

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
Departamento de Direito

Amanda Drumond Goulart

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO:

Uma Alternativa para Ampliação da Reprodução Humana *Post Mortem*.

Ouro Preto
2022

Amanda Drumond Goulart

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO:

Uma Alternativa para Ampliação da Reprodução Humana *Post Mortem*.

Monografia apresentada como um dos requisitos para conclusão do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto.

Orientadora: Beatriz Schettini

Ouro Preto

2022



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
REITORIA
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO



FOLHA DE APROVAÇÃO

Amanda Drumond Goulart

Gestação de substituição: uma alternativa para ampliação da reprodução humana post mortem.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em 10 de janeiro de 2022.

Membros da banca

Profa. Dra. Beatriz Schettini - Orientadora - Universidade Federal de Ouro Preto
Profa. Dra. Renata Barbosa de Almeida - Universidade Federal de Ouro Preto
Mestranda Kelly Christine Oliveira Mota de Andrade - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Beatriz Schettini, orientador do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 17 de janeiro de 2022.



Documento assinado eletronicamente por **Andre de Abreu Costa, VICE-CHEFE DO DEPARTAMENTO DE DIREITO**, em 17/01/2022, às 09:28, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0268827** e o código CRC **7C73E33D**.

RESUMO

A presente pesquisa científica aborda os aspectos éticos e jurídicos acerca da reprodução humana assistida *post mortem* e a necessidade de utilização de gestação de substituição no Brasil, visando a consagração do livre planejamento familiar, direito constitucionalmente garantido, como uma forma de exercício pleno do desenvolvimento da personalidade das pessoas. Inicialmente a pesquisa desenvolve o tema através dos princípios constitucionais que regem o ordenamento jurídico e principalmente a entidade familiar. Em sequência, realiza-se um panorama frente ao biodireito e a bioética em reflexo as técnicas de reprodução humana assistida e o livre planejamento familiar. Além disso, analisa-se a utilização da gestação de substituição *post mortem*, bem como a sua ocorrência em países como Índia e China. Por fim, após verificada a inércia legislativa em relação ao tema, são realizados apontamentos acerca da permissibilidade e fundamentação constitucional para a realização da gestação de substituição *post mortem*. Destaca-se que a pesquisa se desenvolveu através do estudo do ordenamento jurídico brasileiro ante a Reprodução Humana Assistida e como as Resoluções do Conselho Federal de Medicina influenciam na sua regulamentação. Ademais, para tanto, foi utilizado também pesquisas jurídicas e doutrinárias para uma melhor compreensão do tema.

Palavras-chave: Reprodução Humana Assistida – Gestação de Substituição – Livre Planejamento familiar – *Post Mortem* – Inércia Legislativa – Princípios – Conselho Federal de Medicina.

ABSTRACT

This scientific research addresses the ethical and legal aspects of post mortem assisted human reproduction and the need to use replacement pregnancy in Brazil, aiming at the consecration of free family planning, a constitutionally guaranteed right, as a form of full exercise of the development of personality of people. Initially, the research develops the theme through the constitutional principles that govern the legal system and mainly the family entity. In sequence, an overview of biolaw and bioethics is carried out, reflecting the techniques of assisted human reproduction and free family planning. In addition, the use of post mortem replacement pregnancy is analyzed, as well as its occurrence in countries such as India and China. Finally, after verifying the legislative inertia in relation to the topic, notes are made about the permissibility and constitutional grounds for carrying out the post mortem replacement pregnancy. It is noteworthy that the research was developed through the study of the Brazilian legal system regarding Assisted Human Reproduction and how the Resolutions of the Federal Council of Medicine influence its regulation. Furthermore, for this purpose, legal and doctrinal research was also used to better understand the subject.

Keywords: Assisted Human Reproduction – Substitution Pregnancy – Free Family Planning – Post Mortem – Legislative Inertia – Principles – Federal Council of Medicine.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	1
2 OS PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO PLANEJAMENTO FAMILIAR.....	4
2.1 A Dignidade da Pessoa Humana.....	6
2.2 O Livre Planejamento Familiar.....	7
2.3 A Pluralidade de Entidades Familiares.....	8
2.4 Igualdade.....	9
3. REFLEXOS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	12
3.1 Princípios da Bioética e do Biodireito.....	15
3.1.1 O Princípio da Beneficência.....	15
3.1.2 O Princípio da Autonomia.....	16
3.1.3 O Princípio da Justiça.....	17
3.1.4 O Princípio da Precaução.....	18
3.1.5 O Princípio da Responsabilidade.....	19
3.1.6 O Princípio da Autonomia Privada.....	19
3.1.7 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	20
3.2 A Reprodução Humana Assistida – RHA e o Desenvolvimento do Livre Planejamento Familiar.....	21
4 FERTILIZAÇÃO <i>POST MORTEM</i> E A UTILIZAÇÃO DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO.....	24
4.1. Gestação de Substituição.....	26
4.2 Reprodução Humana Assistida Após a Morte da Mulher.....	31
4.3 Ordenamento Jurídico e o Conselho Federal de Medicina.....	32
5 ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA E CASOS DE FERTILIZAÇÃO <i>POST MORTEM</i>	35
5.1 O Caso Patil.....	36
5.2 O Caso Shen Jie e Liu Xin.....	37
5.3 Caso REsp 1.918.421 e a Manifestação da Vontade no Brasil.....	39
6. CONCLUSÃO.....	41
REFERÊNCIAS.....	43

1 INTRODUÇÃO

A biotecnologia está cada vez mais presente na sociedade, deixando de ser algo apenas visto em filmes, novelas e livros. Atualmente, os avanços na ciência permitem a realização de clonagem e outras formas de manipular a genética das pessoas. Porém, tais avanços se chocam com a ética e com o direito, como forma de imposição de limites. Segundo Michael Sandel (2013, p.13), a evolução da biotecnologia traz uma promessa e um dilema. A promessa relaciona-se ao fato de que será possível curar ou prevenir doenças que atualmente são incuráveis e que debilitam grande parte da população. Já o dilema, relaciona-se a manipulação da nossa própria genética e natureza, como uma forma de melhorar nossa fisionomia, memória, bem como de escolher o sexo, altura e demais características dos nossos filhos.

Atrelado aos avanços da biotecnologia, houve também uma evolução a respeito das famílias e a sua definição. Durante muito tempo, a família foi baseada na religião e no culto aos mortos (COULANGES, 2011), mas com a era Codicista iniciada no século XIX, a família passou a ter uma função patrimonializada e matrimonializada. Esta entidade familiar perdurou no Brasil até 1988, em que foi promulgada a Constituição Federal.

A atual Constituição, traz como base do ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana, conforme exposto no seu artigo 1º, inciso III. Em reflexo a essa mudança, a família atualmente tem como centro os seus membros e não mais o patrimônio e um casamento, ou seja, a família deve ser considerada como um ambiente de livre desenvolvimento da personalidade dos seus membros.

Assim, destaca-se que paralelamente a este avanço na consagração das famílias, ocorreu também uma inovação tecnológica frente a reprodução humana assistida. Essas inovações, buscaram auxiliar as pessoas em seus planejamentos familiares. Em 1978, nasceu o primeiro “bebê de proveta”, concebido através da fertilização *in vitro*, na Inglaterra.¹ Ante isto, iniciou-se uma discussão jurídica acerca dessa possibilidade de reprodução diferente dos padrões e quais implicações isso teria na sociedade. Desse modo, a evolução da biotecnologia encontra-se como uma grande aliada das famílias, que buscam realizar seu plano parental.

¹“Há quase quatro décadas nascia, em Oldham — uma cidadezinha do interior da Inglaterra —, o primeiro bebê de proveta do mundo. Em 25 de julho de 1978, Louise Joy Brown nasceu e foi recebida com grande felicidade por seus pais, Lesley e John Brown, que tentavam ter um bebê há mais de 9 anos. Hoje os tratamentos para engravidar e as técnicas de fertilização são mais conhecidas pelas pessoas. Porém, quando Louise Brown nasceu, a notícia de que ela era um bebê fertilizado *in vitro* revolucionou a medicina e a vida de quem há muito tentava ter um filho.” (Disponível em <https://www.procriar.com.br/blogprocriar/conheca-a-historia-de-louise-brown-o-primeiro-bebe-gerado-pela-fertilizacao-in-vitro/>). Acesso em 11/01/2021).

Dessarte, com os avanços da ciência, surgiu a possibilidade da fertilização *post mortem*. A título explicativo, seria o material genético deixado pela pessoa falecida e a perspectiva da sua fertilização pelo seu companheiro que restou em vida, tendo assim, a chance de ter um filho. O Código Civil de 2002, em seu o artigo 1.597 trata sobre a reprodução humana assistida *post mortem*, porém limitado a questões que envolvam apenas a morte do homem, não havendo nenhuma menção a morte da mulher e a possibilidade de utilização da gestação de substituição para concretizar o plano parental do casal. Observa-se então, que o legislador brasileiro não manteve a postura vanguardista da Constituição e da biotecnologia, abstendo-se de regulamentar, principalmente, as técnicas de reprodução humana assistida, visto que esse artigo é o único a tratar sobre esta questão.

Há então, uma exclusão da possibilidade, quando ocorrer a morte da esposa e o marido buscar fecundar seus óvulos em uma “barriga de aluguel”. Exclui-se também a família homoafetiva da qual, com a morte do marido, não há regulamentação acerca da gestação por substituição *post mortem*. Tal qual, com a morte da esposa e a esposa sobrevivente não possuir condições para gerar o filho, também não existindo nenhuma regulamentação a respeito da gestação por substituição.

Sendo assim, a não inclusão no ordenamento jurídico brasileiro da possibilidade de técnicas de reprodução humana assistida *post mortem*, *que necessitam da prática de gestação por substituição*, podem ser consideradas proibidas pelo mesmo? Para responder esta pergunta, a presente pesquisa realiza um estudo voltado para a bioética, biodireito, os seus princípios e suas diferenças, sendo uma forma de demonstrar como orientar os avanços tecnológicos e suas aplicações na sociedade. A partir disso, será possível entender melhor as técnicas de RHA (reprodução humana assistida) e os princípios constitucionais atrelados, que fundamentam a questão. Ademais, é explanado sobre algumas regulamentações médicas existentes no Brasil, bem como a sua força jurídica para tanto.

A pesquisa também analisa a legislação dos países Índia e China, visto que possuem uma regulamentação jurídica distintas perante as técnicas de Reprodução Humana Assistida e a utilização da gestação de substituição, bem como em relação a regulamentação presente no Brasil. Desse modo, será possível verificar como cada sociedade desses países se comportam perante ou a uma proibição total da utilização das técnicas de gestação de substituição, como no caso da China ou a uma alta permissibilidade, como na Índia ou a uma permissibilidade

com algumas restrições, conforme ocorre no Brasil. Para tanto, será realizado um estudo através de casos que ocorreram nesses países e as suas implicações jurídicas.

O presente estudo utiliza a vertente metodológica jurídico sociológica, observando, os reflexos da sociedade quanto a evolução da ciência e cada vez mais a utilização de técnicas de reprodução para a consagração do planejamento familiar. Diante disso, há uma insegurança jurídica devido a não regulamentação específica frente as técnicas de RHA. Portanto, é necessário observar o aspecto sociológico que deve ser objeto do direito.

O gênero utilizado é a pesquisa teórica a partir de bibliografias e estudos atuais, bem como, a investigação empregada é a jurídico-compreensivo ou jurídico-interpretativo pois, neste caso a análise do tema é verificada através do seu tratamento dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, a modalidade de pesquisa utilizada é a qualitativa, ou seja, uma análise dos dados coletados para exploração do tema e o do problema abordado no estudo, alinhando-se assim, como citado, ao gênero teórico da pesquisa.

Como uma forma de chegar a uma solução para o problema em questão, a pesquisa foi dividida em quatro capítulos. O primeiro capítulo diz respeito aos princípios constitucionais que influenciam e concretizam o livre planejamento familiar dos casais. Em sequência, o segundo capítulo trata das questões éticas referentes a Reprodução Humana Assistida, voltadas ao estudo da bioética e do biodireito, através da consagração dos seus princípios. Já no terceiro capítulo, é realizado um estudo do ordenamento jurídico brasileiro em relação a Reprodução Humana Assistida *Post Mortem* e a possibilidade da utilização da gestação de substituição perante a inércia legislativa. No quarto e último capítulo é analisado a regulamentação jurídica dos países Índia e China, através de casos, verificando-se como o tratamento jurídico da Reprodução Humana Assistida reflete na vida das mulheres e gera uma segregação ante o poder aquisitivo econômico dos casais. Ademais, através de um caso concreto, verifica-se também como o judiciário brasileiro lida com a inércia legislativa perante as técnicas de reprodução humana assistida e a utilização da gestação de substituição, bem como a regulamentação existente no Brasil, se compara com as regulamentações da Índia e da China,

Finalmente, após a discussão de todos os pontos elencados, acredita-se que apesar de não ter uma legislação específica, não haverá empecilhos para que ocorra a fertilização *post mortem* que necessita da gestação por substituição. Dentro do próprio ordenamento jurídico será encontrado a resposta, conforme exposto no desenvolvimento da pesquisa.

