DA POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DE DANO MORAL NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS ENVOLVENDO A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

IMPLICATIONS OF THE POSSIBILITY OF MORAL DAMAGES IN DEALINGS INVOLVING HUMAN ASSISTED REPRODUCTION

Loreanne Manuella de Castro França¹
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador²

RESUMO

O tema da presente pesquisa, “Da possibilidade de incidência de dano moral nas relações negociais envolvendo a reprodução humana assistida”, é caracterizado pela necessidade de se relacionar a ocorrência de dano com os negócios jurídicos celebrados cujo objeto é a reprodução humana assistida, a qual surgiu com o avanço da ciência e da tecnologia médica e biológica em prol do desenvolvimento do ser humano. A problemática do estudo é demonstrada na medida em que, contratada a prestação de serviço médico com fim à realização de reprodução humana assistida, pode ocorrer um adimplemento insuficiente ou defeituoso, o que ensejaria a ocorrência de dano ao paciente. São tecidas breves considerações sobre a reprodução humana assistida, sua classificação e técnicas, assim como um estudo sobre o dano moral e sua incidência na hipótese de prestação de serviços. Por derradeiro, elenca e explica algumas causas que podem dar ensejo à aplicabilidade do dano moral nos procedimentos de fecundação artificial.

PALAVRAS-CHAVE

Dano moral, negócios jurídicos, reprodução humana assistida.

ABSTRACT

The theme of this research, “Implications of the possibility of moral damages in dealings involving human assisted reproduction”, is characterized by the need to relate the occurrence of damage to the legal business agreements whose object is the human assisted reproduction, which emerged with the advancement of science and medical technology and biological for the development of the human being. The problem of the study is demonstrated in that contracted to provide medical service to order the implementation of assisted human reproduction can occur insufficient or defective provision, which would cause the occurrence of damage to the patient. Brief considerations are woven on assisted human reproduction, classification and techniques, as well as a study of the moral damage and its impact in the event of service. At the end, lists and explains some causes that can give rise to the applicability of moral damages to in vitro fertilization procedures.

KEYWORDS

Moral damages, legal business, human assisted reproduction.

1 INTRODUÇÃO

Em face de diversas inovações na sociedade, avanços tecnológicos e globalização, o Direito deve acolher as mudanças nas relações entre pessoas, a fim de que se enquadre no

¹ Mestranda em Direito Negocial pela UEL/PR; especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UEL/PR; loreannemcf@yahoo.com.br.

² Doutora em Direito pela UFPR/PR; mestre em Direito Negocial pela UEL/PR; rita.tarifa@gmail.com.

mundo atual.

Por essas e outras razões, o dano moral foi inserido de forma explícita no Código Civil de 2002, a fim de que não restasse mais dúvidas quanto à sua aplicabilidade nas mais diversas relações jurídicas que causasse prejuízo aos direitos da personalidade do indivíduo ou aos seus valores mais intrínsecos.

De outro vértice, na esfera médica e biológica também ocorreram muitos progressos, como resultado de inúmeras pesquisas e estudos científicos. De forma especial, dentro dessa evolução da ciência e da tecnologia em favor da vida, se podem inserir os estudos da engenharia genética, especialmente quanto aos novos métodos de reprodução humana, com o escopo primordial de ajudar casais estéreis ou inférteis a alcançarem o desejo da maternidade/paternidade.

Ocorre que, para que a pessoa ou casal interessada a se submeter a um procedimento de reprodução humana assistida, um acordo de vontades deve ser celebrado, com uma inclusa obrigação. Tal relação jurídica surge da contratação de um médico, clínica ou hospital que fará o serviço, ou seja, aplicará a técnica de fecundação artificial cabível.

No entanto, como em toda relação obrigacional, a prestação do serviço pode ser passível de falha ou erro, o que pode ter como consequência um prejuízo ou um dano à parte contratante.

