

A APLICABILIDADE DA TEORIA DAS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO NO INFORME DE CONSENTIMENTO PARA TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Loreanne Manuella de Castro França*
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador**

SUMÁRIO: *Introdução; 2 Da Teoria das Obrigações de Meio e de Resultado; 3 Do Informe de Consentimento para Técnicas de Reprodução Humana Assistida; 4 Considerações Finais; Referências.*

RESUMO: O presente artigo aborda a problemática da teoria das obrigações de meio e de resultado e sua aplicabilidade em um dos instrumentos contratuais utilizados por clínicas e unidade de hospital especializadas na realização de reprodução humana assistida, em qualquer de suas técnicas. Após pesquisa realizada sobre o contrato utilizado na formação da relação jurídica negocial entre as clínicas de reprodução humana assistida e seus pacientes, ou seja, pessoas interessadas em se submeter a alguma técnica de fecundação artificial, observou-se o uso não apenas do contrato de prestação de serviços médicos, mas também de outras espécies de documentos mais específicos para determinadas situações, como o informe de consentimento para técnicas de reprodução humana assistida, o instrumento de autorização para fertilização *in vitro*/inseminação artificial com ovócito/sêmen doado ou cedido gratuitamente, o acordo de criopreservação de sêmen, entre outros. Analisando minuciosamente o primeiro documento específico citado, observou-se o estabelecimento, em um de seus itens, da espécie de obrigação contratada, sendo obrigação de meio e não de resultado. Questiona-se, então, a viabilidade dessa definição, fazendo-se um estudo sobre a teoria das obrigações de meio e de resultado, inserindo-a no informe de consentimento para técnicas de reprodução humana assistida, fazendo uma relação sobre as teorias da responsabilidade civil.

PALAVRAS-CHAVE: Obrigação de Meio; Obrigação de Resultado; Reprodução Humana Assistida; Contratos.

* Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL - PR; Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina – UEL - PR. E-mail: loreannemcf@yahoo.com.br.

** Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR - PR; Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL - PR; Docente Permanente do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina – UEL – PR. E-mail: rita.tarifa@gmail.com.

THE APPLICABILITY OF THE THEORY OF THE OBLIGATIONS OF MEANS AND THE OBLIGATIONS OF RESULT FOR CONSENT IN ASSISTED HUMAN REPRODUCTION TECHNIQUES

ABSTRACT: The obligation of means and obligations of results theory and its applicability is analyzed within the context of contracts by specialized clinics and hospitals for assisted human reproduction by any technique. Research was first undertaken on the contract employed in the establishment of juridical negotiation between assisted human reproduction clinics and their patients, namely people who are interested in artificial fecundation technique. The contract provides not only for the provision of medical services but also more specific documents to be employed in certain circumstances, namely, consent for techniques in assisted human reproduction, authorization for in vitro or artificial insemination fertilization with oocyte/semen donated or ceded free of charge, the cryopreservation of semen, and others. When the first specific document is analyzed in detail, the establishment of contracted obligation has been detected, in one of its topics, as an obligation of means and not of result. The viability of the above definition is questioned and an analysis of the theory of the obligation of means and the obligation of results is undertaken. It is thus inserted within the information on consent for assisted human reproduction techniques and related to the theory on civil responsibilities.

KEY WORDS: Obligations of Means; Obligation of Results; Assisted Human Reproduction; Contracts.

LA APLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO EN EL INFORME DE CONSENTIMIENTO PARA TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

RESUMEN: El presente artículo trata de la teoría de las obligaciones de medio y de resultado y su aplicabilidad en uno de los instrumentos contractuales utilizados por clínicas y hospitales especializados en la realización de reproducción humana asistida, en cualquiera de sus técnicas. Tras investigación realizada sobre el contrato utilizado en la formación de la relación jurídica de negociación entre las clínicas de reproducción humana y sus pacientes, o sea, las personas interesadas en someterse a alguna técnica de fecundación artificial, se ha observado que el uso no solo del contrato de prestación de servicios médicos, pero también de otras especies de documentos más específicos para determinadas situaciones, como el informe de consentimiento para técnicas de reproducción humana asistida, o instrumento de autorización para fertilización in vitro/inseminación artificial con ovocito/semen do-

nado o cedido gratuitamente, o acuerdo de crio preservación de semen, entre otros. Analizando detalladamente el primer documento específico citado, se ha observado el establecimiento, en uno de sus temas, de la especie de obligación contractada, siendo obligación de medio y no de resultado. Se cuestiona, entonces, la viabilidad de esa definición, haciéndose un estudio sobre la teoría de las obligaciones de medio y de resultado, insiriéndola en el informe de consentimiento para las técnicas de reproducción humana asistida, haciendo una relación sobre las teorías de responsabilidad civil.