2 OS PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

O direito baseado na razão humana, surgiu na modernidade e trouxe uma nova visão da vida em sociedade e quais seriam os princípios que deveriam regê-la (ROBERTO, 2013). Desse modo, “a partir desses princípios axiomáticos outros mais específicos poderiam ser deduzidos, construindo-se, assim, um completo sistema de normas”(ROBERTO, 2013), surgindo então o movimento de codificação.

Seguindo o movimento da codificação, historicamente, o direito brasileiro girava em torno das relações civis e privadas, possuindo como principal característica a rigidez. Acontece que a sociedade vive em constante modificação, não existindo a possibilidade de o direito abarcar todo e qualquer tipo conflito de maneira já pré-determinada. Diante dessa perspectiva, é possível afirmar que:

Um código para os nossos dias, justamente porque não pode mais ter a ilusão de tudo prever, deveria ser menos regulamentar e mais principiológico. Assim, ainda que não estabelecesse regras específicas para cada um dos novos problemas, apresentaria princípios e, portanto, normas jurídicas, aptas a reger os casos que fossem surgindo no desenvolvimento das relações sociais.(ROBERTO, 2013)

Tal perspectiva rígida do ordenamento jurídico brasileiro, foi modificada com a chegada da Constituição de 1988. A base principiológica foi consagrada no seu texto:

A Constituição também foi ponto de partida de novas linhas de pensamento. Consagrados no texto constitucional, os princípios agora deveriam ser aplicados nas relações jurídico-privadas. Obstáculos teóricos e preconceitos de toda ordem deveriam ser definitivamente derrubados a fim de permitir a aplicação direta do texto constitucional, sem a mediação de um código civil ou de outra lei qualquer. (ROBERTO, 2013)

Em consonância a esse dinamismo sociológico, destaca-se que o conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro acompanhou toda essa evolução e teve uma importante modificação com a Constituição de 1988. Até então a família presente no ordenamento, desde a Constituição de 1824 até a Constituição de 1967, era a “Família Codicista”, caracterizada pela patrimonialidade e matrimonialidade. Com a Constituição de 1988, promulgada no atual Estado Democrático de Direito, a família brasileira passou a pautar-se no “ser”, ou seja, na

dignidade da pessoa humana. Destaca-se que essa base principiológica não rege apenas as famílias, mas todo o ordenamento jurídico brasileiro.

A família brasileira, protegida constitucionalmente nos artigos 226 a 230 da CF/88, passa a ter um papel funcionalizado, conforme evidenciado pelos autores Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochado, para que os seus membros possam desenvolver a sua personalidade livremente:

Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos. (TEIXEIRA, TEPEDINO, 2021, p. 2)

Neste cenário, como dito anteriormente, os princípios constitucionais assumem um importante papel como forma de acompanhar o dinamismo social e guiar a aplicação do direito, principalmente na família e nas relações privadas. Dentro dessas relações, surge o avanço da biotecnologia como forma de consagrar o projeto parental de muitos que buscam ter a prole de sua própria genética, desenvolvendo assim a sua personalidade.

As técnicas de reprodução humana assistida surgiram como uma forma de buscar consagrar o planejamento familiar de muitas pessoas, de forma individual ou em conjunto com outra pessoa:

As transformações ocasionadas no direito de família, em razão dos avanços das ciências da vida e da biotecnologia, especialmente no que diz respeito à procriação, ganham destaque na efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos. A ciência, ao tornar possível a desvinculação entre a reprodução e o ato sexual, em seu sentido positivo (ter filhos) ou negativo (contracepção), permitiu que a constituição de uma família decorresse da autodeterminação do sujeito, e não de molduras estabelecidas por um legislador oitocentista, que insistentemente invadia um espaço de privacidade e intimidade pessoal. (SCHETTINI, 2019, p.7).

Não obstante, em virtude desse avanço da ciência, há também a possibilidade de utilizar as técnicas de reprodução humana assistida, após a morte do titular do material genético, por aquele que restou em vida, como forma de materializar o planejamento familiar anteriormente estipulado.

Sendo assim, os princípios existentes na Constituição de 1988 e os sistematizados doutrinariamente legitimam a utilização de tais biotecnologias e por isso, será especificado melhor alguns dos princípios que são atinentes ao tema proposto.

2.1 A Dignidade da Pessoa Humana

O Princípio da dignidade passou a ser o centro do ordenamento jurídico brasileiro após a Constituição de 1988. Previsto no artigo 1º, inciso III da CF/88, “a dignidade da pessoa humana é preceito basilar que impõe o reconhecimento de que o valor do indivíduo, enquanto ser humano, prevalece sobre todos os demais” (MOTTA, 2021, p.201).

Nesta senda, para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona, “dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.”(GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p.74). Para Flávio Tartuce, “a dignidade humana é algo que se vê nos olhos da pessoa, na sua fala e na sua atuação social, no modo como ela interage com o meio que a cerca. Em suma, a dignidade humana concretiza-se socialmente, pelo contato da pessoa com a sua comunidade.” (TARTUCE, 2021, p. 28)

A sua aplicação na entidade familiar está referenciada nos artigos 226, 227 e 230 da Constituição, determinando que os membros familiares devem ser tratados com dignidade, bem como o planejamento familiar disposto constitucionalmente. “Logo se vê que a família é o *locus* a ser protegido de forma especial pelo Estado, tomada pelo constituinte como o local de maior realização da dignidade humana” (TEIXEIRA, TEPEDINO, 2021, p.12).

A família atual tem um papel relevante, sendo um ambiente para que os seus membros possam desenvolver livremente a sua personalidade, baseando-se na dignidade da pessoa humana. A família é funcionalizada e não mais um instrumento estatal:

O princípio da dignidade da pessoa humana impede que se admita a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com *status* constitucional, como é o caso da empresa, da propriedade e da família. Assim sendo, a família deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, protegida à medida que se constitua em um núcleo intermediário de autonomia existencial e de desenvolvimento da personalidade dos filhos, com a promoção isonômica e democrática da dignidade de seus integrantes na solidariedade constitucional. (TEIXEIRA, TEPEDINO, 2021, p.13)

Sendo assim, a atual entidade familiar prescinde a anterior fundada no matrimônio e na patrimonialidade, buscando ser uma forma de valorização dos seus membros e de concretude do Estado Democrático de direito.

2.2 O Livre Planejamento Familiar

Tendo em vista que a entidade familiar é pautada no “ser”, a liberdade e autonomia dos seus membros em relação às suas escolhas, desvinculou-se do propósito estatal e passou a ser um modo de desenvolver a sua personalidade. Desse modo, o projeto parental do casal diz respeito apenas a este, sendo que o Estado é simplesmente um meio de assegurar que eles possam concretizar o seu planejamento familiar.

O livre planejamento familiar é um princípio constitucional previsto no artigo 226, §7º da CF/88 e este assegura à sociedade a possibilidade de se formar uma família ou não, sendo uma escolha livre de cada um. Optando por constituir uma família, verifica-se que as técnicas de Reprodução Humana Assistida permitem a concretização desse projeto, cabendo ao Estado apenas disciplinar e educar a sociedade, sem interferir no exercício individual (SCHETTINI, 2019, p.12). No mesmo sentido:

Desta forma, a liberdade nas escolhas individuais deve ser respeitada, tendo por parâmetro as regras, que devem ser gerais, a determinar os procedimentos de formação, dissolução do casamento, deveres parentais, solidarismo familiar. As relações afetivas devem ser protegidas pelo Direito como âmbito da liberdade individual, pautada na igualdade, na autonomia individual para exercer suas escolhas. (SAMPAIO, 2009, p.20)

Além da disposição constitucional, o livre planejamento familiar está previsto na Lei nº 9263/96, demonstrando assim a importância do livre exercício desse direito na nossa sociedade:

Nesse sentido, a liberdade de planejamento familiar tem a natureza jurídica de um direito fundamental, que pode ser exercido em seu viés positivo ou negativo, de acordo com os valores de seu titular, que pode ser o homem, a mulher ou o casal. A escolha que é individual, deve acontecer livre de qualquer interferência estatal. Com o advento dos avanços médicos e biotecnológicos, ocorre uma ampliação no tocante ao exercício desse direito, o que possibilita a um maior número de pessoas o exercício, com dignidade e responsabilidade, do planejamento familiar. (SCHETTINI, 2019, p.14-15).

Percebe-se que o livre planejamento familiar está intimamente ligado à autonomia privada e a intervenção mínima do Estado. Verifica-se que o artigo 1.513 do Código Civil de 2002, proíbe que qualquer pessoa pública ou privada, interfira na comunhão familiar. Nesse diapasão, o artigo 1.565, §2º do mesmo código, estipula que “O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.”(BRASIL,2002). Desse modo:

A privatização da família pressupõe a tutela da liberdade dos seus integrantes, destinada à realização da comunhão plena de vida. É por meio dessa opção – de efetiva realização das pessoas que ocupam o lugar central dessa entidade intermediária – que o art. 226, § 8º, da Constituição Federal, determina que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram (...)”. Logo, não se justifica a intervenção estatal em núcleo essencialmente volitivo: em termos de conjugalidade, a família só existe enquanto representa a vontade dos cônjuges; caso contrário, podem desfazê-la quando e quantas vezes quiserem. (TEIXEIRA, TEPEDINO, 2021, p.15)

A partir dessas concepções, conclui-se que o Estado assegura ao homem, a mulher ou ao casal a possibilidade de desenvolverem livremente sua personalidade e que terão assistência estatal para tanto, sendo possível atingir seus objetivos, caso busquem um filho, através das técnicas de reprodução humana assistida, que consagram os direitos de autonomia privada e livre planejamento familiar.

2.3 A Pluralidade de Entidades Familiares

O texto constitucional de 1988, diferentemente das Constituições anteriores, ampliou o rol de entidades familiares, não sendo consideradas apenas as matrimonializadas, mas também as famílias formadas por união estável e as famílias monoparentais, conforme dispõe o artigo 226. Diferentemente desse avanço social, o Código Civil posteriormente promulgado a Constituição de 1988, não continuou com essa mesma evolução:

Em 2002, aprovado o novo Código Civil, o avanço foi ainda mais tímido, talvez um retrocesso, fruto, sobretudo, das ideias antiquadas da comissão elaboradora do projeto, presidida por Miguel Reale, que se aproveitou de uma interpretação literal do texto constitucional para frear os avanços do Direito de Família no novo Código, que seguiu reconhecendo como entidades familiares apenas a formada pelo casamento, pela união estável entre homem e mulher e pela convivência de um dos pais com seu filho ou filhos. (DONIZETTI, QUINTELLA, 2020, p. 903).

Apesar de instituir apenas essas três formas de famílias, diante de toda a principiologia adstrita a Constituição, considera-se que este rol não é taxativo, sendo possível reconhecer diversas outras formas de famílias. Através da conceituação dos princípios expostos acima, pode-se admitir que “uma multiplicidade de espécies de constituição da família permite que o núcleo de convivência familiar possa refletir as escolhas individuais indispensáveis à realização da pessoa como ser único.” (TEIXEIRA, TEPEDINO, 2021, p.22).

Partindo dessa premissa, não se pode afirmar que o ordenamento jurídico não tutela outras formas de famílias pois, “o *caput* do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.” (LÔBO, 2002). Ou seja:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade. (LÔBO, 2002)

Sendo assim, o direito a ter uma família não é limitado pela Constituição pois, esta preza pela dignidade e liberdade do ser humano para que ele estabeleça a sua concepção familiar, pautada no afeto e na comunhão. “Em tal cenário, aos critérios para a legitimidade constitucional de uma determinada entidade familiar associam-se a seriedade de propósitos, a aptidão para a função promocional da pessoa humana e a comunhão plena de vida.” (TEIXEIRA, TEPEDINO, 2021, p.23).

Portanto, qualquer ideia contrária a de que o artigo 226 da CF é um rol não taxativo, transmite um cunho discriminatório, enraizado pelo patriarcado e colonialismo, em que certos grupos sociais não podem ser reconhecidos como entidades familiares simplesmente pelo modo que se apresentam (RODRIGUES, 2015, p.42). Sendo portanto, ponto indiscutivelmente importante de reconhecimento para que mais pessoas possam desenvolver um seu planejamento familiar livremente.

