

BARRIGA POR SUBSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: AS CONSEQUÊNCIAS DA AUSÊNCIA LEGISLATIVA

Mariana da Silva¹

Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes²

RESUMO

No presente artigo, aborda-se sobre as consequências oriundas da ausência de legislação específica em torno do uso da barriga por substituição. Analisa-se assim o contexto histórico da filiação, demonstrando sobre a sua desvinculação em relação a ideia do matrimônio, bem como sobre a evolução científica quanto as suas formas de concepção. Esta evolução científica, em relação a barriga por substituição, não foi acompanhada pela legislação, assim não existem regramentos com os direitos básicos para os que fazem uso da técnica e ainda que sejam capazes de nortear as decisões levadas ao judiciário. Com isso demonstra-se a necessidade de o legislador editar regulamentação específica da barriga por substituição, efetivando-se garantias e evitando-se assim uma insegurança jurídica causada por decisões distintas proferidas por magistrados.

Palavras-chaves: Barriga por substituição. Filiação. Evolução Científica. Ausência Legislativa. Regulamentação Específica.

BELLY BY SUBSTITUTION IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM: THE CONSEQUENCES OF THE ABSENCE OF LEGISLATION.

ABSTRACT

This article addresses the consequences of the lack of specific legislation on the use of substitute belly. The historical context of the affiliation is thus analyzed, demonstrating on its detachment in relation to the idea of marriage, as well as on the scientific evolution as to its forms of conception. This scientific evolution, in relation to the belly by substitution, was not accompanied by the legislation, thus there are no regulations with the basic rights for those who use the technique and even if they are able to guide the decisions taken to the judiciary. This demonstrates the need for the legislator to edit specific regulation of the belly by substitution, ensuring guarantees and thus avoiding legal uncertainty caused by different judgments handed down by magistrates.

Keywords: Belly by substitution. Affiliation. Scientific Evolution. Lack Legislation. Specific Regulation.

¹ Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. E-mail: mariana.silva86@hotmail.com

² Docente do Curso de Direito no Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. E-mail: rosangela.mrm@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa abordar sobre a técnica da barriga por substituição no Brasil, conceituando e explicando sobre o seu uso, bem como evidenciando as consequências existentes em razão desta utilização. Assim, por meio do método dedutivo, será realizado um estudo geral sobre a técnica, objetivando uma análise histórica dos conceitos de filiação, demonstrando o surgimento da técnica como uma das formas de concepção de filhos, bem como evidenciando a necessidade de edição de uma regulamentação específica como atenuante de diversas consequências oriundas da lacuna legislativa.

Com isso, no primeiro capítulo será abordado o contexto histórico e o conceito da filiação, explicando como o reconhecimento do filho foi desvinculado da ideia de matrimônio. Assim, serão evidenciados os vários avanços em relação à filiação, demonstrando como aos poucos as discriminações existentes em relação a esta desapareceram, sendo enfim estabelecida a igualdade entre filhos com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Ao mesmo passo que o conceito de filiação evoluía, a ciência caminhava em constante crescimento, buscando sempre grandes descobertas, estudando o indivíduo em particular e em conjunto, procurando novas formas de satisfazê-lo. Por conseguinte, no segundo capítulo serão abordados alguns avanços científicos em relação à filiação, realizando apontamentos sobre o surgimento das técnicas de reprodução assistida.

Dentre as diversas técnicas de reprodução assistida, a realizada por meio da barriga por substituição foi a que gerou a possibilidade a mulheres que por alguma razão biológica não podiam gestar seu próprio filho, pudessem concretizar esse desejo através do útero de outra mulher. Assim, no terceiro capítulo será explicada esta técnica, evidenciando a ausência de uma regulamentação sobre o tema.

Será demonstrado também que em decorrência da ausência de regulamentação específica no ordenamento jurídico brasileiro, a barriga por substituição vem tendo o seu uso norteado pela resolução 2121 de 2015 do Conselho Federal de Medicina. Todavia, esta resolução não tem caráter normativo, pois serve apenas como regramento ético a ser observado pelos médicos que fazem uso das técnicas de reprodução assistida.

À vista disso, diversas são as consequências que surgem em razão da omissão legislativa, sendo no quarto capítulo deste artigo levantados alguns questionamentos sobre este tema para que assim seja demonstrada a necessidade de edição de uma regulamentação

apropriada para dirigir a nova realidade da sociedade, capaz de estabelecer regramentos ao seu uso, e de proporcionar garantias e direitos as pessoas que utilizam a técnica.

1 FILIAÇÃO

1.1 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FILIAÇÃO NO BRASIL

Em leitura a lei de nº 3.071 de janeiro de 1916, no caso o antigo Código Civil, pode-se observar que este estabelecia um critério para o reconhecimento da filiação, e que seu maior marco era o fato de existir ou não o vínculo matrimonial entre os genitores. Tal critério, posto pelo referido código, dividia os filhos em legítimos, legitimados e ilegítimos.

Os filhos legítimos, previsto no artigo 337³ do supracitado código, eram aqueles concebidos na constância de um casamento, já os legitimados, com previsão no artigo 353⁴ do mesmo dispositivo, eram aqueles concebidos por genitores que não eram casados, mas que também não tinham nenhum impedimento para realizar tal formalidade, sendo assim, no momento em que se concretizava o matrimônio havia a legitimação do filho, passando este a ser equiparado aos legítimos.

Em se tratando dos ilegítimos, pode-se dizer que estes eram os concebidos em relações extraconjugais, e ainda eram subdivididos em naturais e espúrios (GONSALVES, 2015, p. 324). Os naturais seriam os passíveis da legitimação citada no parágrafo anterior, já os espúrios ainda se dividiam em adulterinos e incestuosos. Os adulterinos eram aqueles que nasciam de um adultério, já os incestuosos, eram aqueles que nasciam de pessoas que eram impedidas de casar em virtude do grau de parentesco existente entre elas, a ambos o artigo 358⁵ do Código Civil de 1916, vedava o reconhecimento como filhos.

Como visto acima, apenas dois tipos de filhos eram reconhecidos pelo Código Civil de 1916, os legítimos e os legitimados, não cabendo aos demais nenhum dos direitos inerentes à filiação. Posteriormente, com a lei nº 4.737 de 1949, foi aberta a possibilidade de o pai

³ Artigo 337: São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou nulo, se contraiu de boa fé.

⁴ Artigo 353: A legitimação resulta do casamento dos pais, estando concebido, ou depois de havido o filho (art. 229).

⁵ Artigo 358: Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos.

reconhecer os filhos havidos fora do casamento, porém, tal fato só poderia ocorrer se houvesse o desquite.

Alguns anos depois, a lei do divórcio, de nº 6.515 de 1977, em seu artigo 51⁶, incluiu o parágrafo único no artigo 1º da lei nº 883 de 1949, o qual permitia que qualquer dos cônjuges reconhecesse o filho havido fora do casamento em testamento cerrado, bem como alterou a redação do artigo 2º da referida lei, passando este a estabelecer que o direito à herança fosse reconhecido em igualdade de condições.

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, houve uma maior garantia dos direitos dos filhos, uma vez que trouxe no texto do seu artigo 227, §6º⁷ o princípio da igualdade entre estes. Logo, após a promulgação da Constituição, foi editada a lei nº 7.841/89, a qual, em seu artigo 1º⁸, revogou por completo o artigo 358, do Código Civil de 1916.

Outros momentos que merecem destaque e que trouxeram grandes avanços ao reconhecimento da filiação foram as promulgações da lei nº 8.069/90 e do Código Civil de 2002. A referida lei diz respeito ao Estatuto da Criança e do Adolescente, e trouxe em seu artigo 20º⁹ a proibição a qualquer discriminação em relação à filiação. Em momentos posteriores o Código Civil de 2002 reproduziu, em seu artigo 1596º, o texto expresso no artigo supracitado do Estatuto da Criança e Adolescente.

