



HÁ SUPORTE JURÍDICO PARA USO DE TÉCNICA DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA POR CASAL HIV SORO-DISCORDANTE?

Pedro Aurélio Pires Maringolo*

Lia Felberg**

Martha Solange S. Saad***

1. Notas Introdutórias. 1.1 Caso Clínico. 1.2.Ponderações Iniciais. 2. Reprodução Humana Assistida. 3. Responsabilidade Civil. 3.1.Fundamentos. 3.2.O Dano em relação ao caso: conclusões. 4. Responsabilidade Ética ou Administrativa. 4.1.Legislação. 4.2.Conclusões. 5. Responsabilidade Criminal. 5.1.Fundamentos. 5.2.Conclusões. 6. Referências Bibliográficas.

* Professor de Direito Processual Penal na Faculdade-UPM.

** Professora de Direito Penal e Direito Processual Penal na Faculdade de Direito-UPM; Coordenadora dos Juizados Especiais Cíveis – JEC e JEC/EPP-ME - Anexo Central Mackenzie.

*** Professora de Direito Civil e de Biodireito na Faculdade de Direito-UPM; Coordenadora do Curso de Graduação da Faculdade de Direito-UPM.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

1.1 Consulta e Caso Clínico

O Centro de Reprodução Humana do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo¹, por seu Diretor Executivo, Doutor Jorge Hallak, Professor-Assistente de Urologia, honrou-nos com uma consulta jurídica relativa ao caso de seus pacientes João, nascido aos 17/11/73, e sua esposa Maria, nascida aos 23/10/77.²

João é portador do vírus HIV em contagem não detectável pelos exames laboratoriais correntes, assintomático certamente porque ingere com regularidade a medicação anti-retroviral (conhecido popularmente por “coquetel”) prescrita pelo médico especializado que o assiste. Sua mulher, Maria, que não é portadora desse vírus, pretende ter filhos com o marido, mas o risco da sua contaminação (30%) e a do feto (15 a 20%) seria muito alto se a gravidez adviesse das relações sexuais do casal. Daí a procura pelos serviços médicos daquela unidade universitária pública, especializada em reprodução humana.

A questão jurídica pode ser resumida na seguinte indagação: O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO OFERECE SUPORTE PARA O TRATAMENTO MÉDICO DESSE CASAL HIV SORO-DISCORDANTE QUE OBJETIVE A GERAÇÃO DE UMA CRIANÇA PELO MÉTODO CONHECIDO POR FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*?

1 Doravante designado como Consultante.

2 Os prenomes foram trocados e os sobrenomes omitidos, para preservar as identidades dos envolvidos.

Aos profissionais consulentes interessa o atendimento das expectativas do casal, porém, preocupa-os conseqüências jurídicas adversas provindas de resultados indesejados, pois o sucesso ou insucesso dos efeitos colaterais de tal empreendimento não se sujeita apenas à capacidade, habilidade e perícia dos médicos e técnicos, mas também às forças da natureza virótica.

1.2. Ponderações Iniciais

Tenha-se presente que a ciência médica já confirmou a replicação viral do HIV nas células seminais e que, atualmente, ainda há controvérsias sobre a infecção dos espermatozóides por esse vírus.

De todo modo, a fertilização *in vitro*, em casos como o ora estudado, pressupõe o isolamento dos espermatozóides e a remoção das células infectadas pelo HIV antes de juntá-los aos óvulos.

Ou seja, remanesce um risco não desprezível de que a mulher saia desse procedimento, e/ou da gravidez levada a termo, contaminada pelo vírus HIV, tanto quanto, eventualmente, a criança assim gerada.

É verdade, segundo o estágio atual da ciência médica, que medidas profiláticas específicas podem reduzir, em até 90%, o risco de infecção da criança assim gerada. Contudo, não se tem o mesmo percentual de sucesso no que se refere à mãe da criança, pessoa saudável que poderá se infectar durante a gestação e até durante o parto, desde a inserção do ovo em seu útero.

O Consulente relata ser capaz de remover o vírus HIV do sêmen. Nessa linha, o relato que conta atualmente com nova tecnologia capaz de remover o vírus HIV do sêmen.

