

Gestação de substituição: aspectos legais e sociais

Fabrcio Roberto de Araujo¹

Roberta Salvatico Vaz de Mello²

Carlos Henrique Passos Mairink³

Recebido em: 07.07.2022

Aprovado em: 14.07.2022

Resumo: A reprodução assistida vem se aprimorando cada vez mais com a evolução da ciência, se transformando na alternativa para aqueles que não conseguem realizar o desejo de ter um filho. Uma das formas de reprodução assistida é a gestação de substituição, onde uma mulher empresta seu útero para a gestação de um filho de um casal ou pessoa solteira. Apesar da evolução das técnicas, no Brasil, os legisladores se mostram inertes, ficando tal tema sem direcionamento legal. Ante a ausência de normas, Resoluções do Conselho Federal de Medicina acabam por se tornar o fio condutor “legal” para as decisões acerca do assunto. A intenção do presente texto é observar como a evolução das técnicas de reprodução assistida, em especial a gestação de substituição não foi espelhada no avanço legislativo. Traçando um paralelo com algumas mudanças sociais, como as mudanças no conceito de família, a constitucionalização do direito ao livre planejamento familiar e as diversas resoluções expedidas pelo Conselho Federal de Medicina, a ideia principal é discutir como o tema da gestação de substituição é tratado em nosso ordenamento jurídico, e na prática, diante da quase total ausência de regulação.

Palavras-chave: reprodução assistida; gestação de substituição; família; legislação; Conselho Federal de Medicina; direito ao livre planejamento familiar; ausência de regulação.

Surrogate pregnancy: legal and social aspects

¹ Discente do curso de Direito da Faculdade Minas Gerais- FAMIG.

² Doutora em Direito Privado pelo Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu da PUC Minas. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Coordenadora do Núcleo de Práticas da Faculdade Minas Gerais (FAMIG) e Professora de cursos de Graduação e Pós-Graduação. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Graduada em Direito pela PUC Minas. Advogada. E-mail: robertasalvatico@yahoo.com.br

³ Revisor. Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre pela Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista pelo Centro Universitário Newton Paiva. Advogado e Professor da Faculdade Minas Gerais –Famig. passosmairink@gmail.com passosmairink@gmail.com

Abstract: Assisted reproduction has been improving more and more with the evolution of science, becoming the alternative for those who cannot fulfill the desire to have a child. One of the forms of assisted reproduction is surrogacy, where a woman lends her uterus for the gestation of a child of a couple or single person. Despite the evolution of techniques, in Brazil, legislators are inert, leaving this topic without legal guidance. In the absence of norms, Resolutions of the Federal Council of Medicine end up becoming the “legal” guideline for decisions on the subject. The intention of this text is to observe how the evolution of assisted reproduction techniques, especially surrogacy, was not mirrored in the legislative advance. Drawing a parallel with some social changes, such as changes in the concept of family, the constitutionalization of the right to free family planning and the various resolutions issued by the Federal Council of Medicine, the main idea is to discuss how the issue of surrogacy is treated in our legal system, and in practice, given the almost total absence of regulation.

Keywords: assisted reproduction; surrogate pregnancy; family, legislation; Federal Council of Medicine; right to free family planning; lack of regulation.

1 INTRODUÇÃO

A reprodução assistida pode ser conceituada como um conjunto de técnicas utilizadas por médicos especializados em fertilidade, objetivando auxiliar no processo de gestação de mulheres com dificuldades de engravidar. Entre as técnicas utilizadas podem ser citadas a inseminação artificial, a fertilização in vitro ou a estimulação ovariana e a gestação de substituição. A gestação de substituição, dentre as técnicas de reprodução assistida é aquela que possui mais polêmicas vinculadas ao assunto. Questões relacionadas à maternidade, embriões, onerosidade da cessão do útero, vedações, são rapidamente trazidas à tona quando se discute o assunto. Em contrapartida, a lacuna normativa acerca do tema, até o momento não é preenchida e não se vislumbra nenhum movimento neste sentido. Desta forma, normas infralegais como as Resoluções do Conselho de Medicina Federal vêm há alguns anos traçando as diretrizes acerca do tema, enquanto o Legislativo não apresenta uma lei que regule a reprodução assistida e a gestação de substituição. Tal lacuna legislativa acaba por trazer ao judiciário diversas discussões sobre o assunto. A partir da observação deste contexto, e de como o tema está cada vez mais presente cotidiano brasileiro, surgiu o interesse de entender mais a respeito da reprodução assistida, e principalmente acerca da gestação de substituição, do conceito histórico, das implicações jurídicas da lacuna normativa e das resoluções do Conselho de Medicina. Desta forma o estudo foi elaborado

primeiramente analisando as evoluções do conceito de família, o que impactou sobremaneira na popularização da gestação de substituição. O próximo passo foi uma pesquisa mais profunda sobre Gestação de Substituição, analisando seu conceito, observando quais são os direitos e garantias constitucionais que podem ser vinculados ao tema, assim, como o que pode ser considerando proibido, tendo em vista o regramento nacional. Um terceiro passo foi o estudo da evolução das Resoluções publicadas pelo Conselho Federal de Medicina, que vem regulando o assunto desde o início dos anos 90, tendo em vista a ausência de lei. Por último, a análise recaiu sobre a diferença entre Lei e Resolução, abordando os motivos que impedem que a Gestação de Substituição seja regida por Resoluções que não tem força normativa para proibir ou obrigar alguém a fazer qualquer coisa. Assim, resta a conclusão de que, tal tema, de importância crescente no dia a dia nacional, merece ser discutido com mais atenção, afim de que a Gestação de Substituição e as técnicas de reprodução assistida enfim sejam positivadas em nosso ordenamento jurídico.

2 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Conceito em constante transformação e evolução, o termo família é tema de discussões acaloradas ainda nestes tempos. A família sempre foi considerada a base onde se alicerça a sociedade e o Estado, uma estrutura social da qual outras surgiram. Carnelutti (2006) dispõem que: “Sem a família, o Estado não pode viver, como não se poderia construir um edifício se se desagregassem os tijolos com que ele é construído. Um Estado sem família é tão absurdo quanto um corpo humano sem células.” A família é, portanto, a base estrutural da sociedade e, enquanto instituição, propiciou o surgimento de todas as outras. Desta forma, devido a sua imensa importância, a família dispensa uma proteção especial do Estado.

Tradicionalmente poderia ser descrita como conjunto de pessoas vinculadas pelo matrimônio ou parentesco, definição basicamente firmada na família matrimonial, monogâmica: um casal e filhos. Tal ideia foi disseminada por muito tempo no país. Pelo Código Civil de 1916, o homem era o chefe da família e a mulher não possuía muitos direitos tendo um tratamento de relativamente incapaz, o que demonstrava a desigualdade existente no casamento. Ainda, pelo referido dispositivo legal, a única forma de constituição de família seria através do casamento. Aqueles que estavam unidos fora do casamento não eram considerados família, não podendo

usufruir da proteção estatal. Nota-se que o Código Civil de 1916 este vigente até o ano de 2003.

Contudo, nas últimas décadas várias circunstâncias vêm trazendo mudanças na ideia de família. Fatores de ordem sócio econômica, como a ocupação do mercado de trabalho pela mulher; avanços médicos e biológicos, e evoluções sociais e de comportamentos, além de modificações no próprio ordenamento jurídico vêm alterando o conceito e forma de organização da família atual.

Um dos fatores desta alteração dos padrões da estrutura familiar foram os avanços na medicina e biologia. Martinez de Aguirre (1996) explica que o desenvolvimento de meios anticoncepcionais e aperfeiçoamento das técnicas de reprodução *in vitro*, tiveram como efeito a separação do ato sexual da ideia apenas de reprodução, levando assim a mudança no conceito anteriormente concebido de que a família era composta a partir do casamento, união de marido e esposa, e a partir disto, existiria a abertura à procriação e educação dos filhos. Ainda, segundo Martinez de Aguirre (1996, p.18-21): “Essas técnicas passaram a influenciar na vida em sociedade e reconfiguraram hábitos de relacionamento, dando-se maior peso às pretensões individuais face a eventuais interesses supra individuais que pudessem colidir com elas.” Desta forma, pelo exposto, nos dias atuais, o conceito de família está bem mais atrelado à união por afeto do que por parâmetros de parentesco ou patrimonialistas

A legislação também teve papel importante na evolução do conceito de família. Com a modernização das leis, o que antes tinha vedação legal e repreensão social, começou a ganhar novos contornos. A Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, também conhecida como Lei do Divórcio, representou um importante passo para o aperfeiçoamento da relação entre casais. Mas a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 foram os exemplos mais significativos dos avanços sociais. O Código Civil de 2002 apresentou progressos em relação à família, trazendo mais igualdade às relações entre pai e mãe e em relação à autoridade. Já a Constituição Federal de 1988, contemplou a igualdade entre homem e mulher, estendendo a proteção de ambos aos filhos, sendo estes frutos ou não do casamento ou adoção, trazendo a ampliação do conceito de família, e apresentando outros modelos familiares. Outro ponto importante a ser destacado é que a chegada do novo texto

constitucional e do novo código civil trouxe uma maior liberdade para a composição da família, restringindo a intervenção estatal. Myrna Maria Rodrigues Neves Gomes apresenta que:

Com a nova realidade da família brasileira, em que houve um rompimento de preconceitos em torno da família, ocorreu uma valoração por parte do legislador e dos aplicadores do Direito, dando ênfase a princípios basilares, como a igualdade e liberdade, para que se busque um novo ideal de família, calcado no afeto e nas realizações pessoais. Os princípios constitucionais servem como embasamento para essas novas formas de entidades familiares, adaptando-se à evolução social e respeitando, especialmente, o princípio basilar do Estado Democrático de Direito, o da dignidade humana. (GOMES, 2009, p. 9)

A Constituição Federal apresentou o princípio da liberdade familiar que contemplava a autonomia privada das pessoas na constituição da família, casamento, filhos, vedando a princípio a intervenção estatal neste âmbito. Sobre isto, José Maria Leoni Lopes de Oliveira (2018) ensina:

A formação da família é de livre vontade das pessoas, assim como a opção pela modalidade de entidade familiar que deseja formar. Determina o art. 1.513 do CC/02 que é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família. Por esta razão, o princípio da liberdade é também denominado princípio da não intervenção. (OLIVEIRA, 2018, p.30)

Além das mudanças causadas pela entrada em vigor do texto constitucional, outra importante decisão que alterou o conceito de família foi o julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da ADI nº 4277 e a ADPF nº 132, que reconheceu o direito ao estabelecimento de união estável por casais homoafetivos, entendendo que tal união deveria ser reconhecida como um núcleo familiar.

