

# **BARRIGA DE ALUGUEL: A NECESSIDADE DE POSITIVAÇÃO DE LEI ESPECÍFICA**

Mayra do Nascimento Fernandes<sup>1</sup>

Adriana Augusta Lambert da Costa<sup>2</sup>

## **RESUMO**

O presente tema tem o objetivo de demonstrar a evolução da chamada Barriga de Aluguel dentro do ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque na possibilidade de positivação referente ao tema, além da discussão quanto ao registro e filiação da criança gerada pela técnica. Foi possível identificar lacunas na legislação atual e resoluções de conflitos baseados em princípios e com uso de analogia a outras matérias de direito. Além disso, o presente trabalho visa demonstrar a legitimidade da prática de cessão de útero e a possibilidade de contratualização entre as partes envolvidas no feito.

**Palavras chave:** Barriga de Aluguel. Filiação. Registro Civil.

## **WOMB RENTAL: THE NEED FOR SPECIFIC LEGISLATION**

### **ABSTRACT**

The current theme's objective is to demonstrate the evolution of the womb rental within the Brazilian jurisdiction planning, with focus on the positive aspects of it, with addition of the registration and guardians of the child birthed by this technique. It was possible to identify gaps in the accustomed legislation and resolutions of conflicts based on the principles, as well as with the use of analogy and other law subjects. This work also attempts to demonstrate the legitimacy of the practice of providing the uterus and the possibility of a binding contract with the parties involved.

**Keyword:** Womb rental. Filiation. civil registry.

---

<sup>1</sup> Discente do Curso de direito do centro universitário do rio Grande do Norte- UNI-RN. Email: fernandesmayra1@gmail.com

<sup>2</sup> Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte- UNI- RN. Email: adrianalambert@oi.com.br

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de analisar os aspectos sociais, jurídicos e contratuais do procedimento chamado "Barriga de Aluguel" à luz do Direito contemporâneo. O tema atual e relevante, tem como base a necessidade apresentada pelas ciências jurídicas de acompanhar a evolução da ciência genética, bem como os meios para tal evolução, além de solucionar os eventuais problemas constatados graças as lacunas encontradas na legislação atual.

Desenvolvido através do método indutivo, por meio de pesquisas bibliográficas, o presente estudo tem como objetivo principal, identificar a possibilidade da contratualização do procedimento de barriga de aluguel, bem como, demonstrar a importância de norma regulamentadora positiva sobre o tema. Além de elencar os pontos omissos da legislação atual. O empréstimo do útero, prática popularmente conhecida no Brasil como Barriga de aluguel é um procedimento que vem sendo utilizado por casais de forma mais constante em nosso país, e apesar do nosso ordenamento jurídico não regulamentar a matéria de fato, essa é uma realidade desses casais que buscam soluções alternativas para constituir uma família.

O homem sempre buscou na ciência o auxílio para cura de inúmeras doenças, não poderia ser diferente nas questões de infertilidade, assim, casais que não conseguem ter filhos passam a buscar uma solução científica para o seu problema. Como resposta a isso, vários procedimentos foram criados com intenção de reverter tal deficiência, a exemplo de: Fertilização in vitro, Inseminação Artificial, Doação de óvulo e espermatozóide, reprodução sexual programada e a doação de útero, que trouxe o peso de diversos conflitos entre os grupos religiosos, a ética e o mundo jurídico.

A alternativa mencionada faz surgir diversos conflitos ao legislador, que deverá basear-se sempre na analogia de princípios e outras normas para a solução dos conflitos que acabam por surgir quando a técnica em questão é colocada em prática, sendo o principal desses conflitos a comercialização e contratualização da gestação por substituição, quando o feito é remunerado e perde totalmente o efeito do sentimentalismo.

Ademais, é possível analisar tal tema dentro de várias esferas jurídicas, observando no desenvolvimento da matéria a utilização de tal procedimento de forma cada vez mais presente em nossa realidade, adentrando no campo do biodireito, Direito Civil e de Família, bioética, além dos princípios norteadores do nosso ordenamento. Tal análise acompanhará trabalhos acadêmicos, pesquisas bibliográficas, artigos científicos e endereços eletrônicos.

## 2 O DIREITO DE FAMÍLIA E A REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL

No Brasil, o Direito sofreu transformações e melhorias significativas nos últimos anos. É possível identificar essas mudanças principalmente quando tratamos do Direito Civil, onde percebemos o caminhar igualitário com os institutos sociais e suas tão específicas necessidades. Ao notar que os institutos jurídicos não estão atendendo os anseios da sociedade, torna-se necessário o surgimento de novos princípios e regras que regulamentem a evolução das relações sociais.

Tal afirmação tem como base a evolução que podemos presenciar no direito de Família e na necessidade da adequação de seus institutos, desde a mudança do tradicional entendimento da palavra Família, até a noção das mais variadas formas de seus componentes.

É notório que as questões de fertilidade sempre foram uma preocupação para o homem, inclusive se interpretarmos a procriação como meio de alcançar a imortalidade do genes de cada família. Com base nisso, Fernandes (2005) salienta que a esterilidade era vista pelas sociedades antigas como falha humana, sendo fatídica a procura pela cura.

Pensando no mesmo, Ferraz (2009, p. 39). enfatiza que:

O desejo de procriar é antigo. Na Grécia e em Roma a procriação tinha como principal objetivo perpetuar o culto aos mortos”. Bem próximo a nós, na América pré-colombiana, não raro nos deparamos com rituais e deuses da fertilidade.

