**GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: O DIÁLOGO DAS FONTES ENTRE A RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA Nº 2.320/2022 E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**SURROGACY: THE DIALOGUE OF THE SOURCES BETWEEN THE RESOLUTION OF THE FEDERAL COUNCIL OF MEDICINE Nº 2.320/2022 AND THE BRAZILIAN LEGAL SYSTE**M

Ana Paula Floriani de Andrade[[1]](#footnote-1)\*

Helena Maria Zanetti de Azeredo Orselli[[2]](#footnote-2)\*\*

Priscila Zeni de Sá[[3]](#footnote-3)\*\*\*

**Resumo**

A gestação de substituição consiste em uma técnica pela qual uma mulher gesta filho alheio. Este artigo tem o objetivo geral de analisar o diálogo das fontes entre a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.320/2022 e o ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente a Constituição Federal e o Código Civil no que tange à gestação de substituição, visto que ainda é um tema que carece de uma legislação que o regulamente. Desse modo, frente ao vazio legislativo, urge aceitar outras normas que cumpram esse papel garantindo segurança jurídica para os profissionais da saúde e a família que contrata a gestação de substituição. Ademais, o ordenamento jurídico precisa acompanhar a evolução científica nas áreas biológica e médica, posto que o conceito de maternidade, tradicionalmente estipulada pelo parto, é confrontado com esse avanço tecnológico e deve abranger as diversas formas de maternidades. Nesta pesquisa empregam-se o método de investigação indutivo e as técnicas de coleta de dados, fichamentos e análise de conteúdo.

**Palavras-chave:** Diálogo das fontes; Gestação de substituição; Maternidade; Ordenamento jurídico; Reprodução assistida.

**Abstract**

Surrogacy is a technique by which a woman gives birth to someone else's child. This paper aims to analyze the dialogue of the sources between the Resolution of the Federal Council of Medicine nº 2.320/2022 and the Brazilian legal system, specifically the Brazilian Constitution and the Civil Code regarding the surrogacy, since it is still a theme that lacks legislation regulating it. Thus, facing the normative void, it is necessary to accept other norms that fulfill this role providing legal certainty for health professionals and the family that hires the surrogacy method. Moreover, the legal system needs to follow scientific evolution in the biological and medical areas, since the concept of motherhood, traditionally stipulated by childbirth, is confronted with this technological advance, and it needs to embrace the diverse forms of motherhood. This research was carried out using the inductive investigation method and the techniques of data collection, records and content analysis.

**Keywords:** Assisted reproduction; Dialogue of the sources; Legal system; Motherhood; Surrogacy.

**1 INTRODUÇÃO**

A Constituição Federal do Brasil de 1988, ao estabelecer a igualdade jurídica entre os filhos, qualquer que seja sua origem, deu um importante passo na valorização de outros vínculos familiares além do biológico. No final da segunda metade do século passado, houve também uma grande evolução científica nas áreas das ciências médicas, especificamente em relação às técnicas de reprodução assistida, que podem auxiliar pessoas que não conseguem reproduzir pelas vias naturais. A reprodução medicamente assistida consiste em “um conjunto de técnicas, utilizadas por médicos especializados, que tem por finalidade facilitar ou viabilizar a procriação por homens e mulheres estéreis ou inférteis” (SOUZA, 2010, p. 349).

Conjuntamente com as técnicas de reprodução assistida, pode ser empregada a gestação de substituição, que surgiu como uma modalidade que possibilita à pessoa que está impossibilitada de gestar, devido a problemas médicos que impeçam essa gestação ou em casos de união homoafetiva, ter filhos.

Trata-se de gestação por uma terceira pessoa que cede temporariamente seu útero em prol do projeto parental alheio (GRAZIUSO; CARLOS, 2021, p. 1-2), podendo-se utilizar material genético desse casal ou de terceiros, ou seja, a pessoa que cederá o útero não será a mãe genética da criança, não havendo qualquer vínculo parental entre a cedente de útero e a criança que esta gerou.

Entretanto, por mais que esta prática exista há anos, no Brasil, ainda não há uma legislação específica, suscitando dúvidas e causando dificuldades quanto a sua realização por quem precisa recorrer a este método. Nesse viés, será analisado o diálogo das fontes entre a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.320/2022 e as regras e princípios que compõem o ordenamento jurídico brasileiro, de forma a ampliar o sistema de fontes para entender a normatividade das resoluções do Conselho Federal de Medicina, não se limitando apenas às leis positivadas.

Assim, pretende-se verificar de que maneira acontece esse diálogo das fontes, investigando a normatividade da resolução a despeito de não ser propriamente uma regra jurídica, buscando seus fundamentos nos princípios e demais regras do ordenamento para qualificá-la como norma a ser aplicada nos procedimentos de reprodução assistida e gestação de substituição.

