

A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DAS CLÍNICAS DE ENGENHARIA GENÉTICA FRENTE AO DANO GENÉTICO: ASPECTOS BIOÉTICOS E JURÍDICOS

PEREIRA, Tainá Corrêa ¹
HOFFMANN, Eduardo ²

RESUMO:

Nos últimos anos, o aperfeiçoamento do conhecimento científico tornou possível o aumento de técnicas laborais, decorrentes de práticas de reprodução humana assistida. As técnicas de reprodução humana assistida, tem a finalidade de auxiliar os seres humanos, favorecendo o processo de concepção da vida humana. Com efeito, o trabalho a ser apresentado, tenciona pesquisar a responsabilidade civil médica, proveniente das técnicas de reprodução humana assistida, assim, para esse dano genético, advindo das técnicas de manipulações genéticas, surgiu o princípio da teoria do risco, possibilitando a responsabilização sem culpa, fundamentada na reputada teoria da objetivação. Na atualidade, em decorrência do grande avanço tecnológico, houve um aumento significativo de demandas judiciais, resultante de danos provenientes de técnicas de reprodução humana artificial, gerando reflexos na responsabilidade civil, havendo a possibilidade de um novo dano, denominado de dano genético. Ademais, surge da aplicação dessas técnicas, o interesse do direito com o respeito à vida humana e à dignidade da pessoa humana, em especial. Em suma, a essência da pesquisa, busca analisar a configuração do recém-chegado dano genético e tem como finalidade sustentar a ideia da aplicabilidade, da teoria da responsabilidade objetiva das clínicas de engenharia genética, perante o dano genético, decorrente da fertilização *in vitro*, e diversas outras práticas laboratoriais, ligadas à reprodução de toda espécie humana.

PALAVRAS-CHAVE: Dano Genético; Responsabilidade Civil Objetiva; Biotecnologia; Precariedade de Legislação.

THE OBJECTIVE CIVIL RESPONSIBILITY OF ENGINEERING CLINICS GENETICS AGAINST GENETIC DAMAGE: BIOETHICAL ASPECTS AND LEGAL

ABSTRACT

In recent years, the improvement of scientific knowledge has made it possible to increase labor techniques, resulting from assisted human reproduction practices. Assisted human reproduction techniques have the purpose of helping human beings, favoring the process of conception of human life. In fact, the work to be presented intends to research medical civil liability, arising from assisted human reproduction techniques, thus, for this genetic damage, arising from genetic manipulation techniques, the principle of the theory of risk emerged, enabling accountability without guilt, based on the reputed theory of objectification. Currently, as a result of the great technological advance, there has been a significant increase in lawsuits, resulting from damages from artificial human reproduction techniques,

¹Estudante, tainacorreaepereira1999@outlook.com

²Eduardo Hoffmann, Graduado em Direito pela Universidade Paranaense (2007), Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (2010) e Doutorando em Direito pela Unisinos. Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, Subseção de Toledo. Professor do Centro Universitário Assis Gurgacz, nos cursos de Direito e Medicina. Assessor Jurídico da Câmara Municipal de Toledo. Advogado no Canan e Poletto Advocacia. E-mail: ehoffmann@fag.edu.br

generating reflexes in civil liability, with the possibility of new damage, called genetic damage. In addition, the interest of law with respect for human life and the dignity of the human person, in particular, arises from the application of these techniques. In short, the essence of the research seeks to analyze the configuration of the newcomer genetic damage and aims to support the idea of applicability, of the theory of strict liability of genetic engineering clinics, in the face of genetic damage resulting from in vitro fertilization, and several other laboratory practices, linked to the reproduction of all human species.

KEYWORDS: Genetic Damage; Objective Civil Liability; Biotechnology; Precarious Legislation.

1 INTRODUÇÃO

A Medicina é um ramo muito importante, tem como finalidade primordial a investigação de diversas entidades nosológicas, com o intuito de manter ou restabelecer a saúde dos seres humanos. Além disso, é dever dessa ciência orientar os legisladores na produção de normativos, ligadas a fatos e interesses medicinais. À medida que o âmbito do direito e a medicina foram avançando, houve a necessidade da criação de uma nova ciência que estudasse ambas as esferas, assim surgiu o campo da medicina legal.