Nesse fato surgiu o questionamento central dessa pesquisa, qual seja, a possibilidade de incidência de dano moral nas relações negociais envolvendo a reprodução humana assistida, especialmente em algumas situações pontuais estudadas, tais como: a espécie de obrigação contratada, a falta de informação do paciente, a possibilidade de dano à criança, à gestante e ao casal contratante e a falta de manutenção de características entre o casal paciente e o filho gerado.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Desde a metade do século XX, muitos avanços tecnológicos foram surgindo em favor das “ciências da vida”, notadamente quanto ao início e ao fim de vida humana. Nesse momento, as técnicas de reprodução humana assistida surgiram e foram disseminadas, a fim de que os casais inaptos a gerarem uma vida por si só pudessem realizar o desejo de aumentar suas famílias por meio do nascimento de filhos.

Genival Veloso de França (2001, p. 225) define a reprodução humana assistida como “o conjunto de procedimentos no sentido de contribuir na resolução dos problemas da

infertilidade humana, facilitando assim o processo de procriação quando outras terapêuticas ou condutas tenham sido ineficazes para a solução e obtenção da gravidez desejada”.

Quanto à utilização dos gametas para a fertilização, a reprodução humana assistida é classificada de duas formas, quais sejam, homóloga e heteróloga. A reprodução assistida homóloga, também chamada de interconjugal, é aquela realizada com os gametas do próprio casal, ou seja, o material genético utilizado na formação do embrião é o espermatozoide do marido com o óvulo da mulher. Já a reprodução assistida heteróloga, denominada também de supraconjugal, é a que se efetiva com a utilização de gametas oriundos de terceiros, podendo ser parcial, quando um dos gametas é doado e o outro é de um dos cônjuges ou companheiros, ou total, quando os dois gametas são obtidos por doação (DALVI, 2008, p. 190/193).

De acordo com as lições de Enrique Varsi Rospigliosi (2001, p. 260), há uma terceira forma de realização da reprodução humana assistida, que é a mista, considerada em algumas legislações como uma forma de manipulação genética e em outras como uma variante da técnica heteróloga.

Rospigliosi assim conceitua tal forma de reprodução assistida:

También es llamada confusa, combinada, biseminal o cóctel de semen, es aquella que se realiza mezclando espermias de varios varones con los del marido. Su finalidad, al parecer, estaría dada en el hecho de que sirve para: elevar las probabilidades de que el marido sea el padre, estableciéndose una duda acerca de su paternidad dándole una ilusión, o quizá una esperanza, que fue su esperma, y no el del tercero, el que fecundó el óvulo de su mujer o conviviente (ROSPIGLIOSI, 2001, p. 260).

Válida também a explicação sobre os métodos a serem empregados para que uma reprodução humana assistida seja realizada: a) ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer*), o qual concretiza a ectogênese ou fertilização *in vitro* e é realizado por meio da retirada do óvulo para fecundação com sêmen em proveta, dando origem a um embrião que será inserido no útero; b) GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*), o qual consolida a inseminação artificial e efetiva-se por meio da colocação direta do sêmen na mulher, sem qualquer manipulação externa de óvulo ou embrião (DINIZ, 2008, p. 520).

Em face do conceito e classificações citadas, vislumbra-se que na realização de um procedimento de reprodução humana assistida homóloga, busca-se apenas superar uma deficiência na fecundação, tendo em vista que os gametas empregados são do próprio casal paciente. Isso significa que somente a fecundação ou inseminação é realizada fora do útero, não restando dúvidas quanto à filiação e parentesco.

Maria Helena Diniz (2008, p. 525) apresenta entendimento no sentido de que “a

inseminação artificial homóloga não fere princípios jurídicos, embora possa acarretar alguns problemas ético-jurídicos, apesar de ter o filho componentes genéticos do marido (convivente) e da mulher (companheira)”.

Todavia, afirma que na inseminação artificial heteróloga os problemas jurídicos e morais são maiores, entre eles:

- a) Desequilíbrio da estrutura básica do matrimônio, por contrariá-la no que atina ao pressuposto biológico da concepção, que advém do ato sexual entre pai e mãe. [...]
- b) Possibilidade de transexual ou homossexual pretender que companheira obtenha filho por meio dessa inseminação. [...]
- c) Falsa inscrição no registro civil, ante a presunção legal de que é filho do marido o concebido por meio de inseminação artificial heteróloga durante o casamento, desde que haja prévia autorização do marido. [...]
- d) Dúvida se o homem poderia, livremente, dispor ou ceder seus componentes genéticos [...].
[...]
- f) Introdução numa família de pessoa sem o patrimônio genético correspondente ao do marido, embora tenha 50% do da mãe, o que poderá comprometer a transcendência genética;
- g) Arrependimento do marido após a realização da fecundação artificial, sugerindo o aborto, ou depois do nascimento, gerando infanticídio;
- h) Alegação de que houve adultério da mulher e não a inseminação artificial heteróloga pelo marido enganado [...] (DINIZ, 2008, p. 528/531).

