

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CLÍNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA RELATIVA À CONSERVAÇÃO E DESTINAÇÃO DOS MATERIAIS BIOLÓGICOS E EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

Aline Regina Carrasco Vaz¹

Com o avançar da medicina e o crescente número de casos de infertilidade, tanto masculina quanto feminina, bem como demais problemas de natureza biológica que impossibilitam a procriação natural, foram desenvolvidas técnicas de procriação humana artificiais. Dentre elas, destacam-se as seguintes: inseminação artificial ou inseminação intrauterina, inseminação intraperitoneal, transferência intraperitoneal de espermatozoides e ovócitos ou transferência intratubárica de gametas, fecundação *in vitro* com transferência de embriões e injeção intracitoplásmica de espermatozoides. O Direito, no entanto, ainda não se moldou suficientemente à nova realidade científica, havendo inúmeras problemáticas decorrentes das novas técnicas, especialmente relacionadas à responsabilização civil em caso de danos decorrentes de sua aplicação. Assim, neste artigo serão examinados brevemente as técnicas de reprodução medicamente assistida, bem como as disposições da legislação portuguesa que regem o assunto. Ainda, serão devidamente analisados os pressupostos

¹ Mestranda em Direito e Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Bioética pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Médico pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci – UNIASSELVI. Graduada em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Advogada.

constitutivos da responsabilidade civil, com os necessários ajustes à seara médica, em especial de reprodução medicamente assistida. Por fim, será analisada a possibilidade de responsabilidade das Clínicas na conservação e destinação dos materiais biológicos e embriões excedentários criopreservados que se encontrem sob sua tutela.

Palavras-Chave: Reprodução medicamente assistida. Inseminação artificial. Fecundação *in vitro*. Proteção legal dos embriões. Conservação e destinação de embriões e material biológico. Criopreservação. Responsabilidade Civil do Médico e da Clínica.

Abstract: With the medicine advance and the increasing number of infertility cases, both male and female, as well as other biological nature problems that preclude natural procreation, artificial human procreation techniques have been developed. Among them, the following stand out: artificial insemination or intrauterine insemination, intraperitoneal insemination, intraperitoneal transfer of sperm and oocytes or intrauterine transfer of gametes, *in vitro* fertilization with embryo transfer and intracytoplasmic sperm injection. Law, however, has not yet sufficiently shaped the new scientific reality, and there are numerous problems arising from the new techniques, especially related to civil liability in case of damages due to its application. Thus, in this article will be examined briefly the techniques of assisted reproduction, as well as the provisions of the Portuguese legislation that govern the subject. Also, the assumptions of civil liability, with the necessary adjustments to the medical field, especially of medically assisted reproduction, will be duly analyzed. Finally, the possibility of responsibility of the clinics in the conservation and destination of biological materials and cryopreserved surplus embryos under their care will be analyzed.

Keywords: Medically assisted procreation. Artificial

insemination. *In vitro* fertilization. Embryos legal protection. Embryos and biological material conservation and their destination. Cryopreservation. Doctor and Clinic civil responsibility.

Sumário: 1. Reprodução Medicamente Assistida; 1.1 Modalidades; 1.1.1 Reprodução Intracorpórea; 1.1.2 Reprodução Extracorpórea; 1.2 Proteção destinada aos embriões; 2. Legislação sobre reprodução medicamente assistida; 2.1 Breves apontamentos sobre a Lei nº 32/2006; 2.2 Prazo estabelecido na legislação pátria para guarda de material biológico e de embriões excedentários; 2.3 Destinação do material biológico e dos embriões excedentários findo o prazo; 3. Responsabilidade Civil das Clínicas de Reprodução Medicamente Assistidas; 3.1 Pressupostos da Responsabilidade Civil; 3.1.1 Conduta; 3.1.2 Ilicitude; 3.1.3 Dano; 3.1.4 Nexo de Causalidade; 3.1.5 Culpa; 3.2 Armazenamento de Materiais Biológicos e Embriões Excedentários; 3.3 Destinação dos Materiais Biológicos e Embriões Excedentários; 4. Conclusões Sintéticas.

1. REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA



fecundação é o processo biológico natural pelo qual, através da relação sexual, os gametas masculinos e femininos se unem no sistema reprodutivo feminino, formando o embrião e dando origem à pessoa humana.

A reprodução medicamente assistida, por sua vez, consiste em um conjunto de métodos artificiais desenvolvidos para a procriação humana. Engloba desde a mera introdução de gametas masculinos² no sistema reprodutivo feminino até as mais sofisticadas técnicas de fertilização *in vitro*³. Assim, os métodos

² Os gametas masculinos traduzem-se nos espermatozoides.

³ FRANÇA, Genival Veloso de, *Direito Médico*, 11ª ed. ver., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 354.

de reprodução assistida nada mais são que técnicas de fecundação artificial.

A fertilização artificial é indicada para os casos em que tanto o homem quanto a mulher apresentam defeitos ou dificuldades de fecundação pelos métodos naturais e biológicos.

Poderá, ainda, ser realizada sob duas modalidades distintas: homóloga, fecundação intraconjugal ou homofecundação; e heteróloga, fecundação extraconjugal ou heterofecundação⁴.

A fecundação homóloga, intraconjugal ou homofecundação é aquela realizada mediante a coleta de gametas, masculinos e/ou femininos, a depender do procedimento adequado para o caso em concreto, do próprio casal em questão. Por exemplo, cônjuges que procuram realizar reprodução assistida ante a impotência sexual do homem.

Por seu turno, a fecundação heteróloga, extraconjugal ou heterofecundação se consubstancia na utilização de gameta de terceiro que, via de regra, não é participante na relação conjugal. É o caso, por exemplo, da mulher que decide realizar reprodução assistida utilizando sêmen escolhido em banco de doadores.

Por fim, a reprodução poderá ocorrer de maneira intracorpórea ou extracorpórea, caso a fecundação ocorra dentro ou fora do organismo feminino.

1.1 MODALIDADES

Pode-se falar em duas espécies principais de reprodução assistida, quais sejam, intracorpórea e extracorpórea. As primeiras dizem respeito à manipulação do material genético masculino e posterior introdução do mesmo no organismo feminino, onde ocorrerá a fecundação e formação do embrião; enquanto a segunda se refere aos métodos laboratoriais de manipulação de ambos os gametas, com fecundação dos mesmo fora do organismo feminino e introdução do próprio embrião no sistema

⁴ FRANÇA, Genival Veloso de, *op. cit.*, p. 355.

reprodutivo feminino.

1.1.1 REPRODUÇÃO INTRACORPÓREA

A reprodução intracorpórea poderá ocorrer mediante as técnicas de inseminação artificial ou inseminação intrauterina, inseminação intraperitoneal, transferência intraperitoneal de espermatozoides e ovócitos ou transferência intratubárica de gametas⁵. Podem, ainda, ser homólogas ou heterólogas⁶.