Leite acrescenta que “as primeiras manifestações de arte, que remontam à época primitiva, representavam a mulher fecunda, grávida, capaz de gerar novos seres a exemplo da mãe natureza” (LEITE, 2004, p. 22). Com isso, é possível identificar a responsabilidade empregada a mulher de dar continuidade a família, através do ato de gerar nova vida e trazer ao mundo um novo ser, atribuindo a isso a capacidade de se fazer eterna.

A incapacidade de conceber filhos representava uma causa seríssima de degradação familiar, podendo até mesmo ser causa de anulação do casamento em questão. Segundo Coulanges, a mulher infértil era vista como uma verdadeira mulher amaldiçoada, merecendo até mesmo a exclusão do convívio social (COULANGES, 1993).

É possível perceber a necessidade de desenvolvimento médico com relação a criação de soluções para tal falha biológica. E em 1777, foi possível acompanhar o primeiro experimento científico e comprovado de procriação de mamíferos sem o ato sexual. O monge italiano Lazzaro Spallanzani utilizou o sêmen de um cachorro e realizou um procedimento

para implanta-lo em uma cadela, o que gerou três filhotes 62 dias após tudo aquilo. Muito provavelmente, esse era o primeiro procedimento de inseminação artificial que marcava a ciência e a sociedade com o seu tão importante avanço na história.

Segundo Fernandes (2005), só nos anos 50 foi possível verificar o grande número de casos de reprodução assistida realizados de forma eficaz e atendendo as expectativas tão positivas de seus usuários. Desde então, tal meio de procriação é cada vez mais utilizado pelas pessoas, demonstrando o avanço científico da matéria em questão, assim como seus efeitos.

### **3 REPRODUÇÃO ASSISTIDA E A LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL**

Inicialmente, buscando embasamento na cultura americana, quando analisamos os Estados Unidos da América, composto por cinquenta estados, onze deles se destacam por reprovar e não permitir a prática da barriga de aluguel. Assim, normas morais e legais têm uma variação de estado para estado. Enquanto isso, nos demais estados, a utilização do método é normalmente utilizada, a exemplo da Califórnia, onde a prática é tão comum que é concretizada com um acordo intermediado e firmado por um advogado, por meio de contrato. Tal contrato estabelece a guarda e as relações parentais, a forma de pagamento para a barriga de aluguel e as garantias médicas. (LOPES, 2008)

Alguns países europeus também entram no rol de proibição com relação ao uso de barriga de aluguel e comercialização do ventre, a exemplo da Itália, França e Alemanha. Já no Reino Unido e na Irlanda, sobre o tema, existe o reconhecimento materno apenas da mulher que deu à luz a criança. Sobre aprovação, a Índia é usada como exemplo de país com maior número de casos de gestação por substituição, tendo em vista a legalização do procedimento no país desde 2012. Existe um grande número de casais que fazem uso da gestação por substituição, realizando o pagamento de determinado valor para que mulheres indianas aluguem o seu útero para receber seus embriões e carregá-los durante os nove meses de gestação. (G1,2016).

No entanto, após o nascimento da criança, existirão possíveis conflitos e problemas relacionados a legislação. A exemplo, vislumbramos as questões do registro da criança, da nacionalidade que terá nascendo na Índia, e sendo então concebida com material genético brasileiro, hipóteses elencadas e que ainda não encontram respaldo legal, deixando assim, lacunas na legislação.

### **4 A FILIAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

O instituto da filiação, segundo determinados autores é demasiadamente antigo, podendo ser comparado até mesmo ao instituto da posse ou da propriedade, tendo em vista o que diz Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012):

A mais relevante relação de parentesco existente na ciência jurídica é a que se estabelece entre pai/mãe e filho”. (...) a filiação é forma segura de se falar na realização plena e valorização da pessoa humana. “Mostrar o mundo para o filho é filho é redescobri-lo nos seus perdidos detalhes: depois de crescer, a gente só se recorda que a lagarta se metamorfoseia em borboleta, e tantas coisas mais, ao falar disso com ele. Ter filhos, vivenciando intensamente a relação, é rejuvenescer. (E por que não dizer?) é atingir a plena realização da própria personalidade humana.

De igual modo, Fábio Ulhoa Coelho (2006, p.144), afirma que:

Ter filhos é uma experiência única e, embora acompanhada de imensas dificuldades, essencialmente gratificante. Quem passa por ela no momento certo da vida, enriquece-a muito. Como antes de transmitir conceitos e valores é preciso clarificá-los, preparar alguém para viver em sociedade importa reestruturar-se internamente. Acompanhar de perto o crescimento de novo ser da espécie, contribuindo de modo decisivo para sua formação, desperta o sentimento de responsabilidade pela preservação e renovação e renovação de uma herança cultural milenar.

Logo, pode-se concluir que, ter um filho é fato que envolve um turbilhão de sensações, sentimentos e emoções. Não está vinculado apenas ao ato biológico, mas também a certeza de um legado familiar, transmitido junto a valores e crenças que passam de pai para filho.

No que se refere a filiação, identificamos que o ordenamento jurídico brasileiro estabelece o parentesco por consanguinidade (natural), por afinidade, o parentesco civil, proveniente de um processo de adoção, ou de uma relação socioafetiva.

Dispõe o art. 1593 do CC: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou de outra origem” (BRASIL, 2002). No entanto, no caso da barriga de aluguel, não há lei que regulamente a filiação da criança. Nesse caso, é necessário saber se a maternidade da criança será atribuída a mulher doadora do material genético ou a que fez uso de seu útero para gerar a criança.