2.4 Igualdade

Por fim, o Princípio da Igualdade é fortemente presente na família funcionalizada e fundamento essencial para esta pesquisa. Nesse sentido:

O princípio da igualdade previsto no texto constitucional se projeta com luzes especiais e muito contribui para o atual estado da arte da família brasileira. Ele é vértice principiológico que se descortina em uma tríade fundamental na hermenêutica e na estrutura do direito familiar: impõe igualdade de gêneros, igualdade entre filhos independente de sua origem e igualdade entre entidades familiares. (RODRIGUES, 2015, p.42 e 43)

Importante ressaltar que antes da constituição de 1988, o poder familiar concentrava-se totalmente na figura paterna e a família configurava-se de maneira hierarquizada. Além disso, os filhos tidos fora do casamento, eram considerados ilegítimos, havendo uma desigualdade de tratamento entre os filhos que eram frutos do matrimônio.

Atualmente, considerando que todos são iguais perante a lei conforme o artigo 5º da constituição, reconhece-se a igualdade entre os filhos ao qual “abrange também os filhos adotivos, os filhos socioafetivos e aqueles havidos por inseminação artificial heteróloga (com material genético de terceiro)”(TARTUCE, 2021, p. 28). Ademais, está expressamente previsto no artigo 227, §6º da Constituição a igualdade entre os filhos. Destaca-se ainda que:

Não há mais espaço, portanto, para a vetusta distinção entre filiação legítima e ilegítima, característica do sistema anterior, que privilegiava a todo custo a “estabilidade no casamento” em detrimento da dimensão existencial de cada ser humano integrante do núcleo familiar.(GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p.82)

A isonomia constitucional abarcou também a igualdade sobre os demais membros da entidade familiar, principalmente ao casal:

Além de assumirem mutuamente a condição de consortes e responsáveis pelos encargos da família (CC, art. 1.565), podem acrescentar o sobrenome do outro (CC, art. 1.565, § 1º), planejar os rumos da família (CC, art. 1.565, § 2º), escolher o domicílio conjugal (CC, art. 1.569). Assim, com fundamento no art. 226, § 5º, da Constituição da República, a igualdade formal entre os integrantes da família assumiu papel de destaque no ordenamento brasileiro. (TEIXEIRA, TEPEDINO, 2021, p.24)

Portanto, vislumbra-se que não há mais distinção de sexo, o poder familiar não é mais exercido exclusivamente pelo homem e sim pelo casal:

Assim sendo, pode-se utilizar a expressão despatriarcalização do Direito de Família, eis que a figura paterna não exerce o poder de dominação do passado. O regime é de companheirismo e de cooperação, não de hierarquia, desaparecendo a ditatorial figura do pai de família (pater familias), não podendo sequer se utilizar a expressão pátrio poder, substituída por poder familiar.(TARTUCE, 2021, p. 28)

Sendo assim, diante da isonomia constitucional estabelecida na entidade familiar, concluímos que a mulher e o homem possuem os mesmos direitos e deveres, conforme muito bem delimitado no artigo 1.511 do Código Civil, assim como os filhos.

3. REFLEXOS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A ciência e a biotecnologia desenvolveram-se rapidamente no século XX e durante esse período a ética e a moral foram colocadas em cheque. Em busca de novas descobertas, a integridade e a dignidade humana foram deixados de lado para que fosse possível realizar diversos experimentos que muitas vezes levavam à morte do paciente. Esse cenário esteve presente durante a segunda guerra mundial, gerando uma grande repercussão mundial e demonstrando a necessidade de uma proteção ao ser humano, através dos direitos humanos e a ética. Além disso, existem outros períodos e locais em que ocorreram grandes atrocidades ao ser humano como o Hospício em Barbacena-MG².

A partir disso, a imposição de limites tornou-se óbvia na sociedade e por isso a Bioética apresenta-se “como uma ordem normativa de imposição de respeito e de limite ético para a atuação dos médicos, geneticistas, cientistas e pesquisadores em geral diante do ser humano e de sua dignidade” (SCHETTINI, 2015, p.16). O campo da bioética, insere-se na moralidade social e o termo surgiu em 1927 pelo filósofo alemão Fritz Jahr, baseando-se nas palavras gregas *bios*, vida e *ethos*, comportamento. O desenvolvimento da bioética, porém ocorreu em 1971 com o oncologista Van Rensselaer Potter, atribuindo a ética uma espécie de ponte entre a ciência e a humanidade (SÁ, NAVES, 2021, p.5-6).

Assim, nas palavras de Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves, conclui-se que: “bioética é, portanto, a disciplina que estuda os aspectos éticos das práticas dos profissionais de saúde e da Biologia, avaliando suas implicações na sociedade e relações entre os homens e entre esse e outros seres vivos”(SÁ, NAVES, 2021, p. 6). A ética então, está ligada ao juízo de valor que a sociedade impõe para que o profissional adote determinada conduta sob pena de reprovação social. Neste sentido:

2 “[...] A maioria dos internos, como Geralda, eram sãos. Eram alcoólatras, sífilíticos, prostitutas, homossexuais, epiléticos, mães solteiras, esposas substituídas por uma amante, inconformistas... supostas escórias sociais que suas famílias ou a polícia enviavam em trens a esta cidade de Minas Gerais. Cerca de 60.000 internos morreram de fome, frio ou diarreia durante nove décadas até o fechamento nos anos noventa. Viviam mal, nus, forçados a trabalhar como suposta terapia em pátios na intempérie ou em celas.[...] Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2021-09-05/barbacena-a-cidade-manicomio-que-sobreviveu-a-morte-atroz-de-60000-brasileiros.html>>. Acesso em: 19 out., 2021.

Tem, portanto, a bioética como preocupação o correto agir do homem no ramo científico, em razão das pesquisas e aplicações produzidas pelo progresso das tecnologias aplicadas à saúde, funcionando como instrumento de análise das responsabilidades das condutas e decisões políticas advindas dos conhecimentos adquiridos com a experimentação científica, num cenário interdisciplinar e plural. (MACÊDO, 2019, p.27).

Por outro lado, há o Biodireito que em até certo ponto encontra-se com a Bioética, mas os dois termos possuem campos e definições distintas. O Biodireito estabelece limites à atuação na ciência e biologia através da promulgação de normas e consequentemente coerções:

[...] o biodireito surge da necessidade de estabelecer limites jurídicos para a atuação biomédica, e configura-se como um novo ramo do direito que tem por objeto a normatização da biotecnologia por meio da fixação de normas que assegurem o respeito à integridade, à identidade e à dignidade do ser humano diante da atuação biomédica.(SCHETTINI, 2015, p.22)

Para Manoel Antônio Silva Macêdo, o Biodireito visa estabelecer um limite seguro para o desenvolvimento das ciências e biotecnologias:

[...] a principal preocupação do biodireito é estabelecer, mediante atuação no campo destinado aos mandamentos jurídicos, um limite seguro que permita o avanço científico das novas realidades apartado do risco para gênero humano, e também compatível com os valores a ele reconhecidos. (MACÊDO, 2019, p.29)

Desse modo, verifica-se que apesar de serem campos diferentes, um alcança o outro como uma forma de limitar a atuação da ciência e conservar a dignidade e a autonomia do ser humano. Sá e Naves demonstram que a Moral atua como uma forma de auxiliar a formulação e aplicação da dogmática do Direito, fazendo parte da zetética jurídica (SÁ, NAVES, 2021, p.6-7). Macêdo também verifica que:

[...] a proximidade ou confluência entre biodireito e bioética se deu pela necessidade de atribuir ao Direito uma dimensão moral relacionada à disciplina responsável de questões importantes para a vida humana, que são problematizadas em razão das várias aplicações práticas decorrentes do avanço da ciência. (MACÊDO, 2019, p.29).

Sendo assim, como já destacado, a Bioética e o Biodireito não são sinônimos pois constituem-se em bases adversas e desse modo:

O Biodireito possui um procedimento dogmático. Há normas de Direito positivo que fornecem uma estrutura de soluções intrassistêmicas.

Já a Bioética faz questionamentos transdisciplinares abertos, infinitos, ainda que já partindo de premissas provisórias e precárias. Enquanto a dogmática jurídica não ultrapassa o Direito vigente e o aborda intrassistematicamente, a Bioética, por meio de uma abordagem transistemática, se interessa pela situação vigente apenas em relação ao seu valor. (SÁ, NAVES, 2021, p. 8-9)

Sá e Naves evidenciam a principal diferença entre Bioética e Biodireito na abordagem e força cogente, ou seja, na ética a sanção é interna e no direito a sanção é institucionalizada. Ademais, emanando de uma instituição, o direito está pautado na positivação de todas as normas. Porém, o sistema jurídico necessita ser aberto e flexível, diante das mudanças existentes no mundo:

Em razão da novidade e agilidade dos meios biotecnológicos, árdua e mesmo impossível, seria a tarefa de elaboração legislativa de forma a proporcionar completude do ordenamento jurídico. Além disso, as situações fáticas com que o Biodireito lida têm por objeto a própria vida, exigindo, pois, que suas soluções sejam céleres, porém diligentes. É comum estarmos perante o *hard case*, como diria Dworkin. Dessa forma, as decisões devem ser únicas, construídas a partir do problema concreto, permitindo a solução adequada. (SÁ, NAVES, 2021, p. 10-11)

Por isso, destacam Sá e Naves que atualmente devemos pautar o direito a partir da Constituição, ou seja, “a construção da norma a partir da interpretação do sistema de princípios jurídicos” (SÁ, NAVES, 2021, p. 14). Tal posição tem como objeto verificar cada caso concreto e a solução mais adequada para tanto, observando a dignidade da pessoa humana. O Biodireito surge então como um microssistema capaz de abarcar todas as complexidades existentes diante do surgimento de novas biotecnologias e os seus reflexos na sociedade, visando a garantia dos princípios constitucionais e a proteção do ser humano.

Neste panorama, verifica-se que tanto a Bioética quanto o Biodireito, abrangem as técnicas de Reprodução Humana Assistida e são de suma importância como forma de dirimir conflitos e buscar soluções adequadas diante do caso concreto, observando a aplicação de limites médicos, bem como a proporcionalização do livre planejamento familiar, respeitando a dignidade humana. Além disso, a Reprodução Humana Assistida revela “também um comportamento de individualização crescente de estilos de vida designados como universalmente decisivos, segundo capacidades e critérios próprios formadores de uma concepção pessoal de “boa vida””. (MACÊDO, 2019, p.19). Sendo assim, diante desse

microsistema, é importante destacar alguns princípios atinentes a bioética e o biodireito, como forma de aplicação a situações adversas.

3.1 Princípios da Bioética e do Biodireito

Como demonstrado acima, diante da agilidade das mudanças globais no campo social, os princípios são fontes essenciais para acompanhar tal evolução e buscar soluções justas para diversos conflitos existentes, principalmente no âmbito das ciências. Neste sentido, é pontuado por Sá e Naves que os princípios da bioética ganharam força metodológica com o Relatório Belmont, documento atinente a vários encontros da Comissão Nacional para Proteção dos Interesses Humanos de Pesquisa Comportamental e Biomédica (SÁ, NAVES, 2021, p. 25). Tal documento considerou como princípios da Bioética a beneficência, a autonomia e a justiça.

3.1.1 O Princípio da Beneficência

O Princípio da Beneficência, “corresponde a desdobramento do princípio da não maleficência, estabelecendo que o tratamento médico só pode ser aplicado ao paciente se fizer bem ao mesmo, e para o qual nenhum dano intencional possa ser causado a terceiro.” (MACÊDO, 2019, p.35). Em outras palavras, “o princípio da beneficência impõe ao profissional da saúde ou ao biólogo o dever de dirigir esforços no sentido de beneficiar o ser pesquisado”(SÁ, NAVES, 2021, p. 25).

Neste cenário, o ponto central é o bem-estar da pessoa envolvida na pesquisa, sendo que todos os procedimentos adotados, devem visar o melhor para o sujeito, buscando o cientista sempre adotar uma conduta benéfica. Destaca Sá e Naves que a não maleficência, ou seja, a conduta de não prejudicar o paciente, deve ser considerado uma conduta primária:

Assim, como obrigação primária, não só se afirma que o médico deve abster-se de procedimentos duvidosos, que pouco ou nada trazem de benefício para o paciente, como também se tem que o biólogo ou o médico veterinário não pode utilizar animais em pesquisas ou cirurgias meramente especulativas ou exploratórias, que não apresentem um fim verdadeiramente vantajoso para o animal ou para a espécie do animal envolvido. (SÁ, NAVES, 2021, p. 26)

Como conduta secundária, a beneficência está voltada para uma posição ativa do profissional de fazer o bem. Ressalta Sá e Naves que a beneficência rege a conduta médica, mas atrelada ao consentimento do paciente, respeitando assim a vontade deste (SÁ, NAVES,

2021, p. 26). Sendo assim, conclui-se que no princípio da beneficência o profissional deverá agir para fazer o bem e também não deverá adotar uma conduta omissiva que trará malefícios para a pessoa, sempre respeitando a sua autonomia.

