



UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

**BARRIGA SOLIDÁRIA: Limites Jurídicos e o Direito Fundamental
ao Próprio Corpo**

ENEIDA ROSÉLIA NASCIMENTO SILVA

Recife
2016

ENEIDA ROSÉLIA NASCIMENTO SILVA

**BARRIGA SOLIDÁRIA: Limites Jurídicos e o Direito Fundamental
ao Próprio Corpo**

Dissertação de Mestrado apresentada à
Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP),
como exigência parcial para a obtenção do título de
Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Labanca Correia de
Araújo.

Recife
2016

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

ENEIDA ROSÉLIA NASCIMENTO SILVA

**BARRIGA SOLIDÁRIA: Limites Jurídicos e o Direito Fundamental
ao Próprio Corpo**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Católica de Pernambuco, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo
Orientador - Universidade Católica de Pernambuco

Prof. Dr. João Cláudio Carneiro de Carvalho
Examinador externo da Estácio - PE

Profa. Dra. Catarina de Oliveira
Examinador interno da Universidade Católica de Pernambuco

Dedico essa dissertação de mestrado a meus alunos, coordenadores e amigos, que foram o ponto forte na minha decisão de enfrentar esse desafio, com a certeza de que estou no caminho certo.

AGRADECIMENTOS

A Deus pela conclusão deste trabalho, confiante de que tudo ocorreu da maneira que deveria acontecer e dentro das minhas possibilidades, tendo a superação de obstáculos me proporcionado mais força.

Aos meus pais, Anastácio (In memoriam) e Orleide, que me deram a possibilidade de estar viva, proporcionando-me uma educação, proteção e valores morais, suportes necessários à conquista deste sonho.

Imensamente a minha avó Madalena Medeiros, uma das grandes incentivadoras que tive para concluir um curso dessa magnitude.

Ao meu esposo, Alexandre Henrique, pela paciência, incentivo e ajuda no meu dia a dia tão corrido, tendo sido sempre um grande apoiador de meus sonhos e companheiro nas horas em que mais precisei.

Às minhas filhas, Eloisa e Camila, por sempre compreenderem a minha ausência em alguns momentos, nunca questionando o meu amor por elas.

Ao meu orientador, Marcelo Labanca Correia de Araújo, por ter sido de extrema importância na conclusão deste trabalho, por sua disponibilidade, força e orientação que, diante dos obstáculos, demonstrou, com sua calma e incentivo, que seria possível.

Ao final, a todas as pessoas que, direta ou indiretamente, fizeram parte de minha trajetória. Será muito pouco, mas deixo aqui um enorme abraço a todos que me incentivaram a adentrar mais profundamente neste mundo maravilhoso, que é o mundo acadêmico.

RESUMO

O presente estudo tem a finalidade de verificar a (im) possibilidade de alienação do direito fundamental ao corpo sob o enfoque central da maternidade de substituição ou barriga solidária, abordando a necessidade ou não de construção de um sistema regulatório específico. Para tanto, foram levantados estudos sobre de que maneira essa possibilidade de alienação de um direito fundamental ocorre dentro de nossa sociedade com o objetivo financeiro, desconsiderando, muitas vezes, valores éticos, morais, legais e sociais, tornando, muitas vezes, as mulheres vulneráveis frente à evolução bioética atual. Apresentaram-se dados e documentos com o objetivo de verificar se a regulamentação existente no Brasil é suficiente para o efetivo controle da possibilidade de alienação do corpo nos casos de maternidade de substituição. Consoante aos procedimentos técnicos ao trabalho, a pesquisa envolveu pesquisa bibliográfica, constituída basicamente de análise de livros, artigos de periódicos e material disponibilizado na internet; documental, com análise de legislação brasileira e de outros países, acerca da maternidade de substituição. O método utilizado foi o indutivo, fundamentado na observação de fatos de realidades particulares, constatando-se a existência de casos de alienação de forma generalizada. O resultado da pesquisa tem a função de informar sobre a necessidade de um mecanismo com força de Lei, de modo a tornar mais efetivo e eficiente o controle sobre esses avanços tecnológicos que crescem cada vez mais em nossa sociedade.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Maternidade de substituição. Consequências da possibilidade de alienação. Regulamentação específica da maternidade de substituição.

ABSTRACT

This study aims to verify the (im) possibility of alienation of the fundamental right to the body under the central focus of surrogacy or solidarity belly, addressing the need or not to build a specific regulatory system. To do so will be raised studies on how the possibility of alienation of a fundamental right takes place within our society with the financial goal, disregarding often ethical, moral, legal and social values, often making women vulnerable against current bioethical developments. data and documents will be presented in order to verify that the current regulations in Brazil is sufficient for effective control of body disposal of possibility in cases of surrogacy. Depending on the technical procedures to work, the research involved literature, consisting primarily analysis of books, journal articles and materials available on the Internet; documentary, with analysis of Brazilian legislation and other countries, about the surrogacy. The method used is the inductive which is based on observation of particular facts and realities notes the existence of disposal of cases across the board. The search result has the function to inform on the need for a mechanism to force Act in order to make more effective and efficient control over these technological advances that grow increasingly in our society.

Keywords: Fundamental rights. Surrogacy. Consequences of the possibility of alienation. specific regulation of surrogacy.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1. Representação das hipóteses em que ocorre a maternidade substituição	18
Quadro 2. Representação da pesquisa realizada utilizando expressões nos sites dos Tribunais de Justiça Estaduais	74
Quadro 3. Recorte feito para análise do único acórdão pertinente ao estudo da presente dissertação	74

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACT	<i>Surrogacy Arrangements</i> ou Arranjos de sub rogação (É uma lei do parlamento do Reino Unido)
AID	<i>Artificial Insemination by Donor</i> ou Inseminação Artificial pelo Donor
AIH	<i>Artificial Insemination by Husband</i> ou Inseminação Artificial pelo Marido
CF	Constituição Federal
CFM	Conselho Federal de Medicina
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNPMA	Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida
DNV	Declaração de Nascido vivo
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
FIV	Fertilização <i>In Vitro</i>
FIVET	<i>Fertilizzazione In Vitro con Embryo Transfer</i> ou Fertilização <i>In Vitro</i> com Transferência de Embriões
GIFT	<i>Gametha Intra Fallopian Transfer</i> ou Transferência Intrafallopian de Gameta
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
ICSI	Injeção Citoplasmática de Espermatozóides
PMA	Procriação Medicamente Assistida
RA	Reprodução Assistida
ZIFT	<i>Zibot Intra Fallopian Transfer</i> ou Transferência Intrafalopiana do Zigoto

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ASPECTOS CONCEITUAIS QUE ENVOLVEM AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO	13
1.1 A barriga solidária e seus elementos caracterizadores.....	23
1.2 A Barriga Solidária na sociedade brasileira e os aspectos jurídicos visualizados.....	29
2 A IMPORTÂNCIA DE UMA LEGISLAÇÃO PRÓPRIA DIANTE DO PANORAMA ATUAL DE AVANÇOS MÉDICOS	37
2.1 A inexistência de legislação e as limitações ao instituto da barriga solidária.....	44
2.2 A restrição da barriga solidária na legislação de outros países.....	52
3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A POSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO NO CASO DA BARRIGA SOLIDÁRIA	59
4 A BARRIGA SOLIDÁRIA: COMO VEM SENDO VISTO ESTE INSTITUTO PELOS TRIBUNAIS ESTADUAIS BRASILEIROS	73
CONSIDERAÇÕES FINAIS	80
REFERÊNCIAS	83
ANEXOS	90

INTRODUÇÃO

O papel dos direitos fundamentais em um momento no qual temos uma sociedade que apresenta um comportamento de massa pode se caracterizar como uma ferramenta de grande alcance, capaz de produzir manobras cada vez mais especializadas dentro do campo jurídico, tendo em vista a possibilidade de visualização de sua disposição.

Em meio a esse contexto, o presente estudo tem como objetivo geral verificar de que maneira vêm sendo sentidas as consequências da ausência de legislação específica nos casos que envolvem a disposição do próprio corpo, como um direito fundamental, em especial, nos casos de barriga solidária, ressaltando a necessidade, ou não, de construção de um sistema normativo próprio, para a solução de litígios dessa natureza, ante a possibilidade de alienação do seu próprio corpo.

Para atingir os objetivos gerais e entender de que forma os direitos fundamentais e a possibilidade de sua disposição podem interferir na vida dos envolvidos, buscou-se atender aos seguintes objetivos específicos:

Primeiro, verificar a possibilidade de construção de uma legislação específica sobre o instituto da barriga solidária, considerando as diversas questões conflituosas que envolvem o tema, a saber: em qual modalidade a utilização de útero alheio pode ser feita, se mediante contraprestação ou de forma gratuita; quem é a mãe: a que gestou, a que concedeu o óvulo, ou a que recorreu aos centros de reprodução assistida; os instrumentos de formalização utilizados no processo de sub rogação, tudo diante da pouca legislação existente.

Segundo: verificar se há posicionamento consolidado no âmbito jurisprudencial sobre o tema, com foco nas decisões de segundo grau de jurisdição (Tribunais de Justiça), realizando um mapeamento sobre como vêm sendo criadas soluções jurisprudências para o tema, que ainda não possui regulamentação normativa específica. Com isso, busca-se identificar se as decisões retratam a realidade social e se há uma relação entre texto (decisão judicial) e contexto situacional (casos concretos que envolvem barriga solidária).

Vários fundamentos podem justificar o presente trabalho, como a inexistência de um sistema normativo efetivo, constitucionalizado acerca da maternidade solidária no Brasil, gerando, na maioria dos casos, conflitos judiciais

intermináveis e penosos. Assim, a construção de uma normatização clara, transparente e obediente a valores e princípios constitucionais, respeitando os direitos fundamentais, geraria uma diretriz mais segura para toda a sociedade e para os magistrados, no momento da aplicação do direito, reduzindo o âmbito de consideração ideológica do magistrado.

A presente dissertação de mestrado apresenta-se dividida em cinco capítulos e adota a metodologia de natureza técnica bibliográfica, pesquisa normativa - por meio do mapeamento da (pouca) legislação existente sobre a matéria - e pesquisa jurisprudencial - identificando como vem sendo tratado o tema, no plano de tribunais estaduais. Quanto à coleta de dados em Tribunais de Justiça, a escolha desse órgão jurisdicional se deu com base em duas razões: a competência da Justiça local em analisar questões relacionadas ao direito de família (e não da Justiça Federal) e, também, o fato de se constituírem em instância definitiva para resolver questões que envolvem matéria fática (ou seja, assuntos não críveis ao Superior Tribunal de Justiça, em âmbito recursal).

No primeiro capítulo, foram abordados aspectos conceituais das técnicas de reprodução assistida com abordagem principal sobre a barriga solidária ou maternidade de substituição, termos técnicos, conceitos e elementos caracterizadores. Aborda-se a barriga solidária na sociedade atual e a distinção entre ela e a fertilização *in vitro*, ainda nesse capítulo, enfatizando-se os elementos caracterizadores de cada um.

No segundo capítulo, analisou-se a necessidade de uma regulamentação específica e a importância de uma legislação brasileira diante do nosso panorama atual de avanços médicos. À luz da Constituição Federal, do Código Civil, Resolução do Conselho Federal de Medicina e projetos de Lei ainda em tramitação, são razões que implementam a necessidade de uma legislação mais clara, objetiva e única, que busque proteger os envolvidos, bem como o aspecto comparado em relação a alguns países frente o instituto da barriga solidária.

No terceiro capítulo, foram feitas abordagens iniciais sobre os direitos fundamentais e a possibilidade de disposição de alguns desses direitos sob a ótica do direito ao próprio corpo.

No quarto capítulo, inicia-se uma abordagem sob o aspecto do tribunais estaduais, como eles vêm decidindo diante da inexistência de legislação federal e a aplicabilidade de princípios nos recursos. Nesse capítulo, explica-se ao leitor as

escolhas metodológicas utilizadas para a coleta de dados e análise quantitativa e qualitativa dos julgados coletados.

Ao fim, apresenta-se a conclusão do trabalho, sobre a possibilidade de alienação de direitos fundamentais, de modo a se indagar se há necessidade de uma interpretação normatizada desses direitos fundamentais no tocante à barriga solidária, que abarque as ideias de autodeterminação do indivíduo, de livre exercício e de pluralidade de visões do mundo, no contexto da autonomia do titular do direito fundamental quanto à disponibilidade de sua própria barriga, bem como os limites dessa autonomia e à necessidade ou não de uma legislação específica.

1 ASPECTOS CONCEITUAIS QUE ENVOLVEM AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

Diante da reformulação sobre a estrutura e a noção da função da família moderna, nossa sociedade, em especial, o âmbito das relações familiares, vem passando por profundas mudanças conceituais. E, como temos na família o núcleo desta sociedade, surge para o direito uma preocupação: por mais que seu conceito se modernize ou sofra variações no tempo e no espaço, seu local de inserção é essencial para a continuação da espécie.

O direito de família passa a ter uma vinculação maior de seus valores com o cenário constitucional, uma vez que essas transformações oriundas desta sociedade moderna necessitarão revalorizar e proteger vínculos e relações familiares de forma adequada. Neste momento, o planejamento familiar passa a ter uma grande importância, uma vez que o exercício da liberdade de procriação, seja carnal ou assistida, tal elemento revela a necessidade de proteção do poder público sobre esse novo conceito de família que surge.

É diante desse novo cenário de liberdade e responsabilidade de decisões das pessoas envolvidas e da efetiva manutenção dos parentescos civis que surge a necessidade de reavaliação de critérios pelo legislador, para o estabelecimento do vínculo jurídico paterno-filial, uma vez que, diante das novas formas de procriação, as presunções tradicionalmente aceitas passaram a estar em desuso.

Assim, vale transcrever a seguinte observação de Valter Nilton Felix:

“O que o torna possível uma verdadeira família não é a maneira pela qual ela se constituiu, mas o amor, o respeito e a alegria pela vinda do outro. Em todas as doenças humanas, a incapacidade de reproduzir-se naturalmente é uma das que mais nos torturam. E, para curá-las, o homem criou a medicina reprodutiva. E esta, por sua vez, criou a reprodução assistida.”¹

A primeira adoção oficial como prática médica da gestação de substituição data de 1985, como uma esperança para aquelas mulheres que possuíam problemas de infertilidade feminina nos casos de histerectomia oncológica². Porém, práticas informais de sub-rogação de útero já eram vistas desde meados dos anos

¹ FELIX, Valter Nilton. **Gravidez de substituição**: aspectos técnicos, éticos e jurídicos da reprodução humana assistida. São Paulo: Fiúza, 2009. p. 4.

² SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais**. v. 1, n. 1, 2011. Disponível em: <<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasocias/article/viewFile/914/894>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

1950, quando, nos Estados Unidos, casais inférteis pagavam a prostitutas para que gerassem seus filhos, segundo palavras de Oliveira³.

Registros existem, já na China feudal, onde, segundo apontam Geneviève Parseval e Chantal Collard, a esposa principal era a mãe social das crianças geradas por concubinas. Mais célebre, porém, é a história bíblica de Lia e Raquel, primeira e segunda, respectivamente, mulheres de Jacob, as quais, não podendo gerar filhos elas mesmas, “entregam” suas servas ao marido, com o intuito de tomar para si o fruto de tais fecundações⁴.

Nas palavras de Guilherme Freire Galvão Oliveira:

O tipo mais antigo, e porventura ainda o mais praticado (?), de colaboração de duas mulheres na gestação é o que assenta no adultério consentido. As histórias bíblicas conhecidas exprimem este velho acordo segundo o qual a mulher infértil combina com o seu marido que ele terá relações sexuais fecundantes com outra mulher pressupondo que o filho que vier a nascer será considerado filho do casal⁵.

Na antiguidade, o conceito de família era advindo do casamento. Todavia, com o passar dos anos, esse conceito foi evoluindo para tornar-se mais amplo, passando a considerar também como famílias aquelas formadas apenas por dois membros, também conhecidas como monoparentais, existindo pai e filho, ou, ainda, mãe e filho, estas, muitas vezes, formadas por vínculos afetivos ou mesmo civis, como no caso da adoção, além da mais moderna de todas as famílias, aquelas advindas do poliamor. O afeto passou a ser um diferencial na construção de qualquer conceito sobre família. A esse respeito, Farias e Rosenvald comentam que:

Naquela ambientação familiar, necessariamente matrimonializada, imperava a regra ‘até que a morte nos separe’, admitindo-se o sacrifício da felicidade pessoal dos membros da família em nome da manutenção do vínculo de casamento. Mais ainda, compreendia-se a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos⁶.

Maria Berenice Dias entende que o rol familiar descrito na Constituição da República de 1988 não é taxativo, sendo possível inferir do texto magno a proteção às famílias informais, homoafetivas, anaparentais, pluriparentais, paralelas e

³ PARSEVAL, Geneviève Delaisi de; COLLARD, Chantal. **La gestation pour autrui**: um bricolage des représentations de la paternité et de la maternité euro-américaines. L’Homme, n. 28, jul.-set., 2007.

⁴ *Ibidem*.

⁵ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **Mãe só há uma**: o contrato de gestação. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 11.

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito de família**. 6. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2014. p. 36.

poliamorista, desde que, nelas, haja a presença do traço característico da afetividade e da comunhão de vidas⁷.

Rodrigo da Cunha Pereira, sobre o núcleo familiar, afirma: “a família é uma estruturação psíquica onde cada integrante possui um lugar definido, independente de qualquer vínculo biológico”⁸. Aqui também é feita uma desconsideração do parentesco biológico como única forma de constituição de família, passando a entendê-la como a decorrente de um processo de afetividade localizada, ou, como prefere Rolf Madaleno, “o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para o fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana”⁹.

No senso comum, aferimos à palavra afeto no sentido positivo, ou seja, amoroso. No entanto, tal termo expressa tanto qualidades positivas, quanto negativas, como o ódio¹⁰.

Segundo Giselle Câmara:

Os afetos constituem a energia psíquica, baseada no prazer e desprazer, que investe pessoas ou representações, que valora as relações, e que se transforma em sentimento - dando um sentido aos relacionamentos. Como dito, os afetos não existem puros - só de amor ou só de ódio, e em função desta nossa natureza um tanto ambivalente, uma dose de conflito é inerente à vida. Várias são as combinações dos afetos, e enquanto o amor prevalecer as famílias continuam a se constituir, por meio da solidariedade e da cooperação, o mesmo se dando nas relações sociais e mesmo entre os países¹¹.

Refletir sobre o estudo das famílias com conceitos recompostos impõe que se determine o que vem a ser o afeto para efeito de formação de núcleo familiar. Para tanto, vem ao encontro a essas aspirações as palavras de Maluf, para quem:

A afeição, ligada à vinda do afeto, é representada por um apego a alguém ou alguma coisa, gerando carinho, saudade, confiança ou intimidade. Representa o termo perfeito para representar a ligação especial que existe entre duas pessoas. É, por conseguinte, um dos sentimentos que mais gera autoestima entre pessoas, principalmente as jovens e as idosas, pois induz à produção de oxitocina, hormônio que garante no organismo a sensação de perene bem-estar¹².

⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 44-54.

⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 25.

⁹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 65.

¹⁰ GROENINGA, Giselle Câmara. A função do afeto nos “contratos” familiares. *In*: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010. p. 204.

¹¹ *Ibidem*. p. 204.

¹² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 19.

Essas evoluções, no campo dos conceitos que envolvem afeto e núcleo familiar, trouxeram a necessidade de adaptação das legislações, tornando-se necessária a formação de novos conceitos envolvendo seres humanos, passando a ser importante a atuação do direito na conceituação e regramento dessas novas concepções, uma vez que se tem hoje um outro olhar voltado a formas diversas de procriação (formatos antes não admitidos), no processo de composição de um núcleo familiar. Diante desse contexto da possibilidade de constituição de núcleos familiares diferenciados, nos quais o afeto passou a se sobrepor ao sangue, tornou-se urgente a regulamentação quanto à formação e ao desenvolvimento desses núcleos familiares, contexto que fez com que crescessem, cada vez mais, comportamentos antes não aceitos pela sociedade.

Foi com o surgimento de novos conceitos de núcleos familiares que surgiram também, ao longo dos anos, formas de procriação pelo ser humano, viabilizando métodos de procriação artificial, para ajudar os indivíduos que buscavam a formação de núcleos familiares, no intuito de superar situações de infertilidade. Trata-se da chamada Reprodução Assistida (RA), que, por meio de procedimentos médicos e técnicos, veio possibilitar a realização de gestações que não aconteceriam por ato espontâneo.

Dentre as espécies de reprodução assistida, temos a fecundação forma in vitro e não mais natural, inseminação artificial, microinjeção intracitoplasmática de espermatozoides e transferência intrafalopiana de gametas¹³. A utilização ou escolha de tais métodos, na formação de novos núcleos familiares, vai depender do que se entende por reprodução assistida, pois seus conceitos ainda não têm regulamentação legal por via de lei federal própria, tendo advindo sua parca regulamentação de resoluções do Conselho Federal de Medicina, provimentos do CNJ, regras da Anvisa, e de doutrinadores, dentre outros¹⁴.

Quanto à reprodução humana assistida, podemos conceituá-la como um conjunto de operações utilizadas para unir artificialmente os gametas femininos e masculinos que irão dar origem a um novo ser humano, podendo ocorrer por meio de dois métodos, o ZIFT e GIFT¹⁵.

¹³ RAPOSO, Vera Lúcia. **De mãe para mãe**: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 27.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 679.

¹⁵ ANVISA. **Resolução - RDC nº 23, de 27 de maio de 2011**. Disponível em: <<http://www.vigilanciasanitaria.sc.gov.br/index.php/download/category/122-arquitetura-de-projetos-de-saude?download=1072:resolucao-rdc-n-23-2011-banco-de-celulas-e-tecidos-germinativos-bctg-republicada>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

A fertilização *in vitro* ou fecundação *in vitro* seria o método ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer*), que consiste na retirada de óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido ou de outro homem, introduzindo, posteriormente, o embrião no útero da esposa ou de outra mulher¹⁶.

Já quanto à inseminação artificial, que se processa mediante o método GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*), não há qualquer manipulação externa de óvulo ou de embrião, podendo surgir algumas situações inusitadas¹⁷, determinando-se o período de ovulação da mulher, que pode ser natural ou induzido, realizando-se a inseminação com o esperma que foi previamente recolhido e sujeito a tratamento laboratorial, sob a forma intravaginal¹⁸.

Uma outra conceituação importante a ser colocada é o fato de que a inseminação artificial ainda se subdivide quanto à origem dos espermatozoides, podendo ser homóloga (*AIH- Artificial Insemination by Husband*), aquela praticada na esposa ou companheira com sêmen de marido ou companheiro, ou heteróloga, aquela durante o matrimônio ou união estável, feita em mulher casada ou convivente, com esperma de terceiro (*AID-Artificial Insemination by Donor*). Este tipo de inseminação é o que costuma gerar problemas, assumindo, muitas vezes, contornos mais complexos¹⁹.

Temos, ainda, outras duas técnicas de reprodução assistida: a mais variante da fecundação *in vitro*, a microinjecção intraplasmática de espermatozoides que, diferentemente das demais, ocorre com uma condução do espermatozoide pelo médico, o qual, com o auxílio de um microscópio, injeta-o no óvulo, e a Transferência intrafalopiana de gametas, processo no qual ambos os gametas (femininos e masculinos) são extraídos do seu meio natural e transferidos para as trompas de falópio da mulher gestante, ocorrendo, assim, a fecundação. Nos casos de infertilidade feminina, há a possibilidade de se recorrer à doação de óvulos, surgindo, em algumas situações, a maternidade de substituição como uma única opção²⁰.

Assim, temos que a ciência e a tecnologia vêm trazendo alternativas à sociedade, com o intuito de solucionar os problemas do dilema da infertilidade, pelos

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 682.

¹⁷ *Ibidem*. p. 682.

¹⁸ RAPOSO, Vera Lúcia. **De mãe para mãe**: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 27.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *op. cit.* p. 682.

²⁰ RAPOSO, Vera Lúcia. *op. cit.* p. 27.

quais muitas delas passam. Todavia, todas envolvem questões jurídicas, principiológicas e morais.

As técnicas de inseminação artificial foram aplicadas no século XIV em animais, pelos árabes, para a reprodução de cavalos de raça e a melhoria de seus plantéis²¹. No Brasil, o primeiro bebê de proveta chamou-se Ana Paula e nasceu em 07 de outubro de 1984. Os pioneiros da fertilização *in vitro* aqui no Brasil foram o Prof. Dr. Nilson Donadio, da Faculdade de Ciências Médicas da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo, em 1984, e também o Dr. Milton Nakamura, também de São Paulo, ambos falecidos²².