Diante da matéria em questão, é fácil verificar que a maternidade é atribuída a doadora do material genético, evitando assim, uma possível ação de investigação de

paternidade/maternidade pleiteada pelo filho em razão da mãe doadora do material genético para garantias de efeitos sucessórios daí decorrentes.

Segundo Sílvio de Sávio Venosa:

Quanto à maternidade, deve ser considerada mãe aquela que teve o óvulo fecundado, não se admitindo outra solução, uma vez que o estado de família é irrenunciável e não admite transação. Nem sempre será essa, porém, uma solução eticamente justa e moralmente aceita por todos. A discussão permanece em aberto. Muito difícil poderá ser a decisão do juiz ao deparar com um caso concreto. Tantos são os problemas, das mais variadas ordens, inclusive de natureza psicológica na mãe de aluguel, que o mesmo projeto de lei sobre reprodução assistida citado, em tramitação legislativa, proíbe a cessão do útero de uma mulher para gestação de filho alheio, tipificando inclusive essa conduta como crime. Sem dúvida, essa é a melhor solução. No entanto, a proibição não impedirá que a sociedade e os tribunais defrontem com casos consumados, ou seja, nascimentos que ocorreram dessa forma, impondo-se uma solução quanto à titularidade da maternidade. Sob o ponto de vista do filho assim gerado, contudo, é inafastável que nessa situação inconveniente terá ele duas mães, uma biológica e outra geratriz. Não bastassem os conflitos sociológicos e psicológicos, os conflitos jurídicos serão inevitáveis na ausência de norma expressa. (VENOSA, 2007, p.224).

Além disto, a Resolução n. 2.121/2015 tem o intuito de esclarecer questões sobre filiação que incluem a garantia do registro civil do menor realizado pelos pais genéticos, com a documentação necessária sendo providenciada durante a gravidez.

Ainda sobre a filiação, Maria Helena Diniz afirma ser o vínculo existente entre os pais e os filhos ou entre pai adotivo e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga, estabelecendo assim uma relação socioafetiva. Logo, a filiação afetiva está para o direito, tão assegurada e respeitada quanto a filiação biológica.

A filiação é mencionada por Maria Berenice Dias da mesma forma, quando define:

No atual estágio da sociedade, não mais se questiona a origem da filiação. Ante as facilidades que os métodos de reprodução assistida trouxeram, hoje é possível a qualquer pessoa realizar o sonho de ter um filho. Para isso não precisa ser casado, ter um par ou mesmo manter uma relação sexual. A essa realidade não se pode fechar os olhos. (DIAS, 2011, p 05)

Além do que, sobre a filiação advinda de reprodução assistida, o legislador tentou regulamentar tais relações através do Código Civil, quando menciona em seu art. 1.597, V: Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. É importante associar a

interpretação do Código Civil junto a Constituição Federal, art. 226, que trata da aplicação de tais regras também a união estável e aos casais homossexuais que contraem o casamento civil.

#### **4.1 Filiação homóloga**

O ordenamento jurídico brasileiro conta com duas formas de filiação, homóloga e heteróloga, ambas mencionadas no Código Civil de 2002 e que trazem a possibilidade da filiação garantida através de procedimento de inseminação artificial.

Nos casos de filiação homóloga, o material genético pertence aos pais interessados, sendo utilizada quando o casal possui fertilidade ao mesmo tempo em que é incapaz de haver a fecundação através do ato sexual.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2012, p.232):

A inseminação homóloga pressupõe que a mulher seja casada ou mantenha união estável e que o sêmen provenha do marido ou companheiro. É utilizada em situações nas quais, apesar de ambos os cônjuges serem férteis, a fecundação não é possível por meio do ato sexual por várias etiologias (problemas endócrinos, impotência, vaginismo etc.

Logo, a inseminação homóloga é a intervenção humana no processo de reprodução natural, tendo como seu principal objetivo o auxílio a pessoas que passam pelo problema a infertilidade ou esterilidade.

O Código Civil estabelece no Art. 1.597 que são presumidos os filhos concebidos na constância 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. Logo, é possível identificar dentro do artigo em questão a existência de presunção de paternidade nos casos de reprodução homóloga assistida, ou seja, quando o material genético é pertencente aos dois pais. Salientando que o inciso III fala em fecundação homóloga *post mortem*, quando o marido doador do sêmen já faleceu, e o embrião fecundado foi preservado criogenicamente em laboratório.

Quanto a autorização prévia do marido doador para tal procedimento, é possível encontrar uma lacuna na legislação, e vislumbrando tais preocupações, foi consolidado entendimento no Enunciado 106 da jornada de Direito Civil:

Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.”

Ou seja, além da comprovação do estado civil da mulher, o entendimento consolidado é da prova documental, uma autorização expressa deixada pelo marido, para que o procedimento possa ser concretizado e assim, a paternidade da criança não acabe gerando dúvidas.

Logo no inciso IV, verificamos também a possibilidade da fecundação homóloga de embriões excedentários, que são os embriões que sobraram em uma fertilização assistida que foi realizada anteriormente e que, por determinação legal do art. 5º da Lei de Biossegurança, deverão ser preservados por um período mínimo de três anos. Ocorrendo tal procedimento, a paternidade do filho será então presumida.

## **4.2 Filiação heteróloga**

Já nos casos de filiação heteróloga, o esperma seria doado por um terceiro, estranho ou não a relação do casal. Fato bastante utilizado nos casos de infertilidade do marido.