No segundo tópico será analisada a maternidade no ordenamento jurídico frente aos avanços científicos que acabam colocando em crise o seu conceito, de modo que esse precisou adequar-se à evolução social e jurídica, pois por anos sua definição seguiu inabalável, considerando-se apenas o fator biológico, ou seja, mãe é quem dá à luz, mas, com o procedimento da gestação de substituição, este conceito tornou-se ultrapassado.

Já no terceiro tópico, apontar-se-ão a falta de legislação específica sobre a gestação de substituição e a Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina, que vem regulamentando a reprodução assistida, malgrado não possua força legislativa, tendo em vista que referido Conselho tem o poder de tornar obrigatória sua aplicação em todo território nacional, por ser uma autarquia federal com atribuições conferidas por lei quanto à regulamentação da atividade dos profissionais da medicina.

Por fim, o quarto tópico analisará o diálogo das fontes entre a Resolução nº 2.320/22 do Conselho Federal de Medicina e a Constituição Federal de 1988 bem como o Código Civil de 2002, uma vez que, em decorrência de inexistir uma legislação específica quanto à gestação de substituição no Brasil, foi preciso ampliar o sistema de fontes para sanar o vácuo normativo existente, possibilitando que normas diversas regulamentem as necessidades sociais e jurídicas, e verificando de que forma ela se aplica.

O método de investigação utilizado nesta pesquisa é o indutivo, e são empregadas as técnicas de revisão de literatura, coleta de dados por meio de fichamentos de obras e normativas, que são posteriormente analisados pela técnica de análise de conteúdo.

**2 MATERNIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO E OS AVANÇOS CIENTÍFICOS QUE CONFRONTAM SEU CONCEITO**

Inicialmente salienta-se que o conceito de família na sociedade brasileira se modificou muito ao longo dos tempos, visando adequar-se à evolução social e jurídica até chegar a sua conformação atual e contemporânea, reconhecendo-se outras formas de constituição familiar, além da inicialmente aceita, através dos laços sanguíneos e do casamento.

Da mesma maneira, o conceito de filiação sofreu alteração desde a nova ordem constitucional, que, em seu artigo 227, parágrafo 6º (BRASIL, 1988), proíbe qualquer forma de discriminação entre os filhos havidos ou não da relação do casamento, sendo considerada agora a filiação como uma relação jurídica entre pais e filhos, independentemente do vínculo consanguíneo, determinada pela relação de parentesco mais ampla, fundada no afeto e que inclui as relações decorrentes até mesmo da reprodução assistida, conforme traz Lôbo:

O estado de filiação desligou-se da origem biológica e de seu consectário, a legitimidade, para assumir dimensão mais ampla que abranja aquela e qualquer outra origem. Em outras palavras, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não biológica. Daí, é de se repelir o entendimento que toma corpo nos tribunais brasileiros de se confundir estado de filiação com origem biológica, em grande medida em virtude do fascínio enganador exercido pelos avanços científicos em torno do DNA. Não há qualquer fundamento jurídico para tal desvio hermenêutico restritivo, pois a Constituição estabelece exatamente o contrário, abrigando generosamente o estado de filiação de qualquer natureza, sem primazia de um sobre outro (LÔBO, 2004, p. 48).

No que concerne especificamente à maternidade, esta possui proteção constitucional no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como um dos direitos fundamentais sociais (BRASIL, 1988). Assim como o conceito de família e filiação sofreram drásticas mudanças, não foi diferente com a maternidade, um exemplo disso é a gestação de substituição, popularmente conhecida como “barriga de aluguel” ou “barriga solidária”, que, frente aos avanços científicos, colocou em xeque o que se entendia por maternidade.

Ressalta-se que o termo maternidade de substituição não é o mais adequado a se usar, porque maternidade refere-se à função maternal, e, nesse caso, a função que a mulher que gera essa criança exerce é apenas a gestacional, e não a função efetiva de ser mãe, portanto a expressão mais correta a ser utilizada é a gestação de substituição:

Entendemos que a terminologia vulgar “barriga de aluguel”, apesar de ser a mais conhecida, é um termo pejorativo e, demais disso, a disposição onerosa de qualquer parte do corpo humano é crime. Maternidade de substituição e maternidade por sub-rogação também não nos parecem denominações ideais, pois não há a figura da substituição ou da sub-rogação daquela que desempenha a função materna [...]. A melhor terminologia, s. m. j., é a utilizada na Resolução 1.358/92 do CFM [atualmente revogada e substituída pela Resolução 2.320/22], já que a gestação é feita por terceira pessoa, podendo se usar, aí sim, a adjetivação “de substituição”. Gestação por outrem também é uma denominação bastante adequada (SOUZA, 2010, p. 356) (com destaques no original).

Durante séculos o conceito de maternidade seguiu inabalável, uma vez que a mãe sempre é certa biologicamente falando, diferentemente do pai, para cuja determinação há as formas de estabelecimento da paternidade previstas no ordenamento jurídico. Já quanto à mãe, não se tinha como colocar em dúvidas quem essa seria, devido ao período gestacional, pois “mãe é normalmente a mulher que, desejando ter um filho, o concebe e dá à luz uma criança, entretanto a ciência trouxe a dissociação desses fatores, tornando necessário o conhecimento de outras circunstâncias, para afirmar quem é a mãe” (SILVA, 2011, p. 59), diante das novas tecnologias na área da reprodução assistida.