1.2 CONCEITUANDO FILIAÇÃO

De acordo com o visto no item anterior, a filiação era ligada a ideia do matrimônio, desta forma, só era reconhecido como filho, aquele que era gerado na constância do casamento. Assim, se entendia por filiação a relação entre filho e as pessoas que o geravam, desde que estas estivessem unidas pelo casamento.

⁶ Artigo 51: A Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949 passa a vigorar com as seguintes alterações:

1) "Art. 1º.

Parágrafo único - Ainda na vigência do casamento qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável."

2) "Art. 2º - Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições."

⁷ Artigo 227, § 6: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁸ Artigo 1º: Fica revogado o art. 358 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil.

⁹ Artigo 20: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Com o decorrer da evolução da sociedade, na qual o afeto começou a ganhar destaque nas relações de família, houve a necessidade da legislação se atualizar, e assim a ideia de filiação vinculada ao matrimônio foi perdendo, com o passar do tempo, a sua força.

Diante do constante progresso, aquele conceito de filiação, eivado de discriminação, na qual uns eram reconhecidos como filhos e outros não, perdeu totalmente a sua vez diante do princípio da igualdade exposto pelo artigo 227, §6º, da CF/88, já citado em momento anterior. Assim, todo e qualquer filho, independentemente da situação em que foi gerado, seja ele adotado ou não, era igual em direitos e qualificações.

Isto posto, pode-se conceituar filiação como sendo ã(...) a relação de parentesco consanguínea, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram ou a receberam como se a tivessem gerado (RODRIGUÊS, 2007, p. 298).

Além da evolução da sociedade, a qual passou a cada dia a introduzir o afeto como símbolo das relações familiares, bem como da legislação em torno da filiação, na qual os filhos foram equiparados, sem discriminação quanto ao momento da sua concepção, caminhava juntamente com estas, a ciência, na qual novas formas de geração de filhos foram inseridas através da reprodução assistida, deixando de lado a ideia da conjunção carnal como único símbolo da fecundação.

Assim, a filiação passou a abranger muito mais do que aquele filho concebido na constância do casamento, ou aquele gerado apenas pelo ato sexual, passou agora a ser filho aquele que foi adotado, aquele que cativou alguém, criando entre eles o vínculo do afeto, ou ainda, aquele que foi gerado com ajuda da medicina, por meio de métodos de reprodução assistida.

Ao mesmo passo que o conceito de filiação foi sendo modificado ao longo dos anos, também se deve vislumbrar de forma diferente as supostas presunções de paternidade e maternidade. Estas presunções existiam em virtude das enormes dificuldades encontradas pela ciência em determinar a verdade sobre a filiação, ocorre que este fato mudou com o passar dos anos em decorrência dos avanços científicos.

Todavia, mesmo diante da evolução científica em relação à determinação da filiação, o Código Civil de 2002 ainda trouxe em seu artigo 1.597¹⁰ a presunção de paternidade, elencando neste várias situações em que o homem é presumido pai da criança. Acontece que

¹⁰ Artigo 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.

exames como o de DNA são capazes de conferir uma grande certeza sobre a paternidade, tornando-se desnecessário o referido artigo.

Com relação à presunção de maternidade, exposta no artigo 1.608¹¹, do supracitado código, que estabelece como mãe aquela que dá a luz ao bebê, vem perdendo o seu sentido diante das novas técnicas de reprodução assistida, uma vez que, diante de uma impossibilidade de gestar, uma mulher pode ter seu filho gerado no útero de outra, através da técnica da gestação por substituição, a qual será abordada em capítulo próprio.

Assim, diante dos apontamentos acima, pode-se entender que a filiação é o vínculo que liga pais e filhos, independentemente deste ser biológico, no qual há o gene transmitido de um para outro, ou não biológico, no qual existe o afeto. Sendo assim, reforçasse a ideia de igualdade na filiação, desvinculando-a tanto da ideia do casamento, como mencionado anteriormente, quanto do fato da procriação só existir por meio do ato sexual, uma vez que a ciência vem proporcionando que tal ato ocorra por meio de técnicas chamadas de reprodução assistida.

2 Reprodução Assistida

2.1 O Direito de procriar frente as suas impossibilidades

A procriação, que pode ser entendida como o ato de reprodução da espécie, esteve durante muito tempo, intimamente ligada à ideia do casamento, uma vez que a construção da família legítima era uma das suas finalidades (FARIAS, 2015, p. 147). Todavia o conceito de família passou por evoluções, do mesmo modo que o reconhecimento da filiação ampliou-se, e com isso a procriação foi se desvinculando da ideia do matrimônio.

Nos tempos atuais, a procriação está ligada muito mais ao afeto, ao desejo das pessoas em realizar-se como pais, do que a obrigação advinda da comunhão matrimonial. O ato de gerar uma vida associa-se ao conceito de liberdade, no qual as pessoas são livres para exercer seu direito de procriar, optando em ter ou não filhos (BOTTEGA, 2007, p. 47), cabendo à mulher, ao homem, ou ao casal, por meio do planejamento familiar, realizar esta escolha.

¹¹ Artigo 1.608: Quando a maternidade constar do termo do nascimento do filho, a mãe só poderá contestá-la, provando a falsidade do termo, ou das declarações nele contidas.

O direito de procriar se caracteriza pela possibilidade de escolha em gerar ou não filhos, como visto no parágrafo anterior, cabendo às pessoas envolvidas na relação, decidirem se querem, quando querem e se estão prontas para ter filhos. Assim, a constituição, limitação ou aumento da prole, estão vinculadas ao princípio do planejamento familiar, o qual está expresso na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 7¹².

Com isso, ao optar por não gerar filhos, a pessoa está apenas exercendo o seu direito de liberdade, não podendo, inclusive, o Estado interferir na atividade reprodutiva desta. Ocorre que esta liberdade pode ser limitada quando estiver em confronto com o interesse de outro, no caso, quando já estiver concebido o filho, não sendo possível a prática do aborto como uma forma de efetivação do planejamento familiar (DENZ, 2007, p. 25).

Sendo assim, na opção em não procriar, que é direito da pessoa, pode este se valer de técnicas capazes de impedir a procriação, porém não pode ultrapassar os limites e querer descartar a vida já concebida (SGRECCIA, 2002, pg. 363).

O ato de procriar esteve por muitos anos entrelaçado ao ato de relação sexual entre duas pessoas, assim só era possível gerar filhos da forma natural. Ocorre que por diversas razões relacionadas ao sistema biológico do ser humano, muitas pessoas são impossibilitadas de procriar, seja pelo motivo da infertilidade ou ainda da esterilidade.

A infertilidade pode ser entendida como a diminuição das chances de gravidez, e a esterilidade como a incapacidade definitiva de procriar, sendo ambas as grandes causadoras das dificuldades em gerar uma nova vida. De acordo com o site ABCMED¹³, tais limitações podem ser congênitas, hereditárias, ou ainda advindas de algum outro motivo, como por infecções, procedimentos cirúrgicos, excesso de drogas.

Outros motivos que impossibilitam, neste caso, a mulher de procriar, é a ausência de útero, seja congênita ou adquirida no decorrer da vida, ou ainda a restrição médica a uma possível gravidez. Neste caso, para a mulher não é possível a gestação ou ainda se possível pode prejudicar a sua saúde.

Todavia, com a evolução da ciência no campo da genética, foi possível a criação de técnicas que contornaram os maiores problemas em torno da procriação, trazendo novas

¹² Artigo 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.

¹³ Disponível em: <<http://www.abc.med.br/p/309845/qual-a-diferenca-entre-infertilidade-e-esterilidade-quais-sao-as-causas.htm>>. Acesso em: 14 de set. 2016

possibilidades de concepção de filhos. Essas técnicas, conhecidas por reprodução assistida, são procedimentos técnicos, que em geral, manipulam embriões, seja dentro ou fora do corpo humano.