A inseminação heteróloga é realizada com a coleta de material, próprio ou alheio (sêmen e óvulo próprios ou alheios, sêmen próprio e óvulo alheio ou vice-versa), resultando em embriões, para implantação em útero alheio, ou, ainda, em útero próprio, com material alheio (sêmen e óvulo, sêmen ou óvulo), surgindo portanto neste caso, a figura da “barriga de aluguel”. (Azevedo, 2009)

O método em questão, atualmente é utilizado em várias partes do mundo. O aperfeiçoamento de tal técnica ocorre gradativamente e infelizmente, torna a atividade cada vez mais comercial, desviando sua finalidade de auxílio a casais que tem infertilidade física.

Sobre as questões de filiação heteróloga, o inciso V do art. 1.597 é claro quando menciona serem presumidos os filhos concebidos na constância do casamento quando: “havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

Tal inciso tem como exigência principal a prévia autorização do marido, seja expressa ou escrita, como complementa as exigências da Resolução nº 1.957/10 do Conselho Federal de Medicina (princípios Gerais, 3). Além do que, a mesma resolução trata em seu item II, a possibilidade de utilização da técnica reprodutiva por: “Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução”. Ressaltando ainda que a presunção da paternidade é justificada com a necessidade do sigilo quanto a doação do material genético, assegurada e exigida na mesma resolução, item IV, 3.

Tratando desse anonimato fundamentou Fábio Ulhoa Coelho que:

Impedir que os doadores conheçam a identidade dos receptores e estes, a daqueles. Trata-se de garantia para as duas partes; nenhuma delas pode ser perturbada por pleitos de outra. O sigilo sobre a identidade dos doadores e receptores é absoluto, autorizado e fornecido de informações disponíveis acerca dos primeiros exclusivamente a médicos e por razões médicas”. (COELHO, 2012, p.195)

Logo, é nítido que o contato do doador com o receptor é basicamente inexistente, um independe do outro e, existindo tal contato, o procedimento poderá ser completamente afetado. Causando assim, forte impacto na relação estabelecida e determinada pela resolução n. 2.121/2015 que estabelece o não contato de doador e receptor.

## **5 BARRIGA DE ALUGUEL**

Baseando-se na definição da Lei Portuguesa (Artigo 8º da Lei nº 32, de 26 de julho de 2006) a respeito da barriga solidária ou maternidade por substituição: “Entende-se por maternidade de substituição ou Barriga de Aluguel, qualquer ato em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando-se aos poderes e deveres próprios da maternidade”.

A procura pelo tratamento contra a infertilidade infelizmente é a realidade de muitos casais que buscam constituir uma família e procriar. Essa procura constante corresponde a uma vontade perseverante de casal infértil, sustentada pela evolução

científica e pelos avanços que surgem. A barriga de aluguel, usada em último recurso, aparece cada vez mais dentro dessa realidade.

Também chamada de mãe substituta ou gestação sub-rogada, a barriga de aluguel é definida por inúmeros doutrinadores como sendo a mulher que empresta seu útero para a gestação do filho, concebendo pelos gametas masculino e feminino de terceiros, a quem ao final da gestação será entregue a criança, assumindo a fornecedora do óvulo a condição de mãe.

Os primeiros casos de empréstimo de útero aconteceram respectivamente em 1963 no Japão e em 1975 nos Estados Unidos. Entretanto, somente em 1988, com o caso “Baby M” nos Estados Unidos foi que ocorreu grande repercussão sobre o tema.

A técnica utilizada na cessão temporária de útero consiste no uso do ventre de uma terceira pessoa para assegurar a gravidez, quando a gestação apresentar alto teor de riscos para a mãe, ou quando o útero materno apresenta impossibilidade do desenvolvimento normal do ovulo fecundado. Indicado a mulheres que apresentam casos adquiridos ou de nascença dessa deficiência.

Sobre o procedimento gestação por substituição, Maria Helena Diniz diz que:

Como o embrião decorrente de fertilização do óvulo da mulher pelo sêmen de seu marido, pode ser, como nos Estados Unidos, Inglaterra e África do Sul, transferido com uma cânula para o útero de outra mulher (mãe de aluguel), que, mediante pagamento, aluga seu útero para gerar criança alheia, surgem inúmeros conflitos de ordem moral e jurídica, como, p. ex, quem seria a mãe: a que cedeu o útero ou a que cedeu o óvulo” (DINIZ, 27ª ed. p. 488/504)

Dentro da atual discussão, é possível verificar que apesar da doutrinadora explicar o assunto de forma aberta, o procedimento já levantava questionamentos como a verdadeira redentora da maternidade.

Os embriões são coletados de forma apropriada por clínicas e médicos especializados, da mãe biológica e, logo após, transferidos para a mãe de substituição durante seu ciclo natural ou induzido, como é possível constatar nas palavras de Maria Helena Diniz. Realizando o procedimento de duas formas possíveis: quando existe a simples doação do útero com finalidade gestacional, e quando além do útero, existe a cessão também dos óvulos, utilizando assim o material genético da doadora somado aos espermatozóides do marido da esposa infértil.

Ressaltando ainda, que após qualquer um dos dois procedimentos, deverá ser feita a entrega da criança ao casal aderente, logo depois do nascimento da criança. Assegurando assim, além de direitos familiares, os direitos também sucessórios do menor em questão.