A partir do desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, com as quais se tornou possível a gestação de substituição, a filiação maternal deixou de ser determinada pelo parto, haja vista que a pessoa que não pode gestar poderá não obstante ser mãe, estabelecendo-se um contrato entre essa e aquela que cede seu útero temporariamente para gestar o filho da primeira.

Importante é frisar que a encomendante nem sempre terá laços genéticos com a criança, o que lhe retira a condição de mãe genética, porque em muitas ocasiões essa mulher não conta apenas com a impossibilidade física de gestar seu filho, mas também com algum tipo de esterilidade que não lhe permite a produção do óvulo a ser fertilizado. Não conterá ainda a condição de mãe biológica, já que também não será a encarregada de gestar o bebê, havendo necessário esvaziamento do conteúdo genético ou biológico da maternidade (SILVA, 2011, p. 59).

Assim sendo, releva-se que o que caracteriza a maternidade na gestação de substituição não é o parto, nem a carga genética, mas o elemento volitivo, o desejo de ter filhos, tal qual a procura pela clínica de reprodução assistida e a escolha de quem seria a gestante em sub-rogação, entre outras ações. Enfim, atos e desejos que demonstram a vontade de ter filhos, que indicarão quem é a mãe, mãe afetiva.

A gestação de substituição é um procedimento proveniente da evolução científica na área médica, que se realiza com a cessão temporária de útero de uma mulher que se dispõe a realizar a gestação por outra pessoa com o material genético dessa, designada como “contratante”, ou de uma doadora. Após o nascimento, a criança será entregue a quem contratou, de modo que a contratante será a mãe de um filho que foi gerado no útero de outra mulher. A cedente de útero, por meio de um contrato realizado entre ela e os contratantes, apenas gesta o filho, para que estes sejam os detentores dos direitos e deveres sobre esta criança, devendo entregá-la logo que nascer (BARBOSA, 2021, p. 8).

Gestação substituição ou “mãe” substituta é entendida por muitos doutrinadores como sendo ato pelo qual uma mulher cede seu útero para a gestação do filho de outra, a quem a criança deverá ser entregue após o nascimento, assumindo a mulher desejosa ou fornecedora do material genético a condição de mãe (SILVA, 2011, p. 52) (com destaques no original).

Portanto, este método surgiu para possibilitar a realização do sonho de ser mãe ou pai a quem não pode gestar uma nova vida pelo meio natural, seja em decorrência de uma contraindicação médica ou da impossibilidade de engravidar e igualmente nos casos de casais homossexuais masculinos.

Ademais, a gestação de substituição pode ocorrer por meio dos procedimentos homólogos ou heterólogos, sendo o procedimento homólogo caracterizado pelo fornecimento do material genético pelo próprio casal para a implantação no útero da cedente de útero, enquanto, no procedimento heterólogo, envolve um terceiro, no caso, um doador de gametas (SOUZA, 2010, p. 356). Este último acaba sendo mais complexo do que o primeiro, pois a criança gerada não terá o vínculo genético com um ou ambos os contratantes dessa cessão de útero.

Nos casos do procedimento de gestação de substituição homóloga, a contratante será a mãe genética da criança sem embargo de que não tenha ocorrido a gestação em seu corpo. Essa modalidade destina-se às mulheres que não possuem condições físicas para manter uma gestação e que almejam ter filhos com seus traços genéticos. No caso de se empregar óvulo de doadora, pela impossibilidade de se utilizar os da paciente, a criança que nascerá não terá liame genético com a paciente, que, todavia, será a mãe afetiva, posto que é o desejo dela de ser mãe o fator determinante para a aplicação da gestação de substituição, estabelecendo-se o parentesco civil, em razão de outra origem que não a natural, como disposto no artigo 1.593 do Código Civil.

Assim, a gestação de substituição, aplicada conjuntamente com a reprodução assistida homóloga ou heteróloga, não confronta apenas o conceito tradicional de maternidade, mas traz consigo a possibilidade de realizar o desejo pela maternidade de diversas pessoas, inclusive não portadores de útero, como homens.

Em consequência, faz-se necessário que os conceitos de família, filiação e maternidade se adequem aos avanços científicos, frente à complexidade e aos diversos questionamentos que a gestação de substituição acarreta variados ramos do direito e da medicina, carecendo de um olhar legislativo que o regulamente.

**3 FALTA DE LEGISLAÇÃO SOBRE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E A REGULAMENTAÇÃO PELO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**

O ordenamento jurídico tem a função de regulamentar as condutas dos indivíduos em uma sociedade através de normas impositivas, pelas quais, de modo coercitivo, o Estado regulariza essas condutas entre si e os indivíduos. Contudo, nem sempre o direito consegue acompanhar a evolução da sociedade, e a realidade jurídica precisa evoluir para atender à complexidade dos fenômenos sociais. Buscando essa conexão entre direito e realidade, é necessário reconhecer uma abertura no sistema jurídico para não o limitar a regras positivadas, mas sim reconhecer a sua unidade a partir de regras e princípios (SÁ, 2018, p. 218).

