238). Entretanto, “o erro ocorre em todas as profissões. O problema é que o médico lida com a vida humana e em situações muitas vezes imprevisíveis, o que torna seu erro mais dramático” (CAVALHIERI FILHO, 2006, p. 395). Espera-se do médico, habilidades compatíveis com o exercício de sua profissão, embora saiba-se que o médico não é infalível. Num enfoque jurídico, erro médico é o mau resultado involuntário, oriundo de falhas estruturais, das condições de trabalho e dos equipamentos insuficientes para um satisfatório atendimento, ou de trabalho médico danoso ao paciente que possa ser caracterizado como imperícia, imprudência ou negligência (Código de Ética Médica) gerando dever de indenizar.

Na avaliação do erro pode ser observada a classificação de erro em: a) erro de tratamento; b) erro de diagnóstico e prognóstico; c) erro na dosagem de medicamentos; lembrando que em todas essas hipóteses, o médico deverá ter agido com imperícia, imprudência ou negligência.³⁵

O médico responde também por fato de terceiros que a ele se subordinarem e de alguma forma atuem no atendimento ao paciente. A responsabilização é independente de demonstração de culpa em vigiá-los, bastando a prova do dano, do nexo de causalidade e de culpa de seu preposto para que ele seja obrigado a indenizar os danos materiais e morais advindos ao paciente (VASSILIEFF, 2006, p. 505).

³⁵ DINIZ (2001, p. 685) define anteriormente imperícia como o despreparo técnico ou intelectual ocorrendo caso o médico faça mal o que deveria ser bem feito; quando pratique ato sem saber o que deveria ter conhecimento em razão de seu ofício ou; quando deixe de observar normas técnicas por despreparo prático. Como imprudência, o médico por ação ou omissão vem assumir procedimentos de risco para o paciente não respaldado cientificamente ou sem os esclarecimentos devidos a parte interessada. E finalmente, por negligência entende o fato de um médico não fazer o que deveria ser feito. O profissional age com descaso e falta de observância aos deveres exigidos pela situação em que se encontra.

5.4 DANO

O dano é pressuposto da responsabilidade civil já que sem dano efetivo não há obrigação de indenizar. O dano pode ser físico, material e moral.

Na Europa há entendimento da doutrina quanto ao dano biológico que não se confunde com o dano moral. Já no direito brasileiro, esse dano tem apenas interesse acadêmico, devido a ampla reparabilidade do dano moral e patrimonial (Art. 5º, V e X. da CRFB/88, e art. 186 do CCB). Os prejuízos à pessoa podem ser de natureza diversa provocando morte, doenças, incapacidades orgânicas ou funcionais; gerando conseqüências de ordem psíquica sexual ou social; frustrando o projeto de vida da vítima, atingindo não apenas o paciente como também familiares seus. (AGUIAR JUNIOR, 2000, p. 170). O médico responderá pelo dano decorrente da sua ação, agravado pelas condições pessoais do paciente, pois esse resultado mais grave estava na linha de causalidade posta pela ação do médico (AGUIAR JUNIOR, 2000, p. 171).

5.5 RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

O vínculo de causa e efeito entre culpa e dano é o denominado nexos causal, que haverá de existir entre o autor da ação indenizatória e o dano, para que este reclame a reparação. Deve assim, o autor da ação “provar que sem o erro cometido, culposamente pelo facultativo, não teria o paciente sofrido a lesão”. (TEODORO JUNIOR, 2000, p. 127). Esse laço causal deve ser demonstrado às claras, atando as duas pontas que conduzem à responsabilidade. Se a vítima sofre o dano, mas não se evidencia o liame de causalidade com o comportamento do réu, improcedente será o pleito indenizatório”. (KFOURI NETO , 2003, p. 110).

Para a prova do nexos de causalidade há várias teorias teoria da equivalência das condições causais, teoria da causalidade adequada e teoria da causa própria no entanto, KFOURI NETO (2003, p. 111), explica:

Na responsabilidade civil, não se dá adoção obrigatória de uma dessas teorias, devendo a análise do nexo causal levar em linha de conta os fatores que podem ligar a ilicitude da conduta ao resultado produzido. KFOURI NETO (2003, p. 111)

Pode ainda o nexo causal ser destruído pela prova de caso fortuito ou de culpa exclusiva da vítima. No entanto, se somada ao caso fortuito e a culpa do ofendido ocorreu também a culpa do médico, este terá o dever de indenizar, porém com *quantum* reduzido.

5.6 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO FRENTE AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Os serviços médicos no Brasil tanto clínicos como os de hospitais, prestados de forma individual ou coletiva, submetem-se às normas do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90, Arts. 2º, 3º, 17 e 29. Portanto, fixa-se a aplicação simultânea do Código de Defesa do Consumidor, do Código de Ética Médica (Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1246, de 08/01/88), e das regras subsidiárias sobre responsabilidade médica e prestação de serviços do Código Civil de 2002, sempre sob as linhas guias e mandamentos da Constituição Federal de 1988. (MARQUES, 2004, p. 12).

No Código de Defesa do Consumidor, a atividade médica tem regulada a responsabilidade do profissional que a desenvolve sob a epígrafe “Da Responsabilidade pelo Fato do Serviço”, mais precisamente no seu Art. 14, § 1º incisos I, II e III.

Em princípio, como a regra geral, em se tratando de relação de consumo, é a responsabilização objetiva do fornecedor, constata-se que também a prestação de serviços médicos “estaria sujeita a este regime, não fosse a clara exceção contida no parágrafo 4º do referido Art.14”, que mantém, relação aos profissionais liberais, responsabilização pessoal “apurada mediante a verificação de culpa”. (KRIGER FILHO, 2005, p. 41). Comprovando essa verificação de responsabilidade o Código em todo o seu sistema prevê uma única exceção ao

princípio da responsabilização objetiva para os acidentes de consumo: os serviços prestados por profissionais liberais”. (BENJAMIN , 1991, p. 79).

A adoção de um regime diferenciado de responsabilidade para o médico origina-se na diferença entre as “obrigações de meio” (em que o devedor se compromete a utilizar todos os esforços ao seu alcance para atingir um fim) e as “obrigações de resultado” (aquelas em que o devedor se compromete a obter determinado fim)”. (KRIGER FILHO, 2005, p. 41). Com referência à discussão jurídica acerca do disposto no Art. 927 § único do Código Civil atual, envolvendo teoria do risco, pode-se recorrer ao direito comparado em que o médico na maioria dos outros países é responsabilizado somente quando é constatado o seu “afastamento” daquela “norma” comportamental capaz de evitar os acidentes decorrentes da sua atuação, caracterizador da sua culpa profissional geralmente denominada “erro médico” ou de “diagnóstico”. (KRIGER FILHO, 2005, p. 42).

KFOURI NETO (2003, p. 186), alerta para o fato de que:

[...] os serviços prestados pelos médicos têm natureza especialíssima. Viver já envolve toda sorte de riscos. Intervir no corpo humano potencializa esses riscos”, portanto “ o dano médico deve ser apreciado a partir da análise do elemento subjetivo, da culpa [...].

Quanto ao caráter contratual da relação médico-paciente a preocupação jurídica estatui-se sobre pontos fundamentais como: a informação; a cláusula de não indenizar; e, no aspecto processual, a inversão do ônus da prova e a prescrição. Em relação ao dever de informação deve-se lembrar que dele muitas vezes depende o sucesso do tratamento, portanto, a informação deve ser prestada pelo médico de maneira clara e precisa, de forma a respeitar o direito do paciente de receber todas as informações necessárias ao tratamento e medicamentos que lhe são ministrados. Na relação contratual existente entre médico e paciente a necessidade da observância desse dever de informar está disposto no Código de Defesa do Consumidor, em seu Art 6º,III (informação adequada e clara sobre os diferentes produtos, serviços e riscos que apresentem), e no Art. 14 (a responsabilidade por informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição dos serviços e seus riscos).