### **5.1 Filiação decorrente da barriga de aluguel**

No caso da filiação decorrente da barriga de aluguel, diferentemente da filiação homologa ou heterologa, tanto a paternidade como a maternidade podem ser questionados, tendo em vista que a grande maioria acreditar ser de fato mãe aquela que concebeu a criança.

Segundo o art. 1.593 do CC: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou de outra origem” (BRASIL, 2002). Entretanto, no caso de barriga de aluguel não há lei positivada que regulamente as questões de filiação da criança. Diante disso, é importante que o melhor interesse da criança sobressaia a ausência de norma regulamentadora e resguarde todos os direitos sucessórios do menor interessado.

No entendimento de Elio Sgreccia, a luz da bioética, deveria ser registrada como “mãe” aquela que gerou a criança e não a que cedeu o óvulo para a fecundação, ressalvados os casos em que a mãe que gerou a criança não queira reconhecê-la. Ainda com o mesmo entendimento Kantrowitz afirma que tudo que se faz é troca de uma dor de uma mulher que sofre com a infertilidade por uma que desiste de assumir o bebê que gerou, transformando todo o procedimento em permuta. Infelizmente ou felizmente para os que forneceram o material genético, a ciência jurídica não tem o mesmo entendimento, discordando completamente de tais afirmativas.

Nitidamente, esse é mais um problema do nosso ordenamento jurídico que não possui norma regulamentadora, trazendo uma insegurança jurídica e sem fundamentação legal que vá além de princípios do direito, ética e moral.

Uma tentativa de sanar essa ausência, seria a Lei n. 8089/1990, Estatuto da Criança, que menciona em seu artigo 19 o princípio da preferência da família natural sobre a substituta:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Logo, a mãe doadora do material genético seria pertencente a família natural da criança, e o próprio estatuto mostra essa preferência.

A Constituição Federal de 1988 não menciona em nenhum de seus artigos matéria que trate da cessão temporária de útero, sendo as Resoluções n. 1358/1992, n. 2.013/13 (já revogada) e n. 2.121/15, todas do Conselho Federal de Medicina, a única matéria determinante e que trás referência à gestação por outrem. No entanto, tais normas tratam de regras com teor facultativo as partes, não tendo força de lei e assim, o seu desrespeito acarretaria apenas em sanções administrativas aplicadas ao médico que faz uso de tal conduta.

A respeito de tal entendimento, preceituam Edson Borges Júnior e Deborah Ciocci Oliveira que a gestação por substituição tem o seu regimento totalmente baseado no ordenamento existente e, enquanto não aprovado nenhum projeto de lei a respeito, seus limites são impostos pelo controle sumário, ou seja, da própria sociedade.

Ainda sobre a necessidade de legislação específica, apesar de não ser absoluto, o princípio da legalidade, estabelecido no Art. 5º inc. II da Constituição Federal de 88, determina que apenas o Poder Legislativo pode criar comandos inovadores na ordem jurídica do país. Sendo assim, não existe no ordenamento jurídico brasileiro uma única Lei que proíba a gestação conhecida por “barriga de aluguel”.

Da mesma forma, não se pode tipificar a disposição do útero a terceiros, que depende única e exclusivamente da vontade da mulher que o faz, e nem o ato de procurar ou adquirir esses serviços, ligando tais condutas à Lei 9.434 de 04 de fevereiro de 1997, tendo em vista que tal Lei criminaliza a conduta de compra e/ou venda de tecidos, órgãos do corpo humano. E, no direito penal não há que se falar em interpretação extensiva danosa.

A respeito do que já foi mencionado, Lucas Abreu Barroso (2011, p.255-283) define que:

O sistema jurídico não é pronto e acabado. Quantas injustiças ocorreriam, se o fosse. Enquadrar as incontáveis possibilidades econômico-sociais em normas preestabelecidas é querer recortar o indivíduo do tamanho do direito, sendo preferível flexibilizar o direito de acordo com a atuação humana no contexto da comunidade política. Esse é o sentido do direito hoje.

Logo, enxergamos a utilização da barriga solidária como exercício fiel do que já foi estabelecido em nossa Carta Magna de 1988 e Código Civil de 2002, que garantem cada vez mais o exercício pleno da liberdade e dos direitos elencados fielmente em seus artigos.

#### **4.2 A legislação sobre barriga de aluguel**

No Brasil, não existe uma lei específica que regule a doação temporária do útero, no entanto, é notória a existência de regras para uso de tal procedimento. Regras elencadas na Resolução n.º 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina. O qual determina que, no território nacional será proibido cobrar pelo aluguel ou comercialização do útero. Além de frisar que, todo o processo deverá ser realizado em clínicas especializadas com autorização do Conselho Federal de Medicina.

A resolução estabelecida pelo CFM, também determina que para ser “barriga de aluguel”, é necessário um grau de parentesco estabelecido até o segundo grau, pertencendo então a família da doadora genética, deixando então para a análise do Conselho os casos em que não existe parentesco biológico, existindo assim uma mera afetividade entre a mãe biológica e a mãe doadora do útero.

"A doação temporária de útero pode ser feita desde que a doadora do útero tenha um grau de parentesco até 2º grau, como avó, mãe, filha, tia, ou prima", explica Paulo Spioni, advogado do Banco de Cordão Umbilical do Brasil (BCU Brasil), onde também afirma que a fecundação dos gametas do casal para esse fim, só poderá ocorrer caso exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação da doadora genética.