3.1.2 O Princípio da Autonomia

O Princípio da Autonomia, “pode ser entendido como o reconhecimento de que a pessoa possui capacidade para se autogovernar”(SÁ, NAVES, 2021, p. 26). Desse modo, o ser possui liberdade para escolher aquilo que mais lhe convém, sem que haja nenhuma interferência externa. Além disso, destaca-se que “pessoas mais vulneráveis devem ser protegidas contra abusos, de modo que o princípio da autonomia implica alçar o paciente do papel de coadjuvante ao de protagonista no seu processo de tratamento, que o torna apto a decidir quanto aos procedimentos cirúrgicos a que se submeterá”(MACÊDO, 2019, p.36).

Neste sentido, para o exercício da autonomia, o profissional deve respeitar a manifestação do paciente:

O princípio da autonomia impõe ao cientista o respeito às pessoas que participam da pesquisa biomédica. Esse princípio incorpora duas convicções éticas: que as pessoas sejam tratadas como seres autônomos e que aqueles com autonomia reduzida recebam uma proteção especial. Nesse sentido, as pessoas que irão fazer parte de uma investigação científica só devem participar de modo voluntário e após receberem informações sobre os riscos e benefícios da pesquisa. (SCHETTINI, 2015, p.19).

Atrelado a essa ideia, diante da clareza que o profissional deve ter perante o paciente para a realização de determinado tratamento, está a necessidade do seu livre consentimento de maneira esclarecida. O consentimento livre e esclarecido está disposto na atual Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.294 de 27 de maio de 2021, que sistematiza sobre as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Neste, dispõe que:

4. O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário específico e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão entre as partes envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.

Desse modo, observa-se o protagonismo do paciente bem como, a importância do profissional discutir com ele sobre o tratamento para que este esteja apto a decidir de maneira autônoma o que lhe melhor interessa.

3.1.3 O Princípio da Justiça

Por fim, dentre os princípios da bioética está o Princípio da Justiça. Este definido por Sá e Naves como uma maneira de maximizar os benefícios com o mínimo de custo possível e não apenas o financeiro, mas também os custos sociais, emocionais e físicos (SÁ, NAVES, 2021, p. 27). Em consonância:

[...] o princípio da justiça diz respeito ao direito de igualdade de acesso aos recursos médicos para efetivação do direito à saúde pelo Estado, que, através de políticas públicas, deve distribuí-los sem discriminação ou preferência de origem, raça, sexo, cor e idade, além de levar em conta a análise dos custos e benefícios sociais, emocionais e físicos da intervenção médica para o paciente, com preferência à maximização dos benefícios. (MACÊDO, 2019, p.36 e 37)

A ideia de justiça, então, está atrelada ao acesso de todos à saúde e às biotecnologias. Porém, tal percepção ainda é inalcançável diante dos altos custos dos tratamentos, principalmente nas técnicas de reprodução assistida e por isso, nem todos conseguem realizar o seu plano parental. Desse modo, ressalta-se que há ainda:

[...] problemas importantes na garantia de funcionalidade, eficiência e equidade: a administração dos escassos recursos de saúde; a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios; a igualdade material, que reconhece as diferenças sociais válidas.(SÁ, NAVES, 2021, p. 27)

Neste cenário, a reprodução humana assistida tornou-se uma indústria bilionária no mundo, visto que, atualmente as pessoas postergam o seu plano parental e possuem dificuldades para engravidar depois dos 40 (quarenta) anos, tendo que recorrer às técnicas de reprodução, desembolsando valores muito altos para tanto.³

3 [...] O fenômeno da fertilidade é global: em 2023 o mercado alcançará 27,5 bilhões de euros (115,5 bilhões de reais) no mundo, com taxas de crescimento anual de 9%, segundo estimativas do Allied Market. Um em cada seis casais tem problemas de fertilidade em algum momento de sua vida reprodutiva, de acordo com a Sociedade Médica de Fertilidade Europeia (ESHRE, na sigla em inglês). As famílias estão sendo construídas mais tarde, o que, em muitos casos, obriga as pessoas a desembolsarem quantias significativas para conceber, isto porque os sistemas de saúde pública não cobrem a maioria dos tratamentos. A necessidade gerou um negócio cujo rastro os fundos de investimento farejaram [...] Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/19/actualidad/1563549009_803035.html>. Acesso em: 23 out. 2021.

Desse modo, apesar de o princípio consagrar que todos devam ter acesso aos benefícios trazidos pela ciência, na prática ainda há um longo caminho a ser percorrido, visto que existe um grande distanciamento social, privilegiando aqueles que possuem maior poder aquisitivo e marginalizando aqueles que não possuem condições para ter acesso aos avanços da biotecnologia.

Além dos princípios da bioética, o biodireito também possui seus princípios como modo de regular os conflitos existentes ao longo da sociedade mas, conforme Sá e Naves, esses não estão documentados e indicados como os princípios da Bioética. Desse modo, os autores delimitaram os princípios do biodireito como o da precaução, autonomia privada, da responsabilidade e a dignidade humana (SÁ, NAVES, 2021, p. 27).

3.1.4 O Princípio da Precaução

O Princípio da Precaução é a conduta ativa do profissional para evitar um dano futuro do qual não sabe ao certo qual seria, mas existe uma probabilidade de que algo grave possa ocorrer. Ou seja:

O princípio da precaução proporciona maior proteção que a simples prevenção, por se ocupar da probabilidade de mal sério e irreversível. Enquanto a prevenção importa na tomada de medidas para evitar um dano conhecido e esperado, a precaução impede, inclusive, comportamentos que, devido ao estado atual do conhecimento, não representam uma certeza, mas uma mera probabilidade de dano, que por ser sério e irreversível deve ser obstado.(SÁ, NAVES, 2021, p. 29).

Tal princípio, “surge diante da incerteza das consequências da aplicação da investigação científica. Esse princípio trabalha com a probabilidade de dano irreversível, por isso é mais importante que a simples prevenção.”(SCHETTINI, 2015, p.27). Destaca-se ainda que o princípio da precaução:

[...] se traduz na limitação da ação profissional quanto à adoção de medidas para evitar um mal sério e irreversível decorrente de comportamentos potencialmente danosos de certas atividades caracterizadas pela incerteza científica do estado atual do conhecimento a respeito das possíveis consequências. (MACÊDO, 2019, p.38)

Desse modo, verifica-se que a precaução limita o profissional para que esse não adote condutas das quais, trarão um mal para o paciente ao ponto que não poderá ser desfeito ou refeito, diante da busca de inovações científicas das quais não se sabem as consequências.

3.1.5 O Princípio da Responsabilidade

O Princípio da Responsabilidade “pode ser apresentado como o respeito do cientista perante a sociedade e a preocupação das gerações presentes com as gerações futuras, implicando de certa forma uma ‘cautela’ ou ‘receio’ no que diz respeito às práticas biomédicas e seus efeitos”(SCHETTINI, 2015, p.28). Nas palavras de Macêdo, o “princípio da responsabilidade, que implica a compreensão dos atos praticados e suas consequências, a fim de minimizar os males que as intervenções na saúde e no meio ambiente podem provocar” (MACÊDO, 2019, p.39).

Portanto, tal princípio também está atrelado a uma postura ativa do profissional, assim como no caso do princípio da precaução:

Ambas se preocupam em minimizar os malefícios que as intervenções na saúde e no meio ambiente podem ocasionar, mas a precaução impede a atividade que possui a potencialidade de dano, enquanto o princípio da responsabilidade age *a posteriori*, quando a lesão já se concretizou.(SÁ, NAVES, 2021, p. 30-31)

Sendo assim, no princípio da responsabilidade o profissional age com a finalidade de diminuir os danos, após a ocorrência destes. Ou seja, o agente se responsabiliza pelos males causados à sociedade e ao meio ambiente, agindo de forma a reverter os prejuízos e garantir um futuro melhor para as gerações seguintes. Porém, destaca Sá e Naves que “o agente só pode ser pessoalmente responsabilizado se é capaz de discernir e agir segundo esse discernimento”(SÁ, NAVES, 2021, p. 31).

3.1.6 O Princípio da Autonomia Privada

O Princípio da Autonomia Privada, “estabelece o conteúdo, forma e efeito dos poderes conferidos aos particulares, em conformidade com o ordenamento” (MACÊDO, 2019, p.38-39). Para Beatriz Schettini, “a autonomia privada significa o dever do cientista de respeitar a capacidade de autodeterminação do sujeito que participa de uma investigação biomédica, no sentido de aceitar ou não participar da mesma.”(SCHETTINI, 2015, p.28).

Conforme preconiza Sá e Naves, o próprio ordenamento jurídico, traz “conformações” a atuação do indivíduo perante as sucessivas tensões principiológicas. Para os autores, o termo “conformações”, imprime melhor a ideia de que a autonomia privada é delimitada

internamente (SÁ, NAVES, 2021, p. 30). Ademais, ressaltam que o princípio da autonomia privada:

[...] confere ao sujeito a possibilidade de determinar conteúdo, forma e/ou efeitos do ato jurídico. Podendo, numa situação concreta, o sujeito determinar somente conteúdo e efeitos, ficando a determinação da forma como função da lei. Ou prescrevendo forma e efeitos, restando ao sujeito o exercício da autonomia privada no referente ao conteúdo. Ou outras combinações de conteúdo, forma e efeitos determinados ora pelo ordenamento, ora pelo ordenamento, ora pelo sujeito de direitos. (SÁ, NAVES, 2021, p. 66)

Desse modo, verifica-se que a autonomia privada é um modo pelo qual a pessoa possui a capacidade de escolher livremente, sem nenhuma intervenção ou imposição externa ou sem que isso lhe traga algum prejuízo.

3.1.7 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Por fim, temos o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana já introduzido no primeiro capítulo, sendo princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro e por isso está amplamente presente no biodireito. Segundo Sá e Naves “a dignidade humana tem aplicação tão somente em um contexto de liberdade e igualdade, isto é, em um procedimento garantidor de iguais liberdade fundamentais”(SÁ, NAVES, 2021, p. 42).

Nesse cenário, entendem os autores, Sá e Naves, que a dignidade humana é fruto do reconhecimento social, como uma forma de respeitar e valorar o sujeito. “A dignidade deve ser buscada em meio às relações sociais, compreendida, portanto, como uma categoria do próximo, na comunhão dos indivíduos”(SÁ, NAVES, 2021, p. 45).

No mesmo sentido, preconiza Schettini:

O princípio da dignidade humana consiste no respeito e na valorização da pessoa humana e se concretiza através da efetivação dos direitos fundamentais. Esse respeito deve ser observado pelos operadores das ciências da vida em todas as pesquisas e investigações científicas no sentido de promover o respeito pelo ser humano. (SCHETTINI, 2015, p.30)

Portanto, a dignidade da pessoa humana está atrelado ao respeito e a valorização da pessoa, perante a sociedade, da qual esta deva garantir que a pessoa consiga livremente desenvolver a sua personalidade.

Nessa conjuntura, diante de todos esses princípios da bioética e do biodireito, será introduzido o tema a respeito das técnicas de Reprodução Humana Assistida, um dos avanços da biotecnologia e que são de suma importância para compreensão do estudo.

3.2 A Reprodução Humana Assistida – RHA e o Desenvolvimento do Livre Planejamento Familiar

As técnicas de Reprodução Humana Assistida surgiram como uma forma de proporcionar que as pessoas possam ter um filho e realizar o seu projeto familiar. Elas possuem um “papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação”(SCHETTINI, 2015, p.31).

Segundo Sá e Naves, há vários métodos de reprodução humana assistida, como a transferência dos gametas para dentro da trompa, o GIFT (*Gamete Intrafallopian Transfer*), a transferência do zigoto para dentro da trompa, ZIFT (*Zygote Intrafallopian Transfer*), a injeção intracitoplasmática de espermatozoide, ICSI (*Intracytoplasmic Sperm Injection*) e a fertilização *in vitro*, FIV. (SÁ, NAVES, 2021, p. 102).

Em que pese existir tantos métodos, o presente estudo será concentrado nas técnicas de fertilização *in vitro*. Segundo Macêdo, a FIV:

[...] ocorre com a fecundação das células reprodutivas (óvulos e espermatozoides), em laboratório numa placa de Petri, através da técnica de injeção intracitoplasmática, que, sob o controle de condições ambientais, resulta na produção de embriões, os quais serão depois transferidos para o útero. (MACÊDO, 2019, p.40)

Além disso, destaca Sá e Naves que essa técnica é utilizada em último caso, uma vez que nenhuma das outras deram certo (SÁ, NAVES, 2021, p. 102). Os seus passos são: “estimulação da ovulação controlada por especialistas, com a finalidade de obter o maior número de óvulos; aspiração folicular; fecundação; transferência embrionária; e congelamento de embriões, se houver excedentes.” (MACÊDO, 2019, p.40).