A pesquisa a ser apresentada, tem como propósito, em especial, discorrer sobre a aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil objetiva das clínicas de engenharia genética, bem assim, elucidar a importância do progresso das pesquisas científicas, no âmbito da manipulação genética, e aprofundar a relevância da teoria do risco integral em face da incumbência de indenizar as vítimas, em razão do dano causado. Nesse ínterim, fundamenta-se a investigação, considerando-se o crescente número de ações de responsabilidade médica, o aumento dos riscos de danos genéticos provenientes dos avanços da biotecnologia, com objetivo principal de direcionar a busca da pesquisa, para os danos genéticos provenientes de procedimentos realizados na reprodução humana assistida, sendo verificada o desagravo da responsabilização civil subjetiva e o acolhimento da responsabilização civil objetiva das clínicas de engenharia genética. Além do mais, tal questão é considerada relevante, em virtude de que os danos genéticos possuem um baixo grau de possibilidade de previsão, sendo assim de difícil reparação.

Portanto, o modelo de pesquisa do trabalho elaborado, tem como base o método "exploratório", referindo-se sobre levantamentos bibliográficos, acórdãos, artigos científicos, artigos jurídicos, pesquisas realizadas na internet, e entre outros.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DAS CLÍNICAS DE ENGENHARIA GENÉTICA ADVINDA DO DANO GENÉTICO: ASPECTOS BIOÉTICOS E JURÍDICOS

2.1 REVOLUÇÃO BIOTECNOLÓGICA

Com o aperfeiçoamento tecnológico, e o grande avanço de incalculáveis casos de infertilidade, tanto masculina quanto feminina, como os demais casos de natureza biológica dos seres humanos, nos quais impossibilitam a reprodução de forma natural, foram elaboradas técnicas de reprodução humana artificial, e demais técnicas, dentre elas ressaltam-se: inseminação artificial, inseminação intraperitoneal, transferência intratubárica de gametas, fecundação *in vitro*, com transferência de embriões e injeção intracitoplásmica.

Ao refletir acerca das técnicas de reprodução humana assistida, ocorrerem de forma acelerada no mundo da biotecnologia, desse modo, salienta-se a grande importância da pesquisa para a sociedade, com o propósito de alertar sobre as prováveis consequências positivas ou negativas advindas dos procedimentos, como também para o sistema jurídico brasileiro, o qual apresenta como finalidade regimentar situações inéditas que ocorreram, resultantes das ferramentas de reprodução genética, em relevância ao assunto supracitado, até o momento em questão, trata-se de uma temática bastante desconhecida no país.

Nesse contexto, explica Conti (2001) apud Carneiro (2015):

Muitas das pesquisas em genética afetam e afetarão diretamente os seres humanos daqui para o futuro. Os riscos potenciais da utilização do conhecimento adquirido através da manipulação genética serão cada vez mais numerosos, caso não haja uma proteção legal adequada, a fim de impor limites.

Sob esse aspecto, o campo do Direito, no entanto, ainda não se adequou suficientemente à nova era da tecnologia, surgindo inúmeras problemáticas, decorrentes das novas técnicas de reprodução humana assistida, principalmente em relação à responsabilização civil, em caso dos danos genéticos, resultantes de sua aplicação.

Ressalta-se que, a ciência tem como referência os direitos da personalidade em relação à proteção à vida, dignidade humana, integridade física e moral do ser humano. De acordo com o disposto no parágrafo 1º do artigo 1º da Constituição da República de 1988, a lei fundamental traz em seu bojo que a dignidade do homem é inviolável, requerendo a ponderação do avanço científico e tecnológico.

Nesse sentido, apesar da grande dificuldade em definir exatamente do que se trata a dignidade humana, pode-se dizer que, esse termo, faz-se notória referência ao valor único e imensurável que tem a existência de todo ser humano.

2.2 IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Como já apresentado, a finalidade jurídica da indenização é exclusivamente, em relação ao ressarcimento pelos danos sofridos pela vítima do “*eventum damni*”, abrangendo o que o ofendido perdeu, caracterizado como dano emergente, e o que o ofendido deixou de ganhar, os lucros cessantes, segundo o artigo 402 do Código Civil (2002).

Com efeito, os danos médicos indenizáveis, podem ser classificados tanto como danos materiais, quanto danos morais. Esses danos são admitidos para qualquer espécie de responsabilidade civil. O objetivo é ver a pessoa que foi lesada, indenizada, por esse motivo que os tribunais admitem um esgarçamento do nexo de causalidade, dando grande destaque ao resultado lesivo.

Como regra geral, o médico tem obrigação de meio e não de resultado com o seu paciente, estando obrigado a prestar todo o seu cuidado e diligência para chegar a um resultado adequado ao paciente, cabendo a este o ônus, com a finalidade de provar a culpa do médico, em caso de lesão. No caso de culpa, o agente não visa causar prejuízo ao seu paciente, mas de sua atitude negligente, imprudente ou imperita, por gerar o dano a outrem.