Em 1990 foi a década da reprodução assistida no Brasil. A maioria das 130 clínicas existentes no país surgiram nessa época. Em 1993, foram tentadas 300 tentativas de fertilização artificial²³.

Diante desse panorama atual, algumas situações importantes que envolvem reprodução assistida devem ser analisadas detalhadamente, quando a inseminação envolve uma terceira pessoa, e não apenas o marido (convivente) e a esposa (convivente), mas sim um doador ou uma mãe substituta. Pode-se focalizar, na tabela abaixo, no objeto do nosso estudo, a reprodução assistida, sob a ótica da maternidade de substituição e possibilidade de alienação de direitos.

Quadro 1. Representação das hipóteses em que ocorre a maternidade substituição

Tabela	Fontes dos gametas	Fonte dos gametas	Local da fecundação	Local da gravidez	Técnica empregada
	Masculino	Feminino			
1ª hipótese	Marido ou companheiro	Esposa ou companheira	Esposa ou companheira	Mãe substituta	Maternidade substituição
2ª hipótese	Doador	Esposa ou companheira	Esposa ou companheira	Mãe substituta	Maternidade substituição
3ª hipótese	Marido ou companheiro	Esposa ou companheira	Laboratório	Mãe substituta	Maternidade substituição
4ª hipótese	Doador	Esposa ou companheira	Laboratório	Mãe substituta	Maternidade substituição
5ª hipótese	Marido ou companheiro	Doadora	Laboratório	Mãe substituta	Maternidade substituição
6ª hipótese	Doador	Doadora	Laboratório	Mãe substituta	Maternidade substituição

Fonte: Maria Helena Diniz²⁴.

²¹ SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização assistida: questão aberta, aspectos científicos e legais.** Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 89.

²² DONADIO, Nilka Fernandes; DONADIO, Nilson; CAVAGNA, Mário. Ovo doação. *In: DIZIK, Artur et al (Org.). Tratado de reprodução assistida.* São Paulo: Segmento Farma, 2010.p. 257.

²³ CARELLI, Gabriela. **Tudo por um filho.** Revista Veja Nacional, 2009. Disponível em: <<http://dgi.uni.fesp.br/sites/comunicacao/index.php?c=Noticia&m=ler&cod=4695e004>>. acesso em: 24 jul. 2016.

²⁴ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2014. p. 682 .

Dentre as situações acima elencadas, tomando, por exemplo, a fecundação de um óvulo da esposa, companheira ou doadora com espermatozoides do esposo, companheiro ou doador, transferindo-se ao útero de uma outra mulher, teríamos o que popularmente é conhecido como “barriga de aluguel”, “barriga solidária” ou “maternidade de substituição”. E essa, dentre a outra possibilidade (relação sexual), seria uma técnica de reprodução assistida que tem um papel de auxiliar na solução de problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação, quando outras técnicas terapêuticas já tenham sido utilizadas e ditas ineficazes. A barriga solidária não consiste propriamente numa técnica reprodutiva, embora estudada como tal.

Diante dessas possibilidades ora levantadas no quadro, como formas de perpetuação da espécie humana ou formas de procriação, os ramos da embriologia e da engenharia genética vêm trazendo grandes problemas para o mundo jurídico e a ciência jurídica, pois questionamentos ético-jurídicos começam a surgir, sendo imperioso que se discuta limitações ou não, em especial, a reprodução humana por meio da maternidade de substituição²⁵.

O progresso científico e a modificação no comportamento cotidiano são fatores que se intermedeiam quando se faz referência à reprodução humana, de tal forma que a barriga solidária, também conhecida por sub-rogação de útero, maternidade de substituição, ou mãe portadora, apresenta-se “como símbolo da rápida combinação de tecnologias biomédicas e ações de mercado, a partir das vantagens corretivas oferecidas pela medicina e de novas formas de exploração do corpo humano”²⁶.

Assim, faz-se importante, antes de qualquer conclusão, enumerarmos algumas situações previsíveis com a utilização de algumas das técnicas de reprodução assistida e que introduzem uma terceira pessoa na formação de um ser humano. É necessário, para o nosso estudo, analisarmos, especificamente, situações ético-jurídicas decorrentes da utilização de técnicas de fecundação *in vitro*, com transferência de embrião, ligadas a barriga solidária, para que possamos elaborar conceitos, definições e opiniões. São elas:

²⁵ BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. **O mercado humano**: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo. Brasília: UnB, 1996. p. 29.

²⁶ *Ibidem*. p. 29.

1) Ofensa ao direito do filho de ser concebido naturalmente e à dignidade dos cônjuges, por provocar um desequilíbrio estrutural ao casamento, pois o filho pode não conter caracteres genéticos do casal. Não sendo uma inseminação homóloga, o risco de ter filhos sem os componentes genéticos do marido e da mulher é mais visível²⁷.

2) Riscos à saúde da doadora do óvulo, por submeter-se a desgastantes técnicas para obtenção do gameta feminino ou a um forte tratamento hormonal para provocar superovulação, e à do embrião, pois os hormônios ingeridos pela doadora poderão alterar os cromossomos nos óvulos, podendo causar problemas congênitos ou malformações²⁸.

3) A possibilidade de o doador transmitir ao embrião doença genética ou psicose hereditária, síndrome de Down, e ninguém queira ficar com ela²⁹.

4) Possibilidade de o doador do sêmen, ou a que cedeu o útero, querer reconhecer o filho como sendo seu, reclamando-o judicialmente³⁰.

5) Ocorrência de óbito do casal encomendante em um desastre, após a fecundação. Mas, antes da implantação do embrião, quem teria a responsabilidade pela sua implantação em útero alheio? Seria ele herdeiro do casal? Quem teria sua guarda? A mãe substituta?³¹

6) A falta da anuência do marido poderá levá-lo a pedir dissolução do casamento por configurar uma paternidade forçada, podendo gerar direitos indenizatórios.

7) A questão do direito de disposição do material fertilizante, no caso o sêmen, não havendo possibilidade de coação nem indução dolosa para sua obtenção.

8) Arrependimento do casal, do marido ou da esposa após a fertilização *in vitro*, despertando desejos como aborto, abandono ou mesmo rejeição.

9) A questão da determinação do começo da vida e da personalidade jurídica nos casos em que o aborto for permitido.

10) A questão do registro civil frente ao Provimento nº 52/2016 do CNJ.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 703.

²⁸ *Ibidem*.p. 703.

²⁹ *Ibidem*.p. 704.

³⁰ *Ibidem*.p. 706.

³¹ *Ibidem*.p. 706.

11) Possíveis conflitos sobre a maternidade e a paternidade, uma vez que, na fecundação na proveta, a criança poderá ter dois pais e duas mães, uma institucional (em que se anui a fertilização) e outra genética (em que se doa o material genético, sem a responsabilidade civil pelo ser que gerou).

12) A possibilidade de a criança adquirir alguma doença durante a gravidez, como zika, hepatite, rubéola, sarampo, dentre outras, num contexto de pouco grau de instrução da mãe substituta.

13) A figura dos chamados “intermediários nos contratos de substituição” e o controle das chamadas “comissões”.

14) A existência de uma maternidade substitutiva, com fins terapêuticos. Criança gerada para salvar um irmão.

15) As consequências e exigências que envolverão a mãe substituta até a entrega do produto final, como uma positivação da necessidade de uma relação contratual a ser estabelecida e cumprida.

São essas, dentre outras situações, que pedem por imposição de limites jurídicos e conceituação de institutos, dependendo das convicções do legislador e do seu sentimento do que é justo. É certo que a inseminação artificial, de onde decorre a maternidade de substituição, não fere princípios jurídicos, mas pode acarretar questionamentos de natureza ético-jurídica, como as já elencadas, que pedem por elaboração de novos conceitos de maternidade e paternidade dentro do nosso meio familiar, assim como meios de proteção dos envolvidos no nosso meio jurídico³².

Tais questionamentos não se apresentam como um tema novo, pois, em meados do ano de 2008, já se falava em comercialização de útero, inclusive, aqui no Brasil. É o que constatamos na reportagem de autoria da jornalista Adriana Lopes para a revista *Veja*, que, embora, não possua o caráter científico, pedimos vênias para citar a título ilustrativo, pela referência ao tema que ora é abordado nesta dissertação de mestrado:

No Brasil, o aluguel de uma barriga é permitido somente em ‘caráter solidário’. Ou seja, entre mulheres com algum vínculo afetivo e sem a presença de dinheiro. Assim determinam as normas dos conselhos regionais de medicina. Na prática, porém, a história é outra. Dos 170 centros brasileiros de medicina reprodutiva, 10% oferecem a suas clientes um cadastro de mulheres dispostas a locar seu útero - e receber por isso. Uma única clínica de São Paulo, só no ano passado, intermediou doze transações do gênero. As incubadoras humanas também podem ser facilmente encontradas na internet, em sites gratuitos de classificados. ‘Por

³² DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 706-709.

motivos financeiros, estou disposta a alugar minha barriga para pessoas que queiram ter filhos e não podem', (anuncia uma dona de casa do interior de São Paulo). Nove meses de aluguel de uma barriga saem, em média, por 40 000 reais, mas há casos em que esse valor chega a 100 000 reais³³.

E é no aspecto contratual que encontramos um grande ponto divergente, pois qualquer forma de lucratividade afronta a resolução do CFM nº 2.121/2005, que pede por gratuidade.

O jornal O Estado de São Paulo, em uma de suas matérias em 03 de agosto de 1993, noticiou um fato ocorrido nos Estados Unidos, onde uma criança gerada em laboratório teria 3 pais e 3 mães. Ou seja, teria ela mãe e pai biológicos (a que cedeu o útero e seu marido); mãe e pai genéticos (os doadores do material fertilizante) e mãe e pai adotivos, que serão os institucionais³⁴.

A manipulação da vida por meio de métodos artificiais pede por uma programação educativa dos cidadãos, pois a possibilidade de ampliação de valores éticos é algo real, sendo necessário levar ao conhecimento de todos a necessidade de se respeitarem princípios, como o da dignidade da pessoa humana, e este é o grande desafio do século XXI: propiciar equilíbrio e bem-estar aos envolvidos nesse tipo de processo evolutivo³⁵.

Se formos analisar, uma a uma, as situações expostas, teremos inúmeras considerações a serem feitas, uma vez que a fertilização *in vitro*, a qual decorre da maternidade de substituição, ou barriga solidária, é uma realidade cada vez mais presente em nossa sociedade atual, gerando, assim, a possibilidade de surgirem questionamentos acerca do assunto, podendo afetar os envolvidos é algo real.

Fugir de uma temática tão presente em nossa atualidade - a reprodução assistida – consiste numa tarefa muito complicada. Não seria mais fácil permitir apenas a inseminação artificial homóloga entre marido e mulher, ou companheiro e companheira? Facilitar processos de adoção? Ou tentarmos diminuir suas consequências por meio de uma legislação especial? Mas não se pode impedir o progresso técnico. Por outro lado, não se pode esquecer que o direito pressupõe valores, que não seriam apenas os científicos.

³³ LOPES, Adriana Dias. Gravidez a soldo. **Revista Veja**. Rio de Janeiro, ano 41, n. 18, p. 140-143, maio 2008.

³⁴ O ESTADO DE SÃO PAULO. **Secretaria de saúde faz contratação de emergência**. Ago. 1993, p. 13. Disponível em: <<http://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19930803-36448-nac-0013-999-10-not>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

³⁵ OLIVEIRA, Cecília Barroso de e MARQUES, Herika Janayna Bezerra de Menezes Macambira. Aspectos jurídicos da maternidade de sub-rogação. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. São Paulo, nov. 2009.

1.1 A barriga solidária e seus elementos caracterizadores

A substituição temporária de útero é um procedimento que será antecedido por um método de fertilização *in vitro* (conhecido como proveta) dos óvulos, mais os espermatozoides, transferindo-os para o útero hospedeiro (útero substituto) depois da fecundação. No entanto, deve haver antes uma consistente preparação psicológica, feita para que se evitem problemas posteriores entre as duas mulheres, no que se refere aos direitos sobre a criança. Embora não esteja amparada por lei, essa preparação é normalmente prevista no tratamento³⁶.

No caso da receptora, ela deve ser o ponto de partida para iniciar o processo e vem de alguns meses antes, com análises psicológicas, até que seja aprovado o recebimento do embrião. Deve ficar claro que a gestante não tem direito sobre a criança, tampouco à custódia ou a uma eventual herança. O direito é total da mãe biológica. Ela terá, no entanto, direito a acompanhamento médico antes e após o parto³⁷.

A preparação é feita também com a mãe biológica, pois ela pode se sentir em segundo plano na gestação, visto que quem está recepcionando o bebê receberá mais atenção por ser a gestante. Outros medos comuns se relacionam com uma possível separação dos pais biológicos, em meio à gestação, ou, então, com uma possível malformação da criança.

A Fertilização *in vitro* (FIV) é um procedimento de várias etapas, que devem ser cumpridas de maneira otimizada para alcançar o objetivo - a gravidez. Neste processo, a transferência embrionária, que é a implantação dos embriões no útero, é o passo final e culminante do processo, sendo fundamental para sacramentar o sucesso do tratamento³⁸.

A Fertilização *in vitro* (Fiv), a famosa técnica do “bebê de proveta”, existe há 32 anos e tem por processo básico a reprodução em laboratório dos estágios iniciais da procriação, vencendo vários problemas que poderiam ocorrer neste período e comprometer o sucesso da gravidez³⁹.

³⁶ GRUPO GERA. **Barriga de aluguel ou barriga solidária?** [s.d]. Disponível em: <<http://www.medicinareprodutiva.org/barriga-de-aluguel-ou-barriga-solidaria/>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

No laboratório de embriologia, os gametas (espermatozoides e óvulos), que foram previamente coletados, são preparados para a fertilização propriamente dita, que pode acontecer de duas formas: na Fiv convencional, em que se coloca um óvulo rodeado por cerca de 100 mil espermatozoides em uma placa, esperando-se que haja a fertilização, ou na Fiv com Injeção Citoplasmática de Espermatozoides (ICSI), procedendo-se à escolha microscópica de espermatozoides de mobilidade normal e morfologia perfeita. E, então, por meio de uma agulha extremamente fina, faz-se a injeção direta de um espermatozoide em cada óvulo⁴⁰.

Após a fertilização, os óvulos vão para uma incubadora e passam por um monitoramento de cinco dias, em média. Nesse período, as fases pelas quais, ele passa são: formação do zigoto (óvulo fertilizado) e posteriormente do embrião e divisão celular e blastocisto, estágio mais avançado dessa divisão. Após esse período, são selecionados os melhores embriões e transferidos para o útero da mulher. Esta transferência é realizada com um delicado tubo, o cateter, e sob visualização do útero por ultrassom, para garantir que os embriões fiquem corretamente depositados. Doze dias após a transferência, a paciente realiza o exame de dosagem no sangue de Beta-HCG, que confirma o diagnóstico de gravidez⁴¹.

O sucesso da Fertilização *in vitro* depende diretamente do preparo técnico da equipe clínica (médicos e embriologistas), além da tecnologia atualizada e o controle de qualidade do laboratório, sendo de suma importância a saúde daquela que vai receber o embrião, para dar-se, assim, por completo todo o processo procriacional.

Todos estes fatores refletem nas taxas de sucesso do tratamento - a gravidez. Nos primórdios da FIV, as chances de gravidez eram de, no máximo, 15% por ciclo. Atualmente, em clínicas de ponta, aquelas pacientes até 35 anos de idade e com embriões de excelente qualidade, têm chances de gravidez que superam os 60%, podendo chegar a 70% por tentativa⁴².

Hoje, a medicina, sobretudo a embriologia e a engenharia genética, avançam cada vez mais para solucionar problemas de infertilidade, e deve ser meta

⁴⁰ GRUPO GERA. **Barriga de aluguel ou barriga solidária?** [s.d]. Disponível em: <<http://www.medicinareprodutiva.org/barriga-de-aluguel-ou-barriga-solidaria/>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² RODRIGUES, Fábio Eugênio. **A transferência embrionária na fertilização in vitro (FIV): como selecionar o embrião.** Out. 2012. Disponível em <http://www.medicinareprodutiva.com.br/2012/10/a-transferencia-embrionaria-na-fertilizacao-in-vitro-fiv-como-selecionar-o-embriao>. Acesso em: 16 mar. 2016.

do direito acompanhar esses avanços, protegendo a todos que participam ativa ou passivamente dos procedimentos necessários ao sucesso da gravidez. Assim, é importante que os cientistas ligados a estas áreas tenham apoio do direito por meio do legislativo, no sentido de que estes ajam com prudência e ponderação no estabelecimento de normas a respeito dos questionamentos que venham a surgir.

Quando falamos de fertilização *in vitro* para posterior inseminação artificial, é importante destacar que, em todos os processos, haverá destacamento de partes do corpo, como sêmen e óvulo, o que faz necessário que todos os envolvidos estejam vivos para autorizar o procedimento por escrito. O nosso código Civil Brasileiro, em seu artigo 1597, III, estabelece, em caso de óbito, a presunção de que, se foi concebido na constância do casamento por fecundação homóloga (óvulo e espermatozoide do casal contratante da fertilização), mesmo por inseminação artificial, é filho do casal⁴³.

No que se refere ao tema gravidez de substituição, faz-se pertinente um esclarecimento de ordem técnica em relação ao termo, que pode ser considerado incorreto quando usada a expressão “maternidade de substituição”, haja vista que a maternidade subentende o exercício da função maternal, ou seja, a efetiva função de “mãe”. No caso da barriga solidária, essa função não é exercida de forma plena pela mulher que doa o útero, sendo dada a ela apenas a função inerente à gestação, guardar o embrião e esperar seu desenvolvimento, apenas.

Assim podemos concluir que o emprego do termo “gestação de substituição” seria o mais adequado, e esta não chega a ser uma técnica científica de reprodução, mas apenas a utilização do útero de uma terceira pessoa que cede o seu, para assegurar o desenvolvimento do embrião selecionado em laboratório. É indicado para os casos de impossibilidade física da mulher em carregar e gestar o embrião, podendo-se mencionar como exemplos: a ausência de útero, congênita ou

⁴³ BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 set. 2016. Código Civil. SUBTÍTULO II. Das Relações de Parentesco. Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

adquirida, riscos com a gravidez, como nos casos de mães diabéticas, além de problemas genéticos, que impedem o avanço da gestação⁴⁴.

Na barriga solidária, útero emprestado, gestação de substituição ou doação temporária do útero, a receptora gestante poderá ou não contribuir com seu material genético, ou seja, doando seu óvulo, sendo sua real função servir de proteção e local onde o embrião irá se desenvolver até o nascimento.

Silvio de Salvo Venosa traz a seguinte opinião sobre o tema, quando afirma:

O embrião de um casal pode ser transferido para o útero de outra mulher, para possibilitar a gestação, impossível ou difícil na mãe biológica. Esse fenômeno traz à baila a questão ética, moral e jurídica das mães de aluguel ou mãe sub-rogada, conforme estas aceitem o encargo sob pagamento ou sob motivos altruístas. Essa matéria traz a baila a discussão sobre a declaração de maternidade ao lado da paternidade que a legislação também não contempla, colocando mais uma vez na berlinda o princípio *mater est*. Imposta saber, em cada caso, se houve o consentimento da mulher que cedeu o útero e se reconheceu a maternidade alheia⁴⁵.

Se formos para a legislação, a barriga solidária seria a cessão temporária do útero sem fins lucrativos, desde que a cedente seja parente biológica até o 4º grau. Apesar de omissa a legislação no que diz respeito às parentes por afinidade (sogra ou cunhada), estas também podem ser cedentes, desde que peçam autorização do Conselho Regional de Medicina. É o que admite a Resolução nº 2.121/2015, do Conselho Federal de Medicina.

Para João Baptista Villela, gestação de substituição seria um negócio jurídico de comportamento, compreendendo para a “mãe de aluguel” obrigações de fazer, culminando com a obrigação de dar, consistente na entrega do Filho⁴⁶.

Nesse caso, a barriga solidária é vista sob o aspecto remunerado, e, como a criança não pode ser vista como objeto de contrato remunerado, essa avença colocação seria nula, mas, de qualquer forma, este é mais um questionamento a ser visto, pois a obrigação de não comercialização do procedimento é algo ainda presente como requisito para a realização do procedimento de gestação substituta.

Mas por que será que certas mulheres se prestam a desempenhar esta tarefa de gerar filhos apenas com o único intuito de entregá-los a terceiros? O

⁴⁴ RODRIGUES, Fábio Eugênio. **A transferência embrionária na fertilização in vitro (FIV):** como selecionar o embrião. Out. 2012. Disponível em <<http://www.medicinareprodutiva.com.br/2012/10/a-transferencia-embrionaria-na-fertilizacao-in-vitro-fiv-como-selecionar-o-embriao>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

⁴⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 6. p. 273-274.

⁴⁶ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.** Belo Horizonte, n. 21, maio 1979.

motivo mais óbvio, seria estritamente financeiro, mas não podemos esquecer que esta seria uma tarefa árdua e - por que não dizer? - marcante na vida delas.

Tal questionamento possui defensores, como bem coloca Rodrigo da Cunha Pereira, para quem, apesar de haver verdadeiro arsenal de vedações, nada justifica vedar a possibilidade de ser remunerada quem presta um serviço a outrem, sendo este um serviço integral por longos nove meses, que acarreta para a prestadora muitas vezes dificuldades e limitações⁴⁷.

Importante salientar que as técnicas de Reprodução Humana Assistida só podem ser realizadas após constatação médica de que há impedimentos quanto à gestação natural. E a maternidade solidária também só será permitida após comprovação de inviabilidade de a mãe biológica gerar naturalmente seu filho, por distúrbios ou problemas irreversíveis que impedem a gestação e/ou sua continuidade.

Os envolvidos com as técnicas de reprodução humana assistida, seja de forma direta (doadores e cedentes), ou de forma indireta (mãe, pai, médicos), vivem em constantes debates quanto à utilização ou não do útero solidário e sobre quais seriam os possíveis encargos advindos deste tipo de contrato. Estas discussões é que determinam até quando é viável e arriscada a utilização desse tipo de procedimento, e tais questionamentos acabam por dar bases a serem seguidas por novos interessados em se submeterem ao procedimento, visto que ainda não existe uma legislação própria para esse tema.

Sabe-se que o período de nove meses de formação do embrião é decisivo para sua saúde futura, física e psicológica, constituindo fator crucial na formação da sua personalidade, na gestação substitutiva. A mulher que se compromete a carregar consigo um filho alheio, e em algumas situações nos países onde não é permitido, não recebendo pagamento para tanto, presta-se a "cooperar" com aquela que deseja ser mãe e não o pode. A mãe cedente, aqui, adere voluntariamente ao desejo da outra, colaborando para a realização do seu sonho de maternidade.

Assim de acordo com a resolução do CFM nº 2121/2015, item VII, a doação temporária de útero só pode ocorrer em duas hipóteses:

1. Nas relações homoafetivas;
2. Nas relações heteroafetivas, se a mãe não tiver condições por razões médicas de gestar o embrião.

⁴⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Barriga de aluguel: o corpo como capital**. IBDFAM, out. 2012. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/858>>. Acesso em: 27 set. 2016.

Nesse último caso é que temos a possibilidade de ter implantado o embrião no útero da usuária obrigatoriamente, mesmo que a contratante não seja a doadora do óvulo. Importante salientar que todas as implicações de ordem ética vinculam diretamente os médicos envolvidos no processo de fertilização, uma vez que, por se tratar de uma norma advinda de um conselho federal de medicina, esta poderá gerar sanções de ordem profissional em relação aos médicos, mas, em relação às partes, não se pode dizer propriamente que os casais envolvidos não poderão contratar de forma divergente do que está na Resolução nº 2.121/2015. Todavia, como a utilização de tais técnicas depende de uma clínica para que o procedimento ocorra, na prática, essa resolução se apresenta como norma legal.

Na gravidez por substituição, emite-se a declaração de nascido vivo no nome da mãe gestacional, o que não ocorre mais no Brasil, devido ao Provimento nº 52/2016 do CNJ. Isso não implicaria em uma maternidade declarada, eis que é direito do filho ser registrado em nome da verdadeira mãe, que não seria necessariamente a mãe gestacional, mas uma evolução legislativa.

Art. 1º O assento de nascimento dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, será inscrito no livro "A", **independentemente de prévia autorização judicial** e observada a legislação em vigor, no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, seja o casal hetero afetivo ou homo afetivo, munidos da documentação exigida por este provimento⁴⁸ (grifos nossos).

