

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CLÍNICAS DE REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA: UM PANORAMA LUSO-BRASILEIRO

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 e brasileira que regem o assunto. Ainda, serão devidamente analisados os pressupostos 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 nos casos de danos causados aos pacientes.

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.

Palavras-Chave: Reprodução medicamente assistida. Inseminação artificial. Fecundação *in vitro*. Proteção dos embriões. Responsabilidade Civil do Médico e da Clínica. Responsabilidade Subjetiva. Responsabilidade Objetiva.

Sumário: 1. Reprodução Medicamente Assistida; 1.1 Reprodução Intra e Extracorpórea; 1.1.1 Técnicas de Reprodução Intra-corpórea; 1.1.2 Técnicas de Reprodução Extracorpórea; 1.2 Proteção destinada aos embriões; 2. Legislação portuguesa sobre reprodução medicamente assistida - breves apontamentos sobre a Lei nº 32/2006; 3. Legislação brasileira sobre reprodução medicamente assistida – breves apontamentos sobre a Lei de Biossegurança e a Resolução 2168 do CFM; 4. Responsabilidade Civil das Clínicas de Reprodução Medicamente Assistida; 4.1 Pressupostos da Responsabilidade Civil; 4.1.1 Conduta; 4.1.2 Ilicitude; 4.1.3 Dano; 4.1.4 Nexo de Causalidade; 4.1.5 Culpa; 4.2 A responsabilidade civil das CRMA no Direito Brasileiro; 4.3 A responsabilidade civil das CRMA no Direito Português; 5. Conclusões Sintéticas.

1. REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA



fecundação, em linhas gerais, é o processo biológico natural pelo qual as gametas masculino e feminino 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

² Os gametas masculinos traduzem-se nos espermatozoides.

sofisticadas técnicas de fertilização *in vitro*³. Assim, os métodos de reprodução assistida consistem em técnicas de fecundação artificial.

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

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

A primeira modalidade 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 segunda modalidade se consubstancia na utilização de gameta de terceiro que, via de regra, não é participante na relação conjugal.

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

1.1 REPRODUÇÃO INTRA E EXTRACORPÓREA

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

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

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

organismo feminino e introdução do próprio embrião no sistema reprodutivo feminino.

1.1.1 TÉCNICAS DE 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 TÉCNICAS DE 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 a vida. Considera o embrião como uma pessoa potencial, estendendo a ele

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.

toda 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 PORTUGUESA SOBRE REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA – BREVES APONTAMENTOS SOBRE A LEI N. 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 outras¹⁹.

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 técnicas²⁰.

No tocante às proibições, a legislação pátria veda a possibilidade de clonagem reprodutiva; a utilização para melhora de

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 Artigo 4º, nº 2 da Lei 32/2006.

²⁰ Artigo 6º, nº 1 e 2 da Lei 32/2006.

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 baixo²¹.

Ainda, proíbe-se a compra e venda de óvulos, sêmen, embriões ou qualquer material biológico decorrente da aplicação da reprodução medicamente assistida²².

2.1. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA – BREVES APONTAMENTOS SOBRE A LEI DE BIOSSEGURANÇA E A RESOLUÇÃO 2168 DO CFM

No Brasil, a reprodução medicamente assistida rege-se tanto pela Lei de Biossegurança Nacional (Lei n. 11.105/2005) quanto pela Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina.

As técnicas de RA, à priori, poderão ser aplicadas em mulheres com idade máxima de 50 anos. Excepciona-se o limite etário às situações em que o médico, fundamentadamente, basear-se em critérios técnicos e científicos que comprovem a ausência de comorbidades da mulher e após o esclarecimento efetivo dos riscos envolvidos, tanto para a paciente quanto para os descendentes gerados da intervenção, respeitada a autonomia da vontade.

Assim como a legislação portuguesa, prevê-se a possibilidade de adoção da técnica de RA por casais homoafetivos, bem

²¹ Artigo 7º da Lei 32/2006.

²² Artigo 18º da Lei 32/2006.

como por mulheres solteiras. Ainda, admite-se a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade²³.

