

[orgs.]
Gustavo Borges
Maurilio Casas Maia

novos danos

na pós-modernidade



347.513
N945d



Belo Horizonte Av. Brasil, 1843,
Savassi, Belo Horizonte, MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007

São Paulo Av. Paulista, 2444,
8º andar, cj 82
Bela Vista – São Paulo, SP
CEP 01310-933

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Copyright © 2020, D'Plácido Editora.
Copyright © 2020, Os autores.

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios,
sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

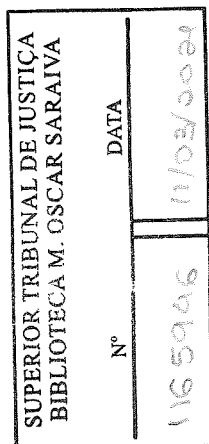
Editor Chefe Plácido Arraes

Editor Tales Leon de Marco

Produtora Editorial Bárbara Rodrigues

Capa, projeto gráfico Nathalia Torres

Diagramação Bárbara Rodrigues
Leda Érica Câmara
Nathalia Torres



Catlogação na Publicação (CIP)

1165946

N945 Carvalho Dias, Ronaldo Brêtas de
Novos danos na pós-modernidade / Gustavo Borges, Maurilio Casas Maia (organizadores)
- 1. ed., 1. reimp. – Belo Horizonte, São Paulo : D'Plácido, 2020.
496 p.

ISBN 978-655-05-906-42

1. Direito. 2. Direito do Consumidor. I. Borges, Gustavo. II. Maia, Maurilio Casas. III. Título.

CDDir: 342.5

Bibliotecária responsável: Fernanda Gomes de Souza CRB-6/2472

GRUPO
D'PLÁCIDO



Rodapé



Sumário

Prólogo.....	9
Fernando Antônio Vasconcelos	
Prefácio.....	13
Diógenes Faria de Carvalho	
Apresentação.....	19
Claudia Lima Marques	
1. O dano informativo do consumidor na era digital: uma abordagem a partir do reconhecimento do direito do consumidor como direito humano	25
Fernanda Nunes Barbosa	
2. A responsabilidade decorrente da publicidade abusiva: um novo tipo de dano?.....	55
Lúcia Souza d'Aquino	
3. Consolidação dos requisitos de aplicação da teoria da perda de uma chance no Direito brasileiro.....	77
Rafael Peteffi da Silva	

Rio Grande do Sul (Brasil), *Apelação Cível N° 70053841219*, 9ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, j. 29/5/2013.

_____. *Apelação Cível N° 70048073175*, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, j. 25/7/2012.

_____. *Apelação Cível N° 70029719267*, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, j. 9/12/2009.

_____. *Apelação Cível N° 599315207*, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roque Miguel Fank, j. 25/6/2003.

Stoco, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8ª ed., 2011.

Tepedino, Gustavo. A Responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: *Temas de direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. II, p. 83-121.

Vasconcelos, Fernando Antônio. Maia, Maurilio Casas. Algumas Peculiaridades da relação de consumo médico-paciente na visão da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: Vasconcelos, Fernando Antônio (Coord.). Durães, Hebert Vieira (Org.). *Temas Relevantes de Direito do Consumidor: doutrina e jurisprudência*. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012, p. 49-65.

_____. *Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo*. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

Diagnóstico genético embrionário e o nascimento indesejado:

*repercussões no campo
da responsabilidade civil¹*

Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira²

1190652

1. Notas introdutórias: nascimento indesejado e o diagnóstico genético pré-implantacional

Os avanços biotecnológicos, tal como o desenvolvimento acelerado da Biomedicina, têm propiciado o estudo de novas situações jurídicas a ensejar a aplicação do instituto da responsabilidade civil, que tem sido remodelado diante de novos danos e da necessidade da sua leitura pelas lentes dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da reparação integral do dano.

A maior previsibilidade da ocorrência de doenças por meio de diagnósticos mais precisos, a realização de exames outrora inimagináveis na fase da gestação (pré-natal) ou até mesmo antes de sua ocorrência, somados à aplicação do princípio da reparação integral do dano, leva o aplicador do Direito a analisar quais são os bens jurídicos mercedores de tutela e quais danos devem ser reparados e compensados. É o que ocorre,

¹ Agradeço a colaboração da Dra. Marcia Riboldi, diretora e responsável técnica da Igenomix Brasil, que esclareceu aspectos técnicos acerca do diagnóstico pré-implantacional, propiciando melhor análise jurídica e o diálogo multidisciplinar.

² Doutora e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduada em Advocacia Pública pela CEPED-UERJ. Pós-graduada em Direito da Medicina pelo Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra. Professora da Pós-Graduação *Lato Sensu* do Curso de Direito Civil-Constitucional do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino de Direito (CEPED-UERJ) e da Pós-Graduação da Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Professora da Universidade Unilasalle Rio de Janeiro. Tesoureira do Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil e Diretora Financeira do Instituto de Biodireito e Bioética – IBIOS. Advogada. E-mail: <paola@francesconilemos.com.br>.

por exemplo, no caso do nascimento “indesejado” de uma criança, fruto do uso da técnica de reprodução humana assistida, por erro no exame pré-implantacional ou por sua não realização por falta de indicação pelo médico. Qual seria o bem jurídico merecedor de tutela: i) o nascimento de uma criança portadora de uma doença; ii) a autonomia existencial reprodutiva com a alteração do projeto familiar; ou iii) a autodeterminação informacional?

As pessoas que se submetem às técnicas de reprodução humana assistida, entre elas a fertilização *in vitro* (FIV), podem fazer estudo para verificar a saúde genética dos embriões, a existência de doença hereditária, de doenças raras, ou a presença de alguma alteração cromossômica que ocasione o desenvolvimento de uma doença futura. Esses testes são denominados Diagnósticos Genéticos Pré-Implantacional³ (PGD) e são realizados no embrião obtido por FIV antes de sua implantação no útero da mulher.

Se o resultado do exame for positivo, ou seja, caso indique alguma doença, faz-se mister discutir as seguintes questões: i) seria possível o descarte do embrião; ii) caso o resultado tenha sido comprometido, poderia ser enquadrado como erro de diagnóstico; iii) a falha no exame comprometendo o resultado e, com isso, permitindo o nascimento de uma criança com doença, poderia ser caracterizado como um nascimento “indesejado” passível de ressarcimento e compensação de danos; iv) qual bem jurídico foi lesado; v) quais as espécies de danos ressarcíveis: dano patrimonial (despesas com tratamentos, medicamentos, pensão, entre outras), e/ou extrapatrimonial; e vi) quem sofreria os danos, os pais, a criança ou ambos?

A análise desses questionamentos se restringirá à interpretação da aplicação do instituto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio nos casos de nascimento “indesejado” por falha no diagnóstico pré-implantacional que impediu o descarte do embrião, afetando diretamente

³ “O diagnóstico genético pré-implantacional ou PGD (Pré-implantacional Genetic Diagnostic), consiste na retirada de célula de um embrião com 8 a 16 células, com a finalidade de executar exames capazes de diagnosticar patologias genéticas hereditárias. Trata-se, pois, de uma biópsia de célula embrionária. O procedimento permite ao médico analisar o material genético e chegar ao diagnóstico de mais de três mil doenças congênitas, entre as quais, a anemia falciforme, a doença de Tay-Sachs, a talassemia, a anencefalia, a miopatia de Duchenne etc. Não obstante, é importante frisar que os efeitos, a longo prazo, de se retirar uma célula-tronco do embrião, num estágio tão precoce, ainda não foram avaliados pelos cientistas”. ROCHA, Renata da. *O direito à vida e a pesquisa em células-tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 51.

a autonomia reprodutiva do (s) genitor (es) que optaram pelo exercício do planejamento familiar por meio das técnicas de reprodução assistida.

2. O diagnóstico genético pré-implantacional nas técnicas de reprodução humana assistida

As técnicas de reprodução humana assistida⁴ consistem na interferência, auxílio e facilitação da pessoa no processo da prática reprodutiva por meio da manipulação de gametas e embriões.⁵ Elas se dividem em: i) inseminação artificial, que ocorre quando a fecundação se dá de forma intracorpórea, ou seja, dentro do corpo da mulher e; ii) fertilização *in vitro*, que acontece quando a fecundação intercorre de manipulação em laboratório, portanto, de forma extracorpórea.⁶

A inseminação artificial, na definição de Paulo Olmos,⁷ é o método por meio do qual um cateter atravessa o colo do útero e “injeta no interior do órgão uma quantidade de aproximadamente um mililitro de meio de cultura com espermatozoides tratados.” Essa técnica é opção para casais em que a mulher possui pequenos distúrbios de ovulação e/ou o homem possui pouca concentração de espermatozoides ou para aqueles que optam por não ter relações sexuais ou que possuem relacionamentos homossexuais. Para essa técnica é possível utilizar a amostra de sêmen do marido, de companheiro da paciente (inseminação artificial homóloga), ou de terceiro, “doador” (inseminação artificial heteróloga).

⁴ “A Reprodução Humana Assistida (RHA) é, basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade e esterilidades satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade”. FREITAS, Márcia de; SIQUEIRA, Arnaldo A. F.; SEGRE, Conceição A. M. Segre. Avanços em reprodução assistida. *Revista Brasileira de Crescimento e o Desenvolvimento Humano*. 2008; 18 (1), p. 93.

⁵ Enunciado n. 105 da I Jornada de Direito Civil, do Conselho de Justiça Federal (CJF): As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida”.

⁶ Cf. BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo código civil. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Bioética, biodireito e o novo código civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Cap. 9, p. 226.

⁷ OLMOS, Paulo Eduardo. *Quando a cegonha não vem: os recursos da medicina moderna para vencer a infertilidade*. São Paulo: Carrenho Editorial, 2003, p. 187.

A técnica da fertilização *in vitro*, introduzida no ano de 1978, com o nascimento do primeiro bebê de proveta, Louise Brown, na Inglaterra, na definição de Olmos,⁸ «é um método que promove em laboratório o encontro entre os espermatozoides e um óvulo colhido após tratamento com indutores.» Explica o autor que, após a coleta dos gametas (óvulos e espermatozoides), estes são transferidos para o mesmo caldo de cultura, no qual começam a interagir naturalmente, formando, em seguida, os embriões que serão transferidos para o útero da mulher. Além desse método, há a fertilização *in vitro*, realizada por meio de injeção intracitoplasmática de espermatozoide – FIV/ICSI, que surgiu no início dos anos 1990 e é considerada por muitos a descoberta mais importante para a medicina reprodutiva depois da FIV clássica. Nesta, ocorre a injeção de um único espermatozoide no citoplasma do óvulo, com posterior transferência para a cavidade uterina.⁹

A fertilização *in vitro* se subdivide a partir da origem do material biológico utilizado, podendo ser homóloga ou heteróloga. A FIV será *homóloga* quando o material genético empregado na fecundação for exclusivamente do casal que assumiu o projeto parental ou *heteróloga* quando parte ou todo o material genético for de terceiro, “doador” anônimo.¹⁰

As etapas que envolvem a fertilização *in vitro* foram aprimoradas e, atualmente, o procedimento está mais simples, eficaz e seguro, sendo possível realizar outros procedimentos após a FIV/ICSI, tais como o diagnóstico genético pré-implantacional – PGD, desenvolvido na década de 80 e 90,¹¹ que permite aumentar a segurança da gestação em casos específicos.

