



RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO QUANDO A CRIANÇA GERADA POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA NASCE COM ANOMALIA CONGÊNITA

Amanda Manica Brendaaglia¹, Celina Rizzo Takeyama²

RESUMO: A medicina muito avançou nos últimos tempos e um dos ramos de grande desenvolvimento é a reprodução assistida. Diversas técnicas foram desenvolvidas com a finalidade de oferecer àqueles que não conseguiam prover filhos da maneira natural, a chance de fazê-lo com intervenção médica. Porém há estudos que demonstram uma maior incidência de anomalias congênitas em crianças geradas por reprodução assistida. Embora não haja comprovação cabal do nexo entre esses dois fatos, é certo que configura-se um risco a se considerar. Então, caso haja prova da culpa do médico responsável pela reprodução assistida no resultado anomalia congênita, este deverá responder civilmente perante a criança gerada e a família por danos materiais e morais causados. Com a finalidade de estabelecer os contornos desta responsabilização, analisou-se o tipo de relação existente entre o médico e o paciente – que é peculiar, ante o objeto contratual – para se chegar à responsabilidade do médico por eventual anomalia congênita em uma criança gerada através de reprodução humana assistida. Para tanto, utilizou-se o método bibliográfico e concluiu-se que a relação médico-paciente é uma relação contratual, de meio, em que se aplica o Código de Defesa do Consumidor, tendo, por conseguinte, o paciente todos os direitos lá elencados, tais como a inversão do ônus da prova e o direito à informação. Apesar de aplicar-se o CDC, a responsabilidade civil do médico não é objetiva, haja vista que ele é profissional liberal, enquadrando-se na regra do artigo 14, § 4º deste Códex. Assim, há necessidade de configuração da culpa para surgir o dever de indenizar. Contudo, de acordo com a jurisprudência pátria dominante, deve haver inversão do ônus desta prova, de forma que para que a vítima seja indenizada, basta que ela comprove a ação ou omissão, o nexo causal, e o dano, cabendo ao médico a demonstração de que não agiu com culpa, vale dizer, que observou estritamente os procedimentos médicos preconizados ao caso em questão, para só então evitar a sua responsabilização. Presentes estes elementos, surge ao médico o dever de reparar integralmente os danos a que deu causa, sejam eles materiais, morais, ou estéticos e sejam eles causados à criança ou aos familiares dela em ricochete.

PALAVRAS-CHAVE: Anomalia congênita. Reprodução humana assistida. Responsabilidade civil do médico.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a responsabilidade civil do médico responsável pela reprodução assistida quando a criança gerada nasce com algum tipo de anomalia congênita, gerando, por conseguinte, enorme frustração para a família e sequela irreversível à criança.

Estas consequências desastrosas causam dentre outras formas de danos enorme abalo psicológico, violando os direitos da personalidade tanto da criança quanto da família, aos quais deve ser assegurado alguma proteção jurídica nesta relação contratual.

Para tanto serão analisadas a relação médico-paciente, o tipo de obrigação, de meio ou de fim, a modalidade de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, de quem seria o ônus da prova acerca de potencial erro médico, e, por fim, se há a responsabilidade do médico nos casos da criança gerada por alguma das técnicas de reprodução assistida nascer com anomalia.

Tudo isto torna-se de suma importância, diante do fato de que a República Federativa do Brasil adota como um dos seus fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana, que impõe ao Estado o dever de zelar pela tutela da pessoa humana em todas as suas esferas, seja ela física, psíquica ou mesmo moral. Ademais, como corolário deste princípio, adota, ainda o princípio da reparação integral, de forma que é imprescindível analisar os aspectos mais relevantes da responsabilidade civil do médico no caso de reprodução assistida, para que ela possa ser melhor aplicada pelo operador do direito.

2 MATERIAL E MÉTODOS

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Paranaense – UNIPAR, Campus Paranavaí – PR. amandabrendaglia@hotmail.com.

² Professora dos Cursos de Graduação em Direito do Centro Universitário Cesumar – UNICESUMAR, Maringá-PR, e da Universidade Paraense – UNIPAR, Paranavaí – PR. Departamento de Direito. celinarizzo@ig.com.br



Utiliza-se o método bibliográfico, com pesquisas em livros e periódicos jurídicos, atinentes ao tema da responsabilidade civil e da reprodução humana assistida. Faz-se, ainda, de forma aleatória, uma breve análise jurisprudencial, a partir de julgados dos tribunais pátrios, com especial destaque para o Superior Tribunal de Justiça, sem, contudo, ter-se a pretensão de esgotar a pesquisa jurisprudencial, mas apenas com a intenção de colher decisões que contribuam para o aprofundamento das discussões propostas nesta pesquisa.

3 RESULTADOS E DISCUSSÕES

No Brasil não há legislação regulamentando a matéria de reprodução assistida, mas apenas a Resolução nº 2.013 de 2013 do Conselho Federal de Medicina. Referida resolução não tem força de lei, voltando-se ao intuito de regulamentar a conduta ética de seus membros.

