

PLANEJAMENTO FAMILIAR E RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA EM REPRODUÇÃO
HUMANA ASSISTIDA

FAMILY PLANNING AND CIVIL MEDICAL RESPONSABILITY IN HUMAN ASSISTED
REPRODUCTION

Cristina Lemos Ferraz¹

Resumo: O artigo trata do planejamento familiar e da reprodução assistida, abordando-se os seus reflexos na presunção de paternidade e nos direitos de filiação, bem como, propõe-se uma relação da responsabilidade civil médica na reprodução assistida. Conclui-se que a responsabilidade civil médica pode ser aplicada no planejamento familiar também em virtude da reprodução assistida, sendo que esta terá reflexos jurídicos sobre presunção de paternidade, nos direitos de filiação e nos direitos sucessórios.

Palavras-chave: Planejamento familiar. Reprodução assistida. Responsabilidade civil médica.

Abstract: The article deals with family planning and assisted reproduction, addressing its reflexes in the presumption of paternity and in the rights of filiation, as well as, it is proposed a relation of medical civil responsibility in the assisted reproduction. It is concluded that the medical civil liability can be applied in family planning also by virtue of assisted reproduction, which will have legal consequences on presumption of paternity, on the rights of filiation and inheritance rights.

Keywords: Family planning. Assisted reproduction. Medical liability.

1. INTRODUÇÃO

O planejamento familiar surge a partir das novas tecnologias que se referem anticoncepção e a reprodução humana assistida, sendo um direito assegurado na Constituição Federal de 1988, bem como na legislação infraconstitucional, destacando-se a lei 9.263/1996 e o vigente Código Civil.

No planejamento familiar encontra-se a reprodução humana assistida como uma forma de concepção, que pode influir nos direitos de filiação e presunção de paternidade. A reprodução assistida envolve médicos e clínicas que prestam este tipo de serviço, assim sendo, neste aspecto se fez uma análise quanto a responsabilidade civil médica e sua abrangência em relação as clínicas.

¹ Bacharel em Direito e Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). <crisrina.ferraz@acad.pucrs.br>

2. PLANEJAMENTO FAMILIAR

O planejamento familiar é um direito assegurado em nossa Constituição Federal, no parágrafo 7º do artigo 226 (1), e se fundamenta nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, ambos são de fundamental importância por serem norteadores para a legislação infraconstitucional e para as decisões nos tribunais concernentes a filiação e as questões de reprodução humana assistida.

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, conforme Slaibi (2), pode ser compreendido “como fundamento da atividade estatal, a Constituição coloca a dignidade da pessoa humana, o que significa, mais uma vez, que o homem é o centro, sujeito, objeto, fundamento em de toda a atividade pública”, ainda complementa ao dizer que “o princípio democrático do poder exige que à pessoa humana, na inteireza de sua dignidade e cidadania, se volte toda a atividade estatal”. A aplicação deste princípio no planejamento familiar, no entendimento de Lisboa (3), é “[...] segundo o qual deve ser conferido a cada membro da família o asseguramento dos seus direitos da personalidade e de suas necessidades materiais”.

O princípio da paternidade responsável precisa ser entendido em conjunto com o artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal que trata da igualdade entre os gêneros, e que de forma expressa determina: “Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, neste diapasão Pereira (4) afirma:

Há que se compreender o real sentido da paternidade responsável indicada no texto constitucional. A expressão é usada no sentido do “masculino genérico”, compreendendo a responsabilidade dos genitores em iguais condições; se fosse atribuída a responsabilidade pelo planejamento familiar somente ao homem, estaríamos contrariando o princípio da igualdade entre o homem e a mulher presente em vários momentos no texto constitucional.

A regulamentação do parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição Federal ocorreu somente em 1996 com a Lei Complementar 9.263(5), também conhecida como lei do planejamento familiar. A sua criação foi necessária porque os direitos reprodutivos não estavam sendo respeitados e, segundo Gattiboni (6): “A lei foi antecedida por um acirrado debate encaminhado pelo Congresso Nacional, que através de uma CPMI – Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – investigou denúncias de esterilizações de mulheres, conforme relatório nº2 de 1993 do Congresso Nacional”.

