A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO DIANTE DO DANO GENÉTICO[1]

CIVIL LIABILITY OF PHYSICIAN BEFORE THE GENETIC DAMAGE

Patrícia Siqueira

Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina; Especialista em Direito Empresarial e Filosofia Política e Jurídica pela mesma instituição; bolsista da CAPES.

Resumo

Com o advento de uma era tecnológica, para os novos danos surgidos dessas atividades, formulou-se o princípio do risco, ensejando a responsabilidade sem culpa, pautada no fenômeno de objetivação. Dirigindo a investigação para os danos genéticos oriundos dos procedimentos de fertilização in vitro para reprodução humana, verifica-se a impropriedade da responsabilidade subjetiva e o acolhimento da responsabilidade objetiva para sua reparação. O problema nuclear que conduzirá o estudo é a possibilidade do emprego da teoria do risco para a atividade do médico na manipulação genética. O objetivo desta pesquisa é confirmar a possibilidade da aplicação da teoria da responsabilidade objetiva para o médico diante do dano genético resultante da fertilização in vitro. O trabalho se desenvolverá tendo por base a aplicação do método cartesiano e o tipo de pesquisa será exploratório, envolvendo levantamento bibliográfico. Justifica-se a investigação considerando o crescente número de ações de responsabilidade médica e o aumento dos riscos de danos genéticos decorrentes dos avanços biotecnológicos.

Palavras chave

Dano genético; responsabilidade civil; médico.

Abstract

With the advent of a technological era, for damages arising out of these new activities, formulated the principle of risk, occasioning a liability without fault, based on the phenomenon of objectification. Driving research for genetic damage arising from in vitro fertilization procedures for human reproduction, there is the inadequacy of subjective

---

[1] Trabalho desenvolvido no âmbito do projeto de pesquisa "Relações Negociais e Danos Extrapatrimoniais: tendências na experiência brasileira e estrangeira no tempo presente e na perspectiva futura", da Universidade Estadual de Londrina, sob a orientação da Profª. Drª. Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral.

responsibility and the host of strict liability for its repair. The nuclear issue will lead the study is the possibility of using the theory of risk for the activity of the physician in genetic manipulation. The objective of this research is to confirm the possibility of applying the theory of strict liability for the doctor before the genetic damage resulting from in vitro fertilization. The work will be developed based on the application of the Cartesian method and type of research is exploratory, involving literature. Research is justified considering the increasing number lawsuits of medical liability and the increased risk of genetic damage resulting from biotechnological advances.

Keywords

Genetic damage, liability, medical

INTRODUÇÃO

Atualmente a responsabilidade civil guarda pouca semelhança com o instituto de outrora. Nas últimas décadas, o foco da responsabilidade civil passou de prova do dano e culpa para o interesse primordial da situação da vítima e seu direito de ser ressarcida. A culpa é afastada como critério de responsabilidade, delineando a responsabilidade objetiva, em áreas onde há progresso tecnológico, passando a se lhe aplicar princípios diversos daqueles previstos para a generalidade das relações privadas pelas codificações modernas.

É o que ocorre nas intervenções para reprodução humana, cada vez mais ousadas em razão de um maior arcabouço tecnológico, tendo os riscos aumentados correspondentemente, de modo que, a teoria da responsabilidade subjetiva passa a ser contestada e o conceito de culpa vai se materializando, dando lugar a teoria objetiva da responsabilidade.

Deste modo, as empresas de engenharia genética respondem objetivamente pelos danos que deram causa. A grande expectativa é saber se os profissionais médicos que lidam com as técnicas de fertilização in vitro serão também considerados, pela doutrina e jurisprudência, objetivamente responsável diante de um dano genético.

ENTRE AS TEORIAS DA CULPA E DO RISCO E A ATIVIDADE DE MEIO E DE RESULTADO O IMPÉRIO DA RESPONSABILIADE OBJETIVA DO MÉDICO FRENTE AO DANO GENÉTICO

Tomando como objeto de estudo a problemática trazida na questão da reparação dos danos causados por práticas de engenharia genética, mormente em relação à certeza e atualidade do dano, este é referente ao dano genético, ou seja, a lesão causada ao processo original de transmissão de caracteres hereditários, tanto os resultantes do manuseio e

aplicação das técnicas de engenharia genética, quanto de outros fatores que interfiram de algum modo neste processo (ANDRADE, 2003, p. 203).

Considerando a primeira espécie, a reparação dos danos causados por empresas de engenharia genética obedece à teoria da responsabilidade objetiva, independente da prova de culpa. Entretanto, a responsabilidade do médico ou de qualquer outro profissional da saúde é subjetiva, ou seja, depende da aferição de culpa no descumprimento da obrigação, devendo ser apurado, no caso, a ocorrência de negligencia, imprudência ou imperícia, ainda mais considerando que, na grande maioria dos casos, a obrigação assumida por esse profissional traduz-se em uma obrigação de meio. E é dessa forma que a responsabilidade civil do médico é tratada no Código de Defesa do Consumidor, sendo portanto, um profissional liberal singularmente considerado.