A doação de gametas e embriões é possível, resguardado o sigilo da identidade dos receptores e doadores. A Resolução do CFM fixa limite etário para a viabilidade de doação dos gametas, sendo de 35 anos para mulher e 50 anos para o homem.

A referida Resolução dispõe, ainda, acerca da possibilidade de utilização dos embriões *post mortem*, desde que autorizado previamente pelo falecido da utilização do material biológico criopreservado e em consonância com a legislação vigente.

Por fim, permite-se a gestação de substituição, devendo o útero cedente pertencer à família de um dos parceiros, em parentesco consanguíneo até o quarto grau.

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; a venda ou comercialização, de qualquer tipo, de material biológico; a destruição ou descarte no meio ambiente de organismos geneticamente modificados e de seus derivados.

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

A Lei de Biossegurança criou, para a fiscalização das atividades ligadas à pesquisa e prática das técnicas descritas na legislação, órgãos e entidades próprias.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

²³ Item 3, II, da Resolução 2.168/2017 do CFM. Considera-se gestação compartilhada aquela em que o embrião obtido a partir da fecundação do oócito de uma mulher é transferido para o útero da parceira.

A responsabilidade civil é instituto comum à ambos os ordenamentos jurídicos²⁴. Consubstancia-se, basicamente, na responsabilização de uma pessoa pelos atos voluntários praticados que causem dano a outrem²⁵⁻²⁶.

Admite-se, em ambos ordenamentos, a existência da responsabilidade subjetiva e objetiva, a depender do caso em concreto. A responsabilidade civil subjetiva trata dos casos em que indispensável a existência da conduta culposa, ao menos, do agente. A responsabilidade objetiva, por seu turno, dispensa a comprovação da existência de culpa para gerar a obrigação de indenizar.

Cumprе ressaltar que, em ambos ordenamentos, a responsabilidade objetiva, ou seja, sem existência de culpa, é a exceção, sendo admitida somente nos casos em que a lei expressamente a preveja²⁷.

4.1 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

²⁴ Artigos 483 e seguintes do Código Civil Português e artigos 927 e seguintes do Código Civil Brasileiro.

²⁵ 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.

²⁶ 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 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”.

²⁷ Conforme disposição expressa do artigo 483, nº 2 do Código Civil Português.

Os pressupostos para a responsabilização²⁸ civil dos médicos e das clínicas serão os mesmo da responsabilidade civil geral, com algumas especificidades que serão oportunamente analisadas.

Ambos ordenamentos jurídicos fixam os mesmos elementos indispensáveis à responsabilização civil. São eles: conduta humana voluntária, ilicitude, dano, nexos de causalidade e culpa²⁹⁻³⁰.

3.1.1 CONDUTA

A conduta³¹, primeiro dos pressupostos para a configuração da responsabilidade civil³², nada mais é que a prática de

²⁸ André Gonçalo Dias Pereira (*Responsabilidade civil dos médicos: danos 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 nexo de imputação, que abrange a imputabilidade e a culpa que se subdivide em dolo ou negligência; (4) o nexo 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).

²⁹ 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 nexo de causalidade entre aquele incumprimento, ou cumprimento defeituoso, e os danos sofridos pelo doente”.

³⁰ A culpa, aqui, deverá ser entendida no sentido lato. Assim, abrange tanto o dolo como a culpa no sentido estrito.

³¹ 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”.

³² José Manuel Fernández Hierro (*Sistema de Responsabilidad Médica*, 3ª ed., Comares, Granada, 2000, p. 67) acredita que “cualquier acto u omisión humana voluntaria

um fato, comissivo ou omissivo, voluntário e controlável pelo agente, que venha a causar dano à outrem³³.

A apuração da conduta, especificamente no caso das clínicas de reprodução, ocorrerá mediante a atuação dos médicos e demais profissionais 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) ou omissão (falta de realização dos mesmos, quando era esperado e aconselhável que o fizesse), 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 cause danos ou inviabilize 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, não basta a comprovação de uma ação voluntária. É necessário, ainda, que essa ação também seja censurável pelo ordenamento jurídico pátrio.

