

OUTROS PROCEDIMENTOS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA (1294) Nº
de São Paulo

1 / 2ª Vara Cível Federal

REQUERENTE: [REDACTED]

Advogado do(a) REQUERENTE: ANA CAROLINA DOS SANTOS MENDONCA - SP167704

Advogado do(a) REQUERENTE: ANA CAROLINA DOS SANTOS MENDONCA - SP167704

REQUERIDO: CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

DECISÃO

Trata-se de demanda distribuída sob o rito do procedimento comum (classe processual alterada pelo distribuidor para OPJV), com pedido de tutela provisória, por meio da qual pretende a parte autora obter provimento jurisdicional **para que seja determinado ao Conselho Federal de Medicina a flexibilização da regra do anonimato do doador**, de forma que, fique autorizado as Requerentes a realização do método ROPA contando com a doação de material genético [REDACTED] [REDACTED], portador do RG n.º [REDACTED] inscrito no CPF/MF sob o n.º [REDACTED] cineasta, residente e domiciliado na Avenida [REDACTED] - São Paulo - SP, restando autorizado o procedimento na clínica [REDACTED] ou em outra de livre escolha do casal.

Em síntese, relatam as autoras que, após optarem pelo método R.O.P.A (recepção dos óvulos da parceira) em seu planejamento familiar, foram informadas sobre a impossibilidade da utilização do gameta de um terceiro conhecido, por força das resoluções deontológicas do CFM – Conselho Federal de Medicina, ainda que não haja nenhuma norma legal impeditiva a respeito da questão.

Ao buscarem por doadores desconhecidos, encontraram diversos entraves, como a não testagem de determinadas doenças no país, mutações genéticas e condições hereditárias, o que no caso das autoras possui especial gravidade, uma vez que, conforme narrado, dentre todas as testagens realizadas, está previsto por exemplo a testagem para a moléstia hemocromatose, doença que levou a óbito o Pai de uma das autoras, sendo inviável amostra não testada para tal moléstia, risco inerente a utilização de amostras dos bancos brasileiros.

Assim, concluíram pela da inviabilidade de optar por um doador anônimo, pelos riscos advindos da origem genética, dado a limitação de testagem das amostras brasileiras e impedimento de acesso no Brasil a ficha médica completa do doador, dentre outros como, por exemplo, o direito ao acesso ao conhecimento da própria origem.

O casal também considerou a possibilidade de contar com a doação do material genético por parte de algum parente consanguíneo de até quarto grau, entretanto a eleição de doador com parentesco consanguíneo impediria a utilização do método R.O.P. A pelas duas Requerentes, no caso de duas gestações uma por cada uma delas, já que haveria necessariamente a ocorrência de consanguinidade em um dos embriões, o que nem seria aceito pelo casal, tampouco admitido legalmente.

Optaram, por fim, pela doação por amigo íntimo do casal.

Não obstante, a opção é vedada pelo CFM.

Requerem a concessão de tutela provisória a fim de autorizar que as Requerentes e o doador já iniciem todos os procedimentos necessários para coleta e análise dos gametas de todos os envolvidos e uma vez em termos, que seja autorizado a clínica [REDACTED] ou qualquer outra de escolha das Requerentes, a dar início no tratamento para a fecundação pretendida, considerando o risco de perecimento do direito.

Os autos vieram conclusos.

É o relatório.

Inicialmente, determino a retificação da classe processual para que conste “Procedimento Comum Cível”, tendo em vista a causa de pedir e pedidos deduzidos. Anote-se.

Passo a apreciar o pedido de tutela provisória.

Nos termos do Código de Processo Civil, em seu artigo 300, será concedida a tutela de urgência, desde que presentes elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

A tutela de evidência, por sua vez, será concedida independentemente da demonstração do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, desde que preenchidos os requisitos legais previstos nos incisos do art. 311, CPC.

No presente caso, **tenho que estão presentes os requisitos para a concessão da medida.**

Primeiramente, há que se ressaltar que inexistente lei que regule especificamente a hipótese prevista nesta demanda, ou seja, não há proibição legal para a realização do procedimento pretendido pelas autoras.