Ainda assim, considerando que as alterações sociais acontecem em um ritmo muito mais acelerado do que a legislação pode acompanhar, o ordenamento jurídico acaba por não contemplar todas as possibilidades que se criam em relação aos tipos de família. Maria Berenice Dias (2011) dispõe sobre isto quando cita que família é um agrupamento informal, uma construção cultural que se forma espontaneamente no meio social, e é estruturada pelo direito, mas como a lei vem sempre depois do fato, a família regulamentada juridicamente nunca é multifacetada como a família natural.

Como exposto, nos presentes dias, a ideia de família ultrapassa a concepção de união por casamento e herança genética e se baseia em laços afetivos, tendo como principais premissas o afeto e a dignidade da pessoa humana. Assim dispõem Farias e Rosenvald:

Com o passar dos tempos, porém, o conceito de família mudou significativamente até que, nos dias de hoje, assume uma concepção múltipla de família, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sócio-psico afetivos, com intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um. (FARIAS E ROSENVALD, 2012, p.63)

Surge assim a família eudemonista que é aquela que se forma a partir do afeto. A família moderna passa a ser o local de valorização do ser humano, de desenvolvimento de sua dignidade, se transformando em um meio para que seus indivíduos possam realizar projetos de vida, assegurando os direitos de personalidade de seus membros. Neste sentido vai o pensamento de Gagliano e Pamplona Filho (2014) que definem que a família como um núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo sócio afetivo, com vocação a permitir a realização plena dos seus integrantes. Já Flavio Tartuce (2012), leciona que apesar de que pelo viés constitucional a família é o organismo fruto do casamento civil, da união estável e da família monoparental, hoje em dia, compreende-se que este rol é apenas exemplificativo, já sendo aceitas novas formas de união familiar como a família anaparental, formada por parentesco, sem vínculos de ascendência e descendência, família homoafetiva, união de casais do mesmo sexo, e família pluriparental, que é o núcleo construído por casais que terminaram relações de casamento ou união anteriores. Também é neste sentido o pensamento de Patrícia Matos Amatto Rodrigues (2009):

O pluralismo das entidades familiares, por conseguinte, tende ao reconhecimento e efetiva proteção, pelo Estado, das múltiplas possibilidades de arranjos familiares, sendo oportuno ressaltar que o rol da previsão constitucional não é taxativo, estando protegida toda e qualquer entidade familiar, fundada no afeto. Trata-se da busca da dignidade humana, sobrepujando valores meramente patrimoniais. A transição da família como unidade econômica para uma compreensão solidária e afetiva, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, traz consigo a afirmação de uma nova feição, agora fundada na ética e na solidariedade". (RODRIGUES, 2009, p. 126)

Assim, conclui-se que nos dias atuais existem diversos tipos de família, que se distanciam cada vez mais do modelo patriarcal, condicionado a questões como casamento, sexo e procriação, e sim encontrando como elemento de ligação básico os laços de afetividade.

A partir da evolução do conceito de família e do ordenamento jurídico, novos núcleos foram abraçados pelo direito constitucional de planejamento familiar, disposto no artigo 226, §7º da Constituição Federal:

§ 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.

Direito este que tem o condão de assegurar aos cidadãos a liberdade para o planejamento familiar, impedindo a limitação ou condicionamento do Estado ou da sociedade, e está intimamente ligado ao crescimento e solidificação de ideias como a reprodução assistida e a reprodução por substituição.

3 GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO CONCEITO, VEDAÇÕES, DIREITOS E GARANTIAS

3.1 Conceitos

Os avanços da medicina foram capazes de ajudar a solucionar um problema que acompanhava a humanidade por séculos: a infertilidade. Evoluções médicas e científicas apresentaram ao mundo métodos de reprodução artificiais que trouxeram esperança àqueles que não podiam gerar seus filhos. Marise Souza (2010) conceitua a reprodução assistida como um conjunto de técnicas médicas que tem o objetivo de facilitar ou mesmo viabilizar a reprodução em homens e/ou mulheres com infertilidade. Técnicas como a fertilização “in vitro” e a inseminação artificial apresentaram uma opção à estas pessoas e casais. Entretanto, tais procedimentos não foram suficientes para resolver o problema da infertilidade para todos. Seja pela dificuldade de algumas mulheres em terem a gestação em seu próprio útero por problemas de saúde, seja pela evolução do conceito de família, como no caso dos casais homoafetivos, as técnicas existentes não alcançavam uma

totalidade. Mas, para este grupo de pessoas, a solução poderia ser encontrada na maternidade de substituição.

A gestação de substituição é uma das técnicas de reprodução assistida, como inseminação artificial e a fertilização in vitro. Mais conhecida no Brasil como barriga de aluguel, a gestação de substituição, ou maternidade de substituição ou gravidez por substituição, ou barriga solidária, ou maternidade por sub-rogação, ou gestação por outrem, consiste em uma técnica de reprodução assistida onde uma mulher se dispõe a gerar em seu útero o filho de outra pessoa. José Ommati (1999, p. 233) apresenta a gestação de substituição como “utilização de mulheres férteis que se dispõem a carregar o embrião, durante o período de gestação, pela impossibilidade física de a mulher que recorreu aos Centros de Reprodução suportar o período gestacional.” A Resolução CFM nº 2.294/2021 utiliza o termo Gestação de Substituição quando existe a cessão temporária de um útero por uma mulher.

Assim, no caso da gestação por substituição é necessário que uma nova mulher gere um embrião que pode ter fecundação homóloga ou heteróloga. Segundo José Ommati (1999, p. 232), a fecundação homóloga é efetuada através da inseminação de material genético e biológico dos pais. Já a fecundação heteróloga se dá por meio da doação de material genético de terceiros ou doadores anônimos.

A partir de uma fertilização in vitro o embrião será implantado no útero de uma mãe por substituição. O termo mais conhecido, barriga de aluguel, acaba por ter um viés pejorativo, já que por lei, tal situação é proibida em nosso país, tendo em vista que é vedado dispor onerosamente de qualquer parte do corpo. Conforme disposto no § 4 do Artigo 199 da constituição Federal:

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Também encontra vedação na Resolução CFM nº 2.294/2021 que apresenta em seu item VII, 2 a seguinte disposição:

2. A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial e a clínica de reprodução não pode intermediar a escolha da cedente.

Conforme às outras técnicas de reprodução assistida, existe uma lacuna normativa acerca da técnica de gestação de substituição. Sem legislação, mais uma vez um dos pilares para discussões acerca do tema são as Resoluções do Conselho Federal de Medicina. A resolução CFM nº 2.294/2021 autoriza a utilização da gestação por substituição pelas clínicas, centros ou serviços de reprodução quando for verificado um problema médico que impeça ou contraindique a gestação ou em caso de união homoafetiva ou de pessoa solteira. Assim, casais homoafetivos passam a ter a alternativa de terem filhos com a utilização do gameta de um deles.

Isadora Caldas Nunes de Alencar (2013) apresenta que, historicamente, um dos primeiros casos que se tem notícia aconteceu nos Estados Unidos, quando o casal Andy e Nancy solicitou que Carol Pavek realizou o procedimento de gestação por substituição. Mas existem registros de utilização da maternidade de substituição no Japão no ano de 1963.

A gestação de substituição é um tema controverso ao redor do mundo, sendo totalmente liberada em alguns países, totalmente proibida em outros, e liberada com limitações em alguns. No Brasil, ainda carece ainda de normatização, sendo que o Judiciário tem aplicado para resolução de conflitos os princípios gerais de direito, analogia, e as regulações definidas na em resolução pelo Conselho Federal de Medicina, sendo a atual RESOLUÇÃO CFM Nº 2.294, de 27 de maio de 2021. O Código Civil não traz nenhuma autorização ou regulamentação acerca da reprodução assistida, mas apresenta o tema unicamente sob o prisma da paternidade, nos incisos III, IV e V do artigo 1597, conforme abaixo:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Tal carência de normatização cria diversos problemas na realidade social brasileira como a licitude da realização da maternidade de substituição, assim como a solução de questões referentes à filiação fruto de tal técnica.

3.2 Direitos e garantias

3.2.1 Direito de ter filhos/reprodução

A Constituição Federal no caput do artigo 226 já demonstra a importância da família em relação à sociedade e o Estado. O Código Civil de 2002 em seu artigo 1.566 apresenta como deveres do casal fidelidade, coabitação, mútua assistência, respeito, sustento, guarda e educação dos filhos. Tais normativos só vem corroborar com a ideia de importância da família para o estado e de que como merece proteção, e do significado da filiação em todo este contexto. O § 7º do já citado artigo 226 da Constituição toca em assunto primordial para o tema da reprodução assistida, o direito ao planejamento familiar. O legislador, ao associar o planejamento familiar aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável conferiu ao tema especial atenção. Segundo o referido parágrafo, o planejamento familiar é de livre decisão do casal e o Estado deve oferecer recursos para que tal direito possa ser usufruído. Desta forma, o Brasil adotou uma postura de não efetuar o controle à natalidade, conferindo aos cidadãos o direito de ter filhos.

O advento das técnicas de reprodução assistida acabou por trazer à tona uma discussão em relação à questão do direito ao planejamento familiar e o direito a ter filhos e a utilização de mecanismos de geração artificial de embriões. Existem correntes de pensamento que não entendem que as técnicas de reprodução assistida estão abrangidas no direito ao planejamento familiar, considerando que tal mecanismo satisfaz a um desejo dos pais, não levando em conta os direitos do futuro filho. Por tratar-se de questão de foro íntimo, paternidade/maternidade, tal pensamento só vem a acrescentar mais controvérsia ao já polêmico tema. Entretanto, o texto constitucional é claro em garantir o direito de livre planejamento familiar, cabendo a cada pessoa decidir como e quando ter filhos, não cabendo ingerência do Estado em tal questão. Fatima Oliveira assim tratou o tema das técnicas de reprodução assistida em relação aos direitos de cidadania:

em uma sociedade justa e que respeita a liberdade reprodutiva (direito de decidir sobre ter ou não uma prole) como direito de cidadania, cabe ao Estado o dever de assegurá-la, pois a contracepção e o tratamento da infertilidade são temas legítimos dos direitos sexuais e reprodutivos e da saúde sexual e reprodutiva. (OLIVEIRA, 2001, p. 99)

O livre planejamento familiar está assim respaldado no texto constitucional com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, não estando apenas vinculado à reprodução a partir da relação sexual, não existindo sentido em vedação às técnicas de reprodução assistida.