Vislumbra-se que na reprodução assistida heteróloga, por várias razões, a simplicidade relatada sobre a reprodução assistida homóloga não existe.

A reprodução assistida heteróloga envolve várias pessoas ao mesmo tempo, cujas funções, responsabilidades, direitos e reações temos que avaliar com todo cuidado a fim de darmos uma definição mais precisa. Essas pessoas são: a mulher, o esposo (quando existe), o médico, o doador, a esposa do doador (quando existe), o filho que venha a nascer e a sociedade (pessoa moral).

Os autores que defendem a heterorreprodução são concordes em dois pontos de vista: 1. A receptora não deve conhecer a identidade do doador; 2. o doador não deve reconhecer a identidade da receptora.

Isso implica que apenas uma pessoa pode conhecer a identidade de uma e de outro: o médico responsável pela operação, o que faz a eleição do doador, tendo em vista consequências que possam surgir na gravidez e na hígidez do novo ser. Assim, toda responsabilidade recai única e exclusivamente na pessoa do operador (FRANÇA, 2001, p. 226).

Assim, observa-se que várias formas de geração de vida podem advir da realização de reprodução assistida heteróloga, posto que um dos gametas pode ser doado ou até mesmo os dois, ressaltando ainda a possibilidade da gestação em útero alheio (“barriga de aluguel”).

Vencidas essas considerações iniciais sobre a reprodução humana assistida, seus métodos, técnicas e procedimentos, passa-se à análise do dano moral, seu conceito, classificação e fundamentos jurídicos.

3 DA CONCEITUAÇÃO DO DANO MORAL

Elemento essencial para a caracterização da responsabilização civil, o dano é constituído por uma lesão a um interesse jurídico tutelado, de carácter patrimonial ou não, causada por uma ação ou omissão do agente.

Yussef Said Cahali divide o dano em patrimonial e extrapatrimonial, sendo que nessa última qualificação encontra-se inserido o dano moral.

Segundo entendimento generalizado na doutrina, e de resto consagrado nas legislações, é possível distinguir, no âmbito dos danos, a categoria dos danos patrimoniais, de um lado, dos danos extrapatrimoniais, ou morais, de outro; respectivamente, o verdadeiro e próprio prejuízo econômico, o sofrimento psíquico ou moral, as dores, as angústias e as frustrações infligidas ao ofendido (CAHALI, 2000, p. 19).

Por sua vez, Pablo Stolze Gagliano traz o conceito de dano moral, definindo-o como

[...] a lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente (GAGLIANO, 2008, p. 55).

O primeiro diploma legal que deu fundamento e oportunidade para a reparação do dano moral foi o Código Civil de 1916, em seus artigos 76 e 159, ainda que de forma originária e, portanto, também precária:

Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.

Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor ou sua família.

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Tendo em vista que o artigo 76 tinha como referência o processo, o exercício do direito de ação e defesa, e o artigo 159 não se referia expressamente aos prejuízos de ordem moral, ou seja, sem alusão ao patrimônio do lesado, logo a tese de reparação do dano moral foi rechaçada.

No entanto, passado considerável lapso temporal, foram sendo proclamadas diversas leis esparsas que regularam o tema (por exemplo, Lei nº 4.737/65 - Código Eleitoral - e Lei nº

5.988/73 – Lei dos Direitos Autorais). Mais além, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a matéria foi elevada ao status de Direitos e Garantias Fundamentais e, conseqüentemente, a base jurídica para a indenização por dano extrapatrimonial foi ainda mais alargada, especialmente com a Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – e Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor (GAGLIANO, 2008, p. 65/66).

