

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

FERNANDA HELLEN BASSO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NA REPRODUÇÃO HUMANA
ASSISTIDA**

CURITIBA

2018

FERNANDA HELLEN BASSO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NA REPRODUÇÃO HUMANA
ASSISTIDA**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel em
Direito, do Centro Universitário Curitiba.**

Orientadora: Profa. Ms Camila Gil Marquez Bresolin

CURITIBA

2018

FERNANDA HELLEN BASSO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NA REPRODUÇÃO HUMANA
ASSISTIDA**

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Direito do Centro Universitário Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientadora: _____

Professora Camila Gil Bresolin

Professor Membro da Banca

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter me proporcionado força, foco, determinação e dedicação para concluir minha monografia.

À minha mãe (in memoriam), que se faz presente em todos os dias da minha vida.

Aos meus irmãos, que são minha base e inspiração.

Ao meu pai e minha avó, que não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa.

Agradeço também a minha orientadora, Camila Gil Bresolin, por durante todo o tempo ter sido muito compreensível, atenciosa e ter me auxiliado nos momentos que mais precisei, para vencer as dificuldades e chegar a esse momento tão importante da graduação.

Por fim, e não menos importante agradeço a todos os meus amigos que fizeram presente e contribuíram de alguma forma para o término do presente trabalho de conclusão de curso.

“Faça o seu melhor e não o seu possível.”

Caio Carneiro

RESUMO

Na sociedade atual a celeridade nas transformações, especialmente na área da biotecnologia é abundante. Devido a estas transformações, as técnicas de reprodução humana assistida se desenvolveram e assim proporcionaram outras formas de ampliar o plano parental, ou seja, maior probabilidade de alcançar o objetivo de ser mãe e pai. Contudo, verifica-se que em razão do crescimento biotecnológico o Direito não conseguiu acompanhar tais mudanças. No tocante a normatização e regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro, não há qualquer legislação em relação às técnicas de reprodução humana assistida, porém, dispõe de uma Resolução Normativa n.º 2168/2017 empreendido pelo Conselho Federal de Medicina, o qual tem a proposta de constatar as condutas dos profissionais, bem como a dos pacientes envolvidos. De fato, a prática médica é passível de erros, em qualquer estágio do procedimento a ser aplicado, como no caso de reprodução humana assistida, e assim, atentando a questão de falta de normatização, estas acabam ficando sem respaldo jurídico. O presente trabalho objetiva analisar a imprescindibilidade de compreensão da responsabilidade civil no âmbito de obrigação, seja ela objetiva ou subjetiva, haja vista a relação médico-paciente.

Palavras-chave: reprodução assistida. Relação médico-paciente. Responsabilidade civil médica.

ABSTRACT

In the current society the velocity in the transformations, especially in the area of the biotechnology it is abundant. Due to these transformations to the techniques of attended human reproduction if they developed and it provided like this other forms of enlarging the parental plan, in other words, larger probability of reaching the objective of being mother and father. However, it is verified that in reason of the biotechnological growth the Right didn't get to accompany such changes. Concerning normatização and regulation in the Brazilian juridical ordenamento, no there is any legislation in relation to the techniques of attended human reproduction, however, it disposes of a Normative Resolution n.º 2168/2017 undertaken by Federal Council of Medicine, which has the proposal of verifying the professionals' conducts, as well as the one of the involved patients. In fact the medical practice is susceptible to mistakes, in any apprenticeship of the procedure to be applied, as in the case of attended human reproduction, and like this, attempting the subject of normatização lack, these end up being without juridical backrest. The present work aims at to analyze the imprescindibilidade of understanding of the civil responsibility in the obligation extent, be she aims at or subjective, have seen the doctor-patient relationship.

Keywords: attended reproduction. Doctor-patient relationship. Medical civil responsibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1.A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	10
1.1 DIMENSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	10
1.2 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA	15
1.2.1 BREVE HISTÓRICO	15
1.2.2 PARANORÂMA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA.....	17
2. REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA.....	20
2.1 ASPECTOS GERAIS	20
2.2 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	22
2.2.1 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL	24
2.2.2 FERTILIZAÇÃO IN VITRO	26
2.2.3 MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO.....	28
2.2.4 INSEMINAÇÃO CASEIRA.....	29
2.2.5 TRANSFERENCIA INTRATUBÁRIA.....	30
2.3 PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA.....	31
2.4 NORMATIZAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DA REPRODUÇÃO HUAMANA ASSISTIDA NO BRASIL.....	33
3. RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O MÉDICO E O PACIENTE.....	37
3.1 NATUREZA OBRIGACIONAL DA RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE.....	38
3.2 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE	41
3.3 DO CONSENTIMENTO INFORMADO.....	45
3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
REFERÊNCIAS BIBLOGRÁFICAS	54

INTRODUÇÃO

A noção de direito de família advém de uma construção cultural, estabelecendo uma relação direta com o estado devido a organização social. O objetivo de constituição de família através de uma instituição jurídica e social é a procriação, ou seja, filhos para que possam transmitir seu nome e patrimônio.

Devido à celeridade biotecnológica proporcionou-se inúmeros recursos para o tratamento de infertilidade humana, sendo desenvolvidas outras maneiras de concepção. O surgimento dessas novas técnicas modificou o ponto de vista de vários indivíduos, proporcionando aos casais que apresentam problemas para ter filhos de constituírem sua família valendo-se de tais técnicas.

A reprodução humana assistida é um método que permitem casais inférteis a possibilidade de procriação por meio de técnicas biotecnológicas avançadas. O processo de reprodução humana quanto à concepção pode ser no caso de esterilidade feminina e masculina, apontados de baixa a alta complexidade.

A implementação das práticas de reprodução humana assistida relaciona-se com os direitos inerentes ao ser humano, os quais têm necessidade de uma tutela jurídica que providencie uma correta aplicabilidade em face às transformações oriunda das variações biotecnológicas. Nesse contexto, faz-se necessária a conexão com o biodireito e suas normas regulamentadoras inerentes à vida, por meio da Lei de Biossegurança n.º 11.105 de março de 2005, a qual estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados, ou seja, interligado com atividade medica desenvolvida.

Com o aprimoramento das técnicas, o Direito e a Medicina foram se relacionando, advindo questões como a responsabilidade civil por parte dos médicos. Inquirições a respeito das obrigações básicas estabelecidas no contrato celebrado entre médico-paciente, como proceder em relação à

responsabilidade civil por ausência de consentimento informado, bem como casos de negligência, imprudência e imperícia.

A Responsabilidade Civil Médica na reprodução humana assistida somente é regida pela Resolução n.º 2.168/2017 instituída pelo Conselho Federal de Medicina, visto que no Brasil não há nenhuma lei específica que regule tal ato, obtendo amparo no Código Civil de 2002 e na Constituição Federal de 1988.

Há um vínculo entre a Medicina e o Direito, posto que se relacionam em diversas matérias de ordem civil, como o direito à vida. Deste modo, estas questões necessitam de novas compreensões, e a aplicação deve ser precisa, ou seja, imprescindível o dever à informação na relação jurídica médico-paciente.

Portanto, como objetivo geral da pesquisa, busca-se interpretar a normatização e regulamentação da reprodução humana assistida no Brasil, a natureza obrigacional e legislação aplicável a relação médico-paciente, analisando a responsabilidade civil da mesma.

1.A RESPONSABILIDADE CIVIL

Esse capítulo pretende descrever a extensão e abrangência da responsabilidade civil no ordenamento jurídico, distinguindo obrigação e responsabilidade, assimilando o seu desenvolvimento, quanto a responsabilidade contratual e extracontratual, bem como, a evolução histórica da responsabilidade civil médica e seus fundamentos essenciais.

1.1 DIMENSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Carlos Roberto Gonçalves ensina que há diversas acepções da responsabilidade, mencionando que a nomenclatura ‘responsabilidade’ teve sua origem latina *spondeo*, pois, vinculava-se ao devedor nos contratos verbais romanos, evidenciando a “noção de responsabilidade como aspecto da realidade social”, e que, “toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade”. Depreende-se de um dever jurídico, prevalecendo o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo agente, remetendo a ideia de responsabilização pelos seus atos.

A responsabilidade civil no âmbito da obrigação, origina-se do descumprimento das normas que são impostas pelo ordenamento jurídico, ou seja, de modo consequente deve suprir o direito lesado por meio de compensação. Surge então a obrigação a partir do descumprimento de um dever jurídico, isto é, as noções de obrigação e responsabilidade não se confundem. O autor Carlos Roberto Gonçalves¹ distingue obrigação e responsabilidade.

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva. 2017.

Obrigação é o vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação. Corresponde a uma relação de natureza pessoal, de crédito e débito, de caráter transitório (extingue-se pelo cumprimento), cujo objeto consiste numa prestação economicamente aferível. Obrigação “é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, consequente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação”²

No ano de 1830, no Brasil Império, foi aprovado o Código Criminal que após determinação transformou-se na combinação do Código Civil com o Código Criminal, o qual possuía princípios relacionados a regulamentação da ordem social, garantindo a equidade e igualdade para as relações da coletividade. Posteriormente, com a consolidação do Código Civil no ano de 1916, estabeleceu conexão com a teoria objetiva a qual pleiteava provas para averiguação de culpa ou dolo, para que assim houvesse a obrigação de reparação do possível dano, os quais estão especificados nos artigos 1.527, 1.528 e 1.529 do Código em questão.

Com o desenvolvimento da sociedade, verificou-se a necessidade de maior proteção às vítimas que acabarão atingidas pelos danos causados por culpa ou dolo, sendo assim, surgiram novas teorias que pretendiam versar sobre esta questão. Destarte, foi criada a teoria do risco com o intuito de agregar ainda mais essa proteção aos indivíduos, sustentado por fundamentos de acordo com a responsabilidade civil.

² CAVALIERI, Sérgio Filho. Programa de Responsabilidade Civil, p. 20. apud GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade civil, p. 21.