Em linhas gerais, o médico tem com o paciente uma obrigação de meio e não de resultado, está obrigado a empregar todo seu cuidado e diligencia para obter um resultado útil ao paciente, cabendo a este, o ônus de provar a culpa daquele em caso de lesão.

É para esse sistema da responsabilidade clássica, assentada em termos subjetivos, que se apresentam novas questões, suscitadas pelo desenvolvimento biotecnológico. Trata-se de indagar, se os conceitos e princípios nos quais este sistema se fundamenta são suficientes para determinar a reparação de danos inusitados, gerados pelo médico da especialidade da reprodução humana assistida.

Mesmo que nossa tradição seja firmada na responsabilidade subjetiva, no que tange ao profissional liberal, a noção de culpa começa a ser diluída e a ideia de risco assume um plano superior. Ao comentar a teoria do risco, Francisco Vieira LIMA NETO (1997, p.102) sustenta que, “se uma empresa dispõe-se a iniciar uma atividade lucrativa e arriscada, sujeita-se aos bônus e também aos ônus, dentre os quais estaria sua obrigação de indenizar-se qualquer prejuízo causado com sua atividade”. Mesmo raciocínio deve ser aplicado ao médico, pois afastar a teoria do risco de suas atividade de manipulação genética é dirigir-se contrariamente à moderna concepção de responsabilidade civil e permitir que uma atividade que manipula a vida possa ser tida como menos perigosa, por exemplo, do que a atividade poluidora para qual está prevista a responsabilidade objetiva em face dos danos causados ao meio ambiente.

É obrigação do médico a seleção das partes, a escolha do material genético, assim como sua implantação, conservação, diagnóstico e cuidados pré-natais. Remanescendo dano genético quando das técnicas usadas resultar o nascimento de uma criança, cujo mal fosse procedente do material do doador e evitado através de exames específicos.

Assim, em conformidade com as argumentações anteriormente expostas, a obrigação do médico é de meio, já que ao realizar a inseminação em um paciente o médico não pode se obrigar a garantir um resultado específico, como o nascimento da criança, mas também subsiste a obrigação de resultado, uma vez que o médico assume uma obrigação com o resultado no que se refere a preservação da integridade física do paciente (LEITE, 1995, p. 252).

Ainda, a responsabilidade civil decorrente da aplicação das técnicas de engenharia genética encontra previsão na Lei 8.974/95, a qual estabelece normas para segurança e fiscalização das técnicas de engenharia genética, e ainda, previsão da responsabilidade objetiva para aquele que causar danos ao meio ambiente ou a terceiros, em razão da aplicação de tais técnicas.

Portanto, no que se refere a segurança do material e suas futuras consequências genéticas, está-se diante de uma obrigação de resultado atenuado, como argumento Atílio Alterini (apud PINHEIRO, 2009, p.24), colocando a cargo do médico o ônus de prova a falta de culpa para exonerar-se da responsabilidade.

Trata-se de proteger o ser humana desde a sua concepção, impondo-se a responsabilidade aos médicos e as clínicas pelos danos causados a integridade física do nascituro de forma objetiva. Não obstante, o consentimento da vítima não exime a responsabilidade do médico, mesmo que ela conhecesse ou pudesse conhecer a possibilidade de má-formação congênita de herança genética do doador. Eis que cabe ao médico, o dever jurídico de constatar a normalidade do elemento injetado.

O direito civil, também no contexto da nova ordem contratual e no que tange à responsabilidade civil e reparação de danos, deve estar apto à proteção da vida humana em sua totalidade, pacificando os conflitos surgidos na sociedade.

CONCLUSÃO

A princípio, considera-se a inadequação da obrigação de resultado para caracterizar a atividade médica, entretanto, a responsabilidade civil fundada na culpa revela sinais de crise diante das transformações que se processaram para essa sociedade pós industrializadas, ao mesmo passo a responsabilidade médica é erigida a critérios objetivos no âmbito das relações de consumo.

Apesar de não se conseguir afastar absolutamente os critérios de subjetividade do agente e sua obrigação de meio, no caso da responsabilidade civil do médico, considerando a natureza da atividade de engenharia genética, a responsabilidade civil pelos danos genéticos traz como

elemento essencial o desenvolvimento da atividade e não a ação danosa ligado diretamente ao dano ocorrido. Ademais, há um fim definido, a preservação da integridade física do nascituro. Embora não exista na medicina a exatidão fria da matemática, sempre existe um critério de previsibilidade, a fim de se afastarem dos danos considerados evitáveis, e sob este prisma, na manipulação genética os médicos assumem uma obrigação tácita de segurança na órbita contratual, por isso, a responsabilidade é objetiva e dela só se exime, se o lesante provar a falta de nexo de causalidade. Isso significa que a assunção do risco pelo paciente para absorver o dano é quase inexistente.

REFERENCIAS

CASTRO, João Monteiro de. Responsabilidade civil do médico. São Paulo: Método, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FRANÇA, Loreanne Manuella de Castro; AMARAL, Ana Cláudia Zuin Mattos do. A responsabilidade civil das clínicas de reprodução assistida em relação ao consumidor. In: Estudos em Direito Negocial, Curitiba: CRV, 2011.

FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Os limites da responsabilidade civil e os danos da biotecnologia. In: Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curitiba, 11: 1-37, 2009.