Finalmente, com o Código Civil de 2002 a indenização do dano moral ficou patente, em decorrência do reconhecimento do instituto pelo artigo 186 e da sua reparabilidade no artigo 927:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

No concernente à mensuração da extensão do dano moral, observa-se uma enorme dificuldade, pois não é possível colocar no mesmo patamar a lesão extrapatrimonial e sua indenização, posto que se trata de situação que não envolve valor exato em pecúnia.

Porém, tal fato não deve atrapalhar a atividade do Poder Judiciário ao resolver cada caso concreto de forma individualizada, a partir de sua livre e prudente convicção, considerando as particularidades relativas à situação fática danosa ocorrida, o nexo de causalidade com o prejuízo sofrido e as condições financeiras dos envolvidos.

Desse modo, é maior a probabilidade de se atingir o fim da indenização por dano moral, ou seja, a sanção civil coibindo novas práticas semelhantes (reparação e prevenção).

Especificamente no que tange ao dano moral nos negócios jurídicos cujo objeto é a realização do procedimento de reprodução humana assistida, pode-se afirmar a sua inclusão na vertente de aplicabilidade do dano moral na prestação de serviços.

Isso porque a pessoa ou casal que se interessa em se submeter à reprodução humana assistida deve celebrar um negócio jurídico – muitas vezes instrumentalizado por um contrato – com um médico (prestador de serviços singular), uma clínica (pessoa jurídica prestadora de serviços) e/ou um laboratório (pessoa jurídica prestadora de serviços).

Assim, os contratantes, que podem ser considerados como consumidores, em que pese terem contratado um serviço específico, o qual requerem seja prestado de forma perfeita, estão sujeitos à um adimplemento insatisfatório e defeituoso o que ensejaria a ocorrência de dano moral.

Frise-se que essa espécie de dano pode ser presumida em razão do dever de qualidade, adequação e segurança do serviço oferecido e contratado, além do dever de agir de acordo com a boa-fé objetiva.

4 DAS CAUSAS QUE PODEM ENSEJAR A INCIDÊNCIA DE DANO MORAL INDENIZÁVEL NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS ENVOLVENDO A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Entre as diversas causas que podem levar a caracterização de dano moral no procedimento de reprodução humana assistida, devido a alguma falta, falha, erro na execução do procedimento, ou mesmo alguma omissão, merecem destaque a espécie de obrigação contratada por quem deseja se submeter à alguma técnica de reprodução humana assistida, a falta de informação do paciente sobre os riscos e implicações do tratamento a ser realizado, a possibilidade de dano à criança, à gestante e ao casal contratante, assim como a falta de manutenção de características fenotípicas, compatibilidade racial e imunológica entre o casal paciente e o filho gerado.

4.1 Da Espécie de Obrigação Contratada

O primeiro assunto relacionado com a possibilidade de ocorrência de dano moral originado a partir da realização de reprodução humana assistida que se deve levantar, antes mesmo de verificar se a reparação é devida, traduz-se na averiguação se a obrigação contratada seria de meio/diligência ou de resultado.

De forma simples, Pablo Stolze Gagliano assim conceitua essas espécies de obrigações:

A obrigação de meio é aquela em que o devedor se obriga a empreender sua atividade, sem garantir, todavia, o resultado esperado. [...] Nesta modalidade obrigacional [obrigação de resultado], o devedor se obriga não apenas a empreender a sua atividade, mas, principalmente, a produzir o resultado esperado pelo credor. (GAGLIANO, 2009, p. 97).

Sobre a diligência que deve ser empregada no cumprimento de uma obrigação de resultado, Giselda Hironaka entende que

[...] deve ser avaliada a diligência do devedor ao cumprir a obrigação. Para alcançar

tal objetivo, isto é, para que seja possível aferir, com maior segurança, o comportamento do devedor, deve ser levado em consideração um certo comportamento padrão, isto é, aquele comportamento que tem, por exemplo, o homem médio, o protótipo do cidadão prudente, normal, atento, dotado de ordinária inteligência, hábil, empenhado e dedicado. Este é o bom pai de família – bonus pater famílias – referido pelos romanos (HIRONAKA, 2008, p. 53).

Quanto a sua execução, no caso das obrigações de resultado, ocorre quando o devedor cumpre objetivo final; nas obrigações de meio, o inadimplemento caracteriza-se pelo desvio de comportamento ou omissão de cuidados ou precauções a que se comprometeu, sem considerar o que se obteve como resultado final (PEREIRA, 1993, p. 214).

