

# RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DA CLÍNICA NOS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: INDENIZAÇÃO À LUZ DOS DEVERES DOS FORNECEDORES

Diogo Rodrigues Manassés<sup>1</sup>

Resumo: A comunidade jurídica pouco atenta para as questões referentes ao biodireito, e a reprodução humana assistida não é exceção. Todavia, sua importância é inegável, tendo em vista que é fato gerador de vários danos, mais ainda diante da omissão legislativa. De todo modo, existem deveres de conduta que devem ser seguidos pelos médicos e pelas clínicas (fornecedores), os quais, se descumpridos, gerando dano, acarretam dever de indenizar. Compreendendo os procedimentos de reprodução assistida e o funcionamento da responsabilidade médica, conclui-se que existe um rol *numerus apertus* de deveres pelos quais deve o médico zelar, sob pena de responsabilização (subjéctiva do médico, objectiva da clínica, e solidária entre eles) em caso de dano.

Palavras-chave: reprodução humana assistida; inseminação artificial; fertilização *in vitro*; diálogo das fontes; Código de Defesa do Consumidor; deveres do médico; responsabilidade civil

Résumé: La communauté juridique fait peu d'attention aux questions relatives au Biodroit, et la procréation assistée n'est pas une exception. Cependant, son importance est indéniable.

---

<sup>1</sup> Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Paraná e pesquisador discente do Núcleo de Estudos de Direito Civil – Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico, da pós-graduação em Direito da UFPR.

C'est une cause de plusieurs dommages, aggravé par l'omission législative. Enfin, il y a des devoirs de conduite à suivre par les médecins et les cliniques (fournisseurs), qui, en cas de violation, en causant des dommages, provoquent l'obligation d'indemnisation. Comprendre les techniques de procréation assistée et le fonctionnement de la responsabilité médicale, on peut conclure qu'il existe une liste *numerus apertus* de devoirs que le médecin doit suivre, sous peine de responsabilité (subjectif du médecin, objectif de la clinique et solidaire entre les deux) en cas de dommage.

Mots-clés: procréation assistée; l'insémination artificielle; fertilisation *in vitro*; dialogue des sources; Code de Protection des Consommateurs; devoirs du médecin; responsabilité civil



## 1. INTROITO

Encarar temas relacionados à bioética e ao biodireito não é tarefa fácil, por uma série de motivos. O primeiro é a escassez doutrinária: são poucos os autores que se atrevem a enfrentar os complexos temas desta seara. Além disso, outra dificuldade é o fato de necessariamente relacionar as ciências biológicas, que, evidentemente, não são do amplo domínio teórico dos juristas. Ainda assim, a tormentosa área do biodireito<sup>2</sup> merece atenção, tendo em vista os avanços tecnológicos e, principalmente, a necessidade do amparo

---

<sup>2</sup> Segundo Jussara Meirelles, são princípios norteadores da Bioética: beneficência, autonomia e justiça (MEIRELLES, Jussara Marial Leal de. *A questão do Biodireito sob a ótica da construção dos novos direitos no Brasil*, p. 213). Mesmo como pano de fundo, tais princípios são premissas quando se estuda qualquer tema biojurídico.

jurídico em relação a tais questões.

O escopo do presente artigo é elencar alguns dos deveres do médico e da clínica nos procedimentos de reprodução humana assistida, vez que, descumpridos, podem gerar responsabilização por danos. Antes, porém, de falar da responsabilidade civil na reprodução humana assistida, faz-se mister explicitar como funciona este procedimento médico, bem como a maneira pela qual a responsabilidade médica é hoje abordada.

## 2. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: PRIMEIRAS NOÇÕES

No que tange à reprodução humana assistida (daqui em diante, RA), *ab initio* já existe uma grande barreira para os operadores do Direito: não há diploma legislativo que a regule. A ignorância do Legislativo não se deu em relação aos médicos, que, para praticarem os procedimentos de RA, utilizam-se do Código de Ética Médica e da Resolução n.º 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina. Vale dizer, na omissão legal, os médicos – e, por conseguinte, também os operadores do Direito, pois não há opção – utilizam as normas da Resolução CFM n.º 1.957/2010 para praticar procedimentos de RA. Anote-se, ainda, que esta resolução revogou a anterior, de 1992 (Resolução CFM n.º 1.358/92) – vinte anos se passaram e ainda inexistente lei que regule a RA. Em relação à nova resolução, tecnicamente melhor que a anterior, é rara a doutrina jurídica atualizada.

Em resumo, portanto, como não há norma jurídica que regule a RA, aplicam-se as regras da Resolução CFM n.º 1.957/2010. Se, de um lado, o Legislativo é omissivo – o que, talvez, acabe sendo uma vantagem, tendo em vista a não rara incompetência dos legisladores brasileiros –, de outro, os aplicadores do Direito não podem ignorar a realidade, qual

seja, a utilização das técnicas de RA sem regulamentação legal, e, principalmente, a geração de danos às pessoas que se submetem a elas (se não há lei, muita coisa fica permitida...). Ou seja, a falta de regulamentação legal não pode servir de pretexto para não se proteger a pessoa humana<sup>3</sup>, pois existem bens primeiros do indivíduo, os chamados direitos da personalidade<sup>4</sup>, mercedores de tutela.

É com base na Resolução CFM n.º 1.957/10 que encontramos um conceito para RA (artigo 1º da seção I). Reprodução humana assistida designa um grupo de técnicas cujo papel é auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação, quando outras técnicas terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou inapropriadas. Nas palavras de Szaniawski, RA “consiste em um procedimento médico destinado a possibilitar aos casais que não possam obter a fecundação da mulher por meios naturais, lograrem a fecundação por técnicas artificiais, objetivando o nascimento de filhos”<sup>5</sup>. Em suma, por conseguinte, a RA é um “conjunto de operações para unir artificialmente os gametas masculino e feminino dando origem a um ser humano”<sup>6</sup>, utilizando-se da tecnologia hoje disponível pela medicina, tendo em vista a infertilidade<sup>7</sup> ou mesmo a

---

<sup>3</sup> “(...) a falta de legislação especial em matéria de reprodução humana assistida não pode ser utilizada como escusa para a concretização dos preceitos constitucionais vigentes (...)” (FISCHER, Karla. *A incidência do sistema de presunção pater is est na inseminação artificial post mortem: efeitos e possibilidades no direito de família contemporâneo*, p. 253).

<sup>4</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 70. Ainda, segundo Francisco Amaral, “sujeitos titulares dos direitos da personalidade são todos os seres humanos, no ciclo vital de sua existência, isto é, desde a concepção, seja esta natural ou assistida (fertilização *in vitro* ou intratubária), como decorrência da garantia constitucional do direito à vida” (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, p. 251).

<sup>5</sup> SZANIAWSKI, E. *Indagações em torno de um estatuto do corpo humano*, p. 146.

<sup>6</sup> LOUREIRO, Claudia. *Introdução ao Biodireito*, p. 99.

<sup>7</sup> Hoje, para a medicina, é estéril um casal que não consegue conceber naturalmente um filho, por dois anos (LOUREIRO, idem).

impossibilidade fática de procriação.

Segundo Szaniawski, insigne perito no tema, existem duas modalidades concernentes às técnicas de RA<sup>8</sup>. A primeira é a inseminação artificial (daqui em diante, IA), que consiste na “introdução do sêmen do homem na genitália interna da mulher por meios artificiais”. A segunda é a fertilização *in vitro* (daqui em diante, FIV), que consiste na “reunião do sêmen e do óvulo em uma proveta, artificialmente provocada, resultando na fecundação do óvulo. Iniciado o desenvolvimento do zigoto e a formação de embriões, serão estes, posteriormente, introduzidos no útero da mulher para a gestação”<sup>9</sup>. Para a FIV (ou ectogênese), utiliza-se o médico do método ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer*), enquanto que a IA ocorre através do método GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*). Em síntese, a IA soluciona casos de esterilidade, deficiência na ejaculação, malformação congênita, escassez de espermatozoides,

---

<sup>8</sup> Todavia, a doutrina explica que, para solucionar a infertilidade, existem outras técnicas que podem obter o mesmo êxito, algumas delas, inclusive, mais simples – note-se que é dever do médico tentar outras técnicas antes da FIV e da IA, tendo em vista que essas são mais agressivas ao corpo da mulher. Luciano Dalvi (DALVI, Luciano. *Curso avançado de BioDireito: doutrina, legislação e jurisprudência*) cita algumas delas: indução com datação do coito e técnica de reprodução ICSI (Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide). Do mesmo modo, Eduardo de Oliveira Leite elabora um quadro, resumindo as técnicas de RA. São elas: (i) IAC (inseminação homóloga), indicada para hipofertilidade, perturbações das relações sexuais e esterilidade secundária após tratamento esterilizante; (ii) IAD (inseminação heteróloga), para casos de esterilidade masculina definitiva, ou doenças hereditárias; (iii) GIFT, indicada para hipofertilidade não explicada do casal, hipofertilidade masculina ou endometriose (esta, doença bastante comum, sendo um dos principais casos que faz com que o casal procure clínicas de RA); (iv) FIV, para solucionar esterilidade tubária feminina, hipofertilidade masculina, endometriose ou esterilidade inexplicada; (v) FIV com doação de esperma, para casos de esterilidade tubária feminina e esterilidade masculina; (vi) FIV com doação do óvulo, indicada quando há esterilidade feminina por ausência de óvulos, ou quando há doenças hereditárias; (vii) doação de embrião, indicada quando há doenças hereditárias ou esterilidade do homem e da mulher por não produzirem gametas; (viii) mãe de substituição, indicada quando há esterilidade feminina por impossibilidade de gestação (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, p. 29).

<sup>9</sup> SZANIAWSKI, *Indagações...*, p. 146-147.

obstrução do colo uterino, doenças hereditárias, dentre outros problemas<sup>10</sup>, enquanto que a FIV, por ser mais complexa, é solução residual.