3.2.2 Direito da personalidade

O Direito da personalidade pode ser conceituado como aqueles que cada indivíduo possui sobre os aspectos que constituem à sua identidade e permitem a construção da individualidade. Sílvio Venosa (2019, p. 137) leciona que “ao conjunto de poderes conferidos ao ser humano para figurar nas relações jurídicas dá-se o nome de personalidade.” Já Pontes de Miranda em seu “Tratado de Direito Privado”, (1954, t. III, p. 7) conceitua os direitos da personalidade como “efeitos de fatos jurídicos que se produziram, nos sistemas jurídicos, quando, a certo grau de evolução, a pressão política fez os sistemas jurídicos darem entrada a suportes fáticos que antes ficavam de fora, na dimensão moral ou na dimensão religiosa”. Os direitos à personalidade estão relacionados com a proteção à vida, liberdade, integridade, honra, privacidade, imagem. Garantidos constitucionalmente em todo o contexto do art. 5º, os direitos vinculados à personalidade receberam atenção especial do legislador no Código Civil de 2002 que já em seu 2º artigo dispõe que “personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

O direito à reprodução está inserido entre os direitos à personalidade. Direito este disposto no artigo 12º da Declaração Universal dos Direitos Humanos que assegura à homens e mulheres o direito a casar e constituir família”. Assim, o direito à reprodução é um direito fundamental, no campo do direito de personalidade, sendo indisponível e inalienável.

Beatriz Schettini (2019) apresenta que a reprodução é um direito fundamental e que a prática deste direito auxilia na construção da personalidade do indivíduo, devendo ser garantida a liberdade de escolha em ter ou não filhos. Entende Fernanda Castilho

(2005) que a reprodução assistida também se encontra incluída entre os direitos fundamentais, discorrendo desta forma sobre o tema:

Analisando a situação pelo âmbito jurídico, tem-se entendido que há um direito a procriar com base nos seguintes fundamentos: a) Declaração Universal dos Direitos do Homem, em que se disciplina o direito à igualdade e à dignidade da pessoa humana, prevendo ainda o direito de fundar uma família, nos arts. III, VII e XVI; b) a Constituição Brasileira de 1988, donde extrai-se o direito à procriação das normas de inviolabilidade do direito à vida (caput do art. 5º), do incentivo e da liberdade de expressão à pesquisa e ao desenvolvimento científico (art. 218), da liberdade de consciência e de crença (inc. VI do art. 5º) e ainda da previsão do planejamento familiar como livre decisão do casal (§7º do art. 226) (CASTILHO, 2005, p. 319)

Ainda relacionando o direito da personalidade, direito à reprodução e a gestação por substituição, desta forma leciona Beatriz Schettini (2019):

A realização da gestação em nome de outrem amplia a autonomia reprodutiva daquelas pessoas que se veem impedidas não apenas de gerar gametas férteis, mas também de gestar o futuro filho, permitindo que mais pessoas possam desfrutar o direito constitucional de procriação. (SCHETTINI, 2019, p. 23):

Em outro ponto, o direito ao corpo, vinculado com o direito à integridade física está também relacionado entre os direitos à personalidade. Cabe assim interpretar que a utilização da gestação por substituição é fruto do exercício do direito da personalidade, tanto pelos pais quanto pela gestante. Este é o entendimento de Beatriz Schettini (2019):

Não há que se falar em coisificação da criança, que é fruto de um projeto parental intencionado e responsável, pautado nos princípios da dignidade humana e paternidade responsável. Do mesmo modo, não há que se falar em exploração da gestante, uma vez que a tomada de decisão para o exercício do direito sobre o próprio corpo decorre da sua autonomia privada. (SCHETTINI, 2019, p. 169):

Entende-se então que a reprodução é um direito fundamental, relacionado ao direito de personalidade. A reprodução, o desejo de ter um filho é uma escolha individual, amparada legalmente. A gestação por substituição é apenas um meio para alcançar este benefício. E assim sendo deve respeitar os direitos de personalidade, tanto dos pais quanto da mulher que vai gestar a criança.

3.2.3 Direitos reprodutivos dos casais homoafetivos

Considerando que o direito à procriação foi validado nos termos do § 7º do artigo 226, da Constituição Federal de 1988, cabe perguntar quem são aqueles que tiveram tal direito reconhecido. Conforme já abordado, o conceito de família vem se aperfeiçoando com o passar dos anos, abrangendo novas modalidades que anteriormente não eram reconhecidas. Baseadas principalmente nos ideais de afeto, modelos como a família monoparental, anaparental, homoafetiva, pluriparental, passaram a ter assegurado o direito de proteção do Estado, remodelando antigos conceitos de parentalidade.

Desta forma, a partir da proteção estatal ao conceito de família, e em harmonia aos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana, assim como o direito constitucional ao livre planejamento familiar, se torna incabível qualquer tipo de restrição ao acesso das pessoas solteiras e dos casais homoafetivos as técnicas de reprodução assistida. Existe sim, um grande preconceito social em relação aos grupos, a partir da ideia arraigada da família tradicional, em conceitos de moral, e numa falsa impressão de que qualquer outro tipo de modelo não seria capaz de dar condições de educação aos filhos. Interessante o posicionamento de Marilena Cordeiro Dias Villela Corrêa (2005, p. 74) sobre o tema: “se o desejo de ter filhos é visto como ‘natural’, como parte da natureza humana, como explicar que sua expressão esteja restrita aos indivíduos acasalados de forma monogâmica e heterossexual – uma forma bem estabelecida de construção social?”.

Não existe qualquer impedimento jurídico com relação ao uso das técnicas de reprodução assistida pelos casais homoafetivos tendo em vista o reconhecimento como entidade familiar pela Constituição de 1988, além de ser considerado como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Como o tema do presente trabalho é a gestação por substituição, pelo exposto, estão autorizados os casais homoafetivos, principalmente os homossexuais masculinos a utilização de tal técnica. Importante ressaltar que o direito que toda criança tem de convivência familiar não está restrito a vida em comum com pessoas de sexo distinto, mas sim em um lar calcado no afeto e nas realizações pessoais.

3.3 Licitude contratual

A Resolução CFM Nº 2.294, DE 27 de maio de 2021 apresenta em alguns pontos que as partes, paciente(s) e cedente temporária do útero devem apresentar um termo de compromisso e de consentimento envolvendo questões relativas ao tratamento e à filiação. Desta forma, é necessário um acordo entre as partes para realização do procedimento. Este acordo pode ser entendido como um contrato entre pacientes e cedente do útero? Além disto, qual seria neste caso o objeto contratual? E estaria tal contrato enquadrado em nosso ordenamento?

Cabe então buscar alguns conceitos a respeito dos contratos para uma análise mais específica acerca do tema. Flávio Tartuce (2019) define contrato desta forma: “Os contratos são, em suma, todos os tipos de convenções ou estipulações que possam ser criadas pelo acordo de vontades e por outros fatores acessórios.” (TARTUCE, 2019, p. 26).

Cabe também citar a lição que Paulo Nalin (2005, p. 255) nos apresenta ao conceituar o contrato como “uma relação intersubjetiva baseada no solidarismo constitucional e que traz efeitos existenciais e patrimoniais não somente em relação às partes contratantes, mas também em relação à terceiros.” Observando que existe um acordo de vontades entre a cedente do útero e o(s)/a(s) paciente(s) da gestação de substituição, resta claro que tal situação está contida na primeira parte dos conceitos trazidos sobre contratos. Flávio Tartuce (2019) ainda afirma que a existência de um contrato está vinculada com sua licitude, a adequação ao ordenamento jurídico, a boa-fé, a sua função social e econômica e os bons costumes. Importante ressaltar que os contratos se alicerçam em princípios como a autonomia privada e a função social dos contratos. Enquanto o primeiro princípio preza pela liberdade das partes em atribuir efeitos pretendidos ao contrato, respeitando a ordem jurídica, o segundo prevê a ineficácia de tais relações caso ofendam interesses sociais ou a dignidade da pessoa. Caberia, então, a verificação sobre eventual licitude da relação estabelecida entre a mulher que cede o útero e paciente(s) que necessita(m) da técnica de gestação de substituição. Neste ponto, o acordo de vontades caminha em campo nebuloso.

Como já explicitado, não existe nenhuma lei em nosso ordenamento que trate sobre a gestação de substituição. Eduardo Dantas e Marianna Chaves (2017) discorrem que como o direito brasileiro não proíbe nem autoriza este negócio jurídico, não existe uma resposta clara a tal questionamento, e tende a ser preponderante a visão do magistrado em relação ao caso. Em defesa da licitude contratual da gestação por substituição, conforme já exposto, existe o respaldo constitucional vinculado ao direito de planejamento familiar e no princípio da dignidade da pessoa humana. Além disto, o próprio texto da Resolução CFM Nº 2.294, de 27 de maio de 2021 menciona o acordo de vontades quando trata da gestação por substituição. Ainda é necessário citar, que, em relação à licitude do contrato de gestação por substituição, existe uma polêmica acerca de qual seria o objeto contratual nestes casos: a vida humana ou a doação temporária do útero. Lima; Sá (2018, p. 461-479) entendem que no caso dos contratos em gestações de substituições “o que se visualiza é um contrato de direito da personalidade, cujo conteúdo é o exercício do direito sobre o próprio corpo da gestante substituta”. Além disto, entende que “A razão de ser do contrato, que se identifica com seu objeto, é a reprodução humana, a geração de um novo ser que se viabiliza através da técnica médica.”. É visível que as crescentes inovações no campo da medicina de reprodução abriram um leque de novos tipos de contratos, que não foram alcançados pela legislação. Beatriz Schettini (2017), entende que:

As novas possibilidades trazidas pela Medicina e Biologia exigiram do jurista a quebra do paradigma tradicional do direito contratual (noção de que o contrato abarca apenas questões de direito/interesses patrimoniais) para possibilitar a realização de contratos que tenham por objeto os direitos de personalidade e, com isso, efetivar, na maior medida possível, o exercício de negócios jurídicos existenciais por todos os cidadãos.” (SCHETTINI, 2017, p.182)

Assim, o contrato se torna um instrumento necessário para a confirmação do acordo de vontades entre as partes envolvidas na gestação de substituição, além de regulamentar seus efeitos.