⁸ OLMOS, Paulo Eduardo. *Quando a cegonha não vem: os recursos da medicina moderna para vencer a infertilidade*, cit., p. 189.

⁹ PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas Atuais de Bioética*. 8. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2008, p. 397.

¹⁰ Cf. Marilena Corrêa: “Nas técnicas heterólogas (IA-D, FIV-D), que envolvem o recurso à doação, não existe coincidência entre a origem da demanda por reprodução (os chamados “pais sociais”) e a origem dos gametas que a tornam possível (os pais e mães biológicos), o que pode resultar em uma variada possibilidade de combinações parentais [...]” CORRÊA, Marilena Cordeiro Dias Vilela. *Bioética e reprodução assistida. Infertilidade, produção e uso de embriões*. In: LOYOLA, Maria Andréa (Org.). *Bioética, reprodução e gênero na sociedade contemporânea*. Brasília: Letras Livres, 2005, p. 58.

¹¹ TELES, Natália Olivia. *Diagnóstico Genético Pré-Implantação – Aspectos Técnicos e Considerações Éticas*, *Acta Med Port.* 2011; 24(6):987-996. Disponível em: <<http://repositorio.insa.pt/handle/10400.18/913>> Acesso em: 27 dez. 2018.

O Diagnóstico Genético Pré-Implantacional¹² se dá por meio da realização de um exame genético de precaução realizado em células embrionárias antes de [se se referir às células mudar para “sua transferência”] para o útero da mulher (materno ou da gestante por substituição¹³) sem que o embrião sofra prejuízos¹⁴ e possa se desenvolver normalmente.

O objetivo do teste é detectar a existência de anomalia grave, de doenças genéticas (PGD ou PGT-M) ou cromossômicas (PGS – screening genético pré-implantacional ou PGT-A) em embriões gerados por técnicas de reprodução *in vitro* e que ainda não foram transferidos ao útero materno, permitindo melhor resultado além de evitar abortos espontâneos.

Existem dois tipos de exames genéticos: i) o PGT-A (Teste Genético Pré-implantacional – Aneuploidias)¹⁵ detecta possíveis alterações no número ou forma de cromossomos; e ii) o PGD (Diagnóstico Genético Pré-implantacional) serve para casos muito específicos em pessoas que tenham histórico familiar de doença genética. Esses dois exames geralmente são feitos com a mesma amostra de células de embrião, mas como são estudos específicos, seguem protocolos de análises diferentes.

Esse tipo de diagnóstico genético é feito de forma direcionada, geralmente é solicitado por casais que têm alto risco de gerarem filho com doenças genéticas ou que já possuem as doenças ou filhos com doenças genéticas. Além desses casos é comum investigar alterações cromossômicas no DNA em material de mulheres com idade avançada e, cujo maior risco, é gerar criança com alterações tais, como, por exemplo, as trissomias (síndrome de Down – trissomia do cromossomo 21, síndrome de

¹² Na Espanha, a Lei n. 14/2006, de 26 de maio, dispõe sobre as técnicas de reprodução humana assistida e trata do diagnóstico pré-implantacional nos arts. 12 e 13. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>> Acesso em: 20 dez. 2018.

¹³ Brasil. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 2.168 de 10 de novembro de 2017. Autoriza, no item VII, a situação denominada gestação de substituição, caso exista alguma impossibilidade médica que impeça ou contraindique a gestação, ou nos casos de união homoafetiva e família monoparental. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

¹⁴ Ainda não há certeza quanto aos impactos no embrião quando da coleta da amostra para realização do exame. Mas há quem defenda que não atinge. Ver: Disponível em: <http://www.vidafertil.com.br/uploads/pdf/diagnostico_genetico_pre-implantacional.pdf> Acesso em: 20 dez. 2018.

¹⁵ Em Portugal, a Lei n.º 32/2006 trata do diagnóstico genético pré-implantação nos artigos 28 e 29. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/539239/details/normal?!=1>> Acesso em: 20 dez. 2018.

Edwards – trissomia do cromossomo 18). Geralmente o PGD é indicado nos casos de aneuploidias,¹⁶ alteração de número ou formas de doenças de herança monogênica,¹⁷ anormalidades cromossômicas; sexagem para evitar doenças ligadas ao X e sexagem social; aborto de repetição; falhas de tratamentos prévios de FIV, entre outras situações.¹⁸

A opção pelo uso das técnicas de reprodução humana pode ocorrer por diversos motivos, entre eles: i) infertilidade; ii) impossibilidade de procriação em virtude do arranjo familiar escolhido (família monoparental, casais homoafetivos etc.);¹⁹ iii) opção por não ter relação sexual; iv) selecionar embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças; v) uso para tipagem do sistema HLA (*Human Leukocyte Antigens*)²⁰ do embrião no intuito de selecionar embriões HLA-compatíveis com algum irmão já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco²¹ retiradas do cordão

¹⁶ “[...] A aneuploidia é a anormalidade no número de cromossomas em células individuais. Mulheres com mais de 35 anos tem altas taxas de embriões com aneuploidia, associada a falhas de implantação na FIV. A hibridização fluorescente *in situ* (FISH) em blastômeros dos pré-embriões antes da transferência pode detectar as aneuploidias, evitando a transferência dos embriões comprometidos”. CORLETA, Helena Von Eye. Fertilização *in vitro*: mais de 4 milhões de crianças nascidas e um prêmio nobel. *Revista do Hospital de Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 30, n. 4, p. 451-455, 2010.

¹⁷ Acerca das doenças genéticas causadas por uma falha ou mutação em um único gene. Os exemplos mais comuns desses tipos de doenças são a fibrose cística, a hemofilia, a síndrome do X frágil, a distrofia miotônica e a doença de Huntington. Disponível em: <<https://sbra.com.br/noticias/tecnologia-permite-evitar-doencas-no-filho-antes-do-nascimento/>> Acesso em: 20 dez. 2018.

¹⁸ Cf. Disponível em: <<https://sbra.com.br/noticias/conheca-os-diferentes-tipos-de-exames-geneticos-utilizados-na-reproducao-assistida/>> Acesso em: 20 dez. 2018.

¹⁹ Cf. BARBOZA, Heloisa Helena. Direito dos transexuais à reprodução. In: Maria Berenice Dias. (Org.). *Direito das famílias*. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 264-279.

²⁰ “O HLA (Human Leucocyte Antigen, antigênes) de leucócitos, de glóbulos brancos do homem permitem a definição das compatibilidades necessárias aos transplantes, de órgãos e de tecidos. [...]” BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Vida humana e ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito: normas internacionais da bioética*. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI*, v. 14, n. 56, jul./set. 2006, p. 113-161.

²¹ A respeito desse tema e da análise de sua admissibilidade à luz do ordenamento jurídico português merece a leitura: OLIVEIRA, Guilherme. Um caso de seleção de embriões. In: OLIVEIRA, Guilherme. *Temas de direito da medicina*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 277-288.

umbilical (a criança gestada para esse fim recebe o nome de *savior sibling*, bebê-remédio ou bebê-salvador).²²

O resultado desse exame pode gerar três opções: i) implantação do embrião independentemente do resultado; ii) o descarte do embrião; e iii) a manipulação genética, intervenção no genoma daquele embrião para melhorar a vida futura – seleção de fatores hereditários – otimização de fatores desejáveis. Tudo a depender também do aconselhamento genético.²³

Além da investigação genética por meio de diagnóstico genético embrionário, pré-implantacional, também existe a possibilidade de diagnóstico pré-natal, mas, nesse caso, o diagnóstico será feito em um embrião já implantado no útero da mulher. Exemplo de exame pré-natal é a amniocentese, que é o procedimento de retirada de líquido amniótico com cerca de 16 semanas de gravidez para detecção de doenças genéticas. A vantagem do diagnóstico genético pré-implantacional em relação ao pré-natal é que na segunda hipótese, no caso de um resultado anormal, há de se enfrentar a questão do abortamento, diferentemente do que ocorre no caso do DPG, cujo procedimento é feito antes da gravidez, no embrião fora do útero, atraindo outros debates atrelados à possibilidade de descartes de embriões.

Essas inovações tecnológicas, no entanto, trazem consigo dilemas jusfilosóficos, éticos acerca da pré-seleção²⁴ e manipulação de embriões

²² A respeito do uso da técnica de reprodução para esse fim, merece trazer à baila decisão que tratou da cobertura pelo plano de saúde dos procedimentos médicos: SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 1074857-06.2014.8.26.0100. Relator Desembargador Piva Rodrigues. São Paulo, 07 de março de 2017.

²³ Aconselhamento genético pré-conceptivo ou pré-natal (art. 2º, XIV Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos) (xiv) Aconselhamento genético: procedimento que consiste em explicar as consequências possíveis dos resultados de um teste ou de um rastreio genético, suas vantagens e seus riscos e, se for caso disso, ajudar o indivíduo a assumir essas consequências a longo prazo. O aconselhamento genético tem lugar antes e depois do teste ou do rastreio genético; Disponível em: <http://bvsmns.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf> Acesso em: 20 dez. 2018.

²⁴ O diagnóstico genético implantacional também pode ser usado para seleção de embriões com alguma deficiência como surdez ou nanismo. Esse é o caso de famílias e comunidades surdas que anunciam suas preferências por embriões surdos em detrimento de embriões ouvintes, isto é, famílias de surdos, por meio das tecnologias reprodutivas, escolhem embriões surdos e descartam embriões ouvintes, provocando os limites do modelo ético dominante na genética. O argumento é a defesa da soberania da autonomia reprodutiva das pessoas e o argumento de que se trata de adequação familiar e cultural. A respeito do tema a reportagem: Disponível

e que acabam por acarretar a instrumentalização da pessoa humana, mas que não serão abordados em razão dos limites do presente artigo. Apenas a título de reflexão, destacam-se alguns questionamentos: i) a pessoa só será digna de existência e desenvolvimento após exame genético?; ii) quais seriam os limites da terapia gênica?;²⁵ iii) a seleção provocaria discriminação (art. 3º, IV, CF)?; iv) como proteger os dados genéticos?;²⁶ v) seria uma forma de seleção da vida humana?;²⁷ vi) é possível que haja intervenções eugênicas de tratamento?;²⁸ 29 vii) seria legítimo a engenharia

em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Ciencia/0,,AA1382608-5603,00-PAIS+U-SAM+GENETICA+PARA+ESCOLHER+FILHOS+COM+DEFEITO.html>> Acesso em: 28 dez. 2018. DINIZ, Debora. Autonomia reprodutiva: um estudo de caso sobre a surdez. Cad. Saúde Pública [online]. 2003, vol. 19, n.1, pp.175-181. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102=311-2003000100019X&script=sci_abstract&tlng=pt> Acesso em: 30 dez. 2018.