Para Engelmann (2021, p. 330) “a falta de normas reguladoras específicas não poderá gerar a impressão de um ‘espaço jurídico vazio’, onde tudo que não esteja proibido é permitido”. É nessa realidade que se encontra a gestação de substituição, que, por não estar autorizada ou regulamentada em lei, acaba gerando uma insegurança jurídica tanto para as famílias que decidem optar por esse método, quanto à cedente de útero e aos profissionais da saúde que realizarão o procedimento. Logo, imperioso abrir espaço para além das normas positivadas, construindo soluções para os problemas sociais não legislados, permitindo que todas as fontes do sistema dialoguem e fundamentem juridicamente a resposta construída (SÁ, 2018, p. 233).

Frente a este contexto, o Conselho Federal de Medicina vem regulamentando, por meio de resoluções as normas éticas, a reprodução assistida em decorrência do silêncio legislativo, estando vigente atualmente a Resolução nº 2.320/2022. O Conselho Federal de Medicina é, por determinação legal, uma autarquia federal, isto é, uma personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira. É, juntamente com os Conselhos Regionais, órgão supervisor da ética profissional no país, com atribuição de regulamentar a profissão médica em todo território nacional, bem como com poder para tornar suas resoluções obrigatórias aos profissionais médicos (BRASIL, 1957).

Frisa-se que a Resolução nº 2.320/2022 é a sétima norma já editada pelo Conselho sobre o tema, sendo que a primeira foi a Resolução nº 1.358, que entrou em vigor no ano de 1992; e apenas 18 anos depois, foi editada a Resolução nº 1.957/2010, que foi seguida pelas Resoluções nº 2.013/2013, nº 2.121/2015, nº 2.168/2017 e nº 2.294/2021; até chegar àquela hoje vigente. Percebe-se que, enquanto não se tem uma lei que regulamente a reprodução assistida, o Conselho Federal de Medicina se encarrega de cumprir esse papel, revendo as normas relativas ao tema com frequência, para que venham a atender aos avanços médicos e sociais.

Dessa maneira, a Resolução nº 2.320/22 do Conselho Federal de Medicina atualizou as normas éticas sobre as técnicas de reprodução assistida no país, dedicando sua seção VII exclusivamente à gestação de substituição, também denominada como cessão temporária de útero. No que se refere à reprodução assistida em geral, a resolução trouxe regulamentações de suma importância, nas quais garantiu o uso do procedimento da reprodução assistida não apenas aos heterossexuais e homoafetivos, mas também admite a gestação compartilhada pelos casais homoafetivos femininos, possibilitando que o embrião gerado pela fecundação dos óvulos de uma mulher seja transferido para o útero de sua companheira (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2022).

Em específico, a resolução permite que a cessão temporária de útero seja realizada apenas quando houver um problema médico que impossibilite ou contraindique uma gestação ou em relação homoafetiva (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2022). Portanto, ainda não é autorizado que qualquer pessoa recorra ao procedimento da gestação de substituição simplesmente porque deseja optar, precisando enquadrar-se nos pressupostos elencados na seção VII da referida resolução.

Ademais, conforme o item 1 da seção VII, é requisito que a cedente temporária de útero tenha pelo menos um filho vivo e que pertença à família de um dos contratantes em parentesco consanguíneo até o quarto grau, podendo-se recorrer a terceira pessoa nos casos de impossibilidade de cumprir este requisito. Esses casos deverão ser avaliados e autorizados pelo Conselho Regional de Medicina competente, sendo proibido que a cessão temporária de útero tenha caráter lucrativo ou comercial (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2022).

Exatamente para evitar o caráter remuneratório do contrato de cessão temporária de útero, uma das exigências estabelecidas nas resoluções do Conselho Federal de Medicina, que tratam da gestação de substituição, é a cedente ser parente consanguíneo de um dos contratantes. Conclui-se que a gestação de substituição, no Brasil, tem como requisitos o parentesco com a gestante e a gratuidade da cessão de útero (GRAZIUSO; CARLOS, 2021, p. 7), que são os definidos nas normas éticas emanadas por aquele órgão, ante a falta de legislação específica.

Pode-se dizer que essa exigência, contida na resolução do Conselho Federal de Medicina em estudo, ao estabelecer que prioritariamente deve ser a gestante parente da pessoa que recorre à técnica, é condizente com o objetivo de reduzir a possibilidade da comercialização do uso do corpo da gestante, em respeito à vedação da finalidade lucrativa estabelecida constitucionalmente, por mais que seja conhecida popularmente como “barriga de aluguel” (BARBOSA, 2021, p. 12).