Esta técnica foi inicialmente descrita por Semprini, um médico italiano. Na última publicação de Semprini descreveram 1585 inseminações, em 513 mulheres, obtendo 228 gestações sem contaminação da mãe ou do filho com o vírus HIV. Este médico realiza uma técnica de purificação do sêmen em laboratório, e uma amostra é analisada através de PCR (técnica laboratorial, altamente sensível e específica, que identifica a presença de RNA e/ou DNA do vírus do HIV).

Em aproximadamente 5% das vezes a purificação da amostra não foi bem sucedida. Nestes casos, a amostra é desprezada. Quando o PCR demonstra ausência do vírus, a amostra é utilizada para realizar inseminação artificial, obtendo os resultados acima descritos. Mais tarde, Marina, médico espanhol, aprimorou esta técnica. Após purificação do sêmen, em ciclo de fertilização *in vitro* (FIV ou bebê de proveta) ele realizava injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI).³

Inexiste no Brasil legislação específica sobre reprodução humana assistida ou artificial que sirva de suporte para o tratamento médico de um casal como o da hipótese em estudo.

Consta a existência de vários projetos de lei no Congresso Nacional tratando de temas assemelhados, mas não há nenhuma evidência de que, em futuro próximo, advenha um conjunto de normas jurídicas autorizadas da fertilização *in vitro* de um casal soro-discordante HIV, em que contaminado seja o indivíduo masculino.

³ Purificação de sêmen de homens HIV positivos, Centro de Reprodução Humana de Campinas, disponível em <http://www.reproducaohumana.com.br/default.asp>.

Daí que o caso deve ser estudado à luz do direito positivo, daquele que já existe em plena vigência, sob tríplice enfoque: o da responsabilidade civil, o da responsabilidade ética-administrativa e o da responsabilidade criminal.

2. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A reprodução humana constitui o processo pelo há o encontro dos gametas masculino e feminino, espermatozóide e óvulo (células germinativas), formando uma célula (zigoto ou ovo), dando início ao desenvolvimento do embrião (gestação) até o parto e o nascimento.

Reprodução humana, portanto, resulta na procriação e pode ser realizada de forma natural, por meio da relação sexual sem uso de método contraceptivo, resultando no encontro dos gametas, na fecundação do óvulo pelo espermatozóide naturalmente; ou de forma artificial, acompanhada por médicos que realizam procedimentos técnicos para propiciar o encontro dos gametas e a conseqüente fecundação.

Esta segunda forma dita artificialmente realizada e que se denomina reprodução humana assistida, inclui as técnicas utilizadas para obtenção de uma gravidez sem relação sexual, através da utilização de células germinativas de um doador, para propiciar a capacidade reprodutiva própria ou de terceiros. Estas técnicas são aplicadas na fecundação ou fertilização *in vitro* ou *in utero*.

Fertilização *in vitro* é composta por técnicas pelas quais a fecundação do óvulo pelo espermatozóide ocorre de maneira espontânea, em laboratório, ou seja, as células germinativas, óvulos e espermatozóides, são coletadas dos doadores e fertilizadas numa placa contendo meio de cultura e soro humano. Posteriormente, parte dos embriões concebidos (de dois a quatro) é implantada na mulher (na cavidade uterina, ou trompas de Falópio, ou cavidade peritoneal, intraperitoneal direta, intratubária). Os embriões excedentes, que não forem utilizados, serão congelados por meio de criopreservação.

Os espermatozóides colocados em contato direto com óvulos não têm capacidade de fecundá-los. Para que se dê a fertilização, é necessário um processo de amadurecimento, chamado capacitação espermática.

Na fecundação natural, os espermatozóides são capacitados ao nadar em direção às tubas uterinas. Neste trajeto eles entram em contato com diversas proteínas e substâncias existentes nas secreções do colo do útero, endométrio e tubas uterinas, que promovem a capacitação dos espermatozóides. Capacitação é o nome dado ao processo que torna o espermatozóide capaz de fecundar um óvulo. Este processo pode ser realizado artificialmente em laboratório através de técnicas próprias.