Sobre a necessidade de informação destinada ao paciente TEPEDINO (2000, p. 47.) ensina:

O dever de informação diz com os riscos do tratamento, a ponderação quanto às vantagens da hospitalização ou das diversas técnicas a serem empregadas, bem como a revelação aos prognósticos e ao quadro clínico e cirúrgico, salvo quando esta informação possa afetar psicologicamente o paciente [...]. O dever de informação implica a necessidade de consentimento do paciente no que tange às praticas a serem empregadas [...].

Em matéria de serviço médico e de saúde, é muito importante a figura do consentimento informado e do acesso às informações médicas. Tais informações “contratuais são preenchidas e ficam sob o controle dos médicos, mas a elas tem direito de acesso o consumidor, pois são importantes meios de provas e da boa-fé da conduta dos vários profissionais médicos envolvidos nos serviços” (MARQUES, 2004, p. 20) havendo, inclusive assegurados esses direitos pela Constituição Federal em seu Art. 5º XIV – É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Encontram-se citações na doutrina a respeito da estipulação no contrato médico-paciente de cláusula de irresponsabilidade ou de não indenizar Tal pactuação encontra proibição no Código de Defesa do Consumidor por meio do Art. 25³⁶.

Tais cláusulas em contratos médicos ensejariam efeitos jurídicos resultantes de vício de consentimento, fato não admitido nas relações de consumo pelo ordenamento como também dispõe o Art. 6º, IV e VI do Código de Defesa do Consumidor.

Para apuração de responsabilidade do médico e aferição de culpa a regra é a de que compete ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu os modificativos ou extintivos dos direitos. Entretanto, no contrato médico o juiz pode determinar a inversão do ônus probatório no intuito de atender ao princípio da facilitação da defesa dos direitos do consumidor instituídos pelo Art. 6º VIII do

³⁶ Art. 25 - É vedada a estipulação contratual de clausula que impossibilite exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores. (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 414).

Código de Defesa do Consumidor, desde que haja no processo os requisitos da verossimilhança das alegações ou da hipossuficiência do paciente. No entanto, cumpre esclarecer, que a inversão do ônus da prova aplica-se exclusivamente à prova da culpa, pois a prova do dano e do nexo de causalidade cabem sempre à vítima.

Finalmente, deve-se lembrar que a responsabilidade médica no Código de Defesa do Consumidor está ligada ao fato do serviço (Seção II – Capítulo IV, Art. 27), estatuiendo-se que a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou serviço prescreve em 5 anos. Esse quinquênio legal inicia-se a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

6 A INCIDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

O progresso do conhecimento científico e de suas aplicações tecnológicas surpreendeu a toda a sociedade por resultar de um processo extremamente rápido. Devido à complexidade das relações sociais onde essas novas descobertas operam, efeitos jurídicos, por vezes inesperados ou imprevisíveis, surgem, gerando discussões e solicitando à doutrina a determinação dos limites da licitude dessas intervenções.

As técnicas de Reprodução Assistida são, na sociedade contemporânea, uma realidade na solução de problemas que derivam da infertilidade humana facilitando a reprodução bem como, possuem finalidade secundária ou complementar que é a prevenção de enfermidades genéticas ou hereditárias. Desse avanço biotecnológico tem derivado discussões que envolvem temas polêmicos como os bancos de sêmen, de óvulos, a utilização de úteros de mães alheias, técnicas de fecundação *in vitro*, material genético e outros que emergem a partir da expansão da ciência.

Perante esse progresso resultam também “questionamentos sobre a existência de regras ou princípios informativos de condutas, superpostas a preceitos dos ordenamentos positivos”. (BARRACHO, 2002, p. 72). Do mesmo modo as preocupações filosóficas e jurídicas procuram uma compreensão dos limites inerentes ao respeito à vida, à dignidade humana, à liberdade, à igualdade e à segurança que se somam às questões da deontologia profissional e códigos supranacionais.

Nesse panorama complexo, o direito contemporâneo encontra o desafio de atuar tendo seus conceitos e institutos básicos como o de pessoa, responsabilidade, propriedade, contrato e família “sob o fogo cerrado da contestação, advindo das dificuldades e mesmo impossibilidades de essas categorias jurídicas servirem como instrumentos para a solução de novos tipos de conflitos, surgidas no seio dessa civilização”. (BARRETO, 2001, p. 58). Essa nova realidade social, característica da civilização técnico-científica tem, no substrato dos problemas advindos da especialização científica, a indagação ética acerca das aplicações tecnológicas e em última instância “a responsabilidade da pessoa

humana em virtude de sua ação, omissão, ou por fato natural”. (BARRETO, 2001, p. 63). Conforme o entendimento de Labrusse (apud LEWICKI, 2001, p. 63), “o estudo da responsabilidade civil, vem, historicamente, apresentando-se como um dos melhores terrenos para observar as evoluções e mudanças que afetam os diferentes domínios da vida em sociedade: um reflexo das reações da sociedade a estas transformações, em suma”.

De forma ampla a responsabilidade civil médica é perceptível em diversas situações procedimentais da prática médica dependendo da especialidade, todavia, nesse estudo privilegiou-se a responsabilidade civil médica especificamente nos procedimentos da Reprodução Assistida sustentados nas considerações anteriormente realizadas a respeito da responsabilidade médica³⁷.

A questão da responsabilidade no campo da Reprodução Assistida tem sido buscada nos Códigos de Ética médica, e na legislação que por muitos é considerada incipiente. A relação que se forma entre médico e paciente na Reprodução Assistida apresenta certas particularidades já no início do seu vínculo, posto que a cura é objetivo de todo profissional da medicina, porém, na Reprodução Assistida não se busca a cura da esterilidade e sim tratamentos que atuem como “meio legítimo de satisfazer o desejo efetivo de ter filhos”. São, conforme palavras de Leite (1995, p. 26), “tratamentos capazes de dar filhos a quem a natureza negou”.

Ocorre no vínculo médico-paciente uma relação contratual que envolve por um lado o paciente que procura pelos serviços especializados do profissional e de outro, o médico, profissional que detém o conhecimento especializado na área médica. (LEITE, 1995, p. 238).

Esse tipo de serviço diferencia-se da prestação de serviços cotidianos de tratamento de saúde, pois, deve-se levar em conta que o “objeto dessa prestação de serviço médico é a procriação” e “a negociação recai sobre a possibilidade da realização de um desejo, facilmente vista como a promessa de realização de um sonho”. (MONTENEGRO, 2004, p. 196).

Na Reprodução Assistida, mesmo realizando-se todos os exames necessários para investigar-se as causas da hipofertilidade “acontece, para mais de

³⁷Optamos, embasados no encaminhamento mais didático, não vincular a responsabilidade médica aliada a uma clínica, buscando demonstrar a responsabilidade do médico responsável pelo ato – responsabilização do profissional em si. Há, porém casos em que a reprodução assistida é realizada em clínicas e estabelecimentos hospitalares os quais, em determinadas situações, como por exemplo, na falta de equipamento, poderão ser responsabilizados objetivamente.

um casal em cada dez que se consultam, que nenhuma explicação conclusiva pode ser encontrada”, (TESTART, [199-], p. 29) portanto, a medicina não dissipou todas as dúvidas e lida ainda com muitas incertezas nesse ramo.

Tais incertezas conferem ao casal vulnerabilidade sendo este o motivo que confere à Reprodução Assistida destaque ao núcleo de deveres extrapatrimoniais que os profissionais devem observar no atendimento de seus pacientes e que aliados aos procedimentos da intervenção técnica definem a função jurídica do contrato. (TEPEDINO, 2000, p. 43). Nesse diapasão, é necessário que o atendimento médico aos casais que buscam por esses procedimentos deva revestir-se de caráter personalizado e de um extremo cuidado quanto aos aspectos da investigação das causas da infertilidade, tomando-se cada situação como particular.

Lembra muito bem Moraes (apud LEITE, 1995, p. 237) que:

[...] o médico não poderá frustrar nunca as esperanças que o paciente deposita nele.[...] o médico não poderá criar expectativa maior do que aquela que o doente pode ter. Ele deve transmitir esperança sem criar ilusão.