Todavia, muito se questiona sobre a exigência do anonimato nos casos onde há um doador que não seja mãe ou pai contratante do útero de substituição, pois esse fato retira do filho o direito de conhecer sua origem ascendente genética. Porém, não há como negar a possibilidade de que, não havendo previsão legal que impeça a propositura da presente ação investigatória de paternidade, possa o filho ter conhecimento da identidade genética, ainda que a procedência da ação não tenha efeitos registrai⁴⁹.

Quando tratamos de técnica procriativa, no caso, gestação de substituição, não podemos nos esquecer dos casais de lésbicas, uma vez que, de forma frequente, o óvulo de uma companheira é implantado no útero da outra companheira, e, nesse caso, não há que se falar em gestação de substituição, mas sim em “dupla

⁴⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 52, de 14 de março de 2016**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2016.

⁴⁹ CAMPOS, Wania Andréa. **O direito à busca da origem genética na relação familiar socioafetiva**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 325-360.

maternidade”, passível de inscrição direta no cartório de registro Civil. Este foi um posicionamento sob a forma de parecer do juiz de Direito Gustavo Henrique Bretas Marzagão, em 23 de outubro de 2014, transcrito por Maria Helena Diniz⁵⁰.

A barriga solidária trata de uma manifestação do direito de personalidade referente ao próprio corpo, por ela titulado, que a lei não pode ignorar. Para a sociedade, não só a maternidade como a gravidez devem ser atos conscientes das mulheres, respeitando-se as decisões que adotam.

E é o biodireito que traz a finalidade em fixar normas coercitivas, podendo discutir com maior amplitude temas de grande magnitude, consagrando, igualmente, o estudo do direito penal e do direito constitucional, como assevera Tycho Brahe Fernandes, ao aludir que “o biodireito é um direito voltado para a tutela dos direitos humanos de uma forma geral, especificamente daqueles direitos criados e modificados em razão dos avanços científicos da área biomédica”⁵¹. Assim, as novas biotecnologias e as descobertas inovadoras das ciências biológicas demandam os estudos da bioética e do biodireito, sob a perspectiva dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana.

1.2 A Barriga Solidária na sociedade brasileira e os aspectos jurídicos visualizados

O marco de utilização de tais técnicas de fertilização *in vitro* foi o nascimento do primeiro bebê de proveta brasileiro, em outubro de 1984. A primeira discussão se deu com um atraso de quase dez anos, e, ainda hoje, os projetos de lei continuam tramitando nas casas legislativas brasileiras, e a regulamentação vem sendo feita por meio de resoluções do Conselho federal de Medicina e provimentos do Conselho nacional de Justiça.

No Brasil, a medicina que busca ajudar casais com dificuldade de engravidar e que se utiliza da reprodução assistida é orientada apenas pela Resolução nº 2.121/15, do Conselho Federal de Medicina, pelo Código de Ética Médica, promulgado pelo mesmo Conselho, pela Lei nº 11.105/05, conhecida como Lei de Biossegurança, a Constituição Federal, o nosso Código Civil, que pouco trata sobre

⁵⁰ MARZAGÃO, Gustavo Henrique Bretas *apud* DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 706.

⁵¹ FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética do biodireito**: aspectos do Direito de Família e do Direito das Sucessões. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 42.

o assunto, pois faz referência apenas no artigo 1597, III, IV e V, e o mais recente provimento do CNJ nº 52/2016, que traz regras não punitivas sobre o procedimento, além dos projetos de Lei, acima enumerados, ainda em tramitação ⁵².

A Constituição Brasileira, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu art. 6º, caput, esclarece:

São direitos sociais a educação, proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição. A Constituição insere a saúde e a maternidade no título referente aos direitos e garantias fundamentais (grifos nossos)⁵³.

A Lei Maior ainda prevê, no seu art. 226º, parágrafo 7º, que, com base nos princípios dispostos no Ordenamento Jurídico Brasileiro (art. 5º, parágrafo 2º, CF/88), acerca do planejamento familiar, que se fundam nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de 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. Assim, temos que a maternidade de substituição não é um fenômeno novo porém, sua regulamentação ainda não encontra independência dentro do meio jurídico. A existência de princípios e direitos a serem respeitados pelo Estado de Direito é algo que se reconhece dentro do nosso meio jurídico.

Para, Brauner, os direitos sexuais e reprodutivos se reconhecem como:

O direito das pessoas de organizar sua vida reprodutiva e de buscar os cuidados que a ciência oferece para a solução e restabelecimento da saúde sexual e reprodutiva. Portanto, deve ser considerada legítima toda intervenção que tenha o objetivo de assegurar o restabelecimento das funções reprodutivas, ou, de oferecer alternativas que possam resultar no nascimento de filhos desejados⁵⁴.

Brauner entende que o direito do ser humano de gerar filhos está assegurado como um direito “personalíssimo, indisponível, inalienável, devendo ser protegido pelo Estado e suas instituições”⁵⁵.

A Lei nº 9263/96, do Planejamento Familiar, garante a todo cidadão o acesso às ações que regulamentem a fecundidade, como se vê:

⁵² OLIVEIRA, Cecília Barroso de; MARQUES, Herika Janaynna Bezerra de Menezes Macambira. Aspectos jurídicos da maternidade de sub-rogação. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. São Paulo, nov. 2009.

⁵³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2016.

⁵⁴ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana**: conquistas médicas e debates bioéticos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 51-52.

⁵⁵ *Ibidem*. p. 52.

Art. 2º. Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações e regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, homem ou pelo casal. Parágrafo único: É proibida a utilização das ações a que se refere o caput para qualquer tipo de controle demográfico⁵⁶.

Verifica-se o reconhecimento no texto legal de técnicas de fertilização e de uma concepção que promova a reprodução humana, levando à constatação de que o direito brasileiro admite tais técnicas reprodutivas como inerentes aos direitos reprodutivos da pessoa. Contudo, há que se considerar limites para o exercício de tais direitos, e o parágrafo único do artigo em questão já indica algumas limitações.

Esse tipo de prática de fertilização, aqui no Brasil, em “caráter solidário”, ou seja, sob a forma de barriga solidária, é regulamentado pela Resolução do CFM (Conselho Federal de Medicina), nº 2.121/15, que substituiu a antiga Resolução nº 2.013/13, deixando estabelecidas novas regras para a técnica de fertilização, dentre elas, a barriga solidária. Pois, até então, só era permitida a fertilização *in vitro* entre pessoas com parentesco de até segundo grau, passando agora a beneficiar, inclusive, aquelas sem qualquer parentesco com o doador. Todavia, ficou mantida a gratuidade do procedimento, impedindo, mais uma vez, a comercialização do instituto.

Aqui, visualizamos que a não comercialização da barriga solidária é ponto de destaque na maioria dos questionamentos em relação à sub-rogação de útero no Brasil, pois não se admite qualquer forma contratual para a realização do procedimento que tenha por fim pagamento.

Anteriormente, segundo a referida Resolução nº 2.121/15, se não houvesse vínculo familiar, era preciso pedir autorização para o CFM onde o casal reside. Agora, com o novo texto, mesmo não havendo grau de parentesco, também pode haver o empréstimo do útero para este fim. Outra alteração que ocorreu foi em relação aos casais homoafetivos, que, antes de 2015, ficavam descobertos no seu direito, o que os levava, muitas vezes, a buscar fora do país a realização do sonho da paternidade ou maternidade. Hoje, diante da nova legislação, já podem se utilizar da moderna técnica de procriação por meio de doadores⁵⁷.

⁵⁶ BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm>. Acesso em: 29 set. 2016.

⁵⁷ OLIVEIRA, Cecília Barroso de; MARQUES, Herika Janaynna Bezerra de Menezes Macambira. Aspectos jurídicos da maternidade de sub-rogação. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. São Paulo, nov. 2009.

Para muitos, a possibilidade de aceitação social do casal e da família homossexual ainda é vista com um pavor fóbico, fundado em preconceitos e resistências fantasmáticas a uma suposta homossexualização da sociedade. Para um número crescente de pessoas, todavia, o casamento e a família não podem ser vetados aos homossexuais, sem que se incorra em discriminação. Assim se reconhece que as uniões homossexuais não representam ameaça às bases da vida em sociedade⁵⁸.

Outrossim, possuímos normas éticas que devem ser obedecidas quando se resolve passar por um procedimento que envolve a reprodução assistida, mais precisamente de maternidade de substituição, que ajudam no controle daqueles que buscam os centros e fertilização para se submeterem ao procedimento da gestação substituta⁵⁹.

A Resolução nº 2.121/2015, do Conselho Federal de Medicina, trouxe também normas gerais sobre a técnica de maternidade em sub-rogação ou gestação de substituição, ou, ainda, doação temporária de útero. E se pronuncia acerca da conceituação de gestação de substituição:

VII - Sobre a gestação de substituição (doação temporária de útero). As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação da doadora genética⁶⁰.

⁵⁸ MELLO, Luiz. **Novas famílias**: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Garamond, 2005. p. 44.

⁵⁹ SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO) 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". 1- As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau - mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. 2- A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. 3- Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente: 3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido informado assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação; 3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos; 3.3. Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança; 3.4. Garantia, por parte dos pacientes contratantes de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doar temporariamente o útero, até o puerpério; 3.5. Garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez; 3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável.

⁶⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.121, de 24 de setembro de 2015**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 16 set. 2016.

Portanto, podemos definir dois pontos importantes para a conceituação da gestação de substituição ou barriga solidária:

1. As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco de até o quarto grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2. A doação temporária do útero não pode ter caráter lucrativo ou comercial.

Assim, temos que, ocorrendo a comercialização e, portanto, a transgressão a este ponto, considera-se crime ainda não tipificado penalmente, mas já previsto na Constituição Federal em seu artigo 199, que dispõe acerca da comercialização de material humano:

Art. 199 [...].

Parágrafo 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**⁶¹. (grifo nosso)

Em muitos ordenamentos jurídicos, não só o nosso país, a comercialização de órgão é tida como crime: como se poderia autorizar a comercialização de seres humanos ou mesmo partes do corpo humano? Podemos argumentar que, na gestação de substituição ou barriga solidária, não se verifica venda ou doação de seres humanos ou órgãos, mas sim apenas uma espécie de cessão de útero humano.

Visualizamos, portanto, que o parentesco e a inexistência de comercialização são situações já previstas no nosso país quando tratamos de técnicas de fertilização com o objetivo de gestação substituta. Porém, quando o processo da gestação substituta envolver um terceiro, melhor chamando de fertilização *in vitro* com transferência de embrião para um útero solidário, também conhecida como técnica FIVET, existem outras questões que também estão previstas ainda na referida resolução do CFM nº 2.121/2015.

Nas clínicas de reprodução assistida, alguns documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente, como Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Informado, assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação e Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;

⁶¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2016.

Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança; Garantia, por parte dos pacientes contratantes de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério; Garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez; Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável.

Assim, no que diz respeito à gestação solidária, o Conselho Federal de Medicina também se pronuncia, exigindo a anuência por escrito da mulher e do marido ou companheiro para fins de fertilização, anonimato da receptora do material genético alheio, impossibilidade de efetuar o processo por coação, dolo ou fraude.

Relativamente à prole, a Resolução nº 2.121/2015 traz algumas considerações importantes sobre a gestação solidária:

1. Existe uma tutela jurídica desde a fecundação do óvulo envolvendo todas suas fases, gerando inclusive responsabilidade civil em caso de desrespeito de seus direitos.

2. Determina-se que a personalidade jurídica começa desde a concepção e que a permanência deste embrião *in vitro* não poderá exceder 14 dias.

3. É vedada a comercialização da prole, seja por seus genitores, seja por terceiros.

4. Aos embriões excedentes, deve-se dispor destino, sendo proibida a reimplantação quando forem expulsos do corpo.

5. No que diz respeito às pesquisas no material genético dos embriões, devem ser autorizadas pela autoridade competente e do casal doador, salientando que seja feita quando envolver doença hereditária, e ainda que não lese física ou psicologicamente o embrião.

6. Os embriões congelados terão seus direitos reconhecidos, e a preservação dos valores inerentes à dignidade do embrião humano deve estar presente.

7. E a prevalência da maternidade e paternidade do casal que projetou o nascimento, mesmo que o material genético envolva um terceiro, é absoluta.

8. Há possibilidade de dano moral em favor do embrião.

9. O nascituro já possuirá direitos à herança, à vida, à saúde, à imagem, à honra e a um curador⁶².

Os Conselhos Regional e Federal de Medicina são os órgãos legalmente instituídos, com autonomia para regulamentar e criar determinações por meio de suas resoluções e portarias, indicando as formas como devem proceder os médicos ao manipularem material genético humano, de forma a não violar direitos e preceitos morais e, antes de tudo, éticos.

Atualmente, no Brasil, também temos o Provimento do CNJ nº 52/2016, uma maior facilitação para a inscrição no registro civil dos bebês nascidos por essa técnica, pois o referido provimento passou a dispor em seu artigo 1º, sobre os registros civis, dos filhos gerados por meio da reprodução assistida.

Art. 1º O assento de nascimento dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, será inscrito no livro "A", independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor, no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, seja o casal heteroafetivo ou homoafetivo, munidos da documentação exigida por este provimento⁶³.

No caso da gestação de substituição, agora não mais se considerará para efeito de inscrição no registro civil o nome da mulher que deu à luz, não se presumirá mais, *a priori*, que *partus sequitur ventrem*⁶⁴, abalando, assim, o princípio *mater semper certa est*⁶⁵, retirando-se, de acordo com o artigo 2º e 2º do Provimento 52/2016 do CNJ, a possibilidade de qualquer menção ao nome da doadora do útero de substituição do processo de regularização do registro da criança.

⁶² RODRIGUES. Denise Dayane Mathias. **Maternidade de substituição**: aspectos éticos e jurídicos, [s.d]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/denise_dayane_mathias_rodrigues.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016.

⁶³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 52, de 14 de março de 2016**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2016.

⁶⁴ *Partus ventrem sequitur*, muitas vezes abreviado para o parto, nas norte-americanas britânicas colônias e depois no Estados Unidos, foi uma doutrina jurídica que os ingleses colônias reais incorporados na legislação das definições de escravidão. Foi derivado do romano direito civil; considerou que a condição de escravo de uma criança seguiu a de sua mãe. Foi amplamente adotado nas leis da escravidão nas colônias e a seguinte Estados Unidos. O Latin frase significa literalmente “aquilo que é trazido segue o útero”. (WIKIPEDIA. **Partus sequitur ventrem**. Set. 2016. <https://en.wikipedia.org/wiki/Partus_sequitur_ventrem>. Acesso em: 20 ago. 2016.

⁶⁵ *Mater semper certa est* é uma expressão latina, que se traduz como “A mãe é sempre conhecido”, que se refere a um princípio de direito que, mesmo em algumas leis nacionais têm a força de uma presunção de direito, ao abrigo do qual entende que a maternidade é um fato biológico evidente por causa da gravidez, por isso não pode ser contestada. WIKIPEDIA. **Mater semper certa est**. Ago. 2016. Disponível em: <https://es.wikipedia.org/wiki/Mater_semper_certa_est>. Acesso em: 20 mar. 2016.

Art. 2º É indispensável, para fins de registro e da emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos: &1º [...] &2º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo - DNV⁶⁶.

Hodiernamente, com os grandes avanços da medicina, a possibilidade de uma mãe de substituição carregar no seu útero um feto que não tem qualquer relação biológica com ela (limitando-se apenas a contribuir até seu desenvolvimento completo, como ser humano independente, levando em consideração que o óvulo que formou o embrião não pertence à mesma) passa a ser vista como meramente gestacional, pois a criança não comportaria qualquer componente genético ou biológico da mãe de substituição.

Todavia, não seria correto considerarmos apenas a maternidade gestacional, como caso de substituição, pois, assim, estaríamos descartando a possibilidade de essa mãe de substituição também ser a fornecedora de óvulos e do útero. Assim, teríamos a maternidade gestacional e genética ao mesmo tempo, o que também caracteriza a maternidade de substituição.

Essa determinação da maternidade, dada pelo provimento 52/2016, encerra alguns questionamentos antes objetos de discussões e dúvidas, como o fato de ser o óvulo de uma doadora, e não da esposa do casal – neste caso, quem seria a mãe? Ou, ainda, a esposa que teve implantado em seu útero óvulo de outra fecundado pelo sêmen do marido? Ainda, no caso de a doadora querer reconhecer como sendo seu o filho que gerou no seu útero, reclamando-o judicialmente. Assim, diante deste provimento, agora temos elaborado um novo conceito de maternidade e paternidade, trazendo a presunção para o casal que idealizou o nascimento, não importando que o material genético não seja dele, mas sim a “vontade procriacional”.

De uma certa forma, essa evolução já é vista como uma vitória e uma forma de desafogamento do judiciário, pois a cisão entre essas maternidades contribui para a libertação da mulher na sociedade atual, que, tradicionalmente ainda enxerga como mãe aquela que dá à luz as crianças e as educa, considerando as mulheres, muitas vezes, meras executoras de tais tarefas, o que, na nossa realidade atual, não encontra mais respaldo diante dos avanços na medicina⁶⁷.

⁶⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 52, de 14 de março de 2016**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2016.

⁶⁷ RAPOSO, Vera Lúcia. **De mãe para mãe**: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 51.

2 A IMPORTÂNCIA DE UMA LEGISLAÇÃO PRÓPRIA DIANTE DO PANORAMA ATUAL DE AVANÇOS MÉDICOS

A nossa realidade atual, diante dos avanços tecnológicos no campo do biodireito, pede por uma interpretação constitucional mais aberta, advindo de uma sociedade pluralista, portadora de critérios abertos, sendo impensável uma interpretação constitucional nos diversos ramos do direito, considerando o cidadão que vai sofrer os efeitos daquela decisão, também como intérprete jurídico.

Apesar de termos previsão legal e doutrinária no que diz respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos, a gestação de substituição, também conhecida como barriga solidária, maternidade de substituição ou barriga sub-rogada, é regulada de forma muito aberta em nosso país, haja vista que, nos dispositivos legais, constitucionais e normas esparsas existentes, como a Resolução do Conselho Federal de Medicina, trata da temática gestação de substituição de forma muito superficial, cujo fundamento se volta muito mais ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao aspecto financeiro do que propriamente à gestação de substituição.

A norma constitucional, na visão atual, necessita de um participante ativo e tem como pano de fundo o fato de que todo aquele que vive a constituição é um ser legítimo para bem interpretá-la. Tal premissa gera uma integração da realidade no processo de interpretação, sendo um ato normativo compreendido dentro de sua colocação ou integração diante da realidade pública e política do meio⁶⁸.

Tais questionamentos servem para nos colocar a refletir profundamente sobre a necessidade de modernização do nosso direito, nossa constituição e a elaboração das leis. É iminente que a sociedade, com seus problemas a enfrentar, seja chamada a fazer parte do processo de decisão, de modo que o juiz não deve mais ser o senhor da decisão. É necessário que se descaracterize um pouco a esfera pública do processo de normatização, e a sociedade seja ouvida, diante de tantas modificações e evoluções que o nosso meio vem sofrendo.

As tarefas e objetivos da interpretação e os métodos que envolvem o processo de criação das Leis e da interpretação constitucional e suas regras fixam, como eixo principal, os participantes do processo de interpretação constitucional e a utilização de um conceito mais amplo de interpretação, inexistindo um número

⁶⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, reimpressão 2002. p. 67.

limitado para intérpretes da constituição, na medida em que, neste processo de interpretação aberto, advindo de uma sociedade muito mais pluralista, onde grupos, cidadãos e potências encontram-se envolvidos, teríamos, na interpretação da norma constitucional, um caráter multifacetado gerado por meio de opiniões daqueles que sentem diretamente seus efeitos.

Partindo desta premissa de interpretação multifacetada de Häberle, passamos a enxergar que a sociedade atual é livre e aberta quando amplia o círculo dos intérpretes de uma norma constitucional, não podendo também esquecer que aquela norma constitucional a ser interpretada teve como precursor um legislador que desenvolveu posteriormente princípios a serem obedecidos, resultando em normas constitucionais integralizadas a realidade⁶⁹.

Assim, há de se considerar que todos aqueles que vivem em um contexto regulado por uma norma são, de forma direta ou não, intérpretes da mesma, o que torna mais fácil a existência de interpretações normativas para casos reais, vistos sob a ótica dos direitos fundamentais, pois gerará a interpretação de tais direitos em sentido mais específico, sendo agora aplicado ao caso concreto.

Resta claro que temos que trazer esse tema da barriga solidária para perto da sociedade e dos grupos que a compõem, sugerindo um posicionamento mais democrático, pois o poder exercido o mais próximo possível das pessoas que irão sofrer a influência descentraliza a tomada de decisão, e seria esta mais democrática. Pois o que vai interferir na democracia quanto a tal parecer não é tecnicamente o nível em que ela está sendo tomada, mas sim, se, neste processo, houve ou não a interferência das pessoas que estariam sofrendo a incidência daquela deliberação.

Temos, portanto, que é a descentralização na tomada de decisões que a torna mais democrática, ao ponto que é bem maior a aceitação de uma deliberação que foi explicada, dialogada, ouvida, justificada. E, se tomarmos por base o caso da gestão de substituição, teremos que a não regulamentação por meio de normas que também apliquem penalidades, em caso de descumprimento, traz à tona a importância do respeito ao texto constitucional, no citado processo decisório.

Assim, temos que a interpretação aberta vislumbra a real democracia, em que todas as medidas a ser tomadas se mostram de relevante importância, e todos

⁶⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, reimpressão 2002. p. 67.

aqueles que vivem a norma devem ser considerados de fundamental importância na tomada de decisão, de modo que não se poderia mais desconsiderar o papel do cidadão e das potências públicas na interpretação da nossa Lei maior se vivemos em uma sociedade realmente democrática.

Isso não significa a supressão da responsabilidade da jurisdição constitucional, nem mesmo a negação de sua relevância no processo interpretativo, mas sim o reconhecimento de uma teoria democrática acerca de uma hermenêutica constitucional, na qual os intérpretes constitucionais jurídicos não seriam os únicos a viver o contexto da interpretação⁷⁰.

Daí decorre que, a partir do momento que reconhecemos a necessidade de uma interpretação da norma constitucional de forma mais aberta, a ampliação do círculo desses intérpretes se faz iminente, pois decorrerá automaticamente a necessidade de integrar a realidade da nossa sociedade atual contemporânea, a realidade do processo decisório constitucional, trazendo para o ceio jurídico decisões acertadas e aceitas pela sociedade, no que diz respeito ao tema do presente trabalho, com menos questionamentos.

Importante esclarecer que uma norma jurídica não é uma simples norma, esta deve ser colocada dentro do tempo e de um espaço, integrada a uma realidade pública, pois será de acordo com a atividade exercida por todos aqueles que participaram de seu desenvolvimento funcional e configuraram na sua interpretação partes da realidade constitucional e da publicidade que teremos uma norma personalizada, ou mesmo pluralizada, dentro do nosso ordenamento jurídico.

O direito caminha para tornar-se parte do direito de participação democrática, envolvendo direitos fundamentais, dentre eles, um dos mais importantes, o da liberdade de pensar e agir, melhorando, assim, o desenvolvimento interpretativo das nossas normas.

O direito da autonomia pessoal, nos casos de gestão de substituição, envolve a garantia de realizar uma série de outras liberdades, e, como a liberdade constitui um aspecto basilar na teoria dos direitos fundamentais, sem a qual não faz sentido sequer falar-se em direito fundamental, o problema a ser enfrentado resume-se da seguinte forma: existe a liberdade do titular do direito fundamental, quando

⁷⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, reimpressão 2002. p. 68.

envolve a possibilidade de ele alienar o seu direito, como, por exemplo, de alienar o seu corpo, ou a existência de uma limitação ao poder do titular de exercer o seu direito, conforme as suas preferências, sem que haja de fato alienação ao direito fundamental?

Essa posição tem particular acolhimento no seio das correntes feministas, propugnadoras do direito à livre escolha da mulher e de dispor de seu próprio corpo, pois, se são seres racionais, têm o direito de impor ao Estado que se abstenha de intervir, ainda que seja para as proteger das suas próprias escolhas, numa clara vocação paternalista tão própria⁷¹.

A interpretação gera a necessidade de analisarmos também a existência de carência legal em nosso ordenamento jurídico constitucional, que gera lacunas, capazes, muitas vezes, de possibilitar o desvirtuamento das ferramentas científicas existentes. O progresso científico é fato nas sociedades contemporâneas, contudo, é de todo indispensável que ele se desenvolva com observância de valores maiores, como a dignidade humana, constitucionalmente gratuita.