No regime anterior, as atividades perigosas eram somente aquelas definidas em lei especial. As que não o forem, enquadravam-se na norma geral do Código Civil, que consagrava a responsabilidade subjetiva. O referido no parágrafo único do art. 927 do novo diploma, além de não revogar as leis especiais existentes, e de ressaltar as que vierem a ser promulgadas, permite que a jurisprudência considere determinadas atividades já existentes, ou que vierem a existir, como perigosas ou de risco.³

Em relação aos fundamentos no ordenamento jurídico, inspirou-se nas concepções jurídicas dos europeus que possuíam uma base no direito romano, onde a responsabilidade originava-se da culpa, rejeitando de certa forma a vontade de agir do agente. Na contemporaneidade, todo o dano deve ser reparado mediante indenização, ou seja, a culpa propriamente dita passa a não ser um fundamento específico, buscando o ordenamento jurídico outros fatores na atividade praticada pelo agente que sejam relevantes para apreciação da culpa e o risco que a conduta poderia acarretar compelindo a responsabilidade civil por tal ato ilícito, “quem cria os riscos deve responder pelos eventuais danos aos usuários ou consumidores”.⁴

A norma jurídica é designada pela necessidade de condutas, e estas quando não respeitadas disporão de penalidades a serem impostas pelo Estado. No tocante a ilicitude do ato ou fato, a responsabilidade civil deriva do descumprimento de uma norma de dever jurídico que acaba violando direitos alheios, podendo causar danos a outrem. Desta forma, o posicionamento na teoria geral do direito revela que os fatos jurídicos podem ser classificados em naturais ou humanos, e desses decorrem os atos lícitos e ilícitos

Os fatos naturais, por sua vez, dividem-se em ordinários (nascimento, morte, maioridade, decurso do tempo) e extraordinários (terremoto, raio, tempestade e outros fatos que se enquadram na categoria do fortuito ou força maior). Os fatos humanos dividem-se em lícitos e ilícitos. Lícitos são os atos humanos a que a lei defere os efeitos almejados pelo agente. Praticados em conformidade com o ordenamento jurídico, produzem efeitos jurídicos voluntários, queridos pelo agente. Os ilícitos, por serem praticados em desacordo como

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil, p. 30.

⁴ *Ibidem*, p.30.

prescrito no ordenamento jurídico, embora repercutam na esfera do direito, produzem efeitos jurídicos involuntários, mais impostos por esse ordenamento.⁵

Há requisitos para a configuração e existência da responsabilidade civil, devendo compreender uma ação, comissiva ou omissiva, contendo atos ilícitos. Os atos que não transgridam a norma jurídica podem ser interpretados e considerados como abuso de direito, pois tal ato poderia ter um fim com prejuízo e alguém, tornando-se um risco. O eventual dano moral ou patrimonial acarretado ao indivíduo sempre estará interligado a uma responsabilidade civil, descaracterizando-a quando não houver a comprovação de determinada lesão.⁶

O Código Civil vigente, em seu art. 186⁷, prevê a imputabilidade e responsabilidade de acordo com a vontade do agente, sendo analisada a capacidade de consciência da ilicitude no ato ou fato do dano causado, podendo ser responsabilizado civil ou penalmente pelos seus atos.

As funções da responsabilidade civil apresentam um equilíbrio relacionado com a moralidade e o patrimônio em consonância com a justiça, visto que ações são derivadas de reações, não sendo diferente no âmbito do direito. A questão da responsabilidade civil envolve a ilicitude gerada causada a lesão constituindo uma reação legal. A redação do art. 927 do ⁸ Código Civil deixa explícito esse assunto.

⁵ *Ibidem*, p. 32.

⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil, p. 53

⁷ O artigo 186, do Código Civil de 2002, estabelece: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito”.

⁸ 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.

A ação prática pelo ato humano partindo do pressuposto ilícito, voluntário, consciente sempre ocasionará um dano e conseqüentemente a culpa. Determinada culpa associa-se a fundamentos da responsabilidade civil, os quais derivados de um ato ilícito tem como fonte a obrigação de ressarcimento. Faz-se uma análise do comportamento do indivíduo no momento da conduta, no tocante a sua reprovabilidade assimilando se seria capaz de ter outro comportamento no momento dos fatos, definindo e especificando a culpa segundo a natureza do dever violado, entendendo sua magnitude, e verificando os art. 582 e 629, os quais dizem respeito a culpa in concreto e in abstrato, deste modo, recaindo em uma responsabilidade moral, civil e criminal.⁹

De acordo com o autor Sergio Cavaliere Filho, a responsabilidade civil se divide em contratual e extracontratual:

Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto. Se a transgressão se refere a um dever gerado em negócio jurídico, há um ilícito negocial comumente chamado ilícito contratual, por isso que mais frequentemente os deveres jurídicos têm como fonte os contratos¹⁰

Para que se verifique a responsabilidade civil, é necessário que haja dano a um bem jurídico, pois esta é um pressuposto de sua existência, que poderá ser contratual ou extracontratual visto que transcorre de uma ação de indenização. No sentido de caracterização do dano ao bem jurídico, é indispensável as condições da desolação de um bem jurídico, moral ou patrimonial, necessitando da veracidade do dano (real e efetivo), assim como, o

⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil, p. 57.

¹⁰ CAVARIELI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil, p. 33

dano deve ser o causador de tal prejuízo, devendo ser imutado somente ao causador.¹¹

A responsabilidade civil na atualidade remete a incompatibilidade com a ordem jurídica, ou seja, questão da atividade ilícita. De modo que, um agente interfere no direito jurídico causando danos a terceiros, surgindo então a questão do dever de reparação de dano causado a outrem.

1.2 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

1.2.1 BREVE HISTÓRICO

O desenvolvimento histórico da responsabilidade civil médica, advém de que o sujeito é suscetível a doenças e enfermidades características da natureza fisiológica humana, fazendo com que os seres humanos recorressem aos especialistas, que eram vistos como uma performance divina, “desde os primórdios, portanto, preveem-se sanções para os casos de culpa relativa ao insucesso profissional dos médicos”.¹² Houve uma evolução médica científica, fazendo com que as sociedades se adaptassem com esse desenvolvimento, e conseqüentemente, acarretou aos médicos especialistas a responsabilidade civil.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. Op.cit, p. 83

¹² KFOURI, Miguel Neto. Responsabilidade Civil do Médico, p. 37

O primeiro código a sistematizar as normas referentes à profissão médica, foi o Código de Hamurabi (1790-1770 a.C), onde elencava alguns erros por parte do médico estabelecendo alto grau de cuidado nas operações realizadas.

Evidenciava-se, assim, que inexistia o conceito de culpa, num sentido jurídico moderno, enquanto vigorava responsabilidade objetiva coincidente com a noção atual: se o paciente morreu em seguida à intervenção cirúrgica, o médico o matou – e deve ser punido. Em suma, naquela época, o cirurgião não podia dizer, com uma certa satisfação profissional, como o faz hoje: a operação foi muito bem-sucedida, mas o paciente está morto.¹³

Com o advento da responsabilidade civil, trazida pelo Direito Romano, ainda havia a ideia de vingança privada, com intuito de resposta ao dano sofrido, sendo assim, posteriormente, o Poder Público foi impelido a intervir nestes casos, o qual teve lineamento na Lei das XII Tábuas (pena de talião). Contudo, no ano de 468, foi estabelecida a Lei de Áquila verificando a responsabilidade civil, vez que, tinha previsão de penas aplicáveis aos casos dolo ou culpa nos procedimentos médicos. Mesmo com a Lei de Áquila regulamentando a responsabilidade civil, a Lei de Cornélia estabeleceu um rol de delitos cometidos na execução dos atos médicos e quais seriam as penas aplicáveis em cada caso. A definição de culpa passa a vigorar com a *Lex Aquilia de Damno*, bem como, explanou sobre outros possíveis delitos que a profissão poderia acarretar.

Em uma visão histórica os médicos no Egito não eram penalizados pelos seus atos, vez que possuíam referências sociais e seguissem as regras obrigatórias chamado de “livro sagrado”¹⁴. Na Grécia antiga, em meados do século V a.C, visualiza-se o estudo e elementos da medicina, onde a culpa era analisada pela perspectiva individual, porém, referindo-se a regras adotadas pelo Egito. Ainda na Grécia, no século XIII houve o surgimento das

¹³ KFOURI, Miguel Neto. Ibidem, p. 38

¹⁴ ibidem, p. 41.

universidades, o qual teve um grande crescimento científico, “perdia continuamente seu caráter empírico do passado, para transformar-se em ciência pura”. No século XIX, na França, o quesito de responsabilidade jurídica quase extinguiu-se, devido uma decisão da Academia de Medicina de Paris estabelecendo “exclusiva responsabilidade moral dos profissionais da arte de curar”, devendo ser comprovada as modalidades de culpa, quais sejam, negligência, imprudência ou imperícia.

1.2.2 PARANORÂMA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA

O profissional do ramo médico, tem o compromisso com seu paciente de alertá-lo dos possíveis riscos que o procedimento pode causar, sendo assim, essa relação não se trata somente de consumo, portanto, para a responsabilização na reprodução humana assistida deverá ser entendida a relação médico-paciente.

Em uma perspectiva geral, a relação médico-paciente quanto a responsabilização civil, está ligada a confiança entre o ente profissional e o paciente, portanto, fala-se em responsabilidade penal e consumerista. Levando-se em conta, de acordo com a Lei 8.078/90 Código de Defesa do Consumidor os contratos sociais decorrentes de uma prestação de serviço, sendo de suma importância a transparência nessa relação. Conforme elenca o artigo 951 do Código Civil.¹⁵

¹⁵ Art. 951 CC: O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de sua atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão ou inabilitá-lo para o trabalho.

No tocante as teorias objetivas e subjetivas existentes no direito positivo brasileiro, o Código Civil elenca que, quem deve comprovar o dolo ou culpa é o agente que se sentiu prejudicado, porém, essas provas podem tornar-se impossíveis por não ter recursos o suficiente para comprovação.

A responsabilidade subjetiva depende da presença de culpa ou dolo causado pelo agente, elencados nos arts. 186 e 187 do Código Civil, sendo assim, a obrigação de compensação surge na medida em que a culpa ou dolo for comprovado. Já a responsabilidade objetiva não depende de comprovação de culpa ou dolo, exigindo somente o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado, relacionado no art. 927 do Código Civil.

Não exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar dano: ou a culpa é presumida pela lei ou simplesmente se dispensa sua comprovação. Sendo a culpa presumida, inverte-se o ônus da prova. Caberá ao autor provar tão só a ação ou omissão do réu e o resultado danoso, posto que a culpa já se presume.¹⁶

Miguel Kfourri Neto¹⁷, em seu livro Responsabilidade Civil Médica, cita o autor Serpa Lopes, que divide teoria objetivista em duas modalidades, quais sejam, a teoria do risco proveito e a teoria do risco criado, diferenciando-as, pois a primeira refere-se a obtenção do proveito com o dever de indenizar as vítimas nos acidentes corriqueiros de trabalho, já o segundo o próprio agente cria riscos para si e para os demais, devendo responder pelos danos causados a terceiros.