Fertilização *in utero*, também chamada de inseminação artificial, constitui-se de técnicas pelas quais o material genético germinativo masculino, que contém os espermatozóides, é introduzido na cavidade uterina ou no canal cervical da mulher, na época em que o óvulo se encontra apto a ser fertilizado. A fertilização ocorre no corpo da mulher.

Estas técnicas podem ser realizadas através da doação de células germinativas para uso próprio ou para uso de terceiro. Quando há dificuldade de fecundação pela relação sexual, mas o casal é fértil, é realizada a fertilização homóloga. Nesta técnica, a mulher casada é inseminada com o gameta masculino de seu marido, ou é nela implantado embrião obtido por meio de doação de célula procriativa de seu marido.

Não há referência legislativa civil específica à hipótese de óvulo doado por terceira, fertilizado *in vitro* por homem casado com a mulher que receberá o embrião. Isto nos leva a crer que a terminologia homóloga refere-se apenas à célula procriativa do marido da receptora, não importando se o óvulo é dela ou de terceira. Nosso ordenamento jurídico parece continuar a crer que a maternidade é sempre certa e evidenciada pelo parto, em flagrante ignorância das complexas e não raras situações fáticas.

Quando o marido é portador de uma deficiência em suas células germinativas, por oligospermia (baixa concentração de espermatozóides) ou astenospermia (baixa motilidade) ou azoospermia (ausência de espermatozóides), utiliza-se célula germinativa de um doador. Nesse caso, o material genético é inseminado, ou o embrião é implantado, em mulher casada com outro homem que não o doador. Essa fecundação se denomina heteróloga.

Inseminação artificial, fecundação artificial, concepção artificial, sejam homólogas ou heterólogas, *in vitro* ou *in utero*, são consideradas pelo Direito como técnicas de reprodução humana assistida, como bem interpretou o enunciado 105 da Primeira Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, coordenada

pelo Ministro Rui Rosado, realizada em 2002:

As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 [Código Civil], deverão ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida”.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL

No estudo do Direito Civil, denomina-se responsabilidade civil a obrigação de uma pessoa indenizar o prejuízo causado a alguém.

Conforme a origem dessa obrigação, se contratual ou legal, classifica-se a responsabilidade civil em responsabilidade contratual, regida pelos princípios gerais dos contratos firmados pelas partes e resultante da inexecução do negócio jurídico, e em responsabilidade extracontratual, também chamada responsabilidade *aquiliana*, regida pela lei civil e oriunda do inadimplemento normativo.

Assim, o inquilino que depreda o imóvel locado está civilmente obrigado a indenizar o dano causado ao locador, por força das regras contidas no contrato de locação firmado; e o motorista que, imprudentemente, colide seu veículo contra o muro desse imóvel locado, está obrigado a indenizar o dano causado ao dono do imóvel, por força do artigo 186 do Código Civil:

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

3.1. Fundamentos da Responsabilidade Civil

Interessa, aqui, evidenciar os fundamentos da responsabilidade extracontratual, também chamada *aquiliana* porque originada da *Lex Aquilia*, rogada pelo Tribuno romano *Aquilius* na segunda metade do Século III a.C., que é baseada, em princípio, na culpa, como se lê no mencionado artigo 186 do Código Civil, e que exige da vítima a prova da ocorrência do dano, a prova da conduta culposa que gerou o dano, e a prova da relação de causalidade entre essa conduta culposa e o dano.

Explica Maria Helena Diniz, a respeito da responsabilidade extracontratual:

A fonte dessa responsabilidade é a inobservância da lei, ou melhor, é a lesão a um direito, sem que entre o ofensor e o ofendido preexista qualquer relação jurídica. (...) O lesante terá o dever de reparar o dano que causou à vítima com o descumprimento de preceito legal ou a violação de dever geral de abstenção pertinente aos direitos reais ou de personalidade, ou seja, com a infração à obrigação negativa de não prejudicar ninguém.⁴

Ilícito civil é o dano causado a outrem por dolo ou culpa. O pressuposto da responsabilidade civil é a ocorrência do dano, pois o ato ilícito somente repercute na órbita do Direito Civil se causar prejuízo a alguém.