Mister se faz a necessidade de uma interpretação da norma de forma mais aberta e participativa, mas mister também se faz a necessidade de reestruturação destas normas jurídicas que serão interpretadas, pois as que já se encontram codificadas mostram-se atualmente insuficientes diante dos novos fenômenos da nossa sociedade contemporânea, dentre eles, a evolução do campo do biodireito. Nesse sentido, a Desembargadora aposentada Maria Berenice Dias, já se pronunciava sobre este assunto quando afirmou em 2011:

Podemos dizer que os tribunais avançam bem nessas questões e têm tomado decisões bastante coerentes, modernas. [...]. Os legisladores dão a impressão de terem medo de patrulhas conservadoras, tradicionalistas, que os farão perder os votos de seus eleitores caso sejam favoráveis a esses temas, e usa como exemplo: [...] Cuidei do caso de duas mulheres que viviam em união estável e decidiram usar a inseminação artificial para ter um filho. O óvulo de uma foi implantado no útero da outra. Ainda durante a gravidez, pedimos à Justiça que a criança, ao nascer, fosse registrada no nome das duas. O pedido à época foi negado e a criança foi registrada apenas no nome da que a gerou. Pedimos então a inclusão do nome da outra. Conseguimos, mas é tudo complicado⁷².

⁷¹ RAPOSO, Vera Lúcia. **De mãe para mãe**: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 35.

⁷² DIAS, Maria Berenice *apud* FOLHA DE SÃO PAULO. **Juiz precisa “adaptar” lei por direito de gays, diz advogada**. Mar. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff20032011110.htm>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

Ora, sendo a Legalidade um dos princípios basilares da nossa sociedade, não se mostra excessivo cobrar que, no mínimo, temas de caráter geral devam necessariamente ser previstos por leis e passíveis de interpretação mais moderna em um Estado moderno, onde há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executá-la (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legisferante. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar.

Em um Estado Democrático de Direito, vislumbra-se o compromisso com a função social, o intervencionismo como mecanismo de concretizar objetivos e a ordem jurídica legítima, que deve priorizar o respeito à liberdade. Como preleciona Maria Celeste Cordeiro dos Santos:

Os princípios, por si só, nunca decidem questões éticas, isto é, podemos aferir a força moral dos princípios somente através do estudo de como eles são aplicados e dentro de situações particulares. A aceitação dos princípios não descarta a possibilidade de que surjam discordâncias radicais quanto ao objeto de sua aplicação⁷³.

Diante da situação peculiar da gestação de substituição e a inexistência de legislação federal específica, ainda surgem diversos conflitos de cunho constitucional, ao indagarmos: quem é a mãe? A que gestou, a que cedeu o óvulo ou a que recorreu ao centro de reprodução assistida? E, mesmo com tantos questionamentos, não há dispositivos legais específicos que imponham os reais limites ao emprego dessa técnica, mesmo a sociedade jurídica sabendo que a interpretação a ser feita sobre eles não pode ser de forma extensiva.

Essa vacância de lei faz com que a pessoa humana se torne vulnerável, pois não há suficientes parâmetros jurídicos limitantes ou impedientes, de práticas abusivas, ao mesmo tempo em que faz surgir também uma enorme necessidade de uma interpretação de um determinado assunto de forma multifacetada e com base na visão de uma sociedade aberta e pluralista.

O nosso ordenamento jurídico ainda possui diversas lacunas interpretativas, assim como também lacunas normativas sobre este tema específico da gestação de substituição, o que torna ainda mais intensas e divergentes as discussões e interpretações acerca dele, bem como o enfrentamento desses conflitos numa

⁷³ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. **O equilíbrio do pêndulo, a bioética e a lei**: implicações médico-legais. São Paulo: Ícone, 1998. p. 55.

sociedade contemporânea, onde a evolução é constante, e as normas precisam acompanhá-la.

No Brasil, até antes de 2016, considerava-se mãe a que deu à luz, inclusive, para aspectos legais, uma vez que a certidão emitida pela maternidade, de “nascido vivo”, era fornecida em nome da mulher que deu à luz a criança. Todavia, em decorrência do provimento emitido pelo Conselho Nacional de Justiça CNJ, surge a possibilidade de registro direto nos casos de gestação de substituição, mesmo não havendo norma federal que regulamente os casos de conflitos de maternidade. Este provimento passou a proteger os casais que buscam a procriação, por meio não natural⁷⁴.

Analisando o processo de interpretação das normas aplicáveis aos casos de gestação solidária no Brasil, é importante também analisar o processo de construção destas normas e como elas irão ajudar nas soluções dos casos postos a sua inserção.

Desta feita, fica evidente que a intenção do legislador foi prever que, futuramente, houvesse a ocorrência de legislação ordinária para tratar da matéria, vedando todo tipo de comercialização. E, segundo alguns autores, esse dispositivo seria aplicável a todo tipo de disposição do corpo, inclusive a gestação de substituição, de modo que o empréstimo temporário do útero para a gestação e a obrigação de entrega posterior do bebê são bens indisponíveis e, portanto, estão fora do comércio.

O desenvolvimento das técnicas reprodutivas faz surgir também vertente formal e informal sobre a gestação de substituição, trazendo a necessidade, muitas vezes, da formalização de instrumentos contratuais, de modo que as partes, dentro de regras preestabelecidas, assumam obrigações claras e precisas, diante da inexistência de regras específicas em nosso ordenamento.

A criação e a boa interpretação da norma devem, antes de qualquer posicionamento, firmar-se dentro de preceitos constitucionalmente previstos que respeitem o ser humano como valor primordial, uma vez que este não pode ser considerado um objeto ou mercadoria a ser posta à disposição de quem quer e pode comprar. A vida e a liberdade de cada ser humano são princípios a ser considerados

⁷⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 52, de 14 de março de 2016**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2016.

e respeitados, mas a dignidade é superior quando há maternidade de substituição. Assim, no processo de construção e interpretação de suas normas, devem sempre estar atrelados princípios constitucionais que, quando interpretados, não se modifiquem dentro de um ordenamento jurídico próprio.

Se, por um lado, a descentralização na interpretação das normas não gera necessariamente uma maior democracia, por outro, será mais aceitável se aqueles que irão decidir, ou mesmo legislar, encontram-se mais próximos daqueles que vão sofrer direta ou indiretamente a influência daquela norma, qualquer que seja a sanção. Häberle, em sua obra, defende uma interpretação mais elástica dos juízes e das cortes constitucionais.

A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador. Igualmente flexível há de ser a aplicação do direito processual constitucional pela corte constitucional, tendo em vista a questão jurídico-material e as partes materialmente afetadas⁷⁵.

Importante frisar que, em algumas situações, essa interpretação elástica deve obedecer a um parâmetro jurídico ético-material, a depender da matéria posta à interpretação. E, sendo a Legalidade um dos princípios basilares da nossa sociedade, não se mostra excessivo cobrar que, no mínimo, temas de caráter geral devam necessariamente ser previstos por leis e passíveis de interpretação mais moderna?⁷⁶.

Sabe-se que a gestação de substituição afronta alguns princípios básicos de ordem moral, uma vez que o ser humano não pode ser utilizado como instrumento para realização de fins, e, no caso da substituição, a mãe de substituição entra voluntariamente no processo, mas a criança que vai ser gerada surge totalmente alheia a sua vontade, e as Leis básicas de nossa civilização proíbem a condução do ser humano para uma avaliação, compra ou venda de si próprias.

Por isso, no plano moral, a gestação de substituição parece ser fonte de inexpugnáveis perigos, como venda dos bebês, exploração ou coisificação de seres humanos⁷⁷, o que, diretamente, poderá atentar contra um dos nossos princípios

⁷⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, reimpressão 2002. p. 69-70.

⁷⁶ *Ibidem*. p. 70.

⁷⁷ RAPOSO, Vera Lúcia. **De mãe para mãe**: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 54.

basilares da nossa carta magna, o da dignidade humana, surge aqui a necessidade da coerência na construção e interpretação das normas, para que não passe por cima de concepções morais, ainda que um pouco ultrapassadas, mas que continuam afetando a nossa sociedade contemporânea.

A autonomia da vontade, confronta-se diretamente com a não ingerência estatal no planejamento familiar. Contudo, o direito de gerar está subordinado ao pilar da paternidade responsável. Isso significa que ao Estado, como provedor do bem-estar social, não se permite a inércia sobre tal circunstância. O Estado, por meio de suas políticas públicas, deve se comprometer com a ética da responsabilidade pública, despindo-se de qualquer forma de indiferença, propondo, por conseguinte, maneiras de efetivar os direitos fundamentais, constitucionalmente estabelecidos, como forma de preservar a dignidade da pessoa humana.

2.1 A inexistência de legislação e as limitações ao instituto da barriga solidária

Analisando o posicionamento de alguns estudiosos, como Dworkin, as condutas não reguladas por regras (ele considera a existência de exceções numeráveis) ficariam no âmbito da discricionariedade do juiz. Assim, se um juiz esgota as regras aplicáveis ao caso ali posto, ficaria vinculado a aplicar os princípios para solucionar o caso. Para ele, as regras seriam aplicadas de forma excludente, “tudo ou nada”, “validade e invalidade”. Por outro lado, os princípios seriam aplicados de forma excludente, adequando-se aquele princípio melhor a um padrão de moralidade a ser observado⁷⁸.

Em contrapartida, para Alexy, a ideia de reformulação da teoria de Dworkin é algo iminente, pois não acredita que as regras estão na relação de “tudo ou nada”, acredita que, no ordenamento jurídico moderno, não seria possível a enumeração taxativa das exceções destas regras. Sustenta que as regras são normas sempre cumpridas ou não cumpridas, e, em caso de conflito, uma norma será declarada inválida. Já os princípios seriam mandamentos de otimização caracterizados pelo fato de se poder satisfazê-los em graus variados – seriam objetos de ponderação dentro de um meio de possibilidades jurídicas e fáticas. Para ele, os princípios

⁷⁸ DWORIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Trad. Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 18.

limitariam os juízes naquele espaço onde não houvesse regras suficientes para a solução do caso, impedindo, assim, o exercício de seu poder discricionário⁷⁹.

Não menos importante a posição de Ávila, para quem as regras são normas imediatamente descritivas, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Analisando o posicionamento de R. Dworkin, temos que, numa ordem jurídica de sociedades modernas, não há que se falar em exceções enumeráveis, nem mesmo teoricamente, pois não temos como ter certeza de que um novo caso não gerará a necessidade de introdução de uma nova regra de exceção. Por outro lado, a proibição genérica de restrição de regras por meio de introdução de cláusula de exceção não parece algo adequado às ordens jurídicas do Estado constitucional contemporâneo⁸⁰.

Neves analisa a teoria de Dworkin e Alexy e explica que a diferença restringe-se a determinar, ao menos teoricamente, se todas as exceções dessa regra podem ser enumeradas, fazendo parte, assim, do enunciado dessa regra, ou se as exceções não são enumeráveis, nem mesmo em teoria e não fazem parte da regra, mas podem restringir o seu significado definitivo em um caso concreto. Explica porque as críticas feitas a Dworkin também seriam aplicáveis a Alexy e a necessidade de princípios mais abrangentes se faz iminente.

Para a concepção de princípios ditos constitucionais, Neves traz à tona o fenômeno da posituação do direito na sociedade moderna, trazendo a ideia de que ele só surge e tem significado prático quando ocorre a diferença funcional do direito como sistema social⁸¹.

Mesmo com tantos questionamentos, a realidade é que não há dispositivos legais específicos que imponham limites ao emprego dessa técnica, e a interpretação a ser feita sobre eles não pode ser de forma extensiva, limitando-se a uma Resolução e um provimento do CNJ.

⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 268.

⁸⁰ *Ibidem*. p. 268.

⁸¹ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 36.

A vacância existente faz com que algumas situações se tornem vulneráveis, quando apreciadas pelo poder judiciário, pois, não havendo parâmetros jurídicos suficientes e impedientes de práticas abusivas, traz a necessidade de uma interpretação sobre um determinado assunto ligado ao tema, com base na visão de uma sociedade mais aberta e pluralista, o que, por vezes, não ocorre.

Diversas são as lacunas normativas no nosso ordenamento jurídico sobre este tema específico da maternidade de substituição e a possibilidade de disposição sobre o próprio corpo, o que torna ainda mais evidentes as possíveis discussões e interpretações acerca dele, bem como a realidade dos conflitos que possam vir a existir.

Como já expomos, tramitam, no Congresso Nacional, vários projetos de Lei, os quais preveem o direito de filiação aos beneficiários das técnicas de Reprodução Assistida, Todos, encontram-se parados, mas podemos citar, o Projeto de Lei do Senado nº 90, apresentado pelo senador Lúcio Alcântara em 1999. Como projeto de lei, temos dentre tantos, o de nº 2.855/97, de autoria do Deputado Confúcio Moura, que não prevê a necessidade de autorização do cônjuge ou companheiro para a utilização da técnica, e sim a criopreservação dos embriões por 5 anos. Quanto à gestação substituta, estabelece a necessidade de aprovação da Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida, quando a mãe possuir parentesco até o quarto grau com a doadora. Prevê também a inseminação *post mortem*, sendo vedado o reconhecimento da paternidade.

Ainda temos o Projeto de Lei nº 90/99, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, para o qual os procedimentos podem ser utilizados por mulheres casadas, união estável, bem como pelas solteiras, permitindo a maternidade de substituição. E, no que se refere à gestação substituta, estabelece a necessidade da aprovação da Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida quando a mãe possuir parentesco até o quarto grau com a doadora, dispõe sobre a Procriação Medicamente Assistida e considera crime a “barriga de aluguel”. Por meio dele, a fertilização só pode ser feita por casal que reivindique o procedimento e só poderá se utilizar do material fertilizante por até duas vezes.

Em sua justificativa o senador Alcântara indaga também, que da mesma forma, como ocorre com um levantamento de impacto ambiental, se a avaliação relativa ao emprego da RA trouxe à luz a possibilidade de sérios riscos para a criança - mesmo que esses riscos possam estar acompanhados de possíveis

vantagens - então se deve recusar autorização ou idealizar mecanismos para desencorajar o recurso à RA. Se existem sérios riscos, então as mudanças não serão feitas, mesmo que algumas pessoas as creiam vantajosas e ainda que faltem esses postulados científicos ou constatações que possam ser estendidas para toda uma sociedade, é possível proceder a uma análise dos riscos a que se submetem as crianças nascidas com o emprego de RA⁸².

Isso trazia a tona o pressuposto de que o progresso como base do pensamento do homem, poderá não permanecer obrigatoriamente aceitável no futuro. E faz previsões para evitar a gravidez artificialmente produzida em mulheres que ultrapassaram a idade reprodutiva ou o recurso à prática do “útero de aluguel” por mulheres que não desejam, por qualquer motivo, viver a experiência da gravidez e do parto, trazendo como única exceção permitida de gestação de substituição ou doação temporária do útero, os casos em que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética e desde que haja parentesco até o segundo grau entre ela e a doadora temporária do útero. Trata a questão da gestação sem fim comercial ou lucrativo, trazendo como base a vedação da constituição federal que proibi a comercialização de órgãos.

Trouxe a tona, a possibilidade de que poderia o instituto da barriga solidária, ou útero de aluguel ser totalmente abolida.

O Projeto de Lei nº 54/02, de autoria do Deputado Luiz Moreira, que tem a intenção de transformar a Resolução do CFM em lei.

Igualmente, podemos citar o Projeto de Lei nº 1.184, de 03 de junho de 2003, do Senado Federal, que trata sobre a reprodução assistida e, mesmo em regime de prioridade para a tramitação, ainda não foi totalmente apreciado. É o mais extenso e com maior ambição de controle da prática e do acesso às técnicas reprodutivas conceptivas. É também o único que foi submetido a apreciação pública das sociedades científicas, religiosas e dos movimentos sociais durante sua tramitação no Senado Federal. Observando o sítio eletrônico da Câmara dos Deputados⁸³, verificou-se que, nove anos após a propositura, quando o projeto ainda estava em análise, sob a perspectiva do aguardo da realização de audiência pública

⁸² CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 90/1990**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15032>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

⁸³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 1184/2003**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>> . Acesso em: 31 ago. 2016.

para debater sobre a temática, houve um procedimento realizado em julho de 2012. Ou seja, sem qualquer previsão legal.

E um último ainda, o 115/05, todos ainda parados no congresso nacional. A respeito de desses projetos, alguns consensos podem ser considerados essenciais para o debate legislativo, em torno dos quais o acordo, ainda se apresenta problemático: a elegibilidade para o acesso às técnicas; o número de embriões transferidos por ciclo reprodutivo; a definição da filiação; e o destino dos embriões.

Assim, constatamos que, apesar da complexidade do tema, tais projetos de lei extrapolam o tempo compreensível para a sua aprovação, proporcionando o descrédito atinente ao Poder Público, não havendo, portanto, nada de legislação federal específica a respeito no Brasil. Na ausência de lei específica sobre o assunto, surge a questão: como definir juridicamente a gestação de substituição? Para isso, é importante analisarmos alguns aspectos favoráveis e desfavoráveis sobre a gestação de substituição, e o porque de ainda não terem sido aprovados.

Com o advento da Lei nº 3.268/57 que os Conselhos de Medicina adquiriram autonomia administrativa e financeira, constituindo-se em autarquia. A partir daí, suas resoluções passaram a ter *status* de normas de conduta médica, o que demonstra a relevância da Resolução nº 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina, a qual prevê regras de conduta para aqueles que querem se submeter ao procedimento da maternidade de substituição. Este fato esfriou os debates legislativos a respeito do tema, havendo uma certa “transferência” de responsabilidade para estes órgãos.

Importante analisar que, não serão todas as mulheres que poderão ter acesso às tecnologias reprodutivas conceptivas, a depender da compreensão que seja feita sobre alguns conceitos presente nos projetos, pois existe um certo consenso de que mulheres, sem cônjuge terão acesso garantido, um princípio previsto pelos projetos 1184/2003, 2855/1997 e 2061/2003.

No entanto, para a garantia do acesso, inclusive para a oferta das técnicas nos serviços públicos de saúde, pressupõe-se a existência de alguma restrição de fertilidade, uma estratégia dúbia pelo risco de ser compreendida em termos estritamente médicos.

Assim não seria importante estudarmos uma maneira mais razoável e não discriminatória de fundamentar a elegibilidade às técnicas reprodutivas? deslocando-

as do campo da saúde e aproximando-as do campo dos direitos fundamentais? e em especial do direito ao planejamento familiar.

Segundo Martha Field, a faculdade de as pessoas, em especial as mulheres, tomarem autonomamente decisões relativas a seu próprio corpo implica não apenas o direito ao sexo, sem temor de uma gravidez indesejada, mas também o direito de ter filhos sem passar por uma gravidez. Nesta acepção, qualquer pessoa poderia recorrer à maternidade de substituição, experimentando a sensação da gravidez sem os encargos que usualmente esse estado lhe acarretaria⁸⁴.

Tais considerações poderiam ser retiradas de alguns fatos: o nosso corpo a nós pertence. Logo, podemos dispor dele como entendemos, inclusive, para auxiliar terceiros, desde que sejam decisões livres e responsáveis. Qualquer meio seria legítimo para conseguir um filho, independentemente se por meio natural ou meio manipulado – aqui seria a expressão máxima da autonomia pessoal de todo ser humano.

Levando em consideração que a vida e a liberdade de cada um devem ser respeitadas, o que dizer acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, ponto de base da teoria de Häberle? Este também deve ser lembrado, mas dizer ser este superior quando há maternidade de substituição é algo que deve ser compreendido e interpretado, levando em consideração a sociedade aberta em que vivemos, pois liberdade e dignidade, como princípios constitucionais que são, não de ser alvos de interpretações constitucionais diversas, o que traz novamente a necessidade de que seja efetiva a participação popular na discussão de tais assuntos.

Assim, importante analisar o processo interpretação das normas jurídicas, mas também importante analisar o processo de construção destas normas e como elas irão afetar o texto constitucional e os princípios nele inseridos.

A previsão constitucional invocada por alguns doutrinadores como determinação é a possibilidade de doação de órgãos, que deve ser aplicada extensiva ou analogicamente à situação. Todavia, por alguns, ela é rechaçada, por entenderem que devem existir limites à disposição do corpo, limites à autonomia pessoal, de modo que o empréstimo temporário do útero para a gestação e a obrigação de entrega posterior do bebê seriam bens indisponíveis, estando, portanto, fora do comércio. Tais evidências surgem quando passamos a analisar

⁸⁴ FIELD, Martha A. **Surrogate Motherhood**. London: Universidade de Cambridge, Massachusetts, 1990. p. 61.

alguns aspectos negativos e positivos, também ligados à maternidade de substituição, que poderão influenciar na construção de um ordenamento próprio.

O primeiro aspecto a ser analisado seria em relação à instrumentalização da criança. O direito não impede que as pessoas sejam objeto de relações jurídicas. No que concerne às crianças, temos que seus pais exercem poder sobre elas, mas esse poder deve ser exercido, levando-se em consideração o interesse do filho, e não fins alheios. A criança lesada poderá padecer consequências psicológicas nocivas, como crises de identidade, daí afrontando diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, se olharmos pela ótica positiva, teremos como base o respeito de seu direito à vida.

Outro aspecto seria a instrumentalização da mãe de substituição, uma vez que, sob a ótica dos que não aceitam tal procedimento, ela é vista como mera incubadora de filhos de terceiros⁸⁵, esquecendo que, para ela, também possa ser sacrificante entregar um filho que carregou no ventre, além do medo de contrair doenças e repassá-las ao embrião que carrega em seu ventre, tendo se comprometido a entregá-lo perfeito e com vida.

Por fim, importante analisar os efeitos causados ao casal contratante, que, no desejo de ter um filho geneticamente seu, não mede esforços para realizar seu sonho, caindo, muitas vezes, em abismos emocionais diante de uma formação familiar frustrada, baseada em conceitos pré-fabricados.

A construção e a boa interpretação das normas devem, antes de qualquer posicionamento, firmar-se dentro de preceitos constitucionalmente previstos que respeitem o ser humano como valor primordial, haja vista este não pode ser considerado um objeto ou mercadoria a ser posto à disposição de quem quer e pode comprar. A vida e a liberdade de cada ser humano são princípios a ser considerados e respeitados, mas a dignidade é superior quando há maternidade de substituição. Assim, a barriga sub-rogada, no processo de construção e interpretação de suas normas, deve sempre estar atrelada a princípios constitucionais que, quando interpretados, não se modifiquem dentro do ordenamento jurídico.

Importante destacar que, em algumas situações, essa interpretação elástica, como Häberle propõe em sua obra, deve obedecer a um parâmetro jurídico ético-material, a depender da matéria posta à interpretação. Os princípios jurídicos,

⁸⁵ RAPOSO, Vera Lúcia. **De mãe para mãe**: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 40.

sobretudo os constitucionais, têm uma tarefa fundamental de selecionar, do ponto de vista interno do direito, expectativas normativas, com pretensão de validade moral, valores e identidade de grupos, pois, muitas vezes, o que é moral para um grupo não é para outro, assim como valores. Daí, temos a importância de sua compreensão.

Neves afirma que princípios não fundamentam regras, eles servem para o balizamento e a construção delas. Eles são normas de normas. E, ao mesmo tempo, as regras, se ficarem sem a base dos princípios em casos complexos, tornam-se um pouco limitadas quanto ao campo de visão, ficam muito delimitadas e não conseguem observar a complexidade do problema⁸⁶.

Indubitavelmente, a harmonização entre as atuais duas necessidades (ou seja, a interpretação aberta e a criação de novas leis advindas do progresso científico) há de ser encontrada pelo direito, considerando-se já existir campo próprio, a hermenêutica. E, quanto ao surgimento de situações que envolvem o chamado biodireito, mister se faz que sejam, ao mesmo tempo em que se interpreta, de forma mais elástica, a legislação existente sobre o assunto, sejam reestruturadas aquelas normas já codificadas, mas que se mostram insuficientes diante dessa nossa sociedade contemporânea.

Importante lembrar que os princípios constitucionais não são apenas construídos hermeneuticamente mediante precedentes, eles também podem ocorrer de texto constitucional, ou seja, ser atribuídos diretamente a uma disposição normativa da constituição. Em algumas situações, um mesmo princípio pode fundamentar decisões antagônicas⁸⁷. Os princípios constitucionais, embora não possam desprezar a consistência do sistema jurídico, desempenham sua função especialmente em relação à adequação do direito a casos controversos e complexos.