Os danos patrimoniais (danos materiais), decorrentes do erro médico, na maioria das vezes, são resultantes de danos físicos sofridos pelo paciente, tais como gastos com medicamentos, despesas médico-hospitalares e lucros cessantes. Além disso, se da atividade do profissional, resultar qualquer dano que impossibilita a vítima de exercer seu ofício/profissão, ou que tenha sua capacidade elaborada reduzida, o ressarcimento alcançará não só as despesas com o tratamento, como também os lucros cessantes, satisfeitos até o término da convalescença, identificada como uma pensão correspondente à relevância do trabalho que se inabilitou.

Desse modo, a vítima tem de ser totalmente indenizada pelos danos sofridos. Nesse panorama, evidencia-se o artigo 944 do Código Civil, pois sustenta-se que a indenização se mede pela extensão do dano, e preconiza-se em seu parágrafo único, a redução equitativa do montante da indenização, sem existir excessiva desproporção entre a importância da gravidade da culpa e o dano.

2.3 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

As espécies de responsabilidade civil, podem ser definidas pelo seu fundamento. No entanto, a legislação civilista do país adotou as classificações de responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

O artigo 186 do Código civil de 2002, ao estipular noções para a responsabilidade subjetiva, dispõe que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

No presente artigo, identifica-se três hipóteses tradicionais, apesar de não unânimes, da responsabilidade civil, caracterizada como subjetiva, as quais, segundo o autor Cavalieri Filho (2012, p. 18) enuncia, sendo elas: “a) conduta culposa do agente, que se entende pela expressão ‘aquele que por ação ou omissão voluntária negligência ou imperícia’; b) nexo causal, que vem expresso no termo ‘causar’; e c) dano, revelado nas expressões de violar direito ou causar dano a outrem”.

Desse modo, se alguém através de conduta culposa, causar dano ou violar direito de outrem, é obrigado a indenizá-lo, nas dimensões da gravidade do dano sofrido. Em contrapartida, em seu parágrafo único do artigo 927, do Código Civil de 2002, se expressa sobre a plausibilidade de reparação do dano causado, independentemente de culpa do agente causador, assim descrevendo:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

No tocante a esse artigo, a expressão “independentemente de culpa” aponta uma presunção geral da responsabilidade objetiva, fundamentada na renomada teoria do risco. Dessa teoria entende-se que se o sujeito desempenha, cuja atividade é criadora de riscos e perigo, esse deve responder pelos danos que vier causar a terceiros. Portanto, a responsabilidade advém em virtude da gravidade dos danos sofridos pela vítima, decorrente da atividade exercida.

No contexto da responsabilização civil, a teoria do risco busca fundamento sólido na responsabilidade objetiva. Como sustenta Carlos Alberto Bittar (UEDA, 2008, p. 18):

“(...) a objetivação observada na teoria da responsabilidade civil é fruto da ‘complexa organização social’ em que se vive e que conjuga os seres humanos às mais variadas e modernas técnicas nos campos das ciências exatas, humanas e biológicas, exigindo o convívio constante com riscos e perigos que as novas tecnologias podem trazer à sociedade e, conseqüentemente, requerendo que respostas cada vez mais rápidas sejam

ofertadas, no que diz respeito à reparação de danos advindos da prática e aplicação das referidas técnicas, aumentando-se o grau de insatisfação dos lesados com qualquer possibilidade de lentidão e ausência de indenização no caso concreto”.

Por conseguinte, pondera-se que na responsabilidade objetiva, basta a vítima comprovar que sofreu danos decorrente da atividade pendente da prova de culpa, legitima-se, assim, a teoria do risco apresentado pelo Parágrafo Único do artigo 927, do Código Civil, renunciando a necessidade de investigar a casualidade da conduta do ofensor, pois basta o liame entre a atividade comissiva ou omissiva do agente, e o resultado lesivo, já se configura uma relação de risco. Em relação ao nexo de causalidade, pressupõe-se como dano “*in re ipsa*”, decorrente do tamanho risco, advindo de certa atividade.

Nesse mesmo sentido, a teoria do risco integral, espécie caracterizada como “extrema” das teorias do risco é amparada na ideia de independência de culpa, abordado assim, que qualquer fato, culposos ou não, deve obrigar ao agente a reparação, desde que cause um dano, sendo-lhe suficiente, até mesmo quando se dê o rompimento do nexo causal. Assim, esta espécie afasta qualquer hipótese de trabalho com as excludentes de responsabilidade civil. Essa teoria, é oriunda do direito Ambiental, mais precisamente do artigo 14, § 1º, da Lei 6.938/81, pela qual destaca-se aqui que no referido artigo fala em reparação ou indenização, não tão somente ao dano causado, mas como também aos terceiros atingidos.