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 responsabilidad civil no bastará esta sola premisa, sino que deberán rellenarse las demás antes enumeradas”.

³³ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, pp. 339.

A ilicitude da conduta³⁴ poderá decorrer da violação de 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 âmbito³⁵.

O ato médico estará eivado de ilicitude quando verificada a inobservância da *legis artis*³⁶, de normas legais, regulamentares ou estatutárias cumulada com o resultado nefasto no quadro clínico do paciente³⁷.

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 os embriões ou material biológico criogenizados.

³⁴ Luis González Morán (*La responsabilidad civil del médico*, Barcelona: Bosch, 1990, p. 57) afirma que “la antijuridicidad puede brotar del incumplimiento de una obligación previamente pactada inter partes o del incumplimiento del deber general de *neminem laedere*, principio universal de comportamiento: 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”.

³⁵ 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.

³⁶ Conjunto de regras e recomendações médicas a serem observadas para a prática de alguns atos.

³⁷ 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.

Vislumbra-se a ilicitude da conduta, exemplificativamente, mediante a inobservância da *legis artes* durante o procedimento, bem como das recomendações técnicas para a 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 expresso exigidos pela legislação especial de ambos os países.

3.1.3 DANO

O dano³⁸ consubstancia-se no prejuízo resultante da conduta voluntária e ilícita, na violação de um interesse, bem ou direito 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 injusto³⁹.

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

³⁸ 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.

³⁹ BARRA, Kylie Michelle Cardoso, op. cit., p. 24-25.

vida⁴⁰.

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.

Admite-se a existência de três teorias distintas acerca do nexo de causalidade, quais sejam: a) Teoria da *Conditio sine qua non*, que considera causa toda e qualquer circunstância que, de alguma forma, tenha concorrido para a produção do dano⁴¹⁻⁴²; b) Teoria da última condição ou de causa próxima, para a qual causa é a que está mais próxima cronologicamente do dano⁴³; e

⁴⁰ DIAS, João Álvaro. *Procriação assistida e responsabilidade médica*, In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1996, pp. 388-389.

⁴¹ MELO, Nehemia Domingos de, *Responsabilidade Civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2013, p. 48); TARTUCE, Flávio, *Manual...*, cit., pp. 346; NADER, Paulo, *Curso...*, cit., pp. 158.

⁴² Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde (*Causalidade e imputação objectiva na teoria da responsabilidade civil: a sobreposição das concepções normativas*, In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010. - 3.v., pp.190-191) aponta algumas críticas tecidas à teoria em tela, porquanto “em alguns casos, alarga em demasia a responsabilidade, estendendo-a a danos que não podem com razoabilidade ser imputados ao facto, de que seriam exemplo certas intervenções dolosas de terceiros. Noutros, para ser consequente, tem que a excluir, embora indevidamente, como sucede com os referidos processos de causalidade cumulativa (dita, por vezes, alternativa, conceito que, contudo, se deve preferivelmente reservar aos casos de autoria incerta), em que a supressão em abstracto de qualquer das condutas não impedia a subsistência do evento lesivo, razão pela qual, em rigor, nenhum dos autores seria responsável”.

⁴³ BARRA, Kylie Michelle Cardoso, *O ônus...*, cit., p.27

c) Teoria da causalidade adequada, adotada tanto pelas legislações portuguesa⁴⁴ e brasileira, para a qual será considerada causa o antecedente necessário e adequado à produção do resultado.⁴⁵⁻⁴⁶

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 é a culpa⁴⁷-- na realização da conduta,

⁴⁴ Art. 563 do CC Português.

⁴⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, *Manual...*, cit. pp.903; TARTUCE, Flávio, *Manual...*, cit., pp. 346; NADER, Paulo, *Curso...*, cit., pp. 160..