3.4 Vedações

A Resolução CFM Nº 2.294, DE 27 DE MAIO DE 2021 apresenta algumas vedações/restrições relacionadas à gestação de substituição. Talvez a vedação mais

conhecida e com maior alcance seja a descrita no inciso 2 do item VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO) que apresenta a seguinte disposição:

A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial e a clínica de reprodução não pode intermediar a escolha da cedente.

A cessão temporária do útero com caráter lucrativo é popularmente conhecida como barriga de aluguel. Uma busca acerca de legislação proibindo tal prática não apresenta resultado específico. O § 4º Art. 199 da Constituição Federal apresenta uma vedação à comercialização de tecidos e substâncias humanas conforme pode ser visto abaixo:

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Este artigo apresenta que a Constituição Federal determinou a vedação completa da comercialização de partes humanas com base na garantia da dignidade da pessoa humana. Deve ser subentendido que a prática de barriga de aluguel deve estar enquadrada como comercialização de órgão, tecido e substância humana? Ou que ofende a dignidade da pessoa humana?

Outro dispositivo legal que traz alguma relação com o tema é o Art. 13 do Código Civil, que assim dispõe:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Caso seja esta a justificativa para a proibição, cabe a pergunta se existiria tal diminuição permanente da integridade física da cedente do útero. O que parece realmente não ser o caso.

Outra lei que pode ser citada, a Lei 9.434/97, Lei de Transplantes dispõe em seu 1º artigo que:

Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei.

Mas logo no parágrafo único informa que:

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo.

Neste caso, autorizada a disposição gratuita de parte do corpo humano, a reprodução assistida pode ser enquadrada no termo tratamento? Os termos do parágrafo único abrangem o embrião a ser implantado?

Perguntas mais uma vez sem resposta legal. Assim, na ausência de lei específica, tal vedação parece estar mais ligada à moral e bons costumes, ou, à uma visão específica do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade do que propriamente em regulamentação legal. Neste ponto específico, é importante trazer ao estudo os ensinamentos de Gagliano; Pamplona Filho (2016) acerca dos direitos de personalidade. Citados pela professora Roberta Salvático Vaz De Mello em seu livro *As tragédias de Mariana e Brumadinho: danos existenciais e responsabilidade civil*, 2022, os doutrinadores entendem que tal direito abrange entre outras coisas a vida, a integridade física, psíquica e moral, tendo como principais características o fato de serem absolutos, outorgados a todas as pessoas, não tendo conteúdo patrimonial, serem indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios. Enfim, o direito a personalidade deve ser defendido por todos, mas é necessário entender onde tal direito está inserido na discussão das vedações à gestação de substituição. Porque, resta claro, que se tal prática resultar em danos ou possibilidade de danos à integridade física, psíquica e moral da cedente temporária do útero, a gestação de substituição não deve ser aplicada. Mas, entendendo que a opção de ceder o útero é efetuada pela própria cedente, por motivações que se ligam à sentimentos prezados pela humanidade como bondade, empatia, não tem como prosperar argumentos de que a técnica ofende o direito da personalidade.

Outra vedação/restricção encontrada na Resolução CFM Nº 2.294, de 27 de maio de 2021, está disposta no inciso 1.

A cedente temporária do útero deve ter ao menos um filho vivo e pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau. Demais casos estão sujeitos a avaliação e autorização do Conselho Regional de Medicina.

Assim, é apresentada uma restrição para cedentes temporárias de útero que não possuam filho. Além disto, a cedente deve ter parentesco até quarto grau (primas, sobrinha-neta e tia-avó), sendo que, casos diferentes destes citados, são sujeitos à aprovação do Conselho Regional de Medicina. Tal restrição provavelmente está intimamente ligada à restrição à comercialização do útero. Mas parece ir de encontro ao disposto no § 7º do artigo 226 da Constituição Federal que remonta à dignidade da pessoa humana, paternidade responsável e livre planejamento familiar.

Tais vedações trazem um importante questionamento. Na ausência de legislação específica, cabe tal tema ser disciplinado pelo Conselho Federal de Medicina? E mais ainda, a resolução pode trazer em seu conteúdo, definições que ofendem a Constituição Federal? Neste sentido, assim entende Taísa Lima e Maria Sá (2010):

Em que pese toda a controvérsia acerca da legitimidade de um Conselho profissional desenhar o regime jurídico da gestação de substituição em um país, não há dúvida de que em face da ausência de norma legal as prescrições deontológicas vêm desempenhando papel relevante na efetivação do direito ao livre planejamento familiar. Todavia, não há como deixar de enfrentar os problemas decorrentes da inoponibilidade de tais normas a todos, porquanto sua eficácia deveria limitar-se aos profissionais de Medicina. (LIMA; SÁ, 2010, p. 55).

Desta forma, ausente legislação a respeito da reprodução assistida, torna-se de suma importância questionar a validade das vedações impostas pelo Conselho Federal de Medicina em suas resoluções acerca do tema, verificando se estão ferindo direito garantido em nosso texto constitucional. Cabe citar mais uma vez Taísa Lima e Maria Sá, (2010) que argumentam que as restrições impostas pela Resolução anterior do Conselho Federal de Medicina sobre a reprodução assistida possuem caráter apenas deontológico e não jurídico, pois tais limitações ao procedimento de gravidez de substituição apresentam violação aos direitos do livre planejamento familiar dos pais e ao direito que as gestantes substitutas possuem sobre o próprio corpo.

4 A EVOLUÇÃO DAS RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA SOBRE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A primeira resolução do Conselho Federal de Medicina acerca da reprodução assistida data do ano de 1992. Antes dela não existia nenhuma regulamentação sobre o tema no país. Em retrospectiva, cabe recordar alguns fatos que foram primordiais para o aparecimento da Resolução. Primeiro, como nos dias de hoje, não existia nenhuma lei que tratasse a respeito do tema. Além disto, oito anos antes, nascia o primeiro bebê de proveta no país. Outro fator importante a ser mencionado é que, entre de 20 de agosto de 1990 a 1 de junho de 1991, foi exibida a novela “Barriga de aluguel”, que tratava da história de um casal que por não ter a possibilidade de ter filhos recorre à contratação de uma mulher para gestação do bebê. Nestes termos, assim é pensamento de Juliana Faria Santiago (2020) acerca dos parâmetros adotados pelo Conselho Federal de Medicina na criação das Resoluções:

Em resumo, desde a primeira resolução editada pelo Conselho, os princípios que norteiam o regime de doação gratuita e temporária do útero são parentesco, benemerência, gratuidade e impossibilidade de reprodução pelas vias normais. Tais princípios continuam embasando a aplicação das resoluções posteriores do Conselho Federal de Medicina que versam sobre o tema. (SANTIAGO, 2020, p. 41)

Assim, neste contexto de ausência de legislação específica, avanços científicos e com o assunto em voga por conta da mídia, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução 1.358 que entre outras diretrizes apontava que a reprodução assistida tinha um caráter subsidiário, devendo ser utilizada apenas quando outras técnicas convencionais de reprodução não tivessem resultados positivos ou não serem biologicamente viáveis. Outro fator interessante é que nomeava a gestação de substituição como doação temporária do útero, pontuando que a modalidade onerosa violava princípios éticos da sociedade brasileira. Sobre a resolução 1358/92 Tatiana Henriques Leite, expõe que:

A Resolução de 1992 foi baseada no Warnock Report de 1984, um guideline que tinha por objetivo regulamentar a prática da fertilização in vitro nos Países do Reino Unido. Foi uma resolução bastante tímida e representava basicamente o desejo dos médicos e outros profissionais de saúde que trabalhavam na área. (LEITE, 2019, p. 922)

Pela Resolução 1.358/1992 as Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana estavam autorizados a realizar o procedimento, mas limitadas à existência de problema impeditivo ou que contraindicasse a gestação na doadora genética. Além disto, como exposto acima, era vedado o caráter lucrativo ou comercial sendo proibida a prática conhecida barriga de aluguel. Outro ponto apresentado na Resolução era que as doadoras temporárias do útero deveriam pertencer à família da doadora genética, em parentesco até o segundo grau. Desta forma, a gestante de substituição só poderia ser mãe, filha ou irmã da mãe genética. Casos diferentes estariam sujeitos à autorização dos Conselhos Regionais de Medicina.

Dezoito anos depois, em 2010, foi editada a Resolução CFM n. 1.957/2010 que manteve as mesmas regras da anterior em relação a gestação de substituição, mas trouxe algumas inovações como a permissão para utilização da técnica reprodução assistida por todas as pessoas, independentemente do estado civil, a regularização da reprodução post mortem; e a possibilidade de criopreservar os embriões saudáveis.

No ano de 2013 foi publicada a Resolução n. 2013/13, trazendo alterações profundas no tema da gestação por substituição. Tais mudanças estavam vinculadas, principalmente à decisão de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar pelo Supremo Tribunal Federal, STF, (ADI 4.277 e ADPF 132). Assim a resolução trazia a possibilidade da utilização da gravidez de substituição aos casais homoafetivos. Por conta disto, abria a possibilidade da gestante de substituição pertencer à família de um dos membros destes casais. Outro ponto importante foi a mudança no grau do parentesco jurídico, podendo naquele momento a gestante de substituição ser parente consanguínea dos pacientes até o quarto grau civil. A nova Resolução também limitou a idade da gestante de substituição para cinquenta anos, no máximo. Este ponto foi um dos mais controversos entre as alterações causadas pela nova Resolução, e quando contestado judicialmente teve decisões desfavoráveis que consideraram que a limitação de idade ia de encontro ao direito constitucional de livre planejamento familiar.