Classificamos a RA em homóloga e heteróloga. Será homóloga quando os gametas utilizados são do casal, e heteróloga quando houver doação de ao menos um dos gametas (parcial se houver apenas um gameta doado, total se os dois gametas forem de doadores). A doação de gametas nunca terá caráter lucrativo ou comercial, de acordo com o artigo 1º da seção IV da Resolução CFM n.º 1.957/10. É justamente na RA heteróloga que encontramos questionamentos éticos e biológicos – e aqui se iniciam as primeiras polêmicas.

Luciano Dalvi<sup>11</sup> acredita que pai é aquele que doa o gameta, pelo vínculo biológico e genético. Tal entendimento não merece prosperar, vez que genitor é o pai biológico, enquanto que pai é aquele “que tem vínculo sócio-afetivo com o filho”<sup>12</sup>. Diante do novo modelo familiar, voltado ao afeto, vínculos socioafetivos prevalecem face aos meramente biológicos. Em seguida, o autor faz críticas à fecundação heteróloga, entendendo que devia ser proibida<sup>13</sup>. O primeiro argumento é que o nascituro, em caso da morte do pai que seria o pai socioafetivo, ficaria órfão de pai. Ora, isso também poderia acontecer em caso de fecundação natural! Outro argumento é que, em RA heteróloga, a criança teria dois pais: o doador do gameta, pai biológico, e o pai que cria, pai

---

<sup>10</sup> LOUREIRO, C, *op. cit.*, p. 100.

<sup>11</sup> *Op. cit.*, p. 193 e ss.

<sup>12</sup> ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Exame de DNA, filiação e direitos da personalidade*, p. 333.

<sup>13</sup> Por sua vez, Heloisa Helena Barbosa (BARBOSA, Heloisa Helena. *Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida*, p. 166) classifica a fecundação heteróloga desaconselhável. Por outro lado, a autora reconhece um direito de procriar. Não comungamos do entendimento segundo o qual trata-se de técnica desaconselhável. Se existe um direito de procriar, há que se facultar seu exercício. Todavia, há que se verificar se esta é, de fato, a última solução para o casal, pois trata-se de método residual.

socioafetivo. Para Dalvi, isso seria um grande problema. Por outro lado, o mesmo autor defende, ao invés da RA heteróloga, a adoção. Mais uma vez, a crítica é equívoca e incoerente, afinal, na adoção também estariam presentes duas figuras paternas (o mesmo se aplica, evidentemente, em relação à mãe, em caso de doação de óvulo). Dalvi ainda afirma que a fecundação heteróloga incorre no mesmo problema do aborto em caso de estupro. Defende-se que o aborto em caso de estupro é correto “porque a pessoa não quer criar o filho de um criminoso (...), pois as características genéticas são deles (sic)”. Diz o autor que “na reprodução assistida é a mesma coisa, a mulher recebe os espermatozoides de uma pessoa que nunca viu na vida”<sup>14</sup>. Mais uma vez, crítica exagerada e equivocada, tendo em vista que, em relação ao estupro e à fecundação heteróloga, reside uma diferença fundamental, razão pela qual habitam universos absolutamente diversos: o consentimento. No estupro, além de configurar crime (o que *per si*, a nosso juízo, já justificaria a legalização do aborto), não há consentimento da mulher, ela é, pois, vítima! Situação completamente distinta é a da fecundação heteróloga: a mulher submete-se ao procedimento por sua livre vontade e com seu consentimento (inclusive mediante vultoso pagamento).

Não se defende aqui que a RA não envolve nenhum problema ético. Ao revés, existem várias questões de alta complexidade, que devem ser encaradas com seriedade e preocupação em prol dos ditames constitucionais, principalmente na defesa da dignidade da pessoa humana. É preciso encarar os questionamentos éticos de um ponto de vista científico, com o rigor merecido – serão analisados oportunamente (vide *infra*).

Antes de adentrar nas (várias) problemáticas éticas relativas à RA, verticalizando em situações que merecem maior atenção, é pertinente, ainda, elucidar sucintamente como se dá

---

<sup>14</sup> *Op. cit.*, p. 195.

o procedimento da FIV, que possui sete fases:

A primeira etapa consiste na seleção e preparo dos pacientes. A seguir, o médico induzirá a paciente, mediante tratamento hormonal, à ovulação. Ocorrendo a ovulação, realiza-se a coleta do ovócito para a fecundação. Na fase seguinte, realiza-se o preparo do sêmen. Na quinta fase, ocorre a inseminação propriamente dita mediante inseminação provocada do óvulo pelo espermatozoide. Na sexta fase, realiza-se a transferência do embrião para o útero materno. A sétima e última fase consiste no acompanhamento da gestação até o nascimento da criança.<sup>15</sup>

Utilizam-se, em RA, vários embriões para cada inseminação, para aumentar a chance de obter o resultado pretendido, vale dizer, muitos embriões são produzidos, e vários embriões são transferidos à mulher. Surgem então dois problemas: (i) os embriões excedentários, ou seja, aqueles que não serão utilizados pelo casal que se submete à RA, por já terem atingido seu objetivo de procriar (a mulher, graças ao tratamento hormonal, ovula mais que o normal, todavia, pela Resolução CFM n.º 1.957/10, existe um máximo de embriões a serem implantados – o que pode ser feito com os excedentes?); (ii) potencial gestação múltipla da mulher, afinal, vários embriões são transferidos.

As técnicas de reprodução assistida exigem, para o sucesso da fertilização, o emprego de diversos embriões para cada tentativa de inseminação. Por essa razão, o médico deverá estimular a produção de óvulos, mediante aplicação

---

<sup>15</sup> SZANIAWSKI, E. *Considerações sobre a responsabilidade civil dos profissionais da saúde na atividade de reprodução humana assistida*, p. 146. O tratamento hormonal – poucos médicos alertam –, que, como se vê, ocorre já no início do procedimento, é um dos grandes causadores de câncer às mulheres que a ele se submetem.



diária de injeções de hormônios na mulher, durante o período de dez dias. Os hormônios provocarão o aumento da ovulação de apenas um por mês, para a produção de até quinze óvulos no mesmo período. O procedimento de fertilização inicia a partir da retirada dos óvulos do ovário sendo armazenados em uma estufa própria. Em geral, cada óvulo deverá receber um espermatozoide para fecundá-lo, que será introduzido na célula germinal feminina por meio de uma micro agulha. Dos quinze óvulos fertilizados, cerca de dez se desenvolvem constituindo embriões. Iniciada a reprodução celular, os embriões serão inseminados no útero da mãe. A boa técnica recomenda a transferência de dois a três embriões para o útero da mulher em cada tentativa de gestação, sendo os demais congelados em nitrogênio líquido, permanecendo em depósito à espera de um destino.<sup>16</sup>

Inexiste solução plenamente satisfatória (ou seja, com aceitação unânime) em relação aos embriões excedentários – este é o primeiro grande problema ético na RA, que faz com que muitos estudiosos fiquem contrários a ela.

A Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/05) inovou no tema, através do seu art. 5º:

Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei,

---

<sup>16</sup> SZANIAWSKI, E. *Indagações... cit.*, p. 147.

depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n.º 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Questionou-se a constitucionalidade deste artigo, tendo decidido o STF, na ADIn n.º 3.510, que é constitucional. Por argumentos diferentes dos utilizados pelo STF, ensina Szaniawski:

O art. 5º, da Lei n.º 11.105/05, é constitucional, diante da concepção relativa do direito à vida e de nascer, adotada pela Constituição, não havendo vedação ao legislador infraconstitucional de impor limites ao direito à vida e de nascer. O fato de ser discutível o aproveitamento de células-tronco embrionárias inviáveis ou antigas, principalmente pelo fato de poderem apresentar degeneração e não se apresentarem adequadas ao emprego na embrioterapia, não conduz à inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal, como equivocadamente entendem alguns pensadores.<sup>17</sup>

Tem razão Claudia Loureiro ao afirmar que “o ideal seria

---

<sup>17</sup> SZANIAWSKI, E. *O embrião humano: sua personalidade e embrioterapia*, p. 178. Este não é o mesmo entendimento de boa parte da doutrina, como Claudia Loureiro (*op. cit.*).

fertilizar o número necessário de óvulos para obter uma gravidez, e não gerar excedentes”<sup>18</sup>. Contudo, como isso não é possível, a solução que se tem, do artigo supracitado, é a que deve prosperar. É pertinente mencionar o Projeto de Lei n.º 90/99, que, com base em parâmetros específicos, determina como obrigatório o descarte dos embriões supranumerários. A nosso ver, trata-se de possibilidade interessante que merecia reflexão (e que não será verticalizada por não ser objeto do presente artigo). Recorde-se, ainda, que a doação de embriões, como prevista pela Resolução CFM n.º 1.957/10, se não soluciona o problema, o atenua.

Petracco, Badalotti e Arent elencam<sup>19</sup> várias das preocupações éticas concernentes à RA. Primeiramente, afirmam alguns que infertilidade, como não é doença, não precisaria ser tratada. Os autores refutam tal entendimento, pois a definição de saúde é mais ampla que existência de doença, pois envolve bem-estar físico, mental e social. Além disso, o resultado (em termos de probabilidades) decorrente dos procedimentos de RA também seria contestado. Porém, a probabilidade de gravidez exitosa resultante de RA é maior que o índice de fecundabilidade humano. Outra crítica em relação à RA, também improcedente, é no sentido de que existe risco potencial de malformações fetais, decorrentes da manipulação de gametas. Os autores, médicos, ensinam que o risco é igual em relação às fecundações naturais. Até o momento, ainda, não se evidenciou problemas psicológicos relativos às crianças geradas artificialmente, ao contrário do que se afirma. RA não é um conjunto de técnicas que surgiu para substituir a intimidade sexual do casal, ao revés, é sua extensão. Uma das maiores críticas relaciona-se aos embriões excedentários, matéria já abordada.

---

<sup>18</sup> *Op. cit.*, p. 115.

<sup>19</sup> PETRACCO, Alvaro; BADALOTTI, Mariangela; ARENT, Adriana Cristine. *Bioética e reprodução assistida*.