Portanto, a fim de se verificar uma hipótese de inadimplemento de uma obrigação de meio, deve-se analisar o comportamento do devedor, cumprindo ao credor provar que o resultado não correu por falta de diligência, prudência ou empenho do devedor. De outro vértice, se a obrigação pactuada é de resultado, a falta de seu cumprimento resta demonstrada facilmente, bastando a prova do resultado não ocorrido.

No caso da reprodução humana assistida, quando o casal ou pessoa interessada em se submeter ao procedimento específico para obter um filho desta forma artificial procura o prestador do serviço e o contrata, deve-se ter em mente em qual dessas duas espécies de obrigação o acordo celebrado se enquadra.

Então, questiona-se: há promessa de que a gravidez aconteça? Há alguma garantia de que os contratantes efetivamente tenham o filho desejado?

Certamente não se pode assegurar aos pacientes a certeza da gravidez e, muito menos, na hipótese de sua ocorrência, o seu sucesso, culminando com o nascimento da criança originada por métodos artificiais.

Sendo assim, verifica-se que a obrigação assumida pelo médico ou clínica de reprodução humana é, essencialmente, caracterizada como uma obrigação de diligência, não sendo cabível, portanto, qualquer dano moral na hipótese de a gravidez não acontecer ou no caso de perda do bebê que está sendo gestado, salvo se comprovado que o profissional contratado não utilizou de todos os meios que tinha ao seu alcance para a obtenção do resultado desejado.

Corroborando o entendimento apresentado, cita-se decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina que negou indenização por dano moral em razão de realização de inseminação artificial mal sucedida, isto é, sem o resultado gravidez, o que deixa ainda mais claro o posicionamento relativo à falta de dano moral nessa situação, em razão da caracterização de obrigação de meio e não de resultado.

4.2 Falta de Informação do Paciente

Com a reprodução humana assistida, tanto homóloga quanto heteróloga, há grandes riscos que a gestante fertilizada artificialmente pode sofrer, entre eles uma probabilidade maior de ocorrer aborto ou pré-eclampsia. Além disso, há uma maior possibilidade de ocorrer problemas em relação à criança gerada, que pode nascer com baixo peso ou má-formação.

Conforme se verifica da análise de excerto de artigo publicado na revista britânica *The Lancet*,

[...] os riscos de sofrer complicações durante a gravidez aumentam para as mulheres que utilizarem alguma técnica de reprodução assistida, afirma o estudo. Os especialistas recomendam que as crianças concebidas com ajuda deste método sejam submetidas ao acompanhamento exaustivo dos médicos para conhecer as consequências das técnicas de reprodução assistida. As advertências são resultados da análise de 3.980 artigos médicos publicados entre 1980 e 2005, que tratavam das consequências negativas da reprodução assistida. Nesse sentido destacam que o número de abortos espontâneos nas mulheres que utilizam o método é de 20% a 34% maior do que nas gestantes que engravidaram naturalmente. O risco de ocorrência de outros problemas também é maior quando a técnica é utilizada e chega a 55% no caso de pré-eclampsia (aumento de tensão durante a gravidez). A possibilidade de conceber uma criança com pouco peso é de 70% a 77% maior; a de ter um bebê com muito pouco peso, entre 170% e 200% superior; e a de que o tamanho do bebê seja menor que o normal para sua idade de gestação é de 40% a 60% maior. Os pesquisadores garantem que os filhos de casais que utilizam técnicas de reprodução assistida tem 30% mais possibilidades de apresentarem má formação e um risco maior de sofrerem uma paralisia cerebral (DALVI, 2009, p. 53/54).

Portanto, constata-se a necessidade de que a clínica, por meio do profissional que irá realizar a técnica de reprodução assistida, informe seu paciente sobre os riscos que pode vir a sofrer a gestante ou o filho.