PALABRAS-CLAVE: Obligación de Medio; Obligación de Resultado; Reproducción Humana Asistida; Contratos.

INTRODUÇÃO

A teoria das obrigações de meio e resultado, no Direito Civil contemporâneo, mostra-se relevante na medida em que implica diferentes interpretações acerca da natureza da responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro.

O presente artigo, neste contexto, pretende discorrer, ainda que brevemente, sobre a aplicabilidade da teoria das obrigações de meio e resultado nos negócios jurídicos envolvendo a reprodução humana assistida, especificamente no que se refere ao instrumento hábil para a declaração de consentimento das partes envolvidas no procedimento.

Para tanto, faz-se uma síntese concisa sobre a teoria referida, analisa-se minuciosamente as cláusulas do informe de consentimento para técnicas de reprodução humana assistida e realiza-se a classificação da obrigação pactuada entre obrigação de meio e de resultado, dando suporte à eventual responsabilização civil.

2 DA TEORIA DAS OBRIGAÇÕES DE MEIO E DE RESULTADO

O Direito obrigacional da contemporaneidade tem sido alvo de discussões consideráveis, não só pelas mudanças trazidas com a vigência do Código Civil, mas também pelos novos contornos que tem tomado diante do desenvolvimento da sociedade. Os vínculos obrigacionais tem se tornado cada vez mais complexos e específicos e tal situação demanda uma análise constante e pormenorizada da teoria obrigacional.

Segundo Silvio de Salvo Venosa³, obrigação consiste em “uma relação jurídica transitória de cunho pecuniário, unindo duas (ou mais) pessoas, devendo uma (o devedor) realizar uma prestação a outra (o credor)”.

A doutrina, em geral, realiza diversas classificações das obrigações, como, por exemplo: a) quanto ao objeto: dar, fazer e não fazer; b) quanto ao modo de execução: simples, cumulativa, alternativa e facultativa; c) quanto ao conteúdo: meio e resultado; d) quanto ao tempo do adimplemento: instantânea, execução continuada e execução diferida; e) quanto à liquidez: líquidas e ilíquidas.

No entanto, a divisão das obrigações sobre a qual se debruçou nesta pesquisa foi a que as difere entre obrigações de meio, também chamadas de obrigações de diligência, e obrigações de resultado.

A teoria das obrigações de meio e de resultado é recente, advinda com a acentuação das relações de consumo e tem estreita ligação com as duas teorias que classificam a responsabilidade civil, quais sejam: a objetiva e a subjetiva. Esta última teoria preconiza a necessidade de perquirição de culpa para a caracterização da responsabilidade na seara cível e encontra-se prevista no Código Civil atualmente vigente, como regra. Por outro lado, a teoria objetiva, que prescinde da constatação de culpa, vem aumentando significativamente seu âmbito de aplicabilidade, inclusive sendo regra no microsistema consumerista brasileiro.

Antigamente, à responsabilidade civil era aplicada apenas a teoria subjetiva. No entanto, com o crescimento das relações de consumo após a Revolução Industrial, as pessoas passaram a não aceitar mais tão facilmente os prejuízos que poderiam levar em relação à aquisição de produtos ou contratação de serviços, motivo pelo qual se fez necessária a criação da teoria objetiva e, conseqüentemente, uma modificação nas relações obrigacionais, que culminou com esta classificação.

Introduzida por Demogue, na doutrina francesa moderna, modificada por Henri e Léon Mazeaud, que a consideravam uma *summa divisio* de todas as obrigações, delituais e contratuais, a distinção entre obrigações de resultado e de meios diz respeito ao objeto da obrigação, tendo, contudo, por razão de ser, uma repartição diferente do ônus da prova que incumbe aos contratantes, por ocasião de uma contestação.⁴

³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 27

⁴ TUNC, André. A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). **Doutrinas essenciais**: obrigações e contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 748.