Os autores desenvolvem também a temática dos dilemas éticos da RA. O primeiro é a doação de gametas. Para eles, graças ao anonimato dos doadores e à gratuidade da doação (estabelecidos pela Resolução CFM n.º 1.957/10), inexistem grandes incômodos éticos. Do mesmo modo, a gratuidade da doação de embriões favorece o procedimento, eliminando as barreiras éticas. Quanto à sexagem, também a resolução do CFM determina que não pode ocorrer, a não ser que ocorra para evitar doença ligada ao sexo do nascituro. Eliminado, pois, mais um problema ético. Maternidade de substituição, inseminação *post mortem* e inseminação por mulheres solteiras e casais homossexuais, como ocorre com os embriões excedentários, são temas que merecem atenção especial (vide infra). No que tange à IA em casais com vírus HIV+ sorodiscordantes, ensinam os médicos que, quando o portador é o homem, é possível aplicar a IA, pois é eliminado o risco da transmissão para a parceira, e, portanto, para o nascituro. Todavia, quando a mulher é portadora, não é eliminado o risco de transmissão ao filho. Para Petracco, Badalotti e Arent, seria discriminação negar a esses indivíduos o procedimento de RA – ofensa, portanto, à Constituição. A seleção de embriões quando do diagnóstico pré-gestacional (PGD) é um dos grandes problemas éticos, tendo em vista que pode acarretar em eugenia. Só pode ocorrer seleção de embriões caso seja para evitar doenças genéticas ou hereditárias (seção VI da Resolução CFM n.º 1.957/10). Os autores defendem que o correto seria congelar os embriões indesejados, aguardando até terem solução científica – ou seja, tratamento das doenças. A clonagem com objetivo reprodutivo é rechaçada, por inúmeros impedimentos de ordem ética. Por fim, a possibilidade de redução embrionária, graças à comum gestação múltipla, é outro grande problema. Pela Resolução CFM n.º 1.957/10 (seção I, artigo 7º), é vedado ao médico utilizar procedimentos visando à redução embrionária. Como se vê, são vários os

problemas éticos a serem enfrentados na RA, alguns deles já solucionados, outros que ainda encontram barreiras.

Merece atenção também a problemática da gestação de substituição (o que costumeiramente chamam, equivocadamente, de “barriga de aluguel” – não se trata de aluguel, pois o útero é doado, não há contraprestação, o que, ainda, seria impossível, pois se trata de parte do corpo humano), tendo em vista que há autores que entendem que o nascituro terá duas mães. A nosso ver, trata-se de questão razoavelmente simples. Alerta Eduardo de Oliveira Leite que não é novidade no Brasil, pois “a prática é ancestral”<sup>20</sup>. Explica o autor que trata-se de prática “de acordo com a qual uma mulher carrega uma criança para outra mulher com a intenção de lhe entregar esta criança após o nascimento”<sup>21</sup>. Concordamos com Leite quando afirma que “o importante para contornar as objeções morais e sociais é estabelecer um rigoroso controle do processo acompanhado por uma série de princípios éticos que resguardariam os excessos”<sup>22</sup>. Não há impedimento para o procedimento de gestação por outrem, desde que seguidas as orientações da Resolução CFM n.º 1.957/10, em sua seção VI, segundo a qual (i) só pode haver doação temporária do útero se houver problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, (ii) as doadoras temporárias do útero necessariamente serão da família da doadora genética, e, principalmente, (iii) é vedado qualquer teor lucrativo ou comercial na doação temporária do útero (não há “aluguel”).

A gestação por substituição oferece, inclusive, solução para os casos de RA aplicada para casais homoafetivos masculinos – outra questão complexa, que, felizmente, vem sendo encarada da maneira correta, já que a inafastável tutela

---

<sup>20</sup> *Op. cit.*, p. 184.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 187.

<sup>22</sup> *Idem*, p. 195.

jurídica dos casais homoafetivos vem sendo deferida. A Resolução CFM n.º 1.957/10 não trata da RA em casais homossexuais – ou seja, inexistente impedimento para sua prática.

Concordamos com a juíza Marise Cunha de Souza<sup>23</sup>, para quem: (i) a IA deve ser aceita para casais homoafetivos femininos (com doação de espermatozoide e inseminação em uma das mulheres); (ii) a FIV com gestação de substituição pode ser utilizada para casais homossexuais masculinos (fecunda-se artificialmente o gameta de um dos homens e o de uma mulher, doadora, que pode ou não ser a gestante por substituição); e (iii) a FIV também pode ser aplicada em casais homossexuais femininos – hipótese bastante interessante, em que, com um espermatozoide de doador e o óvulo de uma das mulheres, fecunda-se um embrião, que será gestado no útero da outra (a Resolução não permite, pois a doadora temporária do útero deve ser da família da doadora genética, todavia, é facultado ao casal solicitar ao Judiciário autorização para tal procedimento, inexistindo óbice para que este ocorra).

Ainda quanto à RA em casais de mesmo sexo, a não surpreendente inércia dos legisladores brasileiros não é justificativa para o preconceito de alguns aplicadores e doutrinadores do Direito. Entendemos que o direito de procriar

---

<sup>23</sup> SOUZA, Marise Cunha de. *Os casais homoafetivos e a possibilidade de procriação com a utilização do gameta de um deles e de técnicas de reprodução assistida*. Em sentido contrário, Silvia da Cunha Fernandes entende adequada a “restrição da utilização das técnicas a casais heterossexuais casados ou em união estável que pretendem levar a cabo seu projeto parental; não se deve acolher a monoparentalidade em matéria de reprodução assistida” (*As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*, p. 181). Este não é o melhor entendimento, tendo em vista que considera que casais homossexuais e família monoparental não são entidades familiares, ou, se são, não são capazes de levar a cabo um projeto parental. Trata-se de compreensão discriminatória do Direito das Famílias, que não merece prosperar. É bem verdade que a RA deve estar pautada no projeto parental, todavia, há que se respeitar as entidades familiares diferentes do casamento heterossexual, que também possuem direito de procriar, bem como de estabelecer seu projeto parental. Restringir as técnicas de RA somente a um modelo familiar é uma afronta ao princípio constitucional da igualdade, ideia, portanto, censurável.

tem embasamento constitucional, pautado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CR), e, tendo em vista o princípio constitucional da igualdade (art. 3º, inciso IV e art. 5º, caput e inciso I, CR), também deve ser preocupação do Legislativo possibilitar aos casais homoafetivos a utilização de técnicas de RA (isto é, quando houver regulamentação legal), sob pena de ferir normas constitucionais<sup>24</sup>. Na provável futura omissão legal (partindo da premissa de que haverá lei sobre RA), aplicar-se-ão os princípios gerais do Direito e a analogia, conforme o art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil<sup>25</sup>. O mesmo se aplica em relação à IA de mulheres solteiras.

Para encerrar os temas polêmicos, resta tratar da inseminação *post mortem*. Em verdade, não é tema tão polêmico, ao contrário do que alguns autores afirmam, tendo em vista que a Resolução CFM 1.957/10 a permite (seção VIII), “desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado”. Primeiramente, ocorre a criopreservação, ou seja, o congelamento do sêmen<sup>26</sup>. Trata-se de técnica antiga, sendo que o primeiro congelamento de sêmen humano ocorreu em 1776<sup>27</sup>. O que ocorre é que “o material genético masculino é colhido e criopreservado para posterior fertilização. Tal

---

<sup>24</sup> Especificamente quanto ao tema das novas entidades familiares, como uniões homoafetivas, recomenda-se nossa obra precedente: MANASSÉS, Diogo Rodrigues. *Surgimento de novas entidades familiares como um dos reflexos da constitucionalização do direito civil*.

<sup>25</sup> MANASSÉS, Diogo Rodrigues. *Direito, literatura e a Lei de Introdução ao Código Civil*. Um estudo reflexivo-comparativo acerca do Direito e da Lei de Introdução ao Código Civil, partindo do auxílio literário.

<sup>26</sup> Como será analisado com alguns detalhes adiante, o embrião humano pode, também, ser criopreservado. Quanto ao embrião criopreservado, do ponto de vista jurídico, concordamos com Tepedino, Barboza e Moraes, que afirmam que “o embrião humano congelado, apesar de merecer proteção jurídica, não pode ser considerado nascituro, só o sendo a partir do momento em que se encontre implantado no ventre materno” (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, p. 10).

<sup>27</sup> COSTA, Rosaly Rulli; MATTOS, Beatriz de. *Histórico da criopreservação*, p. 3.

hipótese não pode ser confundida com outra, (...) dos embriões excedentários”<sup>28</sup>. O primeiro caso “de fertilização artificial *post mortem* ocorreu na França, na década de oitenta do século passado”<sup>29</sup>. É correto o entendimento de Fischer<sup>30</sup>, para quem RA relaciona-se ao projeto familiar, que está abarcado no novo conceito de família trazido pela CR, sendo, portanto, constitucionalmente permitida a utilização de RA em fertilização *post mortem*. Note-se que o CFM exige autorização prévia, ou seja, deve-se comprovar que o falecido, antes de morrer, aceitava o procedimento, todavia, não é necessário documento formal de autorização expressa, sendo preciso comprovar de alguma forma a autorização.

Não obstante a complexidade da RA, explicado seu procedimento e alguns questionamentos éticos a ela concernentes, o que foi explicado até o presente momento já é suficiente para prosseguir. Faz-se mister esboçar, mesmo que sucintamente, algumas premissas sobre responsabilidade civil pertinentes para o presente estudo.

### 3. PREMISSAS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL

Seria impossível explicar a teoria geral da responsabilidade civil neste espaço, até porque impertinente. Para aprofundamento desta temática, remetemos o leitor ao texto completo de Fernando Noronha, “Responsabilidade Civil: uma tentativa de ressystematização”.

É necessário expor duas premissas sobre responsabilidade civil (para, depois, adentrar na responsabilidade civil médica).

---

<sup>28</sup> FISCHER, *op. cit.*, p. 254.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 255.

<sup>30</sup> *Idem*, p. 264 e ss. Explica a autora que “não se pode negar os efeitos da inseminação artificial *post mortem* no direito de família, pois, tendo sido desenvolvido um projeto parental em vida, refutá-lo em face do falecimento do varão é afrontar referido princípio” (p. 265).