Na configuração do direito brasileiro, o que se analisa é a culpa individual devendo estar arrolado o ônus da prova que fica a incumbência do agente lesado. Em casos específicos, aumenta incidência de busca aos direitos, pois quando se trata de “procriação artificial, além dos desdobramentos próprios do

¹⁶ Ibidem, p. 56.

¹⁷ Ibidem, p. .

Direito de Família, é perfeitamente previsível novas situações que repercutem na área da responsabilidade”, ou seja, há diversos desdobramentos. A responsabilidade civil médica tem natureza contratual, visto que, deve ser analisada a obrigação circundada. O Código Civil de 2002 buscou elencar as relações contratuais, baseado em um acordo de vontades, o qual tem como consequência o negócio jurídico, produzindo diversos efeitos jurídicos.

A culpa na responsabilidade civil do médico deve ser analisada separadamente, visto que, não basta a intenção de causar dano a outrem, e sim a conduta praticada perante as normas impostas pelo ordenamento jurídico brasileiro, assim firma-se a ideia de que cada ser humano é responsável por seus atos. A culpa, como afirma Antunes Varela, “é no fundo, a imputação ético-jurídica do fato a uma pessoa, mas imputação no sentido transcendente da reprovabilidade ou censurabilidade”¹⁸

A apreciação da responsabilidade civil do médico, torna-se complexo à medida que em procedimentos realizados, como no caso de reprodução humana assistida, a busca pela verdade em casos de dolo ou culpa é um problema, especialmente pela questão da celeridade tecnológica.

¹⁸ VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral, p. 485. apud KFROURI, Miguel Neto. Responsabilidade Civil do Médico, p. 67.

2. REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

Este capítulo tem como foco principal a procriação assistida, salientando suas técnicas e avanços, e como é realizada a normatização no ordenamento jurídico. Todavia, este trabalho não tem o intuito de esgotar o assunto, circunstância pela qual é ampla a temática, sendo assim, utilizado como orientação para o tema da pesquisa.

2.1 ASPECTOS GERAIS

É relevante a informação de que amplo é o debate sobre a evolução da ciência em relação às formas de procriação humana. No que tange a história da humanidade, houve sempre uma preocupação com a questão da infertilidade, pois, nos tempos remotos, o instinto era a perpetuação da espécie humana e a única maneira que os casais inférteis ou estéreis encontravam era a adoção.

Conforme essa busca de realização pessoal expandiu, foram desenvolvidos métodos para sanar esta dificuldade. A evolução da medicina contribuiu muito para novas técnicas conceptivas, sendo possível desassociar a copulação da reprodução, ou seja, os casais hoje em dia têm a possibilidade de optar por outros meios de gestação.

Segundo a autora Scalquette, a reprodução humana assistida é considerada:

Aquela em que o casal recebe orientação de forma a programar a maneira de suas relações, visando à facilitação do encontro do espermatozoide com o óvulo, ainda que esse encontro se dê por meio de relação sexual. A assistência à reprodução pode se dar, destarte, de duas maneiras: apenas em forma de aconselhamento ou pelo

emprego de técnicas médicas avançadas, de modo a interferir diretamente no ato reprodutivo, objetivando viabilizar a fecundação.¹⁹

Destaca-se que houve resistência por parte de religiosos, onde acreditavam que a reprodução deveria ser natural, não devendo ocorrer técnicas e métodos para engravidar. Antigamente, somente as mulheres eram consideradas estéreis, apenas após alguns séculos foi admitida a infertilidade masculina.

A reprodução humana assistida passa a ser analisada em meados do século XX, pois o conhecimento científico e médico estavam mais evoluídos, e após ser desvelado o DNA pelos ingleses James B. Watson e Francis H. C. sucedeu o marco da engenharia genética. Ocorreram diversas tentativas científicas para comprovar a eficácia da fertilização *in vitro*, até que em 25 de julho de 1978 nasceu na Inglaterra o primeiro bebê proveniente de tal técnica, Louise Brown, confirmando-se a possibilidade de efetuar o procedimento de transplante do embrião humano no gameta feminino (óvulo). Sendo assim, a técnica de reprodução humana assistida foi realizada em diversos países aprimorando cada vez mais os métodos utilizados²⁰.

Em 1984, no Brasil, na cidade de São José dos Pinhais foi empreendida a técnica de reprodução humana assistida pelo procedimento de fertilização *in vitro*, proporcionando um marco para os brasileiros.

Neste âmbito, Marilena Cordeiro Dias Villela Corrêa afirma:

O estabelecimento dessas técnicas veio responder a um desejo de reprodução de homens e mulheres. Esse desejo – de ter filhos, de família, de reprodução, de continuidade, entre outros significados simbólicos colados, à procriação de seres humanos – é aquilo que vem legitimando, em última instância a proposição da série de inovações biotecnológicas, surgidas no campo da medicina reprodutiva²¹.

¹⁹ SCALQUETTE, Ana Claudia. Estatuto da Reprodução Assistida, p. 58

²⁰ CORREA, Marilena C. D. V.; Loyola, Maria Andrea. Tecnologias da reprodução assistida, p. 01

²¹ CORREA, Marilena Cordeiro Dias Villela. Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de ter filhos. Bioética, p.72

Após a técnica ser efetivada no Brasil, o Código Civil de 2002, teve seu anteprojeto formulado em um período no qual o casamento era elementar, de fato não abordando outras categorias de família. Em relação à paternidade o Código ampliou o rol das presunções de filiação expandido sua classificação, elencando em seu art. 1597 os filhos presumidos concebidos na constância do casamento²².

Fato é que o avanço na área médica e biomédica conduziu diversas vantagens para a humanidade, visto as técnicas de reprodução humana assistida que compreendem o reflexo familiar e o direito de personalidade de cada ser humano.

2.2 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A reprodução assistida é caracterizada pelo procedimento através do qual é possível a aproximação artificial dos gametas femininos e gametas masculinos, também chamamos de óvulos e espermatozoides respectivamente, viabilizando a gestação. Para tanto, são necessários técnica, tecnologia, equipamentos e habilidade médica e biomédica para a realização dos procedimentos. Embora

²² Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; 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

essas técnicas não tenham resultado para combater a esterilização, ajudou muitos casais terem a esperança e perspectiva de tratamento para gestação.

Essas técnicas são “utilizadas em substituição à concepção natural, quando há dificuldade ou impossibilidade de um ou de ambos de gerar um filho. São técnicas de interferência no processo natural, daí o nome de reprodução assistida. Permite a geração da vida, independentemente do ato sexual, por método artificial, científico ou técnico.”²³

A partir do nascimento da primeira criança proveniente da reprodução assistida, a exigência de efetivação do procedimento cresceu e com ele o grau de complexidade de técnica, sendo aperfeiçoada com celeridade.

As técnicas de reprodução assistida, em pesquisa realizada por Marise Cunha de Souza, podem ser classificadas em intracorpórea, extracorpóreas, homóloga e heteróloga:

a) intracorpóreas: a inseminação artificial, que é o método pelo qual se insere o gameta masculino no interior do aparelho genital feminino, possibilitando a fecundação dentro do corpo da mulher. Há a inoculação, a introdução do sêmen na mulher, não havendo qualquer tipo de manipulação externa do óvulo ou do embrião; b) extracorpóreas: a fertilização in vitro (FIV), pela qual recolhem-se o óvulo e o espermatozoide, faz-se a fecundação fora do corpo humano em um tubo de ensaio ou mídia de cultivo (daí a denominação bebê de proveta) sendo, posteriormente, o óvulo fecundado (embrião) transferido para o útero materno; c) homólogas: utilizam-se os gametas do próprio casal; d) heterólogas: utilizam-se gametas masculino ou feminino ou ambos de doadores.²⁴

Devido à reprodução assistida transcorrer de uma série de métodos, outra classificação que se analisa é em relação ao grau de complexidade das técnicas, podendo ser de baixa ou alta complexidade. Toma-se como parâmetro a análise de cada caso, concluindo que as de baixa complexidade estabelecem na prática

²³ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, p. 422. apud MEIRELLES, Jussara Maria Leal. Filhos da reprodução assistida, p. 393. apud. FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos, p. 229.

²⁴ SOUZA, Maria Cunha. As Técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e da Paternidade. Bioética, p. 03.

popularmente conhecida como 'coito programdo', quando casal mantém relações sexuais com dia e horário certo. Uma pesquisa realizada destaca que "As taxas de sucesso na baixa complexidade, completa o especialista, são de 15% a 20% por ciclo de tentativa"²⁵. Já as de alta complexidade dão-se fora do organismo feminino, sendo a fertilização *in vitro* a mais empregada.

Em virtude do desenvolvimento da medicina, várias técnicas de reprodução humana assistida foram desenvolvidas como uma solução alternativa, a seguir exposta.

2.2.1 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

Uma das principais técnicas de reprodução humana assistida é a inseminação artificial, sendo a primeira a ser praticada pela medicina. O procedimento teve sua origem no século XIV, onde a sociedade árabe buscava uma criação de raça de cavalos mais fortes e resistentes. Foram realizadas diversas tentativas de inseminação artificial em plantas e animais, onde muitas obtiveram êxito. Em 1970, o médico inglês John Hunter efetuou a primeira consumação do procedimento de inseminação artificial em humanos, sendo realizada por questão de inviabilidade de procriar devido a uma deformidade, porém, na época o procedimento foi rejeitado por toda a sociedade.²⁶

No procedimento de inseminação artificial não é necessária a retirada do óvulo feminino para a fertilização, sendo realizada dentro do corpo feminino, nomeado método intrauterino. A técnica consiste na:

²⁵ RODRIGUES, Enio. Reprodução Assistida: diversos métodos com um único objetivo, p. 01

²⁶SILVA, Andre Ribeiro Molhano; Schiavon, Cassiana Piedade; RIBEIRO, Daiane Resende; HORTA, Gabriel; MENDES, Leane Costa Andrade. As Primeiras Experiências de Inseminação Artificial foram no Século XIV

Substituição da procriação através do método natural, que corresponde à relação sexual, pela intervenção médica, ante o fato do casal apresentar problemas reprodutivos, quando implanta-se no interior do corpo da mulher."²⁷

A inseminação tem duas vertentes, a inseminação artificial homóloga, onde a utilização dos gametas pertence ao casal que realizará o procedimento, efetivado no período fértil para que haja a fecundação; e a inseminação artificial heteróloga, a qual é realizada através da utilização de espermatozoides de um terceiro doador, esse método foi realizado no ano de 1884 nos Estados Unidos. Esta última técnica em virtude do doador anônimo, ocasiona diversas discussões referentes ao aparente conflito com direito de personalidade, de saber sua origem, entre outras questões.

