

As inconstitucionalidades da Resolução 2.294/2021 do CFM sobre a utilização das técnicas de reprodução assistida.

Maria Berenice Dias[\[1\]](#)

Marta Cauduro Oppermann[\[2\]](#)

Sumário: 1. Livre planejamento familiar. 2. Gestação de substituição. 3. Princípio do livre planejamento familiar. 4. Direito da personalidade. Resolução 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina. 5. Conclusão.

Acaba o Conselho Federal de Medicina de editar a Resolução 2.294/2021, que aponta normas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Apesar de o propósito ser o aperfeiçoamento das práticas e a observância aos princípios éticos e bioéticos para trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, em observância aos princípios éticos e bioéticos, repete inconstitucionalidades das normatizações pretéritas e impõe mais restrições ao sonho das pessoas de ter filhos. Deste modo, mais do que avanços, o novo regramento provoca retrocesso que não se coaduna com a garantia constitucional e legal que assegura o livre planejamento familiar.

1. O DIREITO CONSTITUCIONAL AO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

Diz a Constituição da República que a **família** é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado (CFRB, art. 226). O mesmo se dá em âmbito internacional: a Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece que *a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.* [3]

Muito mais do que um conceito fechado, a entidade familiar no Brasil e no mundo não se esgota numa identificação singular, assumindo diversos desenhos, a justificar sua denominação no plural: **famílias**.

Não por outra razão, o texto constitucional, em um único dispositivo, [4] passou a proteger de forma **igualitária** qualquer dos membros integrantes da família – quer nas constituídas pelo **casamento** ou pela **união estável**, quer nas famílias **monoparentais** [5] -, chancelando o direito ao **livre planejamento familiar**. [6] Cuida-se de premissas que pairam sobre toda a organização jurídica brasileira e são a porta de entrada para **qualquer leitura interpretativa** do direito. [7]

Buscando regulamentar o comando do constituinte, o legislador infraconstitucional editou a Lei 9.263/1996, garantindo **a todo cidadão** o exercício do **livre planejamento familiar**, ou seja, de ações de regulação da fecundidade que garantam *direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal*, [8] a partir do **oferecimento de todos os métodos e técnicas de concepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção**. [9]

Eis os marcos que norteiam o planejamento familiar no Brasil: liberdade de opção dentre todos os métodos e técnicas de concepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas. Para Guilherme da Gama Calmon, trata-se de direito de natureza **fundamental**:

*O direito à reprodução deve ser reconhecido no âmbito constitucional como **direito fundamental**, a princípio como reflexo – ou uma das manifestações – do princípio e direito à liberdade, daí a procriação natural em que o homem e a mulher, na esfera do mais privado dos interesses – resolvem manter relação sexual e, responsabilmente, concebem um novo ser dentro do projeto parental. [\[10\]](#)*

Tão almejado por aqueles que nutrem o desejo de ter filhos, o direito reprodutivo ganhou outro significado a partir do **avanço da ciência e do surgimento das técnicas de reprodução assistida**. Um enorme colorido de opções passou a estar a serviço de toda e qualquer pessoa. Ninguém precisa ter par, manter relações sexuais ou ser fértil para se tornar pai ou mãe. O sonho de constituir uma família está ao alcance de **qualquer um**.

Nesta vasta gama de opções proporcionadas pela Medicina, a **gestação de substituição** é uma das formas de concretizar o direito constitucional ao planejamento familiar e de reprodução, assegurando a todos a experiência da maternidade ou paternidade.

E se é dever dos profissionais das áreas médicas zelar para que seus pacientes usufruam dessas técnicas com segurança, é dever dos operadores do direito zelar pela **devida interpretação do texto constitucional e infraconstitucional** no que diz com a gestação por substituição.

2. A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO E A RESOLUÇÃO 2.294/2021 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA: INCONSTITUCIONALIDADE DAS LIMITAÇÕES AO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

Gestação por conta de outrem, por substituição ou por sub-rogação são expressões que nada mais retratam do que a popularmente conhecida **barriga de aluguel**.