Consequentemente, definiu-se um liame entre a responsabilidade civil e a teoria geral das obrigações, relacionando-se a responsabilidade civil objetiva com a obrigação de resultado e a responsabilidade civil subjetiva com a obrigação de meio.

De forma simples, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁵ assim conceituam essas espécies de obrigações:

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

Sobre a diligência que deve ser empregada no cumprimento de uma obrigação de resultado, Giselda Hironaka⁶ entende que

[...] deve ser avaliada a diligência do devedor ao cumprir a obrigação. Para alcançar tal objetivo, isto é, para que seja possível aferir, com maior segurança, o comportamento do devedor, deve ser levado em consideração um certo comportamento padrão, isto é, aquele comportamento que tem, por exemplo, o homem médio, o protótipo do cidadão prudente, normal, atento, dotado de ordinária inteligência, hábil, empenhado e dedicado. Este é o bom pai de família – *bonus pater familias* – referido pelos romanos.

Quanto a sua execução, no caso das obrigações de resultado, a mesma se dá quando o devedor cumpre objetivo final; nas obrigações de meio, o inadimplemento caracteriza-se pelo desvio de comportamento ou omissão de cuidados ou precauções a que se comprometeu, sem considerar o que se obteve como resultado final⁷.

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

⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: obrigações**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 97.

⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; MORAES, Renato Duarte Franco de. **Direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 53

⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 214.

Essa classificação foi proposta levando-se em consideração, também, a atividade médica e odontológica, considerando a dificuldade que se tinha em definir a imputação de responsabilidade a essas categorias profissionais, se era de natureza contratual ou extracontratual, na hipótese de danos ou prejuízos causados aos seus pacientes.

[...] a tradicional relutância em admitir a natureza contratual da responsabilidade médica (que pode, também, ser odontológica, visto que, em Portugal, a odontologia é uma especialidade da medicina e o cirurgião-dentista é chamado médico-dentista) estava indissociavelmente ligada a uma certa repugnância em aceitar que o médico pudesse considerar-se presumidamente culpado sempre que o tratamento tivesse efeitos nefastos ou não alcançasse as metas que as expectativas do agente haviam subjetivamente fixado.⁸

Para esses profissionais, a importância primária do assunto deve-se ao fato de que tanto as clínicas quanto os médicos estão sujeitos à imputação de responsabilidade por qualquer dano causado por erro cometido durante a prática dos procedimentos para que forem contratados, em decorrência do descumprimento de obrigações assumidas. Para tanto, mostra-se necessária a verificação da natureza da obrigação incidente, ainda mais levando-se em consideração que é tal diferenciação que confere lógica ao sistema contratual, mormente quando se cuida de responsabilização pelo inadimplemento de obrigação pactuada.

A atividade do profissional liberal, especificamente a atividade do médico, em regra, segundo doutrina dominante, constitui-se em “uma obrigação de meio e não de resultado, por não comportar o dever de curar o paciente, mas sim o de prestar-lhe os cuidados conscienciosos e atentos conforme os progressos da medicina”⁹; “Ele se obriga a empregar os meios de que dispõe para chegar a um resultado que permanece externo ao contrato”.¹⁰

A jurisprudência brasileira atual também caminha no mesmo sentido, como se depreende do acórdão a seguir:

⁸ TANAKA, Eduardo. Responsabilidade civil do cirurgião-dentista. Obrigação de meio ou de resultado? In: HIRO-NAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **Direito e responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 252-253.

⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 22. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a reforma do CC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 7, p. 299.

¹⁰ TUNC, op. cit., 2011. p. 749.

ADMINISTRATIVO. OMISSÃO INEXISTENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL. OBRIGAÇÃO DE MEIO, E NÃO DE RESULTADO. ERRO MÉDICO. NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE PROVAS. SUMULA 07/STJ. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF.

1. O acórdão recorrido não está eivado de omissão, pois resolveu a matéria de direito valendo-se dos elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide.

2. O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que a relação entre médico e paciente é de meio, e não de fim (exceto nas cirurgias plásticas embelezadoras), o que torna imprescindível para a responsabilização do profissional a demonstração de ele ter agido com culpa e existir o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado - responsabilidade subjetiva, portanto.