A escritora Renata Malta Vilas-Bôas, distingue as denominações Homóloga e Heteróloga:

A denominação Homóloga ocorre quando estamos diante da manipulação de gametas masculinos e femininos do próprio casal. Ocorre, por exemplo, quando a fecundação ocorre in vitro, o óvulo é implantado na mulher, que leva a gestação a termo. A denominação Heteróloga ocorre quando se utiliza o esperma de um doador fértil. Assim temos que a concepção ocorre mediante o material genético de outrem. Caso a mulher seja casada, o marido então será considerado o pai, por presunção legal, caso tenha consentido na realização da inseminação²⁸

Uma questão relevante para o ordenamento jurídico é a questão dos embriões excedentários, que são aqueles embriões que foram concebidos por meios genéticos e são descartados. Em decorrência, o Código Civil de 2002 abordou parcamente sobre o assunto, contudo, a Resolução do Conselho

²⁷SOUZA, Viviane. Reprodução Humana Assistida e Família Monoparental, p. 08

²⁸ VILAS-BÔAS, Renata Malta. Inseminação Artificial no Ordenamento Jurídico Brasileiro: A omissão presente no Código Civil e a Busca por uma legislação específica, p. 02

Federal de Medicina n.º 2168/2017 ²⁹ elenca o período para o descarte de embriões, tanto nos casos de expressa vontade dos pacientes quanto em situação de abandono.³⁰

O Código Civil de 2002 trata os filhos gerados pelo método de inseminação artificial como sendo presumidamente concebidos dentro da constância do casamento, pois entende que o cônjuge da mulher inseminada é o pai da criança.

2.2.2 FERTILIZAÇÃO IN VITRO

A fertilização *in vitro* consiste em uma técnica de alta complexidade, visto a forma com que este tipo de reprodução assistida é realizado, extracorpóreo, ou seja, o óvulo e o espermatozoide são preliminarmente extraídos de seus doadores e agregados em um meio artificial, ligeiramente chamado de proveta.³¹

O procedimento consiste em:

A fertilização *in vitro* (FIV) é um processo em que as células dos ovários são fertilizadas/fecundadas pelo espermatozoide fora do corpo, no tubo de ensaio, ou *in vitro*. O termo *In vitro* vem do latim e significa no vidro, o que, no caso, se refere ao tubo de teste ou vidro de Petri, daqueles usados nas aulas de ciências. FIV é um tratamento para a infertilidade que envolve controle dos hormônios do processo ovulatório, retirada do óvulo dos ovários femininos e facilitando para que os espermatozoides fertilizem-o fora do corpo, em um meio fluido (*in vitro*). O óvulo após fertilizado é transferido para o útero da paciente com a intenção de causar a gestação de sucesso³².

²⁹BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.168/2017

³⁰ Criopreservação de Gametas ou Embriões: Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes Os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados.

³¹ FRAZÃO, Alexandre Gonçalves. A Fertilização *in vitro*: uma nova problemática jurídica, p. 01.

³²AMANTO, JLS. O Processo de Tratamento da Fertilização *In Vitro*, p. 01

A FIVET³³ se desenvolveu primeiramente em animais, ratos e coelhos, realizado em 1959 por um cientista chamado M. C. Chang. Após seis anos, o doutor R. G. Edwards executou esta experiência em humanos, na tentativa de 'maturação de ovócitos', obtendo sucesso em sua experiência em 1978 com o nascimento do primeiro bebê de proveta, Luise Brown. Após esta criação, conforme pesquisa, "em 1980, na cidade de Melbourne, Austrália, já se registravam 13 casos de gravidez de um total de 103 pacientes tratados pela técnica de Fecundação *In Vitro*. Entre 1986 e 1988, só na França, aproximadamente 4.000 mulheres engravidaram após ter seus embriões criados através desse processo".³⁴

O procedimento é utilizado para mulheres com disfunção nas trompas, casos de endometriose, ovários policísticos ou anovulação. A técnica consiste na retirada de óvulos por punção instruída por ultrasonografia³⁵, que são colocados em um ambiente externo, normalmente uma proveta, para se então se realize a fecundação e conseqüentemente a formação dos embriões que por seguinte serão implantados.

A fertilização *in vitro* se difere da inseminação artificial, pois a fertilização *in vitro* é um tratamento incisivo realizado em laboratório, onde o óvulo é retirado do ovário por meio da punção sendo fecundado e após transferido para o útero. Já a inseminação artificial, é um procedimento é realizado dentro do corpo feminino, aplicando diretamente o sêmen na cavidade uterina.

³³ Sigla utilizada para Fertilização In Vitro- Fecundation in vitro withembryotransfer

³⁴AMANTO, JLS. O Processo de Tratamento da Fertilização In Vitro, p. 02

³⁵ De acordo com Luciene Kanashiro Tsukuda, o exame faz parte de todos os procedimentos que envolvem as técnicas de reprodução. O exame é essencial durante o período da estimulação ovariana. Por isso, é feito com intervalos de dois dias. É por meio dele que o especialista vai analisar a evolução do tratamento, como anda o crescimento dos folículos (uma espécie de cápsula que abriga o óvulo até o momento em que ele amadurece e é expelido para a fecundação) e qual é o momento certo para marcar o procedimento de fertilização.

2.2.3 MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

A maternidade de substituição, também denominada gravidez por substituição ou comumente barriga-de-aluguel, consiste na técnica onde o casal fornece o material genético para que outra mulher conceda seu útero para que nele se desenvolva o bebê, e que seja entregue para os doadores do material genético imediatamente após o nascimento. Este acordo é nomeado de contrato de gestação.

De acordo com as escritoras Susana Silva e Luísa Veloso, a maternidade de substituição:

refere-se aos casos em que a mãe gestacional, que gera a criança, não coincide com a mãe genética que faculty o óvulo. Contrariamente ao receio muitas vezes invocando de que as mulheres reclamam a maternidade de substituição por uma questão de conveniência (com o objetivo de evitar o período longo da gravidez e um parto doloroso), na realidade muitas mulheres que precisam recorrer a esta técnica viram os seus úteros removidos por razões associadas a tumores, mas ainda têm ovários, o que lhes possibilita tornarem-se mães genéticas.³⁶

O termo maternidade de substituição surgiu em 1997 em um texto original da Lei Húngara dos Cuidados de Saúde, o qual difere a maternidade de substituição que é aspirada no sentido de ajuda ao próximo da que tem a finalidade de ganho financeiro.

A admissibilidade de um terceiro na realização da técnica fez-se a partir da dificuldade e realidade brasileira para a tais avanços biotecnológicos, pois envolve várias questões, e dentre elas o domínio jurídico.

A resolução da CFM de 1992 estruturou em seu capítulo VIII a gestação de substituição (doação temporária do útero), restringindo para casos em que exista um problema médico evidente que impossibilite a gestação na doadora

³⁶SOUZA, Silvana; VELOSO Luísa. Representações Jurídicas das Tecnologias Reprodutivas – Contributos para uma Reflexão, p. 32

genética e para fins lucrativos.³⁷

Desta regulamentação, elencada pela Resolução do Conselho Federal de Medicina, constata-se várias questões pertinentes de caráter ético, moral e social visando a consequência e responsabilização de tal procedimento.

A natureza jurídica da maternidade de substituição se dá com o contrato de gestação, que acaba gerando opiniões na doutrina relacionados à validade do mesmo e por ser considerado ameaça à dignidade da criança visto que os direitos devem ser respeitados. O contrato gestacional é ilícito, conforme prevê a maioria da doutrina entendendo que ocorre a cessão de parte do corpo, contudo, também pode haver vários conflitos após o nascimento da criança como exemplo o caráter sucessório.

2.2.4 INSEMINAÇÃO CASEIRA

A inseminação caseira é um método de reprodução humana assistida não reconhecida e vedada pela legislação brasileira. Devido ao custo excessivo para a realização dos procedimentos de reprodução medicamente assistida, se desenvolveu a inseminação artificial caseira como um recurso.

Eudes Quintino de Oliveira Júnior conceitua o procedimento:

O procedimento é simples: busca-se um doador de esperma, que não é anônimo e, em alguns casos, cobra determinada importância pela venda do sêmen, faz-se a retirada do material que será coletado num recipiente esterilizado ou até mesmo no preservativo e, em seguida, com o auxílio de uma seringa ou aplicador, faz-se a inseminação na cavidade vaginal da mulher, que deverá estar nos dias do seu período

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

fértil. Na realidade, a intenção é fazer com que o esperma seja introduzido o mais próximo do colo do útero.³⁸

A inseminação artificial caseira deve ser efetuada à margem do sistema de saúde com assistência de um profissional da saúde por ser de grande risco. Porém, muitas mulheres utilizam a prática sem tal consulta, fazendo com que sua saúde seja prejudicada, deste modo, a probabilidade de contrair doenças graves é alta. A prática pode ser realizada com o uso de seringas ou outros instrumentos como o espéculo e cateter.³⁹

A Constituição Federal em seu art. 199, § 4º, dispõe sobre a assistência à saúde vedando qualquer tipo de comercialização de material biológico humano, devendo ser realizado de forma voluntária.

2.2.5 TRANSFERENCIA INTRATUBÁRIA

O procedimento de transferência intratubária de gametas (GIFT)⁴⁰ foi realizado em 1984 em laparotomia (WHO, 1993)⁴¹ e em 1985 apresentada por R. Asch e J. Balmaceda, com indicações para mulheres com bloqueio das trompas de falópio⁴², endometriose ou infertilidade sem causa aparente.

O método consiste em:

³⁸ OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino. Inseminação Artificial Caseira, p. 01.

³⁹ Espéculo é um instrumento que tem como função dilatar a entrada de certas cavidades orgânicas, facilitando o exame em seu interior. Cateteres é um dispositivo utilizados para conduzir certos medicamentos exatamente na corrente sanguínea.