A inseminação artificial ou inseminação intrauterina consiste, em linhas gerais, na introdução dos espermatozoides, previamente recolhidos e tratados em laboratório⁷, mediante a utilização de um cateter⁸, na cavidade uterina da mulher. A fecundação ocorrerá, a partir daí, de modo idêntico que ocorreria no processo fisiológico natural⁹.

A inseminação intraperitoneal em muito se assemelha à inseminação artificial. A diferença crucial entre elas reside no local em que serão depositados os espermatozoides previamente tratados. Na primeira, como afirmado anteriormente, os espermatozoides são introduzidos diretamente na cavidade uterina da mulher; já na inseminação intraperitoneal, eles são introduzidos, através da utilização de uma sonda guiada por

⁵ SOLÍS, Luis Santamaría, *Técnicas de reproducción asistida*, In Bioética personalista: ciencia y controversias, Madrid: Tribuna Siglo XXI, 2007, p. 203.

⁶ A inseminação homóloga se refere à inseminação que utiliza material genético do próprio casal. Por sua vez, a heteróloga restará caracterizada quando for utilizado material genético de uma terceira pessoa na inseminação.

⁷ A colheita de espermatozoides poderá ser realizada de inúmeras formas. Luis Santamaría Solís (op. Cit., p. 204) destaca as seguintes: recolhimento do sêmen da vagina após coito normal, utilização de preservativo antispermicida, masturbação, aspiração de espermatozoides mediante cateter.

⁸ O cateter, segundo conceito extraído do Dicionário online Michaelis (disponível em: www.michaelis.uol.com.br), é um “instrumento tubular que é introduzido em canais, vasos ou cavidades do corpo para a retirada ou injeção de fluídos ou substâncias ou para distender uma passagem ou conduto, efetuar investigações diagnósticas etc.”.

⁹ SOLÍS, Luis Santamaría, op. cit., p. 204.

ultrassonografia¹⁰, na cavidade peritoneal, próximo à fimbria¹¹⁻¹².

A transferência intratubárica de gametas consiste no recolhimento de espermatozoides e ovócitos, que serão preparados separadamente em laboratório, para posterior introdução no sistema reprodutivo feminino. Serão introduzidos separadamente através de um cateter, via vaginal, nas trompas uterinas, local em que irá ocorrer a fecundação de modo espontâneo.

1.1.2 REPRODUÇÃO EXTRACORPÓREA

Ao contrário da reprodução intracorpórea, as técnicas de reprodução extracorpórea consubstanciam-se na preparação dos gametas e fecundação do ovócito fora do sistema reprodutor feminino.

Admite-se a existência de duas modalidades de reprodução extracorpórea, quais sejam: fecundação *in vitro* com transferência de embriões e injeção intracitoplásmica de espermatozoides.

A fecundação *in vitro* com transferência de embriões é realizada através da recolha prévia e manipulação dos ovócitos e espermatozoides, que são fecundados em laboratório. Após a fecundação, são selecionados os embriões mais aptos¹³ a serem introduzidos no útero. Normalmente, faz-se a transferência de 3 embriões para maior chance de sucesso do método. Os embriões

¹⁰ A sonda trata-se de um instrumento cilíndrico, em forma de tubo fino e longo, que se introduz no corpo normalmente para fins terapêuticos ou diagnósticos. Neste caso, será utilizado para introduzir os gametas na tuba uterina feminina. A introdução dos gametas através da sonda será guiada pela ultrassonografia, que se consubstancia em um método de diagnóstico por imagem que possibilita a visualização de órgãos internos.

¹¹ A fimbria consiste na parte extrema da tuba uterina.

¹² BORON, Walter F. Boron e BOULPAEP, Emile L. *Fisiologia Médica*, tradução Daniella do Carmo *et al.*, 2 ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 1.170.

¹³ Leva-se em consideração, segundo Luís Santamaría Solís (op. Cit., p. 210), a aplicação de critérios morfológicos para a escolha dos embriões que serão implantados.

excedentários serão congelados (criopreservação) para eventual implantação posterior.

Por fim, a técnica de injeção intracitoplasmática de espermatozoides traduz-se na introdução mecânica de um único espermatozoide, previamente selecionado, no interior do ovócito para realizar a fecundação. O restante do procedimento será idêntico à fecundação *in vitro* tradicional.

1.2 PROTEÇÃO DESTINADA AOS EMBRIÕES

Diversas são as teorias acerca da proteção que deverá ser dispensada aos embriões. A primeira delas, por considerar que o embrião nada mais é que um conjunto de células sem qualquer valor próprio considerável, defende a possibilidade de criação e utilização dos mesmos por qualquer meio (fecundação *in vitro*, clonagem, etc.) e para quaisquer fins sociais (pesquisa científica ou terapêutica, uso industrial e para indústrias cosméticas)¹⁴.

Uma segunda corrente defende que o embrião possui valor e merece proteção, por tratar-se do início de algo que poderá ser uma pessoa. No entanto, a proteção será apenas gradativa e de acordo com a evolução do mesmo em ser humano. Permite-se a criação de embriões através de métodos científicos (*in vitro* e até mesmo clonagem), mas única e exclusivamente para fins terapêuticos ou científicos. Refuta a possibilidade de uso dos embriões para fins industriais ou cosméticos¹⁵⁻¹⁶.

Uma terceira e última corrente defende a proteção efetiva dos embriões, garantido à eles a defesa do direito à vida. Considera o embrião como uma pessoa potencial, estendendo a

¹⁴ CAPELLA, Vicente Bellver, *El estatuto del embrión: cuestiones filosóficas y jurídicas*, in *Bioética personalista: ciencia y controversias*, Madrid: Tribuna Siglo XXI, 2007, p. 190. O autor assevera que esta é a posição adotada no Reino Unido, que permite o uso dos embriões para fins utilitários (p. 192).

¹⁵ CAPELLA, op. Cit., p. 190-191.

¹⁶ Na França, permite-se que os embriões excedentários criados para fins reprodutivos e que não forem devidamente implantados nas mulheres possam ser objeto de investigação científica.

proteção que é dada aos demais fetos ou nascituros. Consequentemente, não admite a instrumentalização dos embriões, independentemente do fim a que se destina¹⁷⁻¹⁸.

2. LEGISLAÇÃO SOBRE REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

Escassas são as legislações internacionais, e até mesmo nacionais, a tratarem da proteção dos embriões¹⁹. Cita-se as quatro principais: Convênio Europeu sobre Direitos Humanos e Biomedicina, mais conhecido como Convênio de Oviedo, e Declaração Universal sobre Direitos Humanos e Genoma Humano, ambas de 1997; Declaração da ONU sobre clonagem e a Declaração Universal sobre Direitos Humanos e Bioética, ambas de 2005.