A ciência muito avançou nos últimos tempos, e um dos marcos deste avanço foram as evoluções das técnicas de reprodução humana assistida³, que deram àqueles pais que não conseguiam ter filhos de forma natural uma nova chance de realizar o projeto parental.

Reprodução humana assistida é conceituada como:

Por reprodução humana assistida (RHA) entende-se qualquer ajuda oferecida a um casal com o objetivo de possibilitar que satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade. Essa intervenção pode ir desde o simples aconselhamento sobre o momento mais apropriado do ciclo menstrual para o casal manter relações sexuais, até a utilização de técnicas laboratoriais altamente sofisticadas que permitam a fertilização de um óvulo por um único espermatozoide. (MARCIA DE FREITAS)

Porém, mesmo diante de tamanho avanço científico não há controle sobre a vida, sendo os conhecimentos técnicos limitados. Nesta linha, destaca-se, que existem estudos científicos, que verificam maior incidência de anomalias congênitas nas crianças geradas através de reprodução assistida (EDILBERTO ARAÚJO FILHO). Anomalia pode ser conceituada como “uma condição determinada por fatores causais que atuam antes do nascimento, cuja expressão clínica inclui defeitos em um ou mais órgãos, que podem ser estruturais ou funcionais” (LEANDRO VALIM DOS REIS apud CRISTIANA ARAÚJO GUILLER). Mesmo sendo estes resultados não definitivos, há de se considerar referida incidência.

Isso posto, mesmo não havendo comprovação da culpa do médico sobre a incidência destas anomalias, há de se considerar seu grau de responsabilidade neste procedimento, motivo pelo qual far-se-á a análise da relação médico-paciente.

Conforme explica Silvio de Salvo Venosa (2015, p. 148) não há como garantir o sucesso do tratamento, mas apenas o uso adequado das técnicas; diligência do profissional médico e da perícia, tudo buscando lograr êxito. Ou seja, utilizando-se de tudo o que tiver disponível para tanto, não podendo garantir a cura. Trata-se, pois, de uma obrigação de meio (tratamento) e não de resultado (cura).

Insta, definir que a relação médico-paciente, primeiramente é, em regra, contratual (GONÇALVES, 2014, p. 336), e no caso da reprodução assistida não há que se falar em exceção à regra, haja vista que antes do procedimento há todo um relacionamento entre as partes, onde são analisados desde os motivos da infertilidade, até o lado psicológico dos pacientes, para, só então, haver a intervenção médica. Neste meio tempo deve haver a assinatura do contrato de prestação de serviços pelo qual o médico compromete-se a aplicar determinada técnica de reprodução assistida, onde devem estar discriminados todos prós e contras do tratamento, e o paciente por sua vez consente em tomar certos cuidados, precauções, toma ciência dos riscos e os assume. É o chamado termo de consentimento informado.

Venosa (2015, p. 149/150) explica que a relação médico-paciente é ainda enquadrada como relação de consumo, embora não se caracterize perfeitamente como tal, o paciente se enquadra no conceito de consumidor (art. 2º da Lei 8.078/90) e o médico como fornecedor de serviços pois somente relações trabalhistas não são abrangidas por referido diploma legal (art. 3º, *caput* e § 2 da Lei 8.078/90).

Como consequência da aplicação do Código de Defesa do Consumidor a esta relação, o paciente recebe todas as proteções previstas neste Códex, salvo a responsabilidade objetiva, posto que, como o médico é profissional liberal, sua responsabilidade é subjetiva dependendo da prova de culpa (art. 14, § 4º da Lei 8.078/90 e art. 951 do Código Civil).

Os médicos têm o dever de informação para com seus pacientes (art. 6º, III da Lei 8.078/90), conforme explica Sérgio Cavalieri Filho “só o consentimento informado pode afastar a responsabilidade civil médica pelos riscos inerentes a sua atividade” (2014, p. 440). Por conseguinte, deve o médico informar o paciente sobre as

³ Podem ser citados, dentre outros os seguintes tipos de tratamento para infertilidade: inseminação artificial, fertilização *in vitro*, injeção intracitoplasmática de espermatozoide, PGD – diagnóstico genético pré-implantacional. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. CFM estabelece novas normas para reprodução assistida. Disponível em: <http://www.cremego.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25413:cfm-estabelece-novas-normas-para-reproducao-assistida&catid=3> Acesso em: 07 de ago. de 2015.)



técnicas disponíveis, as que tem mais chances de sucesso, os efeitos colaterais, os riscos do tratamento e dos medicamentos a serem ministrados, os riscos no caso de insucesso e outros pontos que julgar importantes.

O ônus da prova sobre a prestação de referidas informações pertence ao médico, por isso torna-se ainda mais necessário que o termo de consentimento informado seja feito por escrito, pois o direito à informação está assegurado, conforme anteriormente citado, pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, III) e o ônus da prova de que houve referida prestação de informações poderá recair sobre o médico (art. 6º, VIII).