A fertilização *in vitro*, pode ocorrer de maneira homóloga ou heteróloga. Nesta, a fecundação ocorre com a utilização do sêmen de um terceiro, um doador. Já naquela, a fecundação ocorre com o sêmen do próprio marido ou companheiro.(SCHETTINI, 2015, p.32).

Diante de tais avanços da biotecnologia, percebe-se que as técnicas de reprodução humana assistida, principalmente a capacidade de realizar a fertilização *in vitro*, é uma forma

de os membros das famílias exercerem o seu direito constitucional de livre planejamento familiar a qualquer momento, visto que, há a possibilidade dos embriões ficarem congelados para serem utilizados oportunamente. Ressalta-se:

A complexidade em torno da presente temática se revela na medida em que o planejamento familiar se caracteriza como um misto de atos que se referem a um espaço de profunda intimidade, mas que apresentam sérias reverberações públicas, sobretudo, por força da ampliação de possibilidades oferecidas pelo avanço da biotecnologia, forçando a definição dos contornos estruturais e do funcionamento desse direito fundamental. (RODRIGUES, 2015, p.24)

No ordenamento jurídico brasileiro, o livre planejamento familiar está disposto na Constituição, em seu artigo 226, §7º da CF/88, bem como em lei própria, a Lei nº 9.263/96, demonstrando assim a importância da proteção e da garantia ao livre exercício desse direito. O artigo 2º da Lei nº 9.263/96, define o planejamento familiar “[...] como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.” (BRASIL, 1996). Percebe-se então que, “reproduzir deixou de ser fruto de um determinismo biológico ou divino, tornando-se resultado de deliberação” (ALMEIDA, 2009, p.93).

Segundo Renata Barbosa de Almeida, o direito ao livre planejamento familiar é:

[...] o livre exercício da sexualidade e da potencialidade reprodutiva humanas, em vistas, ou não, ao objetivo conceptivo, atual ou futuro. Para tanto, fica assegurado o acesso à informação atinente e aos recursos disponíveis para a realização da escolha pessoal. (ALMEIDA, 2009, p.94)

Destaca-se ainda que o direito ao livre planejamento familiar, possui sua vertente positiva e negativa. A positiva, é a escolha de ter um filho e já a negativa, é a escolha de não ter. “Trata-se, pois, de um direito que tem a peculiaridade de poder ser exercido de formas variadas; em sentidos opostos” (ALMEIDA, 2009, p.94). Desse modo, “as técnicas contraceptivas são válidas a todos os que carecem do desejo reprodutivo, as conceptivas são recursos dos quais se podem valer, em princípio, todos aqueles que aspirem reproduzir” (ALMEIDA, 2009, p.96).

Sendo assim, o livre planejamento familiar em sua vertente positiva, ou seja, no exercício do seu direito de conceber um filho, baseia-se na dignidade da pessoa humana e conseqüentemente no desenvolvimento da personalidade, sendo que a reprodução humana

assistida é um meio para que a pessoa consiga exercer esse direito. Neste ponto, ressalta Schettini, que o papel da reprodução humana assistida é revestido pelos princípios do biodireito, principalmente o da autonomia privada e da responsabilidade (SCHETTINI, 2015, p.35). Por isso, o Estado deve fornecer meios, de modo a assegurar que esse direito previsto constitucionalmente seja concretizado.

Portanto, observa-se que a Constituição em seu art.226, §7º, bem como a Lei n. 9.263/96, permitem que as pessoas, tanto em conjunto com outras, quanto individualmente, definam livremente como querem desenvolver o seu planejamento familiar, respeitando assim a sua autonomia privada. E para desenvolver esse direito constitucional, as técnicas de reprodução humana assistida são de grande valia, pois permitem que aqueles sujeitos que possuem algum tipo de dificuldade reprodutiva, possam então ter uma prole de sua própria genética.

4 FERTILIZAÇÃO *POST MORTEM* E A UTILIZAÇÃO DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

Iniciando a década de 60, a família até então era baseada entre um matrimônio de um homem e uma mulher, gerando seus filhos como curso natural do ser humano. Porém, nessa época surge a pílula anticoncepcional, sendo um grande marco para liberdade e planejamento familiar na escolha de ter ou não uma prole. A partir disso, houve uma maior comoção na ciência diante da reprodução humana, não só em relação aos casais que queriam se programar, como também aos que não conseguiam conceber um filho.

Desde essa época, as técnicas de reprodução humana assistida, tendem a auxiliar casais inférteis em seus planejamentos familiares. Em 1978, na Inglaterra, surgiu o primeiro bebê gerado através da fertilização *in vitro*, instaurando-se assim novas descobertas científicas voltadas para o livre planejamento familiar em sua vertente positiva. Diante desse desenvolvimento científico, como já destacado no capítulo anterior, surgiram várias técnicas que viabilizam a reprodução humana e as mais conhecidas são GIFT (*Gamete Intrafallopian Transfer*), a ZIFT (*Zygote Intrafallopian Transfer*), a ICSI (*Intracytoplasmic Sperm Injection*) e a fertilização *in vitro*, FIV. (SÁ, NAVES, 2021, p. 102).

Tais técnicas, conforme destaca Schettini, são bem aceitas pelos médicos pois, não trazem nenhum risco a gestante ou ao bebê (SCHETTINI, 2019, p.17), respeitando assim o princípio da beneficência, atinente a Bioética. Ademais, no Brasil, com a Constituição de 1988 trazendo a família como um ambiente para o livre desenvolvimento da dignidade humana, baseando-se no “ser”, há a autonomia e a igualdade para o casal desenvolver seu projeto familiar sem interferência estatal.

Diante de tanto avanço biotecnológico, a reprodução humana assistida atualmente também possibilita a sua utilização após a morte do titular do material genético, ao qual ficou criopreservado e aquele que restou em vida, como uma forma de materializar o planejamento familiar previamente acordado, o utiliza, concebendo um filho. Desse modo:

A fertilização post mortem é consequência das práticas de criopreservação desenvolvidas pelos cientistas da reprodução humana assistida. A partir da conservação a frio de sêmen, óvulos e embriões tornou-se possível, cientificamente, que uma pessoa já falecida possa se tornar genitor de alguém que será órfão já na concepção. (CHELONI, 2020, p.69)

Conforme destaca Jullyane Cheloni, na fertilização assistida *post mortem*, deve ser bem delimitado a ideia de genitorialidade e paternidade. A genitorialidade, diz respeito ao doador do material genético, ao qual não possui nenhuma relação com a criança, nenhum vínculo de paternidade, não se aplicando assim no intuito da fertilização *post mortem*, pois nesta busca-se garantir o vínculo genético e o reconhecimento da paternidade, mesmo que não haja um convívio entre pai e filho. (CHELONI, 2020, p.69).

Sendo assim, percebe-se que a reprodução humana assistida *post mortem*, possibilita a realização de um desejo existente ainda em vida, de ser pai ou mãe, mesmo que ocorra a morte de um dos companheiros. Enfatiza-se que a fertilização *post mortem*, traz à pessoa uma maior garantia de desenvolvimento de sua personalidade. Trata-se de liberdade para a realização de seu projeto parental, algo tão importante para aqueles que buscam ter um filho, uma prole de sua genética e por isso, o presente estudo procura demonstrar a importância do reconhecimento deste direito, baseando-se na igualdade, na autonomia privada, no livre planejamento familiar e na proteção do ser humano.

Neste âmbito, salienta-se que o ordenamento jurídico brasileiro, deficientemente, trata da reprodução humana assistida *post mortem*, no artigo 1.597 do Código Civil de 2002:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
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.(BRASIL, 2002)

Percebe-se no texto do presente artigo, que a sua disposição é muito genérica e refere-se apenas na condição de morte do homem, ao qual deixou seu material genético criopreservado; ou que existam embriões excedentes através da concepção homóloga; ou no caso da inseminação artificial heteróloga com a prévia autorização do marido. Nestas situações, o ordenamento jurídico presume que caso a esposa/companheira que restou em vida, conceba um filho, este será presumido filho do falecido. Ressalta Jullyane Cheloni:

No caso de uma fertilização *post mortem*, embora não ocorra nenhuma relação direta de contato entre o(a) cedente do material genético e o bebê que será gerado, ele não

será simplesmente seu(sua) genitor(a). Isso porque essa fertilização realizada após a morte tem o intuito, justamente, de garantir uma descendência com um vínculo de parentesco, de maneira que haja ciência sobre a origem genética da pessoa nascida através da fertilização. Não haverá convívio entre o ascendente e o descendente genético, mas a “relação” é diferente daquela existente no caso de uma fertilização com material do doador. (CHELONI, 2020, p.69)

Pois bem, frente a omissão legislativa referente a morte da esposa/companheira que tenha deixado em vida embriões, gerados através da técnica de fertilização *in vitro*, é que desenvolve-se o presente estudo. Será que esta omissão é uma proibição? É neste ponto que a pesquisa se problematiza. Ademais, diante da morte da companheira/esposa, ou até mesmo em caso de casal homossexual que o esposo/companheiro ou esposa/companheira que restaram em vida, são impossibilitados de gerarem o embrião criopreservado, necessitando da barriga de substituição, o tema também encontra-se lacunoso na legislação brasileira. Portanto, esse estudo busca desvendar tal problema, através de outras regulamentações e dos princípios constitucionais. Mas antes, necessário uma breve explicação acerca da gestação de substituição.

4.1. Gestação de Substituição

A gestação de substituição ou gestação sub-rogada:

[...] consiste no fato de uma mulher (gestante substituta) gerar em seu ventre o filho de outrem, o que poderá ocorrer mediante a inseminação artificial de seu próprio óvulo com esperma de um doador ou do futuro pai, ou ainda por meio de implantação, em seu útero, do embrião fertilizado *in vitro* (com gametas dos futuros pais ou de doadores).(SCHETTINI, 2019, p.18)

Neste caso, a gestante será um meio para que os pais consigam ter um filho e realizarem o seu plano parental. Ademais, a gestante não será a mãe da criança, “a filiação será concedida aos pais jurídicos ou internacionais, ou seja, àqueles que, de maneira livre e responsável, idealizaram o projeto parental”(SCHETTINI, 2019, p.18). Verifica-se assim, a importância da gestação de substituição como forma de auxiliar as pessoas a realizarem o seu projeto reprodutivo e poderem exercer a sua livre personalidade, sendo-lhes garantido a beneficência e a autonomia privada, diante de tal técnica.

Existem algumas modalidades na gestação sub-rogada, dentre elas há a gestação realizada através de um pagamento, ou seja, gestação onerosa, como também a gestação realizada sem nenhuma contribuição, denominada de gestação altruísta (SCHETTINI, 2019,

p.19). Em cada país, através da sua legislação é determinado a sua modalidade, podendo então ter “admissão ampla, admissão apenas da modalidade altruísta, condicionada a certos requisitos e condições; e a proibição ampla” (SCHETTINI, 2019, p.19).

No ano de 1985, um casal norte-americano, William e Elizabeth Stern, realizaram um contrato de gestação de substituição onerosa com Mary Beth, sendo que a gestante seria a doadora do óvulo e inseminada artificialmente pelo futuro pai. Após dar a luz a criança, a gestante decidiu ficar com a criança e fugir para Flórida. Assim, houve uma longa briga judicial entre o casal e a gestante, sendo decidido pela Suprema Corte de New Jersey que a custódia da criança, que ficou conhecida como “Baby M”, ficaria com o pai William, mas a gestante foi reconhecida como mãe da infante, tendo em vista a utilização do seu óvulo, sendo estabelecido o direito a visitação.⁴ Desse modo, tendo em vista o conflito positivo de maternidade (quando tanto a gestante, quanto a mãe que buscou ter o filho, querem ficar com a criança) que pode ocorrer, salienta Schettini, que a gestante deverá receber em seu útero o embrião já fecundado, como uma forma de evitar que a criança receba alguma informação genética da gestante (SCHETTINI, 2019, p.20). Ademais, importante destacar que:

No tocante ao conflito positivo de maternidade, a solução deve ser dada pelo projeto parental, isto é, quem intencionou e livremente exerceu o direito ao planejamento familiar, juridicamente, deve ser considerada a mãe da criança. Mãe é aquela que intencionou ter o filho e não a parturiente, que, apesar de ter gerado a criança, não receberá o status de mãe jurídica, mas sim de gestante. (SCHETTINI, 2019, p.22)

Em muitos países, tal técnica de reprodução é vedada, “seja por razões pragmáticas para evitar conflitos positivos de maternidade, seja por razões histórico-culturais”(SÁ, NAVES, 2021, p. 121). Existem algumas questões que problematizam a gestão de substituição, principalmente a exploração do corpo da gestante e a coisificação da criança e por isso, alguns países são contrários a aplicação dessa técnica.

