



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007052-98.2013.4.03.6102/SP
2013.61.02.007052-0/SP

D.E.

Publicado em 23/11/2015

RELATOR : Desembargador Federal MAIRAN MAIA
APELANTE : xxxxxxxxxxxx e outros(as)
ADVOGADO : RICARDO KIFER AMORIM (Int.Pessoal)
: SP0000DPU DEFENSORIA PUBLICA DA
: UNIAO
APELANTE : xxxxx
: xxxxxxxxxxxx
ADVOGADO : RICARDO KIFER AMORIM (Int.Pessoal)
APELADO(A) : Conselho Regional de Medicina do Estado de
: Sao Paulo CREMESP
ADVOGADO : SP247402 CAMILA KITAZAWA CORTEZ e
: outro(a)
No. ORIG. : 00070529820134036102 7 Vr RIBEIRAO
: PRETO/SP

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. REPRODUÇÃO ASSISTIDA - FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* - ILEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA *AD CAUSAM* - INOCORRÊNCIA - DOADORA E RECEPTORA DE ÓVULOS - DOAÇÃO ENTRE IRMÃS - REGRA DO ANONIMATO - RESOLUÇÃO/CFM Nº 2121/2015 - INAPLICABILIDADE - PLANEJAMENTO FAMILIAR - SAÚDE - DIREITO FUNDAMENTAL.

1. Legitimidade da receptora de óvulos, seu cônjuge e irmã (possível doadora) para a propositura da presente ação. Evidencia-se a titularidade dos autores para pleitearem o direito debatido, dada a inegável repercussão, em suas esferas jurídicas, da proibição de realização de procedimento de reprodução assistida mediante doação de

óvulos por pessoa conhecida, inscrita na Resolução/CFM nº 2013/2013 e repetida pela Resolução/CFM nº 2121/2015, em vigor.

2. Legitimidade passiva *ad causam* do Conselho Regional de Medicina, considerando sua atribuição fiscalizatória do cumprimento das diretrizes que vinculam os profissionais e entidades da área médica.

3. Causa madura. Afastada a sentença terminativa, está o Tribunal autorizado, em sede de apelação, a proceder ao imediato julgamento do feito sempre que (i) versar a causa sobre questão exclusivamente de direito e (ii) encontrar-se o feito em estado que possibilite seu imediato julgamento (art. 515, § 3º, CPC).

4. A adoção dos procedimentos e técnicas de reprodução assistida encontra guarida nos direitos constitucionais ao planejamento familiar (art. 226, § 7º, CF/88) e à saúde (art. 196, CF/88), bem como no princípio da autonomia privada.

5. Em harmonia com a Constituição, o Código Civil reconhece, no artigo § 2º do art. 1.565, a importância do planejamento familiar, direito cujo exercício deve contar com apoio educacional e financeiro do Estado.

6. Nesse cenário de tutela da aspiração reprodutiva como consequência do direito fundamental à saúde e ao planejamento familiar e, conseqüentemente, de autorização e facilitação de acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, eventuais restrições, para se legitimarem, devem encontrar suporte lógico, científico e jurídico.

7. O direito à reprodução por técnicas de fecundação artificial não possui, por óbvio, caráter absoluto. Contudo, eventuais medidas restritivas de acesso às técnicas de reprodução assistida, ínsito ao exercício de direitos fundamentais de alta envergadura, consoante demonstrado, só se justificam diante do risco de dano efetivo a um bem relevante, análise a ser perpetrada, não raro, em face do caso concreto.

8. No caso dos autos, objetivam os autores autorização para a realização de procedimento de fertilização *in vitro* mediante utilização de óvulos de doadora conhecida (irmã da autora), afastando-se a proibição do item 2, IV, da Resolução nº 2121/2015, emanada do Conselho Federal de Medicina, que revogou a anterior Resolução/CFM nº 2013/2013, embora mantenha disposição no mesmo sentido.

9. A razão maior da proibição inscrita na Resolução/CFM nº 2121/2015, ao resguardar a identidade de doador(a) e receptor(a), encontra fundamento ético nos riscos de questionamento da filiação biológica da futura criança, desestabilizando as relações familiares e pondo em cheque o bem estar emocional de todos os envolvidos.