Diante do exposto, tem-se que cabe a cada indivíduo a escolha de procriar ou não, desde que não haja conflito de interesses em relação a ser humano já concebido. Ocorre que tal direito pode encontrar um obstáculo biológico, e assim se deparar com a impossibilidade de procriar, porém a grande evolução da ciência vem proporcionando, através da reprodução assistida, uma resolução para tais problemas.

2.2 Breves relatos históricos

A inseminação artificial em seres humanos teve os seus primeiros relatos no século XVIII, quando surgiram notícias, primeiro de um professor da faculdade de Paris, que havia injetado o seu sêmen no útero de sua esposa, e posteriormente quando o cirurgião John Hunter realizou a inseminação, proporcionando a um casal britânico a possibilidade de gerar um filho (DENZ, 2007, p. 46).

Todavia, foi apenas em 1978, que a técnica de reprodução assistida in vitro teve o seu primeiro resultado. De acordo com o site Guia do Bebê¹⁴, o embriologista Robert Edwards e o ginecologista Patrick Steptoe realizaram o procedimento da reprodução em laboratório, proporcionando que uma mulher que tinha suas trompas obstruídas, pudesse ser mãe, assim, após diversas tentativas, o procedimento obteve sucesso, nascendo na Inglaterra, Louise Brown, o primeiro bebê de proveta da humanidade.

2.3 Tipos de reprodução assistida

A reprodução assistida é o procedimento em que se utilizam técnicas de manipulação de gametas e, ou óvulos, como meio de contornar as impossibilidades advindas de uma

¹⁴ Disponível em: < <http://guiadobebe.uol.com.br/reproducao-humana-assistida-tres-decadas-de-evolucao/>>. Acesso em 14 de set. 2016.

insuficiência ou de uma incapacidade em procriar. Como já visto anteriormente, estas impossibilidades podem se dar no homem, na mulher, ou nos dois.

Conforme explicação do site ABCMED¹⁵, o procedimento utilizado por esta técnica pode ocorrer no interior do corpo da mulher, através da inseminação artificial, sendo injetado o sêmen sem a necessidade de coleta dos seus óvulos, ou ainda no exterior do seu corpo, quando, por meio de fertilização in vitro, o procedimento de fecundação do óvulo ocorre externamente, sendo o processo realizado no laboratório e posteriormente introduzido na mulher.

A técnica de fertilização in vitro, pode ocorrer de formas distintas, podendo esta ser homóloga, heteróloga, ou ainda por meio de uma gestação por substituição. Segundo Maria Berenice Dias (DIAS, 2013, p. 375), a fertilização do tipo homóloga ocorre quando é utilizado o material genético do próprio casal e após o procedimento em laboratório, a fecundação se dá dentro do útero da própria mulher, desta forma a filiação se dá tanto por razões biológicas, como pelo vínculo com a parturiente.

Explica ainda a doutrinadora supracitada, que no tipo de fecundação heteróloga, o material genético de uma das partes, ou ainda de ambas, é doado por outra pessoa, mas o óvulo é implantado na mulher que deseja ser mãe, levando esta a gestação normalmente. Nesta forma de fecundação, embora o vínculo biológico seja parcial ou ainda nenhum, a filiação se dará pelo vínculo com a parturiente.

Nos dois tipos de fertilização já expostos acima, pode-se observar que ao final do procedimento o óvulo é implantado no útero da mulher que deseja ser mãe, ocorre que em alguns casos, por motivos biológicos, isso não será possível. Para algumas mulheres a gestação não é possível, seja porque ela não tem útero, ou se tem, é insuficiente, ou ainda o seu útero tem condições de levar uma gestação, porém o seu corpo não é capaz de suportar o processo e desta forma, por indicação médica não se recomenda a gestação.

Para esses casos em que a mulher não consegue gestar, a ciência proporciona que o processo gestacional ocorra em útero alheio, desta forma, por meio da fertilização in vitro homóloga ou heteróloga, será o óvulo implantado em útero de uma terceira pessoa, a qual não terá o vínculo de filiação, nem por meio biológico, nem por meio derivado da presunção da maternidade, devendo ao final da gravidez, o bebê ser entregue ao casal que solicitou a

¹⁵ Disponível em: <

<http://www.abc.med.br/p/gravidez/802274/conheca+um+pouco+mais+sobre+a+reproducao+assistida.htm>>. Acesso em: 12 de set. 2016.

gestação por substituição. Esta forma de gestação será abordada mais detalhadamente no próximo capítulo.

3 GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

3.1 Conceituando a Barriga Solidária

Como visto em capítulo anterior, a menina Louise Brown foi o primeiro bebê de proveta do mundo, sendo o seu nascimento um grande marco, tanto para a evolução das técnicas de reprodução assistida, quanto para os casais que encontravam alguma limitação na sua atividade reprodutiva. Ocorre que ainda havia muitas barreiras a serem quebradas, e um grande exemplo disso, seriam as diversas impossibilidades encontradas por várias mulheres em gestar seu próprio bebê.

Desta forma, a ciência médica ampliou os seus estudos, tentando criar novas possibilidades de reprodução humana, inclusive as que envolviam o desenvolvimento do feto em um útero distinto daquele ao qual pertencia o material genético. Com isso foram realizados diversos experimentos, até que entre o final da década de 70 e início da de 80, nasceu o primeiro bebê por meio de uma gestação em útero alheio, sendo tal técnica denominada de barriga por substituição.

A barriga por substituição ocorre quando uma pessoa, que por alguma razão é impossibilitada de gestar seu próprio filho, busca uma mulher para realizar tal processo, fazendo uso da cessão de útero. Assim, em regra, existe nesta relação, a pessoa que solicita a barriga solidária e a mulher que cede o útero para tal procedimento.

No processo de cessão de útero, a gestação ocorrerá por meio de uma técnica de reprodução assistida in vitro, porém o material colhido para tal procedimento deverá ser da pessoa que contratou a técnica, e caso não seja possível, deverá ser de uma doadora anônima, não podendo ser da mulher que irá gestar. Tal vedação se dá em razão da Resolução 2121 de

2015, do Conselho Federal de Medicina, estabelecer o sigilo entre os doadores e determinar que estes não conheçam a identidade dos receptores¹⁶.

Com isto, na utilização da técnica supramencionada, a pessoa que está solicitando a cessão de útero, poderá ou não ser o doador do material genético, podendo ser usada a técnica, tanto pela forma de fertilização heteróloga, quanto na fertilização homóloga.

Isto posto, a barriga solidária pode ser definida como a técnica utilizada pela medicina, por meio da qual se utiliza útero alheio como ambiente de desenvolvimento de um bebê, para uma determinada pessoa que solicita a cessão, pela razão de ter alguma impossibilidade biológica, ou impedimento médico, não podendo assim gestar o seu próprio filho (FARIS, 2015, pg. 50).

3.2 Regulamentação da Barriga solidária no Brasil

No Brasil não existe uma regulamentação específica sobre o uso da técnica da barriga solidária, o que existe como norteador para os possíveis casos decorrentes desta técnica, são basicamente o princípio do planejamento familiar, expostos no artigo 226, §7º da Constituição Federal de 1988¹⁷, e a resolução de número 2121 de 2015, editada pelo Conselho Federal de Medicina.

A Resolução supracitada traz em seu texto as normas éticas de utilização das técnicas de reprodução assistida que devem ser observadas e seguidas pelos médicos do Brasil¹⁸. No decorrer dos princípios expostos nesta, são exibidas várias formas e procedimentos que os médicos devem seguir ao utilizarem as técnicas oriundas da reprodução, inclusive apontando como e em que situações poderão ocorrer à prática da barriga solidária.

¹⁶ Resolução 2121/2015 capitula IV: item 2 Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa; item 4 Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).