3. O Tribunal a quo, amparado no acervo fático-probatório do processo, afastou a culpa do cirurgião-dentista, e, conseqüentemente, **erro médico** a ensejar a obrigação de indenizar, ao assentar que não houve equívocos por parte da equipe médica na primeira fase do tratamento e que as complicações sofridas pela requerente não decorreram da placa de sustentação escolhida pelo profissional de saúde. Assim, concluiu que a conduta se mostrara coerente com o dever profissional de agir, inexistindo nexo de causalidade entre os atos do preposto da União e os danos experimentados pela autora.

4. Fica nítido que a convicção formada pelo Tribunal de origem decorreu dos elementos existentes nos autos. Rever a decisão recorrida importaria necessariamente no reexame de provas, o que é defeso nesta fase recursal, nos termos da Súmula 07/STJ.

5. Alegações de violação de dispositivos e princípios constitucionais não podem ser analisadas em recurso especial, por serem de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102 da Carta Magna.

6. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

(REsp 1184932/PR. Relator: Ministro Castro Meira. Julgamento em: 13/12/2011, publicado no DJe de 16/02/2012)

Todavia, existem situações em que a atividade do médico singular pode ensejar obrigação de resultado, como, por exemplo, na cirurgia plástica estética, em cirurgias de correção da visão, bem como em exames laboratoriais. Nesses casos, não se pode deixar de considerar que o médico ou a clínica pode elaborar um instrumento contratual de prestação de serviços, com previsão de possibilidade de intercorrências danosas e, assim, proceda com o intuito de caracterizar a sua atividade/ obrigação como de meio, desvirtuando, dessa forma, a natureza da obrigação, que é de resultado. Todavia, ainda assim não se pode afirmar que estará livre de responsabilização civil pelos seus atos ou omissões, mas, sim, que a sua culpa será aferida de forma mais especial. De fato, devem-se levar em conta as especificidades de sua

atividade, os diferentes profissionais envolvidos nos procedimentos, a obrigação específica de cada um deles, dentre outros aspectos determinantes da responsabilização no âmbito cível.

Em face do exposto, constata-se que, normalmente, o serviço prestado pelo profissional da Medicina ou clínica prestadora de serviços médicos é considerado como uma obrigação de meio, tendo apenas situações excepcionais consideradas como obrigação de resultado, as quais ainda podem ser convencionalmente modificadas. Tratar-se-á, a seguir, do documento que atesta o consentimento do paciente no que concerne as técnicas reprodutivas humanas.

3 DO INFORME DE CONSENTIMENTO PARA TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Antes de tecer comentários sobre o informe de consentimento para técnicas de reprodução humana assistida ¹¹, o qual contempla a fixação da obrigação pactuada entre a clínica e o paciente como sendo uma obrigação de meio e não de resultado, mostra-se relevante explicar os métodos de realização desse procedimento e sua respectiva classificação.

Há dois métodos para que uma reprodução humana assistida seja realizada: a) ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer*), o qual concretiza a ectogênese ou fertilização *in vitro* e é realizado por meio da retirada do óvulo para fecundação com sêmen em proveta, dando origem a um embrião que será inserido no útero; b) GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*), o qual consolida a inseminação artificial e efetiva-se por meio da colocação direta do sêmen na mulher, sem qualquer manipulação externa de óvulo ou embrião¹².

Quanto à utilização dos gametas para a fertilização, a reprodução assistida é classificada de duas formas: reprodução assistida homóloga e reprodução assistida heteróloga. A reprodução assistida homóloga, também chamada de interconjugal, é aquela realizada com os gametas do próprio casal, ou seja, o material genético utilizado na formação do embrião é o espermatozoide do marido com o óvulo da mulher. Já a reprodução assistida heteróloga, denominada também de supraconjugal, é a que se efetiva com a utilização de gametas oriundos de terceiros, podendo

¹¹ Vide anexo contendo modelo de informe de consentimento para técnicas de reprodução humana assistida.

¹² DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 520.

ser parcial, quando um dos gametas é doado e o outro é de um dos cônjuges ou companheiros, ou total, quando os dois gametas são obtidos por doação¹³.

O acordo feito entre a clínica de reprodução humana assistida e o paciente deve levar em consideração o método escolhido e a utilização dos gametas para a realização do procedimento de reprodução humana assistida, do que decorre a necessidade ou não de firmar um ou mais instrumentos contratuais. Todavia, o contrato de assistência médica é o mais genérico, tendo seu enquadramento perfeito no pacto obrigacional celebrado entre o paciente e a clínica ou médico.