10. Os laços consanguíneos existentes entre as irmãs e o fato da possível doadora haver constituído família tornam remota a chance de qualquer disputa em torno da maternidade, caindo por terra, então, diante da análise da situação concreta, a proibição inserta na norma

questionada e a cautela representada pela preocupação que moveu o Conselho Federal de Medicina ao erigi-la.

11. Por outro lado, se o sigilo é importante para garantir aos doadores de gametas isenção de responsabilidade em face dos deveres inerentes às relações de filiação, sob esse aspecto também não se mostra consentâneo com o caso concreto, no qual a relação de parentesco verificada entre doadora, casal e futura criança caracteriza vínculo do qual decorrem obrigações preexistentes de cuidado e assistência mútua.

12. A questão posta não se coloca em face da inidoneidade do texto normativo emanado do Conselho Federal de Medicina, mas de sua inaplicabilidade ao caso *sub judice*, considerando a razão maior de sua existência.

13. Outrossim, as normas que minudenciam regras aplicáveis aos procedimentos marcados pela intervenção humana na procriação artificial, emanadas desse Conselho, ostentam natureza infralegal, veiculando preceitos eminentemente éticos, portanto, desprovidos de caráter sancionatório (exceto o disciplinar), que, em nosso ordenamento jurídico, é inerente às manifestações do Poder Legislativo.

14. Reconhecido o direito à efetivação do procedimento de fertilização *in vitro* a partir de óvulos doados pela irmã da autora, abstendo-se a autarquia ré de adotar quaisquer medidas ético-disciplinares contra os profissionais envolvidos nessa intervenção, aos quais se reserva o direito de aferir a viabilidade do procedimento mediante oportuna realização dos exames necessários.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação para afastar a extinção do processo sem resolução do mérito e, com fundamento no art. 515, § 3º, do CPC, julgar procedente o pedido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2015.

MAIRAN MAIA
Desembargador Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): Mairan Goncalves Maia Junior:10036

Nº de Série do 2A5216B6F43C895D7B6086362D64C191
Certificado:
Data e Hora: 12/11/2015 18:20:43

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007052-98.2013.4.03.6102/SP

2013.61.02.007052-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal MAIRAN MAIA
APELANTE : xxxxxxxx
ADVOGADO : RICARDO KIFER AMORIM (Int.Pessoal)
: SP0000DPU DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO
APELANTE : xxxxxx
: xxxxxxxxxxxx
ADVOGADO : RICARDO KIFER AMORIM (Int.Pessoal)
APELADO(A) : Conselho Regional de Medicina do Estado de Sao Paulo
: CREMESP
ADVOGADO : SP247402 CAMILA KITAZAWA CORTEZ e outro(a)
No. ORIG. : 00070529820134036102 7 Vr RIBEIRAO PRETO/SP

RELATÓRIO

Cuida-se de ação de conhecimento, processada pelo rito comum ordinário, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por xxxxxx, xxxxx e xxxxxxxx, em face do CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO em Ribeirão Preto, com o objetivo de obter autorização para a realização de procedimento de fertilização *in vitro* mediante utilização de óvulos de doadora conhecida, afastando-se a proibição do item 2, IV, da Resolução nº 2013/2013, emanada do Conselho Federal de Medicina (revogada pela Resolução nº 2.121/2015).

Pretendem os autores a realização de procedimento de reprodução assistida com doação de óvulos por xxxxxxxx à irmã xxxxxxxx.

Segundo aduzem, xxxxx foi acometida por infertilidade decorrente de ooforectomia (retirada cirúrgica dos ovários), submetendo-se, com seu esposo, xxxxxxxxxxxx, a dez ciclos de fertilização *in vitro*, entre abril de 2000 e outubro de 2007, momento a partir do qual foi suspenso o Programa de doação de Óvulos do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto (USP) em virtude da ausência de doadoras e da evolução das técnicas de congelamento e armazenamento de óvulos.