O dolo consiste na intenção deliberada de causar o resultado danoso, por ação ou omissão. Na culpa, o agente não desejava causar o resultado danoso; este decorre de uma atitude negligente, imprudente ou imperita do agente, que sempre viola um

⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, p. 116.

dever preexistente. A imprudência e a imperícia estão incluídas na idéia de negligência,

pois aquele que age com imprudência, negligencia em tomar as medidas de precaução aconselhadas para a situação em foco; como, também, a pessoa que se propõe a realizar uma tarefa que requer conhecimentos especializados ou alguma habilitação e a executa sem ter aqueles ou esta, obviamente negligenciou em obedecer às regras de sua profissão e arte; todos agiram culposamente.⁵

Na responsabilidade civil, ao contrário da responsabilidade penal, a culpa admite gradação – grave, quando resulta de dolo ou de negligência crassa; leve, quando a conduta indigitada não observa a previsão normalmente devida; levíssima, quando o evento danoso somente seria evitado mediante cautela extraordinária – e compensação com a eventual culpa concorrente da vítima do dano.

Na responsabilidade civil, também ao contrário da responsabilidade penal, além da culpa direta daquele que, pessoalmente, causou o evento danoso, existe a culpa indireta, que impõe a determinadas pessoas a obrigação de indenizar os danos causados diretamente por terceiro (artigo 932 do Código Civil). Assim, por exemplo, os pais respondem pelos danos causados por filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia; e o patrão responde pelos danos causados por seu empregado.

Por isso, os doutrinadores referem-se à culpa *in vigilando* (pela falta de vigilância de pessoas ou coisas), à culpa *in eligendo* (pela má escolha de preposto ou empregado), e à culpa *in custodiendo* (pela falta da guarda devida de coisa, animal ou pessoa).

⁵ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: responsabilidade civil. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4, p. 16-17.

A teoria da responsabilidade civil caminhou por um longo percurso fincado na idéia de culpa, até atingir a nova tendência da teoria do risco a permitir a reparação independente da culpa. Considerando esta evolução, escreve Giselda Hironaka:

Na era mais remota, o dever de indenizar decorria exclusivamente da produção de um dano, sem qualquer perquirição à conduta culposa do agente, mas apenas estabelecendo, com tal imputação, qual era o *preço da vingança*.

Depois, a superação desta fase de responsabilização sem culpa envolveu a criação de um novo modelo, o da *culpa provada* como pressuposto da responsabilidade.

Posteriormente, e graças à dificuldade que, em tantos casos, tinha a vítima de realizar a prova da culpa, inverteu-se o seu ônus, estampando-se a denominada *culpa presumida*.

Demonstrada a insuficiência destes novos contornos interpretativos, a força criativa mais uma vez incentivou a mutação, desta feita para a teoria do *risco*, sistema que prescinde da culpa e que gera um *dever legal* de indenizar, exatamente porque depende de previsão legislativa específica, como se sabe.

(...) E por isso, entre nós, registram-se formidáveis casos exemplificadores desta tendência contemporânea de expansão das hipóteses de novos danos suscetíveis de reparação, dentre os quais desejo destacar os denominados *danos supraindividuais, ou transindividuais, ou metaindividuais*, como se prefira, que são aqueles que atingem interesses da generalidade das pessoas de uma certa sociedade ou comunidade, vale dizer, interesses difusos ou coletivos, mormente os relativos ao consumidor, ao meio ambiente e os que se referem aos danos resultantes da aplicação indiscriminada, apressada e desatenciosa de técnicas da biomedicina a serviço do progresso ou da ciência.

(...) O art. 927 e § único do novo Código⁶ destacam assim, em vivas letras, aquilo que é uma necessidade crescente entre nós: o dever de indenizar

⁶ Art. 927. [...] 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.

independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, grande risco para os direitos de outra pessoa.⁷

3.2. O Dano em relação ao caso: conclusões

No caso sob estudo, potencialmente, a primeira hipótese de dano consistiria na infecção de Maria com o vírus HIV por decorrência da reimplantação no útero de um seu óvulo já fertilizado com o material genético de João, seu marido, que é soro-positivo HIV assintomático.