De forma geral, a lei 9.263/1996 assegura o direito de exercício do planejamento familiar sempre respeitando a vontade livre do indivíduo ou do casal, além disso, determina que a saúde reprodutiva, a concepção e contracepção poderá ser exercido por instituições

públicas, privadas e filantrópicas, sendo competência do Sistema Único de Saúde (SUS) fiscalizar e criar normas a respeito.

O planejamento familiar também é disciplinado no vigente Código Civil (7), no parágrafo 2º, do artigo 1.565, devendo ser analisado em conjunto com o artigo 1.513 Código Civil (CC) que possui em seu bojo o princípio da liberdade ou não intervenção e sob este ângulo Tartuce (8) tece o seguinte comentário:

[...] é vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas, o que melhor consubstancia o princípio da liberdade ou da não intervenção (art. 1.513 do CC). Segundo o Enunciado n. 99 CJF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil, o art. 1.565, § 2.º, também deve ser aplicado à união estável, diante do seu reconhecimento constitucional como entidade familiar. O mesmo vale para a união homoafetiva.

Outro tema que está vinculado ao planejamento familiar é a filiação, principalmente quando a concepção ocorre por reprodução assistida homóloga ou heteróloga na constância do matrimônio e se busca a presunção de paternidade; no Código Civil essa matéria encontra-se disciplinada nos incisos III, IV e V do artigo 1.597 e, que se estende a união estável.

Existe um consenso entre os doutrinadores de que o legislador do CC manteve a presunção de paternidade no artigo 1597, mas que houve uma inovação ao abordar a reprodução assistida, entre esses doutrinadores tem-se Fachin (9), e segundo sua compreensão:

O novo Código Civil brasileiro mantém, de um lado, a tradicional presunção pater is est e, de outro, introduz, nesse âmbito, a técnica da reprodução humana (fecundação artificial homóloga e inseminação homóloga e inseminação heteróloga), além da previsão quanto aos embriões excedentários.

A fecundação artificial é considerada homóloga quando o material genético reprodutivo utilizado pertence ao casal, sendo que no do caso artigo 1.597, está se referindo aos gametas masculinos daquele que será o pai da criança, que por um impedimento biológico precisa se utilizar das técnicas de reprodução assistida, mas que utiliza seu próprio material genético. Na fecundação heteróloga o material fecundante masculino pertence a um doador.

Nos incisos III e IV do artigo 1.597 está sendo trazida a possibilidade de utilização de material genético post-mortem em técnicas de reprodução assistida homóloga, mas para isso é necessário que haja uma autorização previa por escrito do pai, neste sentido tem-se o enunciado número 106 (10) do Conselho Federal de Justiça (CFJ) que expressa:

Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

O inciso IV do artigo 1.597 do CC trata dos embriões excedentários; determinando que serão considerados como concebidos na constância do casamento aqueles “havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga” (7). A expressão “qualquer tempo” se refere a utilização dos embriões em casos de separação e mesmo em caso de pós-morte, desde que haja autorização por escrito.

No que tange as técnicas de reprodução assistida com material genético heterólogo, os filhos havidos serão considerados como concebidos durante o matrimônio ou união estável, desde que haja autorização do marido ou companheiro, como preceituado no inciso V do art.1597 do Código Civil, isto porque pode ocorrer do marido ou companheiro contestar a origem do filho, neste sentido Santos (11) afirma:

[...] o marido, que havia prestado o consentimento para a inseminação, posteriormente ingressar com ação negatória, de desconhecimento da paternidade. A resposta aqui tem sido, em geral negativa. Assim, em havendo a prévia autorização, de que fala o inc. V do art. 1.597 – com a voluntária adesão do marido ao “projeto reprodutivo” ou ao também chamado “projeto parental” – a presunção de paternidade se torna absoluta, inadmitindo contestação posterior por parte dele.

Pressupõe-se que a autorização dada pelo marido deva ser por meio de documento escrito, assim evita-se problemas futuros, sob este ângulo Fujita (12) possui pensamento semelhante: “Quanto à prévia autorização do marido, entendemos que ela deva ser por escrito, por instrumento público ou particular, para que se evitem discussões futuras a respeito”.