Entretanto, quanto ao argumento da exploração do corpo da mulher, ressalta-se que a mulher é detentora do seu próprio corpo e possui autonomia para escolher em ser ou não uma gestante solidária, não havendo que se falar em exploração, ou seja:

4 SILVA, Daniel. "Barriga de Aluguel" Análise do caso "Baby M" e a ótica na Justiça brasileira. Jusbrasil. Disponível em: <https://dvasconcelos.jusbrasil.com.br/artigos/426179697/barriga-de-aluguel>. Acesso em: 17 de dez. 2021.

A autonomia privada da gestante substituta é o que garante o respeito à eficácia normativa e sua dignidade, já que é detentora do próprio corpo. Falar em exploração ou coisificação do corpo da gestante é utilizar-se de um argumento paternalista, que há muito deixou de existir em razão da evolução da corporeidade. (SCHETTINI, 2019, p.22)

Ademais, acentua Schettini que a criança, fruto da gestação de substituição, também não é coisificada, sendo que esta gestação apenas permite o exercício do livre planejamento familiar e viabiliza que a pessoa possa ter um filho de sua própria genética:

Não há que se falar em coisificação da criança assim gerada. A criança não é objeto da técnica médica, mas sim a gestação que ocorrerá no útero de uma gestante substituta. A criança é fruto de um projeto parental exercido com dignidade e responsabilidade, o que assegura a proteção integral dos seus direitos, enquanto pessoa em desenvolvimento. Daí deriva a relação de parentesco e a consequente autoridade parental pai/mãe que, no exercício do direito ao planejamento familiar, elegeram ter um filho.(SCHETTINI, 2019, p.22)

No Brasil, a técnica não é vedada, mas não há uma regulamentação legislativa para tal questão, sendo que o Conselho Federal de Medicina delimita e impõe a maneira como será realizado tal procedimento. Desde 1992, através da Resolução n.1358, o Conselho Federal de Medicina regulamenta as técnicas de Reprodução Humana Assistida. Nesta resolução, já era permitido a utilização da gestação de substituição, porém apenas as mulheres poderiam ser beneficiárias das técnicas, excluindo-se os homens solteiros e os casais homoafetivos (SCHETTINI, 2019, p.80). Além disso, para a utilização da gestação de substituição, as doadoras temporárias deveriam pertencer à família da mãe, que possuía algum problema médico que a impossibilitasse de gerar um filho, em um parentesco de até segundo grau. Tal regra também se estendeu para a Resolução de 2010.

Em 2010, surge então a Resolução n.1957/2010, revogando a anterior. Esta Resolução, trouxe a possibilidade de realizar a reprodução humana assistida *post mortem*, desde que o falecido que deixou o seu material genético criopreservado, autorizasse ainda em vida a sua utilização. Além disso, em relação aos beneficiários das técnicas de reprodução humana assistida, houve uma ampliação, sendo permitido a toda pessoa capaz, além de ser o obrigatório o consentimento livre e esclarecido de todos os envolvidos no uso das técnicas, conforme acentua Schettini (SCHETTINI, 2019, p.81-82).

Posteriormente, com o reconhecimento da família homoafetiva em 2013, o Conselho Federal de Medicina substituiu a Resolução anterior, pela Resolução n.2013. Desse modo, o intuito da nova resolução era abarcar mais concepções de famílias:

Conferir acesso das pessoas à utilização das técnicas de reprodução humana assistida, independente da sua orientação sexual, é efetivar a ampla autonomia reprodutiva dos cidadãos, concretizando a liberdade do planejamento familiar desenhado pela Constituição Federal de 1988. (SCHETTINI, 2019, p.83)

Além disso, esta Resolução trouxe uma ampliação quanto a gestação de substituição, em que agora poderia ser a doadora temporária aquela que tivesse parentesco com a futura mãe e o futuro pai, até o quarto grau. Destaca-se ainda que, apesar dessa Resolução imprimir um grande avanço, não abarcou o homem solteiro quanto a possibilidade deste utilizar a gestação de substituição (SCHETTINI, 2019, p.84).

Em seguida, logo em 2015, surge uma nova Resolução, revogando assim a anterior, a Resolução 2121/2015. Ressalta Schettini, que entre a Resolução anterior e a de 2015, ocorreram poucas mudanças, mas a mais significativa foi a possibilidade de gestação compartilhada em união homoafetiva feminina, ou seja:

O referido procedimento médico consiste na implantação do embrião, gerado a partir do óvulo de uma das parceiras, no útero da outra. Desse modo, uma parceira fornece o óvulo e a outra realiza a gestação, o que ocasiona, na prática, o fenômeno já autorizado pela lei vigente espanhola sobre reprodução humana assistida, intitulada de dupla maternidade. (SCHETTINI, 2019, p.87)

O Conselho Federal de Medicina em 2017, revogou a Resolução anterior e publicou a Resolução n.2168/2017. O Intuito era atualizar as regras deontológicas e ampliar a possibilidade do planejamento familiar (SCHETTINI, 2019, p.90). Nesta Resolução, em relação a gestação de substituição houve a ampliação quanto ao grau de parentesco entre os futuros pais e a gestante, podendo esta ser também a filha e a sobrinha do casal. Ressalta-se ainda que nesta resolução, houve a possibilidade dos homens solteiros utilizarem a técnica.

Atualmente, a mais nova Resolução do CFM nº 2.294/21, a qual substituiu a até então Resolução CFM 2.168/2017, estabelece algumas regras para a possibilidade da utilização da cessão temporária de útero:

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução podem usar técnicas de RA para criar a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação, ou em caso de união homoafetiva ou de pessoa solteira.

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.

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.

3. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário da paciente:

3.1 Termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;

3.2 Relatório médico atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;

3.3 Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero que receberá o embrião em seu útero, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

3.4 Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, públicos ou privados, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério;

3.5 Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes, devendo essa documentação ser providenciada durante a gravidez;

3.6 Aprovação do(a) cônjuge ou companheiro(a), apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.

Destaca-se na atual Resolução, o momento em que é possível realizar a técnica de gestação de substituição, sendo quando há um problema médico que impeça ou contraindique a gestação e no caso de casal homoafetivo ou pessoa solteira. Tal determinação já era estipulada pela Resolução anterior CFM 2.168/2017. Ademais, verifica-se que não houve nenhuma mudança significativa em relação a Resolução anterior de 2017, mantendo-se a maioria das regras.

Dentre as regras, salienta-se que a cedente temporária precisa ter um parentesco de até quarto grau com a família de um dos pais, regra já estabelecida na Resolução anterior, mas acrescentou-se com a nova Resolução CFM nº 2.294/21 a necessidade de a cedente já ter tido um filho anteriormente. Ademais, a depender do caso, há a possibilidade de análise do Conselho Federal de Medicina. Em sequência, verifica-se que, assim como em todas as Resoluções anteriores, se manteve a proibição da cessão temporária de maneira lucrativa ou comercial e por isso, é atécnico a denominação de tal gestação, como popularmente conhecida, de “barriga de aluguel”. Além disso, neste tópico, foi acrescentado pela nova Resolução CFM nº 2.294/21 que a clínica de reprodução não pode intermediar a escolha da cedente.

Sendo assim, verifica-se que a técnica de gestação de substituição constitui um meio para realização do projeto parental, diante da impossibilidade dos companheiros/solteiros gerarem um filho. Busca-se desse modo concretizar a autonomia reprodutiva, o livre planejamento familiar e o livre desenvolvimento da personalidade dos pais.

4.2 Reprodução Humana Assistida Após a Morte da Mulher

Como exposto anteriormente, a reprodução humana assistida *post mortem*, possui uma regularização legislativa muito limitada e com algumas pontas soltas. Dentre elas está a possibilidade de utilizar a gestação de substituição quando ocorre a morte da companheira, deixando congelado embriões, gerados através da técnica de fertilização *in vitro*, com o seu companheiro que restou em vida. A fertilização *post mortem* é regularizada pelo Conselho Federal de Medicina, ao qual a atual Resolução CFM nº 2.294/21, permite tal procedimento.

Destaca-se que as Resoluções anteriores também permitiam a reprodução humana assistida *post mortem*, conforme acentuam Sá e Naves:

A Resolução CFM 2.168/2017 permite a reprodução assistida post mortem, desde que haja prévia autorização do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado (Capítulo VIII, assim como previsto nas antigas Resoluções CFM 2.013/2013 e CFM 2.121/2015). A orientação é que os médicos devem obedecer a legislação vigente.(SÁ, NAVES, p. 123, 2021)

Desse modo, no mesmo sentido das Resoluções anteriores, a Resolução CFM nº 2.294/21 estabelece a seguinte delimitação:

VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM

É permitida a reprodução assistida post mortem desde que haja autorização específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

Verifica-se então, a necessidade de autorização da pessoa falecida para a utilização do seu material biológico criopreservado, não delimitando tal técnica apenas quando ocorre a morte do homem, e inclusive:

“[...] quando um casal busca auxílio das técnicas de RA, as clínicas são obrigadas a manter termos de consentimento livre e esclarecido, devendo ali estar contido a

vontade expressa dos usuários para qualquer tomada de decisão, em vida ou post mortem”. (SÁ, NAVES, p. 123, 2021)

Ademais, quanto ao fato de o Código Civil regulamentar as técnicas de Reprodução Humana Assistida apenas em caso de morte do homem, este pode ser interpretado como uma contrariedade ao Princípio da Igualdade e o Princípio do Livre planejamento Familiar, já delimitados no estudo. Nesse mesmo entendimento, Cheloni aponta que, como o Conselho Federal de Medicina regula tanto a prática de gestação de substituição, quanto a reprodução humana assistida *post mortem*, “não há razão jurídica para que se proíba a prática da fertilização *post mortem* pela morte da esposa, sob argumento de equiparação ao caso de morte do marido e atenção ao princípio da igualdade.”(CHELONI, 2020, p.80)

Nesse panorama, importante ressaltar o Enunciado 633 da VIII Jornada de Direito Civil, ao qual estabelece que “É possível ao viúvo ou ao companheiro sobrevivente, o acesso à técnica de reprodução assistida póstuma - por meio da maternidade de substituição, desde que haja expresso consentimento manifestado em vida pela sua esposa ou companheira.” Tal Enunciado, expressa e confirma o entendimento trazido neste estudo, baseando-se nos Princípios e nas Resoluções aqui citadas.

Portanto, diante dos avanços da biotecnologia, bem como os princípios constitucionais que regem a sociedade como um todo, principalmente o livre planejamento familiar disposto no art.226, §7º da CF, ao qual estipula como direito fundamental a livre procriação, verifica-se que a disposição trazida no artigo 1.597 do CC, tornou-se de certo modo, obsoleta, por não abarcar tal tema em todas as suas especificidades. Desse modo, observa-se que as Resoluções do CFM buscam dirimir os conflitos e regulamentar tais avanços, principalmente no tema central do estudo, qual seja, a reprodução humana assistida *post mortem* e a necessidade de utilização da gestação de substituição. Mas, será que as Resoluções possuem força jurídica para tanto?

4.3 Ordenamento Jurídico e o Conselho Federal de Medicina

Os avanços da biotecnologia e a lacuna legislativa no ordenamento jurídico brasileiro, levaram a criação de uma regulamentação pelo Conselho Federal de Medicina, como forma de delimitar os procedimentos. Porém, como afirma Sá e Naves, “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”(SÁ, NAVES, p. 125, 2021).

Apesar dessa menor legitimidade, há de pontuar que sem tais regulamentações, de certo, haveria uma certa insegurança quanto à utilização dos procedimentos, bem como no respeito à dignidade do paciente. Em contraponto, observa-se pelo texto da última Resolução CFM nº 2.294/21, bem como pelas anteriores, que o Conselho invade algumas esferas que são de competência legislativa, como por exemplo, o fato de a gestante solidária possuir parentesco com os pais da criança ou como também na proibição de a gestação de substituição a título oneroso. Nesse sentido:

De fato, as recomendações do órgão médico ultrapassam em muito as questões de saúde, alcançando um espaço de liberdade inteiramente protegido pela legislação constitucional e infraconstitucional. Restringir a autonomia privada de uma pessoa que pretenda ter um filho não é papel de um conselho profissional, com legitimidade restrita à classe que representa. Ao Conselho Federal de Medicina, cabe apenas editar Diretrizes para orientação ética e administrativa dos médicos, quando do emprego das técnicas de reprodução humana assistida. (SCHETTINI, 2019, p.101).

Assim, Schettini aduz que o Conselho Federal de Medicina não pode limitar a esfera de liberdade garantida constitucionalmente, não possuindo validade as regras que invadem o direito constitucional de procriar isto pois, o conselho não é uma representação do povo para criar normas direcionadas a toda sociedade (SCHETTINI, 2019, p.101).