Outrossim, salienta-se que não se trata de remuneração pela entrega do recém-nascido, porque são os contratantes, e não a gestante, os pais volitivos. A criança apenas é gestada e depois entregue a seus pais.

No caso das gestações de substituição o embrião pré-implanto é dos pais intencionais que irão decidir sobre o destino deste. A vontade criadora desses pais faz que o embrião exista e possa futuramente se tornar uma pessoa humana. Desta forma, não há que se falar em comercialização de uma criança, pois os pais intencionais serão os pais da criança que será gestada (LUCA, 2016, p. 218).

O item 2 da seção VII da Resolução nº 2.320/22 menciona que a clínica de reprodução assistida é proibida de intermediar a escolha da cedente pelos contratantes, e o item 3 da referida seção enumera os documentos e observações que deverão constar do prontuário da paciente, dos quais se destacam:

a) 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;

b) relatório médico atestando a adequação da saúde física e mental de todos os envolvidos;

c) 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;

d) compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de reprodução assistida, públicos ou privados, com tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mulher que ceder temporariamente o útero, até o puerpério (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2022).

Além desses, o item 3 elenca em sequência nas letras “e” e “f”, respectivamente, a necessidade de termo de compromisso dos pacientes em providenciar ainda durante a gravidez a documentação do registro civil da criança, e a necessidade do consentimento por escrito do cônjuge ou companheiro da cedente de útero, caso esta seja casada ou viver em união estável (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2022). Esses documentos se destinam a resguardar os interesses não somente das partes envolvidas no contrato de gestação sub-rogada, mas igualmente o futuro indivíduo nascido do emprego da técnica quanto ao estabelecimento dos vínculos de filiação.

À vista disso, nota-se que são diversos aspectos que precisam ser assegurados pelos contratantes, como a garantia de que todos estejam cientes do procedimento que irão realizar e de suas consequências futuras, pois, após dar início a este procedimento, em regra, não se tem mais como voltar atrás. Todos precisam arcar com sua parte no contrato. Inclusive, estabelece a norma que a assistência à cedente não acaba automaticamente com o parto - momento em que é entregue a criança - ela se estende ao puerpério, com o devido custeio de atendimento e acompanhamento médico necessário, segundo a letra “d” do item 3 da seção VII da resolução (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2022).

Referente à idade da mulher que solidariamente cederá seu útero, estipulou-se que as candidatas para a cessão tenham no máximo 50 anos, sendo que, nas mulheres até 37 anos, podem ser inseridos até dois embriões e, nas com idade acima de 37 anos, até três embriões, atentando-se que, nos casos de embriões euploides[[4]](#footnote-4) ao diagnóstico genético, serão implantados até dois embriões independentemente da idade da cedente. Frisa-se que, caso sejam transferidos mais de um embrião, ocorrendo a gravidez múltipla, é proibida a utilização de qualquer procedimento que tenha como objetivo reduzir o número de embriões (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2022).

Por mais que esta resolução não tenha natureza da lei, enquadrando-se como uma norma determinadora de parâmetros éticos de atuação médica, não se pode diminuir a sua importância frente à falta da *legis* específica sobre o tema, não devendo impedir que a sociedade utilize dos avanços científicos e biotecnológicos que podem gerar filhos para quem tanto deseja. Reconhecer a normatividade da resolução, que se coaduna com princípios e regras do ordenamento brasileiro, significa permitir que a construção da norma no presente caso não se limite apenas à regra positivada, mas que seja ampliado o sistema de fontes respeitando sempre as normas legais, principalmente os limites constitucionais (SÁ, 2018, p. 231).

**4 O DIÁLOGO ENTRE A RESOLUÇÃO Nº 2.320/22 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O CÓDIGO CIVIL PARA A REGULAMENTAÇÃO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO**

Consoante mencionado anteriormente, o Brasil ainda não possui uma legislação específica que regulamente a gestação de substituição, sendo “necessário, assim, abrir o sistema de fontes para possibilitar a regulação desses novos problemas”, com o fim de aceitar que outras normas diversas façam este papel, pois “o direito não se limita à lei positivada, mas extrapola o texto para buscar soluções nas fontes externas, seja pelo entendimento jurisprudencial, na visão prospectiva [...], seja no sistema social, tal como o costume” (SÁ, 2018, p. 219).

O diálogo entre as fontes pressupõe tal abertura. Não se trata apenas de aplicação simultânea de várias regras, mas sim de abrir o sistema de fontes para permitir que a norma para o caso concreto seja construída a partir da realidade, do sistema, do costume, e todos os fatores inter e extrassistemáticos que podem influenciar no resultado da decisão [...] (SÁ, 2018, p. 242).

Neste caso, a Resolução nº 2.320/22 do Conselho Federal de Medicina é a responsável por regulamentar as técnicas de reprodução assistida, precisando dialogar com as fontes legislativas vigentes do país, mais precisamente com a Constituição Federal, particularmente no que tange aos princípios e garantias fundamentais, e o Código Civil, permitindo a construção de um sistema unitário fundado na proteção dos direitos de personalidade e de família, entendendo-se “que o pluralismo do sistema de fontes deve sempre ter a Constituição como coluna vertebral” (SÁ, 2018, p. 221), sendo de suma importância esse diálogo.