É, então, firmado entre médico e paciente um contrato de prestação de serviços médicos, disciplinado pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/98. Sobre a natureza do contrato autores renomados divergem: Costa (apud LEITE 1995, p. 238) afirmou, de forma inédita, que:

Entre médico [...] de um lado e, outro, o cliente, há sempre [...] um contrato de locação de serviços [...] se os recursos empregados pelo profissional não satisfizerem [...] houve inexecução de uma obrigação preexistente e, pois um caso de culpa contratual.

Dias (1979, p. 281) defende a idéia de contrato *sui generis* baseando-se na “idéia de elevação da natureza dos serviços médicos acima da simples locação de serviços”.

Para Bittar (apud LEITE, 1995, p. 239) é prestação de serviços “por meio do qual uma pessoa põe à disposição de outra, mediante retribuição a sua energia pessoal, enquanto força de trabalho”. Tepedino (2000, p. 42), afirma que a questão da natureza jurídica da relação instaurada entre médico e paciente “pode

ser considerada como uma locação de serviços *sui generis* agregando à prestação remunerada dos serviços médicos um núcleo de deveres extrapatrimoniais essencial à natureza da avenca. Daí a dificuldade de enquadrar os serviços médicos na disciplina da locação”.

Para Dias (1996, p. 442):

A utilização das técnicas de procriação medicamente assistida tem de ater-se ao respeito dos princípios jurídicos fundamentais em matéria de protecção da família, filiação e direitos do nascituro a uma correcta inserção familiar e bem assim dos direitos invioláveis do homem [...].

Na fase pré-contratual, revela-se a necessidade de se observar o dever de informação incluído nos deveres anexos dos contratos impostos pelo Art. 6º III do Código de Defesa do Consumidor. Nessa fase as informações são fundamentais para a decisão do casal. Conforme estatui o Código de Defesa do Consumidor, nessa fase tratativa quando o contratante escolhe de forma livre (Art. 6º, II), racional e informada (Art. 6º, III, 8º, 10, 12, 14, 18, 20, 30, 31, 33, 34, 35, 46, 51, 52 e 54 do C.D.C) é dever anexo o dever de informar. “Essas informações prestadas passam a ser juridicamente relevantes, integram a relação contratual futura” e, “assim sendo, os deveres de informação nos contratos de prestação de serviço aplicam-se nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual”. (FABIAN, 2002, p. 19).

No contrato médico verifica-se junto ao dever de informação o princípio da boa-fé. O paciente, conforme expõe Tepedino (2000, p. 51):

[...] deve obter informações necessárias para que o seu consentimento seja expressão de uma livre avaliação das circunstâncias que cercam o seu estado de saúde [...] conhecer, portanto, os riscos de cada intervenção, os custos do tratamento e o período ideal para realizá-lo, as vantagens e desvantagens da terapia adotada, tudo isso expressa o princípio da boa-fé anteriormente à celebração do contrato de atendimento médico e durante a sua execução.

O dever de informar, na reprodução assistida, é indispensável, e deve envolver, além de dados estatísticos, amplo esclarecimento a respeito dos riscos que podem advir de tais procedimentos.

Aos usuários das técnicas de RHA não é descrita, muitas vezes, de forma apropriada, a real dificuldade que encontrarão, na tentativa da obtenção do resultado sonhado. A informação pode ser passada aos usuários de forma não expressa no papel, como pode ocorrer por meio de decoração de um consultório, clínica, ou hospital, por exemplo. Fotos com crianças saudáveis e sorridentes, nascidas da Reprodução Assistida penduradas nas paredes das salas e corredores, podem se transformar em uma promessa de realização estampada no sucesso de outros. A esperança pode impedir que a escolha do (s) usuário (s) seja fundada na manifestação da vontade racional, ponderada e confrontada com os reais riscos e problemas enfrentados por aqueles que optam pelo emprego de RHA (MONTENEGRO, 1999, p. 196).

Ainda, com respeito ao dever de informação, deve-se lembrar, que o mesmo implica na necessidade de consentimento do paciente na aceitação do tratamento. O consentimento pode ser visto como um documento formal previsto como obrigatório pelo Código de Ética Médica e, nos casos da Reprodução Assistida tratado pela Resolução nº 1358/92 do Conselho Federal de Medicina, no qual:

[...] as partes e o médico registrarão a troca de informações no intuito de esclarecer as características do procedimento médico e tecer os limites desse procedimento afim de que haja a emissão da vontade racional do casal anuindo com a técnica adotada (MONTENEGRO, 1999, p. 193).

A inobservância dessas imposições, o dever de informação e consentimento, ensejará a responsabilidade civil do médico no campo patrimonial ou moral. O médico que viola um desses deveres pratica uma ação que surge como primeiro pressuposto de sua responsabilidade civil. A esse pressuposto soma-se a culpa, nas modalidades de imprudência, negligência e imperícia.

Alude Tepedino (2000, p. 51):

[...] que todos esses deveres, que se encontram presentes na relação médico-paciente e cuja violação poderá determinar a responsabilidade do profissional pelo dano causado, hão de ser interpretados à luz do princípio da boa-fé objetiva, principio introduzido pelo Código de Defesa do Consumidor e que se expressa não somente durante a execução do contrato mas também nas fases pré e pós-contratual.

A responsabilidade do profissional médico baseia-se na culpa como estatui o Art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor.

Algumas circunstâncias peculiares ao campo da reprodução assistida devem ser observadas com cautela quanto à responsabilização do médico, pois, envolvem circunstâncias especiais que podem repercutir na esfera civil, gerando pedidos de indenização por danos causados. Frisando sempre a obrigatoriedade de se verificar o nexo de causalidade.

Ancorados nos estudos de Lewicki (2001, p. 138), pode-se relacionar situações como a de obrigação referente ao depósito, descarte, cessão sem autorização e perda de material genético. A obrigação nesse caso é de resultado³⁸ demonstrado pela existência de contrato válido e inocorrência do efeito avençado (guarda adequada), o profissional deve ser responsabilizado devendo provar que sua conduta não foi culposa (rompimento de nexo de causalidade, como nos casos fortuitos e de força maior).

Outra hipótese de responsabilização do médico pode ocorrer quando da cessão de material genético congelado ou de embriões criopreservados para a viúva, após morte de doador; ou para a mulher, após separação do casal sem que haja estipulação prévia do de cujus.

Nesse sentido a resolução do Conselho Federal de Medicina determina que no momento da criopreservação a vontade do casal seja expressa por escrito.

Também é aventada a hipótese de responsabilização do médico que infringe o dever de sigilo excetuando-se casos em que haveria a verificação de um interesse superior determinada por autoridade judiciária, notadamente nos casos de filiação e paternidade. O médico poderá ser responsabilizado quando em despreço a tutela constitucional da intimidade divulga o nome dos pacientes, bem como o diagnóstico e os resultados obtidos no tratamento, ferindo o Art. 5º X da Constituição Federal.

Outra forma de inobservância de obrigação que pode caracterizar responsabilização do profissional, cabendo a ele atestar a ausência de culpa, refere-

³⁸Obrigação de Resultado – é aquela em que o prestador de serviços se compromete a atingir efetivamente o fim desejado pelo contratante, descumprindo o compromisso se não vier a alcançá-lo, salvo se o fim não for alcançado por culpa exclusiva ou concorrente do próprio tomador de serviço. (ALVIM, 2000, p. 221).

se a transferência de número excessivo de embriões para o útero da paciente, resultando em dano à saúde da gestante. Mesmo tendo informado a paciente o médico não pode descuidar da tutela do melhor interesse da saúde da paciente, além de ser regra do Conselho Federal de Medicina. Nesse caso também com o nascimento de todos os embriões, pode o médico, ser condenado a indenizar por danos patrimoniais, pois o número de filhos excederia o recomendado pelas normas técnicas.