Outra determinação trazida na nova Resolução foi a obrigatoriedade do consentimento livre, esclarecido informado para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. O item 4 da resolução apresenta que: “O documentos de consentimento livre e esclarecido informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.”. Tal determinação impede que o procedimento da reprodução assistida seja realizado sem autorização das partes, que devem ter total conhecimento do processo. No caso da gestação por substituição, os pais contratantes e a gestante por substituição devem estar de acordo com dados técnicos, éticos e jurídicos do procedimento, devendo apresentar seu consentimento antes do início do tratamento. Sobre isto, Dantas; Chaves (2017, p.31) informam que “Só pode falar genuinamente em autonomia reprodutiva quando existe uma escolha efetiva, fundamentada em informação correta e apropriada.”

Em 2014 foi realizada a I Jornada de Direito da Saúde, organizada pelo Conselho Nacional de Justiça que, segundo Dantas; Chaves (2017, p.25) teve a intenção de apontar caminhos para a solução de litígios na área da saúde, entre eles o tratamento jurídico dados aos filhos de casais homossexuais gerados por técnicas de reprodução assistida. Cabe destacar os seguintes Enunciados resultantes da I Jornada de Direito da Saúde:

ENUNCIADO Nº 39 O estado de filiação não decorre apenas do vínculo genético, incluindo a reprodução assistida com material genético de terceiro, derivando da manifestação inequívoca de vontade da parte.

ENUNCIADO Nº 40 É admissível, no registro de nascimento de indivíduo gerado por reprodução assistida, a inclusão do nome de duas pessoas do mesmo sexo, como pais.

ENUNCIADO Nº 41 O estabelecimento da idade máxima de 50 anos, para que mulheres possam submeter-se ao tratamento e à gestação por reprodução assistida, afronta o direito constitucional à liberdade de planejamento familiar.

ENUNCIADO Nº 45 Nas hipóteses de reprodução humana assistida, nos casos de gestação de substituição, a determinação do vínculo de filiação deve contemplar os autores do projeto parental, que promoveram o procedimento.

No ano seguinte, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 2.121 de 2015 que trouxe alguma influência dos Enunciados apresentados na I Jornada de Direito da Saúde. Neste caminho, permitiu o que casais homoafetivos pudessem registrar seus filhos gerados com auxílio da reprodução assistida. Por outro lado, a nova resolução manteve a idade máxima de 50 anos para às candidatas à gestação por reprodução assistida, contrariando o Enunciado nº 40 da I Jornada de Direito da Saúde que classificava como inconstitucional tal restrição. Tal vedação, contudo, parece estar mais vinculada à problemas na gestação que pudessem afetar a saúde tanto da gestante como do feto.

Outra alteração importante foi explicitar em seu texto a permissão para gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade. Neste caso, o embrião conseguido a partir da fecundação de uma mulher do casal homoafetivo poderia ser transferido para o útero da parceira. Sobre a gestação por substituição propriamente dita não foram acrescentadas grandes mudanças.

No caso do rol de mulheres capacitadas para a doação temporária do útero, o texto da nova resolução manteve a determinação de parentesco consanguíneo até quarto grau, mas trouxe de volta a afirmação de que casos diferentes dos já autorizados estariam sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. Ainda trouxe um destaque acerca do termo de consentimento que deve ser apresentado antes do procedimento, informando que os aspectos legais de filiação devem estar bem claros entre os pacientes e a doadora temporária do útero. Tal disposição apresenta uma inegável preocupação com os aspectos jurídicos referentes ao tema.

Dantas; Chaves (2017) trazem o entendimento de que “é inquestionável – sob o aspecto legal – que a relação estabelecida entre a hospedeira e os pais biológicos dos embriões a serem implantados é contratual (ainda que não onerosa).” Desta forma, o termo de compromisso acaba por se tornar uma garantia para as partes envolvidas na gestação por substituição, trazendo mais segurança jurídica. Outra inovação trazida acerca do termo de consentimento, foi a implementação de garantias tanto para a doadora temporária do útero, como o direito à acompanhamento médico durante a gestação por conta dos pacientes, quanto para a criança, registro civil com a documentação sendo providenciada durante a gravidez.

A Resolução nº 2.168 foi editada no ano de 2017, e trouxe algumas modificações técnicas em relação à anterior, mas com relação à gestação de substituição, manteve praticamente o mesmo texto. Uma alteração que vale ser mencionada foi a autorização para que as clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida pudessem usar a gestação por substituição para pessoas solteiras, não sendo mais utilizada apenas por casais. Alterou também os termos “doação temporária de útero” e “doadora temporária de útero” para “cessão temporária de útero” e “cedente temporária de útero”.

Está em vigor atualmente a Resolução CFM nº 2.294, de 27 de maio de 2021. Entre as alterações trazidas pelo novo texto, importante citar a modificação em relação ao número de embriões que poderiam ser transferidos. Anteriormente mulheres com 40 anos ou mais poderiam receber até 4 embriões, número que foi modificado na nova resolução, onde a quantidade máxima foi restrita a 3 embriões para mulheres acima dos 37 anos.

Outro ponto importante foi a inclusão dos transgêneros entre o rol daqueles que estão permitidos a utilizar as técnicas de reprodução assistida. Em relação específica à gestação de substituição, a nova resolução manteve a disposição de que a cedente temporária do útero deva ter parentesco até quarto grau com o(s) paciente(s), mas ampliou a vedação, determinando que tenha ao menos um filho vivo.

Flávio Tartuce (2021), em seu artigo “A nova resolução 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina” ao abordar a determinação da cedente do útero já ter um filho, entende que tal fato esteja relacionado à proteção do novo filho, já que por já ter sido mãe, a cedente temporária do útero teria uma experiência gestacional. Não é este o entendimento de Maria Berenice Dias e Marta Cauduro Oppermann que no artigo “As inconstitucionalidades da Resolução 2.294/2021 do CFM sobre a utilização das técnicas de reprodução assistida” ensinam que tal determinação apenas limita o direito constitucional à forma de constituir família. Por último, manteve o conteúdo acerca da não lucratividade da cessão temporária do útero, incluindo, contudo, a determinação de que as clínicas de reprodução não devem intermediar a escolha da cedente, o que para Tartuce (2021) é uma ideia eticamente elogiável.

Desta forma, a resolução CFM n. 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina acabou trazendo muitos poucos avanços sobre o tema, além de difundir algumas polêmicas, o que só aponta com mais clareza a necessidade premente de regulamentação do tema da reprodução assistida por lei.

5 LEI OU RESOLUÇÃO

Como já abordado anteriormente, não existe lei que regule a reprodução assistida e a gestação de substituição no Brasil. Segundo Beatriz Schettini (2019) os avanços científicos relacionados ao tratamento da infertilidade, através da reprodução assistida, trouxe uma exigência de normas médicas para direcionar a prática neste campo, tendo em vista a falta de lei federal.

Assim, o tema, desde meados dos anos 90, vem sendo regulado por Resoluções apresentadas pelo Conselho Federal de Medicina. Sobre tal fato, Dantas; Chaves (2018) expõem que: “O Brasil, entretanto, vem deixando a regulação da matéria da procriação medicamente assistida a cargo da deontologia médica.” (DANTAS; CHAVES, 2018, p. 27). Neste mesmo sentido também vai o pensamento de Rettore; Sá (2016) quando afirmam que as Resoluções têm natureza administrativa, e são endereçadas aos médicos, mas que causam efeitos para todos os brasileiros por conta da ausência de norma específica sobre o tema.” (RETTORE; SÁ, 2016, p. 39).

Existe assim, uma lacuna legislativa acerca do assunto, que acabou sendo preenchida pelas resoluções que, contudo, não são suficientes para a pacificação do tema.

Sobre as resoluções e a ausência de legislação à respeito, interessante o pensamento de Bruno Torquato de Oliveira Sá e Maria de Fátima Freire de Naves citado abaixo:

As resoluções do CFM não criam o Direito, mas regulam o exercício da profissão médica. Inobstante isso, as resoluções do Conselho Federal de Medicina servem como parâmetro interpretativo para o Direito. Até porque as técnicas são uma realidade e a evolução da Medicina vem impactando o Direito, obrigando-o a pensar acerca da abrangência e dos limites das novas situações familiares. (SÁ; NAVES, 2015, p.67)

Assim, as resoluções que deveriam servir para o direcionamento das práticas médicas da reprodução assistida, além de uma forma de apoio interpretativo para o Direito, mas acabam tomando o lugar de uma lei. Desta forma, o interesse deste capítulo é tratar sobre a normatização da gestação de substituição através das resoluções em detrimento de uma lei. Efetuar uma análise sobre a posição da resolução em nosso ordenamento, sua legalidade, limitações e possibilidades, além de contrapor seus efeitos com relação à uma lei.

Antes de adentrar qualquer discussão acerca da regulamentação da gestação de substituição, é de suma importância para enriquecimento de qualquer argumentação trazer à tona os conceitos de lei e resolução. Assim dispõe o artigo 59 da Constituição Federal acerca do processo legislativo:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. (BRASIL, 1988)

Segundo Pedro Lenza (p. 1033) “resolução é o instrumento pelo qual se instrumentalizam as atribuições da CD (Câmara dos Deputados), do SF (Senado Federal) ou algumas comuns fixadas no regimento interno do Congresso Nacional” (LENZA, 2019, p. 1.033). Assim, pelas resoluções são regulamentados os temas de competência privativa da Câmara dos Deputados, do Senado e do Congresso Nacional. Alexandre de Moraes (2003) conceitua desta forma a Resolução:

Resolução é ato do Congresso Nacional ou de qualquer de suas casas, tomado por procedimento diferente do previsto para a elaboração das leis, destinado a regular matéria de competência do Congresso Nacional ou de competência privativa do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados, mas em regra com efeitos

internos; excepcionalmente, porém, também prevê a constituição resolução com efeitos externos, como a que dispõe sobre a delegação legislativa. (MORAIS, 2003, p. 464)

Nota-se que as resoluções, pelo texto constitucional, têm competência das casas legislativas e tem normalmente apenas efeitos internos.