A Constituição Federal de 88 não trás em seu texto uma regulamentação específica que trate da barriga de aluguel, no entanto, o texto constitucional preceitua princípios morais e éticos, que regulamentam e fomentam as relações que possam existir em decorrência de da barriga solidária, do mesmo modo que princípios norteadores, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, tratado no art. 1º, III da CF/88. A partir desse princípio, que compõe os direitos fundamentais, o ser humano tem a proteção garantida por parte do Estado Democrático de Direito.

Segundo entendimento de Sarlet (2001, p. 60):

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a

peessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Logo, diante de tais afirmativas, percebemos que o ser humano é merecedor de todo respeito e proteção por parte do Estado, e que essa busca deverá ser constante, sempre assegurando todas as garantias estabelecidas em nossa Carta Magna, livrando-o de qualquer ato degradante e desumano.

Sob a ótica da barriga de aluguel, podemos constatar a ausência de norma regulamentadora que se faz necessária quando se trata de segurança jurídica para os pais biológicos, assim como, direitos e deveres pré-estabelecidos desses, da mãe por substituição e uma maior proteção à criança.

Diante de novas circunstâncias envolvendo a biotecnologia, o direito não pode ficar adormecido, sem acompanhar tais progressos.

Sobre essas questões, Gustavo Tepedino (2009, p. 17), salienta que:

Diante da multiplicação de situações trazidas pelas novas tecnologias, muda-se radicalmente a técnica legislativa, valendo-se o legislador de inúmeras cláusulas gerais – as quais permitem ao intérprete amoldar as previsões normativas às peculiaridades do caso concreto –, e os princípios, dotados de força normativa, tornam-se fundamentais para determinação dos ordenamentos aplicáveis aos casos concretos, cada vez mais inusitados.

De fato, percebendo a ausência de legislação específica, concluí-se que estamos diante de muitas distorções éticas, deixando as relações de doador do material genético e barriga solidária totalmente embasadas na Resolução do CFM. No entanto, torna-se possível constatar que tal resolução trata de mera expectativa quanto ao procedimento de barriga solidária, não exercendo assim, força normativa ou aplicação de sanções às partes.

Com a leitura de tal resolução, em se tratando dos requisitos para reprodução assistida, percebemos que há um objetivo para que as técnicas de reprodução humana assistida avancem, e que esse avanço sempre respeite os princípios éticos e morais estabelecidos pela norma. Enquanto uma regulamentação jurídica concreta não for estabelecida, caberá aos juízes a aplicação por analogia da Lei de Introdução ao Código

Civil, e dos princípios gerais de direito, com a intenção de atender os fins sociais e os bons costumes, sempre norteados pelos princípios constitucionais.

### **5.3 O registro das crianças geradas por barriga de aluguel**

O registro da criança seria realizado após a emissão de Declaração de Nascido Vivo, emitida pelo hospital no qual o parto foi realizado, constando assim, nome da mãe de barriga e todos os dados necessários para o feito. Logo, o cartório responsável emitiria certidão de nascimento válida em todo território nacional, conforme disposto no Art. 9º do Código Civil de 2002, que menciona: Serão registrados em registro público: I - os nascimentos, tendo assim o feito, os pais biológicos deveriam acionar o judiciário para devida correção do nome da genitora no documento, ressalvada as hipóteses em que os pais buscam o auxílio de um advogado e conseguem liminar para assegurar que a DNV saia com o nome da mãe biológica.

Assim, é possível identificar a não celeridade do procedimento, além das inúmeras barreiras que podem ser encontradas durante o tramite do processo de correção do registro.

No ano de 2013, o Tribunal de Justiça de Goiás divulgou uma nota com o entendimento do Juiz Marcelo Lopes de Jesus, atuante na época da comarca de Santa Helena, cidade do Estado de Goiás, onde determinava que nas declarações de nascidos vivos das gêmeas Júlia e Emanuele, geradas no útero da avó, constasse o nome de seus pais biológicos e que ainda, fossem registradas no nome deles. A justificativa do Juiz foi: "Biologicamente, as crianças nascidas desse evento são filhas dos autores e netas da doadora do útero, não tendo havido a doação do material genético, mas sim a doação temporária do útero, a gestação de substituição". Ainda sobre o caso, o juiz entendeu que a não concessão da medida implicaria em prejuízos para as crianças, a exemplo de ausência do registro ou uma necessidade de alteração dele posteriormente e a não inclusão das gêmeas no plano de saúde dos pais. Afirma o juiz: "Analisando os autos, fica comprovado que os requisitos estão satisfeitos. A doadora do útero é mãe biológica da doadora do material genético e declara cabalmente que a doação foi espontânea" Além de ressaltar e mencionar o art. 227 da Constituição Federal, onde estabelece a prioridade da proteção à criança e ao adolescente, garantindo além de outras coisas, a convivência familiar. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS, 2013).

Logo, é possível identificar uma dificuldade com relação ao registro das crianças geradas por meio de barriga solidária, sendo assim, estabelecendo a necessidade de

adequação do judiciário quanto a esses casos. Além da evolução do Direito para determinada matéria.

Sobre tal necessidade, no ano de 2016, grande passo foi dado quando a Corregedora-Nacional de Justiça, Nancy Andrigli, editou o Provimento 52, de 14 de março de 2016, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Logo no início do documento, cuida da regularização sem intervenção judicial, dos filhos originados por técnica de reprodução assistida de casal homoafetivo ou heteroafetivo, observando com relação aos casais homoafetivos que, dentre outras exigências, o registro de nascimento seja adequado para que contenha os nomes dos ascendentes sem distinções quanto à ascendência paterna ou materna.