O Convênio Europeu sobre Direitos Humanos e Biomedicina prevê a admissibilidade de investigação científica com embriões *in vitro* excedentários, nos países que reconheçam legalmente a sua possibilidade, desde que eles tenham sido criados para fins reprodutivos e lhes sejam asseguradas adequada proteção legal.

A Declaração Universal sobre Direitos Humanos e

¹⁷ CAPELLA, op. Cit., p. 191.

¹⁸ É a posição adotada pelo Estado Italiano, que proíbe a utilização dos embriões excedentários para quaisquer fins que não reprodutivos.

¹⁹ À título de curiosidade, as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistidas no Brasil é regulamentada pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.957/2010 e posteriores alterações. Destaca-se algumas peculiaridades na referida legislação: 1) É proibida a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação; 2) O número de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não poderá ser superior à quatro, havendo número de transferência de embriões/oócitos determinados em função da sua idade; 3) no momento da criopreservação os cônjuges ou companheiros deverão expressar por escrito a sua vontade quanto ao destino dos embriões em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um ou de ambos, bem como sobre o desejo de doá-los; e 4) Há possibilidade de reprodução assistida *post mortem*, desde que haja autorização prévia do falecido para o uso do material biológico criopreservado.

Genoma Humano fora aprovada pela UNESCO (1997) e assumida pela Assembleia Geral das Nações Unidas em ano seguinte. Embora não faça referência à proteção dos embriões, há expressa proibição da utilização da técnica de clonagem humana, seja esta para fins científicos ou reprodutivos.

No mesmo sentido, a Declaração da ONU sobre clonagem proíbe a utilização da técnica de clonagem humana para todo e qualquer fim, especialmente para a reprodução humana, porquanto contrária à dignidade e à vida humana.

A Declaração Universal sobre Direitos Humanos e Bioética, aprovada pela UNESCO em 2005, visou tratar de princípios bioéticos com alcance universal. Para que tal fosse possível, absteve-se de tratar diretamente sobre temas excessivamente controversos, dentre os quais se encontram a reprodução assistida e seleção de embriões, definindo apenas objetivos e princípios gerais a serem respeitados pelos Estados.

2.1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A LEI 32/2006

Em Portugal, a procriação medicamente assistida é regulamentada pela Lei nº 32/2006 e suas posteriores alterações. Assim, nos termos do artigo 2º de referida Lei, os ditames legais são aplicáveis no território pátrio às técnicas de inseminação artificial, fertilização *in vitro*, injeção intracitoplasmática de espermatozoides, transferência de embriões, gametas ou zigotos, diagnóstico genético pré-implantação e outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalentes ou subsidiárias.

As técnicas aqui relatadas somente poderão ser aplicadas no território português nas situações legalmente estabelecidas, quais sejam: mediante diagnóstico de infertilidade ou para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças genéticas, infecciosas ou outras²⁰.

²⁰ Artigo 4º, nº 2 da Lei 32/2006.

Outrossim, as técnicas de reprodução medicamente assistida são destinadas às mulheres maiores de 18 anos de idade, civilmente capazes e independentemente do seu estado civil ou orientação sexual. Abrange, assim, tanto os casais de sexo diferente ou casais de mulheres, bem como as mulheres solteiras que queiram se beneficiar das referidas técnicas²¹.

No tocante às proibições, a legislação pátria veda a possibilidade de clonagem reprodutiva; a utilização para melhora de determinadas características do nascituro que não sejam médicas, inclusive sexo, salvo os casos em que há elevado risco de doença genética diretamente relacionado ao sexo ou quando determinante a necessidade de obter grupo HLA (human leukocyte antigen) compatível para efeitos de tratamento de doença grave; para originar quimeras ou híbridos; bem como para a aplicação das técnicas de diagnóstico genético pré-implantação em doenças multifatoriais onde o valor preditivo do teste genético seja muito baixo²².

Ainda, proíbe-se a compra e venda de óvulos, sémen, embriões ou qualquer material biológico decorrente da aplicação da reprodução medicamente assistida²³.

2.2 PRAZO ESTABELECIDO NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA PARA GUARDA DE MATERIAL BIOLÓGICO E DE EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

A legislação trata expressamente do prazo em que o material biológico não utilizado para a fertilização deverá permanecer criopreservado²⁴, sob a guarda e responsabilidade da Clínica de reprodução. Assim, os materiais biológicos

²¹ Artigo 6º, nº 1 e 2 da Lei 32/2006.

²² Artigo 7º da Lei 32/2006.

²³ Artigo 18º da Lei 32/2006.

²⁴ Criopreservação é um conjunto de técnicas que permitem conservar células, neste caso, embriões, a temperaturas baixas (196 graus Celsius negativos) mediante uso de nitrogênio líquido.

(espermatozoides, ovócitos, tecido testicular e tecido ovárico) deverão ser criopreservados pelo prazo máximo de 5 anos²⁵.

No entanto, a própria Lei ressalva a possibilidade de concessão de sucessivas prorrogações pelo mesmo período (5 anos) à pedido dos beneficiários, em situações justificadas, caso o diretor do centro de procriação medicamente assistida assuma a responsabilidade pela prorrogação da criopreservação do material biológico²⁶.

Por seu turno, os beneficiários deverão se comprometer a utilizar os embriões excedentários criopreservados da fertilização *in vitro* em nova transferência embrionária no prazo máximo de três anos. Outrossim, aqui também será possível a prorrogação por igual período mediante pedido dos beneficiários ao diretor do centro, que ficará responsável pelos embriões no alargamento do prazo²⁷.

2.3 DESTINAÇÃO DO MATERIAL BIOLÓGICO E DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIO FINDO O PRAZO

Muito se discute sobre a destinação, tanto do material biológico quanto dos embriões, após o fim do prazo legalmente estabelecido para a guarda dos mesmos. Algumas possibilidades foram ventiladas pela doutrina e pela própria legislação, respectivamente, nos artigos 16º-A e 25º da Lei 32/2006.

Decorrido o prazo de cinco anos previsto para o armazenamento do material biológico, em caso de ausência de prorrogação do prazo mediante requerimento dos beneficiários, podem os espermatozoides, ovócitos, tecido testicular e tecido ovárico serem destruídos ou doados para investigação científica, caso outro destino não lhes for dado.

Ressalta-se que o material biológico somente poderá ser

²⁵ Artigo 16º-A, nº 1 da da Lei 32/2006

²⁶ Artigo 16º-A, nº 2 da da Lei 32/2006

²⁷ Artigo 25º, nº 1 e 2 da da Lei 32/2006

destinado à investigação científica mediante o consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito dos beneficiários originários. O consentimento deverá ser declarado através de modelos de consentimento informado elaborados pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, apresentado perante o médico responsável.