Nesse âmbito, destaca-se a importância da criação de limites ético-jurídicos, estruturados em razão dos danos genéticos, provenientes das práticas de engenharia genética, de maneira que possam proteger os seres humanos de futuros prejuízos genéticos. À vista disso, faz-se necessário analisar, acerca da viabilidade e relevância de novas propostas de alteração legislativa, para fins de manipulação genética, levando em consideração a importância da atuação do Poder Público no campo da biotecnologia, tem-se escassa previsão no nosso direito, especificamente na Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), a qual estabelece normas gerais para a segurança e fiscalização das técnicas que envolvem a engenharia genética.

Sob essa ótica, o assunto de reprodução humana assistida, sempre foi objeto de tentativas legislativas, recentemente o Conselho Nacional de Medicina (CFM), publicou nova Resolução Nº 2.294/21, sendo revogada a antiga que tratava sobre o tema. Tendo intuito de respaldar as técnicas de reprodução assistida e garantir autonomia reprodutiva como um direito fundamental da personalidade, sendo legislada na esfera de perspectiva deontológica para soluções de problemas jurídicos, em virtude da precariedade de legislação específica. Assim, o direito possui finalidade de busca de equilíbrio entre as possibilidades do avanço biotecnológico e o respeito à pessoa, tendo como necessidade os limites jurídicos e éticos.

Portanto, se tratando de responsabilização civil, em relação a reprodução humana assistida, advinda de dano genético, compreende-se que a responsabilização correta a ser adotada, é a responsabilização civil objetiva, visto que existindo os três requisitos, sendo eles: a conduta por ação ou omissão do agente causador, o dano apresentado pelo ofendido e nexo de causalidade, não sendo exigido, desse modo, a demonstração de culpa do ofensor.

2.4 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Depois de realizada uma breve explicação das perspectivas gerais da responsabilidade civil, dividida em objetiva e subjetiva e de seus preceitos, dá-se a pesquisa entre as diferenças de responsabilidade civil contratual e a responsabilidade civil extracontratual. Em relação a primeira hipótese, configura-se o dano em consequência de uma celebração ou da execução de um contrato, onde o dever violado é proveniente de um negócio jurídico unilateral ou de um contrato. Portanto, se duas ou mais pessoas solenizam um contrato, tornam-se responsáveis pelo cumprimento das obrigações que pactuaram. Já no segundo caso, decorre de um ato ilícito, que deu origem a um dano a outrem, sem que exista qualquer relação contratual entre a vítima e o ofensor do prejuízo causado.

Sob esse aspecto, o Código Civil de 2002, identificou as duas espécies de responsabilidade civil, regulamentando de modo geral, a responsabilidade extracontratual expressa nos seguintes artigos 186 a 188 e 927 e seguintes. Já a contratual, encontra-se fundamentado nos artigos 395 e seguintes e 389 e seguintes. A responsabilidade contratual, por sua vez, tem a obrigação do ressarcimento oriundo do descumprimento de qualquer obrigatoriedade, decorrente do contrato acordado, podendo ser em relação a atos unilaterais (testamentos) ou da lei de alimentos, ou ainda, no que concerne a prestação com defeito ou da mora na realização das obrigações.

Bem como salienta Rogério Ferraz Donini (2015), em relação a essas duas espécies de responsabilidade serem regulamentadas pelos princípios igualitários, permanece sendo fundamental apresentar a distinção entre elas, com relação a causas e discordâncias, no que diz respeito à carga probatória, como também, diante de prazos prescricionais diversos. Geralmente, a responsabilidade civil extracontratual, em relação ao seu prazo prescricional, dispõe fundamento jurídico no inciso V do parágrafo 3º do artigo 206 do Código Civil, tendo prazo prescricional de 03 anos (três anos). Já no que diz respeito a responsabilidade civil contratual, atualmente o Superior Tribunal de Justiça (STJ), consolidou o entendimento de que

o prazo prescricional para questionar questões de natureza contratual, é de 10 (dez) anos, em conformidade com o art. 205 do Código Civil.

No que diz respeito às fontes que procedem, a relação de responsabilidade contratual encontra amparo e origem no Poder Judiciário do Brasil, e a extracontratual na inobservância de um dever abstrato de não lesar outrem, conforme disposto no artigo 186, do Código Civil.