¹⁷ 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.

¹⁸ Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida i sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos i tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119.

A resolução 2121 de 2015 elenca como principal pressuposto à utilização da barriga por substituição, a existência de um problema médico que impossibilite ou que contraindique uma gestação na mulher¹⁹. Expõe ainda uma listagem de documentos que devem ser observados e outros preenchidos, antes da utilização do procedimento, podendo citar como exemplos o termo de consentimento livre assinado pela doadora e pelos pacientes, e o termo de compromisso entre estes deixando claro sobre a filiação da criança.

Existem ainda alguns requisitos que devem ser observados pelos médicos, como por exemplo, o fato da doadora ter que ser parente consanguíneo até o quarto grau de um dos pacientes, e ser a doação temporária do útero, sem nenhum fim lucrativo. Os casos que por alguma razão não se enquadrarem nas situações já referidas, devem ser examinados pelo Conselho Regional de Medicina, o qual fará a análise das circunstâncias apresentadas e assim autorizará ou não a realização do procedimento.

Ocorre que embora o Conselho Federal de Medicina tenha trazido ótimos apontamentos a serem seguidos pelos médicos, estes não são suficientes para dirimir as possíveis situações em que ocorrer a utilização da técnica. Pode-se ver ainda que o uso desta resolução, ou de suas edições anteriores, como por exemplo a 2013 de 2013, pela Jurisprudência²⁰, mostra a extrema necessidade de edição de uma regulamentação detalhada sobre as técnicas da reprodução assistida.

Contudo, mesmo existindo um aumento em relação à utilização, mostrando-se a necessidade de um regramento das técnicas de reprodução assistida, e principalmente sobre o

¹⁹ Resolução 2121/2015: item VII As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

²⁰ EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. INOCORRÊNCIA. LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR. RESOLUÇÃO CFM N.º 2013/2013. REPRODUÇÃO ASSISTIDA. UTILIZAÇÃO DE ÓVULOS DO MESMO NÚCLEO FAMILIAR. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. Afastada a alegação de ilegitimidade ativa ad causam, porquanto, muito embora a matéria trazida à liça, nos presentes autos, seja alusiva à ética médica, é indubitável a sua repercussão no que se refere ao direito próprio das impetrantes, uma vez que é a Resolução CFM n.º 1.957/2010, posteriormente substituída pela Resolução n.º 2013/2013, que expressamente proíbe o procedimento aqui pretendido, qual seja, a utilização de óvulos de pessoas componentes de um mesmo grupo familiar.

2. (...).

3. (...).

4. (...).

5. Por sua vez, a Resolução CFM n.º 1.957/2010, posteriormente substituída pela Resolução CFM n.º 2.013/2013, cujo item IV, n.º 2 impede que os doadores conheçam a identidade dos receptores e vice-versa, foi editada a fim de regular as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, considerando a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas (...) e a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica.

6. (...).

7. (...).

8. (...).

9. Apelação improvida.

uso da barriga por substituição, nada foi concretizado pelo legislador. É bem verdade que já transitaram diversos projetos de leis sobre o tema da reprodução assistida, porém até os dias atuais nenhum obteve as devidas aprovações.

Alguns projetos de lei que versaram sobre a regulamentação da reprodução assistida merecem ser mencionados neste artigo. Começando pelo projeto de lei número 3.638 de 1997, do Deputado Luiz Moreira, que autorizava o uso das técnicas de reprodução assistida às mulheres com problemas médicos que impossibilitasse ou contraindicasse uma gestação pela doadora genética. Dispunha também sobre não poder ter caráter comercial e que as doadoras do útero deveriam ser parentes consanguíneas em até segundo grau da doadora genética.

Posteriormente, outro projeto de lei, o 2.855 de 1997, trazia um texto similar ao do projeto mencionado anteriormente, com a diferença de que poderia a doadora temporária do útero ser parente em até quarto grau da doadora genética. Já em outro momento o projeto de lei, de nº 2061 de 2003, trazia uma distinção aos já mencionados, pois este não impunha em seu texto nenhum tipo de requisito quanto ao parentesco entre doadora temporária de útero e a doadora genética.

Merece ser mencionado o projeto de lei de número 1.184 de 2003, do Senador José Sarney, que trazia a proibição da técnica utilizada na barriga por substituição, tornando-a uma infração punível, com pena de reclusão e multa para quem a praticasse, como beneficiário, intermediário ou executor do procedimento.

Acontece que embora tenham existido várias tentativas de regulamentação das técnicas de reprodução assistida, os regramentos apresentados eram extremamente básicos, sem os aprofundamentos necessários, e ainda na sua generalidade, não passavam de meras reproduções da resolução do Conselho Federal de Medicina.

Com isso, mesmo que tivesse existido a aprovação de algum dos projetos de lei mencionados, estaríamos diante de diversas lacunas sobre as técnicas, cabendo ao legislador ser mais cuidadoso na elaboração da lei. Ocorre que o procedimento ainda carece de regulamentação, e esta carência acarreta diversas consequências, as quais serão analisadas em capítulo próprio.

3.3 A Regulamentação em outros países

Em análise a regulamentação do uso da barriga por substituição em outros países, pode-se observar uma grande diversidade de situações. Existem basicamente países que permitem o uso da barriga solidária, sem nenhuma ou com poucas restrições, outros que permitiram com diversas restrições e outros que proibiram o uso, alguns inclusive cominando penas aos que não observarem a lei²¹.

Os países que permitem a barriga solidária sem restrições seriam basicamente aqueles que não se manifestaram com uma regulamentação sobre o assunto, nem muito menos proibiram o uso da técnica. Um excelente exemplo seria a Índia, que não tem uma regulamentação sobre a matéria e ainda permite que haja o pagamento a mulher que ceder temporariamente o seu útero, existindo inclusive clínicas que realizam o procedimento e ao final da gestação ficam com o bebê, e remunerarão a mulher que cedeu o útero.

Outros países autorizam o uso da barriga solidária, porém impõe algumas limitações, sejam mais brandas ou mais severas, ao uso destas. A Grécia e o Reino Unido seriam um exemplo de países que não regulamentaram o uso, mas permitem a utilização da técnica, vedando porém o pagamento da mulher que realiza a cessão. Alguns estados dos Estados Unidos da América autorizam a utilização da barriga por substituição, porém a mãe é quem deu a luz, devendo assim quem solicitou a gestação adotar a criança.

Existem ainda países mais rigorosos em relação às técnicas, os quais vedam o seu uso, inclusive tipificando como criminosa a conduta contrária. Como exemplo dos que proíbem o uso tem-se Portugal e Austrália, ambos impõem penas de detenção e multa aos que praticarem os atos.

Desta forma, pode-se concluir que embora a ciência esteja em constante evolução, sempre inovando em suas descobertas, cada país observará a sua cultura, as suas regras internas, os seus princípios, para que assim decidam da forma que acreditam que melhor atendem as suas sociedades. Assim, não cabe neste artigo adentrar com profundidade no estudo dos diversos regulamentos existentes pelo mundo, cabendo apenas uma breve exposição de forma geral, apenas com o intuito de agregar conhecimento.

3.4 Vedação da ãA Barriga de Aluguelò

²¹ Disponível em: < <http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/GESTA%C3%87%C3%83O-DE-SUBSTITUI%C3%87%C3%83O-REGRAMENTO-NO-DIREITO-BRASILEIRO-E-SEUS-ASPECTOS-DE-DIREITO-INTERNACIONAL-PRIVADO.pdf>>. Acesso em 5 de set. 2016.

A barriga por substituição também é conhecida por outros nomes, podendo ser encontrada como *ñútero* por substituição, *ñmãe* por substituição, *ñmãe hospedeira*, *ñbarriga solidária*, entre muitos outros com significado igual. Ocorre que corriqueiramente encontra-se também a confusão da barriga por substituição com o termo barriga de aluguel, porém estes são institutos distintos.