Quando analisa a possibilidade desses fatos ocorrerem no procedimento de Reprodução Humana Assistida, Lewicki (2001, p. 132), elenca ainda hipóteses referentes a eventuais pedidos de indenização por malformações, problemas de saúde das crianças geradas, problemas estes advindos da não observância dos cuidados esperados nos procedimentos técnicos. Cita o autor referido que “há de ser responsabilizado o profissional (ou centro) que não realizar uma seleção dos doadores de sêmen com intuito de evitar o uso de gametas procedentes de portadores do vírus transmissor da Aids” (Lewicki, 2001, p.135).

Finalmente, lembra Leite (1995, p. 240) que “a todo erro médico deve ser o profissional legalmente responsabilizado”, entendendo-se por erro médico “a ação ou omissão do médico que no exercício profissional, causa dano à saúde do paciente³⁹. O médico vincula-se ao paciente por meio de obrigações de meio “o devedor se compromete a empenhar os seus melhores esforços com vistas a um resultado cuja obtenção, no entanto, escapa ao seu compromisso”. Tepedino (2000, p. 44).

Tem-se por cumprido esse contrato quando a atividade tenha sido realizada dentro dos padrões normais exigidos pelas circunstâncias. O descumprimento do dever contratual constituindo-se em obrigação de meio deve ser provado mediante a prova de imprudência, negligência e imperícia. Portanto, a responsabilidade do facultativo depende substancialmente de seu comprovado

³⁹KFOURI NETO (2003, p. 70) relata que dentre as inúmeras situações que podem resultar em responsabilização do profissional ou do laboratório na reprodução Assistida está a quebra de frasco contendo embrião onde afirma por não haver tipicidade, crime não há mas, reparação por dano moral se é impossível coletar outro óvulo para nova inseminação. Outro relato é de uma caso onde uma mulher branca, após a morte do marido, que sofria de câncer é depositara sêmen em laboratório especializado aguardando momento oportuno para fertilização do óvulo da esposa e conseqüente procriação, concebeu um bebê negro. O laboratório equivocara-se com o esperma trocando-o. Nesse caso o tribunal de Nova York a indenizar juntamente com o médico responsável. Indenização deve ser também o caso do médico que fertilizava clientes usando o seu próprio esperma sem científicá-las disso. Situações também ligadas à família segundo Paolo Vercelloni gerarão situações que devam ser enfocadas pela responsabilidade civil médica

procedimento culposo. Comprovada a culpabilidade do profissional com repercussão na pessoa do paciente há inevitável indenização. Especificamente, na reprodução assistida não é o nascimento de uma criança que comprova o adimplemento dos deveres do profissional médico, como afirma Lewicki (2001, p.132):

Há casos numerosos [...] nos quais sequer se aproximará de uma gravidez, mas o profissional terá se desincumbido de suas obrigações de modo irretocável. Ao revés, ocorrerão hipóteses onde, verificando-se um prejuízo, nem mesmo a gênese de uma nova vida afastará a responsabilidade do médico que obrou de modo incorreto.

Não resta dúvida que o dano decorrente de privação ou diminuição de bens “como a paz e tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos”. (KFOURI NETO, 2003, p. 95), configura-se como dano moral passível de indenização.

É necessário considerar também o dever lateral de documentação que deriva do princípio da boa fé, o qual exige do médico que participou da relação contratual que coloque à disposição da outra parte a documentação necessária para posteriores averiguações mesmo depois de finalizado o contrato.

O fato é que os procedimentos em Reprodução Assistida são praticamente recentes e os mesmos suscitam questionamentos que carecem de respostas principalmente no universo da responsabilização para assegurar ao paciente que procura pelos serviços nessa especialidade ampla e irrestrita tutela dos seus direitos.

7 CONCLUSÃO

A complexidade das questões delineadas pela Reprodução Humana Assistida tem suscitado a necessidade de um enfoque interdisciplinar, multidisciplinar e transdisciplinar. Empregadas com intuito de sanar uma limitação humana quanto à reprodução, as técnicas de fertilização assistida possibilitaram a interferência no ato de procriar por meio de procedimentos médicos extracorpóreos.

Da mesma forma que trazem diferentes possibilidades de superação da esterilidade, criando esperanças de fecundação para casais que lidam com a angústia da infertilidade, as técnicas de reprodução assistida trazem também consigo inúmeras conseqüências sociais, as quais devem ser analisadas por diferentes disciplinas como a Biologia, a Medicina, a Ética e o Direito. Busca-se com isso um posicionamento que atente para os aspectos de valorização da dignidade da pessoa humana erigida como fundamento pela Constituição Federal de 1988 e lembrada de forma redundante nas declarações de princípios referentes às técnicas de Reprodução Humana Assistida. Desta maneira, direciona-se a preocupação do ordenamento jurídico para a proteção da pessoa humana.

A utilização das técnicas de Reprodução Assistida vincula-se à discussão da existência de um hipotético direito à procriação, por muitos relacionado ao direito à liberdade e ao direito à concepção e descendência. Esse direito é examinado pela doutrina para justificar o acesso e o emprego das técnicas de Reprodução Assistida.

A nova realidade biotecnológica em matéria de reprodução humana fez com que surgisse a preocupação com a carga de responsabilidade civil do médico que realiza esses procedimentos e que deve ser vista em face da lei e, nesse caso, no campo contratual. Essa preocupação reside no fato de que é a responsabilidade um dos melhores terrenos que se apresenta para se observar os efeitos dessa nova realidade da vida em sociedade.

Na atuação do profissional médico em Reprodução Assistida há que se verificar seu procedimento culposo em relação a obrigação de meio. É inequívoco que à responsabilização do profissional acrescenta-se a aferição dos demais deveres contratuais, de conduta e de boa-fé, além dos requisitos formais da

responsabilidade civil. Responsabilidade também elencada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Entende-se que a natureza jurídica da responsabilidade médica nos procedimentos de Reprodução Assistida, relação consensualizada pelo médico e pelo paciente e que encontra na teoria da responsabilidade meios de proteção integral à pessoa, assegurando ao lesado a justa recomposição.

Por fim, vale ressaltar que as ocorrências associadas à Reprodução Assistida, no contexto da responsabilidade civil, devem exacerbar-se, num futuro próximo, posto que esses procedimentos tendem a ampliar-se devido aos velozes avanços da pesquisa em genética. Acrescente-se o fato de que esses desafios que se originam apresentam dimensões sociais que ultrapassam a esfera de relacionamento médico paciente atingindo a sociedade e requerendo posicionamento de caráter moral e político. Ao Direito cabe a responsabilidade de regular o alcance do avanço científico, protegendo o indivíduo dos abusos desse avanço, e, ao mesmo tempo, orientando na preservação da dignidade da pessoa humana.

O desafio que se projeta para o jurista, no campo do desenvolvimento científico, é o de encontrar critérios de responsabilização que reflitam princípios racionais de proteção à pessoa humana, sem, contudo, sufocar o desenvolvimento da pesquisa científica e do progresso.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, R. R. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, S. F. (Coord.). **Direito e medicina**: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2000. p.133-180.

AGUIAR JUNIOR, R. R. Responsabilidade civil do médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.850, p.58-88, ago. 2006.

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

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

ALMEIDA, S. J. A. C. Bioética e direito de personalidades do nascituro. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 7/8, n. 1, p. 273-298, 2003/2004.

ALVARENGA, R. L. L. S. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, C. M. R.; QUEIROZ, J. F. (Coord.). **Biotecnologia e suas implicações éticos-jurídicas**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2004. cap. 9, p. 229-247.

ALVIM J. E. C. Reflexões sobre a responsabilidade civil médica: a tutela antecipatória na ação de reparação. In: TEIXEIRA, S. F. (Coord.). **Direito e medicina**: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002. p. 209-226.

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

ARAÚJO, L. A. D. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BARRACHO, J. A. O. Vida humana e ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito: normas internacionais da bioética. In: LEITE, E. O. (Coord.). **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.169-225.

BARRACHO, J. A. O. Teoria geral da bioética e do biodireito: biomédica. In: TEIXEIRA, S. F. (Coord.). **Direito e medicina**: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002. p. 67-109.