Se passados 10 anos subsequentes ao momento da criopreservação, quando consentida a doação para fins científicos, o material biológico não houver sido utilizado, podem os mesmo serem descongelados e eliminados, mediante determinação do diretor do centro de produção medicamente assistida.

Ao revés, se não houver consentimento de doação para fins científicos, decorridos os 5 anos (prorrogáveis ou não), poderá o material genético ser descongelado e eliminados, por determinação do diretor do centro.

A legislação trata do descarte de embriões de modo similar. Assim, decorrido o prazo de 3 anos, sem prejuízo da possibilidade de prorrogação à pedido dos beneficiários, podem os embriões serem doados à outras pessoas cuja indicação médica de infertilidade aconselhe, sendo os fatos determinantes sujeitos a registro, ou doados para investigação científica²⁸.

²⁸ No tocante à investigação científica com uso de embriões, o artigo 9º da Lei nº 32/2006 determina, *in verbis*: “1 - É proibida a criação de embriões através da PMA com o objetivo deliberado da sua utilização na investigação científica. 2 - É, no entanto, lícita a investigação científica em embriões com o objetivo de prevenção, diagnóstico ou terapia de embriões, de aperfeiçoamento das técnicas de PMA, de constituição de bancos de células estaminais para programas de transplantação ou com quaisquer outras finalidades terapêuticas. 3 - O recurso a embriões para investigação científica só pode ser permitido desde que seja razoável esperar que daí possa resultar benefício para a humanidade, dependendo cada projeto científico de apreciação e decisão do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida. 4 - Para efeitos de investigação científica só podem ser utilizados: a) Embriões criopreservados, excedentários, em relação aos quais não exista nenhum projeto parental; b) Embriões cujo estado não permita a transferência ou a criopreservação com fins de procriação; c) Embriões que sejam portadores de anomalia genética grave, no quadro do diagnóstico genético pré-implantação; d) Embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozoide. 5 - O recurso a embriões nas condições das alíneas a) e c) do número anterior depende da obtenção de prévio consentimento, expresso, informado e

A doação dos embriões exige o consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito dos beneficiários originários ou do que seja sobrevivivo.

Por fim, consentida a doação, se nos 6 anos subsequentes ao momento da criopreservação os embriões não houverem sido utilizados por outros beneficiários ou em projeto de investigação, podem os mesmos ser descongelados e eliminados, por determinação do diretor do centro.

Caso não seja consentida a doação, logo que decorrido o prazo estabelecido para uso do embrião pelos beneficiários originários, poderá o diretor do centro determinar ao descongelamento e eliminação dos embriões, desde que comunicada previamente a decisão ao Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CLÍNICAS DE REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDAS

A responsabilidade civil é instituto previsto nos artigos 483 e seguintes do Código Civil Português e consubstancia-se, basicamente, na responsabilização de uma pessoa pelos atos ilícitos praticados, com dolo ou culpa *lato sensu*, que causem dano a outrem²⁹⁻³⁰. A responsabilidade objetiva, ou seja, sem

consciente dos beneficiários aos quais se destinavam”.

²⁹ No Direito Brasileiro, o instituto da responsabilidade civil é tratado no Código Civil nos artigos 927 e seguintes, sendo definido como a obrigação a qual se submete a pessoa que comete um ato ilícito de reparar os danos que causar a outrem. Ainda, o CC prevê a possibilidade de imputação de responsabilidade objetiva nos casos de atividade de risco ou outros definidos por lei. Por seu turno, a responsabilização civil dos profissionais liberais, nas quais se inclui a atividade dos médicos, regulamentada pelo artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor, exige a verificação da culpa na apuração.

³⁰ Nas palavras de Rui Stoco (Tratado de Responsabilidade Civil, 7ª ed., São Paulo, Editora RT, 2007, p.114): A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim **respondere**, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa

existência de culpa, é a exceção no sistema jurídico português, sendo admitida somente nos casos em que a lei expressamente a preveja³¹.

No tocante à matéria aqui tratada, é da Clínica, através do trabalho do médico, o dever de colher, preservar e manipular o material genético dos beneficiários com a devida cautela e diligência.

Diante da ausência de legislação específica, deverão ser aplicados os ditames gerais do Código Civil. Embora a responsabilidade civil das Clínicas médicas privadas seja, por grande parte da doutrina, considerada como objetiva, ou seja, sem a necessidade de comprovação de culpa da pessoa jurídica, tenho que, diante das peculiaridades da atividade médica, há imperiosa necessidade de comprovação da culpa na atuação do médico como requisito necessário e indispensável ao êxito da demanda.

Ressalta-se que toda e qualquer ação imputada à Clínica será praticada por um dos seus prepostos, recaindo a análise dos pressupostos de responsabilidade sobre a conduta por eles praticada. Caso comprovados os pressupostos e presente a responsabilidade do profissional, a clínica será objetiva e solidariamente responsável pelos danos causados aos beneficiários.

Assim, é possível vislumbrar a possibilidade de responsabilização das Clínicas mediante a comprovação de que o médico agiu de forma ilícita e culposa na produção do resultado danoso experimentado pelo beneficiário.

3.1 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Os pressupostos para a responsabilização³² das Clínicas

imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana”.

³¹ Artigo 483, nº 2 do Código Civil.

³² André Gonçalo Dias Pereira (*Responsabilidade civil dos médicos: danos*

serão os mesmo da responsabilidade civil geral, com algumas especificidades que serão oportunamente analisadas.

O Código Civil, no n. 1 do artigo 483, fixa os elementos necessário para a responsabilização civil. São eles: conduta humana voluntária, ilicitude, dano, nexa de causalidade e culpa³³⁻³⁴.

3.1.1 CONDUCTA

A conduta³⁵, primeiro dos pressupostos para a configuração da responsabilidade civil³⁶, nada mais é que a prática de

hospitalares – alguns casos da jurisprudência, In: Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4, nº 7 (janeiro/junho), 2007, Coimbra Editora: Coimbra, p. 55-56) define os cinco pressupostos de responsabilização: “(1) o facto voluntário do agente, que pode traduzir numa acção ou omissão; (2) a ilicitude, que consiste normalmente na violação de direitos absolutos ou de normas legais de protecção ou ainda no abuso de direito (art. 334º); (3) o nexa de imputação, que abrange a imputabilidade e a culpa que se subdivide em dolo ou negligência; (4) o nexa de causalidade e (5) o dano, que pode ser natureza patrimonial ou não patrimonial”. No mesmo sentido: FRANÇA, Genival Veloso de, op. cit., pp. 251).

³³ Miguel Teixeira de Sousa (*Sobre o ónus da prova na responsabilidade civil médica*, in Direito da Saúde e Bioética, Edição AAFDL, 1996, p. 134) fixa como fatos constitutivos da responsabilidade civil médica “o não cumprimento, ou o cumprimento defeituoso, dos deveres médicos, a culpa do médico e o nexa de causalidade entre aquele incumprimento, ou cumprimento defeituoso, e os danos sofridos pelo doente”.