Embora menor que a decorrente de relações sexuais desprotegidas, o risco dessa contaminação ainda é importante sob o ângulo jurídico, exatamente porque a ciência médica ainda não atingiu o estágio de garantir que todos os espermatozóides a serem utilizados nessa técnica de fertilização estejam livres da infecção pelo HIV.

A segunda hipótese de dano potencial, obviamente decorrente da primeira, consistiria na infecção da criança a ser assim gerada.

A terceira hipótese de dano potencial – interessando mais diretamente os membros da equipe médica encarregados da manipulação do material genético contaminado – consistiria na infecção acidental de um dos técnicos envolvidos no tratamento.

⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito do século XXI*. Palestra proferida no Congresso Jurídico – Brasil 500 Anos, promovido pelo Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro, 13-16 de setembro de 2000, atualizada após a promulgação do Código Civil de 2002.

A quarta hipótese de dano potencial consistiria na contaminação do material genético de outros pacientes, também manipulado pela equipe no mesmo laboratório, com os mesmos equipamentos, ou guardado no mesmo recipiente de nitrogênio.

O risco relativo a esses terceiros (membros da equipe médica e outros pacientes) pode ser efetivamente controlado, com o afastamento até da responsabilidade civil da equipe médica e daquela instituição de ensino médico, mediante a adoção de rígidos protocolos de conduta, que incluiriam um rigoroso treinamento do pessoal envolvido diretamente com a manipulação desse material e a adoção de laboratórios, instrumentos e depósitos exclusivos para material contaminado. Além, é claro, da rigorosa observância das regras jurídicas de natureza trabalhistas que protegem os que trabalham com material perigoso.

Quanto às duas primeiras hipóteses de dano, relativamente ao Consulente, sua equipe e a instituição de ensino, as eventuais vítimas diretas (a paciente Maria e a criança a ser gerada), juntamente com o paciente João, teriam de emitir, em um contrato de prestação de serviços médicos a ser previamente elaborado, uma declaração de vontade expressa no sentido de isentar o médico, toda a sua equipe e a instituição de ensino de responsabilidade pela eventual contaminação da candidata a gestante ou da criança com o vírus HIV, por decorrência das tentativas de fertilização *in vitro* com o material genético do marido e candidato a pai, sabidamente contaminado por esse vírus embora assintomático.

Não sendo o caso de se cuidar, aqui, da responsabilidade civil entre os cônjuges, a primeira resposta à questão inicialmente proposta é no sentido de que, sob o ângulo da responsabilidade civil,

seria viável a prestação de tais serviços ao casal de pacientes, desde que, no contrato escrito a ser previamente formalizado entre as partes, fosse estabelecida uma expressa isenção de responsabilidade do médico, de toda a sua equipe e da própria instituição de pesquisa e ensino médico, relativamente a eventual contaminação da mulher com o vírus HIV de que é portador o marido.

Quanto ao futuro embrião, teriam os genitores poder decisório concernente à isenção de responsabilidade da equipe do Consulente? Parece-nos que sim. Se o casal decidisse procriar naturalmente, por meio da relação sexual, sob o risco de infectar sua prole dentro daquela estimativa de 19/100, o resultado seria o mesmo, não há que se cogitar da possibilidade de ação de indenização a ser promovida contra o médico que realizar os exames pré-natais e o parto. Sequer há permissão na legislação penal para o aborto decorrente da descoberta de ser o embrião ou feto HIV positivo. Além disso, hoje há técnicas precisas e bem sucedidas para identificar e purificar o sangue do embrião, durante a gestação. Não bastassem estes argumentos, atente-se ao fato de que o Consulente pretende a utilização da técnica de reprodução assistida *in vitro*, cujo procedimento exige a verificação de quaisquer anomalias e contaminações no pré-embrião antes da implantação na mulher.

O cuidado com a verificação de doenças nos pré-embriões e os procedimentos para a eliminação das mesmas é regra nas técnicas de reprodução assistida, como se depreende da Resolução do Conselho Federal de Medicina n°. 1.358/92:

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a

usuária de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 - um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico.