²⁵ A terapia gênica é o instrumento capaz de promover a alteração do material genético do “doente” por meio da inserção de nova sequência de DNA. Se realizada em célula-tronco, a alteração será transmitida no momento da replicação genética e da diferenciação celular. Existem duas espécies: i) terapia somática (alteração genética em células que possuem material genético completo (2N). A mudança no material genético atinge tão somente o indivíduo envolvido no tratamento (“correção genética”); ii) terapia gênica germinativa (aquela que se opera em células reprodutoras (N), seja nos gametas, propriamente dito, óvulos e espermatozoides, ou nas estruturas celulares que o antecedem, como o ovócito. Atinge toda a descendência envolvida, pois a modificação é passada às gerações futuras. BARBAS, Stela. Testes genéticos, terapia gênica, clonagem. In: ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Estudos de Direito da Bioética*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 309-328.

²⁶ Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos. Disponível em: <http://bvms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf> Acesso em: 20 dez. 2018.

²⁷ Débora Gozzo faz crítica acerca do uso diagnóstico pré-implantatório que tem por objetivo descobrir se o embrião é saudável ou não para fins de implantação na mulher e o fato de se caracterizar como forma de busca pela perfeição humana. GOZZO, Débora. Diagnóstico pré-implantatório e a busca pela perfeição humana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 92, p. 327-352, 2015.

²⁸ Art. 13 da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina: Disponível em: <<http://www.arsalentejo.min-saude.pt/utentes/ces/Documents/Conven%C3%A7%C3%A3o%20de%20Oviedo.pdf>> Acesso em: 20 dez. 2018.

²⁹ “I – Princípios Gerais [...] 5. As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto para evitar doenças no possível descendente.” BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 2.168/2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> Acesso em: 1º jun. 2018.

genética de melhoramento?;³⁰ viii) é possível a pesquisa feita em embriões?; ix) cabe realizar a escolha de sexo?;³¹ x) haveria limite para formação de embriões; e xi) o que fazer com os excedentários ou supranumerários?.³²

Quanto ao descarte dos embriões, em caso de diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças, segundo a Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina – CFM (item VI.1), é possível mediante decisão dos pacientes participantes do processo de reprodução humana assistida que podem consentir de forma livre e esclarecida ou optar pelo envio para pesquisa. Além disso, caso os embriões estejam criopreservados com três anos ou mais também poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes (item V. 4).

Essa norma tem cunho deontológico e, apesar de sua força normativa,³³ não afasta as indagações acerca de sua constitucionalidade, principalmente se houver a possibilidade de o descarte ser considerado

³⁰ O art. 7º da lei portuguesa, Lei n. 32/2006, proíbe melhoramento genético, escolha de sexo, nesse caso salvo para doença genética ligada ao sexo. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/539239/details/normal?l=1>> Acesso em: 20 dez. 2018.

³¹ Projeto de Lei n. 1.184/2003, que define normas para realização de inseminação artificial e fertilização *in vitro*; art. 15: “A pré-seleção sexual será permitida nas situações clínicas que apresentarem risco genético de doenças relacionadas ao sexo, conforme se dispuser em regulamento.” Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>> Acesso em: 20 dez. 2018. Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina: Artigo 14º – Não selecção do sexo – Não é admitida a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida para escolher o sexo da criança a nascer, salvo para evitar graves doenças hereditárias ligadas ao sexo. Disponível em: <<http://www.arsalentejo.min-saude.pt/utentes/ces/Documents/Conven%C3%A7%C3%A3o%20de%20Oviedo.pdf>> Acesso em: 20 dez. 2018.

³² Ver art. 15 do Código de Ética Médica que veda ao médico certos atos atrelados à fecundação artificial, inclusive ocorrência de embriões supranumerários. O Projeto de Lei n. 4.892/2012 da Câmara dos Deputados, que dispõe sobre a instituição do Estatuto da Reprodução Assistida, impõe algumas restrições no art. 6º e veda produção de embriões supranumerários no art. 28. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3A0A91C6FC3E-D4844E958E21D3222224.proposicoesWebExterno1?codteor=1051906&filenome=PL+4892/2012> Acesso em: 20 dez. 2018.

³³ Existe dissenso acerca do caráter vinculativo da norma deontológica. Cf. OTERO, Marcelo Truzzi. Contratos de gestação por outrem gratuitos e onerosos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (Coords.). *Dos Hospitais aos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 279. Cf. DANTAS, Eduardo; CHAVES, Mariana. Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida: comentários à resolução 2.121/2015 CFM, Rio de Janeiro: GZ, 2018, p. 28.

uma violação à vida humana. Não há uma posição unânime quanto à natureza jurídica do embrião³⁴ e o ordenamento jurídico pátrio não é expreso quanto a sua tutela. O Código Civil (CC) apenas assegura o direito dos nascituros³⁵ (art. 2º,³⁶ 542, 1.779), e se refere ao embrião tão somente quando trata da filiação em caso de reprodução assistida homóloga e heteróloga (art. 1.597, III, IV,V). Por isso, deve-se fazer uma busca hermenêutica dentro da axiologia constitucional partindo de algumas indagações: o embrião deve ser tratado como pessoa humana? Quando se inicia a vida? Essa última pergunta perpassa por debates em diferentes planos, tais como, éticos, jurídicos, biológicos e filosóficos.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou algumas dessas questões ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510,³⁷ na qual foi impugnada a constitucionalidade do artigo 5º da Lei n. 11.105, de 24/03/2005, regulamentada pelo Decreto n. 5.591/2005, que se refere às pesquisas com células-troncos embrionárias. A ação foi julgada improcedente, pois o estudo em células-tronco embrionárias para fins terapêuticos, em suma, não implica na violação do direito à vida. Ressaltou-se que quando as normas se reportam aos “direitos da pessoa humana” e até aos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea, diz respeito aos direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar).

De acordo com o voto condutor do relator, Ministro Ayres Britto, deve-se diferenciar o embrião do feto e da pessoa humana, não havendo

³⁴ Cf. BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. Estatuto Ético do Embrião Humano. In: Daniel Sarmento; Flavio Galdino. (Org.). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Prof. Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. , p. 527-549.

³⁵ Projeto de Lei n. 478/2007 da Câmara dos Deputados dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7FDC2C1C8D0C7075A8F616AC66040D4E.node2?codteor=1102104&filename=Avulso+-PL+478/2007> Acesso em: 20 dez. 2018.

³⁶ Projeto de Lei n. 699/2011 da Câmara dos Deputados dispõe sobre alteração ao Código Civil: “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do embrião e os do nascituro.”. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=494551>> Acesso em: 28 dez. 2018

³⁷ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&-docID=611723>> Acesso em: 20 dez. 2018.

de se falar em pessoa humana embrionária, mas em embrião de pessoa humana. O “embrião *in vitro* apenas não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, pois lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepêtil”. A proteção deve se dar de forma diferenciada, de acordo com cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Apesar de o tratamento do embrião antes de sua implantação ser distinto do nascituro e da pessoa humana, também é merecedor de tutela, mas em grau diverso.

O diagnóstico pré-implantacional passa a assumir importante papel no processo decisório da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. O planejamento familiar (art. 226, §7º, CF; Lei 9.267/96),³⁸ calcado na autonomia existencial reprodutiva, englobado pelo direito ao corpo (art. 5º, CF; art. 13 e 15 do Código Civil), que compreende o acesso a um serviço de saúde que o assegure, e que atrai a paternidade responsável, é uma decisão livre da pessoa, até porque a Constituição Federal não o impõe (art. 5º, II). Por isso, abre-se espaço para a possibilidade de descarte, principalmente, quando for detectada uma doença que comprometa a própria vida humana, mas deve-se ter em vista o seu potencial, pelo que merece uma melhor regulação no seu cuidado por parte do ordenamento jurídico e dos aplicadores do direito.

A falha no diagnóstico pré-implantacional que deixou de detectar uma doença genética pode afetar diretamente o planejamento familiar, com diversas consequências no plano patrimonial e extrapatrimonial da família. Seja em razão da perda da oportunidade de realizar o descarte do embrião ou seu tratamento, e com a sua implantação ter a ocorrência da gravidez e o nascimento de uma criança acometida por determinada doença, o que atinge a integridade psicofísica do (s) genitor (es), privando-os (s) da possibilidade de escolher entre ter ou não filhos, seja pela impossibilidade de realizar tratamento para obter a cura ou a sobrevida

³⁸ Artigo 12º. Direito ao casamento: A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf> Acesso em: 30 dez. 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde. Resolução Normativa - RN n. 428, de 7 de Novembro de 2017. Disponível em <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzUwMg>> Acesso em: 4 jan. 2019.

nos casos em que isso é possível. Essa hipótese acaba por atrair a análise das teorias que versam acerca do nascimento indesejado e os danos deles decorrentes e que merece maior estudo para melhor definir que espécies de danos devem ser ressarcidos: o nascimento de uma criança por si só ou a violação à autonomia reprodutiva dos pais em virtude da alteração do seu projeto de vida, e, em alguns casos, a autodeterminação informativa.

Alguns casos concretos em âmbito internacional e pátrio envolvendo a procriação humana deram ensejo ao desenvolvimento de determinadas teorias denominadas: i) *wrongful life* (vida equivocada); ii) *wrongful birth* (nascimento equivocado); iii) *wrongful conception* (*pregnancy*); e iv) *wrongful adoption*.