Ao longo de alguns anos, tanto na doutrina nacional, quanto na estrangeira, persistiram controvérsias acerca da natureza dessa relação. Entretanto, nos dias atuais, prevalece a ideia que a relação entre o profissional da medicina e de seu paciente é de natureza contratual. Nesse mesmo entendimento, Alberto J. Bueres (2015), ensina: “A doutrina e as jurisprudências nacionais, se pronunciam categoricamente a favor da responsabilidade contratual dos médicos, por sua atuação frente ao paciente, como princípio geral”.

Como regra geral, a natureza desse vínculo é contratual, podendo haver exceções. Logo, João Álvaro Dias (1996), apresenta possibilidades de responsabilidade extracontratual, resultantes da atividade ilícita desempenhada pelo médico, e ou dos danos provocados por um médico facultativo ao prestar assistência a uma pessoa incapaz, cujo seu representante legal não o contratou.

Nesse mesmo diapasão, o Alberto J. Bueres (2015), ao portar-se sobre a responsabilidade extracontratual provenientes de atividade médica, a caracteriza como exceção e arrola outros diversos casos em que ela pode ocorrer, como por exemplo: a) crime praticado por parte do profissional da saúde; b) a prestação espontânea de serviço médico profissional que socorre vítimas de qualquer que seja o acidente em vias públicas; c) nulidade do contrato entre médico e o seu paciente; d) o exercício da atividade médica de forma espontânea, sem intervenção nenhuma realizada pelo paciente da relação; e) a exigência da relação médico-paciente em razão de serviço militar ou ingresso de emprego.

Cabe ainda ressaltar, que o debate entre a natureza da relação contratual ou extracontratual entre o médico e o paciente diminuiu o seu valor quanto à responsabilização civil, em razão de que o sistema de responsabilidade do Código de Defesa do Consumidor é idêntico para ambas as situações, pois é embasado na concepção de ressarcimento das vítimas, sendo amparado pelo defeito apresentado na prestação do serviço desempenhado.

Após serem apresentados panoramas gerais da responsabilidade civil no Código Civil, se faz primordial desenvolver pontos em relação ao Código de Defesa do Consumidor, para que sejam correlacionadas consonâncias e divergências existentes entre esses sistemas, encontrando a aplicabilidade apropriada desses diplomas legais à responsabilização civil das clínicas de engenharia genética.

2.5 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Em reverência aos princípios constitucionais (arts. 5º, XXXII e 170, V da Constituição Federal e 48 do Ato das Disposições Transitórias (ADCT)), foi concebido o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº. 8.078/90, na qual em sua seara de desenvolvimento do regimento da reponsabilidade civil, que acatou como regra a responsabilidade civil objetiva. Derivado da premissa de que o consumidor é a parte considerada vulnerável nas relações de consumo, conforme fundamento do artigo 4º, inciso I do CDC, trazendo certo equilíbrio entre as partes da relação.

Insta destacar que houve uma grande evolução nas relações sociais e o nascimento do consumo em massa, tal como dos aglomeramentos econômicos, os princípios clássicos da legislação privada pátria, respaldados da responsabilidade civil caracterizada como subjetiva, pleiteando imenso esforço probatório por parte da parte lesada da relação, sendo necessário comprovar a conduta, o dano, o nexo causal e culpa do agente.

Desse modo, o Código de Defesa do Consumidor, prevê em seu inciso VI, do artigo 6º, o direito primordial do consumidor, a atual prevenção e reparação total dos danos sofridos pela parte, diante de prejuízos materiais ou até mesmo morais. Para garantir a sua observância, o legislador escolheu desenvolver uma sistemática autêntica para regulamentar as relações de consumo. Essa intrínseca sistemática, constitui-se a partir da consolidação da responsabilidade objetiva, até integrar a inversão do ônus da prova.

Nessa perspectiva, Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem (2004) sustentam a ideia que:

“Realmente, a responsabilidade do fornecedor dos produtos em seus aspectos contratuais e extracontratuais, presente nas normas do CDC (arts.12 a 27), está objetivada, isto é concentrada no produto ou no serviço prestado, concentrada na existência de um defeito (falha na segurança) ou na existência de um vício (falha na adequação, na prestabilidade). (...) Assim, os produtos ou serviços prestados trariam em si uma garantia de adequação para o seu uso e até mesmo, uma garantia referente à segurança que deles se espera. Há efetivamente, um novo dever de qualidade instituído pelo sistema do Código de Defesa do Consumidor, um novo dever anexo”.