⁴⁶ No Direito Espanhol, segundo Luis González Morán (*La responsabilidad...*, cit., pp. 126 e ss.lç.1.-), existem duas teorias principais acerca do nexo de causalidade, quais sejam: Teoria da proximidade da causa e Teoria da equivalência das condições, as quais irão se desdobrar em outras teorias conhecidas, como, por exemplo, a teoria da causalidade adequada.

⁴⁷ André Gonçalves 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.

geradora do dano. Não irei tratar do dolo porquanto raramente o médico ou demais profissionais da clínica agirão com a intenção deliberada de causar danos aos beneficiários^{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 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,

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 propio 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

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

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 Português, 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 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*

⁵² GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, op. cit., pp. 930; TARUCCI, 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”.

*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

Trata-se do pressuposto mais complexo de responsabilidade civil. No âmbito do presente trabalho, vislumbro a

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. Em 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 apodíctica “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 en 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: esclarecimento/consentimento do doente*, In *Data Venia*, Ano 1, nº 1, Julho – Dezembro, 2012, p. 17.

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 venham a causar danos aos embriões.

Assim, no sistema jurídico português, 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.

3.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CRMA NO DIREITO BRASILEIRO

Como visto, a responsabilidade subjetiva é a regra adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, aplicada a responsabilidade objetiva nos casos em que a atividade, diante da própria natureza, cause risco aos direitos de terceiros⁶⁰ e demais casos em que a legislação prever, como, por exemplo, ocorre no Código de Defesa do Consumidor.

Detrai-se do artigo 20 da Lei de Biossegurança disposição expressa no sentido de que os responsáveis pelos danos causados ao meio ambiente, decorrente do descarte de material biológico em dissonância com as regras estabelecidas, ou à terceiros responderão, de forma solidária e objetiva, pela sua indenização ou reparação integral.

⁶⁰ Teoria do risco – art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

Assim, conclui-se que, para a responsabilização civil das clínicas de reprodução assistida, dispensa-se a comprovação da culpa do médico ou outro profissional na conduta ou omissão geradora do dano.

Os demais pressupostos, no entanto, continuam sendo necessários e a sua prova recaem, salvo inversão do ônus deferida pelo juiz, aos pacientes. Devem, portanto, comprovar a existência da conduta ilícita, do dano e do nexo de causalidade existente para fazerem jus à indenização ou reparação pleiteadas.

Ressalta-se que, presentes as causas clássicas de excludentes legais de responsabilidade (caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima), é plenamente possível a isenção da responsabilidade da Clínica.

Por fim, também se afigura possível a possibilidade de redução da condenação quando a vítima/paciente concorrer para a produção do resultado danoso.

3.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CRMA NO DIREITO PORTUGUÊS

Por outro norte, a legislação especial portuguesa queda silente quanto à responsabilidade objetiva das clínicas de reprodução assistida e dos profissionais que realizarem os procedimentos.

Diante da inexistência de previsão expressa no sentido da dispensa da comprovação de culpa, deverá ser aplicada a regra geral estatuída no Código Civil Português, ou seja, deverá admitir-se a necessidade da comprovação de culpa por parte dos profissionais ou da pessoa jurídica para que seja possível a indenização.

Recairão, portanto, sobre os pacientes lesados o ônus da prova acerca de todos os pressupostos para a responsabilidade civil da clínica, quais sejam, a conduta ilícita, o dano, o nexo de causalidade e a culpa *lato sensu*.

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, em Portugal, 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 indenizar os beneficiários dos danos que vierem a sofrer.

Em sentido diferente, no Brasil, há expressa disposição legal acerca da responsabilidade objetiva no âmbito da Reprodução Assistida e demais casos abarcados pela Lei de Biossegurança.

Assim, a condenação na reparação do dano ou indenização independe da existência de culpa por parte da clínica ou de seus funcionários, devendo ser deferida nos casos em que restarem comprovadas a conduta, o dano e o nexo de causalidade entre eles.

Não obstante, presentes as situações em que se verificarem as excludentes de responsabilidade legalmente estabelecidas (tais como caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima, etc.), poderá a Clínica eximir-se da responsabilidade.



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*, 3^a 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.