O ‘diálogo das fontes’ significa, que decisões de casos da vida complexos são hoje o somar, o aplicar conjuntamente, de várias fontes (Constituição, Direitos Humanos, direito supranacional e direito nacional). Hoje não mais existe uma fixa determinação de ordem entre as fontes, mas uma cumulação destas, um aplicar lado a lado (JAYME, 2013, p. 66) (destaques do autor).

Vale mencionar que, embora o Código Civil de 2022 não tenha regulamentado a gestação de substituição, também não a proibiu, assim como também não dispõe diretamente sobre a maternidade, prevalecendo na legislação que mãe é quem dá à luz a criança, ou seja, que é determinada pelo parto e não pela herança genética (SILVA, 2011, p. 54). A referida lei somente estabeleceu acerca da paternidade, inclusive, no artigo 1.597 em seus incisos III, IV e V, especifica a presunção da paternidade nos casos de reprodução assistida (BRASIL, 2002). Entretanto, o Código Civil não regulamentou as técnicas da reprodução assistida, somente previu que sua aplicação pode gerar a presunção de paternidade quanto ao marido da mulher que se submete às técnicas, sem fazer referência aos casais que vivem em união estável e aos pais sem parceiros.

A Constituição Federal de 1988 dispõe sobre o direito de ter filhos, ao prever o planejamento familiar, que compreende as situações que envolvem a concepção e a contracepção, e, por mais que seja uma decisão a ser tomada pela pessoa ou pelo casal, é dever do Estado fornecer os recursos necessários para que exerçam este direito, por exemplo, a educação e a informação sobre os métodos existentes e sua eficácia.

Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 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 (BRASIL, 1988).

Por conseguinte, o direito ao planejamento familiar trata-se de um direito fundamental (BARBOSA, 2021, p. 17), que é mencionado ainda no artigo 1.565, parágrafo 2º, do Código Civil (BRASIL, 2002). Além do direito ao planejamento familiar, a Carta Magna afirma outros direitos que se relacionam à reprodução humana, como o direito à liberdade, que é uma das garantias fundamentais previstas em seu artigo 5º (BRASIL, 1988), sendo que a reprodução humana, como parte de um projeto parental, consiste em um direito subjetivo.

Os Direitos Reprodutivos são constituídos por princípios e normas de direitos humanos que garantem o exercício individual, livre e responsável, da sexualidade e reprodução humana. É, portanto, o direito subjetivo de toda pessoa decidir sobre o número de filhos e os intervalos entre seus nascimentos, e ter acesso aos meios necessários para o exercício livre de sua autonomia reprodutiva, sem sofrer discriminação, coerção, violência ou restrição de qualquer natureza (VENTURA, 2009, p. 21).

Outro aspecto de diálogo entre a normativa do Conselho Federal de Medicina e a Constituição Federal expressa-se no requisito da gratuidade da cessão temporária de útero pela gestante, estabelecida na Resolução n° 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina, que se encontra em consonância com o artigo 199, parágrafo 4º, da Constituição, que veda de forma expressa a mercantilização de partes do corpo humano (BRASIL, 1988).

Quanto à disposição do próprio corpo, o artigo 13 do Código Civil dispõe que “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes” (BRASIL, 2002). Nesse viés, não se pode alegar que a gestação por substituição acarretará a diminuição permanente da integridade física da cedente de útero, e o requisito dos bons costumes ocasiona controvérsias, já que este é totalmente subjetivo, não devendo ser considerado como um impedimento legislativo, não sendo um adequado como filtro hermenêutico-jurídico (BARBOSA, 2021, p. 11) para a gestação de substituição. Para Tepedino, Barboza e Moraes (2014, p. 37), em uma sociedade pluralista, a análise do que seja contrário aos bons costumes deve ser feita de maneira tolerante e sem discriminação para permitir diferentes estilos de vida. Dessarte a possibilidade de cessão temporária do útero para gestar filho alheio prevista na resolução do Conselho Federal de Medicina se harmoniza com o artigo 13 do Código Civil.

A Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina dialoga com a Constituição Federal e o Código Civil, de maneira que a resolução vem buscando, em todas as atualizações, adequar-se mais ao novo cenário da realidade social e jurídica, que se torna cada vez mais complexo, frente às inovações científicas e aos avanços sociais. Todavia, apesar de o Conselho Federal de Medicina regulamentar as normas e condutas éticas da gestação de substituição no Brasil, suas resoluções não possuem o caráter vinculante, que pertence exclusivamente às leis, mas é uma norma alternativa que se aplica a partir do diálogo entre estas normas, que vem sendo uma “justa resposta ao fenômeno da fragmentação e da insegurança normativa que a época pós-moderna nos apresenta” (MARIGHETTO, 2012, p. 122).