Sustentam a pretensão com fundamento no art. 227, § 7º, da Constituição Federal de 1988, bem como no art. 1.565, § 2º, do Código Civil c/c arts. 2º e 9º, da Lei nº 9.263/1996.

Atribuiu-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Tutela antecipada indeferida às fls. 51-52.

A sentença extinguiu o processo sem resolução de mérito, por ilegitimidade ativa e passiva *ad causam*. Sem condenação em honorários advocatícios em razão do deferimento do benefício da gratuidade.

Em apelação, os autores requerem a reforma da sentença, reiterando os argumentos expendidos na inicial.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a esta Corte.

Dispensada a revisão na forma regimental.

É o relatório.

MAIRAN MAIA
Desembargador Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): Mairan Goncalves Maia Junior:10036

Nº de Série do Certificado: 2A5216B6F43C895D7B6086362D64C191

Data e Hora: 12/11/2015 18:20:34

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007052-98.2013.4.03.6102/SP

2013.61.02.007052-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal MAIRAN MAIA
APELANTE : xxxxxxxxxxxx e outros(as)
ADVOGADO : RICARDO KIFER AMORIM (Int.Pessoal)
: SP0000DPU DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO
APELANTE : xxxxx
: xxxxxxxxxxxx
ADVOGADO : RICARDO KIFER AMORIM (Int.Pessoal)
APELADO(A) : Conselho Regional de Medicina do Estado de Sao Paulo
: CREMESP
ADVOGADO : SP247402 CAMILA KITAZAWA CORTEZ e outro(a)
No. ORIG. : 00070529820134036102 7 Vr RIBEIRAO PRETO/SP

VOTO

Em seu apelo, os autores requerem a reforma da sentença que extinguiu o processo sem julgamento do mérito por ilegitimidade ativa e

passiva *ad causam*, bem assim o julgamento do mérito para obter provimento hábil a afastar a aplicação da Resolução/CFM nº 2013/2013 no ponto em que veda a realização de procedimento de fecundação *in vitro* com óvulos de doadora conhecida, disposição repetida na Resolução/CFM nº 2121/2015, revogadora daquele texto normativo.

Depreende-se da leitura dos autos haver o juízo *a quo* declarado a ilegitimidade dos autores para a presente lide, à consideração de não estarem autorizados a discutir, em nome próprio, a aplicação da Resolução/CFM nº 2013/2013 e, portanto, a atuação dos conselhos de fiscalização da medicina.

Decretou, ainda, a ilegitimidade passiva *ad causam* do Conselho Regional de Medicina, ao fundamento de não constar do rol de suas atribuições a intervenção pretendida pelos autores, não se lhe podendo impor a realização de procedimento de fertilização *in vitro*, afeto exclusivamente aos profissionais e clínicas legalmente habilitadas.

A despeito da fundamentação exarada pelo magistrado, em primeiro grau jurisdicional, para decretar a carência da ação, a aferição da legitimidade ativa e passiva *ad causam* está adstrita à identificação dos sujeitos descritos como titulares da relação jurídica de direito material deduzida em juízo.

Nessa esteira, esclarece Moacyr Amaral Santos serem "*legitimados para agir, ativa e passivamente, os titulares dos interesses em conflito; legitimação ativa terá o titular do interesse afirmado na pretensão; passiva terá o titular do interesse que se opõe ao afirmado na pretensão*" (*in Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, volume 1, Ed. Saraiva, 1990, p. 167).

Evidencia a leitura da inicial a titularidade dos autores para pleitearem o direito debatido, dada a inegável repercussão, em suas esferas jurídicas, da proibição inscrita na Resolução/CFM nº 2013/2013 (revogada pela Resolução/CFM nº 2121/2015), de realização de procedimento de reprodução assistida mediante doação de óvulos por pessoa conhecida.

Por outro lado, essa pertinência subjetiva não se verifica em face do médico que assiste ao casal demandante, profissional que, embora envolvido em questões atinentes à ética médica, não ostenta interesse direto na solução da controvérsia envolvendo a intervenção pretendida.