A primeira teoria, *wrongful life*,³⁹ diz respeito à vida indesejada. São os casos em que a própria criança, por representação legal, propõe ação de indenização em face do médico, do hospital, da clínica e/ou do laboratório por ter nascido com alguma sequela ou deficiência que poderia ter sido identificada por meio de exames, ou de um diagnóstico correto,

³⁹ Vera Lúcio Raposo aponta alguns casos que envolvem as *wrong actions* no início da vida. Nos EUA, o primeiro processo relacionado à *wrongful life action* foi “*Curlener v. Bio-Science Laboratories*, no qual uma criança afectada pela doença de Tay-Sachs e os seus pais (estes num processo de *wrongful birth*) accionaram o laboratório que estes últimos tinham procurado para determinar se eram ou não portadores de Tay-Sachs, tendo o referido laboratório emitido um juízo negativo. O Supreme Court da Califórnia começou por distinguir este caso dos precedentes e afastou a sua rejeição com base na suposta dificuldade no cálculo do dano. Desconsiderou igualmente certas concepções morais sobre a vida que continuavam a dominar a apreciação jurídica destas questões. Segundo o Tribunal, pouco releva o facto de que a criança não houvera nascido sem a negligência dos arguidos. Mas já releva a circunstância de ela ter efectivamente nascido, e é no cenário concretamente existente que se deve avaliar se tem direito a ser ressarcida dos danos que sofre.” Na Europa, destacou o caso famoso e conhecido como caso Perruche, em que “Nicolas Perruche nasceu com fortes deficiências (síndrome de Gregg: lesões auditivas e visuais, cardiopatias e neuropatias), em consequência da rubéola contraída pela mãe durante a gravidez (sendo que a mulher chegou a informar os médicos da história clínica da sua família que poderia colocar em risco a criança, e avisou que caso existisse a possibilidade de esta nascer com problemas preferiria abortar) mas que não foi detectada, pelo que os pais accionaram o médico e o laboratório.” RAPOSO, Vera Lúcia. *As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica*. Publicado por Imprensa da Universidade de Coimbra. Disponível em <[https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/4210/1/8%20-%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%CC%81cio%20da%20vida%20\(wrongful%20conception,%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life\)%20e%20a%20responsabilidade%20me%CC%81dica.pdf?ln=eng](https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/4210/1/8%20-%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%CC%81cio%20da%20vida%20(wrongful%20conception,%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life)%20e%20a%20responsabilidade%20me%CC%81dica.pdf?ln=eng)> Acesso em: 27 dez. 2018, p. 71. A respeito do caso Perruche na doutrina nacional vale a leitura: BODIN DE MORAES, Maria Celina; KONDER, Carlos Nelson de Paula. *Dilemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 177-178.

o que permitiria a prática do aborto e, consequentemente, a garantia do direito de não nascer.

A segunda, *wrongful birth*,⁴⁰ por sua vez, se refere ao nascimento injusto em que os pais da criança propõem ação de indenização contra o médico, o hospital, a clínica e/ou o laboratório por erro de diagnóstico ou por falta de informação a respeito das condições do feto, também abalando o direito de praticar o aborto, tendo o nascimento de uma pessoa enferma gerado gastos extras e dano moral.

Já no caso da *wrongful conception* ocorre uma concepção indevida, uma gravidez indesejada, não obstante as pessoas tenham feito uso dos mecanismos cabíveis para impedir a procriação. A gravidez ou concepção indevida pode decorrer de defeitos nos métodos contraceptivos, de falhas

⁴⁰ No que diz respeito às ações de *wrongful birth*, Vera Lúcia Raposo destaca nos EUA um caso julgado no tribunal de New Jersey, no ano de 1967, “quando uma mulher apresentou ao tribunal um pedido de indemnização contra o médico que não a informou dos riscos que uma rubéola no início da gravidez poderia acarrear – e efectivamente no caso assim sucedeu – para o feto (embora o aborto fosse ilegal no estado de New Jersey não o era no vizinho estado de New York, onde ela poderia ter abortado aquele feto gravemente mal-formado). O tribunal rejeitou a sua pretensão, com base nos seguintes argumentos: i) a proibição que reinava no estado quanto ao aborto; ii) a impossibilidade de calcular o dano alegado; iii) a contrariedade de tal pedido face à ordem pública. Mas ainda assim uma das opiniões dissidentes deu razão à sua angústia, que obteve também simpatia em largos sectores doutrinários, embora sempre se debatendo com a enorme dificuldade em determinar um quantitativo indemnizatório, porquanto é muito difícil calcular a diferença entre uma existência com o peso de deficiências graves e uma não existência, como ficou assinalado neste caso Gleitman. A primeira vez que um tribunal superior deu satisfação a um pedido destes foi em 1978 – curiosamente, ou não, pouco tempo depois da legalização do aborto – no caso *Becker v. Schwartz*, a propósito de um médico que não informou os perigos acrescido de síndrome de Down em gravidezes de mulheres de idade avançada.” Na Europa, Vera Raposo cita o caso julgado na Alemanha, em 1982, pelo Tribunal de Apelação de Munique, que “negou provimento ao pedido de indemnização por negligência médica apresentado pelos pais e pelo filho que nascera com severas malformações em virtude de não ter sido diagnosticada à mãe uma rubéola que a atacou durante a gravidez, mas esta decisão veio a ser parcialmente rebatida pelo Bundesgerichtshof, que reconheceu a existência de uma pretensão contratual dos pais, decisão esta que foi depois repetida em múltiplos casos posteriores.” RAPOSO, Vera Lúcia. *As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica*. Publicado por Imprensa da Universidade de Coimbra. Disponível em <[https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/4210/1/8%20-%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%CC%81cio%20da%20vida%20\(wrongful%20conception,%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life\)%20e%20a%20responsabilidade%20me%CC%81dica.pdf?ln=eng](https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/4210/1/8%20-%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%CC%81cio%20da%20vida%20(wrongful%20conception,%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life)%20e%20a%20responsabilidade%20me%CC%81dica.pdf?ln=eng)> Acesso em: 27 dez. 2018. p. 67-68.

nas cirurgias esterilizantes ou de falhas nos procedimentos abortivos, que também dão ensejo à propositura de ação proposta contra os médicos, hospitais e/ou laboratórios.

E, por último, as pretensões de uma *wrongful adoption*, quando o estado de saúde de uma criança adotada foi escondido ou distorcido dos adotantes.

No Brasil, os casos de nascimento indesejado já foram enfrentados em ações em que ocorre falta de informação ou erro médico nas cirurgias de esterilização (laqueadura, vasectomia), erro de diagnóstico e nos casos de falha nos métodos contraceptivos (pílula de farinha).⁴¹

Em se tratando de falha no diagnóstico pré-implantacional aplicar-se-ia as duas primeiras teorias, a *wrongful life* (vida equivocada) e a *wrongful birth* (nascimento equivocado), mas o presente artigo se restringirá à *wrongful birth*, pois a análise será feita na perspectiva da violação à autonomia reprodutiva, do projeto parental.

3. A reparação integral e o dano sofrido pelo (s) genitor (es) pelo nascimento indesejado

A cada fato decorrente da evolução biotecnológica vivenciada pela sociedade contemporânea surgem novos meios lesivos e, portanto, novos interesses mercedores de tutela. Caberá ao aplicador do direito observar o ordenamento jurídico como um todo, a fim de individualizar a normativa adequada à hipótese, a partir das peculiaridades que circundam as novas situações, identificando-se a solução jurídica mais adequada e o ordenamento do caso concreto. Aplicar-se-á, no caso de erro de

⁴¹ Cabe trazer à baila os seguintes julgados a título de ilustração: RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação / Reexame Necessário n. 0038863-76.2007.8.19.0001. Relatora Desembargadora Odete Knaack de Souza. Rio de Janeiro, 02 de abril de 2013.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 720930 / RS. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 20 de outubro de 2009.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1096325/SP. Relatora Ministra Nancy Andrigh. Brasília, 09 de dezembro de 2008. Cf. HOLANDA, Caroline Sátiro de. Violação à liberdade reprodutiva: uma análise dos pressupostos da responsabilidade civil para os casos de *wrongful birth* e *wrongful life*. In: XXI Congresso Nacional do Conpedi, 2012, Niterói. XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: FUNJAB, 2012. VILELA, Renata. A Responsabilidade Civil por nascimento indesejado no direito brasileiro. In: Teixeira, Ana Carolina Brochado; Dadalto, Luciana. (Org.). *Dos Hospitais aos Tribunais*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 221-256

diagnóstico ou de falha na informação dos exames genéticos pré-implantacionais, o instituto da responsabilidade civil regulado no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor e que é orientado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e da solidariedade (art. 3º, I, CF) e da reparação integral (art. 5º, V, X, XXII, CF c/c art. 944 do CC). Nesses casos, é necessário identificar os elementos caracterizadores do dever de indenizar, em especial os danos passíveis de reparação.

A realização do diagnóstico genético pré-implantacional implica na atuação de diversos agentes,⁴² tais como os médicos especialistas em ginecologia, em obstetrícia, os geneticistas, os biólogos, os biomédicos, os embriologistas etc., que atuam no processo de procriação medicamente assistida, combinando a técnica da fertilização *in vitro* com a análise genética do material embrionário. Além desses profissionais, há a participação das clínicas especializadas em reprodução humana assistida, nas quais são realizadas as técnicas e os tratamentos de procriação, e onde serão colhidas as células para o DGP; os laboratórios que realizam exames de genética e utilizam várias técnicas avançadas para análise do material; e, por fim, os fornecedores dos equipamentos de análise do material genético.

A complexidade das técnicas para realização do DGP dificulta a identificação dos problemas que podem afetar e comprometer o exame e seu resultado, mas que não afastam a possibilidade de ocorrer erro no diagnóstico. É possível que ocorra falha por parte do médico,⁴³ do biólogo ou do bioquímico por alguma negligência, imprudência ou imperícia ao laudar ou orientar o paciente, ou por outra causa técnica que comprometa o resultado do exame.

O nascimento de uma criança em virtude da implantação de embrião formado pela técnica da fertilização *in vitro* com alguma doença genética

⁴² Em virtude dos limites do trabalho e por não ser usual a cobertura de exames genéticos pré-implantacional pelos planos e seguros de saúde, não será abordada sua eventual responsabilidade civil, a despeito dos tribunais terem condenado os planos de saúde em casos de erro de diagnóstico praticado por laboratórios a eles credenciados aplicando a responsabilidade civil solidária e o Código de Defesa do Consumidor, pois a questão foge dos limites do presente trabalho. Cabe menção o seguinte julgado: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1442794 / DF. Relator Ministro Marco Buzzi. Brasília, 16 de dezembro de 2014.

⁴³ Gustavo Borges divide os erros médicos em três tipos: (i) erro de diagnóstico; (ii) erro de tratamento e; (iii) erro na relação com o paciente, e define o erro de diagnóstico como. BORGES, Gustavo Silveira. Entre a falibilidade humana e o erro: proposta de delimitação e classificação do erro médico. *Revista Quaestio Iuris*, v. 11, p. 1963-1983, 2018.

não necessariamente decorre de um diagnóstico genético pré-implantacional errado. Pode ocorrer, por exemplo, de o resultado do exame tiver sido apenas parcial ou de a criança sofrer de alguma patologia que não foi objeto de estudo no exame, como ocorre nos casos do PGS (screening genético pré-implantacional) em que o exame é feito para identificar a existência de determinada doença rara, ou porque os limites da ciência da época impedem determinadas investigações. Além disso, pode ocorrer um erro na colheita do material ou pode ser que a célula escolhida aleatoriamente ao microscópio para o diagnóstico pode não representar as características genéticas do embrião (mosaicismo).

As pessoas que se submetem ao processo de reprodução humana assistida são pacientes que devem ser plenamente esclarecidos acerca das técnicas possíveis (inseminação artificial, fertilização *in vitro*) e da possibilidade de realização do diagnóstico pré-implantacional, que pode ser útil para o sucesso do procedimento, além de poder identificar doenças genéticas e alterações cromossômicas. Os médicos devem atuar com cuidado, guardar sigilo, confidencialidade, empregar todas as técnicas disponíveis, aprovadas pela comunidade científica e legalmente permitidas,⁴⁴ e manter seus pacientes bem informados.