O contrato de assistência médica pode abranger tanto o contrato médico quanto o contrato de assistência médico-hospitalar. No contrato de assistência médica é pactuada a prestação de serviços profissionais desta espécie a um cliente; já o contrato de assistência médico-hospitalar inclui, além da prestação objeto do contrato de assistência médica, também a internação em clínica ou hospital e alimentação, inclusos ou não em plano de saúde¹⁴.

Conforme já comentado, existem outros documentos utilizados pelas clínicas de reprodução humana ou unidades de hospital especializadas, a depender do método contratado para a realização do procedimento de fertilização assistida. Entre eles, pode-se citar: o informe de consentimento para técnicas de fertilização assistida, o instrumento de autorização para fertilização *in vitro*/inseminação artificial com ovócito/sêmen doado ou cedido gratuitamente, o acordo de criopreservação de sêmen, o informe de consentimento para congelamento e preservação de pré-embriões, bem como o instrumento de doação voluntária de ovócitos.

Tendo em vista que nesse trabalho não se tem o propósito de esgotar a análise das peculiaridades de cada um desses instrumentos, mas, sim, focar em um deles, o qual contempla as espécies de obrigação em apreço, passa-se ao exame do informe de consentimento para técnicas de reprodução humana assistida.

Referido documento deveria ser um contrato anexo a qualquer contrato médico celebrado entre paciente e clínica de reprodução humana assistida, pois traz consigo informações relativas ao procedimento que será realizado, todas as suas particularidades e riscos, atendendo ao dever de informação disposto no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.

Cumprido ao médico, representante da clínica contratada, explicar a natureza e os riscos dos procedimentos que serão aplicados no paciente, de modo perspicaz e

¹³ DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 190-193.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 5. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 590.

humanista, a fim de que o paciente não se sinta desencorajado, e sem a necessidade de se tecer comentários técnicos demais, a ponto de impossibilitar o entendimento do paciente, o qual é, na maioria das vezes, um leigo¹⁵.

Conforme o entendimento de Luciana Mendes Pereira Roberto¹⁶, o consentimento informado é aquele dado pelo paciente, baseado no conhecimento da natureza do procedimento a ser submetido e dos riscos, possíveis complicações, benefícios e alternativas de tratamento. Ou seja, é uma concordância na aceitação dos serviços a serem prestados pelo profissional de saúde em troca do pagamento do paciente ou responsável, estando este informado adequadamente do que está consentindo. A mesma autora frisa que se trata de um processo que envolve uma troca de informações entre o fornecedor do serviço de saúde e o paciente, bem como sua permissão ou a sua concordância.

Assim dispõe a Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina¹⁷:

[...] O consentimento informado será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores. Os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será expresso em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida.

No informe de consentimento para técnicas de reprodução humana assistida consta cláusula afirmativa no sentido de que a clínica assume uma obrigação de meio e não de resultado, ou seja, de que está obrigada apenas em realizar o procedimento, não dando conta de seu resultado, sem a possibilidade de ser demandada para imputação de responsabilidade caso este não ocorrer.

Contudo, cabem alguns questionamentos nesse ponto, os quais necessitam de uma resposta concreta a fim de que se possa definir corretamente a espécie de obrigação pactuada: a) ao contratar com um paciente a realização da reprodução

¹⁵ VENOSA, op. cit., 2005. p. 138.

¹⁶ ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado**. 2. ed. São Paulo: Juruá, 2008. p. 79.

¹⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. A Resolução CFM n. 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui in totum. Resolução n. 1.957, de 15 de dezembro de 2010. **Diário Oficial da União, Brasília**, DF, 06 jan. 2011. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 01 ago. 2012.

assistida, a promessa por parte da clínica é de que a gravidez aconteça ou de que o nascimento ocorra?; b) a clínica se compromete a gerar uma criança perfeita, sem qualquer tipo de deformação, doença ou anomalia?; c) caso essa a criança não nasça perfeita, há a previsão de responsabilização da clínica?; d) Na hipótese de troca de material genético (por exemplo, troca de provetas contendo sêmen do paciente contratante e de um desconhecido), qual será a responsabilidade da clínica que efetuou o procedimento equivocado?