"Isso reduz o número de processos e também é fundamental para as famílias. O principal beneficiário do provimento é a criança, que tem reconhecido o seu direito de identidade", afirma Maria Berenice Dias. Tal edição contempla a celeridade já mencionada, assegurando que a emissão de certidão de nascimento seja realizada de forma mais fácil e ágil, sempre pensando no melhor interesse da criança, além de assegurar sempre o direito da personalidade, do nome e prenome. (MARTINS, 2016)

Essa medida demonstra um avanço relacionado a cessão de útero, garante aos pais genéticos uma segurança para aquele bebê que está sendo gerado, além de respaldar esses pais sobre a matéria de certidão de nascimento.

## **6 A RELAÇÃO CONTRATUAL E POSITIVAÇÃO DE NORMA REFERENTE A BARRIGA DE ALUGUEL**

Ao nos depararmos com a barriga de aluguel, solidária ou mãe por substituição, nos questionamos como seria realizada cada etapa dentro desse feito. Questionamos ainda a possibilidade de obrigação contratual, tendo em vista existir o lado dos pais biológicos e o da mãe substitutiva, ambos de total acordo a respeito do procedimento adotado. Normalmente, dentro dessa situação, vemos a possibilidade da celebração de um contrato entre as partes, listando direitos e deveres de ambos.

Lopes (1995. p. 8-9) define como sendo o conceito de obrigação:

Em resumo, fixa a importância da doutrina das obrigações: a) pela sua natureza abstrata, que a torna apta a constituir um direito uniforme e de

caráter internacional. b) pela sua ductilidade, prestando-se às mais variadas manifestações da vontade nas relações contratuais ou nos de declaração unilateral; c) pela sua capacidade, adaptando-se às transformações ocorrentes no mundo das relações e que resultam dos progressos e revoluções operadas nas ciências, nas artes e nas indústrias. A obrigação consiste um vínculo de direito, que nos subordina a respeito de outrem a dar-lhe alguma coisa ou a fazer ou a não fazer alguma coisa.

Nesse caso, observando a validade do negócio jurídico, referindo-se a barriga de aluguel, é possível identificar uma afronta aos princípios constitucionais da indisponibilidade e inviolabilidade da vida humana, determinando então a nulidade dessa relação contratual.

Ainda sobre o tema, Figueiredo (2007, p. 98) menciona:

Permitir-se a contratação de pessoa estranha para gerar um filho, mediante paga ou promessa de recompensa, é transformar o processo de gestação numa mera obrigação legal, em prejuízo de sua formação. [...] se estaria reduzindo o instituto da maternidade a um mero acordo de vontades em troca de benefícios financeiros.

Logo, reprovado totalmente o feito, tendo em vista a transformação da maternidade em algo totalmente comercial e que foge a real intenção, que seria de constituir uma família.

Por outro lado, temos os defensores da maternidade por substituição, os que afirmam ser um contrato de prestação de serviço, e não da criança.

Sobre tal, entende Hryniewicz e Sauwen (2008, p. 108):

[...] Tal como ocorre em qualquer outra profissão, a “locadora do útero” seria uma profissional, com direito à recompensa. O fato de a remuneração ser feita no ato de entrega do bebê não significa que o mesmo esteja comprado, é próprio de um serviço com certas especificidades.

O entendimento diz respeito a livre vontade da mãe por substituição, do uso do seu corpo como método de ofertar um determinado serviço, que seria a entrega da criança após o seu nascimento.

Ainda sobre o contrato, para Flávio Tartuce (2010, p. 32), um contrato pode ser definido como sendo um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que tem como objetivo a criação, modificação ou extinção de direitos e deveres dos seus assinantes com conteúdo

patrimonial. Os seus requisitos são divididos em subjetivos, que estabelecem a necessidade de capacidade e consentimento das partes, e os objetivos, que devem estar conforme o artigo 104, inciso II do Código Civil brasileiro, onde a validade do negócio jurídico requer objeto lícito, possível, determinado ou determinável.

É possível identificar inúmeros conflitos diante do contrato da barriga de aluguel no momento em que analisamos o âmbito contratual. No momento de imaginar tal contrato realizado entre pais interessados e mãe por substituição, vislumbramos o lapso de tempo entre a inseminação artificial até o nascimento e entrega da criança. Logo, a possibilidade de inúmeras mudanças que poderão ocorrer nesse meio tempo incluindo fatores que alterariam a forma de pensar de ambas as partes, ressaltando inclusive, o possível vínculo que a barriga solidaria criou com a criança.

Vislumbrando toda essa situação, nada garante que o contrato realizado antes de todo esse procedimento será deveras cumprido, tendo em vista o peso dos laços afetivos criados entre mãe por substituição e filho. Além do que, a ausência de regulamentação sobre reprodução assistida, não garante a segurança jurídica do negócio estabelecido entre as partes.

Hoje, a gestação por substituição é tratada pela Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, como não tem força de lei, não implicará penalidades aos que a desrespeitam. Partindo disso, percebemos a necessidade de positivação de norma que trate não só do procedimento de barriga de aluguel como também, da reprodução humana com maior atenção, fundamentando tal afirmativa no princípio da dignidade da pessoa humana, garantia constitucional estabelecida e que é nosso o dever e a possibilidade de sua existência.