A recente regulamentação do Conselho Federal de Medicina – Resolução 2.294/2021, autoriza o uso das técnicas de reprodução assistida aos heterossexuais, homoafetivos e transgêneros. No entanto impõe mais exigências para a gestação de substituição ou cessão temporária do útero do que os regramentos anteriores:

1. a) a existência de **problema médico** que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira;
2. b) que a cedente temporária do útero deve ter ao menos um filho vivo e pertencer à família de um dos parceiros **parentesco consanguíneo até o quarto grau**; e
3. c) **ausência de caráter lucrativo ou comercial** para a cessão temporária do útero.

Em que pese o inequívoco objetivo de conferir eticidade à gestação de substituição, a regulamentação acabou atribuindo **vigoroso caráter restritivo ao procedimento**, descuidando-se do que determina a Constituição da República e a Lei 9.263/1996.

Corolário lógico do **princípio da legalidade**, *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei* (CFRB, art. 5, inc. II). Significa que no âmbito das relações particulares é possível fazer tudo o que a lei não proíbe, em atenção ao princípio da **autonomia da vontade**.

Considerando que os comandos constitucional e legal primam pelo **livre acesso de todos às técnicas de concepção** – do que é exemplo a gestação de substituição –, as referidas exigências acabam representando **verdadeiro óbice** à concretização do sonho de ter uma família.

Daí a indispensabilidade de o Conselho Federal de Medicina atentar ao que diz a Constituição e a Lei, as quais **nada, absolutamente nada** referem a embasar premissas cerceadoras do direito fundamental ao **livre planejamento familiar**. Pelo

contrário, a legislação assegura o oferecimento de ***todos os métodos e técnicas de concepção que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção*** (Lei 9.263/1996, art. 9º).

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

Nem o caráter deontológico da Resolução autoriza sua sobreposição ao texto legal e à garantia constitucional, mormente quando coloca em xeque o direito à procriação, à constituição da família e, em última *ratio*, ao direito à felicidade.

3. O DIREITO DE DISPOSIÇÃO OU NÃO DO PRÓPRIO CORPO

As mais nobres motivações humanas podem validar tanto a decisão de uma mulher que escolhe **dispor** do seu corpo a fim de que **outra pessoa** constitua sua família, quanto àquela que escolhe **não dispor** do seu próprio corpo para engravidar.

Altruísmo, gratidão ou necessidade são algumas das motivações louváveis que podem fazer com que uma mulher queira engravidar para outrem ou escolher alguém para engravidar por ela. Mesmo frente a razões tão dignas, nenhuma delas seria suficiente para ultrapassar os requisitos impostos pela Resolução 2.294/2021.

Sendo o corpo um capital físico, simbólico e seus valores vinculados a questões morais, religiosas, filosóficas e econômicas, [\[11\]](#) sua disponibilidade é motivo de discórdia social e prática ainda socialmente reprovada.

Trata-se de limitação arraigada em uma concepção social

puramente preconceituosa e discriminatória, sem qualquer razoabilidade. Sequer há falar em impedimento de ordem legal, uma vez que nem a Constituição da República e nem a legislação preveem qualquer limitação à **escolha** pela gestação de substituição, seja por parte de quem gesta, seja por parte de quem busca este procedimento.

O corpo é considerado um aspecto da personalidade, protegido constitucionalmente no plano do direito público e privado. O Código Civil utiliza o termo *Direitos da Personalidade* para fazer referência aos atributos humanos, exigindo proteção especial também nas relações entre particulares.[\[12\]](#)

Positivados nos artigos 11 a 21 do Código Civil, não podem sofrer limitação voluntária (CC, art.11), sendo **defeso** o ato de disposição do próprio corpo quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes (CC, art. 13).

Conquanto a abordagem do Código seja demasiadamente rígida e estrutural, trazendo sobre o tema *soluções fechadas* que não se ajustam bem à realidade contemporânea e à natureza dos direitos da personalidade,[\[13\]](#) não há qualquer vedação **expressa** à gestação de substituição. Assim, cumpre perquirir se tal importaria em diminuição permanente da integridade física, oposição aos bons costumes ou seria uma limitação voluntária.