Embora a técnica usada seja a mesma, a barriga de aluguel tem em seu processo de negociação um ponto que a distingue imensamente da barriga por substituição, que é o caráter lucrativo. No aluguel da barriga, existe o fim lucrativo para a mulher que doa temporariamente o uso de seu útero, já a barriga por substituição ocorre solidariamente.

Existe a vedação à prática da barriga de aluguel em nosso país, e tal fato encontra seu principal fundamento na Constituição Federal da República, mais precisamente em seu artigo 199, § 4º²², o qual veda a comercialização de qualquer parte do corpo (DIAS, 2013, p. 379). O referido artigo trata mais precisamente sobre órgãos, tecidos e substâncias humanas, todavia não cita a utilização temporária de alguma parte do corpo.

Outro ponto que pode ser levantado para explicar a vedação da comercialização da barriga de aluguel, seria o fato de o Conselho Federal de Medicina dizer, no texto da Resolução 2121 de 2015, que é proibido a doação temporária do útero com fins lucrativos. Com isso o médico que praticar a técnica de cessão de útero, sabendo que existe um caráter lucrativo, poderá ser advertido e ainda sofrer punições impostas pelo Conselho.

Pode-se entender que a vedação da barriga de aluguel também está associada à preocupação em que se torne comum a comercialização de bebês por meio da técnica, e assim acabe a situação saindo do controle do Estado. Ocorre que, embora existam alguns fundamentos que tornem a prática proibida, não existe no ordenamento jurídico uma lei que realmente vede o uso da barriga de aluguel, aplicando as devidas punições a quem deixar de observar as regras, e este fato só demonstra mais ainda a urgência desta regulamentação como forma de dirimir as possíveis consequências oriundas da sua ausência.

Com isso, cabe no capítulo seguinte realizar uma análise de outras consequências decorrentes da falta de uma regulamentação específica sobre o tema reprodução assistida e consequentemente da barriga por substituição, com o intuito de mostrar a necessidade de o legislador, com certa urgência, se pronunciar sobre o tema.

²² Artigo 199, § 4º: A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

4 Consequências Da Barriga Por Substituição

4.1 Registro Civil de Nascimento

Até pouco tempo a dificuldade de obter o registro civil de nascimento era uma das consequências negativas em razão de uma ausência legislativa da barriga por substituição. Ocorre que recentemente, no mês de março do corrente ano, o Conselho Nacional de Justiça editou o provimento de número 52, o qual facilitou o registro de nascimento em cartório das crianças nascidas por meio das técnicas de reprodução assistida, sem precisar da via judicial para isso.

O provimento 52 do Conselho Nacional de Justiça regulamentou o registro civil dos bebês nascidos por meio das técnicas supracitadas, regulamentando tal processo, bem como indicando os documentos que devem ser apresentados no cartório. Assim, o artigo 2º²³, do referido provimento, lista alguns documentos indispensáveis que devem ser apresentados para fins de emissão da certidão de nascimento.

O provimento veio em boa hora, pois o caminho percorrido pelas pessoas que faziam uso da barriga por substituição era, num passado não tão distante, extremamente complicado, só conseguindo o reconhecimento do bebê como seu filho após um processo judicial, o qual só era iniciado após o nascimento da criança. Com isso, durante o período do processo a criança permanecia como se fosse filho da mulher que cedeu o útero.

²³ Art. 2º É indispensável, para fins de registro e da emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

I - declaração de nascido vivo - DNV;

II - declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando a técnica adotada, o nome do doador ou da doadora, com registro de seus dados clínicos de caráter geral e características fenotípicas, assim como o nome dos seus beneficiários;

III - certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.

§ 1º Nas hipóteses de doação voluntária de gametas ou de gestação por substituição, deverão ser também apresentados:

I - termo de consentimento prévio, por instrumento público, do doador ou doadora, autorizando, expressamente, que o registro de nascimento da criança a ser concebida se dê em nome de outrem;

II - termo de aprovação prévia, por instrumento público, do cônjuge ou de quem convive em união estável com o doador ou doadora, autorizando, expressamente, a realização do procedimento de reprodução assistida.

III - termo de consentimento, por instrumento público, do cônjuge ou do companheiro da beneficiária ou receptora da reprodução assistida, autorizando expressamente a realização do procedimento.

§ 2º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo - DNV.

§ 3º Nas hipóteses de reprodução assistida post-mortem, além dos documentos elencados acima, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para o uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público.

§ 4º O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o ser gerado por meio da reprodução assistida.

Tal situação ocorria em razão do princípio de que a mãe é sempre certa, e também do fato do artigo 1608, do Código Civil²⁴, trazer em seu texto que a maternidade só seria contestada se provado a falsidade do termo de nascimento do filho. Em relação ao referido princípio, este determina que mãe é a que deu a luz ao bebê, e em razão deste fato os estabelecimentos médicos ao emitir a declaração de nascido vivo colocavam como mãe aquela que deu a luz ao bebê.

Ocorre que, para registrar a criança no cartório e assim emitir a certidão de nascimento, um dos documentos exigidos é justamente a declaração de nascido vivo, logo, a criança só poderia ser registrada no nome de quem estivesse constando no documento.

Acontece que tal situação impedia que a criança usufruísse de diversos direitos, como por exemplo, o de ser incluído no plano de saúde dos pais contratantes da técnica. Ainda existia a insegurança dos pais, pois se a mulher que cedeu o útero decidisse ficar com o bebê, em razão de estar o registro de nascimento em seu nome, esta ficaria com a guarda dele até que houvesse uma decisão judicial permitindo a alteração do registro civil de nascimento.

Como se pode ver, foram muitas batalhas, até que as pessoas que tinham a intenção de fazer uso da técnica de barriga por substituição começaram a ingressar na justiça para que a declaração de nascido vivo fosse emitida em nome da mulher que havia contratado a técnica, assim ao se dirigir até o cartório o bebê já seria registrado como seu filho.

Desta forma, já havia um enorme avanço em relação ao registro civil de nascimento, porém, ainda existia a necessidade de ingresso na justiça para ser realizado tal procedimento. Assim, após a edição do provimento de número 52 do Conselho Nacional de Justiça, foi aberta a possibilidade de o registro de nascimento do bebê fruto de técnicas de reprodução assistida ocorrer de forma extrajudicial, garantindo aos usuários de tais procedimentos uma forma mais rápida de ver seus direitos garantidos.

Com isso, após o exposto, pode-se observar o quão é importante uma regulamentação específica sobre determinados temas, para que as pessoas possam fazer uso de seus direitos, principalmente sem precisar de um transtorno causado pelo ingresso de uma ação judicial. Vale ainda lembrar que garantias foram dadas em razão da regulamentação do registro civil de nascimento, a exemplo a de que a pessoa irá registrar o bebê como seu filho e ainda que seja de forma extrajudicial, como ocorre em um processo comum de registro.

²⁴ Art. 1.608, CC: quando a maternidade constar do termo do nascimento do filho, a mãe só poderá contestá-la, provando a falsidade do termo, ou das declarações nele contidas.

Todavia se torna extremamente necessário lembrar que existem casais homoafetivos que fazem uso das técnicas de reprodução assistida para realizar o sonho de serem pais, principalmente do uso da barriga por substituição por casais de homens, uma vez que estes não têm como realizar uma gestação. Ocorre que em relação ao registro de nascimento poder ocorrer em nome dos dois pais, sejam ambos homens ou mulheres, o provimento 52 do Conselho Nacional de Justiça nada mencionou, devendo assim os referidos casais se valerem da justiça para alcançar os seus direitos.