De acordo com Silvio de Salvo Venosa (2005, p. 138/139), cumpre ao médico, nesse caso representante da clínica contratada, explicar a natureza e os riscos dos procedimentos que serão aplicados no paciente; porém, explica que as informações devem ser dadas de modo perspicaz e humanista - a fim de que o paciente não se sinta desencorajado -, e sem a necessidade de se tecer comentários técnicos demais, a ponto de impossibilitar o entendimento do paciente, o qual é, na maioria das vezes, um leigo. E continua, ensinando que as informações só podem ser ocultadas do paciente quando efetivamente não puderem ser dadas, pois a omissão na informação correta ao paciente pode acarretar responsabilidade profissional. Assevera, também, que a advertência e informação ao paciente tornam-se mais necessárias à medida da gravidade e seriedade da intervenção médica a ser realizada.

Desse modo, se há falta de informação do paciente sobre as consequências e riscos do tratamento de fecundação artificial a ser realizado, ou, no caso de as informações terem sido dadas de modo a não permitir a compreensão total e completa por parte do paciente, observando, em tais situações, falha da clínica de reprodução assistida, haverá incidência do dano moral indenizável, pela angústia sofrida em razão da falta de informação, bem como pela lesão a um dos direitos do consumidor elencados no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.

4.3 Da Possibilidade de Dano à Criança, à Gestante e ao Casal Contratante

Outro problema que pode ser presenciado numa reprodução humana assistida é a possibilidade de ocorrência de dano causado à gestante e/ou ao filho gerado e/ou ao próprio casal paciente, como consequência de erro técnico ou prático cometido na prática da reprodução assistida.

Assim, indaga-se sobre a incidência de dano moral na hipótese de acusação, por parte dos pacientes, da existência de anormalidades físicas ou comprometimento psíquico da criança gerada, ou ainda por complicações na gravidez e aborto espontâneo.

Luciano Dalvi (2009, p. 59) entende que a genitora ou o filho nascido, gerado por meio de reprodução assistida, mesmo passado algum tempo da realização do procedimento, pode entrar com ação de indenização com o fim de obter reparação civil por danos morais e materiais sofridos, responsabilizando a clínica e/ou o médico devido a alguma anomalia constatada posteriormente que prejudique de alguma forma a pessoa nascida por esta técnica.

Portanto, com vistas a todo o sofrimento que acontecimentos desse tipo causaria na pessoa ou família que realizou o procedimento de fecundação artificial, observa-se a incidência do dano moral, a fim de que, obtida a indenização, possam, conseqüentemente, ter como minorado o prejuízo causado e o dano sofrido.

4.4 Falta de Manutenção de Características entre o Casal Paciente e o Filho Gerado

Consoante já explicado, de acordo com a utilização de gametas para a fertilização artificial e para fins de responsabilização da clínica dentro do que estabelece o Direito do Consumidor, a reprodução assistida pode ser classificada em reprodução assistida homóloga e reprodução assistida heteróloga, sendo aquela a mais comum, realizada com a utilização de gametas do próprio casal, e esta realizada com a utilização de gametas de terceiros.

No que tange à reprodução assistida homóloga, a título de ilustração, observem-se os casos concretos a seguir:

a) Na Itália, uma menina gerada por meio de reprodução assistida homóloga, chamada Giada, filha de Roberto Minucci e Maria Cristina Lervolino, nasceu doente, com diagnóstico de talassemia, o que deixou seus pais deveras assustados, posto que nenhum dos dois possuía predisposição a tal enfermidade. Assim, após a realização de vários exames, restou evidente que o que havia ocorrido era uma troca de proveta. Ou seja, o médico responsável pelo procedimento da fertilização *in vitro*, Dr. Raffaele Magli, trocou a proveta do líquido seminal de Roberto Minucci por outra contendo líquido seminal de um homem doente de talassemia. E dessa forma decorreu a triste situação que vive Giada, doente, sujeita a transfusões de sangue frequentes e na espera de um transplante (DALVI, 2009, p. 58).

b) Conforme noticiado pelo tablóide *The Sun*, um casal, sendo os dois de pele branca, recorrera à fertilização *in vitro* homóloga, da qual resultou o nascimento de gêmeas negras, o que se deu em razão de confusão entre provetas cometida pela clínica que contrataram. A decisão judicial foi favorável ao pedido dos pais que cobrou uma pesada indenização por danos pessoais sofridos (FRANÇA, 2001, p. 228).