BARBOZA, H. H. Princípios da bioética e do biodireito. **Revista Bioética**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 209-216, 2000.

BARBOZA, H. H. Princípios do biodireito. In: BARBOZA, H.H.; MEIRELLES, J. M. L.; BARRETO, V. P. **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 49-81.

BARBOZA, H. H. Bioética X biodireito e insuficiência dos conceitos jurídicos. In: BARBOZA, H. H.; BARRETO, V. P. (Org.). **Temas de biodireito e bioética**. São Paulo: Renovar, 2001. p.1-40.

BARBOZA, H. H. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, E. O. (Coord.). **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 153-168.

BARRETO, V. P. As relações da bioética com o biodireito. In: BARBOZA, H. H.; BARRETO, V. P. (Org.). **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 41-75.

BENJAMIN, A. H. V. et al. **Comentarios ao código de proteção ao consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BESSA, L. R. **Direitos da personalidade**. Correio Braziliense, Brasília, 18 jun. 2001. Disponível em: < http://www2.correioweb.com.br/cw/2001-06-18/mat_42326.htm>. Acesso em: 14 out. 2002.

BITTAR, E. C. B. **Curso de ética Jurídica**: ética geral profissional. 2. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Novo código civil comentado**. Coordenação Ricardo Fiúza. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto Lei da Câmara n° 54, de 07 de junho de 2002, que transcorre conjuntamente com o Projeto de Lei do Senado n° 90/99. (em discussão).

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed.. Coimbra: Almedina, 2000.

CARDOSO, O. F. **Introdução ao estudo do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1995.

CASABONA, C. M. R. **Do gene ao direito**: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano. São Paulo: IBCCrim, 1999.

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

CAVALHIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

CHAVES, A. **Tratado de direito civil**: parte geral. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, v. 1, t. 1.

COAN, E. I. Biomedicina e biodireito: desafios bioéticos: traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa e da inviolabilidade do direito à vida. In: SANTOS, M. C. C. L. (Org.). **Biodireito**: ciência da vida os novos desafios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 246-261.

CONTI, M. C. S. **Biodireito**: a norma da vida. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DALLARI, D. A. Bioética e direitos humanos. In: COSTA, S. I. F.; GARRAFA, V.; OSELKA, G (Org.). **Iniciação a bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. pt. 3, p. 231-242.

DANTAS, S. T. **Programa de direito civil**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1982.

DIAS, J. A. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Belo Horizonte: Forense, 1979.

DIAS, J. A. **Procriação assistida e responsabilidade médica**. Coimbra: ed. Coimbra, 1996.

DIEDRICH, G. F. Genoma humano: direito internacional legislação brasileira. In: SANTOS, M. C. C. L. (Org.). **Biodireito: ciência da vida os novos desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 214-245.

DINIZ, G. F. C. **Clonagem reprodutiva de seres humanos: análise e perspectivas jurídico filosóficas à luz dos direitos humanos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2004.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004a, v. 7.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 7.

DINIZ, M. H. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001a.

DUARTE, R. **Responsabilidade civil e o novo código: contributo para uma revisitação conceitual**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 850, p.58-88, ago. 2006.

FABIAN, C. **O dever de informar no direito civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FAGUNDES JUNIOR, J. C. P. F. Limites da ciência e o respeito à dignidade humana. In: SANTOS, M. C. C. L. (Org.). **Biodireito: ciência da vida os novos desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 267-281.

FIORILLO, C. A. P.; DIAFERIA, A. Biodiversidade e patrimônio genético. São Paulo: Max Limonad, 1999.

GALLO, P. **Pena private e responsabilitá civile**. Milão: Giuffrè, 1996.

GARCIA, M. **Limites da ciência**: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES, C. L. S. P.; SORDI, S. Aspectos atuais do Projeto Genoma Humano. In: SANTOS, M. C. C. L. (Org). **Biodireito**: ciência da vida os novos desafios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 169-195.

GOMES, L. R. F. Questões jurídicas em torno da inseminação artificial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 678 , p. 268-274, abr., 1992.

GOMES, O. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.

GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GUIMARÃES, A. E. Bioética e direitos humanos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 23, p. 9-27, jul./set. 2005.

JANSEN, B. E. S. A nova biotecnologia e a medicina atual necessitam de um tipo diferente de insumo bioético, ou trata-se de conflito ético de interesses?. In: CASABONA, C. M. R., QUEIROZ, J. F. (Coord.). **Do gene ao direito**: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano. Belo Horizonte: Del rey, 2004. p.3-12.

KFOURI NETO, M. **Responsabilidade civil do médico**: à luz do novo código civil, com acréscimo doutrinário e jurisprudencial. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

KRIGER FILHO, D. A. A responsabilidade civil médica frente ao ordenamento jurídico atual. **Revista Forense**, São Paulo, v. 380, p. 41-67, jul./ago. 2005.

LEITE, E. O. Bioética e presunção de paternidade (considerações em torno do artigo 1597 do Código Civil). In: _____. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17-40.

LEITE, E. O. O Direito, a ciência e as leis bioéticas. In: SANTOS, M.C.C.L. **Biodireito**: ciência da vida os novos desafios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 98-118.

LEITE, E. O. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

LEWICKI, B. O homem construtível: responsabilidade e reprodução assistida. In: BARBOZA, H. H.; BARRETO, V. P. (Org.). **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 99-154.

LIMA, A. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, C. I.; BENJAMIN, A. H. V.; MIRAGEM, B. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Ed. revista dos tribunais, 2006.

MARQUES, C. L. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar o consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 827, p. 11-48, set. 2004.

MEIRELLES, J. M. L. Bioética e biodireito. In: BARBOZA, H. H. V.; BARRETO, P. (Org.). **Temas de Biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 85-97.

MONTENEGRO, S. L. Consentimento informado: regras gerais de conduta estabelecidas por meio de comitês de bioética para a reprodução humana assistida. In: CASABONA, C. M. R. **Do gene ao direito**: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano. São Paulo: IBCCrim, 1999. p. 189-207

MORAES, A. **Direito constitucional**. 8. ed. São Paulo. Atlas, 2000.

MORAES, A. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000a.

MEIRELLES, J. M. L. Bioética e biodireito. BARBOZA, H. H.; BARRETO, V. P. (Org.). **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 85-97.

MUÑOZ, D. R.; FORTES, P. A. C. O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido. In: COSTA, S. I. F.; GARRAFA, V.; OSELKA, G (Org.). **Iniciação a bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. pt. 2, p. 53-70.

OMMATI, J. E. M. **As novas técnicas de reprodução humana à luz dos princípios constitucionais**. Disponível em: www.jusnavegandi.com.br. Acesso em: 20 jul. 2007.

PEDROSA NETO, A. H.; FRANCO JÚNIOR, J. G. Reprodução assistida. In: COSTA, S. I. F.; GARRAFA, V.; OSELKA, G (Org.). **Iniciação a bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. pt. 3, P. 111-124.

PEREIRA, R. L. M. **Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado**. Curitiba: Juruá, 2005.

PETRACO, Á.; BADALOTTI, M.; ARENT, A. C. Bioética e reprodução assistida. In: LEITE, E. O. (Coord.). **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1-16.
PINTO, A. L. T.; WINDT, M. C. V. S.; SESPEDES, L. (Colab.). **Vademecum saraiva**. 3. ed. ampl. Atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

PUSSI, W. A. **Personalidade jurídica do nascituro**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.
QUEIROZ, V. S. Direito à procriação: fundamentos e conseqüências. **Jus Navegandi**, Teresina, v. 10, n. 943, p. 1-14, fev. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id:7905>. Acesso em: 20 jul. 2007.

REIS, C. Os danos morais decorrentes da atividade do médico. In: TEIXEIRA, S. F. (Coord.). **Direito e medicina**: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2000. p. 227-258.