Segundo Neves, a importância dos princípios constitucionais está inteiramente ligada à capacidade de viabilizar uma reprodução complexamente adequada do sistema jurídico em relação à sociedade como um todo, ou melhor, ao ambiente social do direito⁸⁸.

⁸⁶ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 38.

⁸⁷ MATHIS, Armis. **A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. [s.d]. Disponível em: <http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf>. Acesso em: 20 set. 2016.

⁸⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 69.

A regulamentação legislativa sobre as tecnologias reprodutivas conceptivas não significará apenas possibilidades e restrições para a medicina, mas principalmente um registro histórico sobre padrões sociais de parentesco, filiação e reprodução. Muito embora as tecnologias reprodutivas conceptivas sejam ainda procedimentos destinados à elite, e, portanto ao acesso de uma parcela muito pequena da população brasileira, as questões morais suscitadas são centrais à nossa organização social.

Assim, se tomarmos por base as ideias de Häberle, Alexy, Neves, veremos que a previsão de participação popular na criação das normas só tem a ajudar na construção de decisões mais justas e delimitadas, pois o que não seria viável dentro da sociedade atual em que vivemos seriam decisões legislativas ou jurídicas, sem que a discussão popular coletiva tenha feito parte delas, devendo ser estimulado o debate sadio, como forma de trazer o ordenamento jurídico mais próximo da população.

2.2 Como é vista a barriga solidária na legislação de outros países

Na vida de um indivíduo, reproduzir-se a partir de métodos artificiais é algo que não depende exclusivamente da vontade dele. Vários aspectos precisam ser considerados e respeitados para evitar que o objetivo científico e humano seja desviado. Assim, o grande avanço tecnológico da medicina de reprodução deve sempre buscar uma concordância com as demais ciências que regem a vida do ser humano.

Em que pese a gestação de substituição não ser prevista pela nossa legislação federal pátria, ao tempo de ter uma legislação autônoma, alguns países dispõem de dispositivos legais coercitivos acerca do tema, relacionando-o, inclusive, não só com o ramo cível, o direito, mas também, com as esferas administrativas e, até mesmo, criminais.

Exemplo mais patente é o tratamento dado à tal prática pela legislação alemã. Nesse país, a *gestação por outrem* é vedada pela Lei de Proteção aos Embriões, que, em seu art. 1^o⁸⁹, tipifica como crime a conduta daquele que proceder

⁸⁹SCHAEFER, Louisa. **Parlamento alemão debate lei que regulamenta pesquisa com células-tronco**. DW, fev. 2008. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt-br/parlamento-alem%C3%A3o-debate-lei-que-regulamenta-pesquisa-com-c%C3%A9lulas-tronco/a-3125610>>. Acesso em: 21 set. 2016.

à fecundação artificial em mulher que esteja disposta a ceder definitivamente o seu filho a terceiros após o nascimento, podendo a pena ser desde multa até prisão por três anos.

A proteção à gestação de substituição na América do Norte foi manifestada pela primeira vez em nível internacional em 1987, pela corte nos Estados Unidos, pelo caso do Baby. M. Lá a maternidade de substituição é permitida, sendo entendida dentro da noção de negócio jurídico contratual. Neste sentido, demonstra Valdemar Pereira da Luz que “as decisões judiciais vêm adotando o critério contratualista, decidindo as demandas propostas pelos pais contratantes a favor deles, obrigando-se a mãe gestante (biológica) à entrega da criança”⁹⁰.

Foi na década de 1980 que alguns Estados dos Estados Unidos constituíram uma comissão para estudar e apresentar sugestões sobre a técnica da maternidade-de-substituição, sendo que, no ano de 1987, com o julgamento de um caso posto à apreciação da corte americana de Nova Jersey, restou reconhecida a constitucionalidade desta prática - o mencionado caso do *Baby M.*⁹¹.

Ocorrido em 1987, é um caso paradigmático, pela retórica da incerteza e da indecisão que reflete. William Stern e sua esposa Elizabeth Stern contrataram com Mary Beth Withehead. Essa última agiria como *surrogate mother*⁹², recebendo artificialmente espermatozoides de William Stern. A criança, após o nascimento, seria entregue ao casal Stern. Mary Beth era casada, e seu marido concordara com o pacto. Com o nascimento da criança, Mary Beth nega-se a entregá-la aos Stern, que ajuizou ação com vistas ao cumprimento do contrato⁹³.

Em 2008, ocorreu um caso como o descrito, que chamou a atenção da imprensa da Índia (país onde é permitido o recurso à gestação de substituição): um casal japonês celebrou um contrato de gestação de substituição com uma mulher

⁹⁰ LUZ, Valdemar Pereira da. **Manual de direito de família**. Barueri: Manole, 2009. p. 174.

⁹¹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **EUA mantém tabus sobre homossexualismo e aborto**. Consultor Jurídico, maio 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-16/direito-familia-eua-guarda-tabus-homossexualismo-aborto>>. Acesso em: 16 out. 2016. Em primeira instância o, casal Stern sai-se vitorioso. Sentença determinou que o bebê fosse entregue aos autores da ação, assim como deu fim aos direitos da ré sobre a criança, que foi tecnicamente adotada por Elizabeth Stern. A Suprema Corte de Nova Jérsei, no entanto, reformou a decisão, garantindo a William Stern custódia sobre a criança e restabelecendo os direitos de Mary Beth, que poderia visitar a filha e conviver com ela. Todavia, recomenda as entidades médicas norteamericanas que as práticas de reprodução assistida somente sejam realizadas em favor de casais estéreis, o que representa a não recomendação da técnica por mera conveniência.

⁹² DICIONÁRIO LINGUEE. **Mãe postixa**. 2016. Disponível em: <<http://www.linguee.com.br/ingles-portugues/traducao/surrogate+mother.html>>. Acesso em 20 ago. 2016.

⁹³ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *op. cit.* p. 1.

oriunda da Índia, que deu à luz uma criança. O casal separou-se antes do nascimento, e tanto a portadora como a beneficiária (e mãe genética da criança) se recusaram a perfilhar a criança. O pai biológico, por seu lado, não podia recorrer à adoção da criança, dado que as leis indianas não permitem a adoção por homens solteiros⁹⁴.

Em Portugal, a primeira tentativa de regulamentar esta matéria remonta de 1986, data da publicação do Decreto-Lei nº 319/86 de 25 de setembro, que remetia a regulamentar atos médicos relativos à utilização de técnicas para reprodução humana, mas foi a Lei nº 32/2006 que veio para normatizar o tratamento de Procriação Medicamente Assistida, e foi um dos últimos a legislar sobre o assunto dentre os demais países da Europa, embora relativamente tardio, a lei conta com vários aspectos positivos, principalmente pela criação do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, dando-lhe autonomia para se pronunciar sobre as questões éticas, sociais e legais da PMA.

Ter um Conselho que trate especificamente sobre Reprodução Humana é um grande avanço, pois, mesmo que de forma genérica, existe a preocupação e o cuidado ao tratar de um assunto tão complexo, dando-lhe celeridade e a garantia de que os casos apreciados serão tratados por pessoas com competência e conhecimento.

O Artigo 30º cria o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida: “1. É criado o Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida, adiante designado por CNPMA, ao qual compete, genericamente, pronunciar-se sobre as questões éticas, sociais e legais da PMA”⁹⁵.

Contudo, a Lei portuguesa nº 32/2006 também apresentou vários problemas de violação da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (Convenção de Oviedo) e da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) e de inconstitucionalidade material⁹⁶.

Em março do corrente ano de 2016, o parlamento português aprovou um projeto de Lei que regulamentava a gestação de substituição, lá conhecida como

⁹⁴ COSTA, Marta; LIMA, Catarina Saraiva. Maternidade de substituição a luz dos direitos fundamentais de personalidade. **Lusíada Direito**. Lisboa, n. 10, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/979/1/LD_n10_6.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2016.

⁹⁵ PORTUGAL. **Lei nº 32/2006**. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tpb_MA_4022.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2016.

⁹⁶ SÁ, Paula. **Presidente da república veta lei das barrigas de aluguer**. DN Portugal, jun. 2016. Disponível em: <<http://www.dn.pt/portugal/interior/marcelo-rebelo-de-sousa-veta-lei-e-devolve-barrigas-de-aluguer-ao-parlamento-5216675.html>>. Acesso em: 08 jul. 2016.

“barriga de aluguer”. Todavia, o Presidente da República, em 29 de junho de 2016, vetou e devolveu o diploma ao Parlamento, por considerar que:

O decreto enviado para promulgação não acolhia as condições cumulativas formuladas pelo Conselho Nacional de Ética e para as Ciências da Vida, como claramente explicita a declaração de voto de vencido do grupo parlamentar do Partido Comunista Português⁹⁷.

Na mesma nota, disse Marcelo: “Entendo dever a Assembleia da República ter a oportunidade de ponderar, uma vez mais, se quer acolher as condições preconizadas pelo Conselho Nacional de Ética e para as Ciências da Vida, agora não consagradas ou mesmo afastadas”⁹⁸.

Assim temos que, em Portugal, também não há uma previsão específica sobre o instituto da gestação substituta, pois continua a existir vedação expressa em leis específicas sobre reprodução humana assistida, sendo a maternidade de substituição a título oneroso punida criminalmente. O legislador português escolheu “diferenciar esses efeitos, consoante o negócio seja gratuito o oneroso. Assim, o negócio é sempre, do ponto de vista civil, nulo, e quando o negócio seja oneroso é cumulativamente aplicável uma sanção criminal”⁹⁹.

Isto parece significar que a gestação de substituição a título gratuito é mais bem tolerada pelo legislador português, podendo significar a abertura a eventuais alterações legislativas neste sentido. Também nos seus respectivos Códigos Civis e diante do panorama político em que se encontra o parlamento perante o presidente, não parece que o problema de muitas mulheres esteja perto de encerrar.

Na Tailândia, a cessão do útero, assim como no Brasil, não deve apresentar caráter lucrativo ou comercial - disposição do código médico de ética. Porém, não há lei que regulamente o assunto¹⁰⁰.

Há países, que dispõem de dispositivos legais coercitivos, como é o caso da Alemanha, onde a gestação por outrem é vedada pela Lei de Proteção dos

⁹⁷ SÁ, Paula. **Presidente da república veta lei das barrigas de aluguer**. DN Portugal, jun. 2016. Disponível em: <<http://www.dn.pt/portugal/interior/marcelo-rebelo-de-sousa-veta-lei-e-devolve-barriga-de-aluguer-ao-parlamento-5216675.html>>. Acesso em: 08 jul. 2016.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Ver: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **Acórdão nº 101/2009**. Diário da República, 2. Serie, n. 64, abr. 2009. Disponível em: <http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao_AcordaoTC_101_2009.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016. “O legislador não é necessariamente obrigado a criminalizar uma conduta, sempre que se entende haver um bem jurídico digno de tutela”. Ver também Jorge Figueiredo Dias sobre o princípio da necessidade: DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. (Questões fundamentais. A doutrina geral do crime). 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. T. 1.

¹⁰⁰ WENTZEL, Marina. **Polícia liberta mulheres grávidas de “fazenda de bebês” na Tailândia**. BBC Brasil. fev. 2011. Disponível em <[HTTP://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/02/110225_tailandia_gang_barrigas_mw.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/02/110225_tailandia_gang_barrigas_mw.shtml)>. Acesso em: 15 ago. 2016.

Embriões, que, em seu artigo 1º, tipifica como crime a conduta daquele que proceder à fecundação artificial em mulher que esteja disposta a ceder definitivamente o seu filho a terceiros após o nascimento, podendo a punição variar de multa até prisão¹⁰¹.

Já o direito Inglês, com o *Surrogacy Arrangements ACT*¹⁰², de 1995, admitiu implicitamente a gestação de substituição quando realizada sem qualquer remuneração. Entende que a filiação é da mãe sub-rogada, de modo que os pais intencionais, para obter o direito sobre a criança, devem acionar judicialmente como uma espécie de processo de adoção, é o chamado *Parental Order*¹⁰³.

Na França, também existe vedação expressa em leis específicas sobre reprodução humana assistida, bem como nos seus respectivos códigos civis¹⁰⁴.

Recentemente, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos reconheceu que um Estado tem o direito de proibir este método no seu território, mas também afirmou que uma criança nascida no estrangeiro dentro da legalidade não pode ser impedida de ver reconhecida a sua filiação no país de origem dos pais. Em 2014, a França e a Itália foram condenadas¹⁰⁵. O Tribunal entendeu que o não reconhecimento da filiação de crianças que nasceram no estrangeiro, por meio de barrigas de aluguel, deixava-as sem proteção legal.

Na Espanha, quanto à *maternidad subrogada*, como lá se chama a barriga solidária, o direito considera ilícito todo contrato de gestação no qual uma mulher renuncie à maternidade em favor de outrem, levando em conta que o corpo humano está fora do comércio jurídico e não pode ser objeto de contrato. Assim, temos o artigo 10 da Lei nº 14/2006 de 26 de maio, sobre a reprodução humana assistida: “nula e sem efeito o contrato que a gravidez é necessário, com ou sem preço, a cargo de uma mulher que renuncia filiação materna em favor do contratante ou de

¹⁰¹ MARTINS, Flavio Alves *et al.* **Maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6607>. Acesso em: 14 ago. 2016.

¹⁰² Os Arranjos Surrogacy Act 1985 – Lei do Parlamento do Reino Unido que proíbe comerciais sub-rogação arranjos. Ele recebeu a aprovação real em 16 de julho de 1985. A Lei surgiu como uma resposta ao nascimento, em 4 de janeiro de 1985, do primeiro bebê de aluguel comercial da Grã-Bretanha em meio a um clamor público generalizado. A lei foi alterada pela Fertilização e Embriologia Humana Act 1990 para que mães de aluguel possam sempre manter o bebê se eles mudarem de ideia.

¹⁰³ MARTINS, Flavio Alves *et al.* *op. cit.*

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ FERREIRA, Joaquim. **Barrigas de aluguer na Europa: onde são legais e quem as proíbe**. Abr. 2016. Disponível em: <<http://www.tsf.pt/sociedade/interior/barrigas-de-aluguer-na-europa-onde-sao-legais-e-quem-as-proibe-5126257.html>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

terceiros”¹⁰⁶, determinando que a filiação é estabelecida por nascimento e não prejudica a “paternidade reivindicação ação sobre o pai biológico, de acordo com as regras gerais”¹⁰⁷. Também de acordo com as regras gerais, o contrato, nesse caso, é cominado de nulidade com base nos artigos 1305 e 1306, C/C artigos 1271 e 1275, todos do Código Civil espanhol¹⁰⁸.

Na Grécia, as “barrigas de aluguer” são permitidas, mas é exigida uma autorização judicial antes que a candidata à maternidade coloque os ovócitos no útero da mulher que se disponibilizou para ser “barriga de aluguer”¹⁰⁹.

Com o desenvolvimento tecnológico e científico, várias implicações começam a surgir, e as influências passam a ser notadas, principalmente nas relações privadas, o que traz a necessidade de que tenhamos como base para qualquer solução de conflito, paradigmas de dignidade humana, moralidade e ética, podendo, assim, seguir dentro de um desenvolvimento sem consequências prejudiciais para a sociedade atual.

É evidente que a existência de alguns regulamentos sobre o tema não gera uma quantidade com garantia de qualidade, do ordenamento jurídico deste ou daquele país já mencionado. Todavia, demonstra que há uma certa atenção do poder constituinte de alguns países sobre o assunto. Os contratos de maternidade de substituição são permitidos em pouquíssimos países, encontrando-se, entre estes, Grécia, Canadá, Índia, alguns estados dos Estados Unidos da América e, em excepcionais situações, Inglaterra.

Verificando as poucas legislações estrangeiras sobre gestação substituta, o entendimento geral é no sentido de proteção da dignidade da pessoa humana, e aqui, não só da relação de sub-rogação, mas sim, de todos os envolvidos, a abrangência de temas em comum, como ética, moral e gratuidade está presente em quase todas as discussões. Importante frisar que hoje a maioria dos países que

¹⁰⁶ ESPAÑA. **Ley núm. 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida.** Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/21.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016.

¹⁰⁷ *Ibidem.*

¹⁰⁸ FALCÃO, Marta Falcão. Maternidade de substituição na Espanha. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4581, 16 jan. 2016. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/45602/maternidade-de-substituicao/3>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

¹⁰⁹ FERREIRA, Joaquim. **Barrigas de aluguer na Europa:** onde são legais e quem as proíbe. Abr. 2016. Disponível em: <<http://www.tsf.pt/sociedade/interior/barrigas-de-aluguer-na-europa-onde-sao-legais-e-quem-as-proibe-5126257.html>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

admitem a gestação de substituição consideram a mulher contratante como mãe da criança, o que já é uma evolução diante da pouca legislação existente.

Importante que seja avaliado, a presença de proteção a princípios ligados a gestação de substituição, o que reforça a necessidade de imposição de limites na aplicabilidade dos mesmos, dentro dos casos concretos que serão postos a apreciação, em caso de possíveis litígios.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A POSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO NO CASO DA BARRIGA SOLIDÁRIA

Reconhece-se atualmente que os avanços no campo da medicina e as diversas descobertas científicas aceleram não só o processo de construção de novas normas, mas também a necessidade de surgimento de novas condutas frente o nosso ordenamento jurídico já existente.

É dentro desse contexto que a aplicação dos direitos fundamentais da forma positivada como está na Constituição Federal deve ter como base a necessidade de que alguns desses direitos sejam vistos com certa cautela frente a determinados casos e situações, pois tanto podem trazer benefícios às pessoas que precisam de proteção, como podem proporcionar malefícios ou restrições, diante do contexto em que forem inseridos.

Robert Alexy se manifesta da seguinte maneira sobre essas restrições:

O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas - o direito e sua restrição. Se a relação entre o direito e restrição for definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar, o *direito em si*, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o *direito restringido*. Essa concepção que, normalmente de forma crítica, é denominada de teoria externa¹¹⁰.

Por esse cenário, temos que há direitos fundamentais que já se apresentam como restringidos, mas há outros que existem sem restrição. Por isso, uma vez que essa restrição só seria visualizada quando fosse necessário conciliar direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos.

Neste mesmo sentido, pontua Alexy, sobre a existência também de uma teoria interna. Senão, vejamos:

Um cenário completamente diferente é a base de sustentação da teoria interna. Segundo ela, não há duas coisas - o direito e sua restrição - mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite¹¹¹.

Saber se está correta uma ou outra concepção vai depender de como é visto o direito fundamental ali discutido, se como regra ou se como princípio. Se se parte

¹¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos Fundamentais**. 2. ed. 4. tir. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 277.

¹¹¹ *Ibidem*. p. 278.

de posições definitivas, então, a teoria externa pode ser refutada; se se parte de posições *prima facie*, então, é a teoria interna¹¹².

Assim, mantendo-se a hipótese de existirem apenas posições definitivas, seria possível sustentar que não são direitos, mas as liberdades fundamentais, que podem ser restringidos¹¹³. Assim se a norma excluir algo sob o qual não exista um direito, ela não poderia restringir direito algum.

De acordo com Canotilho, a escolha entre as teorias objetiva e subjetiva não pode conduzir a alternativas radicais porque:

(a) a comunidade é confrontada diariamente com a necessidade de limitar os direitos fundamentais, sendo, pois, irrealista uma teoria subjetiva desconhedora disso (ex.: penas de prisão longas para crimes graves, independentemente de se saber se depois do seu cumprimento restará algum tempo de liberdade ao criminoso); (b) a garantia do núcleo essencial, por sua vez, não pode descurar da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e, em consequência, devem-se evitar restrições que eliminem totalmente um direito subjetivo fundamental (ex.: proibição de prisão perpétua ou pena de morte que violariam o núcleo essencial do direito à liberdade ou do direito à vida¹¹⁴).

Se, entre as mais importantes classificações funcionais, estão as de Alexy e Canotilho, é justo dizer que, no Brasil, também merece referência a classificação empreendida por Ingo Wolfgang Sarlet. Essas três classificações dividem os direitos fundamentais em dois grandes grupos: os direitos de defesa e os direitos a prestações.

Segundo Ingo Wolfgang, podemos afirmar que os direitos fundamentais de defesa se dirigem a uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos, implicando para estes um dever e respeito a determinados interesses individuais, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições¹¹⁵. Já no que diz respeito aos direitos fundamentais como direitos de prestação Wolfgang, implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de este se encontrar obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática).

Na constituição vigente, os direitos a prestações encontram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, resultando, inclusive,

¹¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos Fundamentais**. 2. ed. 4. tir. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 278.

¹¹³ *Ibidem*. p. 278.

¹¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2011. p. 419.

¹¹⁵ SCARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 175.

na abertura de um capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos e garantias fundamentais¹¹⁶. Nesse contexto, ele traz como exemplo o artigo 5º, incs. XXXV e LXXIV da Constituição federal¹¹⁷: o acesso à justiça e assistência judiciária integral e gratuita.

Uma outra perspectiva, seria a possibilidade de dispor de alguns direitos fundamentais, trazendo à tona muitas dificuldades que começam a aparecer quando a definição do direito e a precisão do seu conteúdo se apresentam como ponto de partida para uma solução de conflito. É importante afirmarmos que toda pessoa é sujeito de direito e, portanto, parte de uma relação jurídica, na qual a modificação, extinção e a aquisição de direitos será algo visível dentro de um contexto e a autonomia da vontade se apresenta como um de seus princípios estruturantes.

É pacífico que o indivíduo é dono e soberano do seu próprio corpo. Não há dúvida de que, dentro de certos limites, temos o direito de dispor do nosso próprio corpo, mas que limites serão esses?

Quando trazemos para o contexto de estudo do presente trabalho a hipótese de ser o próprio corpo de uma pessoa, o objeto do contexto de uma demanda jurídica, e sendo o corpo desta pessoa visto como um direito fundamental, seria possível sua disposição? Sendo a pessoa dona de seu próprio corpo, poderia ela fazer o que quisesse com ele, mesmo que isso implique em aliená-lo para uma terceira pessoa? O indivíduo tem o direito de decidir, por exemplo, fazer um ou sete piercings, fazer ou não tatuagens, se submeter a dolorosas sessões de depilação a laser, doar sangue, vender cabelo, frequentar um solário para queimar a pele, ser fumante, ter relações sexuais com quem e quantas pessoas entender ou mesmo submeter-se a intervenções cirúrgicas apenas para melhorar o aspecto físico, mas onde ficaria a dignidade da pessoa humana frente a algumas proibições?

Muito difícil estabelecer regras quando o conteúdo delas envolve aspectos subjetivos, todavia, é indispensável que alguns aspectos da vida privada sejam determinados de acordo com a personalidade e os valores sociais vigentes.

¹¹⁶ SCARLET. Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 175. Arrimado nos ensinamentos de Canotilho.

¹¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2016. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Vera Lúcia Raposo entende que o direito a dispor do próprio corpo deve ser sempre analisado na ótica da autonomia pessoal, afirmando que:

De acordo com este princípio, cada pessoa é livre de escolher como conduz a sua vida e utiliza o seu corpo, desde que com isso não lese os outros. Aplicando-se este princípio à maternidade de substituição, conclui-se que as pessoas devem ser livres na realização da sua capacidade reprodutiva, seja colocando os seus 'serviços reprodutivos' à disposição (gratuita ou onerosa) de terceiros, seja superando a sua incapacidade reprodutiva (com o auxílio das técnicas reprodutivas, ou com o auxílio de uma mulher que esteja disposta a gerar uma criança e, porventura, a transmitir-lhe o respectivo material genético)¹¹⁸.

Para esta mesma questão, apontava já Guilherme Oliveira:

Costuma também invocar-se que as mulheres que se prestam a gerar para outrem [...] tenderão a constituir uma relação afetiva deficiente com o feto em gestação. Esta falta afetiva, tenderá a exprimir-se num comportamento menos indicado – no uso de drogas nocivas, no consumo de tabaco – sempre ao arrepio das prescrições médicas e com desrespeito manifesto dos contratos que normalmente estabelecem regras de conduta durante a gravidez. Este 'estilo de vida' terá consequências perniciosas, e já hoje bem conhecidas, para o desenvolvimento da criança¹¹⁹.

Em suma, não há razão suficiente para que o Estado se deixe repugnar com a disposição do direito fundamental ao corpo no âmbito da maternidade de substituição, sendo tolerante relativamente a outras matérias de igual ou superior sensibilidade. Esta sensibilidade não constitui ordem pública nem outro valor constitucionalmente protegido, mas está, antes, relacionada com valores morais próprios de determinados indivíduos que devem ser protegidos com o mesmo vigor que merecem valores e morais opostos.