É bem verdade que a justiça já reconhece em alguns casos à dupla parentalidade, assim pode-se citar a notícia em relação a decisão proferida pelo juiz Luiz Cláudio Broering do Tribunal de Justiça de Santa Catarina²⁵, em que foi autorizado que o registro de nascimento de um bebê, fruto de gestação por substituição, ocorresse em nome de um casal homoafetivo, ficando assim a criança com dois pais. Ocorre que não existe uma regulamentação para esta situação, ficando tais decisões a cargo dos magistrados, os quais podem decidir de acordo com as suas convicções, o que gera uma enorme insegurança jurídica.

Desta forma as crianças nascidas por meio de uma gestação por substituição para casais homoafetivos, podem não ter, de imediato, todos os seus direitos e garantias postos em prática, uma vez que apenas um dos pais será, em primeiro momento, reconhecido no registro de nascimento. Com isso, se um dos pais tem o direito de incluir o bebê como dependente do plano de saúde, e o outro pai tem o direito ao auxílio creche para os seus filhos, tem-se que apenas aquele que estiver no registro de nascimento da criança poderá se valer de tal benefício.

Sendo assim, surge o questionamento: o provimento 52 é suficiente para a realidade que a sociedade brasileira vive? Pode-se dizer que o provimento não é suficiente, se fazendo necessário que o legislador regule a técnica da barriga por substituição, determinando também as regras a serem observadas para o prosseguimento do registro de nascimento dos bebês de casais homoafetivos. Assim, observa-se que ainda existem pontos a serem regulamentados em relação ao registro de nascimento de bebês nascidos por meio de técnicas de reprodução assistida.

²⁵ Disponível em: portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/bebe-sera-registrado-com-nome-de-dois-pais-em-caso-de-gestacao-por-substituicao. Acesso em: 10 de nov. de 2016

4.2 O caráter lucrativo da pactuação da Gestação por Substituição

Como já abordado em capítulo anterior, a resolução 2121 de 2015, do Conselho Federal de Medicina, lista em seu texto uma relação de documentos que devem ser anexados ao prontuário da paciente. Dentre estes documentos pode-se destacar o termo de consentimento livre e o termo de compromisso, deixando claro sobre a filiação da criança, todos assinados pelos pacientes e pela doadora do útero.

Assim, pode-se observar que existe uma espécie de pactuação entre as partes, a qual se dá de forma expressa por meio dos documentos assinados por estas, nos quais se estabelecem detalhes sobre a gestação por substituição. Ocorre que a resolução supracitada, em seu capítulo VII, item 2²⁶, deixa claro que não pode haver fins lucrativos advindos desta relação pactuada, devendo esta ter caráter única e exclusivamente solidário.

Esta vedação, expressa na resolução, tem como maior intuito punir os médicos que deixem de observar os requisitos básicos para poder fazer uso da técnica da barriga por substituição. Assim, o médico que praticar a referida técnica sabendo que esta tem envolvimento com algum tipo de comércio, será devidamente punido, podendo inclusive ter cassado o seu registro. Todavia aqueles que estão contratando, bem como aquela que está cedendo o útero, não podem ser punidos por tal resolução, uma vez que esta não tem caráter normativo.

Com isso observar-se um dos grandes motivos ensejadores da produção urgente de uma legislação que regulamente o uso da técnica, definindo as regras a serem seguidas, bem como determinando como ocorrerá a sua pactuação, se esta poderá ter caráter lucrativo ou apenas poderá ser pela forma gratuita, através da solidariedade de outra pessoa em ceder seu útero.

Segundo Farias (2015, p. 551), ao se referir à resolução do Conselho Federal de Medicina, estabelece que ã(...) os critérios definidos pela entidade de classe devem ser seguidos no caso concreto, evitando um verdadeiro comércio de órgãos humanosò, desta forma, ao estabelecer que a técnica possa ser realizada mediante algum tipo de remuneração, o legislador estará abrindo portas para um comércio extremamente delicado, podendo gerar, por exemplo, a exploração de mulheres.

²⁶ Resolução 2121/2015: item VII- sobre a gestação de substituição (doação temporária do útero) 2- A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

Por outro lado, se a regulamentação proibir o caráter lucrativo estará o legislador diante da possibilidade da técnica ser utilizada como uma barriga de aluguel de forma clandestina. Desta forma, devem existir punições rigorosas ao ponto de conseguir inibir o referido uso em razão de temor às sanções.

Existem doutrinadores, como Maria Berenice Dias (2013, p.379), que defendem que na barriga por substituição deve existir uma espécie de remuneração pelo serviço prestado. Assim, pode-se observar que a gestante passa por inúmeras dificuldades na gestação, tendo esta, despesas com médicos, vestuário, alimentação, e que é do interesse das partes que contratam a gestação por substituição manter a gestante em bom estado físico e de saúde, cabendo a estes então custear os gastos advindos da gestação.

Para Rizzardo (2014, p. 444) ã(...) justifica-se a remuneração em face da série de cuidados e posturas a que se obriga a gestadora. Desta forma, surge o questionamento de até que ponto a ajuda com os custos advindos da gestação teria caráter lucrativo? Nesse momento se vislumbra mais uma vez a necessidade urgente de o legislador se pronunciar sobre a referida técnica, cabendo a ele observar as necessidades oriundas da gestação, autorizando uma remuneração de caráter indenizatório para assim suprir os custos em relação a esta.

Assim, tem-se uma grande e complexa tarefa para o legislador estudar, cabendo a ele punir expressamente a barriga de aluguel, como forma de coibir uma das consequências da falta de regulamentação, no caso, o comércio de aluguel de útero, bem como analisar a possibilidade de indenização pelos possíveis custos oriundos da gestação. Portanto, deve ser observado o melhor para a sociedade, em relação à punição ao comércio da barriga por substituição, porém sem esquecer que a gestante tem direitos à preservação de sua saúde e da do feto estabelecendo assim as devidas regras em relação ao custeio da gestação.

Como visto, muito deve ser esclarecido em relação à contratação da técnica da barriga por substituição, devendo as futuras normas estarem claras sobre como deve ocorrer a elaboração do contrato. É certo que existem diversas discursões sobre o contrato ser lícito ou ilícito em razão de seu objeto, sendo hora visto como uma prestação de serviço e hora visto como o aluguel de um órgão, porém não cabe neste artigo adentrar neste quesito.

4.3 Os conflitos na Barriga por Substituição

Como já observado, pelo exposto nos itens anteriores, a regulamentação do uso da barriga solidária é de extrema importância e urgência, pois o silêncio legislativo vem gerando inúmeras consequências, as quais não se esgotam nas já citadas. Sendo assim, neste item será abordada outra situação de grande relevância para demonstrar a necessidade de regulamentação do uso da técnica de barriga por substituição, no caso, o surgimento de possíveis conflitos entre os participantes da pactuação de tal técnica.

Ao fazer uso da técnica de barriga por substituição a medicina está mexendo com um sentimento que algumas vezes não poderá ser controlado, no caso, o sentimento de mãe. Nesta técnica, uma determinada mulher, em regra pertencente à família dos pacientes, irá ceder o seu útero para que ocorra o desenvolvimento de um bebê de outra pessoa, devendo esta ao final da gestação entregar a criança. Tal situação pode não se concretizar.

Ocorre que a mulher que está gestando a criança pode vir a criar vínculo de afeto pelo bebê gerado em seu útero e assim, ao final da gestação, entender que este lhe pertence, porém, na verdade, em razão da pactuação decorrente do uso da técnica de reprodução, esta criança não é sua. Assim, diante de tal situação estará configurado o conflito positivo.

No conflito positivo, ambas as partes envolvidas na pactuação, no caso a mulher que cede o útero e a pessoa que contrata a técnica, enxergam a criança ali gerada como sua. Este fato pode ocasionar diversos problemas, como por exemplo, pode a mulher que cedeu o útero realizar o registro da criança como seu filho, uma vez que a declaração de nascido vivo contém o seu nome como mãe.