As determinações da Resolução do CFM que se busca afastar têm por finalidade preservar a ética e resguardar o nascituro de eventuais futuras questões psicológicas.

Apesar de louvável a intenção, entendo que não é possível concluir que tais problemas existirão, ainda mais na proporção de ensejar uma proibição por parte do órgão regulador, proibição essa, desprovida de embasamento legal.

Desta forma, **é inegável que tal determinação contraria frontalmente o determinado no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.**

Veja-se que a resolução nº 2.294, de 27/05/2021, prevê a possibilidade de criopreservação de gametas, embriões, tecidos germinados por razões médicas e não médicas; possibilidade de utilização das técnicas por heterossexuais, homoafetivos e transgêneros; *passou a permitir a doação de gametas e embriões por parentes consanguíneos de até quarto grau desde que não implique em consanguinidade*; alterou a idade limite de doação de gametas para 37 anos mulheres e 45 anos para homens; determinou que o número de embriões gerados em laboratório não poderá exceder a 08 e que o descarte de embriões deverá preceder de autorização judicial.

Assim, **afigura-se inconstitucional a proibição por doador conhecido (especialmente em cotejo com a autorização de doação por parentes consanguíneos de até quarto grau desde que não implique em consanguinidade), por violar o princípio da legalidade.**

Há vários julgados no sentido esposado, conforme se exemplifica abaixo:

MANDADO DE SEGURANÇA – LEGITIMIDADE ATIVA – DOAÇÃO DE ÓVULOS ENTRE IRMÃS – REGRA DO ANONIMATO – RESOLUÇÃO/CFM n. 2013/2013 – INAPLICABILIDADE.1. Rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa, pois os impetrantes possuem interesse no afastamento da punição aplicada ao médico que realizar o procedimento de reprodução assistida com óvulos doados por pessoa conhecida, a afim que que seja garantida a efetivação da fertilização. 2. É inaplicável ao feito o anonimato previsto na Resolução 2013/2013, do Conselho Federal de Medicina, tendo em vista que este objetiva principalmente a proteção do doador, para evitar-lhe futuras consequências pessoais, familiares ou jurídicas. 3. Não há vedação legal ao levantamento do anonimato na doação de óvulos; ao contrário, é garantida pelo Estado a liberdade ao planejamento familiar. 4. É descabida a eventual aplicação de punição ao médico que realizar a fertilização aqui questionada. 5. Apelação e remessa oficial desprovidas (TRF3, Apelação/ remessa necessária n. 00022671620153036105 SP, publ. 14/06/2019)

PROCESSO JULGADO NOS TERMOS DO ART. 942 DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. FINS DECLARATÓRIOS. VIABILIDADE. INTERESSE DOS IMPETRANTES. DOAÇÃO DE ÓVULOS ENTRE IRMÃS. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. PROCEDIMENTO. PROFISSIONAIS ENVOLVIDOS. - Consoante precedentes desta Corte e das Cortes Superiores, mandado de segurança pode ser utilizado para fins declaratórios. - No caso o que os impetrantes buscam, em última análise, é, tutelando interesse próprio, o afastamento da norma infralegal restritiva, haja vista as peculiaridades do caso concreto, para que possam ser viabilizados os procedimentos relativos à fertilização *in vitro* com os óvulos doados