A primeira premissa (I) é o surgimento de uma nova teoria do Direito dos Danos, decorrente de três fenômenos pelos quais o direito civil vem passando:

A constitucionalização, na seara da responsabilidade, traduz-se em dois desenvolvimentos: a máxima satisfação possível da vítima – que esboça a primazia do interesse desta e a máxima reparação do dano – e a coletivização da Responsabilidade Civil – resultado do princípio constitucional da solidariedade social. Alguns autores citam, sem equívoco, uma função social da Responsabilidade Civil. Surge, por conseguinte, a Responsabilidade Constitucional.

Por sua vez, a personalização do Direito dos Danos gera novas espécies de danos extrapatrimoniais (não mais restritos aos danos morais) e os danos transindividuais – vale dizer, amplia-se o rol de danos reparáveis. Danos extrapatrimoniais são os que ofendem a personalidade do indivíduo, em seu aspecto físico, moral ou intelectual (estas são as facetas dos direitos da personalidade). O gênero dano extrapatrimonial dá espaço a três espécies: dano estético (ferimento à integridade física), dano moral (ferimento à moral individual) e dano intelectual (ferimento à integridade intelectual, englobando a integridade psíquica e danos a direitos autorais). Além disso, mais uma vez, os danos coletivos surgem, agora como resultado da personalização.

Por fim, a descodificação da Responsabilidade Civil, principalmente através do Código de Defesa do Consumidor, apresenta-se como a objetivação da responsabilidade, assim como no regramento dos danos coletivos (os quais,

com a personalização e a constitucionalização eram apenas cogitação, elaboração doutrinária e preocupação teórica, recebendo normatização e garantia prática efetiva com a descodificação).<sup>31</sup>

Defendemos a tese que a responsabilidade civil do médico e da clínica nos procedimentos de RA é amparada nesta nova teoria, segundo a qual deve haver, na indenização, a máxima satisfação possível da vítima, a compensação pelos novos danos extrapatrimoniais configurados e a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (especificamente, vide infra). É inafastável o alinhamento da aplicação das técnicas de RA (e, se necessária, a responsabilização civil) em relação à Constituição, em defesa da dignidade da pessoa humana, vez que “o novo compromisso é a realização da pessoa enquanto ser social, e o episódio é a constituição”<sup>32</sup>.

A segunda premissa (II) é a aplicação da tese dos deveres jurídicos originário e sucessivo, explanada pelo desembargador Sergio Cavaliere Filho. Para ele, “responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”, o que significa que “a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida”<sup>33</sup>. Só há dever de indenizar porque houve outro dever, preexistente, descumprido. Ensina o autor que as causas jurídicas geradoras do dever de reparar podem ser<sup>34</sup>: (i) ato ilícito (*stricto sensu*), na dicção do art. 186 do Código Civil; (ii) inadimplemento contratual; (iii) violação de deveres especiais de segurança, incolumidade ou garantia impostos pela lei a quem exerce atividade de risco; (iv) obrigação de reparar decorrente de

---

<sup>31</sup> MANASSÉS, Diogo Rodrigues. *Reflexos das tendências do Direito Civil na responsabilidade civil: apontamentos para uma nova teoria do Direito dos Danos*.

<sup>32</sup> MANASSÉS, D. R.; LACERDA, Heloísa Camargo de. *A equivalência material e a hermenêutica da revisão dos contratos cíveis*, p. 513.

<sup>33</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 2.

<sup>34</sup> Idem, p. 6.

contrato (como em contratos de seguro); (v) responsabilidade por fato de terceiro, decorrente de lei; (vi) responsabilidade decorrente de lei por cometer ato lícito (como ato praticado em estado de necessidade).

Quanto a essa segunda premissa, resume Cavalieri Filho em duas proposições:

Primeira: não há responsabilidade, em qualquer modalidade, sem violação de dever jurídico preexistente, uma vez que responsabilidade pressupõe o descumprimento de uma obrigação. Segunda: para se identificar o responsável é necessário precisar o dever jurídico violado e quem o descumpriu.<sup>35</sup>

É preciso evidenciar que o dever de indenizar decorre de um dever jurídico preexistente porque esta será a metodologia aqui utilizada. Em seu texto “Considerações sobre a responsabilidade civil dos profissionais da saúde na atividade de reprodução humana assistida”<sup>36</sup>, Elimar Szaniawski opta por explicar a responsabilização civil do médico e das clínicas a partir de uma perspectiva cronológica do procedimento de RA: responsabilidade por danos antes do procedimento, responsabilidade por danos durante o procedimento e responsabilidade por danos após a execução do procedimento. Esta é uma metodologia possível, com a qual concordamos. Contudo, não é, a nosso juízo, a opção mais didática, tendo em vista que exige domínio acerca do procedimento de RA e afasta este procedimento das demais atividades médicas. É justamente com base na teoria da responsabilidade médica, unida às especificidades da RA, que elaboramos um rol não exaustivo de deveres pelos quais deverão zelar o médico e a clínica. E é do descumprimento de tais deveres que surge o dever de indenizar. Entendemos, pois, que a lógica dos deveres jurídicos

---

<sup>35</sup> Idem, p. 5.

<sup>36</sup> *Op. cit.*.

originário e sucessivo torna a matéria mais simples e didática, sem prejuízo das demais abordagens possíveis.

Antes de verticalizar nos deveres do médico, é preciso explicar resumidamente como funciona a responsabilidade civil do médico e da clínica.

#### 4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DA CLÍNICA

Trata-se de questão bastante complexa, que demanda aprofundamento teórico. Como não é objeto principal deste estudo, faremos o esforço de resumir a maneira pela qual a responsabilidade médica é encarada pela doutrina e pelos tribunais brasileiros.

Primeiramente, entendemos que tanto a relação entre o hospital (ou a clínica) e o paciente quanto a relação entre o médico e o paciente configuram relação de consumo<sup>37</sup>, sendo então aplicável o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Em sentido contrário, Elimar Szaniawski<sup>38</sup> e Miguel Kfourri Neto afastam a aplicação do CDC em relação médico-paciente.

Kfourri Neto, utilizando-se da doutrina de Fernández Hierro, defende que há que se distinguir a responsabilidade derivada de atos extramédicos, de atos paramédicos e de atos essencialmente médicos<sup>39</sup>. Atos extramédicos (i) são aqueles cometidos por prepostos do hospital, não necessariamente profissionais da saúde, relativos à obrigação de segurança e de integridade física do paciente nas dependências do nosocômio. Casos, por exemplo, de queimaduras, fraturas, alimentos

---

<sup>37</sup> Discordamos do entendimento do desembargador Miguel Kfourri Neto, que não entende pela aplicação do CDC na relação do paciente com o médico, conforme explicação no 2º Congresso Brasileiro de Direito Médico.

<sup>38</sup> “O médico não é considerado fornecedor nem seu paciente, consumidor (...)” (*Indagações...*, p. 154-155).

<sup>39</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor*, p. 36 e ss.

deteriorados, equipamentos que não funcionam etc. são danos derivados de atos extramédicos. Ao envolver a empresa, aplica-se a teoria da responsabilidade civil do CDC, portanto, o hospital responde objetivamente (caput do art. 12 do diploma consumerista), ou seja, a comprovação da sua culpa torna-se prescindível. Atos paramédicos (ii) são aqueles “praticados pela enfermagem e outros profissionais da saúde (...), que executam ordens do médico”. Como exemplos, cita o autor atividades como “alimentação parenteral, colocação de aparelho gessado em membro fraturado, administração de medicamentos, aplicação de injeções, (...) curativos, controle de pressão arterial e temperatura” etc.. Entende que “eventuais lesões sofridas pelos pacientes, advindas da má prestação desses serviços, também se subordinam às regras do CDC – e pelos danos torna-se responsável o hospital”<sup>40</sup>. Já em relação aos atos essencialmente médicos (iii), que são aqueles que somente podem ser praticados por médicos, o CDC não é aplicável e é, em sua interpretação do ordenamento, impossível aplicar o diálogo das fontes para o CDC e o CC/02.

Incoerentemente, a maioria dos autores que não admitem a aplicabilidade do CDC na relação entre médico e paciente adota a responsabilidade objetiva dos hospitais e subjetiva dos médicos justamente amparados no diploma consumerista. Ora, se não é relação de consumo, a parte do CDC que trata de responsabilidade dos profissionais liberais não poderia servir de argumento para a sua responsabilização subjetiva.

O CDC é sim aplicável na relação entre médico e paciente. Concordamos com o entendimento de Felipe Braga Neto, para quem “os profissionais liberais são fornecedores de serviços, sujeitos, portanto, à disciplina do CDC”<sup>41</sup>. Este é também o entendimento do STJ no REsp. 731.078, cujo relator

---

<sup>40</sup> Idem, p. 37.

<sup>41</sup> BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ*, p. 85.

foi o Min. Castro Filho, bem como no REsp. 633.174, com a relatora Min. Nancy Andrighi. Em recente decisão, o Tribunal de Justiça do RS, no processo n.º 70044303543/2011 decidiu que o CDC é aplicável aos dentistas, que, como os médicos e os advogados, são profissionais liberais.

O médico é fornecedor, o paciente é consumidor e o serviço médico configura serviço na dicção do CDC. Como não se trata de tema central, analisaremos apenas o paciente como consumidor, convidando o leitor a exercer o mesmo raciocínio em relação aos outros conceitos.

Pelo art. 2º do CDC, consumidor é a pessoa, física ou jurídica, que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. O paciente utiliza os serviços médicos como destinatário final. Utilizamos a doutrina de Claudia Lima Marques, para quem o conceito de destinatário final deve ser interpretado a partir da teoria do finalismo aprofundado. Segundo o finalismo aprofundado, é imprescindível compreender o conceito de vulnerabilidade: trata-se de “uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção”<sup>42</sup>. Explica a autora, autoridade em direito do consumidor, que existem quatro tipos de vulnerabilidade: técnica, jurídica, fática e informacional (esta, intrínseca ao consumidor). O paciente é dotado de vulnerabilidade técnica, pois, nesta, o consumidor “não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços”<sup>43</sup>. Sendo vulnerável do ponto de vista técnico, no

---

<sup>42</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Campo de aplicação do CDC*, p. 87.