Em relação a prova da culpa do médico há discussão Venosa (2015, p. 168-172) explica que de acordo com o Código Civil o ônus da prova permanece com o paciente e seus herdeiros, já se aplicado o Código de Defesa do Consumidor o ônus pode ser invertido ante a verossimilhança das afirmações e a hipossuficiência do paciente (art. 6º, VIII da Lei 6.078/90). Ante referida colisão entre normas, há de se aplicar a norma específica, ou seja, o Código de Defesa do Consumidor, este é o posicionamento predominante da jurisprudência brasileira⁴.

Segundo Gonçalves (2014, p. 344) o médico não pode ser responsabilizado por iatrogenia, que consiste em dano imprevisível ou inesperado causado pelo médico ao paciente, sendo uma fatalidade médica, decorrente de desconhecimento científico, por isso mesmo não podendo ser responsabilizado. O mesmo doutrinador aponta, ainda, que o médico poderá ser responsabilizado por culpa, mesmo sendo ela levíssima, desde que o paciente suporte dano, ainda mais quando tratar-se de um especialista (2014, p. 339).

Havendo prova da responsabilidade do médico, provados sua ação ou omissão o dano, o nexo causal, surge como corolário a responsabilidade deste profissional em arcar com a reparação integral dos danos, conforme previsto no *caput* do artigo 944 do Código Civil (princípio da *restitutio in integrum*). Ou seja, deve indenizar não apenas os evidentes danos morais, mas também os estéticos quando forem verificados e os prejuízos materiais consistentes em valores gastos com cirurgias, tratamentos clínicos, psicológicos dentre outros, além de se poder cogitar de danos reflexos, inclusive materiais⁵, sofridos pelos familiares, que sofrerão junto com as crianças e muitas vezes terão que abdicar de suas atividades profissionais e pessoais, para dedicarem-se inteiramente a elas.

4 CONCLUSÃO

Diante disto, verifica-se que o médico responsável pela reprodução humana assistida tem responsabilidade civil sobre eventuais anomalias que a criança vier a ter, com ressalvas, haja vista o fato de a responsabilidade ser subjetiva, ou seja, haver a necessidade da prova da culpa. A relação médico-paciente trata-se de uma relação contratual, consumerista, de prestação de serviços, onde o médico oferece o tratamento que visa a reprodução, não garante o sucesso do procedimento, posto que é uma obrigação de meio, não de resultado. Outro ponto importante é aplicação do Código de Defesa do Consumidor a esta relação, de onde derivam o dever de informação sobre os riscos do tratamento e a inversão do ônus da prova em caso de eventual demanda judicial. Por fim, cabe ressaltar que, caso o médico seja prudente, observe o Código de Ética Médica, a Resolução nº 2.013 de 2013 do Conselho Federal de Medicina, informe seus pacientes, procedendo com zelo, diligência e dando assistência a seu cliente não haverá que se falar em culpa. Concluindo, haverá responsabilidade civil do médico pela anomalia da criança nascida por reprodução assistida caso seja comprovada culpa em seu procedimento, caso em que deverá indenizá-la integralmente, seja por danos morais, materiais ou estéticos, além de indenizar seus familiares pelos danos em ricochete.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO FILHO, Edilberto de et al. Incidência de malformações congênitas em crianças concebidas através de injeção intracitoplasmática de espermatozoides. **Rev. Bras. Ginecol. Obstet.**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 2, p. 81-90, fev. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-72032006000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 ago. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁴ “É possível a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC), ainda que se trate de responsabilidade subjetiva de médico, cabendo ao profissional a demonstração de que procedeu com atenção às orientações técnicas devidas. Precedentes: AgRg no Ag 969015/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 28/04/2011 e REsp 696284/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2009, DJe 18/12/2009.” (AgRg no AREsp 25.838/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2012, DJe 26/11/2012)

⁵ “No caso de sobrevivência da vítima (...) É devida, no caso, aos genitores e irmãos da vítima, indenização por dano moral por ricochete ou préjudice d'affection, eis que, ligados à vítima por laços afetivos, próximos e comprovadamente atingidos pela repercussão dos efeitos do evento danoso na esfera pessoal.” (REsp 876.448/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 21/09/2010)



FREITAS, Marcia de et al. Crianças nascidas após emprego de técnica de fertilização assistida. **Rev. bras. crescimento desenvolv. hum.**, São Paulo, v. 18, n. 3, dez. 2008 . Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822008000300002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 10 ago. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUILLER, Cristiana Araújo; DUPAS, Giselle; PETTENGILL, Myriam Aparecida Mandetta. Criança com anomalia congênita: estudo bibliográfico de publicações na área de enfermagem pediátrica. **Acta paul. enferm.**, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 18-23, Mar. 2007 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21002007000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 14 Ago. 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.