O dever de informar do médico, que se estende às clínicas e laboratórios, deriva do direito do paciente à informação e tem sustentáculo nos princípios jurídicos (dignidade da pessoa humana, autonomia, boa-fé), bioéticos⁴⁵ (autonomia, beneficência, não maleficência, justiça) e em normas deontológicas (artigos 12, 13, 22, 34, 36, §1º, 42, 44, 53, 54, 55 do Código de Ética Médica – CEM).⁴⁶

⁴⁴ Resolução 2.217/2018, novo Código de Ética Médica: XXVI – A medicina será exercida com a utilização dos meios técnicos e científicos disponíveis que visem aos melhores resultados.

⁴⁵ Tom L. Beauchamp e James Childress consagraram a Bioética principialista, que tem o objetivo de estabelecer uma teoria capaz de orientar a prática médica e biomédica por meio de princípios que orientarão as decisões morais tomadas diante de conflitos éticos concretos. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Princípios da ética Biomédica. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. p. 579. Para além da teoria principialista da Bioética, na década de 1990, novas teorias ganharam corpo, como: i) a bioética da intervenção; ii) a bioética da proteção; iii) a bioética feminista e antirracista; e iv) a bioética da teologia da libertação.

⁴⁶ BRASIL. Conselho Federal de Medicina – CFM. Recomendação n. 1, de 21 de janeiro de 2016. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/recomendacoes/BR/2016/1>>. Acesso em: 30 dez. 2018.

No ordenamento jurídico o direito à informação se extrai da Constituição Federal (artigo 5º, XIV, XXXIII, LXXII), do Código de Defesa do Consumidor (artigos 4º, IV, 6º, III, 8º, 9º, 12, 14, 20, 30, 31, 36, 37, 38 e 46), do Código Civil (arts. 113, 187, 422), entre outras normas.⁴⁷

No âmbito internacional, alguns diplomas fazem menção ao direito de informação e à autodeterminação do paciente, tais como: a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de 2005, da UNESCO; o Parecer sobre os Direitos dos Pacientes, elaborado pelo Comitê Econômico e Social Europeu e Declaração de Lisboa sobre Direitos do Paciente, emitido pela Associação Médica Mundial, em 1995, em Bali, Indonésia.

Somente após a informação prestada pelo médico é possível obter o consentimento livre e esclarecido, também denominado consentimento informado,⁴⁸ pós-informado, que constitui um ato de decisão voluntária e consciente do paciente (autorização),⁴⁹ essencial nesta relação. Ele representa a exteriorização do exercício da autonomia privada, a liberdade de livre disposição corporal e a garantia da preservação da dignidade da pessoa humana. E encontra respaldo no Código Civil (arts. 13 e 15) e em leis especiais, a exemplo do art. 10, §1º, da Lei n. 9.263/1996 e da Lei n. 9.434/1997 (arts. 9º, §6º, 8º, 10), que preveem a necessidade de ser expresso e por escrito, além dos princípios bioéticos e normas deontológicas.

O Código de Ética Médica, Resolução n. 1.931/2009 do CFM, recentemente alterada pela Resolução n. 2.217/2018, que entrará em vigor em maio de 2019, prevê, em seu artigo 15, §3º, que é vedado ao médico: “Praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo”, o que demonstra que não se dispensa a informação e o consentimento livre e esclarecido dos pacientes que fazem parte do projeto familiar.

⁴⁷ Art. 2º da Lei n. 10.241/1999, do Estado de São Paulo que dispõe sobre direitos dos pacientes.

⁴⁸ C.f. BORGES, Gustavo Silveira. MOTTIN, Roberta Weirich. Erro médico e consentimento informado: panorama jurisprudencial do TJRS e do STJ. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 12, n. 1, p.15-47, abr. 2017.

⁴⁹ A doutrina diverge quanto à natureza jurídica do consentimento livre e esclarecido, mas este pode ser enquadrado como autorização, um negócio jurídico unilateral, que legitima qualquer interferência médica. Esse é o posicionamento de Paula Moura Francesconi Pereira, conforme se depreende de sua tese intitulada “A responsabilidade civil como instrumento de proteção à pessoa humana nos ensaios clínicos”, apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Direito Civil. No prelo.

No que diz respeito ao diagnóstico genético pré-implantacional dos embriões, a Resolução n. 2.168/2017 do CFM, estabelece o dever de informar e obter o consentimento, conforme item 4 dos princípios gerais e item V.1.

Quando da realização do DPG, os pacientes devem ser previamente esclarecidos acerca da utilidade e sobre o que consiste o exame; compreender o procedimento e as técnicas adotadas; se pode afetar o embrião e torná-lo inviável; os riscos⁵⁰ do exame, da biópsia, da possibilidade ou não de diminuição na capacidade de implantação; do risco de o material celular estar deteriorado, da perda da amostra; da possibilidade de se detectar parcialmente a aneuploidia; do risco de o diagnóstico restar comprometido em virtude de a análise não ser total do embrião (mosaicismo); da taxa de insucesso do exame, dependendo do tipo de doença analisada; do risco de defeito no nascimento; da possibilidade de falha da precisão e exatidão do diagnóstico; esclarecer acerca da possibilidade de desistência e do momento limite para fazer o exame. Além disso, pode ocorrer de não se obter nenhum resultado com o exame, ou de o resultado ser inconclusivo.

É necessário que haja, por parte do médico, um adequado aconselhamento genético,⁵¹ e que sejam observados os limites éticos e jurídicos do uso desse diagnóstico genético.

Entre os diversos problemas passíveis de serem enfrentados com o diagnóstico pré-implantacional, e que podem repercutir no âmbito da responsabilidade civil destacam-se: i) a falta de informação pelo profissional médico quando do aconselhamento genético sobre o exame, privando o (s) genitor (es) de um consentimento informado que eventualmente poderia ter levado à não implantação do embrião; e ii) erro de diagnóstico genético, que pode se dar por mais de um fator, entre os quais, a incorreta interpretação do resultado.

⁵⁰ Reportagens apontam que as clínicas não informam risco de teste genético em embrião. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2009/10/642157-clinicas-nao-informam-risco-de-teste-genetico-em-embriao.shtml>> Acesso em: 20 dez. 2018.

⁵¹ “Aconselhamento genético é um ATO MÉDICO de abordagem multi e interdisciplinar, no qual os envolvidos devem ser treinados e habilitados em aconselhamento genético não diretivo, tendo a coordenação de um médico, preferencialmente treinado e habilitado em Genética Clínica.” Processo-Consulta CFM n. 4.720/2000 PC/CFM/N. 29/2001. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/cfm/2001/29_2001.htm> Acesso em: 28 dez. 2018.

Diante de uma dessas hipóteses, surge a indagação acerca da possibilidade de o (s) genitor (es) serem indenizados pelos danos morais e patrimoniais resultantes do nascimento de um filho com deficiência, com alguma doença rara ou alguma alteração cromossômica, seja por erro de diagnóstico ou por falha na informação. O principal argumento é o de que, se soubesse (m) das doenças genéticas ou das alterações cromossômicas do embrião, teriam preferido não conceber, o que alteraria seu projeto parental com diversos impactos na família, tanto de cunho patrimonial como extrapatrimonial.

Diferentemente da *wrongful birth*, que tem sido aplicada de forma divergente fora do Brasil e em casos envolvendo aborto, nas hipóteses em que é realizada a PGD há o descarte do embrião, que deve ser analisado à luz do instituto da responsabilidade civil no ordenamento pátrio. Primeiro se identificam os bens jurídicos merecedores de tutela, e, em seguida, os agentes responsáveis e a extensão dos danos passíveis de compensação e de reparação.

Diante da atividade prestada e dos agentes envolvidos, aplicar-se-á a responsabilidade contratual, pois há uma relação contratual entre o (s) paciente (s), o (s) genitor (es) e os profissionais médicos envolvidos, as clínicas de reprodução e os laboratórios. Entretanto, cabe observar, em cada caso, se haverá contratação direta e individualizada ou se será por intermédio apenas de um agente (clínica de reprodução) ou até mesmo se há cobertura do plano ou seguro de saúde,⁵² se há falha do equipamento que faz o exame (responsabilidade civil do fabricante), o que pode influenciar no regime jurídico da responsabilidade civil (contratual, extracontratual, solidária – art. 14, *caput*, CDC, art. 942 do CC), e no

⁵² A cobertura de tratamento de reprodução humana assistida pelo plano de saúde é uma questão controversa, pelo que há decisão favorável (BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia. Agravo de Instrumento n. 00061230920178050000. Relator Desembargador Pilar Celia Tobio de Claro. Salvador, 26 de setembro de 2017) e desfavorável (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 17313648/SP. Relator Luis Felipe Salomão. Brasília, 01 de agosto de 2018). Da mesma forma, no que tange ao custeio pelo Estado, há decisão favorável (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70047263785. Relator Desembargador Francisco José Moesch. Porto Alegre, 18 de abril de 2012) e desfavorável (RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n. 0009211-56.2014.8.19.0037. Relator Desembargador Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto. Rio de Janeiro, 28 de setembro de 2015). Em posição contrária ao custeio do Estado: GOZZO, Débora. Diagnóstico pré-implantatório e a busca pela perfeição humana. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 92, p. 327-352, 2015.

direito de regresso quando há a responsabilidade civil por ato de outrem (art. 934, primeira parte).

De acordo com a interpretação doutrinária⁵³ e jurisprudencial majoritária,⁵⁴ apesar de algumas vozes em sentido contrário,⁵⁵ a relação médico-paciente é de consumo,⁵⁶ o que atrairá a aplicação das normas consumeristas, haja vista a presença do fornecedor e consumidor na relação jurídica (art. 2º, 3º e 17 do CDC), o que não afasta a incidência do Código Civil.

A responsabilidade médica⁵⁷ tem caráter subjetivo, ou seja, depende da comprovação de culpa em qualquer de suas modalidades (negligência, imprudência, imperícia) a fim de caracterizar o dever de indenizar, conforme preceitua o disposto nos arts. 186, 187, 927 e 951 do CC, e no art. 14, §4º, CDC. Em relação às clínicas de reprodução e ao laboratório, a responsabilidade civil é objetiva, independente de culpa, em razão do risco do empreendimento (art. 14, 20 do CDC, 927, parágrafo único, 932, do CC),⁵⁸ respondendo, inclusive, pelos atos dos seus funcionários, prepostos

⁵³ MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo/SP, v. 827, p. 11-48, 2004.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 969015/SC. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 28 de abril de 2011.

⁵⁵ Em sentido contrário: SOUZA, Eduardo Nunes de. Do Erro à culpa: Na responsabilidade civil do médico. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 95-96. SOUZA, Alex Pereira, COUTO FILHO, Antonio Ferreira. Responsabilidade civil médica e hospitalar. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 44. NILO, Alessandro Timbó; AGUIAR, Mônica. Responsabilidade civil dos médicos e contratos de tratamento. *Revista dos Tribunais*. v. 997/2018, p. 105-134. Nov./2018.