Definitivamente, a gestação de substituição – ou qualquer gestação – não acarreta a perda parcial da integridade física da gestante, quiçá permanente. Inegável que a gravidez gera inúmeras alterações hormonais e corporais, mas todas reversíveis.

Com sua costumeira perspicácia, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que se a gravidez ocorresse no corpo dos homens, certamente esta questão já estaria regulamentada.[\[14\]](#) Por quais motivos os lutadores profissionais recebem aval para

dispor livremente da sua integridade física, colocando em risco a vida para praticarem uma luta tradicionalmente apreciada no meio masculino, mas a mulher não pode carregar por nove meses um novo ser?

Da mesma forma, não há como julgar contrário aos bons costumes o ato de alteridade de quem gesta um filho para outrem. Seja qual for a motivação, estará participando da concretização do tão sonhado desejo de outrem de constituir uma família.

Em uma sociedade pluralista, que protege constitucionalmente os mais diversos estilos de vida e preconiza a tolerância e a não-discriminação, torna-se tarefa de difícil justificativa a proibição de atos individuais que não atinjam terceiros, sob o fundamento da violação dos bons costumes. [\[15\]](#)

Na hipótese de os atos de autonomia não gerarem efeitos jurídicos para além da esfera jurídica do seu titular, afasta-se definitivamente a cláusula geral de bons costumes, tratando-se de ato de eficácia pessoal, a salvo de qualquer limitação que seja alheia à vontade do titular. [\[16\]](#)

Não por outra razão, nos países em que a gestação de substituição é realizada sem tantas limitações, são inúmeros os relatos de “finais felizes”: quem gesta sabe que ajudou alguém e, quem recebe o filho, sente a maior alegria e profundo agradecimento. Por que tal prática poderia afrontar os bons costumes?

Em estudo realizado nos Estados Unidos, onde diversos estados permitem inclusive a contraprestação às chamadas *surrogates*, foi verificado que, ao contrário do que se presume, **as mulheres gestantes não estão inseridas em um contexto de vulnerabilidade ou se sentem exploradas**. Pelo contrário, várias justificam a participação em tais projetos por se sentirem realizadas e orgulhosas de poderem fazer a diferença na vida de casais sem filhos.

Contrasting with this assertion, according to Stark (2012, p.

8), studies of US surrogates report that most surrogates “are white, married, Christian, and not especially poor. They do not feel exploited... Many report that they enjoy being pregnant. They are proud of their accomplishment, and glad that they could make such a difference in the lives of otherwise childless couples.”[\[17\]](#)

A gestação de substituição nos Estados Unidos é prática tão difundida e não estigmatizada, que a procura por este método de concepção é expressiva tanto por mulheres que se propõe a gestar,[\[18\]](#) quanto por aquelas que por algum motivo não podem ou não querem carregar o filho em seu ventre. São inúmeras as celebridades que se socorrem desta prática para concretizarem seus sonhos parentais,[\[19\]](#) havendo incontáveis situações em que o bom relacionamento e a enorme gratidão à gestante são publicizados na mídia e em redes sociais.

Quanto à impossibilidade de direitos da personalidade sofrerem limitação voluntária, como o próprio texto sugere. nem mesmo o radicalismo do artigo 11 do Código Civil[\[20\]](#) está imune à relativização, A irrenunciabilidade de um direito da personalidade significa apenas que seu titular **não pode se desfazer dele de modo definitivo.**[\[21\]](#) Nesse sentido, o Enunciado nº 4 da I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos da Justiça Federal: *o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.*[\[22\]](#)

Destarte, embora a codificação civil traga importantes guias para os limites dos atos de disposição dos direitos da personalidade, não são considerados absolutos e tampouco representam qualquer limitação à prática da gestação de substituição. Perceber igualmente dignas as escolhas da mulher que dispõe temporariamente do seu útero para gestar o filho de terceiros, bem como daquela que não deseja fazer uso do seu útero para ter um filho constitui importante passo na construção de uma sociedade que protege o direito ao livre planejamento familiar sem distinção, sem discriminação.