2 - um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e mal-formações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões.

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES
As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

1 - Toda intervenção sobre pré-embriões in vitro, com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões in vitro, não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões in vitro será de 14 dias.

4. RESPONSABILIDADE ÉTICA OU ADMINISTRATIVA

O exercício legal da medicina, no Brasil, depende de prévia autorização e sujeita-se permanentemente a uma fiscalização estatal que é feita por uma autarquia federal constituída pelo Conselho Federal e pelos Conselhos Regionais de Medicina, na forma

da Lei federal nº 3.268, de 30/9/57, do Decreto federal nº 44.045, de 19/7/58 e da Resolução CFM nº 1.246, de 08/01/88, que instituiu o chamado Código de Ética Médica.

A responsabilidade ética do médico, que é absolutamente autônoma e independente das responsabilidades civil e criminal, como se percebe por seu lastro normativo, tem natureza público-administrativa, certo que as regras de conduta médica geradas por tal sistema são normas jurídicas cogentes, de direito público, dotadas de sanções administrativas que visam ordenar e fiscalizar as atividades desse ramo da ciência, assim definindo, em última análise, os limites da Medicina a que os brasileiros terão acesso.

Repita-se que são independentes, como prevê o artigo 935 do Código Civil, as responsabilidades civil e penal, e, também, a responsabilidade administrativa, embora inter-relacionadas.

A chamada responsabilidade administrativa, genérica, decorre do Poder Administrativo de Polícia, que é o conjunto de atribuições concedidas à Administração Pública, dos três níveis federativos, para disciplinar e restringir direitos e liberdades individuais em favor da coletividade (bem comum) ou do próprio Estado (interesse público). Por exemplo, o tratamento de saúde coercitivo das doenças epidêmicas; a imposição de cominações pecuniárias (multas) ou restritivas de direitos (suspensão da habilitação para dirigir veículos) aos transgressores das regras de trânsito; a interdição de imóveis urbanos por infrações a regras de segurança das construções; ou a interdição de atividades em imóvel usado irregularmente, com infração à legislação de zoneamento urbano. E, também, naquilo que interessa ao caso, o controle de profissões ou de determinadas atividades profissionais como a

advocacia, a medicina, a odontologia, etc.

4.1. Legislação

Assim, verifica-se no artigo 1º da Resolução CFM nº 1.246/88 que “*a Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade*”, e, no artigo 2º, que “*o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional*”.

Para tanto, o médico deve “*indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas reconhecidamente aceitas e respeitando as normas legais vigentes no País*” (artigo 21), sendo-lhe vedada a prática de “*atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência*” (artigo 29).

Segundo o artigo 42, também é proibida a prática ou indicação de “*atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação do País*”, em especial o descumprimento da “*legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou tecidos, esterilização, fecundação artificial e abortamento*” (artigo 43).

E, quanto à chamada experimentação científica “*in anima nobili*”, o artigo 124 veda a utilização experimental de “*qualquer tipo de terapêutica, ainda não liberada para uso no País, sem a devida autorização dos órgãos competentes e sem consentimento do paciente ou de seu responsável legal, devidamente informados da situação e das possíveis conseqüências*”.

Especificamente quanto a projetos de pesquisa médica, proíbe-se a realização de “*pesquisa médica em ser humano sem submeter o protocolo à aprovação e ao comportamento de comissão isenta de qualquer dependência em relação ao pesquisador*” (artigo 127), bem como a execução ou participação “*de pesquisa médica em que haja necessidade de suspender ou deixar de usar terapêutica consagrada e, com isso, prejudicar o paciente*” (artigo 129).

Por fim, é vedada a realização de “experiências com novos tratamentos clínicos ou cirúrgicos em paciente com afecção incurável ou terminal sem que haja esperança razoável de utilidade para o mesmo, não lhe impondo sofrimentos adicionais” (artigo 130).

Aprovando, especificamente, as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, a Resolução CFM nº 1.358/92 (*publicada no Diário Oficial da União do dia 19.11.92, Seção I, página 16053*), no item 2 de seu anexo, estabeleceu que “as técnicas de Reprodução Assistida podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.”