Resoluções como as que editadas pelo CFM estão amparadas na prerrogativa que os órgãos públicos tem de regulamentar. Também conhecido como poder normativo, segundo Di Prieto (2018) seriam “Os atos pelos quais a Administração exerce o seu poder normativo têm em comum com a lei o fato de emanarem normas, ou seja, atos com efeitos gerais e abstratos”. (DI PIETRO, 2018, p. 158)

Di Pietro (2018) ainda continua seu pensamento expondo que tal poder reflete um dos modos que o Poder Executivo apresenta sua função normativa, trazendo normas complementares às leis direcionando sua correta execução. De competência originária dos chefes do Poder Executivo, o poder normativo também se apresenta sob a forma de resoluções que não são apresentadas por outros entes públicos. Sobre isto, leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Além do decreto regulamentar, o poder normativo da Administração ainda se expressa por meio de resoluções, portarias, deliberações, instruções, editadas por autoridades que não o Chefe do Executivo. Note-se que o artigo 87, parágrafo único, inciso II, outorga aos Ministros de Estado competência para “expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos”. Há, ainda, os regimentos, pelos quais os órgãos colegiados estabelecem normas sobre o seu funcionamento interno. Todos esses atos estabelecem normas que têm alcance limitado ao âmbito de atuação do órgão expedidor. Não têm o mesmo alcance nem a mesma natureza que os regulamentos baixados pelo Chefe do Executivo.”. (DI PIETRO, 2018, p. 160)

A autora ainda reforça o entendimento de que estes atos normativos “não pode contrariar a lei, nem criar direitos, impor obrigações, proibições, penalidades que nela não estejam previstos, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade” (DI PIETRO, 2018, p. 160).

O artigo 10 da RESOLUÇÃO CFM nº 1.998/2012 que aprovou o Regimento Interno do Conselho Federal de Medicina, traz em seu inciso XX a seguinte determinação acerca da competência do CFM: “expedir resoluções normatizadoras ou

fiscalizadoras do exercício profissional dos médicos e pessoas jurídicas cuja atividade básica seja a Medicina”. Isto só corrobora a ideia de que as resoluções tem efeito interno buscando criar normas para a prática da medicina no país.

Sobre a relação Lei X Regulamento/Resolução, assim é o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, (2016):

Com efeito, os regulamentos também são, normalmente, gerais e abstratos. Contudo, há diferenças extremamente relevantes entre eles e as leis. Estas diferenças, a seguir referidas, ensejam que as leis ofereçam aos administrados garantias muitas vezes superiores às que poderiam derivar unicamente das características de abstração e generalidade também encontradas nos regulamentos. (MELLO, 2016, p. 145)

Pelo exposto, reforça-se o entendimento de que as resoluções tem a intenção de regulamentação interna, não extrapolando suas regras para a sociedade. Como bem apresentado pela professora Di Pietro não criam direitos, nem obrigações. Também vai neste sentido o pensamento de Beatriz Schettini quando observa que as resoluções não podem limitar direitos:

A inércia do Poder Legislativo diante de tema tão relevante e complexo tem feito com que um órgão destinado a fiscalizar e regulamentar a profissão médica faça as vezes de legislador ordinário, podendo gerar limitações concessões indevidas direitos humanos fundamentais” (SCHETTINI, p. 127, 2019)

O art. 5º, II, da Constituição Federal traz em seu texto que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello com tal dispositivo “cumpre-se o projeto de outorgar às pessoas a garantia constitucional de que suas liberdades não serão de nenhum modo coartadas (nem por proibições, nem por imposições) senão em decorrência de mandamento proveniente do corpo legislativo”. Com base neste dispositivo constitucional, a ausência de norma regulamentadora da gestão de substituição acaba por criar uma lacuna jurídica acerca do tema, como já foi citado no presente texto. As Resoluções do Conselho Federal de Medicina não têm força normativa. Sobre o tema, assim é o pensamento de Allan Rocha de Souza, Raul Murad Ribeiro de Castro e Vitor de Azevedo Almeida Junior (2008):

A ausência de dispositivos que taxativamente determinassem a competência, para autorizar e fiscalizar as pesquisas, a um órgão

autônomo e desvinculado das instituições que realizarão essa prática ou, ainda, a omissão quanto estabelecimento de parâmetros para a verificação de adequação e necessidade da utilização dessa técnica, são frontalmente contrários ao princípio da proporcionalidade [48], posto que caracterizam uma proteção deficiente do Estado. (SOUZA; CASTRO; JUNIOR, 2008, p. 10)

Diante desta ausência normativa, Allan Rocha de Souza, Raul Murad Ribeiro de Castro, Vitor de Azevedo Almeida Junior (2008) defendem que a Constituição Federal se apresenta como:

a sede normativa mais apropriada a encaminhar as soluções jurídicas a todos os conflitos decorrentes da reprodução assistida, sendo comum na doutrina o reconhecimento da importância do Texto Maior nesse domínio. No entanto, não é usual a defesa de aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais, relegando-se a Constituição o papel de vetor interpretativo, sob o qual as leis que vierem a ser editadas deverão estar em perfeita consonância e harmonia com seus ditames, sobretudo em conformidade com os direitos fundamentais. (SOUZA; CASTRO; JUNIOR, 2008, p. 9)

Apesar destes pontos abordados, é importante trazer a opinião de alguns autores que acreditam que as resoluções do Conselho Federal de Medicina são vinculantes em relação ao tema da reprodução assistida.

Assim é o pensamento de Eduardo Dantas (2018) que entende que diante da ausência de norma específica, o Conselho Federal de Medicina é uma autarquia federal competente para disciplinar e fiscalizar o cumprimento das regras relacionadas à Medicina no Brasil. Para isto pode editar resoluções, que, segundo ele “possuem caráter supletivo a todo o processo legislativo, por força do determinado pelo artigo 59 da Constituição Federal:” (DANTAS; CHAVES, 2018, p. 29). Além disto, Eduardo Dantas (2018) compreende que as resoluções tem força de norma em tudo aquilo que não conflitam com a lei.

Pensamento oposto a outros autores que acreditam que as resoluções não possuem o poder de disciplinar a reprodução assistida e a gestação de substituição. Entre estes autores está Marianna Chaves (2018) que entende que “as Resoluções indicadas no Art. 59, VII da CF/88 visam tão somente regulamentar matéria de interesse interno (administrativo ou político) da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em conjunto ou separadamente” (DANTAS; CHAVES, 2018, p.29). A autora continua seu pensamento expondo que a Resolução do CFM “não possui força de lei,

não vinculando as partes ou juiz que venha a dirimir um eventual litígio”. Para Marianna Chaves não existe razão para que tal matéria esteja sendo regulada por autarquias sem competência para legislar. (CHAVES, 2018, p. 29).

Neste sentido também é o pensamento de Maria Berenice Dias e Marta Cauduro Oppermann ao tratar sobre o alcance das resoluções do CFM sobre o tema:

A hermenêutica jurídica não justifica qualquer limitação. Não bastasse a inegável usurpação da competência legislativa para o tratamento da matéria, as premissas restritivas da Resolução não têm força normativa capaz de vedar ou limitar prática que a lei não prevê expressamente como proibida. (DIAS; OPPERMANN, 2021)

Importante também trazer o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (1990), dos instrumentos que têm força normativa para obrigar a fazer ou deixar de fazer algo:

Assim, o Texto Magno de 1988, [...], estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” [...]. Note-se que aí não se diz, “em virtude de decreto, regulamento, portaria” ou quejandos, até porque, se o dissesse, o princípio da legalidade implodiria, deixando simplesmente de existir e assim se demitiria o País da condição de Estado de Direito. (MELLO, 1990, p. 43)

A partir dos ensinamentos do professor Celso Antônio Bandeira de Mello torna-se difícil encontrar defesa para proibições e limitações vindas do texto das Resoluções editadas pelo Conselho Federal de Medicina. Como preceitua Beatriz Schettini (2019) não está em discussão o valor das resoluções, mas sim a questão de seu texto atingir, não só a classe médica, mas toda a população, sendo que em alguns pontos vão de encontro à direitos garantidos no texto constitucional, como o livre planejamento familiar. A autora ainda cita que as resoluções do CFM restringem tal direito ao limitar a idade das candidatas à gestação, o descarte de embriões, a proibição da venda de gametas, além de limites apresentados à gestação de substituição e o veto a prática da gestação de substituição onerosa.

Alguns autores vão além e debatem se o texto trazido na Resolução seria inconstitucional. Maria Berenice Dias e Marta Cauduro Oppermann (2021) em seu artigo “As inconstitucionalidades da Resolução 2.294/2021 do CFM sobre a utilização das técnicas de reprodução assistida”, entendem, por exemplo, que a

limitação que existe no texto em relação ao parentesco da cedente do útero com os pacientes, além do pré-requisito de já possuir um filho, fere o texto constitucional, restringindo o direito ao livre planejamento familiar, além de ir de encontro ao princípio da igualdade. Segundo as autoras tais restrições, além de não levarem em conta a concretização dos vínculos socioafetivos nas relações de parentesco, parecem ser apenas um mecanismo que visa sedimentar a proibição da gestação de substituição onerosa, considerando que não existem parâmetros e critérios claros sobre como seria a apreciação dos Conselhos Regionais de Medicina em casos de ausência de parentesco entre as partes. Apenas como reforço da posição por elas adotada, cabe citar fielmente suas palavras:

Daí a indispensabilidade de o Conselho Federal de Medicina atentar ao que diz a Constituição e a Lei, as quais nada, absolutamente nada referem a embasar premissas cerceadoras do direito fundamental ao livre planejamento familiar. Pelo contrário, a legislação assegura o oferecimento de todos os métodos e técnicas de concepção que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção (Lei 9.263/1996, art. 9º). (DIAS; OPPERMANN, 2021).