Todas essas interrogações são de difícil solução, pois se deve considerar cada caso concreto, cada paciente, cada clínica e seus respectivos comportamentos. Por isso, observa-se que desse contrato podem advir diversas obrigações, de diferentes espécies, podendo ser de meio ou de resultado, a depender do acordado entre as partes e da diligência empregada ao realizar cada atividade que compõe os procedimentos de reprodução humana assistida.

Da análise desse documento, emerge que, na realidade e de forma geral, o que a pessoa jurídica contratada deseja é desvirtuar a natureza de sua obrigação, com o fim de modificar a teoria a ser aplicada em sua responsabilização civil, tendo em vista a relação da responsabilidade civil objetiva com a obrigação de resultado e da responsabilidade civil subjetiva com a obrigação de meio.

No entanto, não há o que possa eximir por completo a imputação de responsabilidade à clínica de reprodução humana assistida ou sua apreciação pelo Poder Judiciário, sendo que tal responsabilização pode ser atribuída consoante os ditames do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.

O Código Civil dispõe sobre a responsabilidade médica no artigo 951, que, por sua vez, remete aos artigos 948, 949 e 950. Assim, veja-se: “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”.

O artigo 948, por seu turno, trata da indenização devida em caso de homicídio, a qual inclui o “pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família” e a “prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”. Já o artigo 949 do Código Civil cuida da ocorrência de lesão ou ofensa à saúde, motivo pelo qual aquele que causou tal prejuízo deverá indenizar o prejudicado “das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença”. Finalmente, o artigo 950

do Código Civil dispõe sobre a ofensa que causa defeito no ofendido de gravidade que lhe impeça de “exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho”; nesse caso, a indenização abrangerá as despesas do tratamento, lucros cessantes e “pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou ou da depreciação que ele sofreu”.

Sendo assim, constata-se que a responsabilidade do médico ou de qualquer outro profissional da saúde é subjetiva, ou seja, depende da aferição de culpa no descumprimento da obrigação, devendo ser apurada, no caso, a ocorrência de negligência, imprudência ou imperícia.

Já no Código de Defesa do Consumidor – perfeitamente aplicável à situação em estudo, pois a clínica enquadra-se no conceito de fornecedor, colocado no artigo 3º, e os pacientes contratantes adequam-se no conceito de consumidor, disposto no artigo 2º -, a responsabilização das clínicas ou unidades de hospital especializadas em reprodução humana assistida deve se dar de acordo com o artigo 14, incluído na seção que trata “Da Responsabilidade por Fato do Produto e do Serviço”, isto é, de forma objetiva e sem aplicação do privilégio contido no §4º, concedido apenas aos profissionais liberais singularmente considerados.

No entanto, vale mencionar a solidariedade nessa imputação de responsabilidade entre o médico e a clínica, conforme se depreende do seguinte acórdão:

CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO PARTICULAR. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.

1. Os hospitais não respondem objetivamente pela prestação de serviços defeituosos realizados por profissionais que nele atuam sem vínculo de emprego ou subordinação. Precedentes.
2. Embora o art. 14, §4º, do CDC afaste a responsabilidade objetivados médicos, não se exclui, uma vez comprovada a culpa desse profissional e configurada uma cadeia de fornecimento do serviço, a solidariedade do hospital imposta pelo caput do art. 14 do CDC.
3. A cadeia de fornecimento de serviços se caracteriza por reunir inúmeros contratos numa relação de interdependência, como na hipótese dos autos, em que concorreram, para a realização adequado serviço, o hospital, fornecendo centro cirúrgico, equipe técnica, medicamentos, hotelaria; e o médico, realizando o procedimento técnico principal, ambos auferindo lucros com o procedimento.
4. Há o dever de o hospital responder qualitativamente pelos profissionais que escolhe para atuar nas instalações por ele oferecidas.
5. O reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma a obrigação de meio do médico, em obrigação de resultado, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quan-

do comprovada a culpa do médico, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor.