4.2. Conclusões

Como se percebe pela transcrição ressaltada das regras de conduta instituídas no chamado Código de Ética Médica em vigor no Brasil, a fertilização artificial pretendida pelos pacientes João e Maria, na falta de autorização legislativa específica, é contra-indicada pelos princípios informativos das normas administrativas que regulam a prática da Medicina no Brasil, porquanto implica um risco de contaminação de Maria com o vírus HIV, do qual João é portador assintomático, que o estágio atual da ciência médica não é capaz de

arredar.

Isso porque, no caso, o tratamento de fertilização *in vitro* do casal apenas propiciaria a eles a geração de uma criança, eventualmente também contaminada, colocando em risco de contaminação uma pessoa hoje saudável (Maria), sem qualquer benefício, abstraídos os ganhos psicológicos da paternidade, para a condição física ou fisiológica de João.

Apenas sob o enfoque de uma pesquisa acadêmica, e contando com prévia e expressa aprovação do CFM/CREMESP, seria possível submeter o casal a tratamento envolvendo tais riscos, sem que se pudesse cogitar de grave responsabilização administrativa da equipe médica, capaz, inclusive, de determinar a perda de registro profissional e da decorrente autorização para a prática legal da medicina.

E, mesmo assim, dificilmente se poderia fazer o prognóstico da conduta do CFM/CREMESP, ante tal solicitação, porque, repita-se, o caso colide com todos os princípios informativos do Código de Ética gerado pela autarquia.

Por tudo isso, a resposta à indagação inicialmente proposta, sob o ângulo da Responsabilidade Ética/Administrativa, é negativa, pouco importando, sem a autorização estatal, o consentimento do casal de pacientes, que é hábil apenas para afastar a responsabilidade civil da equipe médica e da instituição de ensino.

5. RESPONSABILIDADE CRIMINAL

5.1. Fundamentos da Responsabilidade Criminal

A responsabilidade criminal, autônoma e independente das responsabilidades civil e administrativa, como já vimos, é aquela que decorre do "jus puniendi", assim entendido o poder-dever de punir os transgressores da lei penal, que apenas o Estado (*nação politicamente organizada*) tem.

Lei penal é aquela espécie normativa que protege bens jurídicos de muita relevância para a vida em sociedade e para a ordem pública, vedando a prática de determinadas condutas sob a cominação de penas, inclusive restritivas de liberdade.

Ilícito penal ou crime é o fato social típico (porque descrito como conduta ou resultado de conduta proibidos na lei penal), antijurídico (porque contrário ao Direito estabelecido) e culpável (praticado por quem tinha todas as condições de se abster da conduta criminosa).

É criminosa, por exemplo, a conduta de quem determina lesões corporais em uma pessoa.

Porque um cirurgião, então, que determina a ocorrência de lesões corporais em seu paciente, não é processado pelo crime de lesões corporais?

É que, embora típica e culpável, a conduta do cirurgião

não é antijurídica e não colide com o Direito. Ao contrário, se ele é técnico e administrativamente qualificado para o exercício daquela especialidade médica, e se, segundo o estágio atual da ciência, realizou um tratamento cirúrgico reconhecido como legítimo e adequado pelas normas que disciplinam o sistema de saúde e a prática legal da Medicina no Brasil, seu comportamento lesivo ao paciente é juridicamente aceitável, conforme o Direito, ainda que não se obtenha, com a intervenção, os benefícios terapêuticos pretendidos.

O exercício regular da Medicina, mesmo que signifique a materialização de atos tipicamente penais ou criminosos, não é punido como tal porque coberta a conduta médica regular por circunstâncias discriminantes (ou excludentes da antijuricidade) como o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal ou o exercício regular de um direito.

Circunstâncias que, exatamente como a legítima defesa, tornam jurídica e conforme o Direito a prática de um ato típica e objetivamente criminoso.

O conceito de culpa, na legislação brasileira, se caracteriza para todas as atividades, pela omissão do cuidado objetivamente exigido de cada pessoa no caso concreto e diante das circunstâncias, causando lesão a bens jurídicos alheios.