³⁴ A culpa, aqui, deverá ser entendida no sentido lato. Assim, abrange tanto o dolo como a culpa no sentido estrito.

³⁵ Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (*Manual de Direito Civil: volume único*, São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 874) a “acção (ou omissão) humana voluntária é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil. Trata-se, em outras palavras, da conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo. [...] O núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana é a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz”.

³⁶ José Manuel Fernández Hierro (*Sistema de Responsabilidad Médica*, 3ª ed., Comares, Granada, 2000, p. 67) acredita que “cualquier acto u omisión humana voluntaria o no, mediata o no, puede ser bastante para cumplir el primero de los requisitos em matéria de responsabilidade civil que se establece. Por supuesto que para la existencia de responsabilidade civil no bastará esta sola premisa, sino que deberán rellenarse las demás antes enumeradas”.

um fato, comissivo ou omissivo, voluntário e controlável pelo agente, que venha a causar dano à outrem³⁷.

A apuração da conduta, no caso das Clínicas de reprodução, ocorrerá mediante a atuação dos médicos que nela trabalham, pelos quais a prestação do serviço contratado efetivamente irá ocorrer.

Nesse sentido, têm-se que a conduta poderá ser caracterizada mediante uma ação (realização de exames, cirurgias ou outros procedimentos ambulatoriais médicos) ou omissão (falta de realização dos mesmos, quando era esperado e aconselhável que o fizesse naquele momento), que resulte em danos capazes de repercutir no estado do paciente.

No âmbito da reprodução assistida, pode-se vislumbrar a conduta geradora da responsabilidade civil, por exemplo, diante de situações em que o diretor da Clínica ou médico responsável pela manutenção dos embriões excedentários venha a exercer uma conduta que venha a causar danos ou inviabilizar a criogenização dos mesmos, uma conduta omissiva que revele a ausência de cuidado para com os embriões criogenizados e que culmine com a necessidade de descarte do material, ou, ainda, com a destinação dos embriões excedentários que não tenha sido previamente consentido e autorizado pelos beneficiários.

3.1.2 ILICITUDE

Para a responsabilização da Clínica, não basta a comprovação de uma ação voluntária de seus agentes. É necessário, ainda, que essa ação também seja censurável pelo ordenamento jurídico pátrio.

A ilicitude da conduta³⁸ poderá decorrer da violação de

³⁷ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, pp. 339.

³⁸ Luis González Morán (*La responsabilidad civil del médico*, Barcelona: Bosch, 1990, p. 57) afirma que “la antijuricidad puede brotar del incumplimiento de una obligación previamente pactada inter partes o del incumplimiento del deber general

uma obrigação extracontratual ou contratual. Restará caracterizada a violação de uma obrigação extracontratual quando o dano decorrer da afronta à um direito absoluto (dentre os quais incluem-se o direito à vida) ou previsto em norma legal (inclusive normas deontológicas médicas); contratual quando a violação for referente à obrigação assumida na relação entre as partes ou dos deveres acessórios de conduta neste âmbito³⁹.

O ato médico estará eivado de ilicitude quando verificada a inobservância da *legis artis*⁴⁰, de normas legais, regulamentares ou estatutárias cumulada com o resultado nefasto no quadro clínico do paciente⁴¹.

Na seara de reprodução medicamente assistida, a relação estabelecida entre as partes é claramente contratual. De um lado, os beneficiários se comprometem a pagarem o montante acordado pela prestação dos serviços médicos de fertilização; de outro, a Clínica, através do médico, se compromete a empregar a melhor técnica no método de fertilização escolhido, bem como a manter sob sua responsabilidade a criogenização dos embriões ou material biológico eventualmente excedentários.

Vislumbra-se a ilicitude da conduta, exemplificativamente, mediante a inobservância da *legis artes* durante o procedimento, bem como das recomendações técnicas para a

de *neminem laedere*, principio universal de comportamento: al médico, las normas esenciales de su profesión, independientemente de que esté vinculado contractualmente con una persona o de que no tenga con ella ninguna relación voluntaria y contractualmente consolidada, le imponen unos comportamientos y unas reglas de conducta”.

³⁹ PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade Civil do Médico: Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*. V. 15, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.88-89. Referida autora define, ainda, como deveres acessórios aqueles assumidos com fundamento nas cláusulas contratuais, normas legais ou princípio da boa fé.

⁴⁰ Conjunto de regras e recomendações médicas a serem observadas para a prática de alguns atos.

⁴¹ BARRA, Kylie Michelle Cardoso. *O ônus da prova na Responsabilidade Civil Médica*, Dissertação (Mestrado em Direito – Ciências Jurídico-Forenses) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014, p. 20-21.

criogenização dos embriões e da correta manutenção dos mesmos.

Outrossim, ainda à título exemplificativo, é possível admitir a possibilidade do descarte antes de decorrido o prazo legalmente estabelecido ou doação para pesquisas científicas, nos casos em que não houver o devido consentimento informado, escrito e expreso exigidos pela legislação especial.

3.1.3 DANO

O dano⁴² consubstancia-se no prejuízo resultante da conduta voluntária e ilícita do médico, na violação de um interesse, bem ou direito do paciente juridicamente protegido.

Para que seja reconhecida a existência de um dano e para que este seja passível de indenização, deverá ser certo e não meramente eventual ou possível, apresentar o mínimo de gravidade e, ainda, ser direto, imediato e injusto⁴³.

No tocante à sua natureza, admite-se a existência de danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Os danos patrimoniais na seara médica poderão consubstanciar-se em danos emergentes e lucros cessantes.

Os danos extrapatrimoniais poderão ser morais, biológicos, existências, etc., decorrentes da conduta ilícita do médico. Aqui incluem-se os danos decorrentes de eventuais dores físicas ou psicológicas sofridas e derivadas da violação direta dos direitos da personalidade, da violação de um direito subjetivo ou das consequências da violação do direito à integridade física ou à vida⁴⁴.

⁴² José Manuel Fernández Hierro (op. cit., p. 231 e ss.) enumera e discorre sobre cada uma das características do dano. Afirma que, para ser indenizável, o dano deverá ser certo e restar efetivamente comprovada sua existência; e o prejuízo deverá ser pessoal da pessoa que o reclama.

⁴³ BARRA, Kylie Michelle Cardoso, op. cit., p. 24-25.

⁴⁴ DIAS, João Álvaro. *Procriação assistida e responsabilidade médica*, In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1996, pp. 388-389.

Vislumbra-se clara possibilidade de existência de danos patrimoniais no caso de perda/deterioração dos embriões excedentários, porquanto os beneficiários despenderam de considerável valor pecuniário para se submeterem à técnica, bem como a existência de danos morais, relativos à quebra de expectativa de obterem a efetiva procriação, nos casos de alta probabilidade de sucesso do método de fertilização.