Constata-se que a complexidade da pós-modernidade, aliada aos fenômenos [...] da superação da dicotomia do público-privado e a ideia da superação da completude do sistema codificado almejam uma nova realidade para a interpretação e aplicação do Direito. O então modelo codificado oitocentista defendia a postura completa, fechada e autossuficiente que não mais se aplica às relações sociais complexas da atualidade, pois a lei positivada não pode dar conta da realidade, já que andam em velocidades absolutamente distintas (SÁ, 2018, p. 237).

Em consequência, face às novas tecnologias nas áreas das ciências médicas, a composição das fontes do direito deverá ser cada vez mais prospectiva, visando a atender e normatizar o presente e o futuro da realidade social, uma vez que “já não se poderá aceitar que as fontes do Direito se desenhem após os fatos. A dinamicidade social exige uma compreensão-interpretação-aplicação concomitante ao nascimento dos fatos na sociedade” (LUCA, 2016, p. 217).

**5 CONCLUSÃO**

Com o avanço biotecnológico e com a igualdade constitucional entre as espécies de filiação independentemente de sua origem, decorrentes das mudanças sociais, transformam-se os conceitos de família e de filiação, que passam a prescindir da existência de casamento e de liame genético para sua identificação e passam a ter como característica primordial o afeto que vincula as pessoas. Assim acontece também com o conceito de maternidade, principalmente desde a aplicação da gestação de substituição, na qual não se considera mãe quem dá à luz uma criança, porque essa apenas cede seu útero para gestar o filho de outra mulher, que será a mãe afetiva, rompendo, desse modo, com o paradigma biológico, que persistiu por anos, sendo necessário que se assegure que a mãe é aquela que desejou o filho e, pondo em ação seu planejamento familiar, buscou a clínica de reprodução assistida para realizar seu sonho de ser mãe.

A técnica de gestação de substituição surgiu com a finalidade de possibilitar a casais com problemas médicos que impeçam ou contraindiquem a gestação, e a casais homossexuais, a esperança de realizar o sonho de ter filhos. Contudo, é necessária a existência de uma norma que regulamente este procedimento, o que deveria ser feito pelo ordenamento jurídico, que tem por função regulamentar as condutas sociais, porém, nem sempre o direito consegue cumprir tal tarefa, visto que a realidade social evolui muito mais rápido que a jurídica.

Diante disso, o direito não pode estagnar-se perante a evolução nas áreas das ciências médicas, notadamente relacionada à reprodução assistida, em razão de todas as consequências jurídicas que se refletem na sociedade contemporânea, principalmente no direito das famílias, o qual precisou adaptar-se aos novos conceitos de família, maternidade e filiação. Todavia, o direito ainda não tratou de regulamentar a reprodução assistida, a qual se encontra há tantos anos em um limbo legislativo.

Posto isso, a falta de uma norma legislativa reguladora da reprodução assistida não pode acarretar a impressão de um espaço jurídico vazio, onde seja permitido tudo o que não for defeso em lei. Nesse viés surge o diálogo das fontes, que reconhece o sistema jurídico como unitário e permite a construção de uma resposta fundamentada, mesmo que não haja legislação específica para o fato. Dessa maneira, reconhece-se a normatividade das regras emitidas pelo Conselho Federal de Medicina que estejam de acordo com os princípios constitucionais e demais regras que compõem o sistema jurídico, pois o direito não se limita apenas às leis positivadas, mas busca também soluções em normas infralegais. Por conseguinte, este diálogo serve para aplicar essas fontes lado a lado de forma conjunta, principalmente com a Constituição Federal e o Código Civil, visando a sanar as inseguranças jurídicas e contemplar os avanços médicos e sociais.

Nessa senda, em uma tentativa de estabelecer normas de condutas éticas aos profissionais da saúde no que se refere aos critérios da utilização da reprodução assistida, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 2.320/2022 em consonância com as leis positivadas, e, não obstante não possua força de lei, ela supre a lacuna legislativa, sendo utilizada para estabelecer os parâmetros de aplicação da reprodução assistida em todo território nacional.

Esta resolução dispõe, em sua seção VII, sobre a gestação de substituição, trazendo normas éticas, que determinam, por exemplo, que, para ser cedente de útero deve a mulher ter pelo menos um filho vivo e ter parentesco consanguíneo até quarto grau com um dos contratantes, com exceção em caso de impossibilidade de cumprir este requisito, quando se pode recorrer à pessoa fora da família de um dos contratantes, que deverá ser autorizado pelo Conselho Regional de Medicina, além de ser totalmente proibido seu caráter lucrativo ou comercial da cessão temporária de útero. Ademais, a resolução encontra-se de acordo com a lei positivada no que diz respeito à livre expressão da atividade científica, ao direito ao planejamento familiar, à proteção à família, à garantia do direito fundamental à liberdade e também ao direito de disposição do próprio corpo, que encontra limites, como se disse, na não comercialização do corpo da gestante.