Em face do conceito penal de culpa, processualmente, caberá ao magistrado examinar, em cada caso concreto, se o agente atuou com o cuidado que lhe era objetivamente exigido. Se a resposta for positiva, não haverá incidência de culpa, muito embora tenha sobrevivido o resultado danoso para bens jurídicos alheios,

decorrentes da conduta do profissional da medicina.

Tenha-se presente, também, que a repressão judicial dos crimes se faz, na grande maioria dos casos (crimes de ação penal pública), por iniciativa exclusiva do Estado (Polícia e Ministério Público), pouco importando a vontade da vítima no sentido de querer ou não querer que o criminoso seja punido.

Em âmbito processual penal, portanto, o paciente será representado pelo Ministério Público que para pretender a atribuição de alguma sanção tem o ônus de provar, sem qualquer dúvida, que o tratamento ao qual foi submetido o paciente e o conseqüente resultado danoso e deve ser atribuído ao profissional que teria agido com culpa, isto é, com negligência, imprudência ou imperícia.

5.2. Conclusões

No caso sob estudo, independentemente de se concretizar a infecção da paciente Maria, ou da criança a ser gerada, com o vírus HIV, a conduta médica que a inseminaria com o material genético de seu marido sabidamente contaminado implica a materialização do crime de *perigo para a vida ou saúde de alguém*, punido pelo artigo 132 do Código Penal com a pena de 3 meses a 1 ano de detenção, se o fato não constitui crime mais grave.

Se ocorrer a contaminação de Maria ou da criança, pouco prováveis mas sabidamente possíveis, o crime seria de *lesão corporal gravíssima*, por determinar nas vítimas uma enfermidade incurável, punido pelo artigo 129 - inciso II do Código Penal, com pena reclusiva de 2 a 8 anos.

Responsabilidade penal dos membros da equipe médica que implementasse tal inseminação artificial e, também, de João, porque o consentimento da vítima (no caso, Maria) não teria o condão de afastar a antijuridicidade das respectivas condutas.

Aliás, quanto à responsabilidade criminal de João, só a prática de relações sexuais desprotegidas com Maria já o sujeitaria às penas do crime de *perigo de contágio venéreo* previsto no artigo 130 do Código Penal, de ação pública condicionada a representação da vítima, independentemente da concretização da contaminação.

Só uma expressa e prévia autorização administrativa do CFM/CREMESP para a utilização da técnica de fertilização *in vitro* no tratamento desse casal isentaria a equipe médica da responsabilidade criminal por tal conduta que, com tal autorização de tratamento experimental, ocorreria conforme o ordenamento jurídico, “no exercício regular de um direito”.

Como o caso não sugere quadro emergencial, das outras circunstâncias excludentes da antijuridicidade (estado de necessidade e estrito cumprimento do dever legal) não se pode cogitar.

Daí que, em suma, sob o ângulo da responsabilidade criminal, a resposta à indagação que suscitou o presente estudo também é negativa e desautoriza a prestação dos serviços médicos pretendidos pelo casal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paula; MEIRELLES, Jussara M. L. de. *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BUSSADA, Wilson. *Erro Médico Interpretado pelos Tribunais*. Porto Alegre: Síntese, 2000.
- CONTI, Matilde Carone Salibi. *Biodireito: a norma da vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *Estado Atual do Biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Religião, Estado e direito*. Revista Direito Mackenzie, São Paulo, ano 3, n. 2, jan/jun. 2002.
- FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*. V.1, São Paulo: Bookseller, 1997,.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito do século XXI*. Palestra proferida no Congresso Jurídico – Brasil 500 Anos, promovido pelo Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, Rio de Janeiro, 13-16 de setembro de 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

- MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2002.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentário aos arts. 1º a 5º da Constituição a República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PINHO, Rodrigo César Rebello. *Sinopse Jurídica: teoria geral da Constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, v. 17, 2000.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4.
- SÁ, Maria de Fatima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética, Biodireito e o Novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. rev. e atual nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TOKARSKI, Mariane Cristine. *Liberdade e vida: a recusa à transfusão de sangue à luz dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, a. 10, n. 891, 11 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7711>>. Acesso em: 05 dez. 2005.