Em idêntico sentido decidiu esta Sexta Turma ao julgar o Mandado de Segurança cuja ementa segue adiante transcrita:

"CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. INOCORRÊNCIA. LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR. RESOLUÇÃO CFM N.º 2013/2013. REPRODUÇÃO ASSISTIDA. UTILIZAÇÃO DE ÓVULOS DO MESMO NÚCLEO FAMILIAR. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. Afastada a alegação de ilegitimidade ativa ad causam, porquanto, muito embora a matéria trazida à lida, nos presentes autos, seja alusiva à ética médica, é indubitável a sua repercussão no que se refere ao direito próprio das impetrantes, uma vez que é a Resolução CFM n.º 1.957/2010, posteriormente substituída pela Resolução n.º 2013/2013, que expressamente proíbe o procedimento aqui pretendido, qual seja, a utilização de óvulos de pessoas componentes de um mesmo grupo familiar. 2. Conforme disciplinam o art. 5º, incisos LXIX e LXX da Constituição da República e o art. 1º da Lei n.º 12.016/09, mandado de segurança é o remédio constitucional que visa a assegurar direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data, violado ou ameaçado de lesão por parte de autoridade. 3. O direito é certo, desde que o fato seja certo; incerta será a interpretação, mas esta se tornará certa, mediante a sentença, quando o juiz fizer a aplicação da lei no caso concreto controvertido. 4. No caso concreto, os impetrantes, casados há mais de 3 (três) anos, ajuizaram a presente ação mandamental, objetivando a utilização da técnica denominada ovodoação, pela qual a segunda impetrante, em razão da idade avançada, utilizaria, em sua gestação, óvulos doados de alguma das demais impetrantes, todas pertencentes ao seu núcleo familiar. 5. Por sua vez, a Resolução CFM n.º 1.957/2010, posteriormente substituída pela Resolução CFM n.º 2.013/2013, cujo item IV, n.º 2 impede que os doadores conheçam a identidade dos receptores e vice-versa, foi editada a fim de regular as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, considerando a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas (...) e a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica. (...)" (Destaquei.) (AMS 00084526520134036000, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/12/2014.)

Também o Conselho Regional de Medicina ostenta legitimidade para figurar no polo passivo da presente lide, fato decorrente de sua atribuição fiscalizatória do cumprimento das diretrizes que vinculam os profissionais e entidades da área médica.

Outrossim, ao compulsar os autos (fls.39-41) percebe-se haver o Conselho, na esfera administrativa, denegado autorização para a doação

de óvulos de xxxxxx à sua irmã, xxxxxx, de molde a caracterizar franca oposição/resistência ao direito pleiteado pelos demandantes.

Diante das razões apontadas, forçoso reconhecer o equívoco do Juízo *a quo* em extinguir o processo sem conhecimento do mérito, afastando-se a sentença terminativa nos termos do disposto no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil.

A propósito de encontrar-se a demanda em termos para imediato julgamento, noto haver a alteração trazida pela Lei nº 10.352/01, ao incluir o referido parágrafo § 3º no art. 515, incorporado ao estatuto processual pátrio a denominada "teoria da causa madura", mediante a qual se faculta ao Tribunal, em sede de apelação, o imediato julgamento do feito nos casos em que afastada a causa de extinção do processo sem resolução de mérito imposta pela instância originária. Assim dispõe o artigo 515, *in verbis*:

"Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

(...)

§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento."

Deflui da leitura do dispositivo em comento condicionar-se a aplicação da mencionada teoria à conjugação de dois requisitos, quais sejam, (i) versar a causa sobre questão exclusivamente de direito e (ii) encontrar-se o feito em estado que possibilite seu imediato julgamento.

Vale destacar que, em prestígio aos postulados da economia e da celeridade processual, encontramos posicionamento doutrinário e jurisprudencial no sentido de ser admissível o exame do mérito da causa pelo Tribunal inclusive nas hipóteses em que a demanda não envolver matéria exclusivamente de direito, desde que esteja suficientemente instruído o feito.