⁴⁰ Sigla utilizada para denominação Transferência Intratubária de Gametas - Gamete Intrafallopian Transfer.

⁴¹ LUNA, Naara. Provetas e Clones: uma antropologia das novas tecnologias reprodutivas, p.91.

⁴² Trompas de Falópio são conhecidas por tubas uterinas, as quais transportam os óvulos até a cavidade do útero.

introduzir os gametas masculinos e femininos diretamente na extremidade inferior de uma tuba uterina (frequentemente na junção das regiões de istmo e ampola). A fertilização ocorre no interior da tuba, e os eventos iniciais da embriogênese ocorrem naturalmente.⁴³

Os gametas são obtidos pelo mesmo procedimento da fertilização *in vitro*, ou seja, com o objetivo de assegurar a presença dos gametas na esfera intratubária aumentando a probabilidade do sucesso do processo.

Há também a chamada Transferência Intratubária de Zigotos (ZIFT)⁴⁴, mais complexa, utilizando o mesmo procedimento da fertilização *in vitro*, entretanto, nesta transferência é implantado um zigoto⁴⁵ diretamente no útero.

2.3 PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA

Tendo em vista as principais técnicas de reprodução, há de se falar nos princípios norteadores da bioética, uma vez que estes regulam as práticas, procedimentos e decisões correlacionadas com a saúde.

O termo “bioética” remete a “ética da vida”, representando conhecimentos de preceitos humanos, bem como elenca regras que orientam a atuação dos profissionais. Estas regras norteadoras foram desenvolvidas visto que a bioética está diretamente relacionada à vida seja de forma intrínseca ou extrínseca, baseando-se em questões morais, sociais, econômicas, éticas e legais.⁴⁶

⁴³ CARLSON, Bruce M. Embriologia e Biologia do Desenvolvimento, p. 35.

⁴⁴ Sigla utilizada para Transferência Intratubária de Zigoto - Zygote IntraFallopian Tube Transfer

⁴⁵ Zigoto é uma célula originária da fusão do gameta feminino com o masculino.

⁴⁶ MALAGUTTI, W. Bioética e Enfermagem: Controvérsias, desafios e conquistas, Rio de Janeiro: Editora Rubio, 2007.

No decorrer da história, devido às adversidades buscou-se defender a dignidade do ser humano, atendendo sua qualidade de vida concernente aos eventuais descomedimentos realizados por profissionais.

O código de ética, Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.931/09⁴⁷, especifica as normas de comportamento moral dos profissionais da área médica, baseando-se em princípios que dizem respeito a tais preceitos essenciais, são eles: autonomia, beneficência, não maleficência e justiça.

Referente ao princípio da autonomia, este pode ter acepções diversas no sentido de autogoverno, autodeterminação do ser humano assumir suas responsabilidades no que diz respeito a sua vida, interferindo na sua integridade biológica, psíquica e física, bem como em suas relações em uma sociedade. Portanto, a autonomia propriamente dita é demonstrada com o respeito às limitações do próximo e, também, ao coletivo, isto é, o indivíduo tem o seu livre arbítrio para decidir sobre questões relacionadas à sua vida, consentindo ou recusando orientações de caráter preventivo.⁴⁸

O princípio da beneficência tem relevância no tocante a obrigação ética, a qual prioriza o benefício e despreza o prejuízo, estabelecendo que o profissional deve ter máximo conhecimento das técnicas que irá implementar. Esse princípio é correlacionado diretamente com o princípio da não maleficência, pois esse estipula que a conduta médica deve ocasionar o mínimo prejuízo à saúde do paciente.

Em relação ao princípio da justiça, este tem como fundamento a condição de isonomia, ou seja, tratar o indivíduo como lhe é devido. O médico deve agir

⁴⁷ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução 1.931/09. Disponível em <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>> Acesso em 00/00/2018

⁴⁸ TORRES, Adriana de Freias. Bioética: O princípio da autonomia e o termo de consentimento livre e esclarecido. Disponível em: <http://www.crm-pb.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21917:bioetica-o-principio-da-autonomia-e-o-termo-de-consentimento-livre-e-esclarecido&catid=46:artigos&Itemid=483> Acesso em 00/00/2018

de maneira imparcial, fazendo com que aspectos sociais não prejudique a relação com o paciente.⁴⁹

Tais princípios têm como escopo proteger e defender os direitos do próximo, amparados pelo Código de Ética que garante a aplicação de tais princípios evidenciando os deveres e responsabilidades a ser empregados na relação do profissional da área médica com seu paciente.

2.4 NORMATIZAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL

A reprodução humana assistida pode ser percebida no Brasil desde a década de 1980, marcada pelo nascimento com vida do primeiro bebê fertilizado em laboratório. Conseqüentemente, o país passou a aperfeiçoar cada vez mais as técnicas na busca incessante pelo aperfeiçoamento.

Devido este crescimento, na utilização das técnicas começou a surgir questionamento referente à aplicação do direito, pois o ordenamento jurídico não conseguiu acompanhar as grandes mudanças na área da reprodução humana assistida.

No Brasil há ausência de uma lei específica em relação ao assunto, regulado atualmente pela Resolução do Conselho Federal de Medicina, o qual adota normas éticas para aplicação das técnicas de procriação assistida, garantido que os princípios éticos e bioéticos sejam empregados pelos profissionais médicos.

Em 19 de novembro 1992 foi publicada a primeira Resolução do Conselho Federal de Medicina no Diário Oficial da União, instituindo normas éticas para utilização das técnicas de reprodução humana assistida, a qual enunciava:

⁴⁹ BRASIL, CREMESP. Disponível em : < http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=53&cod_publicacao=6 > Acesso em 00/00/2018

“orientadora dos médicos quanto às condutas a serem adotadas diante dos problemas decorrentes da prática da reprodução assistida, normatizando condutas éticas a serem obedecidas no exercício das técnicas de reprodução assistida.”⁵⁰

No decorrer do tempo fez-se necessário devido a mudanças tecnológicas, sociais e culturais a sua reformulação, então em 2010 ocorreu a primeira alteração na resolução, a qual remodelou algumas expressões utilizadas na resolução de 1992, tais como: “infertilidade humana”, fora substituída por “reprodução humana”, também o chamado “casal infértil” tornou “toda pessoa capaz”, e as pessoas que recorriam às técnicas foram consideradas pacientes da RA.⁵¹

Outras duas alterações foram realizadas até alçar na vigente resolução n.º 2.168/2017, a qual modificou regras referentes ao descarte de embriões, gestação compartilhada e de substituição.⁵²

Salienta a necessária proteção à pessoa, considerando o direito à vida como fundamental ao ser humano e assim protegido pelo Estado por ser imprescindível.

O Código Civil de 2002 ⁵³faz referências a apenas três técnicas de inseminação artificial em seu art. 1.597, ao tratar da presunção de paternidade determinando

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

⁵⁰ BRASIL. Conselho Federal de Medicina

⁵¹ FERREIRA. Maria de Fátima. As Novas Regras para Reprodução Humana Assistida na Folha de São Paulo. Disponível em:
<<https://www.oei.es/historico/congresoctg/memoria/pdf/FerreiraMaria.pdf>> Acesso em 00/00/2018

⁵² BRASIL. Código Civil 2002 Disponível em:
<https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27275:2017-11-09-13-06-20&catid=3> Acesso em 00/00/2018

⁵³ ibidem

excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Ressalta-se que existem muitas concepções divergentes no sentido de amparo com regulamentação específica para estes casos de reprodução humana assistida. Como expressa Silvio de Salvo Venosa:

O Código Civil não autoriza e nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata a existência da problemática e procura dar solução exclusivamente ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por opção do legislador.⁵⁴

Nesta seara, uma questão relevante para o ordenamento jurídico é a questão dos embriões excedentários, que são aqueles embriões que foram concebidos por meios genéticos e são descartados. Em decorrência, o Código Civil de 2002 abordou parcamente sobre o assunto, contudo, a Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2168/2017⁵⁵ elenca o período para o descarte de embriões, tanto nos casos de expressa vontade dos pacientes quanto em situação de abandono.⁵⁶

Além disso, o Código Civil de 2002 trata os filhos gerados pelo método de inseminação artificial como sendo presumidamente concebidos dentro da constância do casamento, pois entende que o cônjuge da mulher inseminada é o pai da criança. Dessa maneira, a Constituição Federal em seu art. 199, § 4º⁵⁷, dispõe sobre a assistência à saúde vedando qualquer tipo de comercialização de material biológico humano, devendo ser realizado de forma voluntária.

⁵⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2006

⁵⁵BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.168/2017

⁵⁶ Criopreservação de Gametas ou Embriões: Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes Os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados.

⁵⁷ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada: § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Em 2005 foi promulgada a Lei de Biossegurança n.º 11.105/05⁵⁸, que trouxe consigo normas e mecanismo de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados. Esta lei procurou abordar várias questões sobre os organismos geneticamente modificados, porém, deixou de apreciar e elucidar algumas questões deixando lacunas, e a dúvida ao posicionamento a ser empregado.

Devido à falta de regulamentação expressa, diversos projetos de lei foram desenvolvidos sobre o tema, variando com maior ou menos aprofundamento. O Estatuto de Reprodução Humana assistida apresentou o Projeto de Lei n.º 115/2015⁵⁹ com intuito de regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida, bem como seus efeitos no contexto das relações da sociedade. Este projeto tem como preceito, “Em suma, o presente projeto de lei tem a finalidade de regular no âmbito civil, administrativo e penal, as ações de aplicação e utilização das técnicas médicas de auxílio à reprodução humana”.

Desta maneira, considerando a falta de uma lei específica para regular as práticas de procriação assistida, faz-se necessária a análise da relação do médico que irá realizar o procedimento e o paciente com a finalidade aferir responsabilidade destes profissionais.

⁵⁸ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>

⁵⁹ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1300959.pdf>>

3. RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O MÉDICO E O PACIENTE

A relação entre o médico e o paciente ocorre desde a primeira comunicação, a qual envolve confiança e responsabilidade de ambas as partes, caracterizada pelos deveres e compromissos. Os avanços advindos das inovações tecnológicas implementaram uma maior exigência e eficácia nos procedimentos, de modo consequente a busca pelo amparo jurídico expandiu.