Dessa maneira, quando presente uma relação de consumo, a responsabilidade civil do fornecedor, seja ela extracontratual ou contratual, está totalmente relacionada à presença de um defeito ou vício no produto ou serviço fornecido. Para que haja responsabilidade do fornecedor dos produtos ou serviços, é necessário realizar a comprovação do defeito ou vício, do dano e do nexo causal. Paralelamente, o CDC estabeleceu um dever de qualidade, diante da atividade exercida pelos fornecedores, em relação à adequação dos bens, serviços e à segurança esperada por eles. Ainda, cabe ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor introduziu em seus

artigos, acerca da responsabilidade pelo fato e pelo serviço do produto (arts. 12, 13 e 18), assim como a responsabilidade pelo fato e pelo vício de serviços prestados (arts. 14 e 20), ambos dispondo como regra geral, a natureza de responsabilidade civil objetiva. E de acordo com a lei do Código de Defesa do Consumidor, as empresas de engenharia genética, fornecedora de produtos ou serviços em geral, possui responsabilidade objetiva, conforme disposto nos artigos 12º e 14º, devendo responder por prejuízos causados a terceiros consumidores, independentemente, da existência de culpa, cabendo ao consumidor demonstrar o dano sofrido e o nexo causal entre as condutas.

2.6 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS

Inicialmente, é basilar indicar a diferenciação existente entre vício e defeito dos produtos ou serviços, visto que o Código de Defesa do Consumidor ampara em seu artigo 14º, a responsabilização pelo fato do serviço (defeitos), e a responsabilização pelo vício do serviço, respaldado em seu artigo 20, do mesmo Código.

Ao passo que o vício pode ser identificado como uma característica intrínseca, seja ao serviço ou o produto, o defeito é agregado de um empecilho aditivo, que causa um prejuízo ou dano maior que a simples má execução, o não funcionamento, a quantia errada ou ainda a perda do valor pago pelo produto ou serviço. O defeito origina não somente esse dano do vício, mas como também, danos causados ao patrimônio jurídico material ou moral da parte consumidora.

Partindo dessa proposição, reputa-se fato do serviço qualquer acidente que decorra da prestação que causar ofensa à saúde ou à segurança do consumidor da relação ou a terceiros, que possam ser identificadas como vítimas do evento danoso (art. 17 do CDC). Nesse caso, a responsabilidade deriva de “acidentes de consumo”, essa exibe natureza mais grave que a decorrente de vícios, que diante disso geram apenas danos pertinentes ao próprio serviço, tornando-o inapropriado.

Com relação a prestação de serviços médicos, o objeto principal da relação consumerista trata-se da saúde do paciente, não cabendo falar em responsabilidade pelo vício, e sim pelo fato do serviço realizado, pois a atividade realizada de forma inadequada acaba colocando em risco à saúde, a segurança, à vida do paciente ou ainda de terceiros que por eles sejam atingidos.

A responsabilidade consagrada pelo fato do serviço, tem como regra principal a responsabilidade civil de natureza objetiva, manifestada no artigo 14 do CDC, tornando responsáveis, de forma solidária, todos que compõem a cadeia da relação, conforme disposto no artigo 7º, Parágrafo Único e 25, parágrafo 1º, do CDC. Além do mais, se não houver

informações suficientes ou inadequadas sobre prováveis riscos dos serviços realizados, também pode surgir o dever de reparação pelo causador de eventuais danos advindos dessa relação.

Com a regra do parágrafo 4º, do artigo 14 do CDC, privilegia-se a pessoa (física) do profissional liberal e não o tipo de serviço prestado pelo profissional. A disparidade de tratamento obtém sua fundamentação na natureza “*intuitu personae*” dos serviços realizados por esses capacitados profissionais, visto que o contrato entre um profissional da medicina e seu paciente, é firmado com base na confiança e credibilidade.

Diante do paradigma apresentado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), vem se manifestando, no sentido de que a responsabilidade civil dos fornecedores de serviço, fundada no risco da atividade por eles desenvolvida, é objetiva, não se fazendo necessário perquirir acerca da existência de culpa (CDC, art. 14 c/c arts. 186 e 927 do CC). Senão vejamos:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO-HOSPITALAR. SÚMULA Nº 83/STJ. REEXAME FÁTICO. SÚMULA N. 7/STJ. DANOS MORAIS. VALOR RAZOÁVEL. DECISÃO MANTIDA. 1. Consoante a jurisprudência desta Corte, a responsabilidade do hospital é objetiva nos casos de falha na prestação do serviço hospitalar, tais como a ausência de equipamento obrigatório. 2. O recurso especial não comporta exame de questões que impliquem envolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula n. 7/STJ). 3. No caso concreto, o Tribunal de origem concluiu pela ocorrência de falha na prestação de serviços por parte do hospital, a atrair o dever de indenizar pelos danos materiais e morais. Decidir de modo contrário demandaria o reexame das provas produzidas nos autos, o que é vedado em recurso especial. 4. Somente em hipóteses excepcionais, quando irrisório ou exorbitante o valor da indenização por danos morais arbitrado na origem, a jurisprudência desta Corte permite o afastamento do referido óbice, para possibilitar a revisão. No caso, o valor estabelecido pelo Tribunal de origem não se mostra excessivo, a justificar sua reavaliação em recurso especial. 5. Agravo interno a que se nega provimento. (BRASIL, 2019).