Cabe ressaltar que, além de existirem proibições vindas das resoluções que ferem dispositivos constitucionais, como no caso da proibição da gestação de substituição onerosa ou a limitação da idade das cedentes do útero, outros temas decorrentes das técnicas de reprodução assistida não encontram diretrizes em nenhum ponto do ordenamento nacional. Esta omissão pode ser vista em questões relacionadas à maternidade e filiação no caso das cedentes do útero e as pacientes, a entrega do bebê após o parto. Respalda tal consideração as palavras de SIMÃO; BELTRÃO apud JUNIOR, 2015, p. 84:

Não tratou, porém, o diploma civil da hipótese da fertilização in vitro e, conseqüente, maternidade de substituição, levando-se em consideração ser este o procedimento que mais traz dissensos à ordem jurídica em matéria de direito de família. Nesse processo reprodutivo que envolve duas mães, uma biológica e outra hospedeira, são constantes as indagações de ordem ética, moral e, principalmente, muitos são os questionamentos a respeito do

estabelecimento da filiação. (SIMÃO; BELTRÃO apud JUNIOR, 2015, p. 84)⁴

Assim, a discussão acerca da reprodução assistida não se esgota no texto das resoluções do CFM, o que mostra mais uma vez a necessidade de um debate legislativo sobre o tema.

Mas, e a Lei?

Existem projetos de lei tramitando no Congresso Nacional há anos, mas com pouco avanço nas discussões. Em consulta ao sítio da Câmara dos Deputados verifica-se que o projeto de lei mais antigo, data de 1997, tem como autor Confúcio Moura, e entre as informações disponíveis é apresentado que o projeto está em situação de trâmite em conjunto, mas sem maiores dados acerca de do local/comissão em que está sendo debatido.

No entanto, além da inércia dos legisladores na criação de uma lei, o texto da maioria dos projetos em trâmite nas casas legislativas não traz muitos avanços sobre o tema, sendo que alguns deles apresentam até mesmo um retrocesso, mesmo em relação às Resoluções do CFM, como bem explica Beatriz Schettini:

Em suma, os demais Projetos de Leis são constituídos de um emaranhado de disposições confusas, ultrapassadas e preconceituosas sobre as técnicas de reprodução assistida, especialmente no que se refere à gestação de substituição. Esse quadro demonstra um descompasso do Poder Legislativo em relação à postura assumida pelo Conselho Federal de Medicina, que editou resoluções éticas sobre o tema, bem como uma postura de flagrante atraso em relação ao restante do mundo". (SCHETTINI, 2019, p. 144)

Com isto, o tema vem sendo regulado pelas Resoluções, como bem definem Naves e Sá e (2015) quando trazem que "A inércia do Poder Legislativo acabou por permitir que o marco regulatório adviesse de um órgão com menor legitimidade, o CFM, que representa apenas a classe médica e não o povo." (NAVES; SÁ, 2015, p.67).

⁴ SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Silvio Romero. (coord.) Direito civil: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão: teoria geral do direito, bioética, direito intelectual e sociedade da informação: volume 1. São Paulo: Atlas, 2015.

Anna Cristina de Carvalho Rettore e Maria de Fátima Freire de Sá (2016, p 70) trazem outro problema apresentado pela falta de uma lei sobre o tema que é a insegurança jurídica e a falta de diretrizes para resolução de possíveis discussões.

Beatriz Schettini argumenta que a falta de legislação específica:

acarreta sérios problemas, e entre eles, convém destacar: o risco do envolvimento ético decorrente da regulamentação do tema pelo Conselho Federal de Medicina; efeitos gerados pela prática do turismo reprodutivo; e a insegurança jurídica causada pelos muitos questionamentos éticos e jurídicos que o tema carrega consigo. (SCHETTINI, 2019, p. 142)

Assim, se faz necessária e urgente, a edição de uma lei que trate acerca da Reprodução Assistida e da Gestação de Substituição. Temas complexos como a gestação de substituição onerosa, o destino dos embriões, esclarecimentos acerca das questões envolvendo a filiação nos casos de cedentes necessitam ter um amparo normativo. Mas, ao mesmo tempo, o tema carece de uma discussão acirrada e produtora, de modo que a promulgação da lei esteja em sintonia com o texto constitucional, trazendo avanços sociais e não involução em relação as Resoluções.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito, a passos muito lentos, tem conseguido avanços significativos no campo dos direitos humanos. Muitos dos ideais dispostos no texto constitucional foram, aos poucos, se concretizando no ordenamento nacional, tendo como base à dignidade da pessoa humana. Um destes direitos definidos no texto constitucional é o do livre planejamento familiar, que, traz a ideia que todo cidadão tem a possibilidade de definir se quer constituir família, em que moldes, se quer ter filhos. Além disto, o texto constitucional dispõe que tal direito é de livre decisão do casal, cabendo ao Estado possibilitar formas, inclusive científicas, para o exercício desse direito.

Em relação ao desejo de ter filhos, um dos grandes empecilhos para a realização deste sonho, sempre foi a infertilidade. Apesar de tal mal acompanhar a humanidade desde os primórdios, a ciência vem, em sua constante evolução, trazendo técnicas para o combate à infertilidade, aproximando as pessoas cada vez mais da possibilidade de ter filhos. Por outro lado, a evolução destas técnicas de reprodução

também trouxe alento para casais homossexuais que, em vista da constante consolidação de seus direitos, também viram a possibilidade de serem pais.

Infelizmente, apesar dos inegáveis avanços, o direito não caminha com a mesma velocidade das mudanças científicas e sociais. No contexto da reprodução assistida e da gestação de substituição, praticamente não existiu nenhuma boa vontade legislativa para aprovar qualquer lei sobre o tema. Reforça-se que, conforme exposto anteriormente, o planejamento familiar é um direito constitucional amparado no princípio da dignidade humana. Assim, causa estranhamento que, mesmo possuindo base em princípios constitucionais, o tema da reprodução assistida foi relegado quase ao esquecimento, demonstrando assim uma incrível letargia dos legisladores em tratar sobre o tema.

A gestação de substituição, dentre as técnicas e assuntos decorrentes da reprodução assistida, sem dúvidas é uma das que traz mais polêmicas em sua discussão. Temas como a gestação de substituição onerosa são por si só, controversos por natureza, tendo em vista que sua discussão não fica baseada apenas em argumentos técnicos ou legais, mas também fatores de natureza social, religiosa. Talvez, em razão destes aspectos citados, exista uma certa opção por não tratar da gestação de substituição, já que o tema vai de encontro a ideias preconcebidas em relação à reprodução humana, ao corpo da mulher, à milagres, Deus, entre outras coisas.

Contudo, como já repetidamente exposto, é um direito constitucional. Assim, não existem motivos que expliquem a ausência de lei a respeito do tema. E, o que talvez possa ser considerada a pior consequência desta inércia legislativa, seja relegar sua competência deixando que tal tema seja “regulado” por meio de resoluções expedidas pelo Conselho Federal de Medicina. Tais resoluções deveriam apenas nortear a classe médica em relação aos procedimentos vinculados às técnicas de reprodução assistida, formalizando atendimentos em relação ao tema. Contudo, as resoluções vão além. No que pode ser chamado de desvio de finalidade, uma usurpação de competência legislativa, as resoluções acabam normatizando as técnicas de reprodução assistida, em especial à gestação de substituição, no território brasileiro. Não cabe à uma resolução de um órgão técnico, um conselho de classes, definir o que é certo ou errado, liberado ou proibido. Não existe

legitimidade para tal órgão “legislar” a respeito. Em defesa ao Conselho Federal de Medicina, cabe ressaltar que, talvez, as resoluções não tenham sido publicadas com esta intenção. São simples determinações para a classe médica, mas que, devido ao total desprezo dos legisladores em relação ao tema, acabaram por se tornar o único ditame legal sobre o assunto.

O princípio da legalidade nos traz que “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim, cai por terra qualquer restrição apontada nas regras apresentadas pelas Resoluções do CFM, afinal de contas, não são leis, apesar de alguns estudiosos entenderem que podem suprir tal lacuna. Desta forma, não existe nada em termos legais que proíba a gestação de substituição onerosa, ou restrinja de alguma forma a possibilidade de cessionárias de útero, como no caso de idade, parentesco ou a bizarra determinação de que já possuam filhos. Tais regulamentos ferem o texto constitucional em diversos pontos.

Assim, com ausência de leis e sendo tema, que cada vez mais está presente na realidade do brasileiro, tais discussões, invariavelmente caminharão para o judiciário. Tal fato, afeta ainda mais o fato do poder judiciário ter tomado para si, protagonismo em determinadas decisões que caberiam ao poder legislativo, interferindo no equilíbrio entre os poderes.

Assim, a intenção do texto e trazer ainda mais a tona a discussão sobre tema que tem tornado cada vez mais comum no cotidiano nacional. Por todo o estudo multiplicam-se perguntas a respeito da gestação de substituição que ano após ano continuam sem resposta legislativa. Estranho concluir que um tema com tamanha importância e com claro amparo constitucional, continua sendo relegado ao esquecimento, através de engavetamento de projetos de lei, deixando assim que direitos protegidos constitucionalmente sejam normatizados por regramento infralegal. Já passou do momento da gestação de substituição e as técnicas de reprodução assistida serem amparadas no ordenamento brasileiro, já que o descaso e silêncio já persistiram por tempo demais.

REFERÊNCIAS

ALCANTARA, Livia Medina Freire. O conflito entre o direito à origem genética e o direito à intimidade nos casos de reprodução humana assistida heteróloga. 2016.

44f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2016. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/2492>. Acesso em: 11 out. 2021.

ALENCAR, Isadora Caldas Nunes de. A Gestação por substituição à luz do ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Direito UNIFACS: Debate Virtual*, 2013. Disponível em: http://www.ienomat.com.br/revistas/judicare_arquivos/journals/1/articles/103/public/103-504-1-PB.pdf. Acesso em: 13 abr. 2022

ALMEIDA, Francisco Provázio Lara de; BITTENCOURT, Liliana. Judicialização do direito: do estado legislativo ao estado judiciário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás*, v. 32, n. 1, p. 247260, jan./jun. 2008. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/12129>. Acesso em: 11 out. 2021.

ARRUDA, Viviane da Silva; BARBALHO, Gabriella Simonetti Meira Pires. Reprodução humana assistida: conflito entre direito a identidade genética versus direito ao sigilo do doador de gametas. 2014. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/993/Reprodu%C3%A7%C3%A3o+humana+assistida:+conflito+entre+direito+a+identidade+gen%C3%A9tica+versus+direito+ao+sigilo+do+doador+de+gametas>. Acesso em: 11 out. 2021.

BAFFA, Elisabete Fernandes. Regulamentos admitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/regulamentos_admitidos_pelo_ordenamento_juridico_brasileiro.pdf. Acesso em: 28 abr. 2022.