pela terceira demandante à primeira (são irmãs), o que necessariamente envolve pretensão de obstar sanções disciplinares em relação aos profissionais de saúde que venham a atuar nos citados procedimentos. - Sendo inequívoca a existência de Resolução emanada do Conselho Federal de Medicina, que em tese veda a possibilidade de doação, conquanto nos termos do artigo 18 do CPC não se possa pleitear direito alheio em nome próprio, inquestionáveis o interesse e a legitimidade dos impetrantes para postular em juízo (artigo 17 do CPC). - Presentes o interesse e legitimidade, pois o procedimento que buscam em rigor será realizado em seu proveito, não lhes pode ser tolhida a busca da via judicial. Isso porque não podem depender de consentimento de possíveis litisconsortes ativos que, por sinal, sequer são conhecidos, visto que não se sabe se os procedimentos realmente serão realizados e, em caso positivo, quais os profissionais que neles atuarão. - Tanto a Constituição Federal (artigo 226, § 7º) como o Código Civil (artigo 1.565, § 2º), estatuem que observados os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade/maternidade responsável, o planejamento familiar deve ser feito mediante livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. - **Ainda que Resolução 2168/2017 do CFM estabeleça que a doação de óvulos deve ser realizada por pessoa desconhecida da receptora, a aplicação irrestrita da regra fere a liberdade individual. É evidente que se deve proteger o anonimato do doador no caso de pessoas desconhecidas, sendo razoável a manutenção do anonimato, até considerando os vínculos familiares que se estabelecem, e as consequências do eventual conhecimento da identidade do doador, a recomendar o sigilo. Todavia, situações diferenciadas devem ser examinadas de acordo com as suas particularidades.** Conquanto a Lei 9.334/1997 (que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências), por expressa determinação de seu artigo 1º, parágrafo único, não se aplique às hipóteses de disposição de esperma e óvulo, certamente a *ratio* que inspira seu artigo 9º segue o princípio de que a disposição voluntária e gratuita de partes do próprio corpo (assim consideradas *lato sensu*), em especial no caso de parentes, desde que observados limites, inclusive os determinados pela ética, não ofende a ordem jurídica. Ademais, a hipótese tratada nos autos também não encontra óbice na Lei da Biossegurança (Lei 11.105/2005), pelo que deve prevalecer a regra geral de que não se pode impedir a prática, pois não há norma que a vede (artigo 5º, II da CF), não se vislumbrando fundamento de índole legal ou constitucional a desautorizar, ainda que reflexamente, a pretensão no caso concreto. (Trf 4 Acórdão Número 5000913-30.2019.4.04.7000. Data da publicação, 29/06/2020).

Desta forma, considerando-se a inexistência de óbices legais e a plena capacidade das partes envolvidas, entendo estar presente a verossimilhança das alegações.

Por outro lado, o perigo na demora do provimento jurisdicional decorre do estado clínico relatado pelas autoras:

“(…) a Requerente [REDACTED] conta atualmente com 39 anos de idade, e em vias de completar 40 em novembro deste ano, possui **baixa reserva ovariana** e ainda foi diagnosticada com a presença de **miomas em crescimento**, aspectos que, somados, **exigem que a gravidez seja levada a efeito com urgência**, sob pena de, com o passar do tempo, suas chances de engravidar sejam cada dia menores ou até mesmo inexistentes.

O mesmo se diga da Requerente [REDACTED] atualmente com 38 anos de idade, lembrando que, por força da própria resolução nº 2294/2021 do Conselho Federal de Medicina, **em razão da idade de ambas, só poderão ter até 03 embriões viáveis transferidos**, sendo certo que quando a mesma resolução se refere, por exemplo, a doação de gametas, limita a idade de doação para 37 anos as mulheres e 45 aos homens, considerando que com a idade os gametas vão perdendo sua qualidade.”

Pelo exposto, **DEFIRO o pedido de tutela provisória** a fim de autorizar que as Requerentes e o doador iniciem todos os procedimentos necessários para coleta e análise dos gametas de todos os envolvidos e, uma vez em termos, autorizar a clínica [REDACTED] ou qualquer outra de escolha das Requerentes, a dar início no tratamento para a fecundação pretendida, considerando o risco de perecimento do direito.

Ao menos inicialmente, reputo desnecessária a cominação de sanção por descumprimento da medida.

Deixo de designar audiência de tentativa de conciliação, ante a natureza do direito controvertido em juízo.

Cite-se, intimem-se.

Oportunamente, tornem os autos conclusos.

São Paulo, data registrada no sistema.