Além disso, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia TJ-BA, também decidiu pela responsabilidade civil objetiva dos fornecedores de serviço, não se fazendo necessário comprovar acerca da existência de culpa. Senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. TRANSFUSÃO DE SANGUE. CONTÁGIO PELO VÍRUS DA HEPATITE C. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO INSTITUTO DE HEMATOLOGIA/HEMOTERAPIA, DA EMEC E DO HOSPITAL CONFIGURADA. EXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL. REPARAÇÃO MATERIAL E MORAL QUE SE IMPÕE. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE À COMPROVAÇÃO DAS ALEGAÇÕES. SENTENÇA REFORMADA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. 1- Evidenciada a contaminação da autora/apelante com o vírus da Hepatite C, adquirido mediante transfusão de sangue, cabível a indenização por danos materiais e morais. 2 - Responsabilidade objetiva dos apelados configurada ante a negligência na manutenção da qualidade do material utilizado por seus usuários. 3- Comprovada a realização das transfusões nos locais indicados, com o fornecimento das bolsas pelo

Instituto de Hematologia e o resultado contágio pelo vírus. Nexo causal existente. Reparação material e moral que se impõe. 4- Danos materiais comprovados no processo. Dano moral evidente diante da contaminação com doença sem cura definida, da qual não era portadora. Hipótese que ultrapassa o mero dissabor, justificando-se a condenação em R\$ 100.000,00, em igual proporção entre os demandados. 5- Sentença Reformada. Apelo parcialmente provido. (BRASIL, 2014).

Nesse contexto, ante a falha na prestação do serviço ou falta de informações suficientes sobre prováveis riscos dos serviços realizados, a responsabilidade civil do fornecedor por defeito na prestação do serviço é objetiva e prescinde da comprovação de culpa, bastando a presença do defeito, do dano e do nexo de causalidade entre ambos.

Salienta-se ainda, que a responsabilidade apenas será caracterizada com subjetiva quando a obrigação adotada pelo profissional for de meio, e não de resultado. Havendo obrigação de resultado, a responsabilidade prosseguirá para a regra geral do “microssistema” do paciente/consumidor, portanto, objetiva.

2.7 EXCLUDENTES EXPRESSAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Sobrevêm situações em que há ocorrência de dano/prejuízo, em que não será atribuída ao agente a obrigação de indenizar, por haver ausência de nexo causal. Deste modo, o Código de Defesa do Consumidor teve como previsão causas excludentes de culpa, ou seja, causas que excluem o dever de indenizar, de maneira que o fornecedor não será responsabilizado se comprovar que o após prestado o serviço, em decorrência deste, o defeito é inexistente e se a culpa é exclusivamente da vítima ou de outrem, terceiro da relação, conforme artigo 14, parágrafo 3 °, CDC (2002).

Há causa de excludente de responsabilidade pela circunstância de serviço expressa no Código, é a prova de ausência de defeito apresentado por parte do fornecedor do serviço, ou seja, se não houver dano decorrente da prestação de serviço, ou se o dano decorrer em razão de outra circunstância alheia, que não seja imputável ao fornecedor. Cabe ainda ressaltar, que os defeitos que a lei versa, são aqueles que decorrem de produção, concepção, prestação e informação.

Assim, no entendimento de Sérgio Cavalieri Filho (2012): “fala-se de culpa exclusiva da vítima quando a sua conduta se erige em causa direta e determinante do evento, de modo a não ser possível apontar qualquer defeito no produto ou no serviço como fato ensejador de sua ocorrência”.

Por conseguinte, a culpa exclusiva da vítima não se confunde ao instituto da culpa concorrente, pois quando houver culpa exclusiva, não se encontra presente o liame entre a conduta e o dano, já em relação a culpa concorrente, sua responsabilidade incide na concorrência de culpa, os aplicadores dos preceitos entendem que o causador do dano deve ressarcir a vítima o quantum pela metade, em razão do prejuízo sofrido pela vítima. À vista disso, para que o dever de indenizar seja eliminado, é necessário que o fornecedor do serviço prove ao caso concreto, que a culpa é exclusiva do consumidor do serviço ou de outrem.