A relação médico-paciente foi discutida em meados do século XX pelos escritores Jaspers, Balint, Person e Donabedian devido aos significativos avanços e descobertas na área da bioquímica e farmacologia podendo produzir um diagnóstico diferenciado e muito importante para análise de cada caso.⁶⁰

O vínculo estabelecido abrange a responsabilidade civil do profissional da medicina, bem como as instituições hospitalares, clínicas ou outros locais onde se realiza o procedimento. Há se falar em relação jurídica entre o agente e o profissional que realizará a técnica, pois existe um contrato estabelecido e vontade entre as partes, como elenca Dimas Borelli Thomaz Junior baseado no art. 951 do Código Civil⁶¹:

Para Silvio Rodrigues, a responsabilidade civil dos médicos é sempre contratual, concepção que lhe parece estreme de dúvida, ainda que venha posta sistematicamente no título dos atos ilícitos do Código Civil.⁶²

Neste mesmo sentido, o escritor Miguel Kfoury Neto expressa:

⁶⁰ CAPRARA, Andrea; RODRIGUES Josiane. A Relação Assimétrica médico-paciente: repensando o vínculo terapêutico, p. 02

⁶¹ O CÓDIGO CIVIL DE 2002 estipula em seu art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho

⁶² THOMAS JUNIOR, Dimas Borelli. Revista dos Tribunais. RT 741/1987, jul/1987.

A responsabilidade médica é de natureza contratual. Contudo, o fato de considerar como contratual, a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa. O médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão. Já na obrigação de resultado (empreitada, transporte, cirurgia plástica estética propriamente dita), o profissional obriga-se a atingir determinado fim, o que interesse é o resultado de sua atividade – sem o que não terá cumprido a obrigação. Não há, pois, culpa presumida do médico, por estarmos diante de um contrato. Ao autor incumbe a prova de que o médico agiu com culpa⁶³

Toda conduta humana é estabelecida por uma responsabilidade compreendida civil e penalmente. Toda atividade é exercida com risco, e especificamente a responsabilidade do médico em relação aos seus pacientes se torna fundamental por dedicar-se a vida destes. Sendo assim, a responsabilidade no âmbito do direito civil se evidencia a reparação do dano ilícito com obrigação por fato próprio, bem como a responsabilidade contratual e extracontratual o qual as partes deverão cumprir as obrigações nele estabelecidas.

Deste modo, a relação jurídica adquirida entre médico e paciente pode ser considerada por alguns escritores como um contrato de prestações de serviços, pois, abrange questões de consumo, porém, há escritores que concordam com o contrato *sui generis*⁶⁴, ou seja, questões envolvendo o tratamento entre indivíduos.

3.1 NATUREZA OBRIGACIONAL DA RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE

A natureza obrigacional é analisada de acordo com a responsabilidade, primeiramente se é contratual ou delitual, e por seguinte analisa-se a

⁶³KFOURI, Miguel Neto. Responsabilidade Civil do Médico, p. 84

⁶⁴ Expressão em latim que expressa 'de seu próprio gênero' ou 'único em sua espécie', remete a um fato singular, particular.

responsabilidade do médico como prestador de serviços.

Aguiar Dias explica esta questão:

A obrigação nascida do contrato é diferente da que nasce de sua inexecução. Assim sendo, a responsabilidade contratual é também fonte de obrigações, como a responsabilidade delitual. A obrigação preexistente é verdadeira fonte da responsabilidade, e deriva, por sua vez, de qualquer fator social capaz de criar normas de conduta. Estabelecido o primeiro elemento, temos o segundo, aquele intimamente ligado: é a violação do dever preexistente.⁶⁵

Portanto, a obrigação surge como um dos pressupostos para averiguação da responsabilidade civil, devendo estar definida para que se possa estabelecer a natureza jurídica da relação médico-paciente.

No Código Civil está explanado em seus artigos 929⁶⁶ e 930⁶⁷ a obrigação de indenizar, visto que, determina que fica obrigado a reparar o dano aquele que tenha praticado um ato ilícito, causando prejuízo a outrem.

Pontes de Miranda entende que “tem-se de distinguir da responsabilidade contratual a responsabilidade extranegocial”, pois, envolve questões de serviço médico de direito público, devendo “afastar a contratualidade da responsabilidade.” Envolve questões como gestão de negócios, onde “não se negocia a relação jurídica entre o médico e a pessoa que recebeu os serviços ou obra”⁶⁸

A responsabilidade civil pode ser analisada também no Código de Defesa

⁶⁵ CALADO, Vinicius de Negreiros. Responsabilidade Civil do Médico e Consentimento Informado: um estudo interdisciplinar dos julgados do STJ, p. 171

⁶⁶Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assiste-lhes o direito à indenização do prejuízo que sofreram.

⁶⁷ Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

⁶⁸ CALADO, Vinicius de Negreiros. Responsabilidade Civil do Médico e Consentimento Informado: um estudo interdisciplinar dos julgados do STJ, p. 173

ao Consumidor⁶⁹, o qual unifica os ideais do Código Civil de 2002 com questões de violação de direito e como se procede à garantia para sustentar o dano sanado. Sendo assim, esclarecida a questão da responsabilidade civil médica contratual e extracontratual, respondendo pelo fato causado.

No direito comparado, consta na jurisprudência de Portugal a defesa de um regime a ser aplicada nestas questões de responsabilidade civil médica é a mais favorável ao paciente. Já no Brasil, há de se falar em vulnerabilidade do consumidor, este resguardado pelo CDC⁷⁰, como parte mais frágil dessa relação, consumidor e fornecedor.

Relacionado com a questão de natureza da responsabilidade médica, correlaciona-se a culpa médica, a análise do erro médico, o ônus da prova, bem como a culpa *stricto sensu*. No sentido da tipificação da responsabilidade civil, exige-se a conduta voluntária, o dano injusto e o nexo causal, ou seja, para que seja caracterizada esta responsabilidade é necessário elementos típicos como dolo ou culpa, risco equidade que estejam previstos em lei.

Verifica-se que todos são suscetíveis a erros, e quando se trata de um assunto delicado que envolve técnicas e profissionais principalmente da área da saúde, compreende questões de critérios para avaliação do acerto ou desacerto da conduta exercida por esse profissional, apesar de tal ato ser inerente ao ser humano.

Em relação a culpa médica, é evidente que haverá uma conduta por parte do profissional, e esta deverá ser analisada caso ocorra descumprimento das normas impostas pela legislação ou pela prudência. Kfoury afirma que “a medida da indenização é a extensão dos danos”, ou seja, quando se trata da saúde humana esta obrigação de indenizar se torna imprescindível.

A culpa na responsabilidade civil médica decorre de um descumprimento de um dever específico e nesse sentido o escritor Dias enfatiza:

⁶⁹ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990

⁷⁰ Sigla utilizada para Código de Defesa do Consumidor.

Na apuração dessa responsabilidade há que atender a estas normas: a) a prova pode ser feita por testemunhas, quando não haja questão técnica a elucidar; caso contrário, será incivil admi-la, dada a ignorância da testemunha leiga com relação aos assuntos médicos. Por outro lado, sendo a perícia o caminho naturalmente indicado ao julgador, é necessário que se encare esse meio de prova prudentemente, atenta a possibilidade de opinar o perito, por espírito de classe; b) é indispensável estabelecer a relação de causa e efeito entre o dano e a falta do médico que acarreta responsabilidade ainda quando o nexo de causalidade seja mediato.⁷¹

Não basta a culpa, deve-se demonstrar o nexo causal o dano que o agente causou, e para isto deve ser analisado alguns princípios da culpa médica para avaliação do caso concreto. Conforme prevê o artigo 944 do Código Civil brasileiro a gravidade da culpa médica determinará o *quantum* indenizatório.⁷²

Em ocasião que se analisa o erro médico verifica-se a responsabilidade objetiva e subjetiva do fato do serviço médico, por esta razão analisa-se a legislação admissível nesta relação de médico-paciente averiguando seu vínculo de consumo e por seguinte sua responsabilidade civil.

3.2 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Tendo em vista a natureza obrigacional da relação médico-paciente, a qual projeta um compromisso futuro, determinado pelo profissional em relação ao seu paciente, de não lhe causar qualquer dano, fica caracteriza a obrigação de fazer, sucedendo uma legislação aplicável a relação.

⁷¹ KFOURI, Miguel Neto. Responsabilidade Civil do Médico, apud DIAS, José Aguiar, p. 93.

⁷² Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

A atividade médica é munida de direitos, princípios e garantias constitucionais em virtude da relação privada existente entre o profissional da medicina e o paciente, sendo assim, não há dúvidas na aplicação de direitos fundamentais a essa relação, no ponto de vista civil constitucional, como expressa Teresa Negreiros:

A virada de uma jurisprudência dos conceitos em direção a uma jurisprudência de valores, chegando-se, atualmente, a uma jurisprudência dos princípios e dos valores, municia a perspectiva civil-constitucional com instrumentos metodológicos apropriados a permitir às normas constitucionais que incidem sobre as relações jurídicas estabelecidas entre particulares.⁷³

Evidente que há uma relação de consumo na relação médico-paciente, pois trata-se de uma prestação de serviço, onde o médico concede seu serviço ao paciente como destinatário final de tal serviço, caracterizando então uma conexão.⁷⁴

Em uma análise da relação jurídica existente entre o médico e o paciente, a dignidade da pessoa humana um direito fundamental estipulado na Constituição Federal, tem como garantia assegurando a vida digna dos cidadãos, e exhibe como um dos seus princípios o direito do consumidor fixado no Código de Defesa do Consumidor⁷⁵.

⁷³ NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P.57.

⁷⁴ O Código de Defesa do Consumidor estabelece em seu artigo 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.; e também em seu artigo 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

⁷⁵ A Constituição Federal estipula em seu artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor;

O Código Civil apresenta em seu art. 951⁷⁶ a responsabilidade civil médica, correspondendo a uma responsabilidade subjetiva ao relacionar o dever de indenizar com a conduta culposa do profissional da medicina⁷⁷. Neste âmbito, Miguel Kfourri Neto entende:

No Brasil, para que o ressarcimento do dano oriundo da culpa médica se torne mais frequente, é mister que nossos juízes e tribunais amenizem as exigências para a aferição da culpa e verificação do nexo de causalidade⁷⁸

A obrigação médica é caracterizada como obrigação de fazer, sendo amparada pelos artigos 247 a 249 do Código Civil⁷⁹, e sendo uma obrigação de fazer o sujeito passivo tem o dever de indenizar por má prestação de serviço que incorrendo de culpa e se houver defeito na execução do procedimento. Nesse sentido, o escritor Vinicius de Negreiro Calado explica:

Além das regras obrigacionais, o contrato médico está regido pelas regras contratuais gerais e especiais do CC/2002. Dentre os princípios contratuais, destacam-se o da autonomia privada, ou da autonomia da vontade (limitada pela função social do contrato) e o princípio da boa-fé que irradiam efeitos para todos os contratos.⁸⁰

⁷⁶ O Código Civil elenca em seu artigo 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho

⁷⁷ CALADO, Vinicius de Negreiro. Responsabilidade Civil do Médico e Consentimento Informado. Pg. 80

⁷⁸ KFOURI, Miguel Neto. Responsabilidade Civil do Médico, p. 98.