In casu, embora eminentemente jurídica a análise a ser perpetrada, a inicial veio instruída com farta documentação, de receituários e ofícios a pareceres médicos atestando a situação clínica da autora xxxxx e a indicação de técnicas de reprodução assistida a partir de óvulos oriundos, preferencialmente, de parente consanguínea, dada a considerável ampliação das chances de sucesso do procedimento.

Adentrando, então, no mérito da causa, saliento, inicialmente, a tutela concedida pelo Direito à concepção, quer seja natural, quer artificial, em prestígio à dita "autonomia reprodutiva" (Daniel Sarmento).

Tanto quanto a contracepção, a concepção compõe o núcleo do direito ao planejamento familiar, fruto exclusivo do exercício da autonomia privada do casal.

Nesses termos, os procedimentos e técnicas de reprodução humana assistida (forma de concepção ou fecundação artificial) encontram guarida no direito ao planejamento familiar, assim expresso no texto do § 7º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

"§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas."

O Supremo Tribunal Federal, no histórico julgamento que reconheceu a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, salienta a relevância do "direito ao planejamento familiar", do qual derivaria direito de idêntica natureza, qual seja, o de recorrer às técnicas de reprodução humana assistida, a exemplo da fecundação *in vitro*:

"CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA.(...) V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À

AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". (...)" (Destaquei.)
(STF. ADI 3510, AYRES BRITTO, Julg. 29.05.2008.)

Em harmonia com o art. 226 da Constituição Federal, o Código Civil reconhece, no § 2º do art. 1.565, a importância do planejamento familiar, direito cujo exercício deve contar com apoio educacional e financeiro do Estado.

Também a regulamentação dada pela Lei nº 9.263/1996 ao retro citado art. 226 da CF/88 acrescenta, *in verbis*:

"Art. 5º É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar."

(...)

Art. 6º As ações de planejamento familiar serão exercidas pelas instituições públicas e privadas, filantrópicas ou não, nos termos desta Lei e das normas de funcionamento e mecanismos de fiscalização estabelecidos pelas instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde.

Parágrafo único - Compete à direção nacional do Sistema Único de Saúde definir as normas gerais de planejamento familiar."

(...)

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção

cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção."

Mas direito à reprodução, ínsito à condição humana, e integrante do núcleo dos direitos de personalidade, não encontra supedâneo apenas no art. 226 da Constituição de 1988 e seus desdobramentos legais, afigurando-se-nos, ainda, como corolário do direito fundamental à saúde, assim expresso pela Carta Maior:

"Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

Na esteira do princípio consagrado pelo art. 196 da Constituição de 1988, a ciência vem aprimorando as técnicas de reprodução assistida por meio da correção de problemas de infertilidade, em defesa da manutenção de condições dignas de saúde para todos.

Esclarecidos os marcos legais de regulação da matéria, é na atividade normatizadora do Conselho Federal de Medicina que o estudo da reprodução assistida encontrou regramento mais detalhado, destacando-se a Resolução/CFM nº 2121/2015, que revogou a Resolução/CFM nº 2013/2013 recentemente e cujo item 1 do tópico dedicado aos Princípios Gerais dita, *in verbis*:

"1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação."

Diante desse cenário de tutela da aspiração reprodutiva como consequência do direito fundamental à saúde e ao planejamento familiar e, conseqüentemente, de autorização e facilitação de acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, eventuais restrições, para se legitimarem, devem encontrar suporte lógico, científico e jurídico.

O direito à reprodução por técnicas de fecundação artificial não possui, por óbvio, caráter absoluto. Contudo, eventuais medidas restritivas de acesso às técnicas de reprodução assistida, ínsito ao exercício de direitos fundamentais de alta envergadura, consoante demonstrado, só se justificam diante do risco de dano efetivo a um bem relevante, análise a ser perpetrada, não raro, em face do caso concreto.

Sob esse aspecto, há de se investigar a aplicabilidade da regra limitadora ao livre planejamento familiar trazida pela Resolução/CFM

nº 2121/2015, que revogou a Resolução/CFM nº 2.013/2013, conquanto aprovada em termos idênticos no ponto de interesse ao presente feito, a saber:

"IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

(...)