BARBEDO, Cláudia Gay. O descarte ou a destruição de embriões excedentes e a anomia existente. Disponível em: http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273861152.pdf. Acesso em: 11 out. 2021.

BARBOSA, Amanda Souza; A licitude da gestação de substituição no brasil: atualizações a partir da resolução CFM Nº 2.294/2021. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/conversascivilisticas/article/view/47532>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 248.

BEVILACQUA, Helga. Direitos da personalidade: conceito e aplicação dos direitos fundamentais. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/direitos-da-personalidade/>. Acesso em: 27 mar. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 abr. 2022.

BRASIL. Código Civil (2002). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 21 maio 2022.

CASTILHO, Fernanda Pascoal Valle Bueno de. A reprodução medicamente assistida e seus aspectos bioéticos e jurídico-legais. In: CASTRO, José Antônio Lima. *Temas atuais do direito civil: um enfoque constitucional*. Belo Horizonte. IEC, 2005.

Conselho Federal de Medicina. RESOLUÇÃO CFM Nº 2.294, DE 27 DE MAIO DE 2021. Disponível em: <https://in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>. Acesso em: 11 out. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM nº 1.358/1992, publicada em 19 de novembro de 1992. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1992/1358>. Acesso em: 13 abr. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/2010, publicada em 06 de janeiro de 2011. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1957>. Acesso em: 13 abr. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM Nº 2.013/2013, publicada em 09 de maio de 2013. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2013/2013>. Acesso em: 13 abr. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM nº 2.121/2015, publicada em 24 de setembro de 2015. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121>. Acesso em: 13 abr. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017, publicada em 10 de novembro de 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 13 abr. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO CFM Nº 2.294/2021, de 27 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>. Acesso em: 13 abr. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ENUNCIADOS DA I, II E III JORNADAS DE DIREITO DA SAÚDE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/9560/1/ENUNCIADOS%20APROVADOS%20E%20CONSOLIDADOS%20III%20JORNADA%20DA%20SA%3%9ADE.%20%3%9ALTIMA%20VERS%3%830.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2022.

CORRÊA, Marilena Cordeiro Dias Villela. Bioética e Reprodução Humana. In: LOYOLA, Maria Andréa (org.) *Bioética, reprodução e gênero na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Estudos Populacionais (ABEP); Brasília: Letras Livres, 2005.

CRUZ, Victor Lopes. Gestação por substituição: evolução das resoluções sobre o tema. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/85491/gestacao-por-substituicao-evolucao-das-resolucoes-sobre-o-tema>. Acesso em: 13 abr. 2022.

DANTAS, Eduardo; Chaves, Marianna. *Aspectos Jurídicos da reprodução assistida: comentários à resolução 2.121/2015 CFM*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

DIAS, Maria Berenice; OPPERMANN, Marta Cauduro. As inconstitucionalidades da Resolução 2.294/2021 do CFM sobre a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: https://berenedias.com.br/as-inconstitucionalidades-da-resolucao-2-294-2021-do-cfm-sobre-a-utilizacao-das-tecnicas-de-reproducao-assistida/#_ftn1. Acesso em: 28 abr. 2022.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. Fontes do direito: tomo teoria geral e filosofia do direito. 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/157/edicao-1/fontes-do-direito>. Acesso em: 21 maio 2022.

FONSECA, J. J. S. *Metodologia da pesquisa científica*. Fortaleza: UEC, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*. Disponível em: <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/filia-347-343oreprodu-347-343o.pdf>. Acesso em: 09 out. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: volume 1: parte geral*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: volume 3: responsabilidade civil*. 14. ed. rev. E atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*. Disponível em https://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/aspectos-polemicossobreagestacao.pdf. Acesso em: 26 março 2022.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade: filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: UERJ, 2003.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

LAKATOS, Eva; MARCONI, Marina. *Metodologia do trabalho científico*. São Paulo: Atlas, 1992.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Direitos da personalidade e bioética disponível em: <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/luiz-roldao-direitos-da-personalidade-e-bioetica.pdf>. Acesso em: 27 março 2022.

HOLANDA, Caroline Sátiro de. A reprodução humana assistida e o direito: em busca de definições jurídicas para o nascituro e para o embrião humano congelado. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3873.pdf>. Acesso em: 24 março 2022.

HOLANDA, Caroline Sátiro de. As técnicas de reprodução assistida e a necessidade de parâmetros jurídicos à luz da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F1066347722/Dissertacao.pdf>. Acesso em 24 mar. 2022

HOLANDA, Caroline Sátiro de. As técnicas de reprodução assistida e a necessidade de parâmetros jurídicos à luz da Constituição Federal de 1988. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2006. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/ObraBdtdSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=75421#>. Acesso em: 11 out. 2021.

LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; SOUZA, Ludmila Roberto de. Técnicas de reprodução humana assistida: controvérsias a respeito da maternidade de substituição. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7104a226fe65be03>. Acesso em: 13 abr. 2022.

OLIVEIRA JUNIOR, Levi Antunes de. Ausência de legislação para cessão temporária do útero e a relação entre os envolvidos na gestação. Disponível em: <http://rdu.unicesumar.edu.br/handle/123456789/6441>. Acesso em: 28 abr. 2022.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos; ROCHA, Patricia Ferreira. A (im)possibilidade do reconhecimento de responsabilidade civil por incumprimento contratual ante a recusa de entrega ou de recebimento da criança na gestação de substituição: subsídios do direito português para o Brasil. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 28, p. 97-121, abr./jun. 2021. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Com8CsoIDcIJ:https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/660/461+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 09 out 2021.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. O direito fundamental à reprodução humana assistida no Brasil e suas repercussões na filiação civil: uma abordagem de lege ferenda. 2005. 244f. Tese (Doutorado) - Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3945>. Acesso em: 09 out 2021.

- LENZA, Pedro. Direito Constitucional: esquematizado. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. (Coleção esquematizado)
- LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Gestação de substituição: entre autonomia e vulnerabilidade. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/17477/17477-64984-1>. Acesso em: 27 mar. 2022.
- LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direitos e fundamentos: entre vida e arte*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010
- MAIRINK, Carlos Henrique Passos. *Descomplicando o projeto de pesquisa*. Belo Horizonte: CaMaiK, 2018.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de direito de família. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. *Fundamentos de metodologia científica*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvea. Teoria geral do processo: volume I. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Regulamento e princípio da legalidade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 96, out./dez. 1990.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Poder” regulamentar ante o Princípio da Legalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 8, n. 64, p. 145-152, jan./mar. 2016.
- MELLO, Roberta Salvático Vaz de. *As tragédias de Mariana e Brumadinho: danos existenciais e responsabilidade civil*. Belo Horizonte: Editora Expert, 2022.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MIRANDOLA, Fernanda Cardozo; RAVAIOLI, Maria Luiza Maia. *Aluga-se útero: a questão polêmica da maternidade de substituição*. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/5561/5287>. Acesso em: 23 mar. 2022.
- MONTEIRO, Maria Eduarda Cremonezi; ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduarda de. Reprodução assistida: homóloga e heteróloga. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7017/67647020>. Acesso em: 26 mar. 2022.
- NALIN, Paulo; *Do contrato: conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil: constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006.
- NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, SÁ, Maria de Fátima Freire de. Panorama bioético e jurídico da reprodução humana assistida no Brasil. Disponível em: <https://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n34/articulo6.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2022.

OLIVEIRA, Fátima. As novas tecnologias reprodutivas conceptivas a serviço da materialização de desejos sexistas, racistas e eugênicos? *Bioética*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 99-112, 2001.

OMMATI, José Emílio Medauar. As novas técnicas de reprodução humana à luz dos princípios constitucionais. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/464>. Acesso em: 24 mar. 2022.

PASSARINI, Diego Hernandez; MACHADO, Wilton. A Gestação por Substituição à Luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro. Disponível em: http://www.ienomat.com.br/revistas/judicare_arquivos/journals/1/articles/103/public/103-504-1-PB.pdf. Acesso em: 24 mar. 2022.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RETTORE, Anna Cristina de Carvalho; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Registro civil de crianças nascidas de gestação de substituição no Brasil: uma análise a partir de julgamentos pelo tribunal supremo espanhol. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/270/pdf>. Acesso em: 28 abr. 2022.

RUIZ, João Álvaro. *Metodologia científica: guia para eficiência nos estudos*. 4. ed. SP: Atlas, 1996.

SANTIAGO, Juliana Faria. Gestação por substituição: a ordem pública internacional e o melhor interesse do menor. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/39024/1/2020_JulianaFariaSantiago.pdf. Acesso em: 13 abr. 2022.

SCHETTINI, Beatriz. Reprodução humana e direito: o contrato de gestação de substituição onerosa. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2019

SILVA, Jana Maria Brito. Aspectos polêmicos sobre a gestação de substituição. Disponível em: https://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/aspectos_polemicossobreagestacao.pdf. Acesso em: 26 mar. 2022.

SCHETTINI, Beatriz. Reprodução humana e direito: o contrato de gestação de substituição onerosa. Conhecimento Livraria e Distribuidora LTDA – ME 2019.

SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Silvio Romero (coord.). *Direito civil: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão: teoria geral do direito, bioética, direito intelectual e sociedade da informação: volume 1*. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUZA, Allan Rocha de; CASTRO, Raul Murad Ribeiro de; JUNIOR, Vitor de Azevedo Almeida. A Constituição e a Regulamentação da Reprodução Assistida. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/01_726.pdf. Acesso em: 28 abr. 2022

SOUZA, Marise Cunha de. As Técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e da Paternidade. *Bioética*. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf. Acesso em: 24 mar. 2022.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie: volume 3*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019

TARTUCE, Flávio. A nova resolução 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina sobre a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/349149/nova-resolucao-2-294-21-do-cfm-sobre-tecnicas-de-reproducao-assistida>. Acesso em: 13 abr. 2022.

VENOSA, Silvio de Salvo. A reprodução assistida e seus aspectos legais. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/942/a-reproducao-assistida-e-seus-aspectos-legais>. Acesso em: 24 mar. 2022.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Código civil interpretado*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

WALLIMAN, N. *Métodos de pesquisa*. São Paulo: Saraiva, 2015.