Desse modo, pode-se afirmar que as regras emanadas pelo Conselho só poderão ser aplicadas, se estiverem em consonância com a Constituição, como pontua Schettini:

Nesse contexto, as Diretrizes do Conselho Federal de Medicina devem estar de acordo com a legislação vigente no ordenamento pátrio, sob pena de serem passíveis de impugnação e/ou descumprimento. A obrigatoriedade das normas médicas para além dos profissionais de medicina resta condicionada à análise de sua adequação e compatibilidade à legislação vigente no país [...] (SCHETTINI, 2019, p.101).

Observa-se então que a possibilidade de utilização da gestação de substituição após a morte da mulher, que deixou em vida um embrião fertilizado *in vitro*, ao qual o companheiro pretende implantá-lo, possui a sua permissibilidade não porque o Conselho Federal de Medicina abarca tal procedimento, mas sim porque é um Direito Constitucional. Um Direito Constitucional pautado no livre planejamento familiar, na autonomia privada e na igualdade existente entre o casal, buscando materializar a procriação pensada antes de um dos

companheiros falecer. E além disso, conforme expressão desses direitos, tal permissibilidade também abarca os casais homossexuais, que necessitam da barriga solidária, após a morte de um dos companheiros (as).

Ademais, não se deve desconsiderar que as Resoluções trouxeram um grande avanço em relação à reprodução humana assistida no Brasil, e conforme Sá e Naves, “um passo importante foi dado. Ainda que incompleta e questionável, a Resolução permite, ao menos, ampliar a discussão para além dos limites do Conselho Federal de Medicina e do próprio Poder Legislativo”(SÁ, NAVES, p. 126, 2021).

Portanto, estando em consonância com o ordenamento jurídico, verifica-se que as resoluções médicas, apesar de não terem força jurídica, são de grande valia para dirimir os conflitos, ante a inércia legislativa que se abstém de entrar em tais discussões.

5 ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA E CASOS DE FERTILIZAÇÃO POST MORTEM

Em alguns países, as técnicas de reprodução humana assistida são amplamente debatidas e regulamentadas. Porém, já em outros, não existem nenhuma legislação a respeito, ocorrendo vários procedimentos na clandestinidade, o que geram riscos a integridade física e psíquica daqueles que se submetem a tal procedimento. Há países que permitem a gestação de substituição de maneira onerosa, já outros proíbem essa gestação, sob nenhuma hipótese, isto pois:

Conflito positivo de maternidade, questões relacionadas ao registro civil da criança, descumprimento do acordo de sub-rogação, exploração do corpo da gestante e coisificação da criança nascida são apenas alguns dos dilemas jurídicos e morais que demonstram impasse mundial acerca da aceitação dessa modalidade de reprodução humana assistida. (SCHETTINI, 2019, p.27)

Entretanto, entre os países que permitem a gestação de substituição, apesar de existir uma preocupação quanto a tais questões, o principal objetivo é ampliar as opções para que as pessoas possam livremente exercer sua dignidade, sua autonomia privada, o livre planejamento familiar, de modo que o Estado possa oportunizar tais técnicas de maneira segura para os beneficiários. Mas existe um impasse entre aqueles países que permitem a gestação sub-rogada de maneira onerosa, pois tal liberdade, gerou uma indústria milionária e de certo modo um consentimento viciado das gestantes que aceitam realizar o procedimento diante da necessidade de se sustentarem.

Diante desse conflito, será analisado a legislação de dois países, a Índia e a China pois, estes possuem regulamentações diametralmente opostas, demonstrando assim o reflexo de tais regulamentações em suas sociedades. A Índia, durante muito tempo foi conhecida por seu turismo da fertilização, em que estrangeiros iam até este país em busca da realização da gestação de substituição, tendo em vista a ampla liberdade de utilização das técnicas de reprodução humana assistida existentes nele. Já a China, proíbe a utilização da gestação de substituição em qualquer modalidade, fazendo com que os chineses busquem outros países para realizarem o seu plano parental.

Por fim, também a título comparativo, será analisado a aplicação da reprodução humana assistida no judiciário brasileiro e as soluções e regras impostas como forma de dirimir os conflitos existentes na utilização das técnicas. Busca-se assim demonstrar a

diferença de tratamento em cada destes países e como o cenário brasileiro se comporta perante essas questões.

5.1 O Caso Patil

Rajashree Patil, professora indiana de 49 anos, perdeu um filho morto por câncer no cérebro. Porém, o seu filho, Prathamesh, havia deixado o seu sêmen congelado por orientação médica e desse modo, após a sua morte, Patil conseguiu ser avó através da utilização de uma barriga de aluguel.⁵

Observa-se que na Índia, a gestação de substituição é permitida, inclusive na modalidade onerosa, denominando-se de barriga de aluguel. Porém, como destaca Schettini, na Índia não há uma legislação específica para a reprodução assistida, sendo totalmente regulamentada pelo contrato firmado entre as partes e de normas éticas médicas (SCHETTINI, 2019, p.29). Desse modo, durante muito tempo, a Índia foi um lugar procurado pelos casais que buscam ter uma prole de sua genética e que necessitam de uma gestação de substituição, mas que tal técnica é vedada em seus países de origem. Porém, “em 2012, o governo indiano restringiu o acesso à técnica de gestação de substituição por pessoas solteiras e homossexuais, e, em novembro de 2015, proibiu também o acesso aos estrangeiros”(SCHETTINI, 2019, p.30).

Ademais, verifica-se que barriga de aluguel tem um grande impacto na vida das indianas, existindo uma exploração principalmente das mulheres nascidas em famílias vulneráveis e de baixa renda:

Nesse contexto, nascer mulher na Índia traz consigo uma série de consequências. A indiana oriunda de uma família rica não precisa se preocupar em arrumar um bom casamento, muito menos em juntar dinheiro para o pagamento do dote. Esse não é o caso das indianas pobres, pois, nesse país, a mulher é considerado um pesado encargo financeiro para a sua família, fato que acarreta uma intensa discriminação social em virtude do gênero. (SCHETTINI, 2019, p.50)

Assim, diante desse cenário cultural, as mulheres pobres são compelidas a aceitarem serem a gestante de substituição, ante a necessidade financeira. O consentimento delas encontra-se viciado, visto que a autonomia privada não é exercida plenamente. Por isso,

5[...] Prathamesh não era casado e deixou a mãe e a irmã, Dnyanashree, como responsáveis pelo esperma, que foi guardado após a morte dele. O sêmen preservado foi então usado para fertilizar um óvulo de uma doadora anônima. E o embrião foi implantado em uma parente próxima, por fertilização in vitro.[...] Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-43162469>>. Acesso em: 03 nov. 2021.

surgiu um Projeto de Lei n.257 de 2016 com a finalidade de proibir a gestação de substituição onerosa, mas como aponta Schettini, tal proibição pode gerar um mercado negro, em que as gestações serão feitas na clandestinidade e sem muita assistência as gestantes (SCHETTINI, 2019, p.48).

Em 2019, o Ministro da Saúde e Bem-Estar da Índia, apresentou um novo projeto de Lei, a respeito da barriga de substituição, na Câmara Baixa, sendo este aprovado e encaminhado para a Câmara Alta. Porém, tal projeto precisou ser revisado pelo comitê Rajya Sabha e este em 2020, realizou um relatório sugerindo algumas emendas e manutenção de cláusulas. Desse modo, o Gabinete da União aceitou as recomendações, mas até então não houve nenhuma modificação e o Projeto de Lei encontra-se pendente.(KUMART, 2021)⁶. Sendo assim, até o momento, ainda admite-se a prática de gestação de substituição em sua forma onerosa na Índia, mas apenas para os indianos.

5.2 O Caso Shen Jie e Liu Xin⁷

O casal Shen Jie e Liu Xin possuíam problemas de fertilidade e por isso passaram por um tratamento em Nanquim. Após cinco dias, o casal morreu em um acidente de trânsito, deixando em vida quatro embriões congelados. A partir disso, os pais do casal entraram em uma batalha judicial para serem considerados herdeiros dos embriões e ganharam a disputa. Após, tiveram outro impasse em relação ao hospital em que os embriões estavam congelados, visto que esses só poderiam ser transferidos para outro centro médico, sendo que a prática de gestação de substituição na China é proibida.

6 [...] On 15-7-2019, the Minister for Health and Family Welfare, Government of India, Dr Harsh Vardhan, introduced the Surrogacy (Regulation) Bill, 2019 (hereinafter, the “Bill”) in the Lower House of the bicameral Indian Parliament (Lok Sabha).The Bill was passed by the Lok Sabha on 5-8-2019, following which it was transmitted to the Upper House (Rajya Sabha).Amidst concerns that the Bill was backwards looking and disregarded recommendations made by the Parliamentary Standing Committee on the erstwhile Surrogacy (Regulation) Bill, 2016 (which had eventually lapsed), the Bill was referred to a Select Committee of the Rajya Sabha for review. On 5-2-2020, the Select Committee submitted its Report, recommending the retention of multifarious contentious clauses, while suggesting amendments to certain others. Although the Union Cabinet has announced its decision to accept these recommendations, no motion has been moved by the Minister-in-Charge thereon.Therefore, the Bill, as of 15-1-2021, is pending before the Rajya Sabha in its original form. Disponível em: <<https://www.scconline.com/blog/?p=255069>>. Acesso em: 04 nov. 2021.

7[...] Tiantian nasceu em 9 de dezembro de 2017, mais de quatro anos depois que seus pais morreram em um acidente de trânsito. Um milagre para seus quatro avós, que enfrentaram uma dura batalha legal na China para obter os embriões congelados e levá-los para Laos, onde um deles foi gestado com a ajuda de uma barriga de aluguel.[...] Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/12/internacional/1523522144_357624.html>. Acesso em: 04 de nov. 2021.

Sendo assim, em 2016 um hospital de Laos, país vizinho, aceitou receber os embriões após receber uma alta quantia. Porém, nenhuma transportadora Chinesa quis aceitar fazer o transporte dos embriões. No final de 2016, conseguiram levar os embriões para Laos de carro e foram implantados dois embriões na gestante de substituição, sendo que um se desenvolveu com sucesso e os outros dois continuam congelados no hospital de Laos.

Além disso, um dos fatores mais importantes para os avós da criança, era que esta tivesse a nacionalidade chinesa, ou seja, tinha que nascer em território chinês. Para isso, a gestante entrou como turista no território chinês e teve o bebê em Cantão, obtendo a cidadania chinesa da criança após realizar o exame de DNA com os avós.

Diante do caso, ressalta-se que na China, a gestação de substituição é totalmente proibida, podendo ser considerada crime (SANTIAGO, 2020). Mas, conforme a jornalista Chen Shasha, em que pese a China proibir a técnica, não há uma legislação específica para regulamentar toda a questão:

A China proíbe a barriga de aluguel de qualquer forma, mas a legislação sobre a barriga de aluguel é muito limitada atualmente. De acordo com o Artigo 3 das Medidas Administrativas Chinesas sobre Tecnologia de Reprodução Humana Assistida, promulgadas e implementadas em 2001, instituições médicas e profissionais não devem implementar qualquer forma de barriga de aluguel. As Medidas só podem restringir instituições médicas, e as punições se limitam a multas ou medidas disciplinares. Leis ou regulamentos departamentais que regem ambas as partes envolvidas na barriga de aluguel ainda estão ausentes, o que deixou uma área cinzenta. Por exemplo, algumas pessoas podem procurar serviços substitutos em outros países onde essa prática é legal, disseram os observadores. (tradução nossa)⁸

Tal proibição no país, está relacionada à exploração que as mulheres sofrem diante da prática, como vimos na Índia. Porém, a proibição total da prática, deixa à margem aquelas pessoas que não conseguem ter um filho, seja por infertilidade ou questões de saúde, não podendo consumir o seu plano parental. Como destacado no trecho acima, os chineses buscam em outros países a realização da prática, porém precisam desembolsar muito dinheiro, o que também abarca apenas uma parte da população chinesa, não havendo acesso a todos.

⁸ China bans surrogacy in any form, but the legislation on surrogacy is very limited currently. According to Article 3 of the Chinese Administrative Measures on Human Assisted Reproductive Technology, promulgated and implemented in 2001, medical institutions and professionals shall not implement any form of surrogacy. The Measures can only restrict medical institutions, and punishments are only limited to fines or disciplinary measures. Laws or departmental regulations governing both parties involved in surrogacy are still absent, which has left a grey area. For instance, some people may seek surrogate services in other countries where this practice is legal, observers said. Disponível em: <<https://www.globaltimes.cn/page/202103/1216975.shtml>>. Acesso em: 07 nov. 2021.

Desse modo, há discussões legislativas para que possa ocorrer a permissão da técnica a um grupo de pessoas específico⁹.