Os direitos humanos fundamentais estão relacionados diretamente com a garantia e a proteção da dignidade humana. Para isso, precisamos inicialmente fazer algumas afirmações: o ser humano, como pessoa natural, ao nascer com vida, adquire a personalidade jurídica, isto é, passa a ser titular de direitos e obrigações – capacidade de direito ou de gozo, a partir de seu nascimento com vida. Assim, para ser pessoa, portanto, basta que ela nasça com vida, que exista, que esteja viva.

Toda pessoa é única dentro de um contexto de características individualizadas e próprias. Assim, toda pessoa que nasce com vida é uma pessoa diferente de qualquer outra, pois possui personalidade jurídica própria. Ao adquirir a própria personalidade, a pessoa também adquire os direitos inerentes a ela e a sua

¹¹⁸ RAPOSO, Vera Lúcia. **De mãe para mãe**: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 67.

¹¹⁹ OLIVEIRA, Guilherme. **Mãe há só uma**: o contrato de gestação. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 37.

condição humana, o que nos leva a fazer considerações de que o homem é um ser em constante transformação, o que faz necessária a existência da proteção de seus direitos para que haja uma dignificação de sua existência.

A necessidade de proteção aos direitos dessa personalidade é algo veemente, pois, como prescrevem alguns autores, dentre eles, Leonardo Estevam de Assis Zanini, os direitos de personalidade “são o mínimo essencial ao pleno desenvolvimento da personalidade de todos os seres humanos”¹²⁰. Para Carlos Alberto Mota Pinto:

Constituem um círculo de direitos necessários, um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa. Esses direitos são superprotegidos na esfera civil como ‘direitos da personalidade’, mas também na esfera constitucional como ‘direitos fundamentais’, onde a junção de ambos teremos ‘os direitos fundamentais da personalidade’ e aqui visualizamos o direito ao corpo¹²¹.

Importante distinção fez o Ilustre civilista José de Melo Alexandrino:

Os direitos de personalidade (por pressuporem relações de igualdade) não têm uma projeção especial face ao Estado, ao passo que os direitos fundamentais pressupõem sempre um relacionamento direto e uma especial vinculação ao Estado¹²².

Para Carlos Alberto Bittar, “os direitos da personalidade são dotados de caracteres especiais, para uma proteção eficaz à pessoa humana, em função de possuírem, como objeto, os bens mais elevados da pessoa humana”¹²³, e complementa: por isso é que o ordenamento jurídico não pode consentir que deles se despoje o titular, emprestando-lhes caráter essencial. Daí, são, de início, direitos intransmissíveis, indispensáveis, restringindo-se à pessoa titular manifestando-se desde o nascimento (Código Civil, art. 2º).

Com efeito, se, na gestação de substituição, estiver em causa o exercício de um direito fundamental de personalidade (ou mesmo de vários), a autonomia privada e os limites da intervenção estadual que assistem à sua realização e exercício são rigorosíssimos, não podendo o Estado restringir tal direito em nome da mera

¹²⁰ ZANINNI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**: aspectos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 94.

¹²¹ PINTO, Carlos Alberto Mota. Teoria geral do direito civil. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 87 ss.

¹²² ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais**: introdução geral. 2. ed. Lisboa: Principia, 2011. p. 34-35.

¹²³ BITAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. 2. reimp. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo código civil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 11.

sensibilidade moral, ou de determinados valores e princípios de alguns membros da sociedade, ainda que dominantes ou majoritários¹²⁴.

Falar de gestação de substituição é também falar da possibilidade de disposição do corpo em favor de um terceiro para suprir a necessidade momentânea deste, de ser pai ou mãe, e essa possibilidade de disposição sob a forma de empréstimo sem fins comerciais poderá existir, pois é reconhecida, ao ser humano, liberdade de decisão e condução da sua vida, pelo exercício da sua própria vontade. Todo ser humano possui uma autonomia privada que tem, como regra geral, a liberdade de ação¹²⁵.

Assim, é de ser questionado se essa autonomia privada conduziria a uma rejeição de interferência (ou admissão de interferência mínima) do Estado nas decisões tão íntimas como a disposição do próprio corpo dos indivíduos? Importante lembrar que essa autonomia não é soberana, encontrando limites quando estamos falando de contratos de gestação de substituição, havendo a disposição do próprio corpo, pois o próprio direito civil delimita que qualquer pessoa tem a possibilidade de firmar contrato, desde que dentro dos limites da Lei (artigo 398 e 405 Código Civil), assim como a Resolução 2121/2015 CFM delimita quando esse contrato de maternidade de substituição poderá ocorrer.

O indivíduo tem liberdade geral de ação desde que não viole a ordem pública, os bons costumes e os limites legais¹²⁶. Tomando por base essa afirmação, poderia o indivíduo celebrar um contrato de gestação de substituição alienando o seu corpo e definir suas próprias regras? Estaria ele desrespeitando a ordem pública e os bons costumes? A autonomia privada lhe daria o direito de firmar esse contrato sem qualquer intervenção do Estado? Poderia o Estado impedi-lo?

Sobre a autonomia da vontade dos indivíduos e as técnicas reprodutivas aplicadas, Cláudia Regina Magalhães Loureiro, citando Maria Dolores Vila-Coro, assim afirma:

A bioética propõe limites à biotecnologia e à experimentação científica em seres humanos, com a finalidade de ver protegidas a dignidade e a vida da pessoa humana como prioridade sobre qualquer valor. Porém, a norma moral é insuficiente porque, ainda que alcance a dimensão social da pessoa

¹²⁴ COSTA, Marta; LIMA, Catarina Saraiva. Maternidade de substituição a luz dos direitos fundamentais de personalidade. **Lusíada Direito**. Lisboa, n. 10, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ulsiada.pt/bitstream/11067/979/1/LD_n10_6.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2016.

¹²⁵ CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de direito civil português**: parte geral. Tomo III (As Pessoas). Coimbra: Almedina, 2004. p. 107.

¹²⁶ COSTA, Marta; LIMA, Catarina Saraiva. *op. cit.*

humana, opera apenas no plano interno da consciência, impondo-se, portanto, um novo ramo do dever ser, mediante o qual se regulem as relações intersubjetivas à luz dos princípios da bioética. Necessário, por isso, que as normas sejam jurídicas, e não apenas éticas, pois somente seu caráter coercitivo impedirá o cientista sucumbir à tentação experimentalista e à pressão de interesses econômicos¹²⁷.

Reconhecendo também o direito fundamental a constituir família e, em particular, com o recurso a técnicas de procriação medicamente assistida sem nunca significar que o mesmo seja absoluto e ilimitado, a intervenção restritiva, por parte do Estado, só deverá ser admitida em ponderação com outros direitos fundamentais, interesses e princípios constitucionalmente protegidos, como o superior interesse da criança ou a dignidade da pessoa humana, e sempre numa óptica de proporcionalidade e salvaguarda do conteúdo mínimo.

A Nossa Constituição Federal contempla o direito ao planejamento familiar, alcançando as situações de concepção e contracepção, ambos norteados pela autonomia do casal, competindo ao Estado o dever de proporcionar os recursos necessários para a educação e informação sobre os métodos existentes e sua eficácia, mas não traduz explicitamente sobre a maternidade de substituição e o direito de se ter filhos¹²⁸. Nesse sentido, importante, antes de qualquer discussão que envolva disposição de direitos fundamentais, expor o que dispõe o artigo 226 da Carta Magna:

Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...].
 § 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas¹²⁹.

No referido dispositivo a constituição assegura à sociedade garantias fundamentais, pautadas na Dignidade da Pessoa Humana, que se alicerça na ideia de resguardar o planejamento familiar, inclusive, com o compromisso do Estado de propiciar recursos educacionais e científicos para a concretização desse direito.

Dentro dessa proteção, os direitos fundamentais desempenham importante papel e, ao mesmo tempo em que não encontramos restrição quanto ao seu papel, é

¹²⁷ VILA-CORO Maria Dolores *apud* LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 17-18.

¹²⁸ SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de Substituição o direito a ter um filho. **Revista de ciências jurídicas e sociais**. v. 1, n. 1, 2011. p. 55.

¹²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2016.

o que podemos visualizar no artigo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, que “os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela elencados”¹³⁰.

Assim, caso não se encontrem reunidos os requisitos constitucionalmente estabelecidos, e já analisados, relativamente a restrições do direito fundamental a procriar, nomeadamente com recurso a técnicas de procriação medicamente assistida, a intervenção do Estado seria inadmissível? E a regra deve ser a da liberdade das partes no exercício deste direito, em particular, a livre decisão e celebração de um contrato de gestação de substituição?

Nas palavras de Mota Pinto, a autonomia privada da pessoa:

Na modelação imediata da sua vida quotidiana liga-se umbilicalmente a uma concepção humanista ou personalista do Homem como sujeito da História: uma concepção que o reconhece como actor capaz de decidir o curso dos acontecimentos, com liberdade relativa num quadro de relativo indeterminismo, e de se manifestar contra a injustiça e os erros¹³¹.

Antônio Menezes Cordeiro, acerca desta autonomia, se pronuncia sobre uma certa liberdade de ação que pode implicar em disponibilidade de alguns direitos a serem exercidos:

A autonomia privada significa, assim, a regra geral de liberdade de ação; é reconhecida, ao ser humano, liberdade de decisão e condução da sua vida, pelo exercício da sua própria vontade, em todos os seus aspectos, podendo regulá-los livremente e estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Também o exercício dos direitos de personalidade deve ser desenvolvido num plano de autonomia: muito embora sejam irrenunciáveis, na medida em que estão intimamente ligados à Pessoa (que, enquanto existe, os detém), eles representam posições de liberdade, e nessa qualidade, implicam disponibilidade¹³².

Importante salientar que bons costumes e ordem pública são conceitos variáveis e evolutivos. Portanto, a análise de ambos deve ser feita dentro de um contexto atual e evolutivo, nunca estático, pois as consequências terão reflexos imediatos em um futuro próximo.

Por bons costumes entende-se um conjunto de regras éticas aceitas por pessoas honestas, corretas e de boa fé. Neste sentido, o exercício de um direito apresenta-se contrário aos bons costumes se envolver conotações de imoralidade ou de violação das normas elementares impostas pela Sociedade. Já quanto à

¹³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2016.

¹³¹ PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 81.

¹³² CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de direito civil português: parte geral**. Tomo III (As Pessoas). Coimbra: Almedina, 2004. p. 107.

ordem pública, seriam princípios fundamentais, mutáveis com o tempo, os quais a sociedade e o Estado pedem que prevaleçam sobre as relações privadas como uma forma de lei.

Segundo as lições do ilustre constitucionalista Alexandre de Moraes:

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal proclama, portanto o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência¹³³.

De qualquer modo, antes de prosseguirmos, devemos ressaltar a importância da melhor compreensão dos direitos fundamentais, ao passo que estes radicam pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem que, neste sentido, assumem uma dimensão pré-estatal e, para alguns, até mesmo supraestatal¹³⁴. Para muitos, como Bruno Galindo¹³⁵, os direitos fundamentais são os direitos constitucionalmente positivados ou positivados em tratados internacionais, ainda que com eficácia e proteção diferenciadas.

Importante frisar que Bruno Galindo, em sua obra, distingue que os direitos fundamentais estariam atrelados a um plano interno de proteção constitucional enquanto os direitos humanos, que para muitos se equiparam aos direitos fundamentais, estariam em um plano internacional de efetiva proteção, algo mais amplo. Todavia, são os direitos fundamentais que produzem um grau maior de efetivação em face da existência de instâncias dotadas do poder de fazer respeitar e realizar esses direitos¹³⁶.

Sobre esse valor dado aos direitos fundamentais, cabem também as palavras do professor Ingo Wolfgang Sarlet:

Outro aspecto de transcendental importância do papel cumprido (ou a ser cumprido) pelo princípio da Dignidade Humana designadamente na sua conexão com os direitos fundamentais diz com sua função como critério para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais de nossa ordem constitucional. Com efeito não é demais lembrar que a nossa Constituição de 1988 [...] consagrou a ideia de abertura do cadastro constitucional de garantias e direitos fundamentais. Em outras palavras se quer dizer que para além daqueles direitos e

¹³³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7. ed. rev. ampl. e atual. com a EC n. 24/99. São Paulo: Atlas, 2000. p. 61.

¹³⁴ NEUMER, Jörg. Los derechos humanos sociales. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid, n. 9, p. 239-265, 2005. p. 239.

¹³⁵ GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. Curitiba, Juruá, 2003. p. 48.

¹³⁶ *Ibidem*. p. 48.

garantias fundamentais expressamente reconhecidos, como tais pelo constituinte, existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional¹³⁷.

No entanto, apesar dessa tutela constitucional, é importante frisar que não existe um direito absoluto, e mesmo os direitos fundamentais podem sofrer limitações, a partir de uma limitação cautelosa e proporcional sobre o que se discute. Assim, há de se deixar devidamente concluído, inicialmente, que os termos direitos humanos e direitos fundamentais são termos inter-relacionados e não excludentes, e não se pode considerá-los como expressões sinônimas.

Segundo Jorge Reis Novais, professor da Faculdade de Direito de Lisboa:

Da própria dignidade da pessoa humana e do princípio da autonomia e de autodeterminação individual - que integram e moldam de algum modo o cerne de todos e de cada um dos direitos fundamentais - decorre o poder de o titular dispor dessa posição de vantagem, inclusivamente no sentido de a enfraquecer, quando desse enfraquecimento, e no quadro da livre conformação da sua vida, espera retirar benefícios que de outra forma não obteria. Nesse sentido, a renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido de sua limitação, desde que esta seja uma expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual, e porque, por outro lado, através da renúncia o indivíduo prossegue a realização de fins e interesses próprios que ele considera, no caso concreto, mais relevantes que os fins realizáveis através de um exercício positivo do direito¹³⁸.

A autonomia da vontade é a faculdade que o indivíduo possui para tomar decisões na sua esfera particular, de acordo com seus próprios interesses e preferências. Isso significa reconhecer um direito individual de fazer tudo aquilo que se tem vontade, desde que não haja prejuízo os interesses de outras pessoas. Assim, podemos esclarecer que cada um deve ser senhor de si, agindo como um ser responsável por suas próprias escolhas, e, em especial, por aquelas que não interferem na liberdade alheia.

Vendo por esse ângulo, a possibilidade de renúncia de um direito fundamental, tomando por base o de personalidade (expressão máxima da liberdade de exercício de um direito ou a liberdade negativa desse direito, isto é, a sua autolimitação), não seria uma questão para ser colocada no plano do direito fundamental, o qual será inseparável do indivíduo em si mesmo e perante o Estado,

¹³⁷ SCARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001. p. 97.

¹³⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 235.

mas sim no plano individual das relações civis, fundadas no princípio geral da liberdade. Segundo Virgílio Afonso da Silva, professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

No âmbito dos direitos fundamentais, por sua vez, a possibilidade de renúncia costuma ser rejeitada de pronto. Quando se mencionam as principais características dos direitos fundamentais, costuma-se falar em inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade. não é difícil encontrar contraexemplos que demonstrem as limitações da aceitação absoluta dessas características .parece possível encontrar um sem número de casos em que a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais - e também a sua inalienabilidade e imprescritibilidade - são colocadas em xeque¹³⁹.

Em sua argumentação, Virgílio traz, por meio de alguns exemplos, como aquele em que o homem ou mulher entra para a vida religiosa, renunciando ao direito de constituir família; ainda, a pessoa aprovada em concurso público, que, aceitando o cargo de juiz, renuncia ao direito fundamental referente ao livre exercício de qualquer trabalho ligado a advocacia ou mesmo de outra espécie, na medida em que somente poderá exercer a atividade de magistério possibilidade de que haja renúncia a direitos fundamentais¹⁴⁰.

Partindo dessa lógica, não caberia, portanto, ao Estado, por exemplo, impedir que uma pessoa ultrarreligiosa pratique atos de autoflagelação com seu próprio corpo, situação que, além de ser vista por muitos como um ato irracional e contrário às convenções sociais, está, certamente, violando a integridade física daquele que o pratica. Mas a pessoa que opta por fazer isso acredita firmemente - de forma sincera e autêntica - que a autoflagelação lhe dará um conforto espiritual que compensará, no final das contas, o sacrifício. Logo, é uma escolha que lhe diz respeito, por mais irracional que seja.

Importante problematizar que o ato de disposição de um direito fundamental deva se processar de forma voluntária, sem constrangimentos ou qualquer tipo de vício, pois, não ocorrendo, não se pode considerar como uma autonomia da vontade e não será tolerada no campo jurídico. E, mesmo em se tratando de uma renúncia, é possível um certo controle dentro de um critério de proporcionalidade onde, se sua

¹³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 61-62.

¹⁴⁰ MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis**: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Mar. 2010. Disponível em: <<http://www.grupoddp.com.br/resources/Direitos%20Fundamentais%20Indispon%C3%ADveis%20-%20Let%C3%ADcia%20Martel.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2016.

razão advir de um critério de existência seu, deverá ser aceita a renúncia¹⁴¹.

Poderíamos, então, dizer que é de discutível constitucionalidade, pelo menos se interpretado à risca, o artigo 13 do Código Civil?¹⁴².

Toda pessoa que esteja em pleno gozo de suas faculdades mentais e tenha condições concretas e autênticas de tomar por si própria as decisões que lhe dizem respeito tem o direito fundamental de dispor do próprio corpo da forma como bem entender, desde que não prejudique o direito de terceiros, não podendo o Estado, ressalvadas algumas situações bem peculiares, interferir no exercício desse direito. Podemos também relatar que nenhum direito fundamental calcado na nossa constituição federal possui validade absoluta frente a outros direitos fundamentais.

Sobre autonomia dos direitos fundamentais o mestre Daniel Sarmento se posiciona:

Quanto maior for a desigualdade (fática entre os envolvidos), mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito¹⁴³.

Sarmiento coloca em estudo, a dicotomia de uma simetria e assimetria entre as partes, e considera este fator como primordial para discutir sobre proteção dos direitos fundamentais e autonomia privada, todavia este é um posicionamento considerado por muitos como problemático em situações de conflitos. Ele traz a tona, a desigualdade social como conceito, e impõem que em situações de conflitos entre partes desiguais materialmente, seja dado apoio a parte menos favorecida ignorando que muitas vezes essa não seja a questão central do problema.

Ainda sobre Sarmento, um outro fator que se faz presente em sua opinião é a questão fática que envolve as partes, onde a proteção da autonomia privada em face de uma possível restrição a um direito fundamental, iria variar de acordo com o tão quanto essencial é aquele bem.

¹⁴¹ LIMA, George Marmelstein. **Existe um direito fundamental de dispor sobre o próprio corpo?**. Direitos Fundamentais, nov. 2008. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2008/11/03/existe-um-direito-fundamental-de-dispor-sobre-o-proprio-corpo/>>. Acesso em 15 ago. 2016.

¹⁴² BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 set. 2016. Art 13. “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.

¹⁴³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 303.

Quando direitos fundamentais se apresentem em conflito com bens e direitos também constitucionalmente protegidos, importante que seja feita uma ponderação e, na prática, seja obtida uma concordância entre todos, para que, assim, se consiga uma consagração das normas dos direitos fundamentais que alia, na existência dos mesmos, duas palavras: restrição e consagração¹⁴⁴.

Se adentrarmos no âmbito da gestação de substituição, pois é real a preocupação relativa à instrumentalização do corpo, a possibilidade de sua alienação é coerente com os usos e costumes de disposição e comercialização do corpo vigentes, ou se visa, antes, à proteção de uma sensibilidade moral reticente perante a maternidade de substituição.

Segundo Steinmetz, para o caso ser solucionado, aplicação do chamado princípio da proporcionalidade seria o mais adequado. Necessário, diante disso, que a restrição contratual ao direito fundamental fosse examinada se seria, a *adequada*, necessária e proporcional em sentido estrito, pois não sendo visualizada essa proporcionalidade, ideal seria a produção de alguns critérios com função de orientar o orientador do direito¹⁴⁵.

Como justificar que o Estado proíba (e, em alguns casos, criminalize) que uma mulher disponha financeiramente do seu corpo (do seu útero) para a gestação de filho que não é seu e permita, por outro lado, a doação de material genético ou a celebração de contratos no âmbito da pornografia, ou que não proíba, nem criminalize a prostituição?

A inércia do direito e do poder legislativo brasileiro a respeito do tema reflete uma insegurança jurídica, principalmente acerca dos possíveis conflitos relacionados à filiação que podem surgir quando tratamos de disposição de direitos fundamentais e mantém no limbo os direitos da personalidade dos envolvidos, especialmente do infante oriundo destes projetos parentais, como também da gestante e do casal idealizador.

O ato de gerar uma criança, em hipótese alguma, pode ser considerado contra o núcleo de dignidade do direito de disposição do próprio corpo, pois se está

¹⁴⁴ LOPES, Lorena Duarte Santos. **Colisão de direitos fundamentais**: visão do Supremo Tribunal Federal. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242>. Acesso em: 16 set. 2016.

¹⁴⁵ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: malheiros, 2004. p. 216-225.

diante de um ato capaz de gerar a vida de um novo ser humano, igualmente dotado de dignidade, como qualquer outra pessoa.

Neste sentido, Arleta Acosta Cindy disciplina que a maternidade substitutiva é uma prática fundada na livre decisão de adultos, que exercem seus direitos e prerrogativas, liberdade e autonomia, sem prejudicar a si ou prejudicar terceiros:

Todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de la misma: el niño que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido si la práctica no se hubiera realizado y encuentra una familia que lo recibe con mucho amor y que lo deseó profundamente; los padres *logran acceder a la paternidad y tienen la posibilidad de dar amor y brindarle todos los cuidados necesarios a su hijo y por último la mujer portadora puede satisfacer sus deseos de ayudar a otras personas y obtener un beneficio, en general económico a cambio de esa ayuda* 18¹⁴⁶.

O ato de gerar uma criança por outrem, jamais poderá ser visto como um ato atentatório ao princípio da dignidade humana ou contra o núcleo de dignidade do direito de disposição do próprio corpo, pois se está diante de pessoas maiores, capazes, que manifestam sua vontade em praticar um ato capaz de gerar a vida de um novo ser humano, igualmente dotado de dignidade como qualquer outra pessoa. Na lição de Norberto Bobbio¹⁴⁷, a dignidade é característica inerente ao homem, que a norma não concede, mas apenas reconhece.

¹⁴⁶ CINDY, Arleta Acosta. Maternidad Subrogada. **Revista Ciências Biomédicas**. v. 2, p. 91-97, 2011, p. 94. Disponível em: <<http://www.revistacienciasbiomedicas.com/index.php/revciencbiomed/article/view/65/60>>. Acesso 15 set. 2016. Tradução livre: “Todos os participantes e pessoas envolvidas tendem a beneficiar-se dele: a criança nascida desse acordo não tivesse nascido, se a prática não tem sido feito para encontrar uma família que recebe amor conmucho e desejou-lhe profundamente; os pais podem acessar parentalidade e ter a possibilidade de dar amor e fornecer todos os cuidados necessários para o seu filho e, finalmente, o suporte fêmea pode satisfazer seu desejo de ajudar os outros e fazer um lucro em troca econômico geral que ayuda 18”.

¹⁴⁷ BOBBIO, Roberto *apud* LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 17-19. Roberto Bobbio afirma: “A palavra dignidade tem sua origem etimológica no termo latino *dignitas*, que significa ‘respeitabilidade’, ‘prestígio’, ‘consideração’, ‘estima’, ‘nobreza’, ‘excelência’, enfim, indica ‘qualidade daquilo que é digno e merece respeito ou reverência’[...]. Importante observar que ao lado desse substantivo abstrato-DIGNIDADE- que expressa, pois, uma qualidade ou atributo de um determinado sujeito, deve-se considerar, também o termo DIGNIFICAÇÃO- derivado do verbo dignificar, ou seja, tornar digno- que expressa um processo de busca ou de aprimoramento da dignidade desse mesmo sujeito. Esse processo de dignificação terá, necessariamente, como pressuposto as concepções do sujeito acerca do que considera como uma ‘vida digna’, conceito que, nas sociedades democráticas e pluralistas contemporâneas, com sua multiplicidade de valores culturais, de visões religiosas de mundo e de posicionamentos morais não se apresentará certamente de maneira unívoca”.