Tendo em vista as situações acima descritas, observa-se que em ambas houve uma falha da clínica no momento da realização do procedimento de reprodução assistida, podendo-se caracterizar negligência, imprudência ou imperícia e, conseqüentemente, a produção de prejuízo de ordem moral e também material, devido à troca do material genético do casal contratante por material genético de outros.

A clínica de reprodução assistida que comete um erro inescusável como o de troca de material genético, desrespeita completamente as normas éticas do Conselho Federal de Medicina sobre Reprodução Assistida, especialmente a Resolução nº 1.957/2010, a qual define:

III – Referente às clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam as técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e **transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA**, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 – Um diretor técnico responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua região.

2 – Um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e malformações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões.

3 – Um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças. (grifo nosso)

Tendo por base a prática de reprodução assistida heteróloga, investiga-se a possibilidade do cabimento de dano moral pela falta de manutenção de características fenotípicas (cor de cabelo, cor dos olhos etc.) e ausência de compatibilização racial e imunológica entre o doador e o casal que se interessa pela fertilização.

Luciano Dalvi (2009, p. 70) alega que, com todos esses avanços da ciência, com a possibilidade de se escolher as características do bebê gerado por meio de fecundação artificial, perdeu-se a simplicidade da criação humana e passou-se a manipular o que deve nascer.

Em seguida, demonstra o seu entendimento com um radicalismo exacerbado, afirmando que

[...] Na verdade o que a ciência pretende a curto prazo é dar uma oportunidade aos pais de “brincar de Deus” [...]. Mas, a médio e longo prazo tem como objetivo criar um ser humano perfeito sem características genéticas negativas e com uma determinação de cor, de estrutura física e de inteligência. A ideia é que não nasçam mais pessoas com genes de calvície, com baixa estatura e bem desenvolvidos, mas esta pretensão tem o mesmo fundamento idealista de Adolf Hitler, que queria criar a raça pura, sem imperfeições. Tenho certeza que as imperfeições são parte do ser humano, pois ninguém é perfeito e para isso existe a convivência no ambiente, para que possamos nos moldar e aprender que todos têm seus erros e suas complicações genéticas e físicas [...] (DALVI, 2009, p. 70/71).

Na mesma seara, Sérgio Ferraz, ao trabalhar com essa temática, tece as seguintes considerações:

[...] por fecundação entenda-se a palavra em sua mais radical e despojada significação: dar origem a uma nova vida, em que esteja aprioristicamente assegurado ao nascituro, por exemplo, o direito a uma convivência familiar e social indene de desconforto ou desajuste. Por isso, não temos como afrontoso à regra isonômica o reconhecimento a uma mulher negra receber, num hipotético banco de espermatozoides, gametas doados por um branco. Já o preceito não só de igualdade, mas até os princípios de privacidade e dignidade humana ficariam irremediavelmente comprometidos se se admitisse, por exemplo, que uma mulher escolhesse as células espermáticas de um branco, de olhos azuis, ou de cabelos louros, etc [...] é dizer, o código genético individual e único, não pode, sem ofensa ao princípio da dignidade, ser transformado em mercadoria de supermercado [...] (FERRAZ, 2001).

Até o ano de 2010, não havia nada que tratasse especificamente sobre o tema. Nem mesmo a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, vigente até então, dispunha sobre a manutenção de características fenotípicas e raciais. Nessa época, havia

apenas um Projeto sobre Utilização de Técnicas de Procriação Assistida de Portugal, o qual, em seu artigo 26, definia que a clínica de reprodução assistida, ao realizar a seleção do sêmen para a prática da reprodução assistida heteróloga, deveria procurar o que tivesse maior semelhança com o fenótipo do marido ou convivente da paciente que fosse fecundada.

Contudo, a Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina passou a disciplinar o assunto, estatuiuindo que:

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

[...]

4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um **registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas** e uma amostra de material celular dos doadores.

5 - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) venha a produzir mais do que uma gestação de criança de sexo diferente numa área de um milhão de habitantes.