<sup>43</sup> MARQUES, C. L.; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 121.

prisma do finalismo aprofundado, o paciente é consumidor e configura-se relação de consumo, sendo aplicável o CDC. Equivoca-se quem entende que médico não é fornecedor, afinal, o diploma consumerista não exclui pessoas físicas como fornecedores. O argumento de que o CDC elabora uma teoria da responsabilidade civil objetiva, enquanto que, para os profissionais liberais, a responsabilidade é mediante comprovação da culpa (§ 4º do art. 14 do CDC), simboliza a não-aplicação do CDC quanto a estes, é bastante frágil, tendo em vista que a exclusão de um sistema de responsabilidade quanto a um tipo de sujeito não significa que este sujeito está completamente excluído do âmbito de aplicação do diploma legal.

Pelas razões expostas, entendemos aplicável o CDC na relação entre médico e paciente. Neste ínterim, conclui-se que as prerrogativas das quais dispõe o consumidor (inversão do ônus da prova, na forma do inciso VIII do art. 6º do CDC, proposição de ação em seu domicílio, trazida pelo art. 101, I, do CDC, dentre outros direitos básicos e outras proteções) são também disponíveis ao consumidor que é paciente. É preciso ampliar os horizontes de aplicação do CDC (evidentemente, com rigor técnico), evitando a noção restrita na qual fornecedor é pessoa jurídica e consumidor é pessoa física, comprando determinado produto.

É evidente que os serviços médicos são dotados de peculiaridades, por conseguinte, aplica-se o CDC sempre tendo em vista essas especificidades (sem, contudo, excluir sua aplicação). Deve o operador do Direito aplicar as fontes (normas legais e administrativas) em conjunto, de maneira harmônica. Trata-se do diálogo das fontes, “feliz expresión con la cual se alude a un cierto ‘intercambio normativo’ o a la hora de desentrañar ló sentido y alcance de los Institutos comprometidos”<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. *Del “micro” al “macro” sistema y viceversa*. El

É o chamado “diálogo das fontes” (di + a = dois ou mais; logos = lógica ou modo de pensar), expressão criada por Erik Jayme, em seu curso de Haia (...), significando a atual aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o CDC, a lei de seguro-saúde) e gerais (como o CC/2002), com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais.<sup>45</sup>

Não é tarefa fácil, vez que vislumbramos possibilidade de aplicação do CC em conjunto com o CDC, além do Código de Ética Médica e da Resolução CFM n.º 1957/10, tendo, inclusive, a Constituição como norte interpretativo. Abandonou-se a clássica solução do conflito de leis no tempo e no espaço<sup>46</sup>, porque já não mais serve para a realidade pós-moderna (ou contemporânea). É inevitável ao jurista atualizar-se, aplicando, de modo coerente e harmônico, mais de um diploma normativo (legal e administrativo, por que não?), tendo em vista que eles exercem influências recíprocas. O CDC não é previsto exclusivamente para a atividade médica, o que, contudo, não é óbice para a sua aplicação concernente aos serviços médicos. Ao revés, aplica-se o CDC, mas em interpretação em conjunto com qualquer diploma normativo pertinente.

Recentemente, houve interessante sentença no TJDF, do processo n.º 2011.01.1.116863-6 no 1º Juizado Especial Cível de Brasília, no qual a Juíza de Direito Substituta, Joana Cristina Brasil Barbosa Ferreira decidiu pela interpretação do Código Civil à luz do CDC, em matéria de contrato de transporte.

A atividade médica é, reitera-se, dotada de

---

“diálogo de las fuentes”. Consumidores y usuarios frente al derecho privado, p. 20.

<sup>45</sup> MARQUES, C. L. *Diálogo das fontes*, p. 108.

<sup>46</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*.



especificidades inerentes aos serviços médicos – e é justamente por isso que não se pode restringir o universo médico à aplicação de um diploma normativo. O mesmo ocorre, por conseguinte, em relação à responsabilização civil profissional do médico.

Examina-se o tema sob a óptica da especificidade da responsabilidade civil profissional do médico devido, entre outros aspectos, ao constante e essencial desenvolvimento da medicina, que possibilita o freqüente surgimento de novas técnicas e novas possibilidades de cura de enfermidades e busca da recuperação e manutenção da saúde do paciente, bem como devido ao fato de que o médico não realiza a cura, mas possibilita os meios para que o paciente se recupere de seu mal.<sup>47</sup>

Em apertada síntese, o hospital (ou a clínica) responde objetivamente (art. 12 do CDC), enquanto que o médico responde subjetivamente, sendo necessário comprovar, portanto, sua culpa (§ 4º do art. 14 do CDC). Em geral, a atividade médica consiste em obrigação de meio, sendo obrigação de resultado em casos específicos, como nas cirurgias estéticas, em que o médico assume o compromisso de apresentar ao paciente determinado resultado<sup>48</sup>. Por conseguinte, há que se comprovar a culpa do médico, ou seja, se houve “desvio de um modelo ideal de conduta, representado às vezes pela boa-fé, outras pela diligência do bom pai de família”<sup>49</sup>. Além disso, “não é preciso que a culpa do médico seja grave: basta que seja certa. A gravidade da culpa, agora, repercutirá na quantificação da indenização”<sup>50</sup>.

A questão da comprovação da culpa demonstra uma das

---

<sup>47</sup> VASSILIEFF, Sílvia. *A responsabilidade civil profissional do médico no direito civil e no direito do consumidor*, p. 500.

<sup>48</sup> KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*, p. 84.

<sup>49</sup> Idem, p. 82.

<sup>50</sup> Idem, p. 86.

vantagens da aplicação do CDC: utilizando-se da regra da inversão do ônus da prova, cumpridos os requisitos do inciso VIII do art. 6º, caberá ao médico comprovar que sua conduta não foi culposa, tendo em vista a vulnerabilidade técnica do consumidor. Já em relação ao hospital, desnecessário se falar em culpa, tendo em vista que a entidade responde pelos riscos da atividade – aplica-se novamente o diálogo das fontes: art. 927, parágrafo único, do CC, juntamente com o art. 12 do CDC.

Diferente não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no REsp n.º 1.216.424 - MT (2010/0182549-7):

CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL.  
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO.

RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO  
PARTICULAR.

RESPONSABILIDADE SUBJETIVA.  
HOSPITAL.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.  
LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.

1. Os hospitais não respondem objetivamente pela prestação de serviços defeituosos realizados por profissionais que nele atuam sem vínculo de emprego ou subordinação. Precedentes.

2. Embora o art. 14, § 4º, do CDC afaste a responsabilidade objetiva dos médicos, não se exclui, uma vez comprovada a culpa desse profissional e configurada uma cadeia de fornecimento do serviço, a solidariedade do hospital imposta pelo caput do art. 14 do CDC.

3. A cadeia de fornecimento de serviços se caracteriza por reunir inúmeros contratos numa relação de interdependência, como na hipótese dos autos, em que concorreram, para a realização adequada do serviço, o hospital, fornecendo centro

cirúrgico, equipe técnica, medicamentos, hotelaria; e o médico, realizando o procedimento técnico principal, ambos auferindo lucros com o procedimento.

4. Há o dever de o hospital responder qualitativamente pelos profissionais que escolhe para atuar nas instalações por ele oferecidas.

5. O reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma a obrigação de meio do médico, em obrigação de resultado, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor.

(...)

Em havendo liame laboral entre o médico e o hospital, ou seja, se o médico é membro do corpo clínico (preposto), o nosocômio responde solidária (art. 34 do CDC) e objetivamente – “sem prejuízo do direito de regresso do hospital contra o médico, desde que o hospital demonstre a culpa do médico”<sup>51</sup>. Ao revés, se o médico não é preposto, responde subjetivamente, sem solidariedade com o hospital. Além disso, o médico é responsável objetivamente pelos seus subordinados (havendo contra esses direito de regresso). O médico assistente responderá apenas se possui autonomia em sua atuação<sup>52</sup>.

No mesmo sentido, vide as seguintes decisões do STJ:

---

<sup>51</sup> Vassilieff, *op. cit.*, p. 513. Explica a autora que a justificativa para a responsabilidade objetiva e solidária do hospital em relação ao médico que faz parte do seu corpo clínico é que o nosocômio é responsável “pela qualidade de escolha de seu corpo clínico e sua vigilância, não podendo afastar sua culpa e responsabilidade demonstrando que cuidaram e vigiaram, pois respondem independentemente de prova de culpa presentes o dano e o nexo de causalidade” (idem, p. 514).

<sup>52</sup> Idem, p. 505.

REsp n.º 908.359 - SC (2006/0256989-8) e REsp n.º 1.145.728 - MG (2009/0118263-2). Hoje, a responsabilidade médica assume contornos complexos, pois, além de envolver o hospital e o médico, pode envolver profissionais subordinados a estes ou até mesmo planos ou seguros de saúde. Recomenda-se o texto supracitado, de Sílvia Vassilieff, para aprofundamento do tema.

No que tange à RA, tais problemas são diminutos. Aplica-se o sistema de responsabilização do CDC em conjunto com o CC, na esteira do diálogo das fontes. Como não é procedimento coberto pelos planos de saúde, menos um potencial sujeito passivo na lide. Em caso de dano, comprovada a conduta e o nexo causal (pressupostos do dever de indenizar), faculta-se à vítima ingressar em juízo contra a clínica e contra o médico. A clínica responde objetivamente, pois é fornecedora, e há solidariedade em relação ao médico pois, como este sempre é preposto da clínica de RA, sempre haverá a solidariedade do art. 34 do CDC. Ou seja, são sujeitos passivos da lide a clínica e o médico. Ao contrário da clínica, o médico responde mediante comprovação de culpa, todavia, há inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Se o médico comprovar que não houve culpa, não irá indenizar, ficando a reparação integral a cargo da clínica – afinal, em havendo conduta lesiva, dano e nexo causal entre eles, configurado está o dever de indenizar. Se a culpa restar comprovada, cabe regresso da clínica em relação ao médico. Potencialmente, é claro, poderão haver as excludentes de responsabilidade do CDC.