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa."

A intenção de resguardar a identidade de doadores(as) e receptores(as) encontra fundamento, principalmente, nos riscos de futuro questionamento da filiação biológica da criança gerada, desestabilizando as relações familiares e pondo em cheque o bem estar emocional de todos os envolvidos.

No entanto, há de se confrontar esse fundamento com a avaliação contida no Relatório da lavra do médico João Batista A. Oliveira, apresentado em nome da administração do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (USP), acerca da repercussão da regra do anonimato de doadoras de óvulos no caso ora examinado (fl. 27):

"(...) paciente submetida a salpingectomia bilateral + ooforectomia bilateral devido a endometriose. (...)

Neste tempo de acompanhamento, o casal foi submetido a um total de 10 (dez) ciclos de FIV com óvulos de doadora anônima sem sucesso. Primeiro procedimento em abril/2000; último procedimento em outubro/2007.

Fatores envolvidos na falha de implantação foram avaliados e controlados. Desde 2007, não houve nenhum procedimento devido às dificuldades crescentes na obtenção de doadoras compatíveis, devido a restrições existentes.

A possibilidade de obtenção de óvulos de parente próxima (p.ex. irmã) agilizaria o processo. Por outro lado, a doadora ideal é aquela que apresente a maior semelhança genética, imunológica (...).

No momento, o casal encontra-se apto para realização de novo procedimento de fertilização in vitro com óvulos doados, não apresentando nenhuma contraindicação do ponto de vista clínico. Aguardando apenas uma possível doadora."

Outrossim, conforme salientado pelos interessados, em seu apelo, "o laço afetivo e a cumplicidade entre as irmãs, somados ao fato de que a irmã xxxxxxxx já possui a sua própria família, torna claro que a razão de ser da norma federal não se aplica a esse caso, no qual não existem

chances de haver uma posterior disputa pela maternidade da criança" (fl. 133).

Com efeito, os laços consanguíneos existentes entre as irmãs e o fato da possível doadora haver constituído família tornam remota a chance de qualquer disputa em torno da maternidade.

Por outro lado, se o sigilo é importante para garantir aos doadores de gametas isenção de responsabilidade em face dos deveres inerentes às relações de filiação, sob esse aspecto também não se mostra consentâneo com o caso concreto, no qual a relação de parentesco verificada entre doadora, casal e futura criança caracteriza vínculo do qual decorrem obrigações preexistentes de cuidado e assistência mútua.

Assim, a proibição inserta na norma questionada e a cautela representada pela preocupação que moveu o Conselho Federal de Medicina, ao erigi-la, parecem cair por terra diante da análise da situação concreta.

Por certo, não se está aqui a desqualificar a legitimidade da regra em testilha, considerando o alinhamento do anonimato dos doadores, em técnicas de reprodução artificial heterólogas (aquelas nas quais um ou ambos os gametas não provêm do casal), às múltiplas consequências, inclusive de ordem emocional, decorrentes da renúncia à paternidade/maternidade por parte desses doadores.

A questão posta não se coloca em face da idoneidade do texto, mas de sua aplicabilidade ao caso *sub judice*, considerando a razão maior de sua existência.

Assim também entendeu a Terceira Turma desta Corte ao afastar, por inadequação à situação concreta, a restrição quantitativa de óvulos em fecundação *in vitro* imposta pelo Conselho Federal de Medicina por meio da Resolução/CFM nº 1.957/2010:

"MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA - NÃO CARACTERIZADA, NO PARTICULAR EM PRISMA, IMPETRAÇÃO CONTRA NORMA EM TESE - PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA AFASTADAS - IMPETRAÇÃO VOLTADA CONTRA A RESOLUÇÃO CFM N. 1.957/2010, QUE A GENERICAMENTE LIMITAR A DOIS, PARA AS MULHERES COM MENOS DE TRINTA E CINCO ANOS, O NÚMERO DE EMBRIÕES PASSÍVEIS DE UTILIZAÇÃO EM CADA PROCEDIMENTO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA - IMPETRANTE QUE, ALÉM DE APRESENTAR EXTENSO HISTÓRICO DE