Diante da circunstância supramencionada, a pessoa que contratou a barriga por substituição se encontra em complexa situação, uma vez que a criança está registrada em nome da mulher que gestou, situação esta que torna difícil a rápida comprovação de que de fato a pessoa que contratou a gestação por substituição é a que tem direito a criança.

Em primeiro momento a única solução seria ingressar na justiça e caso a gestação por substituição tenha ocorrido pela técnica de reprodução in vitro homóloga, e assim para comprovar que as suas alegações são verdadeiras, deve ser realizado o exame de DNA e após o resultado, poderá ter uma decisão judicial determinando a alteração do registro de nascimento, bem como a entrega da criança à mãe biológica.

Todavia, se a técnica utilizada para a gestação por substituição for a de reprodução assistida in vitro heteróloga, a comprovação da contratação será um pouco mais complicada, uma vez que a pessoa que contratou a técnica não tem o vínculo biológico para comprovar as suas alegações. Neste caso, deve-se valer de todos os documentos oriundos do uso da técnica, anexando a sua ação judicial os registros da clínica de reprodução assistida, os termos de consentimento e autorização assinados pelos contratantes e pela cedente do útero, e quantos mais existirem para que assim possa dar veracidade aos fatos narrados e a seu pedido de alteração de registro de nascimento do bebê, bem como da entrega da criança.

Com isso, pode-se perceber que a pessoa que contrata a barriga por substituição tem meios para comprovar a pactuação existente entre ela e a mulher que realizou a cessão do útero, em casos que ocorra o conflito positivo, se valendo da justiça para tal situação.

O fato é que não existe uma norma específica que determine que diante das alegações comprovadas, ocorra a realização da alteração do registro de nascimento, bem como que ocorra a entrega da guarda da criança, e assim os magistrados decidirão basicamente de acordo com as suas convicções.

Entretanto, problema maior encontra-se diante do conflito negativo, quando ambos os lados envolvidos na pactuação rejeitam a criança gerada por meio da técnica de barriga por substituição. Tais rejeições podem ocorrer por diversas razões, podendo-se citar como exemplo o fato da criança nascer com alguma deficiência, ou ainda ocorrer à separação do casal, que contratou a técnica durante a gravidez e assim estes desistirem da criança, e em se tratando da mulher que cedeu o útero ela simplesmente não deseja o bebê.

Desta forma, nos exemplos citados acima, nenhuma das partes participantes da pactuação da barriga por substituição deseja ficar com a criança, sendo assim, surge o seguinte questionamento: A quem deveria ser atribuída a responsabilidade pelo bebê?

Para Farias (2015, p. 552), é de suma importância o estabelecimento de critérios para fins de responsabilização das partes envolvidas, evitando-se assim que estes reneguem a criança por diversos motivos. Existe o Enunciado 129²⁷ da Jornada de Direito Civil, que

²⁷ Enunciado 129 Proposição para inclusão de um artigo no final do Cap. II, Subtítulo II, Cap. XI, Título I, do Livro IV, com a seguinte redação:

Art. 1.597, A . ñA maternidade será presumida pela gestação.

Parágrafo único: Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga.ò

propõe a inclusão de parágrafo, no artigo 1.597 do Código Civil, que estabelece a maternidade presumida em razão das técnicas de reprodução assistida, todavia este fato ainda não ocorreu.

Com a concretização da proposta do Enunciado supracitado, em um primeiro momento poderíamos concluir que a responsabilidade pelo bebê oriundo de uma pactuação de gestação por substituição, seria da pessoa que contratou a técnica, porém, deve-se deixar claro que não existe uma regulamentação específica sobre o fato, ficando a decisão a cargo do juiz. Ocorre que cada juízo decidirá de uma forma, em razão da omissão legislativa, e aqui mais uma vez deparamo-nos com a insegurança jurídica que será gerada, pois existirão julgados determinando a responsabilidade a quem contratou a técnica e julgados determinando a responsabilidade à mulher que cedeu o útero.

Outra situação que merece destaque seria a da pessoa que contratou a barriga por substituição rejeitar a criança e a mulher que realizou a cessão do útero querer ficar com a criança. Aqui a rejeição pode ocorrer em dois momentos, sendo o primeiro antes do registro de nascimento da referida criança e o segundo sendo após o registro desta.

No primeiro momento, no qual ainda não há o registro de nascimento da criança, a mulher que cedeu o útero poderia simplesmente se dirigir até o cartório de registros cíveis e movida pela sua emoção registrar a criança como sendo seu filho, uma vez que a declaração de nascido vivo foi emitida em seu nome. Ocorre que isso não está regulamentado e poderia vir a gerar problemas a esta mulher, pois futuramente as pessoas que realizaram a pactuação do uso da barriga por substituição poderiam ingressar na justiça para reaver a guarda da criança.

Com relação ao segundo momento, na qual já teria ocorrido o registro de nascimento em nome da pessoa que contratou a barriga por substituição, esta poderia se valer do estabelecido no artigo 13, § 1º, do Estatuto da Criança e Adolescente²⁸, e entregar a criança

Justificativa: No momento em que o artigo 1.597 autoriza que o homem infértil ou estéril se valha das técnicas de reprodução assistida para suplantar sua deficiência reprodutiva, não poderá o Código Civil deixar de prever idêntico tratamento às mulheres.

O dispositivo dará guarida às mulheres que podem gestar, abrangendo quase todas as situações imagináveis, como as técnicas de reprodução assistida homólogas e 22 heterólogas, nas quais a gestação será levada a efeito pela mulher que será a mãe sócio-evolutiva da criança que vier a nascer. Pretende-se, também, assegurar à mulher que produz seus óvulos regularmente, mas não pode levar a termo uma gestação, o direito à maternidade, uma vez que apenas a gestação caberá à mãe sub-rogada. Contempla-se, igualmente, a mulher estéril que não pode levar a termo uma gestação. Essa mulher terá declarada sua maternidade em relação à criança nascida de gestação sub-rogada na qual o material genético feminino não provém de seu corpo. Importante destacar que, em hipótese alguma, poderá ser permitido o fim lucrativo por parte da mãe sub-rogada.

²⁸ Art. 13, § 1º: As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas, sem constrangimento, à Justiça da Infância e da Juventude.

para a adoção. Ocorre que pode aquela mulher que gestou o bebê, em razão do afeto desenvolvido durante a gestação, desejar adotá-lo.

Na situação exposta acima, surge o seguinte questionamento: Poderá ocorrer a preferência desta mulher em relação à adoção da criança? Podemos responder que se esta prioridade se encontrar baseada no vínculo afetivo construído durante a gestação, deveria sim ser possível, desta forma, para evitar tantos questionamentos, poderia o legislador já estabelecer em uma regulamentação que na hipótese da criança ser posta para a adoção, a mulher que realizou a gestação terá prioridade em adotá-la, se assim desejar.

Com isso, diante de todo o exposto fica nítida a necessidade de o legislador se pronunciar em relação ao uso das técnicas de reprodução assistida, principalmente em relação ao uso da barriga por substituição, para assim poder existir um regramento na solução dos diversos conflitos oriundos do uso desta técnica. Deve o legislador estabelecer normas bases para evitar o surgimento de diversos julgados distintos, proporcionando assim uma maior segurança jurídica para as pessoas que desejarem fazer uso das referidas técnicas.

CONCLUSÃO

Como pôde ser observado no decorrer deste artigo, a evolução do entendimento de filiação, em conjunto com os avanços das técnicas de reprodução assistida, proporcionaram diversas modificações no cenário da sociedade brasileira. Estas modificações trouxeram novas possibilidades de procriação, sendo uma destas a técnica da barriga por substituição, a qual foi o objeto deste trabalho.