SÁ, M. F. F. **Biodireito e direito ao próprio corpo**: doação de órgãos, incluindo o estudo da lei n.9434/97. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SANTOS, M. C. C. L. (Org.). **Biodireito**: ciência da vida os novos desafios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SANTOS, M. C. C. L. **Imaculada concepção**: nascendo *in vitro* e morrendo *in machina*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

SANTOS, M. C. C.L. **O equilíbrio do pêndulo**: a bioética e a lei: implicações médico legais. São Paulo: Ícone Editora, 1998.

SANTOS, M. C. C.L. **Transplantes de órgãos e eutanásia**: liberdade e responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 1992.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1998.

SAUWEN, R. F.; HRYNIEWICZ, S. **O direito "in vitro"**: da bioética ao biodireito. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2000.

SAVIN, G. Crítica aos conceitos de maternidade e paternidade diante das novas técnicas de reprodução artificial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 659, p. 234-241, set., 1990.

SCARPARO, M. S. **Fertilização assistida**: questão aberta, aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SGRECCIA, H. **Manual de bioética**. São Paulo: Loyola, 1996. v.1.

SILVA, F. L. Da ética filosófica à ética em saúde. In: COSTA, S. I. F.; GARRAFA, V.; OSELKA, G (Org.). **Iniciação a bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. pt. 2 , p. 19-36.

SOUZA, R. V. A C. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995.

STOCO, R. **Tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

TARIFA, R. C. R.; FERRARO, V. A. L. Autonomia corporal e manipulação genética. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 9, p. 273-298, 2005.

TEIXEIRA, S. F. A responsabilidade civil do médico. In: _____. TEIXEIRA, S. F. (Coord.). **Direito e medicina**: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2000. p. 181-207.

TEODORO JUNIOR, H. A responsabilidade civil por erro médico. In: TEIXEIRA, S. F. (Coord.). **Direito e medicina**: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2000. p. 111-132.

TEPEDINO, G. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 85-98.

TEPEDINO, G. Responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 2, p.41-75, abr./jun. 2000.
TESTART, J. **A fertilização artificial**. São Paulo: Ática, [199-].

VASSILIEFF, S. A responsabilidade civil do médico no direito civil e no direito do consumidor. In: TARTUCI, F.; CASTILHO, R. (Coord.). **Direito civil, direito patrimonial, e direito existencial**: um estudo em homenagem a professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaicka. São Paulo: Método, 2006. p. 504-516.

VENOSA, S. S. **Direito civil**. São Paulo: Atlas, 2005. v. 4.

VENOSA, S. S. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
VIANNA, J. R. **A responsabilidade civil por danos ao meio ambiente à luz do novo código civil**. Curitiba: Juruá, 2004.

WALD, A. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 845, p. 81-94, mar. 2005.

XAVIER, E. D. A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. In: LEITE, E. O. (Coord.). **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ANEXOS

ANEXO A
Código de Nuremberg

ANEXO A – Código de Nuremberg

CÓDIGO DE NUREMBERG

Tribunal Internacional de Nuremberg – 1947

Trials of war criminal before the Nuremberg Military Tribunals. Control council Law 1949; 10 (2): 181-182

1 O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegadas a outrem impunemente.

2 O experimento deve ser tal que produza resultados vantajosos para a sociedade, que não possam ser buscados por outros métodos de estudo, mas não podem ser feitos de maneira casuística ou desnecessariamente.

3 O experimento deve ser baseado em resultados de experimentação em animais e no conhecimento da evolução da doença ou outros problemas em estudo; dessa maneira, os resultados já conhecidos justificam a condição de experimento.

4 O experimento deve ser conduzido de maneira a evitar todo sofrimento e danos desnecessários, quer físicos, quer materiais.

5 Não deve ser conduzido qualquer experimento quando existirem razões para acreditar que pode ocorrer morte ou invalidez permanente; exceto, talvez, quando o próprio médico pesquisador se submeter ao experimento.

6 O grau de risco aceitável deve ser limitado pela importância do problema que o pesquisador se propõe a resolver.

7 Devem ser tomados todos cuidados especiais para proteger o participante do experimento de qualquer possibilidade de dano, invalidez ou morte, mesmo que remota.

8 O experimento deve ser conduzido apenas por pessoas cientificamente qualificadas.

9 O participante do experimento deve ter a liberdade de se retirar no decorrer do experimento.

10 O pesquisador deve estar preparado para suspender os procedimentos experimentais em qualquer estágio, se ele tiver motivos razoáveis para acreditar que a continuação do experimento provavelmente causará dano, invalidez ou morte para os participantes.

ANEXO B
Resolução CFM nº 1358/92 – Reprodução Assistida

ANEXO B – Resolução CFM nº 1358/92 – Reprodução Assistida**RESOLUÇÃO CFM nº1.358/92**

REPRODUÇÃO ASSISTIDA

RESOLUÇÃO CFM nº1.358/92

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamento pelo Decreto 44.045, de 19 de julho de 1958;

CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana;

CONSIDERANDO que as técnicas de Reprodução Assistida têm possibilidade a procriação em diversas circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais;

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica;

CONSIDERANDO finalmente, o que ficou decidido na Sessão Plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 11 de novembro de 1992;

Resolve:

Art.1º - Adotar as NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA, anexas à presente Resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art.2º - Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação.

Publicada no D.O.U dia 19.11.92- Seção I Página 16053.

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**I – PRINCÍPIOS GERAIS**

1. As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

2. As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou possível descendente.
3. O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com concordância, por escrito, da paciente ou do caso infértil.
4. As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.
5. É proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.
6. O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.
7. Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

II – USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

1. Toda mulher, capaz nos termos da Lei, que tenha solicitação e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.
2. Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

III – REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuições e transferência de material biológico humano para usuária de técnicas de RA, devendo apresentas como requisitos mínimos:

1. Um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico

2. Um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e mal-formações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões.
3. Um registro permanente nas provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1. A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.
2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
3. Obrigatoriamente será mantido em sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.
4. As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra material celular dos doadores.
5. Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha reproduzido mais de 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.
6. A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.
7. Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores no programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1. As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões.
2. O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.
3. No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quando ao destino que será dado aos pré-embriões

criospreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doa-los.

VI – DIAGNOSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

1. Toda intervenção sobre pré-embriões “in vitro”, com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.
2. Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões “in vitro”, não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informal do casal.
3. O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões “in vitro” será de 14 dias

VIII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DE ÚTERO)

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas da RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que existia um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

1. As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.
2. A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

ANEXO C
Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos
Humanos

ANEXO C – Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos

A DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE O GENOMA HUMANO E OS DIREITOS HUMANOS

UNESCO

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos

Acredito que um leitor, ao deparar-se com a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, adotada pela Conferência Geral da UNESCO em sua 29ª sessão (1997), será impactado por dois aspectos. Primeiramente, pela abrangência do texto que, num contexto científico e político marcado por questões polêmicas como a manipulação do genoma humano, a clonagem humana e os transgênicos, afirma ou reafirma princípios e valores intangíveis. Em segundo lugar, pelos inúmeros e diferentes atores envolvidos, graças a diversos fatores: a natureza inerente ao assunto que, como todas as questões éticas, situa-se na interface entre várias disciplinas; a universalidade de seu enfoque, que deverá ser enriquecido por um debate público envolvendo todos os membros da sociedade; a diversidade de contextos econômicos, sociais e culturais nos quais se enraíza o pensamento ético ao redor do mundo. Isso porque a reflexão de cada indivíduo se desenvolve conforme sua própria natureza, plasmada por sua história e suas tradições (legais, políticas, filosóficas, religiosas, etc.).

Diante das novas questões éticas levantadas pela velocidade, algumas vezes surpreendente do progresso nesse campo, a abrangência e o alcance potencial da Declaração, tornaram necessário à UNESCO elaborar um sistema voltado para seu acompanhamento e implementação – uma inovação em se tratando de instrumento não mandatário.

De todos os lados, afirmou-se o interesse de que esse sistema possa se tornar rapidamente operacional, de modo que os princípios contidos no texto possam ser transformados em realidade com a maior rapidez possível. A Declaração necessita ser implementada com especial urgência, em função de velocidade sempre crescendo do progresso técnico e científico da biologia e da genética, em que cada avanço quase infalivelmente traz novas esperanças para a melhoria do bem estar da humanidade, ao lado de dilemas éticos sem precedentes.