Se torna importante destacar que não existe vínculo entre o doador do material fecundante e a criança advinda da técnica de reprodução assistida heteróloga. A condição de filho (a) estará vinculada ao casal que se utilizou desta técnica de reprodução assistida, havendo assim a equiparação com a adoção, como se encontra no texto do enunciado nº111 do CJF (13):

A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consangüíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.serão organizados em uma nova tabela para posterior comparação e discussão da temática.

3. REPRODUÇÃO ASSISTIDA E RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A reprodução assistida consiste em um conjunto de técnicas médicas e laboratoriais que tem por objetivo principal a gestação, sendo que ela é composta, como afirma Corrêa

(14), pela “[...] fertilização in vitro (FIV) e suas variantes; a inseminação artificial; a doação de óvulos, sêmen e embriões; o “empréstimo” de útero; o congelamento de embriões; o diagnóstico genético pré-implantatório; o assisted-hatching e as pesquisas com embriões”.

Em nosso ordenamento jurídico não existe uma lei específica que regularmente a reprodução assistida, mas existe a resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina (CFM) (15) que se encontra em conformidade com a legislação pátria, trazendo em seu bojo inúmeras determinações que precisam ser seguidas pelos médicos e pelas clínicas que oferecem este tipo de serviço.

Entre as determinações da referida resolução “é permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente” (15). No que tange aos embriões criopreservados excedentes caberá aos pacientes fazer por escrito uma declaração de vontade para determinar o descarte ou a destinação que terão os embriões em caso de “[...]divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los” (15).

Outra determinação importante é a cessão temporária de útero, que deve ser de forma gratuita, em casos em que não seja possível a gravidez na doadora de material genético, este recurso também poderá ser utilizado por pessoas solteiras e casais homoafetivos. Além disso, está determinado quem deverá ser a cedente e a documentação necessária que precisa estar anexada ao prontuário e que ficará arquivado na clínica prestadora do serviço.

A resolução, em estudo, também determina quais as responsabilidades que a clínica prestadora deste tipo de serviço possui, conforme segue:

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, pela coleta, pelo manuseio, pela conservação, pela distribuição, pela transferência e pelo descarte de material biológico humano dos pacientes das técnicas de RA (15).

Entre os documentos exigidos para utilização da reprodução assistida está o consentimento livre e esclarecido, que pode ser entendido como um processo que começa com a consulta médica onde serão explicadas as técnicas que poderão ser utilizadas em cada situação apresentada e suas consequências. Oliveira (16) afirma que “todo e qualquer procedimento no âmbito da procriação assistida deverá atentar para a inviolabilidade do direito à vida, à dignidade e ao respeito à pessoa humana, priorizado o livre-arbítrio do paciente devidamente informado”. E conforme a resolução 2.168/2017 do CFM :

O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade

das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida (15).

O (s) paciente (s) ao assinar consentimento livre e esclarecido assume (m) os eventuais riscos que podem ocorrer e isso pode servir para isentar o médico e a clínica de possíveis responsabilidades civis, sendo o risco assumido em razão do tratamento que pode não ter o resultado esperado, tendo-se em vista que na reprodução assistida não é absolutamente garantido o resultado pretendido.

A obrigação do médico está em utilizar dos meios necessários para tentar conseguir o resultado pretendido, assim sendo, a obrigação médica é de meio, podendo neste caso ser isento de culpa. Contudo, pela regra geral da responsabilidade civil médica, se o médico causar lesão ao paciente e for comprovada a sua culpa terá que responder juridicamente por isso. No que concerne a clínicas que oferecem o serviço de reprodução assistida, podem ser responsabilizadas pelas lesões que o médico causar ao paciente, desde que o médico seja seu preposto.

Se por parte da clínica houver erro quanto ao material genético utilizado na fertilização, ela será responsabilizada pelo dano moral que causou, bem como pelos danos patrimoniais. Também é responsabilidade, por determinação do CFM, da clínica guardar sigilo quanto a identidade dos doadores e dos receptores de material genético, principalmente para se evitar futuras contendas em razão dos direitos decorrentes da filiação, portanto, se esse sigilo for quebrado a clínica deverá responder por danos morais e, conforme for o caso, a responsabilidade também poderá engendrar danos patrimoniais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No planejamento familiar a reprodução assistida é parte importante e está intimamente ligada a presunção de paternidade. Por meio da presunção de paternidade a criança ao nascer pode registrada como filha daquele que se presume ser o pai, sem que exista a necessidade de fazer um exame de DNA, sendo isso válido tanto para o fim de relacionamentos como em casos de morte do pai antes do nascimento ou do registro da criança.