4 A BARRIGA SOLIDÁRIA: COMO VEM SENDO VISTO ESTE INSTITUTO PELOS TRIBUNAIS ESTADUAIS BRASILEIROS

Embora não seja absoluto, mas pelo princípio da legalidade, apenas o Poder Legislativo, pode criar comandos inovadores na ordem jurídica do país. Nesses termos, ao contrário do que muitos querem fazer acreditar, não existe no ordenamento jurídico brasileiro uma única Lei que proíba a gestação conhecida por “barriga solidária” “gestação solidária”. O que existe é vedação expressa pela própria Constituição Federal, conforme já citado no presente trabalho, à comercialização de órgãos e tecidos humanos, de modo que o óvulo da mulher não pode ser objeto de avença, o que faz com que a barriga de aluguel apenas seja possível por meio de inseminação artificial gratuita.

Na pesquisa jurisprudencial feita no presente trabalho, a coleta de dados em Tribunais de Justiça do Brasil foi escolhida com base em duas razões: a competência da Justiça local em analisar questões relacionadas ao direito de família (e não da Justiça Federal) e, também, o fato de se constituírem em instância definitiva para resolver questões que envolvem matéria fática (ou seja, assuntos não críveis ao Superior Tribunal de Justiça, em âmbito recursal), o que tornou mais viável a pesquisa.

O estudo foi realizado por meio do site de pesquisa jurisprudencial, na sessão jurisprudência, com ênfase nos 27 Tribunais de Justiça Estaduais deste país, tendo sido utilizadas as expressões, “barriga de aluguel”, “barriga solidária”, “inseminação artificial e barriga de aluguel” e “maternidade de substituição”. Observou-se uma escassez de resultados, diante de 5853 resultados para a expressão “maternidade de substituição”, 4 resultados para a expressão “inseminação artificial barriga de aluguel”, 376 resultados para a expressão “barriga solidária” e, por fim, 279 resultados para a expressão “barriga de aluguel”, e destes apenas 01 caso relevante a nossa pesquisa, levando em consideração que os demais resultados apresentavam a expressão ou mesmo a palavra objeto da busca jurisprudencial, mas não possuem qualquer ligação com o objeto do presente trabalho¹⁴⁸.

¹⁴⁸ JUSBRASIL. **Jurisprudência**. 2016. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/?ref=navbar>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

Quadro 2. Representação da pesquisa realizada utilizando expressões nos sites dos Tribunais de Justiça Estaduais.

EXPRESSÕES UTILIZADAS	TOTAL DE RESULTADOS	CASOS RELEVANTES
MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO	5853	0
INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL BARRIGA DE ALUGUEL	4	0
BARRIGA SOLIDÁRIA	376	1
BARRIGA DE ALUGUEL	279	0

Fonte: JUSBRASIL¹⁴⁹.

Quadro 3. Recorte feito para análise do único acórdão pertinente ao estudo da presente dissertação

<p>TJ-BA - AGR: 00057605620168050000 50000, Relator: Maria da Graça Osório Pimentel Leal, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 17/08/2016)</p>	<p>Expressão utilizada: Barriga solidária</p>
---	--

Fonte: BRASIL¹⁵⁰.

Analisamos os trechos dos acórdãos encontrados, para chegarmos a análise final fizemos uma depuração de resultados, onde foi constatado, que para as expressões :maternidade de substituição e barriga de aluguel, tais termos sempre estavam ligados a inseminação de animais, o que seria irrelevante para nossa pesquisa, já o termo, barriga solidária, observamos, no acórdão em análise, que se ressaltou, no Agravo de Instrumento nº 00057605620168050000/ 50000, com pedido de efeito suspensivo ativo interposto contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 10ª Vara Cível da Comarca de Salvador, do pedido de antecipação temporária da gestante, barriga solidária e detentora do útero de substituição e dos fetos, como dependentes da Autora ocorreriam mediante a contraprestação devida para a mesma cobertura e abrangência existente para o plano de saúde do titular.

¹⁴⁹ JUSBRASIL. **Jurisprudência**. 2016. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/?ref=navbar>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

¹⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. AGR: 00057605620168050000 50000. Primeira Câmara Cível. Rel. Maria da Graça Osório Pimentel Leal. Publ. 17/08/2016. Disponível em: <<http://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/374927657/agravo-regimental-agr-57605620168050000-50000>>. Acesso em: 26 set. 2016.

Os ilustres desembargadores confirmaram a sentença e julgaram improvido o agravo interposto, sob o argumento de que a utilização de útero alheio como local para a gestação não incluiria a desnecessidade de uma contraprestação pela Agravante, ficando esta obrigada a pagar, além da mensalidade que paga pela sua cobertura e de seu marido, a da “mãe de aluguel”, uma vez que não há como o plano de saúde arcar com duas coberturas, ainda que de forma temporária, alegando como fundamento o “útero de aluguel”, pois estariam sendo descumpridas normas contratuais, o que ocasionaria um completo desequilíbrio econômico financeiro na relação entre as partes¹⁵¹.

No presente acórdão estudado, observou-se que há o reconhecimento da mãe que tomou o útero emprestado, como mãe com plenos direitos, pelo Tribunal, sendo a esta concedida, inclusive, direitos antes inerentes apenas às mães biológicas e adotivas, como é o caso da licença maternidade. Por outro lado, há o entendimento de que não se pode estender essa proteção ou direitos, para ferir princípios contratuais, por exemplo, mesmo que não haja previsão legal específica para o instituto, o que demonstra a existência de limites mesmo que subjetivos, ante a inexistência de legislação específica sobre o instituto da barriga solidária.

Em situação diferente, mas de grande importância ao presente trabalho com foco central na “barriga solidária” e seus efeitos jurídicos, peço licença ao leitor, para trazer o caso ocorrido na cidade do Recife e que teve repercussão na sociedade Recifense, quando o Juiz de Direito da 1ª. Vara de Famílias e Registro civil da comarca de Recife, em 28 de fevereiro de 2012, sentenciou uma “Ação de indicação de Paternidade” para um casal homo afetivo que utilizou de uma “barriga solidária” neste caso chamada de “útero solidário”, o conteúdo deste decisório, produz efeitos até os dias atuais”¹⁵².

Em sua sentença, o Douto Juiz Clícério Bezerra da Silva deixou evidente, já em 2012, que estávamos na era dos novos paradigmas, das dúvidas das antigas certezas e da necessidade de se reestruturar uma nova realidade social. Muitas vezes, o Estado busca plasmar caracteres sociais, a fim de intensificar sua própria

¹⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. AGR: 00057605620168050000 50000. Primeira Câmara Cível. Rel. Maria da Graça Osório Pimentel Leal. Publ. 17/08/2016. Disponível em: <<http://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/374927657/agravo-regimental-agr-57605620168050000-50000>>. Acesso em: 26 set. 2016.

¹⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Sentença dupla paternidade**. Fev. 2012. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/noticias_ascomSY/arquivos/2012_03_05_sentenca_dupla_paternidade.pdf>. Acesso em: 20 set. 2016.

força normativa e garantir a fruição de direitos aos seus cidadãos. Todavia, em algumas situações, ele esquece de regulamentar e quando regulamenta a tutela em situações como estas do caso ora discutido, haja vista que o direito de casais homoafetivos de se utilizarem da técnica da “barriga solidária” negligenciam na aplicação de alguns direitos, e essa falsa facilitação gera também uma “falsa segurança jurídica”, que, muitas vezes, necessita de intervenção.

Atualmente, o instituto da gestação solidária vem se difundindo no mundo inteiro e ajudando muitos casais inférteis e estéreis a alcançar o objetivo de construir uma família e se tornarem pais. No entanto, é importante salientar que uma decisão como esta envolve questões éticas, psicológicas e jurídicas, devendo sempre se estabelecer que normas que controlem as novas relações sociais oriundas do progresso tecnológico deverão estar fundamentadas na moral e no princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵³, pois se faz necessária uma interpretação sempre conjunta de princípios fundamentais e princípios bioéticos na solução de problemas oriundos deste progresso.

A Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, é a única norma deontológica sobre o tema, e, diante de tais casos utilizados como ponto de estudo e ora apresentados, mostra-se insuficiente diante de alguns problemas que ainda podem surgir quando do uso da “barriga solidária”, evidenciando-se, assim, uma deficiência da atual legislação brasileira na solução razoável de casos postos a sua apreciação, bem como abrandar consequências éticas e jurídicas advindas desta prática.

O estabelecimento de normas jurídicas e morais, disciplinadoras do comportamento de todos que compõem uma sociedade, é algo necessário, haja vista que o homem é indivíduo e ente social ao mesmo tempo e tanto as normas jurídicas como morais devem estabelecer normas de comportamento com a finalidade de garantir uma convivência social pacífica, pois se, por um lado, as normas jurídicas visam a garantir essa convivência pacífica por impor de forma coercitiva o cumprimento de determinada conduta, as normas morais são norteadas pela consciência individual de cada indivíduo¹⁵⁴.

¹⁵³ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Bioética e biodireito. *In*: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo. **Temas de bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 90-93.

¹⁵⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 72. “A moral é o mundo da conduta espontânea, do comportamento que encontra em si próprio a razão de existir”.

Analisando um caso ocorrido no Estado do Rio de Janeiro, que ganhou repercussão, e o Ministério Público resolveu interceder (vide nota de rodapé¹⁵⁵), a professora Heloísa Helena Barbosa, membro do IBDFAM, nos traz o seguinte questionamento: nem sempre a existência de normas regulamentadoras sobre o instituto da barriga solidária garante o cumprimento dos atos decorrentes do uso da técnica da barriga solidária, pois caso essas normas regulamentadoras não forem adequadas, poderão imprimir em um equívoco prejudicial a todos envolvido no caso¹⁵⁶.

Ainda de acordo com a citada jurista:

A Resolução 2121/2015, não trata nem deveria tratar, da emissão da Declaração de Nascido Vivo (DNV) ou mesmo de registro de nascimento, que são assuntos fora de sua competência e que mesmo existindo o provimento 52/2016, que trata de tais aspectos relacionados ao instituto da barriga solidária, a resistência à constituição de famílias homo afetiva e,

¹⁵⁵ “Ter um filho, criá-lo com muito amor, respeito e dignidade. E, claro, registrá-lo. Esse direito quase foi ameaçado e, por um tempo, a situação trouxe aborrecimentos para duas mães que moram no Rio de Janeiro. A clínica que o casal escolheu para ter o bebê inicialmente se recusou a registrar a criança. “Ficamos muito aborrecidas, primeiro por se tratar de uma maternidade particular gabaritada, segundo por sabermos que outros bebês, filhos de casais homoafetivos, já tinham nascido lá e terceiro pela justificativa ao não cumprimento de norma”, diz J.B, uma das mães da criança, referindo-se ao Provimento nº 52/2016 da Corregedoria Nacional de Justiça, que dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Ela é casada com J.C há cerca de dois anos, mas já estão juntas desde 2010. Sempre pensaram em ter filhos e em meados de 2014 foram a um especialista em reprodução assistida, para conversar sobre as possibilidades e os procedimentos necessários. “Após uma demorada escolha do doador anônimo, não só pelas características físicas, mas também pela ficha médica e psicológica, importamos o esperma dos Estados Unidos e neste ano resolvemos tentar pela primeira vez”, contam. O casal decidiu que, por ser mais velha, J.C seria a primeira a engravidar. Mas, caso optem por uma nova gestação, vão utilizar o material genético do mesmo doador, para que as crianças tenham vínculo biológico. As mães realizaram todos os procedimentos necessários e deram início ao acompanhamento médico. Elas definiram, com o auxílio da obstetra, duas opções de local para o nascimento do filho e procuraram informações sobre como deveriam proceder para registrar a criança. Na primeira clínica, bastava levar a certidão de casamento ou de união estável e a documentação relativa à reprodução assistida, para que o nome de J.B, mãe não biológica, pudesse ser incluído na Declaração de Nascido Vivo (DNV) e, em seguida, na certidão de nascimento. “Já os atendentes da segunda casa de saúde, após muita dificuldade em passar informações, me orientaram a procurar a ouvidoria por e-mail, o que foi feito. relatei todo o caso e os alertei sobre o Provimento 52/2016)”, afirma J.B. Ainda conforme o casal, à espera do primeiro filho, a resposta da clínica – pela qual tinha preferência – o veio em formato de ofício numerado, esclarecendo que a mesma somente atuaria de acordo com o pedido por decisão judicial, considerando que não tinham condições de análise da documentação prevista no Provimento 52/2016. De acordo com a vice-presidente da Comissão de Mediação do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Ana Gerbase, este tipo de posicionamento é extremamente retrógrado e deve ser evitado. “Dentro do conceito da família plural, não cabem mais atitudes baseadas no preconceito e na discriminação. Na medida em que o Direito reconhece a união homoafetiva como entidade familiar, deve também oferecer suporte a seus desdobramentos, dentre eles, a proteção aos filhos”.

¹⁵⁶ IBDFAM. **Falta de regulamentação adequada dificulta que casais homoafetivos registrem filhos, afirma especialista em biodireito**. Out. 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6128/Falta+de+regulamenta%C3%A7%C3%A3o+adequada+dificulta+que+casais+homoafetivos+registrem+filhos%2C+afirma+especialista+em+biodireito>>. Acesso em: 15 out. 2016.

principalmente, a que esses casais tenham filhos ainda está presente, por razões socioculturais. Cabe lembrar que o direito ao planejamento familiar é assegurado constitucionalmente ao casal, ao homem e à mulher, independentemente de sua orientação sexual¹⁵⁷.

A nova figura jurídica, da filiação socioafetiva pela nova sociedade que vem sendo construída dentro de um novo contexto de família, não mais considerando a opção sexual dos envolvidos, traz à tona algo que se sobrepõe ao fator biológico, que é o afeto entre pais e filhos¹⁵⁸.

De acordo com Paulo Lôbo:

A verdade biológica nem sempre é a verdade real da filiação. O direito deu um salto à frente do dado da natureza, construindo a filiação jurídica com outros elementos. A verdade real da filiação surge na dimensão cultural, social e afetiva, donde emerge o estado de filiação efetivamente constituído. [...] tanto o estado de filiação *ope legis* quanto a posse de estado de filiação podem ter origem biológica ou não¹⁵⁹.

Considerando que, nos casos de gestação solidária, podemos ter muitas vezes até 3 casais envolvidos (o que deseja a criança, o que fornece o material genético e o que aceita ser a barriga solidária) e que, dentro desse contexto, ainda temos a opção sexual, é premente que a pouca legislação sobre o caso seja cumprida, sempre buscando promover o princípio do melhor interesse da criança, haja vista que desconsiderar todo um planejamento por desconhecimento, ou mesmo preconceito na aplicação de uma solução ao caso posto a apreciação, não é mais aceitável dentro da sociedade em que vivemos, onde as mudanças estão cada vez mais constantes.

Antes, a ideia que prevalecia era a de que mãe era aquela que gerava, e os tribunais se deparavam com questões de difícil solução, como era o caso da barriga solidária em que um dos parceiros ou ambos não forneciam seu material genético, casos mais visualizados em casais homoafetivos, sendo o fator biológico considerado elemento preponderante na atribuição da maternidade e da paternidade e dos direitos que desta decorriam, desconsiderando a necessidade de existência de

¹⁵⁷ IBDFAM. **Falta de regulamentação adequada dificulta que casais homoafetivos registrem filhos, afirma especialista em biodireito**. Out. 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6128/Falta+de+regulamenta%C3%A7%C3%A3o+adequada+dificulta+que+casais+homoafetivos+registrem+filhos%2C+afirma+especialista+em+biodireito>>. Acesso em: 15 out. 2016.

¹⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. Filiação Homo afetiva. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 394.

¹⁵⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Temas atuais de direito e processo de família**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004. p. 338.

um ponto de equilíbrio entre as novas situações postas à apreciação do judiciário. Mas esta solução veio em forma do Provimento nº 52/2016 do CNJ.

Hoje, a vontade de ter o filho prevalece sobre o fator biológico. Nestes casos, em que não há material genético de todos os envolvidos, o planejamento e a vontade serão pontos cruciais na solução das situações que possam vir a ocorrer, passando agora a ser considerada independentemente de processo de adoção ou investigação de paternidade, como ocorria anteriormente, preservando, assim, o princípio do melhor interesse da criança protegido pela constituição federal em seu artigo 227¹⁶⁰, regulamentado pelo ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90. Dessa forma, atitudes discriminatórias como a apresentada nos casos em estudo são reprováveis. Atualmente, a alegação de que a regularização da maternidade ou paternidade, em casos de barriga de aluguel, deve ser feita por meio judicial é algo já ultrapassado.

O princípio do não retrocesso deve ser eminente como bem impõe a doutora Ana Gerbase:

O ativismo social é a saída pois estamos percebendo que o judiciário vem dando respostas baseadas no entendimento doutrinário de construção de uma nova consciência social, de tolerância e igualdade, cabe ao judiciário preencher as lacunas trazendo garantias para que casos como o do casal em estudo não voltem a ocorrer¹⁶¹.

O direito ao planejamento familiar, como já divagado no presente trabalho, é assegurado constitucionalmente aos casais heterossexuais ou homossexuais e, em especial, aos casais que buscam a utilização de técnicas reprodutivas quando não podem mais satisfazer esse direito pelas vias normais.

¹⁶⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2016. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

¹⁶¹ IBDFAM. **Falta de regulamentação adequada dificulta que casais homoafetivos registrem filhos, afirma especialista em biodireito**. Out. 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6128/Falta+de+regulamenta%C3%A7%C3%A3o+adequada+dificulta+que+casais+homoafetivos+registrem+filhos%2C+afirma+especialista+em+biodireito>>. Acesso em: 15 out. 2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tomando por base a barriga solidária ou gestação solidária, um meio solidário, que se propõe a ceder a mulheres impossibilitadas de procriarem da forma natural, a possibilidade de desfrutar da maternidade, foi possível verificar que esta é uma realidade, mas que, no Brasil, ainda apresenta algumas limitações, pois o direito fundamental de disposição do próprio corpo, mesmo se aproximando mais de uma liberdade que de um direito, sofre ainda as limitações de índole cultural.

A cessão do próprio corpo para fins de gestação solidária é, ao que parece, um direito atrelado à mais profunda conexão com a liberdade de expressão garantida a um ser humano, no sentido de que, dentro de nossa pouca legislação sobre o tema estudado, posso ceder meu corpo para servir de local de gestação, desde que sejam respeitados limites, dentre eles, o da não comercialização, ou seja, há uma permissividade dentro de uma certa tolerância, o que mostra que o homem não é tão seu próprio dono, quando tratamos da barriga solidária.

Este trabalho também verificou se a barriga solidária, como forma de possibilidade de disposição do próprio corpo, é merecedora de uma legislação específica em nosso país e que, de forma eficaz, acompanhe de forma atualizada as modificações no campo do biodireito, auxiliando os operadores do direito e partes, tendo em vista, a posição de vulnerabilidade de alguns casais, frente à conjuntura social, econômica e psicológica dos envolvidos, dentro do contexto de uma sociedade contemporânea.

Dessa forma, foram estudados desde aspectos sociais, biológicos, legais e aspectos legislativos, que, por vezes, quando inexistentes, prejudicam aqueles que precisam de uma solução atualizada e humana quando têm violados direitos ou esquecem a importância deles. Estas intercorrências, muitas vezes, se dão por não existir ainda um certo conhecimento do assunto e uma grande lacuna no nosso ordenamento jurídico, pois ainda não há uma legislação específica sobre o assunto em nosso país.

Observou-se que a evolução no campo da biotecnologia, sobretudo no campo da reprodução humana assistida, veio para trazer a necessidade de um processo de reestruturação do nosso ordenamento jurídico, que, de forma gradativa, deve acompanhar os progressos da ciência, para que não haja um abalo em conceitos já assentados, mas sim a construção de um novo olhar para uma

sociedade que está começando a ser preparada para as profundas transformações que ainda estão por vir.

Casais que antes buscavam, fora do país, o direito de ter um filho estão hoje resguardados pela pouca legislação existente, que, mesmo não sendo uma lei de cunho federal, dá suporte para que os mesmos, utilizando-se de métodos de inseminação artificial, busquem ser apoiadas e vistas com outros olhos diante da sociedade, e que ainda diante da pouca proteção legal existente, não entende que alguns conceitos estão evoluindo.

É a barriga solidária uma questão de enorme complexidade dentre os processos de reprodução assistida, e, na pouca legislação existente, encontramos alguns critérios que deverão ser levados em conta quando do estudo de seus efeitos jurídicos e da utilização da técnica de fertilização, legislação ainda insuficiente, pois a única existente, Resolução nº 2.121/2015, por tratar-se de uma norma deontológica, muitas vezes, é compreendida apenas pela classe médica, sendo desconhecida da sociedade em geral, o que, se constatou, por muitas vezes, no presente trabalho que pode gerar confusão na sua aplicabilidade e direitos dela decorrentes .

Da mesma maneira, restou corroborada a forte influência dos direitos fundamentais na solução de casos desta natureza. O judiciário, na ânsia de solucionar casos de barriga solidária, e diante da pouca legislação, reduz a segurança do procedimento, sem medir algumas consequências que podem causar desde problemas psicológicos para os envolvidos a proibições e imposições colocadas por entes particularizados no processo de concretização da barriga solidária. Neste último caso, muitas vezes, sem qualquer fundamento ou respaldo legal, impedindo que a garantia ao planejamento familiar se concretize.

O planejamento familiar, como livre decisão do casal, é algo que não está inserido dentro de um conceito absoluto. Diante da divergência aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, abre-se permissão ao pronunciamento e à possível manifestação estatal no caso concreto, o que amplia seu papel de não apenas propiciar meios educacionais e científicos para o exercício dos direitos inerentes a construção da família, mas também de servir de parâmetro para uma decisão justa.

Relativamente às razões que justificam a necessidade de um maior controle quanto aos efeitos jurídicos gerados pelo instituto da barriga solidária e até mesmo

a necessidade ou não de uma legislação específica, para coibir as eventuais abusividades, esbarramos na impossibilidade de alienação do corpo a ser cedido, considerando a impossibilidade de pagamento pela cessão, que, como direito fundamental, encontra-se ameaçado, pois ainda não está devidamente legitimado e protegido na pouca legislação sobre o tema.

Outras razões se destacam, ao longo do trabalho, e têm grande importância por isso, como a pouca proteção do corpo, que talvez a principal, que permite colocar em estudo essa prática da barriga solidária, quando feita sob o cunho comercial. Por ser proibida a comercialização, este é o cerne que se apresenta nos casos que não envolvem doador da família. Hoje podemos constatar que não se admite mais a existência de norma de caráter meramente deontológico. Temos que atentar para o fato de que elas não surtem efeito, senão na seara moral, pois casos como o do casal homoafetivo apresentado no trabalho são uma realidade.

Assim, desnudada de efeitos cogentes, as normas dos Conselhos de Medicina, hoje na sociedade contemporânea e no tema ora em estudo, pouco influenciam, o que restou comprovado diante da pesquisa realizada e da existência ainda no nosso meio societário, de práticas discriminatórias inaceitáveis, em afronto a princípios éticos e morais, diante de uma sociedade que ainda se mostra em evolução, bem como, a inexistência de limites, a serem respeitados, em situações conflituosas que envolvam a barriga solidária/gestação de substituição, ainda sem previsão legal no nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais**: introdução geral. 2. ed. Lisboa: Principia, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. 4. tir. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANVISA. **Resolução - RDC nº 23, de 27 de maio de 2011**. Disponível em: <<http://www.vigilanciasanitaria.sc.gov.br/index.php/download/category/122-arquitura-de-projetos-de-saude?download=1072:resolucao-rdc-n-23-2011-banco-de-celulas-e-tecidos-germinativos-bctg-republicada>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. **O mercado humano**: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo. Brasília: UnB, 1996.

BITAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. 2. reimp. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo código civil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 52, de 14 de março de 2016**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2016.

_____. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 set. 2016.

_____. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm>. Acesso em: 29 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça da Bahia. AGR: 00057605620168050000 50000. Primeira Câmara Cível. Rel. Maria da Graça Osório Pimentel Leal. Publ. 17/08/2016. Disponível em: <<http://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/374927657/agravo-regimental-agr-57605620168050000-50000>>. Acesso em: 26 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Sentença dupla paternidade**. Fev. 2012. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/noticias_ascomSY/arquivos/2012_03_05_sentenca_dupla_paternidade.pdf>. Acesso em: 20 set. 2016.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana**: conquistas médicas e debates bioéticos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 51-52.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 1.184/2003**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

_____. **Projeto de Lei nº 90/1990**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15032>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

CAMPOS, Wania Andréa. **O direito à busca da origem genética na relação familiar socioafetiva**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2011.

CARELLI, Gabriela. **Tudo por um filho**. Revista Veja Nacional, 2009. Disponível em: <<http://dgi.unifesp.br/sites/comunicacao/index.php?c=Noticia&m=ler&cod=4695e004>>. Acesso em: 24 jul. 2016.