⁵⁶ Genival Veloso de França defende que o médico não pode fugir da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de “lei de ordem pública e interesse social”. FRANÇA, Genival Veloso de. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010. p. 36

⁵⁷ Cf. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. Relação médico-paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Palma. ano 01, v. 02, 2000.

⁵⁸ Apesar de a atividade médica ser cercada de riscos, tendo em vista as vicissitudes do organismo humano, a ela não se tem aplicado a responsabilidade objetiva prevista no artigo 927, parágrafo único do Código Civil, tampouco o art. 14 do CDC, neste caso até por disposição expressa do art. 14º, §4º do mesmo diploma legal, que estabelece ser subjetiva a responsabilidade do profissional liberal. Nesse sentido já se pronunciou a doutrina, cabendo citar os ensinamentos de: KFOUR I NETO, Miguel. Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 103-104, e SOUZA, Henrique Freire de

(art. 932, III do Código Civil) e merece uma análise individualizada. E para os fabricantes dos produtos utilizados para análise aplicam-se os arts. 12 e 18, ambos do CDC.

Ressalta-se a hipótese de, em casos que envolvem a análise de ato médico, sustentar-se a teoria de que seja aplicada a responsabilidade subjetiva para as clínicas e hospitais,⁵⁹ pois esses agentes prestam mais de um tipo de serviço (ex: serviço médico e serviço de hotelaria).^{60 61}

À responsabilidade envolvendo atividade médica, doutrina e jurisprudência têm aplicado a classificação obrigacional para definir se determinado ato médico constitui obrigação de meio ou de resultado. A obrigação de meio é aquela cuja prestação se limita ao exercício de uma atividade diligente e prudente em benefício do credor, não se esperando um resultado, pois configura adimplemento o mero empenhar-se, a presteza, a eficiência, o zelo, com o emprego da técnica que a atividade necessita (*obligatio ad diligentiam*). A obrigação de resultado⁶² é aquela em que o objeto do contrato é o alcance da prestação pactuada, ou seja, um determinado fim, sob a pena de configurar inadimplemento, pelo que

Oliveira. A Responsabilidade civil na área de saúde privada: Operadoras de planos de saúde, médicos e hospitais prestadores de serviço. 2. ed. rev. atual. e aum. de acordo com o novo Código de Ética Médica e novo rol de procedimentos da ANS. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2010. p. 119.

⁵⁹ Em sentido contrário: Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 616058/RJ, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, Data do Julgamento: 27/11/2018.

⁶⁰ “Dessa maneira, a responsabilidade hospitalar pode derivar de serviços tipicamente nosocomiais ou estritamente médicos. Porém, não será possível imputar a responsabilidade ao hospital se inexistir falha nos serviços tipicamente hospitalares – no caso do dano hospitalar, em responsabilidade objetiva tradicional – ou, por outro lado, se não foi detectado qualquer defeito na atuação do profissional liberal, no caso do dano médico por responsabilidade objetiva mitigada – figurando a culpa médica como defeito do serviço e nexo de causalidade entre o ato culposo do preposto do nosocômio e o dano suportado pelo paciente.” CASAS MAIA, Maurílio. A responsabilidade objetiva mitigada hospitalar por dano médico: releitura jurisprudencial e a culpa médica como defeito e nexo causal na harmonização entre o caput e o §4º do art. 14 do CDC. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, p. 233-257, 2015.

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.253.588 / DF. Relator Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 28 de agosto de 2018.

⁶² Sobre obrigação de meio e resultado merece leitura: STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 532-533.

não basta a presteza, a diligência na execução, é necessária a entrega do resultado prometido.

A classificação de uma determinada obrigação como de meio ou resultado deve ser feita de forma casuística, pela análise concreta da declaração da vontade das partes na formação da relação jurídica e o tipo de informação prestada ao contratante, observando o recrudescimento do dever de informar.

No contrato de prestação de serviço médico de inseminação artificial, Fernando David de Melo Gonçalves⁶³ defende haver, implicitamente, uma obrigação de resultado a ser perseguida, consubstanciada na manutenção da incolumidade física do paciente, e uma obrigação de meio como a seleção de gametas e o êxito da inseminação artificial em si. No entanto, a obrigação será definida de acordo com o que foi prometido ao paciente, tudo dependerá da informação prestada e da confiança gerada.

Em se tratando de exame laboratorial, o posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência⁶⁴ é que constitui obrigação de resultado, o que interfere diretamente na verificação do descumprimento contratual e na distribuição da carga probatória.⁶⁵

O dever de indenizar nos casos que envolvem o diagnóstico pré-implantacional de embrião surgirá tão somente quando presentes os seguintes elementos: i) defeito ou vício na prestação do serviço médico-laboratorial; ii) nexo de causalidade entre falha do diagnóstico ou no dever de informar e o nascimento de criança com doença que fora objeto de análise no exame; e iii) a ocorrência de dano.

⁶³ GONÇALVES, Fernando David de Melo. Responsabilidade civil do médico e dos bancos de sêmen na Inseminação artificial. *Consulex: revista jurídica*, v. 13, n. 292, p. 44-46, mar. 2009.

⁶⁴ KFOURI NETO, Miguel. Resultado falso negativo. In: V. LANA, Roberto Lauro, FIGUEIREDO, Antônio Macena de. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 271-301. Cabe citar a seguinte decisão: “[...] 3. A obrigação do laboratório de análises clínicas é de resultado, de natureza objetiva, de forma que havendo má prestação dos serviços laboratoriais, culminando no erro de diagnóstico, o lesado tem direito à indenização por danos morais. Precedentes. 4. Agravo interno desprovido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 902796/RJ. Relator Ministro Marco Buzzi. Brasília, 12 de dezembro de 2017.

⁶⁵ RENTERÍA, Pablo Valdemar. A atual relevância da distinção entre obrigação de meios e de resultado no direito brasileiro. (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

Deve-se avaliar a existência ou não de defeito ou de vício do serviço; se houve negligência por parte do médico no dever de informar; na seleção de um embrião para implantação no processo de procriação assistida; se o exame foi laudado de forma errada; e se o responsável pelo exame, seja médico, geneticista, biólogo, falhou na análise do material genético. Cabe ponderar que a informação prestada pelo médico, pela clínica e pelo laboratório acerca do exame, dos insucessos possíveis, os casos de resultados inconclusivos,⁶⁶ entre outros, pode influenciar na responsabilização (art. 14, *caput*, parte final, 20, *caput*, parte final, do CDC), seja para afastar ou até para caracterizá-la independentemente de erro de diagnóstico, pois é possível responsabilizar o profissional, a clínica ou o laboratório apenas pela falta de informação.⁶⁷ Além disso, deve-se verificar se teria alguma hipótese de excludente de responsabilidade, principalmente algo que provoque a quebra do nexo de causalidade⁶⁸ (art. 14, §3º) ou a ausência de culpa médica (art. 14, §4º).

⁶⁶ Em sede de responsabilidade civil laboratorial é comum a análise de resultados falso positivo ou falso negativo, pelo que merece citar as seguintes decisões: “[...] 6. Em se tratando da realização de exames médicos laboratoriais, tem-se por legítima a expectativa do consumidor quanto à exatidão das conclusões lançadas nos laudos respectivos, de modo que eventual erro de diagnóstico de patologia ou equívoco no atestado de determinada condição biológica implica defeito na prestação do serviço, a atrair a responsabilidade objetiva do laboratório. 7. Consoante preconiza a jurisprudência desta Corte, os laboratórios possuem, na realização de exames médicos, efetiva obrigação de resultado, e não de meio, restando caracterizada sua responsabilidade civil na hipótese de falso diagnóstico. Precedentes. [...] 10. Perante o consumidor responde apenas o laboratório, pois o médico subscritor do laudo do exame de DNA não se enquadra no conceito de fornecedor, haja vista que não ofereceu no mercado qualquer serviço, atuando como mera mão de obra daquele. Assim, é despiciendo perquirir acerca da existência de culpa do médico na realização do exame, discussão que somente interessa ao laboratório e seu preposto, em eventual ação regressiva. [...] 12. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.386.129 / PR. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 13 de outubro de 2017. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 766.078/PR. Relatora Ministra Isabel Gallotti. Brasília, 05 de setembro de 2012.

⁶⁷ Nesse sentido: Responsabilidade civil do médico por inadimplemento do dever de informação. Necessidade de especialização da informação e de consentimento específico. Ofensa ao direito à autodeterminação. Valorização do sujeito de direito. Dano extrapatrimonial configurado. Inadimplemento contratual. Boa-fé objetiva. Ônus da prova do médico. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1540580 / DF. Brasília, 04 de setembro de 2018.

⁶⁸ A título de ilustração merece trazer à colação decisão que afastou a responsabilidade do laboratório por ausência de prova quanto ao nexo de causalidade entre eventual

Quanto aos danos ressarcíveis, estes são interpretados à luz do princípio da reparação integral previsto na Constituição Federal (art. 5º, V, X, XXII) e no art. 403 e 944 do Código Civil, que estabelece a regra da extensão do dano como medida de reparação, o que abrange tanto o *an debeatur* (aferição da reparação) como o *quantum debeatur* (quantificação da reparação). Esse princípio, segundo Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, “traduz pilar essencial de responsabilidade civil, verdadeiro mandado de otimização, que visa a promover a reparação completa da vítima, na medida da extensão dos danos sofridos.”⁶⁹ No entanto, esse princípio não tem caráter absoluto e deve ser ponderado juntamente com outros e observado o caso concreto, a exemplo da própria previsão legal (art. 944, parágrafo único, do CC) além de significar o limite da reparação, pelo que a vítima não poderá receber além das projeções da lesão ao seu patrimônio, a fim de que não aufera lucro da situação danosa.

A falha no diagnóstico pré-implantacional, seja técnica ou informacional, gera a perda da chance⁷⁰ pelo (s) genitor (es) do exercício do direito ao descarte ou intervenção médica no embrião em busca da cura, que pode refletir tanto na esfera patrimonial como extrapatrimonial, com a reparação e compensação dos danos.

Na esfera extrapatrimonial, destacam-se como bens merecedores de tutela: a autonomia reprodutiva do (s) genitor (es), que foi violada, desrespeitando o planejamento familiar, e, quando se tratar de

erro de diagnóstico de exame pré-natal e doença apresentada pela criança: RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n. 0015225-41.2008.8.19.0207. Relator Desembargador André Emílio Ribeiro Von Melentovytch. Rio de Janeiro, 20 de agosto de 2013. RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível n. 70078897568, Décima Câmara Cível, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 13/12/2018.

⁶⁹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Há limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro? In: MATOS, Ana Carolina Harmutiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Org.). *Direito Civil, Constituição e Unidade do Sistema: Anais do Congresso de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil*. 1. ed. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2018, p. 148.