Portanto, embora não haja uma lei específica que regulamente o procedimento da gestação de substituição, é admitida e aplicada a Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina como norma regulamentadora em conformidade com o direito brasileiro através do diálogo das fontes, possuindo esse o poder de tornar suas resoluções obrigatórias em todo o território nacional por mais que não possua o efeito vinculante legislativo.

**REFERÊNCIAS**

BARBOSA, Amanda Souza. A licitude da gestação de substituição no Brasil:Atualizações a partir da Resolução CFM nº 2.294/2021. **Revista Conversas Civilísticas**, Salvador, v.1, n.2, 2021, p. 1-19. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/conversascivilisticas/article/view/47532>. Acesso em: 06 out. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957**. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3268.htm#:~:text=Art%20.,com%20autonomia%20administrativa%20e%20financeira>. Acesso em: 13 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 29 set. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.320, de 20 de setembro de 2022**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 01 out. 2022.

FRANTZ, Nilo. Embrião euploide: entenda o seu papel na fertilização *in vitro*. **Nilo Frantz. Medicina Reprodutiva**, 2021. Disponível em: https://www.nilofrantz.com.br/embriao-euploide/. Acesso em: 03 de out. 2022.

ENGELMANN, Wilson. O diálogo entre as fontes do Direito e a gestão do risco empresarial gerado pelas nanotecnologias: construindo as bases à juridicização do risco. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, n. 9, p. 319-344.

GRAZIUSO, Bruna Kern; CARLOS, Paula Pinhal de. Regulamentação brasileira sobre gestação de substituição. **Revista Diálogo**, Canoas/RS, n.º 47, p. 1-9, 2021. Disponível em:

https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/Dialogo/article/view/7217. Acesso em: 09 jun. 2022

JAYME, Erik. Entrevista com o Prof. Erik Jayme. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, nov. 2013. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43484/27363. Acesso em: 07 out. 2022.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, n. 27, 2004, p. 47-56. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/633/813>. Acesso em: 05 out. 2022.

LUCA, Ida Beatriz de. **O direito contratual analisado à luz da hermenêutica dos princípios no panorama do direito comparado entre as fontes do direito contratual brasileiro e dos Estados Unidos da América**: o caso do contrato de gestação de substituição. 2016, 259 f. Tese (doutorado em direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6046/Ida%20Beatriz%20de%20Luca_.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 out. 2022.

MARIGHETTO, Andrea. O “diálogo das fontes” como forma de passagem da teoria *sistemático-moderna* à teoria *finalística* ou *pós-moderna* do Direito. *In*: MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 111-124.

SÁ, Priscila Zeni de. **Poder Judiciário e as cláusulas gerais**: parâmetros para concretização no direito civil-constitucional. 1. ed. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2018.

SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: Direito a ter um filho. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais**,v.1, n.1, 2011, p. 50-67. Disponível em: <http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasesociais/article/view/914/894>. Acesso em: 28 out. 2022.

SOUZA, Marise Cunha. As técnicas de reprodução assistida. A barriga de aluguel. A definição da maternidade e paternidade. Bioética. **Revista da EMERJ**, v. 13, nº 50, 2010. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. Vol. 1.

VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3. ed. Brasília: UNFPA, 2009. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos_reprodutivos3.pdf>. Acesso em: 11 out. 2022.

1. \* Mestranda em Direito Público pelo Programa de Pós-graduação da Universidade Regional de Blumenau (Furb). Pesquisadora da linha de pesquisa Bioética e direitos fundamentais vinculada ao Grupo de Pesquisa Pluridimensionalidade do Direito Privado Contemporâneo. E-mail: apfandrade@furb.br. Orcid: http://orcid.org/0000-0002-8552-895X. Endereço postal: Rua Antônio da Veiga, nº 140, Bairro Itoupava Seca, Blumenau /SC, CEP: 89030-903. [↑](#footnote-ref-1)
2. \*\* Doutora em Ciência Jurídica pela Univali. Professora do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito e dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau (Furb). Pesquisadora da linha de pesquisa Bioética e direitos fundamentais vinculada ao Grupo de Pesquisa Pluridimensionalidade do Direito Privado Contemporâneo. E-mail: helena@furb.br. Orcid: http://orcid.org/0000-0002-5624-9185. Endereço postal: Rua Antônio da Veiga, nº 140, Bairro Itoupava Seca, Blumenau /SC, CEP: 89030-903. [↑](#footnote-ref-2)
3. \*\*\* Doutora em Direito pela Unisinos. Professora do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito e dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau (Furb). Pesquisadora líder do Grupo de Pesquisa Pluridimensionalidade do Direito Privado Contemporâneo. E-mail: priscilasa@furb.br. Orcid: http://orcid.org/0000-0001-7498-6181. Endereço postal: Rua Antônio da Veiga, nº 140, Bairro Itoupava Seca, Blumenau /SC, CEP: 89030-903. [↑](#footnote-ref-3)
4. Embriões que apresentam 46 cromossomos, apresentando mais chances de evoluir para uma criança saudável (FRANTZ, 2021). [↑](#footnote-ref-4)