4. DESCABIMENTO DA EXIGÊNCIA DE RELAÇÃO DE PARENTESCO NA GESTAÇÃO DE SUSBTITUIÇÃO E DE A CEDENTE TER PELO MENOS UM FILHO: VIOLAÇÕES AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

A ampliação do rol de pessoas que podem lançar mão das técnicas de reprodução assistida, como transgêneros, é um avanço. No entanto, **a imposição da presença de relação de parentesco** entre os envolvidos e a exigência de a cedente do útero ter ao menos um filho vivo, além de cercear o direito constitucional ao livre planejamento familiar, impõe **incontestável condição de desigualdade**.

Diz a Constituição da República que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País **a inviolabilidade do direito à igualdade** (CFRB, art. 5º). Cuida-se da consagração de um dos mais importantes princípios constitucionais, que deve nortear a atuação do **legislador, do intérprete da lei e do particular**.

Sendo assim, dispondo a Resolução 2.294/2021 sobre uma técnica que deve estar ao alcance de todos, **é claramente inconstitucional a sua limitação** apenas às pessoas que possuem parentes mulheres de até o quarto grau, com pelo menos um filho vivo.

Sequer a sujeição ao Conselho Regional de Medicina dos casos em que inexistem parentes com possibilidade de gestar ou disponibilidade para tanto, supre este fator de inequívoca desigualdade. Isso porque, a Resolução não informa qual ou quais critérios devem ser utilizados nestas situações, sendo absoluta a falta de transparência que envolve uma decisão que é tão importante para os envolvidos.

Ao depois, frente à relativização dos vínculos biológicos e à sedimentação dos vínculos socioafetivos, seria de enorme

prudência que a Resolução albergasse formalmente tais hipóteses, mormente quando a socioafetividade consiste em um ato fato jurídico, que decorre de comportamento que, ao longo do tempo, constitui uma relação de parentesco.

Ora, a exigência de parentesco não decorre de fatores médicos, a garantir, por exemplo, maior segurança no desenvolvimento do feto. A autorização – ou não – acaba ocorrendo por fatores absolutamente aleatórios, sem **qualquer razão de ordem médica a ensejar tal restrição**. E na ausência de uma justificativa, infere-se que a exigência do parentesco serve tão só para **inibir as chances de remuneração** à mulher que gesta. Porém, **dita proibição já está expressa na Resolução** (item VII, ponto 2).

Logo, **não há qualquer relação de causalidade entre a norma e seu propósito**, tornando a restrição não só **desigual**, mas absolutamente **desproporcional**.

Na medida em que o princípio da proporcionalidade decorre da existência relações causais, em que o meio e o fim são permeados pela adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, a ausência da finalidade neste controle normativo (meio) leva à sua automática inadequação, desnecessidade e desproporcionalidade em sentido estrito.[\[23\]](#)

Igualmente do ponto de vista psíquico é de todo desaconselhável a busca pela manutenção da gestação de substituição no seio da família. O aparente aspecto incestuoso que pode advir de uma gravidez entre parentes é inegavelmente um fator negativo para o filho que terá dificuldade de entender, por exemplo, como foi gerado pela avó, sem que tenha havido uma relação sexual de seu pai com ela.

De outro lado, necessidade de submeter o pedido ao órgão estadual, que não realiza qualquer procedimento investigatório sobre a alegação de inexistir alguma parente disposta a gerar uma criança, subtrai qualquer conteúdo decisório, mostrando-se

providência oca, que só serve para retardar os anseios de quem sonha ser pai, ser mãe.

Destarte, nada justifica retirar dos médicos que estão à frente de seus pacientes a decisão pela melhor forma de concretização deste tão sonhado projeto parental. A segurança e seriedade que envolvem sua realização manifesta-se não pela existência da relação de parentesco entre todos os envolvidos, mas pela visão ética do profissional que irá realizar o procedimento.

5. CONCLUSÃO

São inúmeros os avanços na área da engenharia genética, os quais, no entanto, não podem ficar restritos a uma ínfima parcela de pessoas. Não é possível alijar, ou impor dificuldades enormes a quem não possui parentes que possam contribuir com o inequívoco e incontestável direito de todos de ter a sua família.

O Conselho Federal vem regulamentando a utilização das técnicas de reprodução assistida. Por se tratar de tema ainda tão injustificavelmente estigmatizados, age com excesso, impondo restrições e limitações de todo descabidas.