Vale dizer, nos procedimentos de RA, são réus da ação de indenização em caso de dano, o médico (preposto) e a clínica, havendo entre eles solidariedade. O médico responde subjetivamente, enquanto que a clínica responde objetivamente pelos riscos da atividade. Se o médico comprovar não ter culpa em relação aos danos causados, a clínica repara a vítima

sozinha, caso contrário, há regresso desta em relação a ele. O ônus da comprovação da culpa cabe ao médico (para isentar-se da responsabilização), graças à regra da inversão do ônus da prova do inciso VIII do art. 6º do CDC. Cabe ao autor comprovar a conduta lesiva do médico ou de outro preposto da clínica (inadimplemento de um dever), o dano e o nexo causal entre eles.

## 5. DEVERES RELATIVOS AOS PROCEDIMENTOS DE RA

Como já explicado oportunamente, o dever de indenizar surge a partir do descumprimento de outro dever, preexistente. No caso da responsabilidade médica, o dever de indenizar surge do descumprimento de um dever de diligência não observado pelo médico – a conduta é a inobservância deste dever preexistente, comissiva ou omissiva, restando à vítima comprovar, além da conduta, o dano e o nexo causal. O mesmo ocorre na RA, que possui, além dos deveres gerais inerentes à atividade médica, deveres específicos, que existem graças às peculiaridades dos procedimentos de RA. O estudo destes deveres preexistentes encerra o presente trabalho, vez que, descumpridos, o descumprimento danoso gera o dever de reparar.

O primeiro grande dever, que abarca todos os outros, é o dever de prevenir contra danos. Melhor que ressarcir após o dano, é agir para que este não ocorra.

Antes de iniciar o tratamento hormonal propriamente dito, o médico deverá realizar uma análise sobre a possibilidade da existência de risco de a paciente desenvolver o câncer, decorrente de tratamento hormonal. Nesta análise, o médico deverá constatar se a mulher possui antecedentes em pessoas da família ou riscos elevados de desenvolver doenças como o câncer de mama, o

câncer de endométrio, a tromboembolia, acidentes cardiovasculares ou alguma doença hepática. (...) O sangramento vaginal injustificado caracteriza a possibilidade de a paciente desenvolver uma das doenças acima apontadas.

Deve ser lembrado que os efeitos danosos da terapia hormonal estão diretamente vinculados à dose hormonal aplicada na paciente, devendo o médico, durante a aplicação de hormônios, realizar um criterioso acompanhamento, tomando as providências necessárias para diminuir os riscos dos efeitos colaterais do tratamento.<sup>53</sup>

Configura-se o ato ilícito (art. 186 do Código Civil), vez que, enquanto impõem-se tais deveres ao médico, estes são direitos do paciente. De acordo com o CC, ato ilícito é violar direito e causar dano. Violando direito (direito do paciente, dever do médico), o profissional e a clínica deverão responder em caso de dano.

### 5.1) DEVER DE INFORMAÇÃO

O dever de informar decorre, primeiramente, dos incisos II e III do art. 6º do CDC. O fundamento é que “(...) a informação exprime uma situação relacional entre fornecedor e consumidor, pois aquele tem o dever de informar e este tem o direito de ser informado, com vistas à melhoria, à lealdade e à harmonização do mercado de consumo”<sup>54</sup>.

Na dicção do CDC, a informação deve ser adequada e clara. Será adequada quando apresentar-se “simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de

---

<sup>53</sup> SZANIAWSKI, E. *Considerações...*, p. 181.

<sup>54</sup> ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *O direito do consumidor e os novos direitos*, p. 95.

informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor”. Ainda, “a informação deve ser correta (= verdadeira), clara (= de fácil entendimento), precisa (= não prolixa ou escassa), ostensiva (= de fácil constatação ou percepção)” (STJ, REsp 586.316, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T.).

Este talvez seja o principal dever relativo à atividade médica. De acordo com o art. 34 do Código de Ética Médica (daqui em diante, CEM), é vedado ao profissional “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”. Na RA, o diagnóstico e os riscos do procedimento tomam importância ainda maior.

É dever do médico explicar ao casal que pretende submeter-se aos procedimentos de RA: (i) em síntese, quais são os procedimentos disponíveis; (ii) qual o recomendado ao casal; (iii) os motivos pelos quais determinada técnica é a mais adequada, no caso concreto; (iv) como funciona a técnica eleita; (v) os riscos de danos à futura gestante e ao próprio feto; (vi) aconselhar a paciente, para que tome todas as medidas preventivas contra os danos possíveis. Informar é o primeiro passo para prevenir.

Outrossim, decorre do dever de informar o dever de transparência<sup>55</sup>, sendo absolutamente vedado ao médico omitir da paciente informações relevantes ao procedimento.

O dever de informar relaciona-se com o instrumento de Consentimento Informado, pois, neste, deverão constar todos os alertas relativos aos vários riscos que a RA envolve (maiores, a depender do procedimento adotado) – riscos, inclusive, para a criança que será gerada, afinal, “as crianças

---

<sup>55</sup> “O direito à informação, abrigado expressamente pelo art. 5º, XIV, da Constituição Federal, é uma das formas de expressão concreta do Princípio da Transparência, sendo também corolário do Princípio da Boa-fé Objetiva e do Princípio da Confiança, todos abraçados pelo CDC” (STJ, REsp 586.316, *cit.*).

nascidas a partir da fertilização *in vitro*, (FIV) e pela técnica denominada de ICSI, podem nascer com alta probabilidade de problemas de saúde, como doenças cardíacas, distúrbios neuromusculares, paralisia cerebral, entre outras<sup>56</sup>. Omitir tais informações é ilícito altamente reprovável.

## 5.2) DEVER DE ADEQUADA ANÁLISE DOS LAUDOS E EXAMES MÉDICOS

Deve o médico proceder à análise atenta dos exames da paciente, inclusive, reitere-se, para prevenir contra danos. Segundo o art. 11 do CEM, é vedado ao médico “receitar, atestar ou emitir laudos de forma secreta ou ilegível, sem a devida identificação de seu número de registro no Conselho Regional de Medicina da sua jurisdição (...)”.

Segundo Miguel Kfoury Neto, o diagnóstico “consiste, pois, uma vez efetuadas todas as avaliações, na emissão de um juízo acerca do estado de saúde do paciente<sup>57</sup>. São justamente os exames (e o respectivo diagnóstico) que indicarão a técnica de RA adequada ao caso concreto<sup>58</sup>, e é exigível do médico, além de explicar à paciente como se procede a técnica eleita, o motivo da sua adoção.

Erros até podem ocorrer<sup>59</sup>, tendo em vista que “o

---

<sup>56</sup> SZANIAWSKI, E. *Considerações...*, p. 183.

<sup>57</sup> KFOURI NETO, M. *Responsabilidade civil do médico*, p. 91.

<sup>58</sup> “(...) o diagnóstico consiste em identificar e determinar a moléstia que acomete o paciente, pois dele depende a escolha do tratamento adequado” (idem, p. 92).

<sup>59</sup> “Os exames e diagnósticos genéticos que se destinam a diagnosticar desordens genéticas em células germinativas ou embriões, das partes que se submetem à reprodução humana assistida, são extremamente complexos, exigindo interpretação científica ampla, podendo, com certa frequência, apresentar erros de interpretação. Razão pela qual, haveria uma certa margem de exclusão da responsabilidade do médico frente ao erro de interpretação do exame genético” (SZANIAWSKI, *Considerações...*, p. 164-165). Prossegue o autor no sentido de “que o erro de diagnóstico é, em princípio, escusável, a menos que seja totalmente grosseiro” (idem, p. 172-173).



diagnóstico (...) não é uma operação matemática”<sup>60</sup>, todavia, há que se verificar seu teor, ou seja, se foi erro escusável ou não. Erro inescusável é aquele grosseiro e que levou o médico à adoção da técnica errada para a paciente.

Não é propriamente o erro de diagnóstico que incumbe ao juiz examinar, mas sim se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico, se recorreu, ou não, a todos os meios a seu alcance para a investigação do mal, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais (...), bem como se à doença diagnosticada foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e pela prática.<sup>61</sup>

### 5.3) DEVER DE UTILIZAÇÃO DA MELHOR TÉCNICA POSSÍVEL

“Para cada cabeça, uma sentença”. Cada caso tem a solução médica que a ele se adéqua (com alguns casos ainda sem solução), cabendo ao médico utilizar a melhor técnica a ele disponível para o caso que se lhe apresenta – o mesmo se aplica, aos procedimentos de RA.

Novamente aqui incorremos na noção de culpa médica: o médico responde se agiu, durante o procedimento, de modo imprudente, negligente ou com imperícia. Na RA, deverá eleger a melhor técnica pertinente para o caso concreto (após a análise dos exames dos genitores), e, durante o procedimento, deverá agir com todos os cuidados que ele demanda.

No mesmo sentido, determina o inciso II do capítulo II do CEM que é direito do médico “indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente

---

<sup>60</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>61</sup> Idem, p. 93.

reconhecidas e respeitada a legislação vigente”.

Durante a execução do procedimento, o médico tem o dever de utilizar a melhor técnica possível. Isso porque são variados os danos possíveis, decorrentes da utilização de técnica inadequada ou imprópria, tais como: lesões no aparelho reprodutor da mulher, contaminação, infecção, gravidez ectópica e traumatismos psíquicos, dentre outros<sup>62</sup>.

Após o procedimento da RA, graças, principalmente, ao tratamento normal, a mulher pode apresentar moléstias, tais como câncer, doenças cardiovasculares e tromboembolia. Em verdade, o surgimento de uma dessas doenças e a posterior surpresa da mulher ao saber ser diagnosticada com uma delas pode decorrer do inadimplemento de mais de um dever: dever de informação (muitas vezes o médico sequer alerta a mulher que do tratamento hormonal pode surgir um câncer, a depender dos antecedentes familiares), dever de adequada análise dos exames, dever de investigação dos antecedentes familiares (justamente para saber, de antemão, se os riscos de desenvolver uma dessas doenças aumenta em relação à mulher que vai submeter-se ao tratamento) etc.