PROCEDIMENTOS INFRUTÍFEROS DE FERTILIZAÇÃO, SOFRE O RISCO DE FALÊNCIA OVARIANA PREMATURA - LIMITAÇÃO DE EMBRIÕES A DIMINUIR SUAS JÁ REDUZIDAS CHANCES DE GRAVIDEZ - SAÚDE DA IMPETRANTE ACOMPANHADA POR EQUIPE ESPECIALIZADA - CONCESSÃO DA ORDEM 1. Vingasse a aplicação extensiva da Súmula 266/STF, como deseja a parte apelante, poderia o Judiciário de logo fechar as portas para todo e qualquer Mandado de Segurança Preventivo. Assim, imperioso sublinhar-se que a impetração, no particular em foco, não se volta contra norma em tese, mas contra procedimento que fundadamente se receia venha o Conselho a assumir, em concreto, no mundo real, em razão da normatização aqui atacada. 2. Presente, portanto, o justo receio do polo impetrante de ser alvo de ato ilegal ou abusivo das autoridades impetradas, revelando-se cabível, portanto, o pleito por segurança preventiva. 3. Evidente que a legitimidade ativa para a impetração do Mandado de Segurança é de quem, asseverando ter direito líquido e certo, titulariza-o, pedindo proteção judicial (MS 30260, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2011). Inquestionável, portanto, a legitimidade ativa da parte impetrante, não de seu Médico. 4. A legitimidade passiva do Conselho regional, por seu turno, decorre de seu poder fiscalizatório no âmbito do Estado de São Paulo, onde estão sendo realizados procedimentos técnicos, fls. 12/41. 5. Em mérito, traz-se a contexto a norma legal alvejada. (Transcrição) 6. Manifesto que a Resolução n. 1.957/2010 estabeleceu, de modo genérico, números mínimo e máximo de embriões a serem utilizados em pacientes durante o Procedimento de Reprodução Assistida (RA), sem atentar às especificidades de quadros médicos como o presente. 7. Como restou demonstrado, a parte impetrante, mulher de trinta e dois anos (à época da impetração), possui amplo histórico de sujeição a técnicas de reprodução assistida, tendo realizado diversos procedimentos médicos, como indução de ovulação e diversas tentativas de fertilização "in vitro". Comprovou a parte impetrante, ainda, antecedente de laparoscopia cirúrgica para ressecção de endometriose profunda em abril de 2010, tendo realizado novo tratamento de fertilização "in vitro", também sem sucesso. 8. O caso dos autos, portanto, como bem ponderado pelo Parquet (fls.293), ilustra situação atípica, posto que a parte impetrante, conquanto tenha menos de quarenta anos, possui maior risco de falência ovariana prematura, fls. 04 e 12/13, o que, conseqüentemente, pode resultar em menopausa, encerrando-se as possibilidades de gravidez da impetrante. 9. A regra em cume, como visto, terminou por generalizar diversas situações, excluindo as particularidades vivenciadas por cada uma das pacientes, na busca pela concretização do sonho de ser Mãe. 10. Inadmissível, pois, aplicar-se à parte demandante a norma em cume, que a limitar a dois o número de embriões passíveis de

utilização no Procedimento de Reprodução Assistida (RA), quando tal circunstância diminui suas (já reduzidas) chances de gerar um filho. 11. Relembre-se, por fundamental, que a parte impetrante é acompanhada por extensa equipe médica especializada (fls. 12/41), cuja principal função é obter o melhor resultado no procedimento reprodutivo em foco, sem prejuízo à saúde da postulante. 12. Impositiva, portanto, a concessão da segurança, por conseguinte improvidos apelo nem remessa oficial. 13. Improvimento à apelação e à remessa oficial."

(AMS 00036161120114036100, JUIZ CONVOCADO SILVA NETO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/01/2015.)

A par do exposto, outra razão nos leva a flexibilizar a regra em testilha diante do caso concreto: a ausência de lei, em sentido estrito, a disciplinar, no Brasil, os procedimentos de concepção artificial, ou seja, o adequado emprego das técnicas de reprodução humana assistida.