5.3 Caso REsp 1.918.421 e a Manifestação da Vontade no Brasil

No Brasil, como visto, há a possibilidade da utilização das técnicas de fertilização após a morte do titular do material genético, desde que haja manifestação prévia para tanto. Tal manifestação, foi alvo de discussão na 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça e em votação de 3 a 2 votos, fixaram a tese de que a implantação do material genético após a morte do titular, necessita de manifestação inequívoca, expressa e formal do cônjuge falecido.

Segundo o site Migalhas¹⁰, o falecido havia deixado dois herdeiros universais frutos do primeiro casamento e após o seu falecimento, a esposa do seu terceiro casamento buscou utilizar os embriões congelados do *de cuius* para fertilizá-los. Os filhos do falecido então, ajuizaram uma ação contra a esposa e o hospital, com o objetivo de que fosse reconhecida a inexistência de autorização prévia do falecido.

De acordo com o Acórdão proferido pelo STJ¹¹, o Juízo de 1º grau, julgou procedente o pedido dos filhos do falecido, confirmando a tutela de urgência antecedente, para proibir a realização da implantação dos embriões que se encontram sob custódia do hospital. Diante disso, a esposa do falecido interpôs recurso, visando modificar a sentença promulgada. O Tribunal de Justiça de São Paulo, julgou procedente a pretensão da esposa e entendeu que houve sim a autorização do falecido para que ocorresse a implantação dos embriões.

Desse modo, os filhos interpuseram Recurso Especial, sob o argumento de que o entendimento trazido na decisão anterior, baseou-se de mera presunção. Diante de tal divergência, em Acórdão, a 4ª Turma do STJ, entendeu que não houve o consentimento expresso e inequívoco do marido falecido para que, após sua morte, fossem implantados

9 Chinese legislator to propose allowing gestational surrogacy among specific groups. Disponível em: <<https://www.globaltimes.cn/page/202103/1216975.shtml>>. Acesso em: 07 nov. 2021.

10 STJ proíbe implantação de embriões após morte de um dos cônjuges. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/346777/stj-proibe-implantacao-de-embrioes-apos-morte-de-um-dos-conjuges>>. Acesso em: 07 nov. 2021.

11 RECURSO ESPECIAL Nº 1.918.421 - SP (2021/0024251-6). Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ATC&sequencial=128664150&nu_m_registro=202100242516&data=20210826&tipo=64&formato=PDF> . Acesso em: 07 nov. 2021.

embriões no útero da esposa, dando provimento ao recurso interposto pelos filhos. Ademais, destaca-se que o voto vencedor do Ministro Salomão¹², conclui que:

A decisão de autorizar a utilização de embriões consiste em disposição post mortem, que, para além dos efeitos patrimoniais, sucessórios, relaciona-se intrinsecamente à personalidade e dignidade dos seres humanos envolvidos, genitor e os que seriam concebidos, atraindo, portanto, a imperativa obediência à forma expressa e incontestável, alcançada por meio do testamento ou instrumento que o valha em formalidade e garantia.

Desse modo, verifica-se que no Brasil, as técnicas de reprodução humana assistida *post mortem*, possuem uma permissibilidade desde que esteja presente alguns requisitos, como no caso acima a prévia manifestação da vontade. Assim como, nos casos de gestação de substituição em que, apesar de não haver uma legislação específica, o ordenamento não veda a sua utilização, mas desde que seja de maneira solidária e altruísta.

Há assim um contraponto entre as legislações estrangeiras da Índia e China. De um lado, a Índia apesar de ter uma alta permissibilidade, inclusive nos casos de utilização da barriga de substituição em sua modalidade onerosa, sofre com a exploração das mulheres de baixa renda. Lado outro, a proibição total da China, pode gerar além de utilização da gestação de substituição de maneira clandestina, o não acesso a técnica perante as pessoas que sofrem com infertilidade e buscam realizar o seu plano parental.

Portanto, em que pese a inércia legislativa brasileira, verifica-se um grande avanço na regulamentação administrativa e reconhecimento dos Tribunais em relação às técnicas de reprodução humana assistida, observando os princípios constitucionais do livre planejamento familiar, dignidade da pessoa humana, autonomia privada e igualdade.

12 RECURSO ESPECIAL Nº 1.918.421 - SP (2021/0024251-6). Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ATC&sequencial=128664150&num_registro=202100242516&data=20210826&tipo=64&formato=PDF> . Acesso em: 07 nov. 2021.

6. CONCLUSÃO

O avanço da biotecnologia desafia a ética e o jurídico, fazendo com que ambos caminhem juntos. Porém, a inércia legislativa brasileira gera uma insegurança jurídica diante das técnicas de reprodução humana assistida, o que leva a criação de uma regulamentação iniciada pelo Conselho Federal de Medicina. Como vimos, tal regulamentação não pode ser considerada uma lei mas, desde que siga a Constituição, há um reconhecimento jurídico para a sua aplicabilidade, principalmente dos Tribunais.

Desse modo, apesar de um desamparo jurídico, as técnicas de reprodução humana assistida possuem uma base constitucional, principalmente voltada para a família. Essas técnicas, são uma forma de propiciar o livre desenvolvimento da personalidade daqueles que pretendem ter um filho de sua genética. Partindo desse princípio, verificamos que a não regulamentação jurídica das técnicas não gera a sua proibição, principalmente nos casos de fertilização *post mortem*, em que o companheiro (a) que continuou em vida, possui alguma impossibilidade para gerar uma criança e por isso precisa de uma gestação de substituição.

Esse panorama, está baseado no princípio do livre planejamento familiar, em que o casal possui autonomia para estipular quando e quantos filhos pretendem ter e nestes casos, o Estado deve ser uma ferramenta apta a propiciar tal planejamento. Ademais, conforme discutido, pautado no princípio da igualdade entre o casal, verificamos que o artigo 1.597 do Código Civil, ao permitir a utilização do material genético após a morte do homem, também gera a permissibilidade do companheiro utilizar o material genético após a morte da mulher, através de uma barriga de substituição. Tal entendimento, também foi reconhecido pela VIII Jornada de Direito Civil no Enunciado 633, consagrando assim a dignidade da pessoa humana, a autonomia privada, o livre planejamento familiar e a igualdade entre o casal.

Ademais, ressalta-se que há um avanço significativo na biotecnologia no âmbito brasileiro, como no caso da barriga de substituição atrelada ao solidarismo e altruísmo, com permissibilidade aos casais homossexuais e pessoas solteiras, conforme estipulados nas Resoluções do Conselho de Medicina mas, tal avanço trazido pelas Resoluções não pode eximir o legislador de atuar ativamente, visto a necessidade de uma legitimidade e segurança jurídica para regulamentar os avanços biotecnológicos.

Assim, conclui-se que o reconhecimento da utilização da técnica de gestação de substituição perante a morte de um dos companheiros que deixou em vida o seu material

genético é uma forma de aquele que restou em vida, desenvolver seu plano parental e ter um filho de sua própria genética, ou seja, de desenvolver a sua personalidade. Desse modo, há uma necessidade de manter estudos e discussões a respeito, para que ocorra uma regulamentação jurídica como uma forma de garantir e concretizar ainda mais este direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2012.

ALMEIDA, Renata Barbosa de. **Direito ao Planejamento Familiar e o Choque de Consentimentos sobre o Uso dos Embriões: o Caso *Evans Versus Reino Unido* Sob a Ótica do Direito Brasileiro**. Separata de Lex Medicine.Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 6. Número 12. Julho-Dezembro 2009, p.91-106.

BRASIL. **Código civil de 10 de janeiro de 2002**. institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> . Acesso em: 16 jan. 2021.

BRASIL. [Constituição de 1988], **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.263 de 12 de Janeiro de 1996**. Regula o §7º do artigo 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm>. Acesso em: 16 jan. 2021.

CHELONI, Jullyane Cristina. Fertilização Post Mortem: análise das consequências jurídicas da utilização de material criopreservado após a morte de seu titular. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifca Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020. Disponível em:<http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_JullyaneCristinaCheloni_8246.pdf> Acesso em: 16 jan. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1.358/1992. Disponível em:<<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1992/1358>> Acesso em: 16 jan. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 2.168/2017. Disponível em:<https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19405123/dol-2017-11-10-resolucao-n-2-168-de-21-de-setembro-de-2017-19405026>. Acesso em: 16 jan. 2021

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 2.013/2013. Disponível em:<<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 2.121/2015. Disponível em:<<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121>>. Acesso em: 28 out. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 2.294/2021. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>>. Acesso em: 27 out. 2021.

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga:** estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. 2. ed. rev. São Paulo: R. dos Tribunais, 2011.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. Curso Didático de Direito Civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

ENUNCIADO 633. **VIII Jornada de Direito Civil.** Brasília, 2018. Disponível em:> <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1170><. Acesso em: 28 de out. 2021.

FERNÁNDEZ, María. O custo de ser mãe aos 40 faz prosperar uma bilionária indústria de reprodução assistida. El país, 2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/19/actualidad/1563549009_803035.html> Acesso em: 23 out. 2021.

FONTDEGLÒRIA, Xavier. Bebê nasce quatro anos depois da morte dos pais na China. El país, 2018. Disponível em:<https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/12/internacional/1523522144_357624.html> Acesso em: 04 nov. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, volume 6: Direito de Família, 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GORTÁZAR, Naiara Galarraga. Barbacena, a cidade-manicômio que sobreviveu à morte atroz de 60.000 brasileiros. El país, 2021. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2021-09-05/barbacena-a-cidade-manicomio-que-sobreviveu-a-morte-atroz-de-60000-brasileiros.html>> Acesso em: 19 out, 2021.

KUMART, Sakshee. India's Attempt to Regulate Surrogacy – A case of Excessive State Intervention and Blinkered Law-Making*. SCC Online, 01 out.2021. Disponível em: <<https://www.sconline.com/blog/?p=255069>>. Acesso em: 04 nov. 2021.

LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 53,1 jan. 2002. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>>. Acesso em: 31 jan. 2021.

MACÊDO, Manoel Antônio Silva. Criopreservação de embriões e suas implicações ético-jurídicas: análise no âmbito do princípio da autonomia privada concernente à liberdade de planejamento familiar face às limitações legais e bioéticas. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifca Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.

MOTTA, Sylvio. Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e questões. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MULHER usa sêmen do filho morto e barriga de aluguel para se tornar avó. BBC, Brasil, 24 fev. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-43162469>> Acesso em: 03 de nov. 2021.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.918.421 - SP (2021/0024251-6). Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ATC&sequencial=128664150&num_registro=202100242516&data=20210826&tipo=64&formato=PDF>. Acesso em: 07 nov. 2021.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil. 3 ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2013. E-Book Kindle.

RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia privada e direito ao livre planejamento familiar: como as escolhas se inserem no âmbito de autodeterminação dos indivíduos na realização do projeto parental?. 2015. Dissertação (Doutorado em Direito). Pontifícia Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Bioética e Biodireito. 5. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

SAMPAIO, Kelly Cristine Baião. Reflexões acerca da incidência dos princípios da liberdade individual e da Solidariedade Social nas relações familiares. **Ética e Filosofia Política**, v. 2, 2009. Disponível em: <http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/11/11_2_kelly.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2021.

SANDEL, Michael J. Contra a perfeição. Ética na era da engenharia genética. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTIAGO, Juliana Faria. Gestação por Substituição: a Ordem Pública Internacional e o Melhor Interesse do Menor. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

SCHETTINI, Beatriz. O Tratamento Jurídico do Embrião Humano no Ordenamento Brasil. 1. ed. Ouro Preto: Editora Ouro Preto, 2015.

SCHETTINI, Beatriz. Reprodução Humana e Direito: O Contrato de Gestação de Substituição Onerosa. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2019.

SHASHA, Chen. Chinese legislator to propose allowing gestational surrogacy among specific groups. Global Times, 02 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.globaltimes.cn/page/202103/1216975.shtml>>. Acesso em: 07 nov. 2021.

SILVA, Daniel. "Barriga de Aluguel" Análise do caso "Baby M" e a ótica na Justiça brasileira. Jusbrasil. Disponível em: <https://dvasconceloss.jusbrasil.com.br/artigos/426179697/barriga-de-aluguel>. Acesso em: 17 de dez. 2021.

STJ proíbe implantação de embriões após morte de um dos cônjuges. Migalhas, 8 jun. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/346777/stj-proibe-implantacao-de-embrioes-apos-morte-de-um-dos-conjuges>>. Acesso em: 07 nov. 2021.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito de Família. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TARTUCE, Flávio. A nova resolução 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina sobre a utilização das técnicas de reprodução assistida. Migalhas, 2021. 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: 27 de outubro de 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Direito de Família- vol.6. TEPEDINO, Gustavo. Fundamentos do Direito Civil. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.