Por isso se fazem necessários subsídios jurídicos para que se possa avançar, de forma que a missão médica caminhe lado a lado ao comando constitucional, que assegura o direito ao livre planejamento familiar.

No que diz respeito especificamente à gestação de substituição, é necessário reconhecer que algumas das condições exigidas vão de encontro ao comando constitucional e infraconstitucional, aniquilando assim o direito de acesso a esta técnica, que ainda revolve grandes mitos e medos.

Vigorando no Brasil o **princípio da legalidade**, segundo o qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei* (CFRB, art. 5, inc. II), as disposições do Conselho regulador da atividade médica devem atentar aos **ditames constitucionais**.

De outro lado, é necessário considerar que a legislação infraconstitucional garante a liberdade de opção, assegurando o oferecimento de todos os métodos e técnicas de concepção que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas (Lei 9.263/1996, art. 9º).

Indispensável, portanto, que a regulamentação do Conselho Federal de Medicina, disponha de razoabilidade, ditando diretrizes para que os médicos possam colocar em prática, com segurança e ética, a missão de levar saúde e felicidade a seus pacientes.

Nada justifica impor restrições sem critérios científicos e motivações médicas, o que enseja afronta a um punhado de princípios constitucionais.

Publicado em 04/08/2021.

[\[1\]](#) Sócia do Escritório Maria Berenice Dias Advogados, Vice-Presidente Nacional do IBDFAM.

[\[2\]](#) Sócia do Escritório Maria Berenice Dias Advogados, Associada do IBDFAM.

[\[3\]](#) DUDH, XVI, 3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado

[\[4\]](#) CFRB, art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[\[5\]](#) VELOSO, Zeno. *Homossexualidade e Direito*. Jornal O Liberal de Belém do Pará em 22/05/1999.

[6] CFRB, art. 226, § 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

[7] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 24.

[8] Lei 9.263/1996, art. 2º. Para fins desta Lei, entende-se 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.

[9] Lei 9.263/1996, art. 9º. Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

[10] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 711.

[11] Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/858/Barriga+de+aluguel%3A+o+corpo+como+capital>>. Acesso 10/06/2021.

[12] SCHREIBER, Anderson. *Direitos das Personalidade*. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 13

[13] SCHREIBER, Anderson. Ob Cit. p.12.

[14] Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/858/Barriga+de+aluguel%3A+o+corpo+como+capital>>. Acesso 10/06/2021.

[15] TEPEDINO, Gustavo, et.al. *Código Civil interpretado*

conforme a *Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, vol. I, p. 37.

[16] CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Notas sobre a cláusula geral de bons costumes: a relevância da historicidade dos institutos tradicionais do Direito Civil*. Pensar – Revista de Ciências Jurídicas, v. 22, n. 02, 2017. p. 440.

[17] Em tradução livre: Contrastando esta assertiva, de acordo com Stark, estudos reportam que as gestantes nos EUA são na sua maioria “brancas, casadas, cristãs e não necessariamente pobres. Elas não se sentem exploradas... Muitas referem que gostam de estar grávidas. Elas se sentem orgulhosas das suas conquistas e felizes que podem fazer tanta diferença na vida de um casal que não tem filhos.” BROMFIELD, Nicole F.; ROTABI, Karen Smith. *Global Surrogacy, Exploitation, Human Rights and International Private Law: A Pragmatic Stance and Policy Recommendations*. Global Social Welfare, [s.l.], v. 1, n. 3, p.123-135, 1 jul. 2014. Springer Science and Business Media LLC. <http://dx.doi.org/10.1007/s40609-014-0019-4>. p. 125.

[18] Op.loc. cit., p. 126.

[19] Disponível em <<https://www.usmagazine.com/celebrity-moms/pictures/celebrities-who-had-children-via-surrogates/gabrielle-union-and-dwyane-wade/>> Acesso em 10/06/2021.

[20] CC, art. 11: Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

[21] SCHREIBER, Anderson. Ob Cit. p. 26

[22] I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudo da Justiça Federal, Enunciado 4: Art. 11: O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.

[\[23\]](#) ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 161.