A presunção de paternidade reflete diretamente nos direitos de filiação e nos direitos sucessórios, principalmente naqueles casos onde ocorreu a reprodução assistida heteróloga e heteróloga post-mortem, se nesses casos não houvesse a presunção de paternidade para

garantir que a criança é filha daquele pai, ela poderia não ter direito a herança que lhe caberia.

Relacionada ao planejamento familiar está a responsabilidade civil médica no que concerne a reprodução assistida, porém, esta não possui uma norma específica, mas para sanar esta lacuna legal existem o Código de Ética Médica, as resoluções e recomendações do CFM, que devem ser acatadas pelos médicos e pelas clínicas.

As determinações do CFM estão sempre de acordo com a legislação pátria, servindo para garantir o menor risco possível de dano ao paciente e, servem como uma proteção na esfera jurídica para o médico e para as clínicas; neste contexto destaca-se o termo de consentimento livre e esclarecido, que na esfera cível poderá ser utilizado como um meio de prova para isentar os médicos e as clínicas da responsabilidade civil.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a professora Lívia Haygert Pithan e ao professor Paulo Vinicius Sporleder de Souza pelo incentivo para realização deste artigo.

REFERÊNCIAS

1. Brasil. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil** [Internet]. Brasília, DF;1988. [Acesso em 2018 nov. 12]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm
2. Slaibi N. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. [Acesso em 2018 nov.19]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3813-0/cfi/154!/4/4@0.00:15.9>
3. Lisboa RS. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. Vol.5. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. [Acesso em 2018 nov. 20]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502218819/cfi/40!/4/4@0.00:57.6>
4. Pereira CM. **Instituições de direito civil**. Vol. 5.25. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.[Acesso em 2018 nov. 20]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530974619/cfi/6/20!/4/94@0:88.0>
5. Brasil. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências [Internet]. Brasília, DF; 1996. [Acesso em 2018 nov. 21]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm
6. Gattiboni, RC. **Aspectos sociais, jurídicos e éticos do planejamento familiar [dissertação]**. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre (RS); 2004.
7. Brasil. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº**

10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil [Internet]. Brasília, DF, 2002. [Acesso em 2018 nov. 21]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm

8. Tartuce F. Direito civil: **Direito de Família**. Vol.5. 13. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. [Acesso em 2018 nov.11]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530978235/cfi/6/22!/4/774/4@0:66.7>

9. Fachin LE. **Comentários ao novo Código Civil (arts. 1.591 a 1.638): do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco**. Vol.18. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. [Acesso em 2018 nov.25]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4455-1/cfi/73!/4/4@0.00:0.00>

10. Brasil. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado 106**. [Internet]. Acesso em: 2018 nov.27. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>

11. Santos LF. Reprodução assistida e paternidade socioafetiva. **Direito de família, atualidades doutrinárias e jurisprudenciais do direito de família brasileiro**-Revista eletrônica [Internet]. 2011. [Acesso em 2018 nov. 28]. Disponível em: <http://direitodefamilars.blogspot.com/2011/06/doutrina-reproducao-assistida-e.html>

12. Fujita J S. **Filiação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.[Acesso em 2018 nov.27]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522466917/cfi/63!/4/4@0.00:0.00>

13. Brasil. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado 111**. [Internet].[Acesso em 2018 nov.27]. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/746>

14. Corrêa M. Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de filhos. **Revista Bioética** [Internet].2001[acesso em 2018 feb.14]; v.9 (2): 71-82, 2001. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/246/246

15. Brasil. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.168 de 2017**. Diário Oficial da União. 2017 nov. 10; Seção 1, p.73-74. [Acesso em 2018 fev. 04]. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/diarios/167361052/dou-secao-1-10-11-2017-pg-74?ref=next_button

16. Oliveira DC, Borges E. **Reprodução assistida: até onde podemos chegar? : compreendendo a ética e a lei**. São Paulo: Gaia,2000

Recebido em: 06/06/2019

Revisado em: 12/06/2019

Aceito em: 18/06/2019