6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. **Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.**

[...] (grifo nosso)

Logo, em que pese não haver, no Brasil qualquer tipo de regulamentação legal sobre o tema, especificamente em relação à manutenção de características fenotípicas e raciais em procedimento de reprodução humana assistida heteróloga, nota-se que cabe aos contratantes estabelecer tais particularidades, e, no caso de uma situação ser levada à apreciação do Poder Judiciário, cabe ao próprio magistrado, utilizando-se de seu notável conhecimento jurídico, princípios e valores, decidir o caso concreto.

Porém, vale salientar que, tão somente por estar prevista em resolução de órgão de nível federal, ainda que não tenha força de lei, é um excelente precedente para eventual julgamento de dano moral no caso de não manutenção dessas características ou troca de material genético no momento da realização do procedimento de fecundação artificial contratado.

5 CONCLUSÃO

Existem diferentes técnicas de reprodução humana assistida, utilizadas precipuamente com o fim de realizar o desejo da maternidade/paternidade em pessoas ou casais inférteis, cada uma com as suas peculiaridades e riscos.

Referidos procedimentos são realizados mediante contratação de médico, clínica ou laboratório especializado, os quais se obrigam à realização do procedimento de reprodução humana assistida com a aplicação da técnica mais favorável ao caso.

Todavia, considerando a falibilidade do ser humano, mormente a possibilidade de erro médico, vislumbra-se a incidência de dano, de ordem material, mas especialmente moral.

Conclui-se, portanto, que o dano moral é devido em situações de insucesso na reprodução humana assistida ou em algum de suas fases singularmente consideradas ou consequências advindas da realização da técnica médica específica.

No concernente à espécie de obrigação contratada, isto é, se a pessoa interessada em se submeter à fecundação artificial ajusta com a parte prestadora do serviço uma obrigação de meio/diligência ou de resultado, verifica-se a impossibilidade de incidência de dano moral, pois não há como garantir que a gravidez ocorra ou que tenha sucesso com o nascimento do filho gerado.

Já em relação à falta de informação do paciente, o dano moral é devido, por pela angústia sofrida em razão da falta de informação, bem como pela lesão a um dos direitos do consumidor elencados no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.

No que tange à possibilidade de dano à criança, à gestante e ao casal contratante tendo em vista todo o sofrimento que acontecimentos como, por exemplo, troca de material genético com o conseqüente nascimento de criança com doença ou anomalia genética, causaria na pessoa ou família que realizou o procedimento de fecundação artificial, observa-se a incidência do dano moral, a fim de que, obtida a indenização, possam, conseqüentemente, ter como minorado o prejuízo causado e o dano sofrido.

Por fim, quanto à falta de manutenção de características entre o casal paciente e o filho gerado, verifica-se a incidência do dano moral, posto que, apesar de não haver lei que regule a circunstância, a Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina a abarca, disciplinando o dever das clínicas e laboratórios em guardar compatibilidade racial e imunológica com o doador, no caso de reprodução humana assistida heteróloga.

Tendo em vista a dificuldade que se tem de mensurar a extensão do dano moral, já que não é medido em patrimônio exato, verifica-se uma certa discricionariedade do juiz em sua decisão e quantificação do dano, na qual deve ser observada o binômio reparação e prevenção, ou seja, a cominação de sanção coibindo que novas práticas semelhantes ocorram, o que deve ser observado com ainda mais cautela em se tratando de dano oriundo da atividade médica, que lida com a vida humana e não com meros objetos ou bens materiais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 5 jan. 1916. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em 01 mar 2012.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 01 mar 2013.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 01 mar 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Notícias. **TJ nega dano moral por inseminação artificial que não resultou em gravidez**. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/noticias/listanoticia!viewNoticia.action?cdnoticia=27310>>. Acesso em: 27 de fev. 2013.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida**. Resolução n. 1.358, de 19 de novembro de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 nov. 1992. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em 01 mar. 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui in totum**. Resolução n. 1.957, de 15 de dezembro de 2010. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 06 jan. 2011. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em 01 mar. 2013.

DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DALVI, Fernando; DALVI, Luciano. **Curso avançado de direito do consumidor**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 5. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Fabris, 2001.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: obrigações**. v. II. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:**

responsabilidade civil. v. III. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; MORAES, Renato Duarte Franco de. **Direito das obrigações.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. **Derecho genético.** 4. ed. Lima, Peru: Editora Jurídica Grijley.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005b.