⁷⁹ O Código Civil dispõe em seu art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível; Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos; Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível. Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.

⁸⁰ CALADO, Vinicius de Negreiro. Responsabilidade Civil do Médico e Consentimento Informado. Pg. 86

As regras estabelecidas no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor são claras em relação à indenização por danos materiais, estabelecendo critérios resultantes de violação de direito de personalidade e integridade da pessoa. Todavia, há uma complexidade em determinar o *quantum* indenizatório mantendo como parâmetro doutrinas e jurisprudências.⁸¹

Os pressupostos da responsabilidade civil médica é a conduta, o dano e o nexo de causalidade que são essências para a verificação da responsabilidade e para se possa determinar a consequência. Para tanto, é necessário verificar a conduta do agente, qual sua ação, o seu comportamento omissivo ou comissivo para tomar medidas jurídicas, nesse seguimento o autor Bruno Miragem expõe:

O preenchimento destes pressupostos de responsabilidade civil dever ser completo, ou seja, devem estar presentes em sua integralidade para dar causa à imputação do dever de indenizar. No caso da responsabilidade do profissional médico tais elementos serão a conduta culposa, o dano e o nexo de causalidade entre ambos. No regime comum, próprio dos serviços públicos de saúde, este defeito substitui-se pela violação dos deveres jurídicos impostos a tais instituições, como por exemplo o dever de segurança, de informação e de todos os demais necessários à realização da adequada prestação do serviço público.⁸²

Entende-se que é necessário a análise de cada caso para então verificar a responsabilidade civil do médico e determinar a tutela jurídica aplicável. Tendo em vista a natureza contratual estabelecida na relação médico-paciente, correlaciona com a perspectiva ética representado pelo Conselho Federal de Medicina.

⁸¹ MIRAGEM, Bruno. Revisa de Direito do Consumidor. Pg. 699.

⁸² MIRAGEM, Bruno. Revisa de Direito do Consumidor. Pg. 707.

3.3 DO CONSENTIMENTO INFORMADO

O Consentimento Informado no Brasil é regulamentado pelo Código de Ética Médica redigido pelo Conselho Federal de Medicina, com intuito de garantia à autonomia do indivíduo. Ao realizar o procedimento médico é elaborado este documento contendo direitos e obrigações com as devidas vinculações jurídicas e possíveis consequências jurídicas estipuladas.

Surge o conceito de consentimento informado no século XIX por William Beaumont e Claude Bernard, porém era limitada a informação acerca do assunto, e por este motivo o assunto restringiu-se no século XX. Isto ocorreu posto que nos tempos remotos o médico detinha o conhecimento absoluto sobre como agir e deslindar a cura. Todavia, houve um crescimento em relação às técnicas biomédicas e conseqüentemente o número de procedimentos e processos levados aos tribunais também, assim os deveres do médico deveriam estar regulamentados, explica Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo:

A teoria do consentimento informado na relação entre médicos e pacientes teve a sua origem em decisões judiciais. No Brasil, apesar de alguns consideráveis avanços nos últimos anos, as decisões judiciais ainda são insuficientes para conceber todos os aspectos e possíveis celeumas envolvendo a doutrina do consentimento informado.⁸³

Compreende o Capítulo VII, especificamente nos artigos 54 e 55 ⁸⁴ do Código de Ética que os médicos têm o dever de esclarecer ao paciente como será executado o procedimento, bem como explicar detalhadamente o

⁸³ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. O Dever de Informar dos Médicos e o Consentimento Informado. Curitiba: Juruá, 2008. Pg. 87.

⁸⁴ O Código de Ética estipula em seu Artigo 54. Deixar de fornecer a outro médico informações sobre o quadro clínico de paciente, desde que autorizado por este ou por seu representante legal; e em seu Artigo 55. Deixar de informar ao substituto o quadro clínico dos pacientes sob sua responsabilidade ao ser substituído ao fim do seu turno de trabalho.

diagnóstico que lhe mostrar, ou seja, estipulando no contrato os possíveis riscos que o método pode ocasionar. Em contrapartida, o paciente maior de idade e com plena capacidade mental tem aptidão para optar pelo tipo de procedimento e tratamento que realizará, pois tem total autonomia de seu corpo.

O dever de informar do médico depreende todas as informações necessárias para elucidar ao paciente o procedimento expondo os aspectos pertinentes como o risco e possíveis consequências. Nesse sentido o autor Bruno de Miragem cita Gustavo Tepedino que exprime:

o dever de informação diz com os riscos do tratamento, a ponderação quanto às vantagens e desvantagens da hospitalização ou das diversas técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto ao prognóstico ao quadro clínico e cirúrgico, salvo quando esta informação possa afetar psicologicamente o paciente.”⁸⁵

O consentimento informado é um procedimento preambular à efetiva prestação de serviço, no qual o médico tem o dever de informação e esclarecimento ao paciente. O conceito que se atribui ao Consentimento Informado, conforme o escritor Jecé Freitas Brandão:

O Consentimento Informado (CI) é a autorização do paciente obtida pelo profissional para a realização de procedimento médico de indiscutível necessidade. É condição indispensável da relação médico-paciente contemporânea. Trata-se de uma decisão voluntária, verbal ou escrita, protagonizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após processo informativo, para aceitação de um tratamento específico consciente dos seus riscos, benefícios e possíveis consequências.” ⁸⁶

Evidencia que esse procedimento se vincula diretamente com o princípio da autonomia da bioética, a autonomia da vontade que o paciente usufrui, decidindo sobre a aceitação do procedimento.

As prestações de serviços nessa relação médico-paciente elencadas no

⁸⁵ MIRAGEM, Bruno. Revista de Direito do Consumidor. RDC 63/2007. Jul/2007.

⁸⁶ BRANDÃO, Jecé Freitas. Consentimento Informado na Prática Médica, p. 03

Código de Defesa do Consumidor⁸⁷, caracterizam uma relação de consumo associando ao princípio da boa-fé referente ao dever de informar, é um direito básico de o consumidor dispor de informações adequadas. A informação tem como objetivo principal expor todos os elementos referentes ao procedimento, desta maneira, outorgando ao paciente o direito de consentir ou não. O direito de informar também é explanado no Código Civil⁸⁸, discorrendo acerca do constrangimento que pode ocorrer no procedimento, deixando evidente que toda técnica de risco deve ser anteriorizado do consentimento informado.

O Conselho Federal de Medicina mediante a Resolução n.º 2.168/2017 determinou os seguintes requisitos para validação do contrato nos casos de reprodução humana assistida: O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.⁸⁹

Conclui-se que a presença do procedimento consentimento informado na relação médico-paciente não isenta o profissional da medicina da responsabilidade por seus atos.

⁸⁷ O Código de Defesa do Consumidor estipula em seu artigo 6º São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

⁸⁸ O Código Civil elenca em seu artigo Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

⁸⁹ Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>

3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Com o avanço na área biotecnológica e o aumento na prática das atividades de reprodução humana assistida encetou questões relativas aos limites que o profissional médico tem ao realizar uma intervenção e com isso surge o advento da responsabilidade.

O ser humano tornou-se cada vez mais exigente com os seus direitos fundamentais, reivindicando que estes devem ser respeitados. Para tanto, a bioética com seus princípios e a ética médica regulada pelo Conselho Federal de Medicina protegem dois princípios imprescindíveis, o respeito à vida e a dignidade da pessoa humana. As inovações tecnológicas geraram uma grande expectativa nos seres humanos, visto que o procedimento da reprodução humana assistida pode permitir a tão sonhada gravidez.

Várias são as discussões doutrinárias no que tange a análise da culpa para ficar demonstrada a responsabilidade civil do médico, como explica Miguel Kfoury Neto:

Para a caracterização da responsabilidade civil, exige-se a conduta voluntária, o dano injusto e o nexo causal. São fatores de atribuição da responsabilidade por dano ao agente: subjetivos – dolo e culpa; objetivos – risco e equidade. Tais fatores de atribuição devem ser previstos na lei. Responsabilidade do médico é subjetiva, calcada na culpa *stricto sensu* (imperícia, negligência ou imprudência). Para a caracterização da culpa não se torna necessária a intenção – basta a simples voluntariedade de conduta, que deverá ser constante com as normas impostas pela prudência ou perícia comuns.⁹⁰

Nesse sentido, há um anseio pela busca da verdade na natureza da atividade médica, pois trata-se de uma má prestação no serviço e esta ação começa nos atos preliminares, desde a primeira consulta com o dever de

⁹⁰ KFOURI, Miguel Neto. Responsabilidade Civil do Médico, p. 90

informar e esclarecer o procedimento, bem como os riscos que pode ocorrer durante o procedimento.

A culpa caracterizada é um elemento necessário para que seja imputado alguma responsabilidade ao profissional da medicina, ou seja, deverá ser comprovado que houve o dano e que este foi proveniente de negligência, imprudência ou imperícia para que haja alguma responsabilidade.

No que tange a culpa *stricto sensu*, a negligência é caracterizada pelo erro médico no qual o profissional deixa de agir e utilizar das devidas precauções, existindo descuido no procedimento, ou seja, o médico age de forma omissa sem ter como base os deveres éticos estipulados pelo Conselho Federal de Medicina, negligência médica segundo Genival Veloso de França caracteriza-se:

Pela inação, indolência, inércia, passividade. É um ato omissivo. O abandono ao doente, a omissão de tratamento, a negligência de um médico pela omissão de outro (um médico, confiando na pontualidade do colega, deixa plantão, mas o substituto não chega e o doente, pela falta de profissional, vem a sofrer graves danos. É a negligência vicariante).⁹¹

São diversos os casos de negligencia por parte do profissional médico no procedimento de reprodução humana assistida, as complicações por erro médico podem ser diversas, um exemplo previsto na Resolução n. 2169/2017 do Conselho Federal de Medicina⁹², a doação de gametas ou embriões especificando todas as diretrizes, e entre elas está a responsabilidade civil do médico na escolha das doadoras de oócitos⁹³. É de total importância que o profissional médico analise todas as diligências do procedimento para não incorrer em negligencia.