3.1.4 NEXO DE CAUSALIDADE

O nexo de causalidade nada mais é que a correspondência lógica entre a conduta voluntária ilícita e o dano correspondente.

Nos termos do artigo 563 do Código Civil⁴⁵, o ordenamento jurídico português adota a teoria da causalidade adequada⁴⁶, para a qual será considerada causa o antecedente

⁴⁵ O artigo 563 do CC preconiza, *in verbis*: “A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não sofrido se não fosse a lesão”.

⁴⁶ No seguinte acórdão, observa-se a aplicação da teoria da causalidade adequada no âmbito da responsabilidade civil médica pelo STJ: “I- Na relação que se estabelece entre o médico e o doente, o dever de informar/esclarecer do primeiro confina-se, no momento da assumpção do diagnóstico, em dar a conhecer ao segundo o tipo, a extensão e os efeitos da doença de que é portador e a forma medicamente adequada de a tratar. II - O dever de informar mostra-se, em concreto, adequada e correctamente cumprido, porquanto os clínicos consultados (réus) informaram a doente (autora) (i) da natureza e tipo de patologia diagnosticada, (ii) do tipo de intervenção que deveria ser realizada para que fosse debelada, e (iii) das previsíveis consequências, de acordo com a ciência médico-cirúrgica, que poderiam advir do tipo de intervenção a realizar, a nível urológico. III - Os efeitos perversos que advieram ? autora em momento posterior ? intervenção cirúrgica, relevam de uma deficiente e malformada técnica médico-cirúrgica do clínico e não do dever de informar. IV - A responsabilidade civil médica pode ter, simultaneamente, natureza extracontratual e contratual, pois o mesmo facto pode constituir, a um tempo, uma violação do contrato e um facto ilícito lesivo do direito absoluto ? vida ou ? integridade física. V - Em regra, a jurisprudência aplica o princípio da consunção, de acordo com o qual o regime da responsabilidade contratual consome o da extracontratual, solução mais ajustada aos interesses do lesado e mais conforme ao princípio geral da autonomia privada. VI - Entre a autora e o réu firmou-se uma relação contratual mediante a qual este se comprometeu, pela qualificação que lhe está conferida de profissional clínico, mediante retribuição, a tratar

necessário e adequado à produção do resultado danoso.

Nos termos da teoria adotada, a verificação do nexo de causalidade se dará em dois momentos de verificação. No primeiro, deverá restar comprovado que a conduta do médico foi *conditio sine qua non* para a ocorrência do dano. Posteriormente, deve-se determinar se a conduta é considerada causa do dano levando-se em consideração o quadro normativo regulador.

Assim, deverá restar efetivamente comprovada a correspondência lógica entre a conduta do médico e o dano suportado pelos beneficiários.

3.1.5 CULPA

O último dos pressupostos para a caracterização da responsabilidade civil médica é a culpa na realização da conduta, geradora do dano ao paciente. Não irei tratar do dolo porquanto raramente o médico ou clinica agirão com a intenção deliberada

uma doença que lhe havia sido diagnosticada e que deveria ser debelada. VII - A obrigação assumida foi obrigação de meios porque não resultou provado que o profissional clínico se tivesse obrigado a um resultado específico, v.g. de proceder a uma cura absoluta e definitiva do morbo a tratar. VIII - O erro médico consubstancia-se na realização de um acto adstrito e da competência funcional de um profissional de medicina que se revelou descaracterizado e desadequado aos fins que a ciência e a arte da medicina injungiam para a debelação ou minoração de um padecimento previamente diagnosticado e reconhecido pela cognoscibilidade da ciência médica. IX - Tendo ficado provado que (i) a autora não padecia ou evidenciava sinais, antes da intervenção cirúrgica, de possuir uma bexiga neurogénica atónica; (ii) as deficiências evidenciadas sobrevieram ? cirurgia a que foi submetida; (iii) a cirurgia a que foi submetida implicava ou envolvia a bexiga; e, (iv) não tendo ficado provado que a autora se tenha submetido a outra intervenção cirúrgica, conclui-se pela ocorrência de um nexo causal entre a intervenção e as sequelas que a autora apresenta e outro sim uma actividade (comissiva) culposa traduzida numa imperícia na arte da técnica cirúrgica. X - Atendendo ? idade da lesada (33 anos) e ? s consequências gravosas, no plano da auto-estima e da estabilidade físico-psíquica, resultantes da necessidade de auto-algaliação e colostomia, estima-se em ? 120000 o valor da indemnização por danos não patrimoniais a suportar pelos réus.” (STJ, Ác. 6669/11.3TBVNG.S1, 1ª Seção, Rel. Des. Gabriel Catarino, de 07/03/2017).

de causar danos aos beneficiários⁴⁷⁻⁴⁸⁻⁴⁹.

O médico, ao realizar sua atividade profissional, deve agir com toda a diligência possível e aplicar todos os conhecimentos que possui para a persecução do fim proposto. No entanto, o desvio da atuação diligente do médico, quando assim o podia e deveria agir, poderá caracterizar a culpa na ocorrência do dano. O desvio do comportamento poderá se manifestar através de uma das modalidades de conduta culposa, quais sejam, imprudência, negligência ou imperícia.

Fica caracterizada a negligência quando o médico não observar um dever de cuidado, mediante uma conduta omissiva⁵⁰. Admite-se, assim, a existência de negligência diante de uma conduta negativa nos casos em que o médico for omissivo ou

⁴⁷ André Gonçalo Dias Pereira (op. Cit., p 56) refere que “o critério da apreciação da culpa está previsto no art. 487º do Código Civil em termos objectivistas, isto é, segundo a teoria da *culpa em abstracto* e dentro desta da *culpa como deficiência da conduta*. Ao afirmarmos a culpa como *deficiência da conduta* e não apenas como *deficiência da vontade*, pretendemos incluir na culpa não apenas a falta de cuidado, de zelo, de aplicação [...] mas também a falta de senso, de perícia, de aptidão [...]. O grau de diligência exigível é a de um homem normal, medianamente sagaz, prudente, avisado e cuidadoso: o “*bônus pater familias*”. Este critério traduz-se no domínio em análise como o médico normalmente prudente, diligente, sagaz e cuidadoso, com conhecimentos, capacidade física, intelectual e emocional para desempenhar as funções a que se propõe”. Pondera, no entanto, que esse critério exigente de culpa é mitigado pela distinção entre obrigações de meio e de resultado.