6. Admite-se a denúncia da lide na hipótese de defeito na prestação de serviço. Precedentes.

7. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1216426/MT. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em: 09/08/2011, publicado no DJe de 19/08/2012)

Desse modo, vislumbra-se que, em que pese constar no documento que a clínica especializada em reprodução humana assume uma obrigação de meio, existe a possibilidade de modificação na natureza dessa obrigação para uma obrigação de resultado, a depender das respostas dadas aos questionamentos colocados, o que tem como consequência direta o estabelecimento da teoria de imputação de responsabilidade a ser aplicada ao caso concreto.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria das obrigações de meio e de resultado é moderna, tendo surgido após a Revolução Industrial, ligada com a acentuação das relações de consumo, visando discipliná-las e definir seu vínculo com as teorias da responsabilização civil.

Essa classificação foi pensada com foco na atividade médica e dos profissionais da odontologia. Com isso, desde o momento da contratação dos serviços, a espécie de obrigação pactuada entre as partes restava já definida, a fim de prevenir qualquer dificuldade quanto a eventual responsabilização civil desses profissionais na hipótese de erro que culminasse em dano ao paciente.

Diante de toda a pesquisa realizada, constata-se que a maioria da doutrina classifica a obrigação dos médicos como uma obrigação de meio, isto é, o profissional se vê obrigado em empregar todos os métodos de que possui conhecimento e a maior diligência possível na realização de sua atividade, a fim de que se possa chegar ao resultado pretendido, mas sem a obrigação da realização desse resultado. Todavia, existem hipóteses nas quais a obrigação do médico é considerada como de resultado, como, por exemplo, nas cirurgias plásticas estéticas.

Merece menção, também, a possibilidade de se realizar um desvirtuamento da natureza da obrigação, ou seja, transformar a obrigação de meio em obrigação

de resultado e vice-versa, por meio do estabelecimento de cláusulas específicas com essa tendência, escritas, constantes do instrumento contratual firmado entre as partes.

Quanto ao informe de consentimento para técnicas de reprodução humana assistida, vislumbra-se ser um documento do qual se deve fazer uso todo e qualquer profissional da Medicina ou de áreas afins (por exemplo, anestesiologia), pois constitui-se num instrumento que cumpre o dever de informação, um dos direitos básicos do consumidor (art. 6º do CDC) e um dos deveres do médico, conforme estabelecido na Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina.

Entretanto, não cabe, nesse documento, estabelecer a forma da obrigação contratada, se é uma obrigação de meio ou se é uma obrigação de resultado, visto que, antes disso, deve-se responder a alguns questionamentos colocados em relação ao procedimento a ser empregado na realização da reprodução humana assistida, como o compromisso da clínica ou unidade de hospital especializada em reprodução humana assistida em empregar a técnica adequada, o cuidado com o material genético coletado, a fim de que não haja confusões e implantação de material equivocado, se existe ou não a promessa de que a gravidez aconteça, dentre outros.

Verifica-se que, com o estabelecimento da obrigação acordada, a pessoa jurídica responsável pela realização do procedimento de reprodução humana assistida tem como escopo alterar a forma de sua imputação de responsabilidade, buscando uma responsabilização subjetiva – relacionada com a obrigação de meio – em detrimento de uma responsabilização objetiva – atrelada com a obrigação de resultado.

Conclui-se, por fim, que a aplicabilidade da teoria das obrigações de meio e de resultado no informe de consentimento para técnicas de reprodução humana assistida é mesmo evidente, já que as clínicas de reprodução humana assistida pretendem estabelecer, nesse documento, a que está obrigada. Todavia, o que não se pode permitir é que essa definição obrigacional cause prejuízo ao contratante, equiparado a consumidor, no momento em que desejar responsabilizar a clínica, enquadrada como fornecedora, pela má prestação do serviço ou por qualquer prejuízo causado, devendo tal imputação de responsabilidade ser realizada pela teoria adequada, com vistas às particularidades do caso concreto e aos ditames da legislação civil e consumerista.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 01 ago. 2012.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 01 ago. 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. A Resolução CFM n. 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum*. Resolução n. 1.957, de 15 de dezembro de 2010. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 06 jan. 2011. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 01 ago. 2012.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 22. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a reforma do CC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 7.

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

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 5. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: obrigações**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

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

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

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade civil do profissional de saúde e consentimento informado**. 2. ed. São Paulo: Juruá, 2008.

TANAKA, Eduardo. Responsabilidade civil do cirurgião-dentista. Obrigação de meio ou de resultado? In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **Direito e responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TUNC, André. A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). **Doutrinas essenciais**: obrigações e contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Enviado em: 03 de dezembro de 2012

Aceito em: 02 de abril de 2013