## **7 CONCLUSÃO**

Diante da amplitude da matéria tratada, caracteriza-se como relevante a matéria em questão e, destacaram-se apenas os conflitos jurídicos mais suscitados. Referente a filiação nos casos de barriga solidária, a atual jurisprudência entende como pais aqueles que fornecem o material genético para o útero de substituição, tendo em vista que esses possuem o animus, o desejo de gerar e reproduzir um filho.

Ainda sobre a filiação, estando garantida essa aos pais doadores do material genético deverá o registro da criança ser realizado em seus nomes, haja vista que além do desejo de gerar a vida, os pais têm a intenção de transmitir seus valores morais e éticos à criança.

Com relação ao procedimento de cessão de útero, constatou-se que como todas as outras relações, essa também envolve transações econômicas e custos, o que acaba por levar algumas mulheres a ceder o útero de forma onerosa.

Nesse contexto, verificou-se que, apesar de existir uma proibição quando a cobrança feita como medida de troca para cessão temporária, essa é uma realidade enfrentada não só pelo nosso país, como no mundo todo, mostrando a necessidade que o Direito Brasileiro tem de encarar essa realidade.

Além disso, o aspecto contratual também foi analisado, demonstrando uma insegurança quando levantada essa hipótese, ora lembrado não existirem os requisitos fundamentais para compactuar um contrato válido e lícito, além de que a matéria de direito pode ser facilmente alterada conforme o desejo das partes, o vínculo estabelecido e a possível afetividade que surgiria entre a mãe por substituição e o menor em questão.

No momento em que há falta de regulamentação sobre a matéria, as relações jurídicas são decididas exclusivamente com base nos princípios éticos e morais, prática que leva a insegurança jurídica e sensibiliza ainda mais o relacionamento social com o judiciário.

Ademais, buscou-se demonstrar a necessidade de positivação de norma regulamentadora quando a matéria de gestação por substituição, existindo assim, uma lei que regulamente, controle e puna o descumprimento de tal lei, isso, dando uma maior segurança aos pais, a gestante e a criança, prevalecendo sempre o seu melhor interesse, além de assegurar primeiramente a saúde e o direito a vida.

## 8 REFERENCIAS

ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. A reprodução assistida e as relações de parentesco. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3127>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

BARROSO, Lucas Abreu. **A realização do Direito Civil**: entre normas jurídicas e práticas sociais. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei n 10.406 de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/codigos/2002\\_lei\\_010406\\_cc/010406\\_2002\\_cc\\_1596\\_a\\_1606.htm](http://www.dji.com.br/codigos/2002_lei_010406_cc/010406_2002_cc_1596_a_1606.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.434 de fevereiro de 1997.** Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm)>. Acesso em: 26 out. 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Família e Sucessões.** 5. ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

COLLUCCI, Cláudia. Barrigas de Aluguel. **Jornal Folha de São Paulo.** São Paulo, 03 fev. 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Atualiza as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. **Resolução n. 2.013, de 09 maio 2013.** Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf)>. Acesso em: 10 de out. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Corregedoria regulamenta registro de criança gerada por reprodução assistida.** Provimento n. 52/2016, de 14 de mar. de 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81780-corregedoria-regulamenta-registro-de-crianca-gerada-por-reproducao-assistida>>. Acesso em: 11 de out. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 8. ed. São Paulo: RT, 2011.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito das famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 5 v.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das famílias.** 4. ed. Bahia: JusPodivm, 2012.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. Reprodução humana assistida e filiação. **Tribunal de justiça de Pernambuco,** 2015, Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/cej/revistas/num2/Ana%20Claudia%20Brand%20de%20Barros%20Correia%20Ferraz.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

G1. **Índia, país onde mais se pratica o aluguel de barrigas no mundo, quer proibir transação com fins comerciais,** Rio de Janeiro, 03 set.2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/09/india-pais-onde-mais-se-pratica-o-aluguel-de-barrigas-no-mundo-quer-proibir-transacao-com-fins-comerciais.html>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O direito “in vitro”**: da bioética ao biodireito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. Aspectos da legislação sobre barriga de Aluguel. **Consultor Jurídico**, 10 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-10/aspectos-civis-criminais-legislacao-barriga-aluguel>>. Acesso em: 31 out. 2016.

LOPES, Adriana Coutinho. **O registro civil dos nascidos de gestação substitutiva**. Tijucas. 2009.

LOPES, Adriana Dias. Gravidez a soldo. **Revista Veja**, edição 2059, 7 mai. 2008. Disponível em: <[http://veja.abril.com.br/070508/p\\_140.shtml](http://veja.abril.com.br/070508/p_140.shtml)>. Acesso em: 05 nov. 2016.

MARTINS, Luísa. Nova regra simplifica registro de bebês gerados por barriga de aluguel, **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 20 mar. 2016. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,nova-regra-simplifica-registro-de-bebes-gerados-por-barriga-de-aluguel,decisao-do-stf-abriu-caminho-para-medida,10000022258>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Conflito positivo de maternidade e a utilização do útero de substituição**. Disponível em: <[http://www.colegioregistralmg.org.br/content/images/artigoacademico/utero\\_por\\_substituicao.pdf](http://www.colegioregistralmg.org.br/content/images/artigoacademico/utero_por_substituicao.pdf)>. Acesso em: 28 out. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. **Pais biológicos de gêmeas geradas pela avó poderão registrá-las**, 01 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/home/imprensa/noticias/161-destaque1/1225-pais-biologicos-de-gemeas-geradas-pela-avo-poderao-registra-las>>. Acesso em: 01 out. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 6 v.