⁴⁸ Ataz López (*Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, 1985, p. 290) afirma que a culpa médica é “la infracción por parte del médico o del cirujano, de algún deber próprio de su profesión, y, más concretamente, del deber de actuar con la diligencia objetivamente exigida por la naturaleza del acto médico que se ejecuta, según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

⁴⁹ Luis González Morán (op. cit., p. 66) refere que “la imputabilidad incluye una capacidad por parte del sujeto para comprender la antijuridicidad lo injusto, lo ilícito de su conducta y la posibilidad de actuar em consecuencia, es decir, para evitarla; en la base de la imputación está el principio de que tal violación del ordenamento hubiera podido evitarse con un comportamiento ajustado a las normas y al infractor se le imputa tal incumplimiento y se le imponen las consecuencias del mismo porque con una conducta adecuada se hubiera podido cumplir el contrato, dar satisfacción al interés del acreedor, y respetar la norma general del comportamiento”.

⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, op. cit., p. 930; TARTUCE, Flávio, op. cit., p. 341

deixe de agir com a agilidade que lhe era esperada.⁵¹

A imperícia decorre da falta de aptidão técnica ou habilidade para a realização de uma atividade específica. É o que ocorre, por exemplo, com médico que, por falta de habilidade, realiza erroneamente a técnica de incisão⁵².

Por fim, a imprudência⁵³ é a prática do ato sem a observância da cautela necessária e recomendada para tanto. Ela resulta do ato impregnado de intempestividade, precipitação, insensatez, impulsividade.⁵⁴

Nos termos do Código Civil, respectivamente, no âmbito extracontratual e contratual, a culpa é aferida de acordo com a “*diligência do bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso*”⁵⁵. Ante a ausência de norma específica, aplica-se à responsabilidade civil médica o preceito, moldando-o de forma que a culpa médica será aferida de acordo com o padrão de conduta exigível ao profissional médio⁵⁶⁻⁵⁷, diante das

⁵¹ MELO, Nehemias Domingo de, *Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 99.

⁵² GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, op. cit., pp. 930; TARUCCO, Flávio, op. cit., p. 341

⁵³ Como bem exposto por Nehemias Domingos de Melo (op. cit., p. 98), “médicos prudentes são aqueles que, conhecendo os resultados da experiência e também as regras que desta se extraem, agem antevendo o evento que deriva de uma determinada ação, tomando depois as cautelas aptas e necessárias a evitar o insucesso da empreitada”.

⁵⁴ FRANÇA, Genival Veloso de, op. cit., pp. 255.

⁵⁵ Art. 487º, nº 2 do CC.

⁵⁶ PEDRO, Rute Teixeira, op. cit., p. 128.

⁵⁷ Carla Gonçalves (*A responsabilidade civil médica: um problema além da culpa*, vol. 14, Coimbra, 2008, p. 22) assevera que “o bom pai de família não é um sujeito irrepreensível, que está acima do bem e do mal; pelo contrário, o grau de diligência exigido pela lei corresponde ao comportamento de um homem normal (ou de um bom cidadão), face às circunstâncias concretas”. Tece conceito similar ao médico normal, considerando que este também não se encontra escape de cometer erros. Ressalta, ainda, que “se tivermos em conta que a humanização da medicina subtraiu do médico o estatuto de semi-Deus que outrora lhe fora reservado havemos também de reconhecer que este processo acabou por colocar em cheque a própria falibilidade dos profissionais de saúde, passando a ser mais fácil admitir que o médico – assim como todo e qualquer profissional – não está livre de cometer determinados erros, no exercício de sua profissão”.

circunstâncias do caso concreto, com os mesmos meios físicos, circunstâncias e qualificação profissional na data do fato.

Ainda, na aferição de culpabilidade na seara médica, deve-se atentar se houve a observância pelo profissional da *leges artis medicinae*⁵⁸, que consiste num conjunto de regras e princípios profissionais, adotados pela ciência médica, num dado momento histórico, para casos semelhantes ao ocorrido, que poderão ser ajustados, obviamente, às situações concretas em análise.⁵⁹

⁵⁸ José Manuel Fernández Hierro (op. cit, p. 221) assevera que “en definitiva la lex artis parece un parámetro de conducta más que una concreción de los deberes ya que de no entenderlo de esta forma nos encontraríamos con una especie de norma en blanco con el peligro que tal tipo de actuaciones tienen [...]. En cuanto a la lex artis ad hoc sí ha habido una cierta mayor concreción aunque señalando ya de entrada, que se trata de un regla de medición de conducta a tenor y en función de las normas de la profesión médica. En definitiva la lex artis es algo parecido a la elección del buen profesional como parámetro ideal – que no real – de conducta (ya que parafraseando a Tunc se podría decir que el buen profesional nunca comete un error, nunca llega tarde a una cita, nunca se olvida de un dato que se le ha confiado, etc., lo cual evidentemente choca de manera frontal con las más palmarias realidades de la vida cotidiana)”. Luis Martínez-Calcerrada (*Derecho Medico*, Madrid, 1986, p. 12) acrescenta que “en la medicina es una verdade apodictica “cada acto, una Ley”, en la idea de que cada acto médico precisa para su adecuado ajuste de corrección – es decir, para valorar tanto el elemento causal, autor y diligencia desplegada, como el efecto o fin obtenido, resultado de dicho acto em el paciente/sociedad – la preexistencia de una lex que así lo juzgue, o, incluso, y en razón de la peculiar gestación de éste em relación com aquél, se podría hasta opinar que es el mismo acto el que genera, por una especie de mecanismo de autorregulación, su propia Ley, con la que, indefectiblemente, habrá de enjuiciarlo. De todas esas manifestaciones se subraya la singularidad de la responsabilidad”. Aponta, ainda, que (*Derecho Tecnológico, La nueva Inseminación Artificial*, Ed. Central de Artes Gráficas, S.A., Madrid, 1989, pp. 473-474) a *lex artis* “es el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina – ciencia o arte médica – que tiene em cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del actor; y em su caso, de la influencia em otros factores endógenos – estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de lamisma organización sanitaria -, para calificar dicho acto de conforme o no com la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigências o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y em particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado”.

⁵⁹ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. *Responsabilidade Civil por Erro Médico*:

Trata-se do pressuposto mais complexo de responsabilidade civil. No âmbito do presente trabalho, vislumbro a possibilidade de existência de culpa mediante conduta negligente e imprudente na manutenção dos embriões excedentários, que culminará com a responsabilização da Clínica pela atuação culposa de seus agentes, quando presentes os demais pressupostos legais.

Será negligente quando, por exemplo, mediante omissão, deixar o médico e a Clínica de adotarem condutas que visem prevenir a ocorrência de danos aos embriões excedentários criogenizados.

A imprudência estará presente quando, por exemplo, no processo de criogenização o médico não observar os cuidados necessários para tanto, que venha a causar danos aos embriões.

3.2 CONSERVAÇÃO DOS MATERIAIS BIOLÓGICOS E EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

O processo de criogenização e armazenamento, tanto dos materiais biológicos quanto dos embriões excedentários, conforme previsto pela legislação especial, incumbirá à Clínica de reprodução assistida.