É de extrema relevância o dever de estudo dos antecedentes familiares da mulher que se submete a tratamento (e dessa atividade não pode o médico esquecer-se, devendo ao menos perguntar a mulher acerca das doenças da família), pois, caso ela tenha histórico familiar com doenças como câncer ou tromboembolia, o médico, sabendo do histórico, terá o dever de informar a mulher acerca dos riscos, então agravados. Mais que isso, aparecendo sintomas das doenças mais comuns (principalmente câncer de mama), ainda durante o tratamento hormonal, o médico tem o dever ético de cessar o procedimento.

Ainda em relação ao dever de utilizar a técnica mais adequada, o médico deve optar pelo procedimento mais

---

<sup>62</sup> SZANIAWSKI, E. *Considerações...*, p. 176.

simples, até porque, caso contrário, poderá gerar danos não somente à mãe, como também à criança que está sendo gerada (como já dito, existe o dever de informar sobre os riscos). Caso, *e.g.*, o médico opte por FIV ou ICSI, quando for possível IA ou outra técnica mais simples, fica caracterizado descumprimento deste dever de utilização da melhor ou mais adequada técnica, restando ao médico indenizar pelos danos que a criança venha a sofrer<sup>63</sup>.

#### 5.4) DEVER DE CUIDADO DO MATERIAL GENÉTICO

O material genético é colhido, preservado e manipulado. São, pois, três atividades diferentes, mas que inevitavelmente envolvem cuidado do médico e da clínica. A atividade do médico ou de outro profissional da clínica, ao colher, ao criopreservar ou ao manipular o material biológico deve ser exercida com cautela. A obrigação de meio aqui envolvida é a de zelar pelo tratamento adequado do material colhido, criopreservado e manipulado. Isso porque “os pacientes da reprodução assistida devem possuir garantia plena de que, efetivamente, receberão gametas que passaram por todos os testes genéticos que determinarão a possibilidade de sua utilização futura”<sup>64</sup>. Outrossim,

(...) entendemos que a obrigação de garantir a qualidade do material genético a ser empregado na

---

<sup>63</sup> SZANIAWSKI, E. *Considerações...*, p. 184. Explica o autor que “Os (...) riscos de anomalias e doenças ocorrem, principalmente, em crianças cuja concepção foi realizada pelo método da FIV e da ICSI, ou seja, pelas técnicas de fertilização fora do corpo da mulher. Na FIV e na ICSI poderá ocorrer a união de células sexuais incompatíveis, provocadas pela fertilização artificial aleatória, as quais jamais se uniriam na reprodução natural. Conseqüentemente, estes riscos ocorrerão com menor freqüência no emprego da técnica da inseminação artificial, uma vez que esta técnica exige que os espermatozóides se locomovam no útero da mulher até o óvulo, para então fecundá-lo, não ocorrendo normalmente a fecundação de óvulo entre células sexuais incompatíveis” (idem, p. 183-184).

<sup>64</sup> SZANIWASKI, E. *Indagações...*, p. 148.

reprodução assistida não se restringe apenas à clínica de fertilização. O médico que realizará o procedimento de fertilização, além de verificar a inexistência de doenças ou desordens genéticas, através do diagnóstico genético, tem a obrigação, oriunda da atividade profissional, de tomar os maiores cuidados na escolha do material genético, criopreservado nos bancos de gametas, a ser empregado no procedimento de fertilização, mormente em se tratando de fertilização heteróloga, devendo garantir e responder pela boa qualidade do material genético a ser fornecido à paciente.<sup>65</sup>

O material genético colhido, preservado e manipulado, em especial (mas não unicamente) quando se trata de fertilização heteróloga, deste modo, é preocupação, tanto do médico, quanto da clínica. A fase de manipulação de gametas é ainda mais relevante, e é dever do médico proceder com a cautela necessária.

O congelamento poderá ser lento, rápido ou ultrarrápido, ou, ainda, poderá ocorrer a vitrificação<sup>66</sup>. “A diferença básica entre elas (técnicas de criopreservação) está na velocidade do congelamento e nas concentrações dos crioprotetores”<sup>67</sup>.

Note-se, ainda, que poderá haver criopreservação de gametas, de embriões e de tecido germinativo. Em todas essas hipóteses, tem a clínica o dever de zelar pelo material utilizado, preservando na temperatura adequada, utilizando a velocidade adequada etc.

---

<sup>65</sup> SZANIAWSKI, E. *Considerações...*, p. 165.

<sup>66</sup> Consiste em “um tipo de congelamento ultrarrápido e significa a solidificação de uma solução líquida em estado vítreo através de uma elevação extrema da viscosidade quando resfriada em baixas temperaturas” (COSTA, Rosaly R.; MATTOS, B. de. *Técnicas da criopreservação*, p. 19).

<sup>67</sup> Idem, p. 13.

## 5.5) DEVER DE OBEDIÊNCIA À RESOLUÇÃO CFM N.º 1.957/10

Não obstante não constituam normas jurídicas, elaboradas pelo Legislativo (e talvez por isso a qualidade na sua elaboração), o médico tem o dever de obedecer todas as normas da Resolução CFM n.º 1.957/10. Descumprindo-as, responderá a processo administrativo no CRM, bem como, em caso de dano, deverá indenizar a vítima, justamente em virtude de tal descumprimento.

As normas éticas para a RA presentes na Resolução são variadas, elencamos algumas, que consideramos mais relevantes, sem prejuízo das demais. São elas: vedação da sexagem (seção I, art. 4º); o número máximo de embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro<sup>68</sup>, sendo que, para mulheres com até 35 anos, o máximo é de dois embriões, para mulheres entre 36 e 39 anos, o máximo é de três, e, para mulheres com 40 anos ou mais, o máximo permitido é de quatro embriões (seção I, art. 6º); é vedada a redução embrionária (art. 7º da seção I); é vedada a venda de gametas ou embriões, sendo permitida apenas a sua doação (art. 1º da seção IV); deverá a clínica criopreservar os embriões excedentários viáveis (seção V, art. 2º); é permitida a gestação por substituição, desde que a doadora temporária do útero pertença à família da doadora genética, sendo parente de até segundo grau, e desde que a doação seja altruísta (seção VII, art. 1º); é permitida a reprodução assistida *post mortem*, desde que haja o consentimento do falecido para o uso do seu material biológico criopreservado (seção VIII).

Quanto à transferência de embriões, ensina Szaniawski<sup>69</sup>:

---

<sup>68</sup> A Resolução CFM n.º 1.358/92, revogada pela atual, permitia o máximo de quatro embriões, sem, todavia, distinguir o número máximo de embriões a serem transferidos de acordo com a idade da mulher. Trata-se de elogiável alteração promovida pelo CFM, em prol da saúde da receptora.

<sup>69</sup> SZANIAWSKI, E. *Considerações...*, p. 175.

A transferência de quatro ou mais embriões garante uma percentagem maior de sucesso no nascimento de crianças. Contudo, a implantação de quatro embriões ou um número superior a este na paciente não é recomendável, pois causará o risco de gestações múltiplas e transtornos que poderão causar nascimentos prematuros e/ou aborto, prejudicando, assim, a saúde da paciente.

(...) no Brasil, em especial, a possibilidade de ocorrência de aborto, quando da implantação de pré-embriões no ventre da paciente tem sido considerada como ocorrência perfeitamente previsível, não se constituindo, segundo a doutrina médica, em um dano para a paciente, nem para o embrião.

Ainda, de acordo com a seção III da Resolução, “as clínicas (...) que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano para a paciente de técnicas de RA (...)”.

## 5.6) DEVER DE SIGILO

O dever de sigilo, embora não seja absoluto, é amplo. Primeiramente, o médico tem dever de sigilo para preservar a identidade do casal que se submete à RA, ou seja, é vedado ao médico revelar a identidade dos futuros pais que recorrem a ele para procriar artificialmente. Além disso, há dever de sigilo em relação aos doadores (ou seja, é dever de sigilo relativo aos doadores e aos receptores de gametas em RA), pois, de acordo com o art. 2º da seção IV da Resolução CFM n.º 1.957/10, “os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa”, bem como, pelo art. 3º da mesma seção, “obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos

doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores”. Além disso, este dever também decorre do inciso XI do Capítulo I do CEM.

Divulgação não autorizada da identidade de doadores ou receptores de gametas em RA é ilícito que gera dano a direito de personalidade, inegável o dever de indenizar.

Como já dito, não se trata de dever absoluto. Conforme prevê a segunda parte do art. 3º da seção IV, “em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador”. Da mesma forma, dita o art. 4º que “as clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores”. Isto é, embora

(...) tenha sido reconhecido o *direito ao conhecimento da própria origem genética* como um direito especial de personalidade, através do qual o interessado buscará identificar seus verdadeiros pais biológicos, tal categoria encontra limites na efetiva necessidade do interessado em quebrar os limites impostos pelo sigilo profissional, principalmente justificado por questões de saúde, diante de sérios problemas de transplante de órgãos, utilização de medula óssea etc., sendo, nesta hipótese, imperioso o conhecimento da identidade dos parentes biológicos. O direito ao conhecimento da própria origem genética não deverá ser deferido se não atender os critérios éticos e sociais. Em princípio, deverá sempre prevalecer o direito ao segredo do paciente e o dever de sigilo dos profissionais da saúde e das clínicas hospitalares. A violação não-autorizada do

direito ao segredo do paciente, pelo médico ou por membro de sua equipe, evidentemente, implicará a prática de ato ilícito e na responsabilidade civil do médico, chefe da equipe.<sup>70</sup>

### 5.7) DEVER DE RESTITUIÇÃO

Tem o médico o dever de restituir ao paciente todos os documentos e exames dos quais tiver posse temporária – dever também presente no art. 88, capítulo X, do CEM.