Em decorrência disso, a Conferência Geral da UNESCO em sua 30ª sessão (1999) adotou as “Diretrizes para a Implementação da Declaração Universal sobre

Genoma Humano e os Direitos Humanos” elaboradas pelo Comitê Internacional de Bioética e aprovadas pelo Comitê Intergovernamental de Bioética.

Estou convencido de que essas Diretrizes servirão para reforçar o compromisso moral assumido pelos Estados-Membros ao adotarem a Declaração, para dar consistência aos valores que defende e para estimular o maior número possível de indivíduos a refletir sobre preocupações de natureza ética, ampliadas a cada dia por novas questões, para as quais não há respostas definidas e cujos desdobramentos podem, hoje, afetar o destino que a humanidade está construindo para si.

Koichiro Mitsuura
Diretor-Geral da UNESCO

Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos⁴⁰

A Conferência,

Recordando que o Preâmbulo da Constituição da UNESCO se refere aos “princípios democráticos da dignidade, da igualdade e do respeito mútuo entre os homens”, rejeita “qualquer doutrina que estabeleça a desigualdade entre homens e raças”, estipula “que a ampla difusão da cultura e a educação da humanidade para a justiça, para a liberdade e para a paz são indispensáveis à sua dignidade e constituem um dever sagrado a ser cumprido por todas as nações num espírito de mútua assistência e compreensão”, proclama que “a paz deve fundamentar-se na solidariedade intelectual e moral da humanidade” e afirma a Organização busca atingir “por intermédio das relações educacionais, científicas e culturais entre os povos da terra, os objetivos da paz internacional e do bem estar comum da humanidade, em razão dos quais foi estabelecida a Organização das Nações Unidas e que são proclamadas em sua Carta”.

Lembrando solenemente sua ligação com princípios universais dos direitos humanos, particularmente aqueles estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948 e nos dois Pactos Internacionais das Nações Unidas, respectivamente, sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e sobre os Direitos Civis e Políticos de 16 de dezembro de 1966, na Convenção das Nações Unidas sobre a Prevenção e Punição dos Crimes de Genocídio de 9 de dezembro de 1948, a Convenção Internacional das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 21 de dezembro de 1965, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Portadores de Retardamento Mental de 20 de dezembro de 1971, a

⁴⁰ Adotada unanimemente por aclamação em 11 de novembro de 1997, pela 29ª sessão da Conferência Geral da UNESCO.

Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Portadores de Deficiências de 9 de dezembro de 1975, a Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 18 de dezembro de 1979, a Declaração das Nações Unidas sobre Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crimes e Abuso de poder de 29 de novembro de 1985, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 20 de novembro de 1989, as Normas Padrão das Nações Unidas sobre a Igualdade de Oportunidade para Indivíduos portadores de Deficiência de 20 de dezembro de 1993, a Convenção sobre a Proibição do Desenvolvimento, Produção e Estocagem de Armas Bacteriológicas (Biológicas) e Tóxicas e sua Destruição de 16 de dezembro de 1972, a Convenção da UNESCO relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino de 16 de dezembro de 1960, a Declaração da UNESCO sobre os Princípios da Cooperação Cultural Internacional de 4 de novembro de 1966, a Recomendação da UNESCO sobre o Status de Pesquisadores Científicos de 20 de novembro de 1974, a Declaração da UNESCO sobre Racismo e Preconceito Racial de 27 de novembro de 1978, a Convenção OIT (nº 167) sobre Povos Indígenas e Tribais em Nações Independentes de 27 de junho de 1989.

Tomando em consideração e sem prejuízo de seu conteúdo, os instrumentos internacionais que possam ter influência na aplicação da genética, no domínio da propriedade intelectual, inter alia, a Convenção de Berna para a Proteção de Obras Literárias e Artísticas de 9 de setembro de 1886 e a Convenção Internacional da UNESCO sobre Copyright de 6 de setembro de 1952, em sua última revisão efetuada em Paris em 24 de julho de 1971, a convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial de 20 de março de 1883, em sua última revisão efetuada em Estocolmo em 14 de julho de 1967, o Tratado da OMPI de Budapeste sobre o Reconhecimento Internacional de Depósito de Microorganismo para Efeitos de Patenteamento de 28 de abril de 1977 e o Acordo sobre Aspectos relacionados ao Comércio de Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPs) anexo ao Acordo que estabelece a Organização Mundial de Comércio, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1995.

Tendo, presente, também a Convenção das Nações Unidas sobre a Diversidade Biológica de 5 de junho de 1992 e enfatizando, nesse caso, que o reconhecimento da diversidade genética da humanidade não deve levar a qualquer interpretação de natureza política ou social que possa colocar em dúvida “a dignidade inerente e (...) os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana” conforme estabelecido no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Reiterando a Resolução 22 C/13.1, a Resolução 13 C/13.1 e a Resolução 24 C/13.1, a Resolução 25 C/5,2 e 7.3, a Resolução 27 C/5.15 e as Resoluções 28 C/0.12, 28 C/2,1 e 28 C/2.2, que instam a UNESCO a promover e realizar estudos sobre a ética e as ações deles decorrentes com relação às conseqüências do progresso

científico e tecnológico nos campos da biologia e da genética, ao abrigo do respeito aos direitos e das liberdades fundamentais dos seres humanos.

Reconhecendo que a pesquisa sobre genoma humano e as aplicações dela resultantes abrem amplas perspectivas para o progresso na melhoria da saúde de indivíduos e da humanidade como um todo, mas enfatizando que tal pesquisa deve respeitar inteiramente a dignidade, a liberdade e os direitos humanos bem como a proibição de todas as formas de discriminação baseadas em características genéticas.

A) Dignidade Humana e os Direitos Humanos

Artigo 1

O genoma humano constitui a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana bem como de sua inerente dignidade e diversidade. Num sentido simbólico, é o patrimônio da humanidade.

Artigo 2

a) A todo indivíduo é devido respeito à sua dignidade e aos seus direitos, independentemente de suas características genéticas.

b) Esta dignidade torna imperativa a não redução dos indivíduos às suas características genéticas e ao respeito à sua singularidade e diversidade.

Artigo 3

O genoma humano, evolutivo por natureza, é sujeito a mutações. Contém potencialidades expressadas de formas diversas conforme o ambiente natural e social de cada indivíduo, incluindo seu estado de saúde, condições de vida, nutrição e educação.

Artigo 4

O genoma humano em seu estado natural não deve ser objeto de transações financeiras.

B) Direitos dos Indivíduos

Artigo 5

a) A pesquisa, o trabalho ou o diagnóstico que afetem o genoma humano, devem ser realizados apenas após a avaliação rigorosa e prévia dos riscos e benefícios neles implicados e em conformidade com quaisquer outras exigências da legislação nacional.

b) Em qualquer caso, deve ser obtido o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido. Se este não estiver em condições de fornecer tal consentimento,

esse mesmo consentimento ou autorização deve ser obtido na forma determinada pela legislação, orientada pelo maior interesse do indivíduo.

c) Deve ser respeitado o direito de cada indivíduo de decidir se será ou não informado sobre os resultados da análise genética e das conseqüências dela decorrentes.

d) No caso de pesquisa, os protocolos devem ser submetidos a uma análise adicional prévia, em conformidade com padrões e diretrizes nacionais e internacionais relevantes.

e) Se conforme a legislação, um indivíduo não for capaz de manifestar seu consentimento, a pesquisa envolvendo seu genoma apenas poderá ser realizada para benefício direto à sua saúde, sujeita à autorização e às condições de proteção estabelecidas pela legislação. Pesquisa sem perspectiva de benefício direto à saúde apenas poderá ser efetuada em caráter excepcional, com máxima restrição, expondo-se o indivíduo a risco e incômodo mínimos e quando essa pesquisa vise contribuir para o benefício à saúde de outros indivíduos na mesma faixa de idade ou com a mesma condição genética, sujeita às determinações da legislação e desde que tal pesquisa seja compatível com a proteção dos direitos humanos do indivíduo.