São deveres da Clínica, legalmente estabelecidos, o armazenamento eficiente dos materiais biológicos e embriões pelo prazo, respectivamente, de cinco e de três anos, prorrogáveis por igual período à pedido dos beneficiários e dependentes da assunção de responsabilidade pelo diretor da Clínica.

Nestes termos, deverá a mesma assegurar o eficiente armazenamento dos mesmos, bem como a correta e necessária manutenção dos mesmos pelo prazo legal. Deverá, ainda, observar os métodos necessários que garantam a viabilidade dos mesmos, caso decidam os beneficiários utilizá-los em nova implantação.

A responsabilidade das Clínicas abrange tanto a correta

manutenção, quanto o armazenamento dos materiais biológicos e embriões que estiverem sob sua tutela. Assim, caso ocorram danos à eles, decorrentes de conduta culposa dos agentes ou da ausência de cuidados que se façam necessários, que acarretem a inviabilidade ou perda dos mesmos, deverá a Clínica ser civilmente responsável e compelida a indenizar os beneficiários pelos danos que venham a sofrer.

3.3 DESTINAÇÃO DOS MATERIAIS BIOLÓGICOS E EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

A legislação pátria, como já mencionado anteriormente, admite a possibilidade expressa da destinação dos materiais biológicos e dos embriões excedentários à posterior utilização pelos beneficiários; doação para terceiros beneficiários; e doação para investigação científica.

Independentemente do destino que os beneficiários escolham, bem como se se trata de material biológico ou de embriões excedentários, é necessário o consentimento livre, esclarecido, expresso e escrito dos mesmos colhidos pela Clínica.

Assim, é dever do médico tanto prestar todas informações necessárias para a obtenção do consentimento quanto respeitar a decisão que os beneficiários venham a tomar relacionado ao seu destino.

Em caso de descumprimento deliberado da destinação determinada, por exemplo, mediante doação de embriões para a investigação científica quando os beneficiários não outorgaram a autorização prévia para tanto, culminará com a responsabilidade civil da Clínica.

Por fim, deverão ser devidamente observados pelo diretor da Clínica os prazos legalmente estabelecidos para descongelamento e descarte material biológico e dos embriões. Assim, no primeiro caso, passados 5 anos quando silente os beneficiários quanto ao pedido de prorrogação, ou 10 anos se requerido e

deferido pela Clínica, quando negada autorização de doações, poderá o diretor da Clínica determinar o descongelamento e descarte do material. Ainda, quando consentida a doação pelos beneficiários, se não forem efetivamente utilizado em pesquisa nos 10 anos subsequentes ao momento da criopreservação, poderá, também, determinar o descongelamento e descarte do material.

Tratando-se especificamente de embriões excedentários, passados 3 anos quando silente os beneficiários quanto ao pedido de prorrogação, ou 6 anos se requerido e deferido pela Clínica, quando negada autorização de doação dos embriões, poderá o diretor, mediante comunicação prévia do Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida, determinar o descarte dos mesmos.

Caso tenham os beneficiários consentido a doação, se esta não ocorrer no período de 6 anos subsequentes ao momento da criopreservação, os embriões também poderão ser descongelados e eliminados pelo diretor da Clínica.

O descarte em prazo inferior ao previsto poderá – e deverá, diante das circunstâncias do caso concreto e do evidente dano que pode acarretar aos beneficiários, quando desejam nova implantação – caracterizar a responsabilidade civil da Clínica, porquanto presentes os pressupostos para tanto.

4. CONCLUSÕES SINTÉTICAS

Não restam dúvidas acerca da possibilidade de responsabilização das Clínicas de reprodução medicamente assistidas nos casos em que evidente o descumprimento dos ditames legais ou afronta direta aos termos do contrato encetado com os beneficiários.

Neste sentido, diante de conduta culposa do médico ou de outros funcionários que se encontrem sob sua autoridade, e presentes os demais pressupostos da responsabilidade civil previstos na legislação civil, caberá à Clínica a indenizar os

beneficiários dos danos que vierem a sofrer.

Ainda, será responsabilizada pela incorreta manutenção e preservação dos materiais biológicos ou embriões excedentários que se encontrarem sob sua tutela e acarretem na inviabilização da utilização dos mesmos, bem como pela ausência de consentimento ou destinação diversa da consentida pelas partes.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARRA, Kylie Michelle Cardoso, *O ônus da prova na Responsabilidade Civil Médica.*, Dissertação (Mestrado em Direito – Ciências Jurídico-Forenses) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014, 149 f.
- BORON, Walter F. Boron e BOULPAEP, Emile L. *Fisiologia Médica*, tradução Daniella do Carmo *et al.*, 2 ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.
- CAPELLA, Vicente Bellver, *El estatuto del embrión: cuestiones filosóficas y jurídicas*, in *Bioética personalista: ciencia y controversias*, Madrid: Tribuna Siglo XXI, 2007, pp. 177-200.
- DIAS, João Álvaro. *Procriação assistida e responsabilidade médica*, In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1996.
- FRANÇA, Genival Veloso de, *Direito Médico*, 11^a ed. ver., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil: volume único*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GONÇALVES, Carla. *A responsabilidade Civil Médica: Um*

- problema para além da culpa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- HIERRO, José Manuel Fernandés. *Sistema de Responsabilidad Médica*, 3ª ed., Granada: Comares, 2000.
- LOPEZ, Joaquín Ataz. *Los médicos y la Responsabilidad Civil*. Madrid: Montecorvo, 1985.
- MARTINEZ-CALCERRADA, Luis, *Derecho Medico*, Madrid, 1986.
- _____. *Derecho Tecnológico, La nueva Inseminación artificial*, Ed. Central de Artes Gráficas, S.A., Madrid, 1989.
- MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*. 2. Ed – São Paulo: Atlas, 2013.
- MORÁN, Luis González. *La responsabilidad civil del médico*. Barcelona: Bosch, 1990.
- PEDRO, Rute Teixeira. *A responsabilidade Civil do Médico: Reflexões sobre a noção de perda de chance e a tutela do doente lesado*. V. 15, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Responsabilidade civil dos médicos: danos hospitalares – alguns casos da jurisprudência*, In Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4, nº 7 (JAN/JUN), Coimbra: Coimbra Editora, p. 53-67.
- RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. *Responsabilidade Civil por Erro Médico: esclarecimento/consentimento do doente*, In Data Venia, Ano 1, nº 1, Julho – Dezembro, 2012, p. 06-26
- SOLÍS, Luis Santamaría, *Técnicas de reproducción asistida*, In Bioética personalista: ciencia y controversias, Madrid: Tribuna Siglo XXI, 2007, pp. 201-222.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. *Sobre o ônus da prova nas acções de responsabilidade civil médica*. In: AA. VV., *Direito da Saúde e Bioética*. Lisboa: AAFDL, 1996, p.121-144.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*, 7ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017.