⁹¹ FRANÇA, Genival Veloso de. Comentários ao Código de Processo Ético-Profissional dos Conselhos de medicina do Brasil, CRM – Paraíba, 1997, p. 283

⁹² Conselho Federal de Medicina, Resolução 2168/2017 dispõe: A escolha das doadoras de oócitos é de responsabilidade do médico assistente. Dentro do possível, deverá garantir que a doadora tenha a maior semelhança fenotípica com a receptora.

⁹³. Termo utilizado para doadores de óvulos.

Na imprudência há uma culpa comissiva, onde o profissional age de maneira injustificada não havendo cautela ao realizar os procedimentos. O autor Stênio Rolim de Oliveira ⁹⁴cita em seu artigo o escritor Introna para explicar essa questão:

agir com imprudência comporta uma boa dose de previsibilidade e de antevisão do evento – não obstante o que se acaba agindo assim mesmo. Na prática, estamos no campo da leviandade, da irreflexão, isto é, de uma conduta que supera os limites da prudência. E nenhuma diferença se divisa entre a imprudência comum e a imprudência profissional, de idêntico conteúdo.⁹⁵

A imperícia médica, como uma responsabilidade subjetiva, é caracterizada pela falta de observação das normas e, também, a falta de habilitação do profissional em relação a técnica e prática utilizadas no procedimento, assim Miguel Kfoury Neto caracteriza como “É a falta de observação das normas, a deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, o despreparo prático. Também caracteriza a imperícia a incapacidade para exercer determinado ofício, por falta de habilidade ou ausência dos conhecimentos necessários, exigidos em uma profissão.”⁹⁶

Ressalta-se que na relação médico-paciente há uma relação contratual *sui generis*, existindo o consentimento informado do profissional para com o seu paciente desmistificando o sucesso do procedimento, pois, o profissional almeja os resultados positivos, mas na prática mesmo agindo com cautela e escolhendo a melhor técnica não há uma obrigatoriedade nessa garantia⁹⁷.

A responsabilidade civil do médico é estabelecida conforme a culpa, sendo assim o profissional assume uma obrigação de fornecer ao seu paciente

⁹⁴ FRANÇA, Genival Veloso de Disponível em:
http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9481#_ftn9

⁹⁵ INTRONA, F. La responsabilità professionale nell' esercizio delle arti sanitarie, p. 59.

⁹⁶ KFOURI, Miguel Neto. Responsabilidade Civil do Médico, p. 110

⁹⁷ MIRAGEM, Bruno. Revista de Direito do Consumidor. Pg. 710.

a melhor meio para empregar a técnica, o local onde será realizado a atividade médica, hospital ou clínica, desempenham também uma prestação de serviço. Ocorre uma relação entre o paciente e o hospital ou clínica aonde o procedimento irá se realizar, configurando a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

Na atividade médica inúmeros são os riscos, e quando se trata de reprodução assistida as intervenções as quais o paciente é submetido são seriamente agressivas por se tratar de uma via artificial. Posto isso, é fundamental a presença da perícia e discernimento em todo o procedimento, até mesmo na escolha da melhor técnica a ser empregada. Assim, considerando os inúmeros erros que podem ocorrer no procedimento, a obrigação do médico é proteger a integridade do seu paciente, portanto, como uma relação de consumo há de ser apurada a responsabilização civil do profissional médico nos casos de reprodução humana assistida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após análise sobre o tema em questão, como objetivo específico desta monografia, passou-se inicialmente, no segundo capítulo deste trabalho, a considerar a extensão e abrangência da responsabilidade civil no ordenamento jurídico, elucidando como ocorreu o desenvolvimento da sociedade e com ela a necessidade de proteção pelos danos causados.

Esclareceu-se também a responsabilidade civil no âmbito da obrigação, distinguindo o conceito de obrigação que é sempre um dever jurídico originário e responsabilidade que é um dever jurídico sucessivo a violação da obrigação.

Subsequentemente, no terceiro capítulo, teve-se uma análise da reprodução medicamente assistida, salientando que o procedimento foi analisado em meados do século XX, pois o conhecimento científico e médico estavam mais evoluídos, diversas tentativas até que em 1978 nasceu o primeiro bebê proveniente da técnica de fertilização *in vitro*, confirmando a possibilidade de efetuar o procedimento. algumas das técnicas e a evolução das ciências nesses casos.

Ressalta-se que a reprodução assistida é caracterizada pelo procedimento através do qual é possível a aproximação artificial dos gametas femininos e gametas masculinos, também chamamos de óvulos e espermatozoides respectivamente, viabilizando a gestação. Ainda, em virtude do desenvolvimento da medicina, várias técnicas de reprodução humana assistida foram desenvolvidas como uma solução alternativa, foram utilizados como orientação para o tema da pesquisa: inseminação artificial, fertilização *in vitro*, maternidade de substituição, inseminação caseira e a transferência intratubária, tratados de forma sucinta, vez que o trabalho não teve intenção de esgotar esse assunto.

Dessa maneira analisou os princípios norteadores da bioética, uma vez que estes regulam as práticas, procedimentos e decisões correlacionados com

a saúde. O código de ética, Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.931/09, especifica as normas de comportamento moral dos profissionais da área médica, baseando-se em princípios que dizem respeito a tais preceitos essenciais, são eles: autonomia, beneficência, não maleficência e justiça.

Percebeu-se, com base nas pesquisas realizadas, que o ordenamento jurídico não possui uma legislação específica referente ao assunto, sendo analisado como se dá a normatização e regulamentação da reprodução humana assistida no Brasil fez-se fundamental para análise do tema, esclarecendo que no Brasil há ausência de uma lei específica em relação ao assunto, regulado atualmente pela Resolução do Conselho Federal de Medicina, o qual adota normas éticas para aplicação das técnicas de procriação assistida.

Adentrando ao quarto capítulo, observa-se a relação do médico com o paciente estabelecendo a responsabilidade civil do profissional, bem como a natureza obrigacional desse vínculo. Caracterizada a obrigação e evidenciando uma relação de consumo entre o médico e o paciente sucede a legislação admissível.

O desenvolvimento desse trabalho, ao longo do quarto capítulo, propiciou a análise do consentimento informado analisando que ao realizar o procedimento médico é elaborado este documento contendo direitos e obrigações com as devidas vinculações jurídicas e possíveis consequências jurídicas estipuladas, regulamentado pelo Código de Ética Médica redigido pelo Conselho Federal de Medicina.

Por fim, com os avanços da genética verifica-se a responsabilidade civil do médico na reprodução humana assistida considerando a ocorrência de erro médico, se o dano provocado se deu por negligência, imprudência ou imperícia, bem como a culpa profissional do médico por utilizar técnica inapropriada para o caso gerando consequências e danos ao paciente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMATO, JLS. O processo de tratamento de fertilização in vitro.2014. Disponível em <<https://fertilidade.org/content/o-processo-de-tratamento-da-fertilização-vitro>> Acesso em 23/01/2018

BRANDÃO, Jecé Freitas. Consentimento Informado na Prática Médica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

BRASIL. Código Civil 2002. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27275:2017-11-09-13-06-20&catid=3> Acesso em 00/00/2018

BRASIL. Código de Defesa do Consumido. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm> Acesso em 02/2018

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Disponível em <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>> Acesso em: 25/03/2018

CALADO, Vinicius de Negreiro. Responsabilidade Civil do Médico e Consentimento Informado: um estudo interdisciplinar dos julgados do STJ. Curitiba: Juruá, 2014

CAPRARA, Andrea; RODRIGUES Josiane. A Relação Assimétrica médico-paciente: repensando o vínculo terapêutico. Ciênc. Saúde Coletiva [online]. Vol. 9, n.1

CARLSON, Bruce M. Embriologia e Biologia do Desenvolvimento. Editora Elsevier, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2015

CORREA, Marilena C. D. V.; LOYOLA, Maria Andrea. Tecnologias da reprodução assistida. *Physis* [online] vol. 25, n.3, 2015

CORREA, Marilena Cordeiro Dias Villela. Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de ter filhos. *Bioética*. Disponível em <revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/download/246/246> Acesso em 05/2018

.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Editora Renovar.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Comentários ao Código de Processo Ético-Profissional dos Conselhos de medicina do Brasil, CRM – Paraíba*, 1997

FRAZÃO, Alexandre Gonçalves. *A Fertilização in vitro: uma nova problemática jurídica*.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva. 2017.

INTRONA, F. *La responsabilità professionale nell' esercizio delle arti sanitarie*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

KFOURI, Miguel Neto. *Responsabilidade Civil do Médico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

MALAGUTTI, W. *Bioética e Enfermagem: Controvérsias, desafios e conquistas*, Rio de Janeiro: Editora Rubio, 2007.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *Filhos da reprodução assistida*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/209.pdf> Acesso 05/2018

MIRAGEM, Bruno. Revisa de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Direito Fundamental à Saúde. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino. Inseminação Artificial Caseira. Disponível em: <<https://www.apmp.com.br/artigos/inseminacao-artificial-caseira-eudes-quintino-de-oliveira-junior/>> Acesso em 04/2018

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. O Dever de Informar dos Médicos e o Consentimento Informado. Curitiba: Juruá, 2008.

SCALQUETTE, Ana Claudia. Estatuto da Reprodução Assistida. São Paulo: Saraiva, 2010

SOUZA, Maria Cunha. As Técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e da Paternidade. Bioética. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf> Acesso em 04/2018

SOUZA, Silvana; VELOSO Luísa. Representações Jurídicas das Tecnologias Reprodutivas – Contributos para uma Reflexão

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direito de família. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2006

VILAS-BÔAS, Renata Malta. Inseminação Artificial no Ordenamento Jurídico Brasileiro: A omissão presente no Código Civil e a Busca por uma legislação específica. Disponível em: <<https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2741254/artigo-inseminacao-artificial-no-ordenamento-juridico-brasileiro-a-omissao-presente-no-codigo-civil-e-a-busca-por-uma-legislacao-especifica-por-renata-malta-vilas-boas>> Disponível em 04/2018