Artigo 6

Nenhum indivíduo deve ser submetido à discriminação com base em características genéticas, que vise violar ou que tenha como efeito a violação de direitos humanos, de liberdades fundamentais e da dignidade humana.

Artigo 7

Dados genéticos associados a indivíduo identificável, armazenados ou processados para uso em pesquisa ou para qualquer outro uso, devem ter sua confidencialidade assegurada, nas condições estabelecidas pela legislação.

Artigo 8

Cada indivíduo terá direito, conforme a legislação nacional ou internacional, à justa indenização por qualquer dano sofrido resultante, direta ou indiretamente, de intervenção sobre seu genoma.

Artigo 9

Visando a proteção de direitos humanos e liberdades fundamentais, limitações aos princípios do consentimento e da confidencialidade somente poderão ser determinadas

pela legislação, por razões consideradas imperativas no âmbito do direito internacional público e da legislação internacional sobre direitos humanos.

C) Pesquisa sobre o Genoma Humano

Artigo 10

Nenhuma pesquisa ou suas aplicações relacionadas ao genoma humano, particularmente nos campos da biologia, da genética e da medicina, deve prevalecer sobre o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana dos indivíduos ou, quando for aplicável, de grupos humanos.

Artigo 11

Práticas contrárias à dignidade humana, tais como a clonagem de seres humanos, não devem ser permitidas. Estados e organizações internacionais competentes são chamados a cooperar na identificação de tais práticas e a tomar, em nível nacional ou internacional, as medidas necessárias para assegurar o respeito aos princípios estabelecidos na presente Declaração.

Artigo 12

a) Os benefícios dos avanços na biologia, na genética e na medicina, relacionados ao genoma humano, devem ser disponibilizados a todos, com a devida consideração pela dignidade e pelos direitos humanos de cada indivíduo.

b) A liberdade da pesquisa, necessária ao avanço do conhecimento, é parte da liberdade de pensamento. As aplicações da pesquisa, incluindo aquelas realizadas nos campos da biologia, da genética e da medicina, envolvendo o genoma humano, devem buscar o alívio do sofrimento e a melhoria da saúde de indivíduos e da humanidade como um todo.

D) Condições para o Exercício da Atividade Científica

Artigo 13

As responsabilidades inerentes às atividades dos pesquisadores, incluindo rigor, cautela, honestidade intelectual e integridade no desempenho de suas pesquisas, bem como aquelas relacionadas à divulgação e utilização de suas descobertas, devem ser alvo de atenção especial no âmbito da pesquisa sobre o genoma humano, em função de suas implicações éticas e sociais. Formuladores de políticas públicas e privadas de desenvolvimento científico também possuem responsabilidades específicas nesse aspecto.

Artigo 14

Os Estados deverão tomar medidas adequadas para ampliar condições materiais e intelectuais favoráveis à liberdade na condução da pesquisa sobre o genoma humano e para avaliar as implicações éticas, legais, sociais e econômicas dessa pesquisa, com base nos princípios estabelecidos na presente Declaração.

Artigo 15

Os Estados devem tomar as providências necessárias para constituir uma base para o livre exercício da pesquisa sobre o genoma humano, respeitando os princípios estabelecidos na presente Declaração, de modo a salvaguardar o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana e a proteção da saúde pública. Os Estados devem assegurar que os resultados da pesquisa não sejam utilizados para fins não pacíficos.

Artigo 16

Os Estados devem reconhecer o valor de promover, em vários níveis e conforme seja adequado, o estabelecimento de comitês de ética independentes, multidisciplinares e pluralistas para avaliarem as questões éticas, legais e sociais levantadas pela pesquisa sobre o genoma humano e suas aplicações.

E) Solidariedade e Cooperação Internacional**Artigo 17**

Os Estados devem respeitar e promover a prática da solidariedade relativamente a indivíduos, familiares e grupos populacionais particularmente vulneráveis ou afetados por doenças ou deficiência de caráter genético. Devem estimular, *inter alia*, pesquisa para a identificação, prevenção e tratamento de doenças causadas ou influenciadas por fatores genéticos, particularmente as doenças raras, bem como de doenças endêmicas que afetem parte expressiva da população mundial.

Artigo 18

Os Estados devem empreender esforços, com devida consideração aos princípios estabelecidos na presente Declaração, para continuar estimulando a disseminação internacional do conhecimento científico relacionado ao genoma e à diversidade humana e sobre a pesquisa genética e, nesse aspecto, impulsionar a cooperação científica e cultural, particularmente entre países industrializados e países em desenvolvimento.

Artigo 19

a) Ao abrigo da cooperação internacional com países em desenvolvimento, os Estados devem estimular a implementação de medidas que permitam:

- I) Avaliação de riscos e benefícios das pesquisas a serem implementadas sobre o genoma humano e dos abusos a serem evitados;
- II) Ampliação e fortalecimento da capacidade dos países em desenvolvimento para realizarem pesquisas sobre a biologia e genética humana, levando em conta suas problemáticas específicas;
- III) Acesso, pelos países em desenvolvimento, aos benefícios das conquistas da pesquisa científica e tecnológica para que o uso em benefício de seu progresso econômico e social, possa contribuir para benefício de todos;
- IV) Promoção de livre intercâmbio de conhecimento e informação científica nas áreas da biologia, da genética e da medicina.

b) Organizações internacionais importantes devem apoiar e promover as iniciativas tomadas pelos Estados com as finalidades acima mencionadas.

F) Divulgação dos Princípios Estabelecidos pela Declaração

Artigo 20

Os Estados devem tomar as medidas apropriadas para divulgar os princípios estabelecidos na presente Declaração por intermédio da educação e outros meios relevante, inter alia, por meio da realização de pesquisas e treinamento em campos interdisciplinares e pela produção da educação em bioética, em todos os níveis, em particular junto aos responsáveis por políticas voltadas para as áreas da ciência.

Artigo 21

Os Estados devem tomar as medida necessárias para estimular outros tipos de pesquisa, treinamento e disseminação de informação que conduzem à conscientização da sociedade e de todos os seus membros sobre suas responsabilidades com relação a questões fundamentais ligadas à defesa da dignidade humana que podem ser suscitadas pela pesquisa em biologia, genética e medicina e por suas aplicações. Devem, também, empenhar-se em facilitar a realização de um amplo debate internacional sobre o assunto, assegurando a livre manifestação de opiniões diversificadas do ponto de vista sócio-cultural, religioso e filosófico.

G) Implementação de Declaração

Artigo 22

Os Estados devem enviar todos os esforços para divulgar os princípios estabelecidos nesta Declaração e, por meio de medidas adequadas, promover sua implementação.

Artigo 23

Os Estados devem tomar as medidas apropriadas para promover, por intermédio da educação, do treinamento e da disseminação de informações, o respeito aos princípios acima mencionados e para estimular seu reconhecimento e efetiva aplicação. Os Estados devem encorajar o intercâmbio e a formação de redes entre comitês de ética independentes, tão logo sejam estabelecidos, de modo a promover total colaboração entre eles.

Artigo 24

O comitê internacional de Bioética da UNESCO deve contribuir para a disseminação dos princípios estabelecidos nesta Declaração e para a futura análise das questões decorrentes de sua aplicação e da evolução das tecnologias em questão. Deve organizar consultas a partes envolvidas, tais como grupos vulneráveis. Deve elaborar recomendações conforme os procedimentos estatutários da UNESCO, dirigidas à Conferência Geral e fornecer consultoria no que se refere acompanhamento da presente Declaração, particularmente na identificação das práticas que possam ser contrárias à dignidade humana, tais como intervenções em células germinais.

Artigo 25

Nada nesta Declaração pode ser interpretado como constrangimento a qualquer Estado, grupo ou indivíduo para que se envolva ou realize qualquer ato contrário aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, incluindo os princípios estabelecidos nesta Declaração.