O médico que não atender à solicitação do paciente, no sentido de restituir-lhe os documentos médicos (ou cópia destes), pratica ato ilícito, bem como ilicitude ética, configurando dano moral e material. Dano moral, pelo fato de o paciente não poder conhecer exatamente o conteúdo dos documentos médicos, e, depois de ter passado por todo o sofrimento e angústia na realização de consultas e exames, não obter os resultados junto a si. O dano material configura-se pelo fato de, na maioria das vezes, o paciente ser obrigado a repetir os exames realizados, sofrendo desnecessariamente uma segunda vez, em vez de possuir os resultados e laudos naturalmente, que consiste no seu mais lídimo direito.<sup>71</sup>

Em havendo recusa ao descumprimento do dever de restituição, tem o paciente o direito de impetrar *habeas data* para que haja, forçadamente, o cumprimento<sup>72</sup>, bem como o direito de requerer as indenizações pertinentes.

### 5.8) OUTROS DEVERES MÉDICOS

---

<sup>70</sup> SZANIAWSKI, E. *Considerações...* cit., p. 185-186.

<sup>71</sup> Idem, p. 188.

<sup>72</sup> Idem, *ibidem*.



O médico tem, ainda, deveres gerais, ou seja, não exclusivos da RA.

O primeiro dever geral é o de boa-fé: tendo em vista que a RA envolve obrigação contratual, desnecessário constar cláusula que indique atuação conforme a boa-fé, pois esta é sempre imperiosa (em qualquer contrato)<sup>73</sup>, conforme os arts. 187 (abuso de direito) e 422 (boa-fé pré, pós e na execução do contrato) do CC.

O segundo, também inerente à atividade médica, é o dever de zelar pela saúde do paciente. Decorre do inciso I do art. 6º do CDC, é, portanto, direito básico do consumidor. Nesse sentido, “o hospital é responsável pela incolumidade do paciente internado em suas dependências. Isso implica a obrigação de tratamento de qualquer patologia relevante apresentada por esse paciente, ainda que não relacionada especificamente à doença que motivou a internação” (STJ, REsp n.º 494.206 - MG (2002/0170695-6)). Ainda, “o hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si” (STJ, REsp n.º 629.212 - RJ (2004/0019175-2)). O mesmo se aplica, pois, às clínicas de RA. Este dever também está presente no CEM, em seu art. 27, capítulo IV.

Outrossim, há, por parte da clínica, o dever de prévia elaboração de orçamento, conforme o inciso VI do art. 39 do CDC e o art. 40 do mesmo diploma legal. Do mesmo modo, há previsão de tal dever no art. 61 do capítulo VIII do CEM. A transparência se faz aqui novamente necessária, pois ao médico é vedado praticar dupla cobrança por ato médico já realizado (art. 66, capítulo VIII, CEM). Por conseguinte, o consumidor tem o direito de saber a extensão do serviço pago, para não ser ludibriado quanto ao pagamento. Na mesma esteira de pensamento, é dever do médico a restituição integral de

---

<sup>73</sup> MANASSÉS, D. R.; PENTEADO, H. C. L.. *Op. cit.*, p. 518 e ss.

paciente eventual vítima, pois a reparação de danos patrimoniais e morais é direito básico do consumidor (inciso VI do art. 6º do CDC).

Ainda, há o dever de praticar os atos que sejam exclusivos do médico (art. 2º do capítulo III do CEM) – não sendo permitida a delegação de funções.

Também é dever do médico orientar seus auxiliares (art. 78 do capítulo IX do CEM), tendo em vista que responde por eles.

Concordamos com Szaniawski, para quem não é dever do médico “compatibilizar as características raciais, de grupo sanguíneo, de semelhança fenotípica e imunológica da criança e dos pais sociais”, a não ser que haja previsão contratual que implique em observância deste dever<sup>74</sup>.

Como não se trata de obrigação de resultado, o médico não tem o dever de alcançar a gravidez desejada. Cabe a ele, somente, utilizar a melhor técnica possível, realizar todas as diligências cabíveis e agir conforme as normas, para tentar engravidar a mulher, sem, contudo, garantir que esta vai ocorrer<sup>75</sup>.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reprodução humana assistida é um tema bastante complexo e ainda obscuro na ciência jurídica. Todavia, tendo em vista “a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la”, bem como “o avanço do conhecimento científico, (que) permite solucionar vários dos casos de reprodução humana” (portaria da Resolução CFM n.º 1.957/10), é tarefa do jurista, mesmo na omissão legislativa, enfrentar esta matéria, sempre à luz das normas constitucionais

---

<sup>74</sup> SZANIAWSKI, E. *Considerações... cit.*, p. 187.

<sup>75</sup> SZANIAWSKI, E. *Indagações...*, p. 152.

e em prol da proteção da dignidade da pessoa humana.

Pelas peculiaridades dos procedimentos de RA, o médico tem uma série de deveres, além daqueles gerais da atividade médica. O inadimplemento desses deveres configura ato ilícito, que, causando dano, é indenizável. Autores de ação de indenização por danos, patrimoniais ou extrapatrimoniais, podem ser quaisquer dos indivíduos envolvidos na RA: doadores de gametas, doadora temporária do útero, receptores de gametas ou mesmo a criança proveniente do procedimento – sem prejuízo de eventual litisconsórcio ativo. Litisconsortes também podem ser a clínica de RA e o médico, mas passivos, pois são solidariamente responsáveis. Ambos serão réus na ação. Como a relação entre o médico e seus pacientes é relação de consumo, o CDC é aplicável em relação a ambos, observando-se as especificidades da atividade médica. Ainda, aplica-se a tese do diálogo das fontes, para formar o melhor entendimento legal aplicável ao caso concreto, sempre tendo em mente, também, o Código de Ética Médica e a Resolução CFM n.º 1.957/10. O médico responde mediante comprovação de culpa, todavia, por força do art. 6º, inciso VIII, do CDC, o ônus da prova poderá ficar a cargo do profissional, e não da paciente. Por sua vez, a clínica, que também é fornecedora, responde independentemente de culpa. Caberá à vítima comprovar o inadimplemento de um dever (que nada mais é que a conduta), o dano e o nexo causal entre eles. Em síntese, é esta a lógica da responsabilidade civil do médico e da clínica nos procedimentos de reprodução humana assistida.



## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O direito do consumidor e os novos direitos. In: Ana Carla Harmatiuk Matos (Org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2008, p.77-101.
- ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Exame de DNA, filiação e direitos da personalidade. In: Eduardo de Oliveira Leite (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 331-363.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARBOSA, Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: Eduardo de Oliveira Leite (Coord.). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 153-168.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ*. Salvador: Edições Juspodvm, 2011.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- COSTA, Rosaly Rulli; MATTOS, Beatriz de. Histórico da criopreservação. In: Carlos Gilberto Almodin e Rosaly R. C. *Criopreservação de gametas, embriões e tecido germinativo em laboratório de fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Cultura Médica, 2011, p. 1-8.
- \_\_\_\_\_. Técnicas da criopreservação. In: Idem, p. 9-27.
- DALVI, Luciano. *Curso avançado de BioDireito: doutrina, legislação e jurisprudência*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- FERNANDES, Silvia da Cunha. *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

- FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. A incidência do sistema de presunção *pater is est* na inseminação artificial *post mortem*: efeitos e possibilidades no direito de família contemporâneo. In: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. *Diálogos sobre direito civil* – volume III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 245-268.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. Del “micro” al “macro” sistema y viceversa. El “diálogo de las fuentes”. Consumidores y usuarios frente al derecho privado. In: Renan Lotufo e Fernando Rodrigues Martins (Coord.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 9-27.
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidade Civil do médico*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995
- LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. *Introdução ao Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MANASSÉS, Diogo Rodrigues; LACERDA, Heloísa Camargo de. A equivalência material e a hermenêutica da revisão dos contratos cíveis. In: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (Org.). *Diálogos sobre direito civil* – volume III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 511-535.
- MANASSÉS, Diogo Rodrigues. *Reflexos das tendências do Direito Civil na responsabilidade civil: apontamentos para uma nova teoria do Direito dos Danos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3036, 24 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20266>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

- \_\_\_\_\_. Surgimento de novas entidades familiares como um dos reflexos da constitucionalização do direito civil. In: Paula Maria Teclas Lara e Renata Furtado de Barros (Org.). *A constitucionalização do direito privado: o Estado Democrático de Direito e as novas perspectivas jurídicas nas relações privadas*. Raleigh (Carolina do Norte, EUA): Lulu Publishing, 2012, p. 275-305.
- \_\_\_\_\_. *Direito, literatura e a Lei de Introdução ao Código Civil*. Um estudo reflexivo-comparativo acerca do Direito e da Lei de Introdução ao Código Civil, partindo do auxílio literário. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2329, 16 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13845>>. Acesso em: 20 dez. 2011.
- MARQUES, Claudia Lima. Campo de aplicação do CDC. In: Antônio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 80-107.
- \_\_\_\_\_. Diálogo das fontes. In: idem, p. 108-124.
- \_\_\_\_\_; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. A questão do Biodireito sob a ótica da construção dos novos direitos no Brasil. In: Ana Carla Harmatiuk Matos (Org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2008, p.211-223.
- NORONHA, Fernando. *Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, v. 64, ano 17, p. 12-47, abril-junho 1993.
- PETRACCO, Alvaro; BADALOTTI, Mariangela; ARENT,

- Adriana Cristine. Bioética e reprodução assistida. In: LEITE, E. de O. (Coord.). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SOUZA, Marise Cunha de. *Os casais homoafetivos e a possibilidade de procriação com a utilização do gameta de um deles e de técnicas de reprodução assistida*. In: Revista da EMERJ, v. 1, n. 1, 1998, p. 141-165.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Indagações em torno de um estatuto do corpo humano*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Universidade Federal do Paraná, v. 50, p. 121-164, 2010.
- \_\_\_\_\_. Considerações sobre a responsabilidade civil dos profissionais da saúde na atividade de reprodução humana assistida. In: Eduardo de O. L. (Org.). *Grandes temas da atualidade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Cia. Editora Forense, 2006, v. 6, p. 137-198.
- \_\_\_\_\_. *O embrião humano: sua personalidade e embrioterapia*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Universidade Federal do Paraná, v. 46, ago. 2009, p. 151-178.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- VASSILIEFF, Sílvia. A responsabilidade civil profissional do médico no direito civil e no direito do consumidor. In: Flávio Tartuce e Ricardo Castilho (Coord.). *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 499-519.