Com efeito, as normas que minudenciam regras aplicáveis à reprodução assistida, emanadas do Conselho Federal de Medicina, ostentam natureza infralegal, veiculando preceitos eminentemente éticos, desprovidos de caráter sancionatório (exceto o disciplinar), o qual, em nosso ordenamento jurídico, é inerente às manifestações do Poder Legislativo.

E, nesse ponto, vale reconhecer, em breve digressão, as dificuldades consideráveis a serem enfrentadas pelo legislador, na futura disciplina da matéria, dada a controvérsia em torno do tema relativo à inviolabilidade do sigilo da identidade de doadores de gametas, entendendo alguns estudiosos de bioética ser imprescindível a regra do anonimato à luz do direito à intimidade e à privacidade, enquanto outros conclamam sua insubsistência em face do direito ao conhecimento da origem genética titularizado pelas crianças concebidas, direito de personalidade indissociável da condição humana.

A título elucidativo, pode-se lembrar, em defesa do anonimato, as palavras de Eduardo de Oliveira Leite, para quem a doação de gametas "*é medida de generosidade, medida filantrópica*", sendo essa consideração o "*fundamento da exclusão de qualquer vínculo de filiação entre doador e a criança oriunda da procriação.*" (LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 26). De outro lado, como lembra Maria Christina de Almeida, "*(...) toda pessoa necessita saber sua origem - trata-se de uma necessidade humana - e desenvolver sua*

personalidade" (DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 127).

Por espinhosas, as discussões nesse campo da bioética não ensejaram a formação de consenso sequer na esfera internacional, lembrando Rodrigo Bernardes Dias que "*a doutrina e a jurisprudência, em diversos países, têm reconhecido dentre os direitos gerais de personalidade o direito ao conhecimento da origem genética*", cujo exemplo mais célebre, segundo o mesmo autor, seria a decisão do Tribunal Constitucional Alemão: BverG 79.256; NSW 1989, 881 (Privacidade Genética. São Paulo: SRS Editora, 2008, fl. 201).

O caráter sigiloso das informações genéticas foi ponderado pela UNESCO, ao erigir a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, de 1997, cujo art. 9º admite seja excepcionado pela lei e por razões de força maior:

"Com o objetivo de proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais, as limitações aos princípios do consentimento e do sigilo só poderão ser prescritas por lei, por razões de força maior, dentro dos limites da legislação pública internacional e da lei internacional dos direitos humanos".

De qualquer forma, enquanto pendentes de específica regulamentação legal as questões inerentes à reprodução humana assistida, há de se reconhecer a necessidade de sopesar a aplicabilidade do princípio do anonimato dos doadores de gametas mediante revisão judicial de sua serventia ao caso concreto.

Destarte, pelas razões declinadas, insta reformar o *decisum* combatido, declarando-se a legitimidade dos autores e do Conselho Regional de Medicina em Ribeirão Preto para comporem, respectivamente, os polos ativo e passivo da lide. No mérito, impõe reconhecer o direito de submeterem-se xxxxxx e xxxxxx ao procedimento de fertilização *in vitro* a partir de óvulos doados pela irmã da autora, abstendo-se a autarquia ré de adotar quaisquer medidas ético-disciplinares contra os profissionais envolvidos nessa intervenção, aos quais se reserva o direito de aferir a viabilidade do procedimento mediante oportuna realização dos exames necessários.

Honorários advocatícios arbitrados em R\$ 1.000,00, a cargo do Conselho Regional de Medicina, a teor do disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

Ante o exposto, voto por dar provimento à apelação para afastar a extinção do processo sem resolução do mérito e, com fundamento no art. 515, § 3º, do CPC, julgar procedente o pedido.

MAIRAN MAIA
Desembargador Federal

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): Mairan Goncalves Maia Junior:10036

Nº de Série do Certificado: 2A5216B6F43C895D7B6086362D64C191

Data e Hora: 12/11/2015 18:20:38