CINDY, Arteta Acosta. Maternidad Subrogada. **Revista Ciências Biomédicas**. v. 2, p. 91-97, 2011. Disponível em: <<http://www.revistacienciasbiomedicas.com/index.php/revcienciomed/article/view/65/60>>. Acesso 15 set. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.121, de 24 de setembro de 2015**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 16 set. 2016.

CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de direito civil português: parte geral**. Tomo III (As Pessoas). Coimbra: Almedina, 2004.

COSTA, Marta; LIMA, Catarina Saraiva. Maternidade de substituição a luz dos direitos fundamentais de personalidade. **Lusíada Direito**. Lisboa, n. 10, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/979/1/LD_n10_6.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2016.

DIAS, Maria Berenice. Filiação Homo afetiva. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DICIONÁRIO LINGUEE. **Mãe postíça**. 2016. Disponível em: <<http://www.linguee.com.br/ingles-portugues/traducao/surrogate+mother.html>>. Acesso em 20 ago. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

DONADIO, Nilka Fernandes; DONADIO, Nilson; CAVAGNA, Mário. Ovo doação. In: DIZIK, Artur *et al* (Org.). **Tratado de reprodução assistida**. São Paulo: Segmento Farma, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Trad. Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESPAÑA. **Ley núm. 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida**. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/21.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016.

FALCÃO, Marta Falcão. Maternidade de substituição na Espanha. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4581, 16 jan. 2016. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/45602/maternidade-de-substituicao/3>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito de família**. 6. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2014.

FELIX, Valter Nilton. **Gravidez de substituição**: aspectos técnicos, éticos e jurídicos da reprodução humana assistida. São Paulo: Fiúza, 2009.

FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética do biodireito**: aspectos do Direito de Família e do Direito das Sucessões. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FERREIRA, Joaquim. **Barrigas de aluguer na Europa**: onde são legais e quem as proíbe. Abr. 2016. Disponível em: <<http://www.tsf.pt/sociedade/interior/barrigas-de-aluguer-na-europa-onde-sao-legais-e-quem-as-proibe-5126257.html>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

FIELD, Martha A. **Surrogate Motherhood**. London: Universidade de Cambridge, Massachusetts, 1990.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Juiz precisa “adaptar” lei por direito de gays, diz advogada**. Mar. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2003201110.htm>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. Curitiba, Juruá, 2003.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **EUA mantém tabus sobre homossexualismo e aborto**. Consultor Jurídico, maio 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-16/direito-familia-eua-guarda-tabus-homossexualismo-aborto>>. Acesso em: 16 out. 2016.

GROENINGA, Giselle Câmara. A função do afeto nos “contratos” familiares. *In*: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GRUPO GERA. **Barriga de aluguel ou barriga solidária?** [s.d]. Disponível em: <<http://www.medicinareprodutiva.org/barriga-de-aluguel-ou-barriga-solidaria/>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, reimpressão 2002.

IBDFAM. **Falta de regulamentação adequada dificulta que casais homoafetivos registrem filhos, afirma especialista em biodireito**. Out. 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6128/Falta+de+regulamenta%C3%A7%C3%A3o+adequada+dificulta+que+casais+homoafetivos+registrem+filhos%2C+afirma+especialista+em+biodireito>>. Acesso em: 15 out. 2016.

JUSBRASIL. **Jurisprudência**. 2016. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/?ref=navbar>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

LIMA, George Marmelstein. **Existe um direito fundamental de dispor sobre o próprio corpo?**. Direitos Fundamentais, nov. 2008. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2008/11/03/existe-um-direito-fundamental-de-dispor-sobre-o-proprio-corpo/>>. Acesso em 15 ago. 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *In*: FARIAS, Cristiano Chaves de. **Temas atuais de direito e processo de família**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004. p. 338.

LOPES, Adriana Dias. Gravidez a soldo. **Revista Veja**. Rio de Janeiro, ano 41, n. 18, p. 140-143, maio 2008.

LOPES, Lorena Duarte Santos. **Colisão de direitos fundamentais**: visão do Supremo Tribunal Federal. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242>. Acesso em: 16 set. 2016.

LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUZ, Valdemar Pereira da. **Manual de direito de família**. Barueri: Manole, 2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias**: amor e bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis**: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Mar. 2010. Disponível em: <<http://www.grupoddp.com.br/resources/Direitos%20Fundamentais%20Indispon%C3%ADveis%20-%20Let%C3%ADcia%20Martel.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2016.

MARTINS, Flavio Alves *et al.* **Maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado**. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6607>. Acesso em: 14 ago. 2016.

MATHIS, Armis. **A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. [s.d]. Disponível em: <http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf>. Acesso em: 20 set. 2016.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Bioética e biodireito. *In*: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo. **Temas de bioética e biodireito**: Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELLO, Luiz. **Novas famílias**: conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7. ed. rev. ampl. e atual. com a EC n. 24/99. São Paulo: Atlas, 2000.

NEUMER, Jörg. Los derechos humanos sociales. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid, n. 9, p. 239-265, 2005.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

_____. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

O ESTADO DE SÃO PAULO. **Secretaria de saúde faz contratação de emergência**. Ago. 1993, p. 13. Disponível em: <<http://acervo.estadao.com.br/pagina#!/19930803-36448-nac-0013-999-10-not>>. Acesso em: 21 jul. 2016.

OLIVEIRA, Cecilia Barroso de e MARQUES, Herika Janayna Bezerra de Menezes Macambira. Aspectos jurídicos da maternidade de sub-rogação. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. São Paulo, nov. 2009.

OLIVEIRA, Guilherme. **Mãe há só uma**: o contrato de gestação. Coimbra: Coimbra, 1992.

PARSEVAL, Geneviève Delaisi de; COLLARD, Chantal. **La gestation pour autrui**: um bricolage des représentations de la paternité et de la maternité euro-américaines. *L'Homme*, n. 28, jul.-set., 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____. **Barriga de aluguel**: o corpo como capital. IBDFAM, out. 2012. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/858>>. Acesso em: 27 set. 2016.

PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.

PORTUGAL. **Lei nº 32/2006**. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tpb_MA_4022.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2016.

RAPOSO, Vera Lúcia. **De mãe para mãe**: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Coimbra: Coimbra, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1998.

RODRIGUES, Fábio Eugênio. **A transferência embrionária na fertilização in vitro (FIV)**: como selecionar o embrião. Out. 2012. Disponível em <<http://www.medicinareprodutiva.com.br/2012/10/a-transferencia-embrionaria-na-fertilizacao-in-vitro-fiv-como-selecionar-o-embriao>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

RODRIGUES, Denise Dayane Mathias. **Maternidade de substituição**: aspectos éticos e jurídicos, [s.d]. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/ma-naus/arquivos/anais/salvador/de_nise_dayane_mathias_rodrigues.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016.

SÁ, Paula. **Presidente da república veta lei das barrigas de aluguer**. DN Portugal, jun. 2016. Disponível em: <<http://www.dn.pt/portugal/interior/marcelo-rebelo-de-sousa-veta-lei-e-devolve-barrigas-de-aluguer-ao-parlamento-5216675.html>>. Acesso em: 08 jul. 2016.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. **O equilíbrio do pêndulo, a bioética e a lei: implicações médico-legais**. São Paulo: Ícone, 1998.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização assistida: questão aberta, aspectos científicos e legais**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SCHAEFER, Louisa. **Parlamento alemão debate lei que regulamenta pesquisa com células-tronco**. DW, fev. 2008. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt-br/parlamento-alem%C3%A3o-debate-lei-que-regulamenta-pesquisa-com-c%C3%A9lulas-tronco/a-3125610>>. Acesso em: 21 set. 2016.

SILVA, Flávia Alessandra Naves. **Gestação de Substituição o direito a ter um filho**. *Revista de ciências jurídicas e sociais*. v. 1, n. 1, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **Acórdão nº 101/2009**. Diário da República, 2.ª Serie, n. 64, abr. 2009. Disponível em: <http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao_AcordaoTC_101_2009.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. (Questões fundamentais. A doutrina geral do crime). 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. t. 1.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 6.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 21, maio 1979.

WENTZEL, Marina. **Polícia liberta mulheres grávidas de “fazenda de bebês” na Tailândia**. BBC Brasil. fev. 2011. Disponível em <[HTTP://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/02/110225_tailandia_gang_barrigas_mw.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/02/110225_tailandia_gang_barrigas_mw.shtml)>. Acesso em: 15 ago. 2016.

WIKIPEDIA. **Mater semper certa est**. Ago. 2016. Disponível em: <https://es.wikipedia.org/wiki/Mater_semper_certa_est>. Acesso em: 20 mar. 2016.

_____. **Partus sequitur ventrem**. Set. 2016. <https://en.wikipedia.org/wiki/Partus_sequitur_ventrem>. Acesso em: 20 ago. 2016.

ZANINNI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**: aspectos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2011.

ANEXOS



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

RESOLUÇÃO CFM nº 2.121/2015

(Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117)

Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – 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 – 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.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e pelo Decreto nº 6.821, de 14 de abril de 2009, e

CONSIDERANDO a infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários casos de problemas de reprodução humana;

CONSIDERANDO que o pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 5 de maio de 2011, reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132);

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso dessas técnicas com os princípios da ética médica;

SGAS 915 Lote 72 | CEP: 70390-150 | Brasília-DF | FONE: (61) 3445 5900 | FAX: (61) 3346 0231 | <http://www.portalmedico.org.br>

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em de 16 de julho de 2015, RESOLVE:

Art. 1º Adotar as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2º Revogar a Resolução CFM nº 2.013/2013, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119 e demais disposições em contrário.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 16 de julho de 2015.

CARLOS VITAL TAVARES CORRÊA LIMA HENRIQUE BATISTA E SILVA

Presidente Secretário-geral

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o(a) paciente ou o possível descendente, sendo a idade máxima das candidatas à gestação de RA de 50 anos.

3 - As exceções ao limite de 50 anos para participação do procedimento serão determinadas, com fundamentos técnicos e científicos, pelo médico responsável e após esclarecimento quanto aos riscos envolvidos.

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

5 - As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças do filho que venha a nascer.

6 - É proibida a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

7 - O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem transferidos, fazem-se as seguintes determinações de acordo com a idade: a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de

doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos.

8 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos, conforme legislação vigente.

2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico.

3 - É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade.

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, pela coleta, pelo manuseio, pela conservação, pela distribuição, pela transferência e pelo descarte de material biológico humano para o(a) paciente de técnicas de RA. Devem apresentar como requisitos mínimos:

1- Um diretor técnico – obrigatoriamente, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição – com registro de especialista em áreas de interface com a RA, que será responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados;

2- Um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, dos nascimentos e das malformações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões;

3- Um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o(a) paciente, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças;

4- Os registros deverão estar disponíveis para fiscalização dos Conselhos Regionais de Medicina.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1- A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

- 2- Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
- 3- A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e de 50 anos para o homem.
- 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).
- 5- As clínicas, centros ou serviços onde é feita a doação devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de carácter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com legislação vigente.
- 6- Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes.
- 7- A escolha dos doadores é de responsabilidade do médico assistente. Dentro do possível, deverá garantir que o(a) doador(a) tenha a maior semelhança fenotípica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.
- 8- Não será permitido aos médicos, funcionários e demais integrantes da equipe multidisciplinar das clínicas, unidades ou serviços, participarem como doadores nos programas de RA.
- 9- É permitida a doação voluntária de gametas masculinos, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, em que doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

- 1- As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos, embriões e tecidos gonádicos.
- 2- O número total de embriões gerados em laboratório será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco. Os excedentes, viáveis, devem ser criopreservados.
- 3- No momento da criopreservação, os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento, de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

4- Os embriões criopreservados com mais de cinco anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes. A utilização dos embriões em pesquisas de células-tronco não é obrigatória, conforme previsto na Lei de Biossegurança.

VI - DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÕES

1- As técnicas de RA podem ser utilizadas aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças – podendo nesses casos serem doados para pesquisa ou descartados.

2- As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA-compatíveis com algum(a) filho(a) do casal já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente.

3- O tempo máximo de desenvolvimento de embriões in vitro será de 14 dias.

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

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.

1- As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2- A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

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

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

3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;

3.3. Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

3.4. Garantia, por parte dos pacientes contratantes de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;

3.5. Garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;

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

VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST-MORTEM

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

IX - DISPOSIÇÃO FINAL

Casos de exceção, não previstos nesta resolução, dependerão da autorização do Conselho Federal de Medicina.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA RESOLUÇÃO CFM Nº 2.121/2015

No Brasil, até a presente data, não há legislação específica a respeito da reprodução assistida (RA). Tramitam no Congresso Nacional, há anos, diversos projetos a respeito do assunto, mas nenhum deles chegou a termo.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) age sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da obediência aos princípios éticos e bioéticos, que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos.

Manter a limitação da idade das candidatas à gestação de RA até 50 anos foi primordial, com o objetivo de preservar a saúde da mulher, que poderá ter uma série de complicações no período gravídico, de acordo com a medicina baseada em evidências.

Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação da reprodução assistida foram detalhadamente expostos nesta revisão realizada pela Comissão de Revisão da Resolução CFM nº 2.013/13, em conjunto com representantes da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, da Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia e da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana e Sociedade Brasileira de Genética Médica, sob a coordenação do conselheiro federal José Hiran da Silva Gallo.

Esta é a visão da comissão formada que trazemos à consideração do plenário do Conselho Federal de Medicina.

Brasília-DF, 16 de julho de 2015.

JOSÉ HIRAN DA SILVA GALLO

Coordenador da Comissão de Revisão da Resolução CFM nº 2.013/13 –
Reprodução Assistida



Conselho Nacional de Justiça
Corregedoria Nacional de Justiça

observada a legislação em vigor, no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, seja o casal heteroafetivo ou homoafetivo, munidos da documentação exigida por este provimento.

§ 1º. Se os pais forem casados ou conviverem em união estável, poderá somente um deles comparecer no ato de registro, desde que apresentado o termo referido no art. 2º, § 1º, inciso III deste Provimento.

§ 2º. Nas hipóteses de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem haver qualquer distinção quanto à ascendência paterna ou materna.

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



Conselho Nacional de Justiça
Corregedoria Nacional de Justiça

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.

Art. 3º. É vedada aos Oficiais Registradores a recusa ao registro de nascimento e emissão da respectiva certidão para os filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, nos termos deste Provimento.

§ 1º. A recusa prevista no *caput* deverá ser comunicada ao respectivo juiz corregedor para as providências disciplinares cabíveis.

§ 2º. Todos os documentos referidos no art. 2º deste Provimento deverão permanecer arquivados em livro próprio do Cartório de Registro Civil.

Art. 4º. Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 14 de março de 2016.


Ministra NANCY ANDRIGHI
Corregedora Nacional de Justiça

ACORDÃO UTILIZADO NA PESQUISA
PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Primeira Câmara Cível

5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -Salvador/BA

Classe : Agravo Regimental nº 0005760-56.2016.8.05.0000/50000

Foro de Origem : Salvador

Órgão : Primeira Câmara Cível

Relator :Des. Desª. Maria da Graça Osório Pimentel Leal

Agravante : Luciana Guedes Vasconcelos Dias

Advogado : Renato Marcio Araújo Passos Duarte (OAB: 13943/BA)

Advogado : Lênina Bárbara Galeão Batista Neves (OAB: 48037/BA)

Advogado : Claudia Bezerra Batista Neves (OAB: 14768/BA)

Agravado : Sul América Seguro Saúde S.a

Advogado : Renata Sousa de Castro Vita (OAB: 24308/BA)

Assunto : Efeitos

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo ativo interposto contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 10ª Vara Cível da Comarca de Salvador que ressaltou que a antecipação temporária da gestante, barriga solidária e detentora do útero de substituição e dos fetos como dependentes da Autora ocorreria mediante a contraprestação devida para a mesma cobertura e abrangência existente para o plano de saúde da titular, julgando improcedente o Embargos de Declaração.

Relatou o Recorrente que durante todo o processo as três decisões interlocutórias foram proferidas por três juízes singulares diferentes, que a primeira deveria ser mantida, tendo em vista a desnecessidade de pagamento a mais no plano de saúde.

Salientou, assim, que a manutenção da segunda decisão foi totalmente contra ao propósito da ação e da primeira decisão.

Ventilou que não caberia e não faria qualquer sentido, de forma alguma, a juíza determinar que a autora custeasse o tratamento médico da barriga solidária (útero de substituição) como se fosse outra dependente.

Em sendo assim, afirmou que a decisão de primeira instância, data maxima venia, encontra-se incompatível, devendo ser reformada, uma vez que não há qualquer desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, pois caso a própria autora pudesse gerar o seu filho, o plano de saúde iria custear todos os tratamentos médicos e hospitalares que necessita de qualquer forma.

Requeru a concessão de efeito suspensivo para que seja reconhecida a contrariedade proferida na segunda decisão e confirmada na terceira para que determine que a Agravada continue cobrindo os custos da barriga solidária sem qualquer ônus adicional relativa à mesma. Pugnou, ao final, pela a reforma integral da decisão agravada.

Decisão de fls. 183/185 indeferindo o efeito suspensivo e determinando as notificações de praxe.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA 2
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Primeira Câmara Cível
5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -Salvador/BA
Agravo Regimental às fls. 187/189.

Contrarrazões às fls. 190/198.

Despacho de fl. 200 para a parte agravada se manifestar sobre o agravo regimental interposto.

Informações não apresentadas, conforme certidão de fl. 208.

É o relatório que se encaminha à Secretaria desta Egrégia Câmara, nos termos do art. 931 do Novo Código de Processo Civil.

Inclua-se o feito na pauta de julgamento.

Salvador/Ba, de de 2016.

DESª MARIA DA GRAÇA OSÓRIO PIMENTEL LEAL
RELATORA

**PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Primeira Câmara Cível

5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 - Salvador/BA

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0005760-56.2016.805.0000 DE SALVADOR

AGRAVANTES: LUCIANA GUEDES VASCONCELOS DIAS

ADVOGADOS: RENATO MARCIO ARAÚJO PASSOS DUARTE E OUTROS

AGRAVADO: SUL AMÉRICA SEGURO SAÚDE S.A

ADVOGADO: RENATA SOUSA DE CASTRO VITA

RELATORA: DESª. MARIA DA GRAÇA OSÓRIO PIMENTEL LEAL

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. BARRIGA SOLIDÁRIA. PEDIDO DE EXTENSÃO PARA A DETENTORA DO ÚTERO DE SUBSTITUIÇÃO SEM CONTRAPRESTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PAGAMENTO COMO BENEFICIÁRIA TEMPORÁRIA COMO DETERMINADO NO JUÍZO DE BASE. LEGALIDADE NO PROCEDER ADOTADO PELO MAGISTRADO PRIMEVO. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO FRENTE AO JULGAMENTO DO MÉRITO. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

I-Inicialmente, julgo prejudicado o Agravo Regimental interposto contra a decisão monocrática, tendo em vista o julgamento do mérito recursal.

II-Trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo ativo interposto contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 10ª Vara Cível da Comarca de Salvador que ressaltou que a antecipação temporária da gestante, barriga solidária e detentora do útero de substituição e dos fetos como dependentes da Autora ocorreria mediante a contraprestação devida para a mesma cobertura e abrangência existente para o plano de saúde da titular, julgando improcedente o Embargos de Declaração.

III-Extraí-se dos fólios que cuida-se no juízo primevo de ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela onde foi requerido que fosse determinado ao plano de saúde, ora Agravado, cobrir todos os procedimentos médicos necessários ao bem estar da saúde do feto e da grávida (Sra. Cristina Vasconcelos dos Santos), ora barriga solidária, incluindo todos os exames necessários ao acompanhamento da gravidez, toda assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato, sem qualquer ônus adicional.

IV-É de bom alvitre ressaltar que a inclusão da gestante como beneficiária temporária deve acarretar uma contraprestação pela Agravante, além da mensalidade que paga pela sua cobertura e de seu marido, uma vez que não há como o plano de saúde arcar com duas coberturas, ainda que de forma temporária, recebendo apenas o pagamento referente a uma pessoa.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA 4
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Primeira Câmara Cível

5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -Salvador/BA

caso é de Autora, ora Recorrente. V-Agravo Regimental prejudicado. Agravo improvido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 0005760-56.2016.805.0000, da Comarca de Salvador, em que são partes, como Agravante, Luciana Guedes Vasconcelos Dias, e, como Agravado Sul América Seguro Saúde S.A.

A C O R D A M os Desembargadores componentes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, EM JULGAR PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL E NEGAR PROVIMENTO O AGRAVO DE INSTRUMENTO , e assim decidem pelas razões a seguir expendidas.

Trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo ativo interposto contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 10ª Vara Cível da Comarca de Salvador que ressaltou que a antecipação temporária da gestante, barriga solidária e detentora do útero de substituição e dos fetos como dependentes da Autora ocorreria mediante a contraprestação devida para a mesma cobertura e abrangência existente para o plano de saúde da titular, julgando improcedente o Embargos de Declaração.

Relatou o Recorrente que durante todo o processo as três decisões interlocutórias foram proferidas por três juízes singulares diferentes, que a primeira deveria ser mantida, tendo em vista a desnecessidade de pagamento a mais no plano de saúde.

Salientou, assim, que a manutenção da segunda decisão foi totalmente contra ao propósito da ação e da primeira decisão.

Ventilou que não caberia e não faria qualquer sentido, de forma alguma, a juíza determinar que a autora custeasse o tratamento médico da barriga solidária (útero de substituição) como se fosse outra dependente.

Em sendo assim, afirmou que a decisão de primeira instância, data maxima venia, encontra-se incompatível, devendo ser reformada, uma vez que não há qualquer desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, pois caso a própria autora pudesse gerar o seu filho, o plano de saúde iria custear todos os tratamentos médicos e hospitalares que necessita de qualquer forma.

Requeru a concessão de efeito suspensivo para que seja reconhecida a contrariedade proferida na segunda decisão e confirmada na terceira para que determine que a Agravada continue cobrindo os custos da barriga solidária sem qualquer ônus adicional relativa à mesma. Pugnou, ao final, pela a reforma integral da decisão agravada.

Despacho de fl. 200 para a parte agravada se manifestar sobre o agravo regimental interposto.

Informações não apresentadas, conforme certidão de fl. 208.

É, no que interessa, o RELATÓRIO.

Decido.

O recurso é cognoscível, uma vez que foram atendidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal.

Inicialmente, julgo prejudicado o Agravo Regimental interposto contra a decisão monocrática, tendo em vista o julgamento do mérito recursal.

À luz do contexto fático-probatório engendrado nos autos, verifica-se que o presente recurso é contra a decisão que julgou improcedente os Embargos de Declaração ventilados, ressaltando que a antecipação temporária da gestante, barriga solidária e detentora do útero de substituição e dos fetos como dependentes da Autora ocorreria mediante a contraprestação devida para a mesma cobertura e abrangência existente para o plano de saúde da titular.

Extrai-se dos fólios que se cuida no juízo primeiro de ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela onde foi requerido que fosse determinado ao plano de saúde, ora Agravado, cobrir todos os procedimentos médicos necessários ao bem estar da saúde do feto e da grávida (Sra. Cristina Vasconcelos dos Santos), ora barriga solidária, incluindo todos os exames necessários ao acompanhamento da gravidez, toda assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato, sem qualquer ônus adicional.

É de bom alvitre ressaltar que a inclusão da gestante como beneficiária temporária deve acarretar uma contraprestação pela Agravante, além da mensalidade que paga pela sua cobertura e de seu marido, uma vez que não há como o plano de saúde arcar com duas coberturas, ainda que de forma temporária, recebendo apenas o pagamento referente a uma pessoa, que no caso é de Autora, ora Recorrente.

Logo, a inclusão de terceiro no plano de saúde sem a contraprestação necessária descumpra as normas contratuais e ocasionaria um completo desequilíbrio econômico financeiro na relação entre as partes.

Nesse diapasão, alteraria completamente o equilíbrio contratual, uma vez que há que se observar o pactuado entre as partes no momento da contratação do plano de saúde

Assim exposto, entendo que a decisão agravada deve ser confirmada.

Diante das razões expostas, o voto é no sentido de julgar PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL E IMPROVIDO O RECURSO, mantendo o decisório invecivado em todos os seus termos. Sala das Sessões, de de 2016.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Primeira Câmara Cível 5ª Av. do CAB, nº 560 - Centro - CEP: 41745971 -Salvador/BA

PRESIDENTE

DESª MARIA DA GRAÇA OSÓRIO PIMENTEL LEAL

RELATORA PROCURADOR DE JUSTIÇA