⁷⁰ Cf. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos; BERALDO, Anna de Moraes Salles. A responsabilidade civil pela perda de uma chance na relação médico-paciente. In: Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin. (Org.). *Diálogos sobre Direito Civil*. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2011, v. III, p. 169-196. Pela aplicação da teoria da perda de uma chance nessas hipóteses: GOZZO, Débora. Diagnóstico pré-implantatório e o direito à vida à luz da responsabilidade civil, in: MARTINS-COSTA, Judith. LÜDWIG, Letícia. *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Gen, 2009, p. 418-420.

falha no dever de informar, acrescenta a violação à autodeterminação informativa, ambos integrantes da dignidade da pessoa humana, da autonomia existencial.

A indenização não deve se dar pelo nascimento de uma vida humana, muito menos por ter a pessoa alguma doença, já que esta não pode ser motivadora de discriminação, devendo observar o preceito constitucional (art. 3º, IV), a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (art. 5º, §3º, CF, Decreto n. 6.949/2009), e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), como já se posicionaram Nelson e Cíntia Konder⁷¹ e André Gonçalves Dias Pereira.⁷²

Em relação ao plano patrimonial (dano emergente e lucros cessantes), indaga-se, independentemente dos danos decorrentes das despesas com exame ou aconselhamento, que tipos de danos em relação à criança com determinada doença seriam passíveis de reparação, se apenas os gastos extras referentes ao seu tratamento ou se também as despesas com o custeio normal de vida, sua manutenção, que decorrem do poder familiar e seria indenizável sob a rubrica de pensão alimentícia e que abarca diversos gastos rotineiros (alimentação, educação, saúde etc.).

Como a indenização na esfera extrapatrimonial não contempla o nascimento da criança, no âmbito patrimonial também não deve abarcar o custeio com a criança, até porque ela fazia parte do planejamento familiar, e essa obrigação decorre da lei (art. 227, CF, art. 1.631, I, do Código Civil, art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente), apenas devem ser ressarcidos os gastos com o tratamento médico da doença,

⁷¹ KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. Violações à autonomia reprodutiva no cenário das novas tecnologias. In: Gustavo Tepedino; Ana Carolina Brochado Teixeira; Vitor Almeida. (Org.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. 1. ed. Belo Horizonte: Forum, 2016, p. 217-232.

⁷² “no plano do dano não patrimonial dos pais, apenas se deverá atender à compensação pelas dores e incômodos causados pela gravidez e pelo parto e pelo “choque” do nascimento de um bebê com características diferentes das esperadas. Nenhum dano moral deve ser atribuído pela existência de uma pessoa deficiente, pois esse dano – embora possa existir no plano psicológico – não “merece a tutela do direito” (art. 496º, n. 1, CC). Com efeito, uma solução que afirmasse o desvalor da vida deficiente estaria em contradição com toda uma panóplia de legislação, incluindo a Convenção das Nações Unidas – Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência – com vista à proteção da pessoa deficiente e o combate à sua discriminação...” PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*. Portugal: Coimbra, 2015. p. 255.

as despesas não calculadas e não esperadas pelo (s) genitor (es). É nesse sentido que se tem inclinado a doutrina portuguesa.⁷³⁻⁷⁴

O valor da indenização dos danos extrapatrimoniais será arbitrado pelo julgador,⁷⁵ tendo em vista as peculiaridades de cada caso concreto e o pedido formulado (art. 292, inciso V, CPC). O cálculo da indenização por dano patrimonial dependerá de comprovação de despesas (art. 949 do CC), e, em alguns casos, será arbitrado em sede de liquidação (arts. 491, 509 a 512, todos do CPC).

Ao examinar a jurisprudência pátria,⁷⁶ que tem enfrentado de certa forma a ocorrência de gravidez indesejada em virtude de erro de diagnóstico nos casos de exames de espermograma,⁷⁷ em defeitos em cirurgias de esterilização, ou pela falha no dever de informar,⁷⁸ seja em

⁷³ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Portugal: Coimbra, 2004.

⁷⁴ “Não temos a menor dúvida quanto ao ressarcimento dos pais em qualquer das situações: i) Na wrongful birth action por danos morais e patrimoniais. Não todos os custos derivados da educação e sustento de uma criança, mas tão-só os relacionados com a deficiência da criança, pois os pais aceitaram voluntariamente aquela gravidez, logo, “conformara-se” com as despesas do primeiro tipo, que derivam da lei (art. 1.878/1 CC) por força do poder paternal.” RAPOSO, Vera Lúcia. *As wrongful actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica*. Publicado por Imprensa da Universidade de Coimbra. Disponível em <[https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/4210/1/8%20-%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%CC%81cio%20da%20vida%20\(wrongful%20conception,%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life\)%20e%20a%20responsabilidade%20me%CC%81dica.pdf?ln=eng](https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/4210/1/8%20-%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%CC%81cio%20da%20vida%20(wrongful%20conception,%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life)%20e%20a%20responsabilidade%20me%CC%81dica.pdf?ln=eng)> Acesso em: 27 dez. 2018. p. 88.

⁷⁵ A extensão do dano extrapatrimonial esbarra na dificuldade de arbitrar o valor da indenização a ser paga pelo ofensor de forma a garantir a reparação integral do dano e evitar o enriquecimento sem causa. A jurisprudência utiliza, normalmente, como critérios: i) a gravidade ou extensão do dano; ii) o grau de culpa do agente; iii) a situação econômica do ofensor; iv) as condições do ofendido, e dispensa prova específica por reputar se tratar de dano *in re ipsa*. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 1. ed. São Paulo, Atlas, 2007. p. 200.

⁷⁶ Para uma análise no plano internacional, merece leitura: WEVERS, Kate. Prenatal torts and pre-implantation genetic diagnosis. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 24, Number 1 Fall 2010. Disponível em: <<http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v24/24HarvJLTech257.pdf>> Acesso em: 8 fev. 2019.

⁷⁷ RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n. 0001259-36.2010.8.19.0079. Relatora Desembargadora Mônica Feldman de Mattos. Rio de Janeiro, 14 de março de 2016.

⁷⁸ RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n. 0006291-40.2009.8.19.0052. Relator Desembargador Luiz Henrique Oliveira Marques. Rio de Janeiro, 22 de julho de 2016.

caso de vasectomia ou ligadura de trompa, falha nos métodos contraceptivos, verifica-se indenização apenas por danos morais⁷⁹ e em outras situações também por danos materiais na forma de pensão alimentícia até a criança atingir a maioridade civil ou vitalícia.⁸⁰ Esses casos se diferem do ora analisado, pois ter uma criança faz parte do planejamento familiar do paciente de reprodução assistida; o que estava fora do plano era o nascimento de uma criança com uma doença que se pretendeu evitar.

Os casos de “nascimento indesejado” ligados ao diagnóstico pré-implantacional devem ser analisados de forma individualizada a fim de melhor definir os agentes responsáveis e os danos passíveis de reparação e compensação, cabendo ao aplicador do Direito ponderar os interesses mercedores de tutela e garantir o respeito à dignidade dos partícipes do processo de reprodução humana assistida, conferindo efetividade à reparação integral do dano.

4. Considerações finais

O aumento substancial do número de embriões analisados em diagnóstico pré-implantacional dos pacientes de FIV,⁸¹ trazem reflexões de ordem ética, bioética e jurídica acerca do descarte do embrião, entre outros reflexos. Com novos tratamentos médicos surgem outras hipóteses de lesão a bens jurídicos mercedores de tutela e que acabam por refletir na seara da responsabilidade civil.

Antes mesmo da realização do DGP pode haver falhas no aconselhamento genético; na obtenção do consentimento livre e esclarecido, o que independe dos aspectos técnicos de apuração do diagnóstico e de eventual erro no resultado quanto à apuração de alguma doença genética ou de alteração cromossômica.

⁷⁹ RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível n. 70021020664, Décima Câmara Cível, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 06/03/2008.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação n. 0012472-04.2014.8.19.0207, Relator: Des(a). Andre Emilio Ribeiro Von Melentovytch, Vigéssima Primeira Câmara Cível, Julgamento: 06/11/2018.

⁸⁰ RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n. 0001464-48.2000.8.19.0004. Relatora Desembargadora Lucia Maria Miguel da Silva Lima. Rio de Janeiro, 06 de dezembro de 2013.

⁸¹ De acordo com os dados apurados pela Dra. Marcia Riboldi, diretora e responsável técnica da Igenomix Brasil, em 2017 foram analisados 9.268 embriões e, em 2018, 17.178, apresentando um percentual em 2017 de 41 embriões normais cromossomicamente (PGS), e em 2018, 39, sendo a média de idade materna em 2017, 37 e em 2018, 38.

O reconhecimento judicial de casos envolvendo exames feitos em embriões na fase pré-implantatória, ou seja, antes de serem implantados no útero da mulher, permanece controverso por muitas razões, entre elas, pelo potencial impacto na própria criança, no processo discriminatório que pode gerar em relação às pessoas que vivem com deficiências, busca de uma sociedade “perfeita”, que acaba por desaguar no comportamento inerente a um valor monetário da humanidade e da pureza de raça.

A alegação de uma gravidez injusta pelo nascimento de uma criança com alguma doença genética ou alteração cromossômica não é o que atrai o direito à reparação ou a compensação de danos, pois o que se indeniza não é propriamente o nascimento de uma criança debilitada, mas a perda da oportunidade de decidir de forma consciente pelo descarte do embrião e a não continuidade do projeto parental, ou, até mesmo, de seu tratamento, caso seja possível e aceita pelo ordenamento jurídico esse tipo de intervenção. A aplicação do dever de indenizar os danos materiais e morais sofridos pelos pacientes no caso vertente não afasta os dilemas acerca da legitimidade do descarte de embrião, mesmo que de embriões considerados não saudáveis.

A responsabilização de alguns ou de todos os agentes que intervêm no processo de procriação assistida pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais sofridos pelos pacientes–genitores deve ocorrer de acordo com o caso concreto, de forma a evitar a banalização do instituto. Devem os julgadores seguir os limites das cláusulas gerais da responsabilidade civil, identificar seus elementos e, à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da socialização das perdas e riscos, da reparação integral do dano, utilizar como instrumento balizador a proteção dos bens jurídicos mercedores de tutela: autonomia reprodutiva e autodeterminação informacional.

Não se pretende, com o giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto, identificar novos danos ou desvirtuar o instituto da responsabilidade civil, mas sim lhe dar efetividade à sua reparação e compensação. Os desafios estão postos e caberá aos aplicadores do direito refletir e propor mecanismos de resolução das novas situações jurídicas sem se afastar dos valores éticos e constitucionais.

Referências

BARBOZA, Heloisa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, v. 1, n. 2, jul./dez. 2004. p. 5-14.

_____. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 407-423.

_____. Direito dos transexuais à reprodução. In: Maria Berenice Dias. (Org.). *Direito das famílias*. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 264-279.