No estudo da supracitada técnica, inúmeros foram os questionamentos que surgiram sobre as consequências oriundas do seu uso, uma vez que ainda não existe no ordenamento jurídico brasileiro uma regulamentação específica, que determine os direitos e garantias decorrentes desta relação. Com isso, alguns destes questionamentos foram evidenciados no quinto capítulo deste trabalho, os quais advêm de possíveis situações que possam surgir em razão do uso da técnica da barriga por substituição.

Conforme mencionado acima, perguntou-se: Seria o provimento de número 52 do Conselho Nacional de Justiça suficiente em relação ao registro civil de nascimento? A ajuda

com os custos advindos da gestação por barriga por substituição teria caráter lucrativo? A responsabilidade pela criança, no conflito negativo, seria atribuída a pessoa que contratou a técnica? E em caso de desistência em ficar com o bebê, por parte da pessoa que contratar a barriga por substituição, poderá a mulher que gestou ter prioridade na adoção?

Com relação ao provimento de número 52 ser suficiente, deve-se observar que este nada mencionou sobre os casais homoafetivos poderem registrar, de forma extrajudicial, o bebê com dupla parentalidade, ocorre que já existem tribunais que autorizam o registro por dois pais ou duas mães, desta forma, este provimento se torna insuficiente e inadequado para a sociedade dos dias atuais.

Em se tratando do caráter lucrativo da barriga por substituição deve o legislador vedar e estabelecer punições aos que desobedecerem esta proibição, para que assim possa ser inibido qualquer tipo de prática comercial da técnica, todavia deve observar que a gestação gera diversos custos, como com alimentação adequada, vestuário, consultas médicas. Desta forma, o legislador deve colocar estes custos como ressalva, pois é de todo interesse da pessoa que contrata a técnica, que seu bebê seja saudável e para que tal fato ocorra deve a mulher que está gestando ter uma remuneração com caráter indenizatório para poder arcar com estas despesas.

No tocante a responsabilidade com a criança no caso de conflito negativo, deve o legislador deixar claro que esta pertence a pessoa que contratou a gestação, uma vez que a mulher que gestou o bebê o fez por um ato solidário, no intuito de ajudar alguém a realizar o seu sonho em ter um filho.

Já no que concerne a possibilidade de prioridade, da mulher que realizou a gestação, na adoção do bebê rejeitado pela pessoa que contratou o uso da técnica da barriga por substituição, o legislador deve levar em consideração a construção do vínculo afetivo que ocorre durante a gestação, e assim estabelecer na norma regulamentadora a possibilidade de preferência na fila de adoção em relação a mulher que gestou.

Conforme visto, diversas perguntas surgiram com relação as consequências advindas do uso da barriga por substituição, todavia por não existir uma regulamentação específica sobre o assunto, os possíveis conflitos que surgirem na via judicial serão resolvidos com base nas convicções de cada magistrado. Ocorre que não pode uma sociedade que está em

constante evolução, viver a enorme insegurança jurídica gerada por diversas decisões distintas, uma vez que os magistrados não possuem um regramento base para ser observado.

Desta forma, fica nítida a necessidade que a sociedade tem em que o legislador se posicione e edite uma regulamentação capaz de nortear o uso da técnica da barriga por substituição, estabelecendo os critérios de utilização, com as suas possibilidades e com as suas vedações, bem como determinando norteamentos para a solução dos possíveis conflitos que venham a surgir em razão do uso cada vez mais constante da mencionada técnica pela sociedade.

Com isso, não deve o legislador se limitar apenas a reproduzir a resolução 2121 de 2015, do Conselho Federal de Medicina, como vem ocorrendo nos projetos de lei apresentados. Deve ele realizar a sua tarefa com base em estudos em razão do novo patamar em que se encontra a sociedade nos dias atuais, buscando sempre a resolução dos conflitos de maneira contemporânea, observando os inúmeros casos apresentados, para que assim o magistrado consiga atingir com uma maior eficácia a resolução das lides a ele apresentadas.

REFERÊNCIAS

ABCMED. **Conheça um pouco mais sobre a reprodução assistida.** Disponível em: < <http://www.abc.med.br/p/gravidez/802274/conheca+um+pouco+mais+sobre+a+reproducao+assistida.htm>>. Acesso em: 12 de set. 2016.

ABCMED. **Qual a diferença entre infertilidade e esterilidade?** Quais são as causas?. Disponível em: <<http://www.abc.med.br/p/309845/qual-a-diferenca-entre-infertilidade-e-esterilidade-quais-sao-as-causas.htm>>. Acesso em: 14 de set. 2016.

ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Gestão de Substituição:** Regramento no Direito Brasileiro e Seus Aspectos de Direito Internacional Privado. Disponível em: < <http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/GESTA%C3%87%C3%83O-DE-SUBSTITUI%C3%87%C3%83O-REGRAMENTO-NO-DIREITO-BRASILEIRO-E-SEUS-ASPECTOS-DE-DIREITO-INTERNACIONAL-PRIVADO.pdf>>. Acesso em 5 de set. 2016.

BOTTEGA, Clarissa. **Liberdade de Procriar e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.** Disponível em:

<http://www.clarissabottega.com/Arquivos/Artigos/Revista_Jur_v_9_n_1_jan_jun_2007_p_37_58.pdf>. Acesso em: 15 de set. de 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei 2061, de 24 de setembro de 2003. Institui normas para a utilização de técnicas de reprodução assistida. Disciplina o uso de técnicas de Reprodução Humana Assistida como um dos componentes auxiliares no processo de procriação, em serviços de saúde, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/. Acesso em 20 de ago. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei 2855, de 13 de março de 1997. Dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e dá outras providências. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/. Acesso em 20 de ago. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei 3638, de 29 de março de 1993. Institui normas para a utilização de técnicas de reprodução assistida. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/. Acesso em 20 de ago. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei 1184, de 03 de junho de 2003. Dispõe sobre a Reprodução Assistida. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/. Acesso em 20 de ago. 2016.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução 2121/2015**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida e sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos e tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em 15 de ago. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento 52**. Dispõe sobre o registro de nascimento da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>>. Acesso em 25 de set. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 10 de ago. 2016.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em 23 de set. 2016.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 10 de ago. 2016.

CALTRAM, Gladys Andrea Francisco. **Registro de Nascimento Como Direito Fundamental ao Pleno Exercício da Cidadania**. Disponível em: < <https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/WLLANLIBSYCU.pdf>>. Acesso em 6 de out. 2016.

DENZ, Guilherme Frederico Hernandes. **Procriação Assistida E Direito À Saúde**: análise do planejamento familiar à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da primazia do direito da criança. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp047779.pdf>>. Acesso em 10 de set. de 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**: Direito de Família. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil**: Famílias. 7º ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

GUIA DO BEBÊ. **Reprodução Humana Assistida**: Três décadas de evolução. Disponível em: < <http://guiadobebe.uol.com.br/reproducao-humana-assistida-tres-decadas-de-evolucao/>>. Acesso em 14 de set. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Parte Geral. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOZZO, Débora. **Maternidade de Substituição e a lacuna legal:** questionamentos. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Gozzo-e-Ligiera-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>>. Acesso em: 21 de set. de 2016.

LAGO, Andressa Ribeiro. **Gestão de substituição e reprodução Humana Artificial:** Controvérsias no Ordenamento Jurídico Nacional e Estrangeiro. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/graduacao/anais2015/30.pdf>>. Acesso em: 21 de set. de 2016.

LANDMEIER, Felipe Redecker. **A (Im)Possibilidade de Elaboração de Contrato de Gestão de Substituição no Sistema Jurídico Brasileiro.** Disponível em: <<https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/661/1/2014FelipeRedeckerLandmeier.pdf>>. Acesso em 15 de ago. 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

RODRIGUÊS, Silvio. **Direito Civil:** Direito de Família. 28º ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética:** I Fundamentos e Ética Biomédica. 2ª ed. São Paulo: Editora Loyola, 2002.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil:** Direito de Família. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.