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na esfera de reprodução humana assistida, não restam dúvidas que as técnicas auxiliam muitos casais a gerarem filhos, pelos motivos de que a procriação natural não lhes foi possível, ou simplesmente pela vontade do casal, sem previsão de necessidade de apresentar causas de infertilidade. Todavia, com os avanços da biotecnologia, e as realizações de procedimentos de reprodução humana assistida, faz-se surgir novos danos genéticos. Por conseguinte, não se deve ignorar o grande progresso no campo da medicina, pois esse avanço tecnológico e científico foi essencial para o surgimento dessas técnicas.

Nesse cenário, o ramo do direito deve estabelecer relações eficientes dos possíveis ou futuros danos causados pela engenharia genética em face de vítimas, em vista do fator de previsibilidade de danos futuros. Em decorrência dos novos danos genéticos, advindos dessas atividades dos profissionais da medicina, criou-se o princípio da teoria do risco, em relação à responsabilidade sem culpa, disciplinada na teoria da objetivação. Nesse viés, soma-se a isso, a indispensabilidade do consentimento que deve ser alertado a todas as pessoas envolvidas no processo, assim como também deve ser informado sobre possíveis resultados danosos e suas implicações de caráter biológico, ético, econômico e jurídico.

Vale acrescentar, que diante de dano genético, pode-se ensejar a responsabilização civil das clínicas de reprodução humana assistida (RA), concluindo-se pela possibilidade de aplicação da teoria de responsabilização objetiva, pelo fato de se configurar mais condizente com as exigências de legislações pertinentes, até mesmo na área da biossegurança.

Por fim, cabe a toda coletividade jurídica o dever de apoiar e estimular debates sobre a idealização de uma nova legislação apropriada, vindo a ser recepcionada em um código de engenharia genética, para disciplinar juridicamente conteúdo específico, em relação a reprodução humana assistida, suas consequências e implicações dessa reprodução artificial.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 7ª ed. São Paulo: Forense, 2008.

BRASIL. **Lei nº 6938, de 31 de Agosto de 1981**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.938%2C%20DE%2031%20DE%20AGOSTO%20DE%201981&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20Pol%C3%ADtica%20Nacional,Lei%2C%20com%20fundamento%20no%20art. Acesso em maio de 2022.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1998. Promulgada em 05 de outubro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, nº 8.

BRASIL. **Lei de Biossegurança nº 11.105/2005**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/14113/lei-de-biosseguranca-lei-n-11-105-2005>. Acesso em maio de 2022.

BRASIL. JusBrasil. **Informação Jurídica que transforma**. 2014. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/>. Acesso em junho de 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei geral de proteção de dados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm Acesso em: 10 de maio de 2022.

BRASIL. **Resolução CFM Nº 2.294, de 27 de maio de 2021**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/349149/nova-resolucao-2-294https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/349149/nova-resolucao-2-294-21-do-cfm-sobre-tecnicas-de-reproducao-assistida21do-cfm-sobre-tecnicas-de-reproducao-assistida>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BUERES, Aberto J. **Responsabilidade Civil**. 2015. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-e-o-principio-neminem-laedere/> Acesso em: 12 maio 2022.

CARNEIRO, Cláudia Aparecida Maciel. Engenharia genética frente ao princípio da dignidade da pessoa humana e suas implicações ético-jurídicas. **Revista: Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, nº 135, Disponível em http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15894#_ftn1. Acesso em: 15 nov. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. **Ética e direito na manipulação do genoma humano**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DIAS, João Álvaro. **Procriação assistida e responsabilidade médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

DONINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade Civil Pós Contratual**. 3 ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

FRITZ, Karina Nunes. **STJ pacifica a jurisprudência e fixa prazo prescricional de dez anos para responsabilidade contractual**. 2018. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/627810985/stj-pacifica-a-jurisprudencia-e-fixa-prazo-prescricional-de-10-anos-para-a-responsabilidade-contratual>. Acesso em maio de 2022.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo. **Revista dos Tribunais**, 2004.

UEDA, Andréa Silva Rasga. Responsabilidade Civil nas atividades de risco: um panorama atual a partir do Código Civil de 2002. **Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito da Universidade de São Paulo em 2008**. Disponível em: <file:///C:/Users/Downloads/Andrea_Silva_Rasga_Ueda_Dissertacao.pdf> Acesso em: 27 out. 2021.