_____. Estatuto Ético do Embrião Humano. In: Daniel Sarmento; Flávio Galdino. (Org.). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Prof. Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 527-549.

_____. Reprodução assistida e o novo código civil. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Bioética, biodireito e o novo código civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. cap. 9.

_____. Proteção jurídica do embrião humano. In: Carlos Maria Romeo Casabona; Juliane Fernandes Queiroz. (Org.) *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 248-270.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Vida humana e ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito: normas internacionais da bioética*. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI*, v. 14, n. 56, jul./set. 2006, p. 113-161.

BARBAS, Stela. Testes genéticos, terapia gênica, clonagem. In: ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Estudos de Direito da Bioética*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 309-328.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios da ética Biomédica*. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

BORGES, Gustavo Silveira; MOTTIN, Roberta Weirich. *Erro médico e consentimento informado: panorama jurisprudencial do TJRS e do STJ*. *REVISTA DO DIREITO PÚBLICO (LONDRINA)*, v. 12, p. 14-45, 2017.

_____. *Entre a falibilidade humana e o erro: proposta de delimitação e classificação do erro médico*. *REVISTA QUAESTIO IURIS*, v. 11, p. 1963-1983, 2018.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; KONDER, Carlos Nelson de Paula. *Dilemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 177-178.

CASAS MAIA, Maurílio. A responsabilidade objetiva mitigada hospitalar por dano médico: releitura jurisprudencial e a culpa médica como defeito e nexos causal na harmonização entre o caput e o §4º do art. 14 do CDC. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, p. 233-257, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio e pareceres de direito empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 532-533. 'Conheça os diferentes tipos de exames genéticos utilizados na reprodução assistida'. Por Júlia Carneiro. Disponível em: <<https://sbra.com.br/noticias/conheca-os-diferentes-tipos-de-exames-geneticos-utilizados-na-reproducao-assistida/>> Acesso em: 20 dez. 2018.

CORLETA, Helena Von Eye. Fertilização in vitro: mais de 4 milhões de crianças nascidas e um prêmio nobel. *Revista do Hospital de Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 30, n. 4, p. 451-455, 2010.

CORRÊA, Marilena Cordeiro Dias Vilela. Bioética e reprodução assistida. Infertilidade, produção e uso de embriões. In: LOYOLA, Maria Andréa (Org.). *Bioética, reprodução e gênero na sociedade contemporânea*. Brasília: Letras Livres, 2005.

DANTAS, Eduardo; CHAVES, Mariana. *Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida: comentários à resolução 2.121/2015 CFM*, Rio de Janeiro: GZ, 2018.

'Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos'. Disponível em: <http://bvms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf> Acesso em: 20 dez. 2018.

DINIZ, Debora. *Autonomia reprodutiva: um estudo de caso sobre a surdez*. Cad. Saúde Pública [online]. 2003, v.19, n. 1, pp. 175-181. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102311X2003000100019&script=sci_abstract&tlng=pt> Acesso em: 30 dez. 2018.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010.

FREITAS, Márcia de; SIQUEIRA, Arnaldo A. F.; SEGRE, Conceição A. M. Segre. Avanços em reprodução assistida. *Revista Brasileira de Crescimento Desenvolvimento Humano*. 2008; 18 (1).

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Fernando David de Melo. Responsabilidade civil do médico e dos bancos de sêmen na Inseminação artificial. *Consulex: revista jurídica*, v. 13, n. 292, p. 44-46, mar. 2009.

GOZZO, Débora. *Diagnóstico pré-implantatório e a busca pela perfeição humana*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 92, p. 327-352, 2015.

_____. Diagnóstico pré-implantatório e o direito à vida à luz da responsabilidade civil, In: MARTINS-COSTA, Judith. LÜDWIG, Letícia. *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Gen, 2009, p. 391-422.

HOLANDA, Caroline Sátiro de. *Violação à liberdade reprodutiva: uma análise dos pressupostos da responsabilidade civil para os casos de wrongful birth e wrongful life*. In: XXI Congresso Nacional do Conpedi, 2012, Niterói. XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do consumidor: RDC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 24, n. 99, 2015. p. 101-123. _____; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. Violações à autonomia reprodutiva no cenário das novas tecnologias. In: Gustavo Tepedino; Ana Carolina Brochado Teixeira; Vitor Almeida. (Org.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. 1. ed. Belo Horizonte: Forum, 2016, p. 217-232.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Resultado falso negativo. In: V. LANA, Roberto Lauro, FIGUEIREDO, Antônio Macena de. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 271-301.

MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo/SP, v. 827, p. 11-48, 2004.

MEIRELLES, Ana Thereza. Possibilidades Neoeugênicas em Procriação Humana Artificial e Preservação do Patrimônio Genético. In: *XXII Encontro Nacional do CONPEDI*, 2013, Curitiba. 25 anos da Constituição Cidadã. Florianópolis: FUNJAB, 2013. v. x. p. 218-241.

MENDES, Marcela Custodio; COSTA, Ana Paula Pimentel. *Diagnóstico genético pré-implantacional: prevenção, tratamento de doenças genéticas e aspectos ético-legais*. *Revista Ciências Médicas e Biológicas*, v. 12, p. 374-379, 2013.

MONTEIRO, Antônio Pinto. Direito a não nascer? *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 19, p. 321-322, 2007.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Há limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro? In: MATOS, Ana Carolina Harmutiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Org.). *Direito Civil, Constituição e Unidade do Sistema: Anais do Congresso de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil*. 1. ed. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2018, p. 145-165.

MONTEIRO, Juliano Ralo. Responsabilidade Civil no Diagnóstico Genético Pré-Implantacional. *Revista de Direito Privado*, v. 51, p. 273-310, 2012. NILO, Alessandro Timbó; AGUIAR, Mônica. Responsabilidade civil dos

médicos e contratos de tratamento. *Revista dos Tribunais*. v. 997/2018, p. 105-134. Nov. 2018.

OLIVEIRA, Guilherme. Um caso de seleção de embriões. In: OLIVEIRA, Guilherme. *Temas de direito da medicina*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 277-288.

OLMOS, Paulo Eduardo. *Quando a cegonha não vem: os recursos da medicina moderna para vencer a infertilidade*. São Paulo: Carrenho Editorial, 2003.

OTERO, Marcelo Truzzi. Contratos de gestação por outrem gratuitos e onerosos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (Coords.). *Dos Hospitais aos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 279.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Portugal: Coimbra, 2004.

_____. *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*. Portugal: Coimbra, 2015.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Relação médico-paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. “A responsabilidade civil como instrumento de proteção à pessoa humana nos ensaios clínicos”, apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Direito Civil. No prelo.

_____.; BERALDO, Anna de Moraes Salles. A responsabilidade civil pela perda de uma chance na relação médico-paciente. In: Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin. (Org.). *Diálogos sobre Direito Civil*. 1. ed. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2011, v. III, p. 169-196.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas Atuais de Bioética*. 8. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2008, p. 397.

RAPOSO, Vera Lúcia. *As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica*. Publicado por Imprensa da Universidade de Coimbra. Disponível em <[https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/4210/1/8%20-%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%CC%81cio%20da%20vida%20\(wrongful%20conception,%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life\)%20e%20a%20responsabilidade%20me%CC%81dica.pdf?ln=eng](https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/4210/1/8%20-%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%CC%81cio%20da%20vida%20(wrongful%20conception,%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life)%20e%20a%20responsabilidade%20me%CC%81dica.pdf?ln=eng)> Acesso em: 27 dez. 2018.

RENTERÍA, Pablo Valdemar. A atual relevância da distinção entre obrigação de meios e de resultado no direito brasileiro. (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

ROCHA, Renata da. *O direito à vida e a pesquisa em células-tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SALES, Ramiro Gonçalves; ALCÂNTARA, Régis Luiz Jordão de. Diagnóstico Genético de Pré-Implantação, Dignidade da Pessoa Humana e Eugenia Liberal. In: CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. (Org.). XXI Encontro Nacional do CONPEDI – BIODIREITO. 1. ed. FLORIANÓPOLIS: Fundação Boiteux, 2012, v. XXI, p. 878-909.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SOUZA, Alex Pereira, COUTO FILHO, Antonio Ferreira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do Erro à culpa: Na responsabilidade civil do médico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. *A Responsabilidade civil na área de saúde privada: Operadoras de planos de saúde, médicos e hospitais prestadores de serviço*. 2. ed. rev. atual. e aum. de acordo com o novo Código de Ética Médica e novo rol de procedimentos da ANS. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2010.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SZANIAWSKI, Elimar. O Embrião Humano: Sua Personalidade e A Embrioterapia. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/14978>> Acesso em: 30 dez. 2018.

‘Tecnologia permite evitar doenças no filho antes do nascimento’. Por Júlia Carneiro. Disponível em: <<https://sbra.com.br/noticias/tecnologia-permite-evitar-doencas-no-filho-antes-do-nascimento/>> Acesso em: 20 dez. 2018.

TELES, Natália Olivia. Diagnóstico Genético Pré-Implantação – Aspectos Técnicos e Considerações Éticas, *Acta Med Port*. 2011; 24(6):987-996. Disponível em: <<http://repositorio.insa.pt/handle/10.400.18/913>> Acesso em: 27 dez. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Palma. ano 01, v. 2, 2000.

VITZTHUM, Wolfgang Graf; KÄMMERER, Jörn Axel. *Derecho y Medicina en Alemania: Algunos problemas contemporáneos*. *Diálogo Científico*, v. 7, n. 2, p. 14, 1998.

O Dano moral coletivo e a Hidra de Lerna

Fabio Schwartz¹

1190656

1. Introdução

A perda de força dos elementos tradicionais da responsabilidade civil, como a culpa e o nexos causal, provocou a ascensão do dano, o qual passou a ter papel de destaque, redundando num grande movimento de expansão do dano ressarcível.

O dano moral coletivo e o dano social são exemplos desse fenômeno de transição da ótica individualista para uma percepção transindividual, desta feita despida de qualquer conotação econômica.

O presente trabalho pretendeu lançar luzes sobre o que descreve a doutrina acerca de tais “novos danos” e, pelo método descritivo, dedutivo e indutivo, traçar uma diferenciação dos institutos.

A conclusão a que se chegou é a de que o dano social, em verdade, corresponde à banda de proteção aos direitos e interesses difusos, já devidamente abarcados pelo dano moral coletivo. Portanto, não poderia ser objeto de pleito em ação individual e, muito menos, ter a indenização revertida ao autor da demanda, em detrimento do Fundo de Direitos Difusos.

¹ Doutorando em Direitos, Instituições e Negócios pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Universidade Cândido Mendes – Centro – RJ. Especialista em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor pela UNESA – Professor de Direito do Consumidor na Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro – FESUDPERJ. Membro da Comissão de Professores de Direito do Consumidor do Brasilcon. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Contato: <fabioschwartz@ig.com.br>.