

BARRIGA DE ALUGUEL: QUESTÕES POLÊMICAS

Delma Silveira Ibias¹

SUMÁRIO:

1) Introdução; 2) Apontamentos sobre as técnicas de reprodução humana assistida; 3) O direito e a bioética; 4) “Barriga de Aluguel”: aspectos polêmicos; 5) Conclusão; Referências.

RESUMO:

Tendo em vista a polêmica da técnica de reprodução assistida denominada popularmente de “barriga de aluguel” algumas regras do Direito de Família devem ser ajustadas para contemplar a realidade e as novas técnicas médicas, particularmente as baseadas no campo da Reprodução Humana Assistida (RHA). Essas modernas técnicas possibilitaram a renovação das esperanças tanto de homens quanto de mulheres com problemas de infertilidade e esterilidade, de alcançar o desejo de procriar. Uma das questões que gera dificuldades, emanada pela utilização das técnicas de RHA, é a determinação da maternidade dos filhos havidos por “barriga de aluguel”, cientificamente denominada de útero de substituição e a discussão sobre a vedação de remuneração da cessão temporária do útero. Principalmente pela ausência de normas legais reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Barriga de aluguel; Reprodução Assistida; Bioética; Aspectos polêmicos.

1) INTRODUÇÃO

O desenvolvimento das tecnologias reprodutivas humanas, sobretudo no campo da Medicina, permitiu aos casais com problemas de infertilidade ou estéreis, a possibilidade de realizar o desejo de ter filhos. Tradicionalmente, a única esperança para os casais inférteis ou estéreis de alcançar a maternidade e a paternidade era através da adoção. Com o advento das novas tecnologias reprodutivas, foi possível, em 1978 o nascimento do primeiro “bebê de proveta” do mundo. Dez anos mais tarde houve o nascimento do primeiro bebê de proveta brasileiro. Atualmente milhares de crianças nascem através das técnicas de reprodução assistida, o que nos permite concluir que cada vez mais as pessoas, sobretudo as mulheres, submetem-se às referidas técnicas, na esperança de alcançar a almejada maternidade.

Contudo, a utilização das técnicas de reprodução assistida suscitou uma resposta jurídica para a resolução de problemas relacionados à Reprodução Humana Assistida (RHA) e para a imposição de regras, revelando situações até então não tratadas pelo Direito. A ausência de uma legislação específica relacionada à Reprodução

¹ **Delma Silveira Ibias**, Advogada, Mestre em Direitos Humanos pelo Laureate International Universities - **UNIRITTER**, Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul- **UFRGS**, Especialista em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil – **ABDPC**, Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família - Seção Rio Grande do Sul- **IBDFAM/RS**, Professora Universitária, Membro do Tribunal de Ética e Disciplina - **TED** da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Rio Grande do Sul - **OAB/RS**, autora de artigos em obras jurídicas de Direito de Família e Sucessões e outras. Endereço eletrônico: dibias@outlook.com.br.

Assistida no país poderá criar um estado de instabilidade e insegurança jurídica. Os litígios resultantes da utilização das tecnologias reprodutivas concentram-se, quase sempre, no âmbito do Direito das Famílias.

Nesse viés, a reprodução assistida e especialmente a técnica de maternidade de substituição merecem especial atenção, sobretudo em razão de três importantes aspectos. O primeiro diz respeito à ausência de contato sexual para a reprodução assistida². O segundo aspecto diz respeito ao local onde se dá a fecundação. Atualmente existem duas técnicas: a intracorpórea (inseminação artificial), na qual a fecundação se dá no interior do corpo da mulher, e a técnica extracorpórea (fertilização *in vitro*), em que a fecundação ocorre em laboratório. E o terceiro e último aspecto, e talvez o mais importante, refere-se à participação de um terceiro na realização da técnica. A participação de terceiro pode ocorrer em diversas hipóteses, no entanto nosso estudo tratará, especificamente nos desdobramentos da maternidade de substituição, na qual uma mulher estranha ao casal irá gestar a criança, que poderá resultar ou não do material fecundante do casal solicitante.

O estudo desses aspectos nos permite vislumbrar uma gama de indagações, principalmente no instituto da filiação, quanto ao estabelecimento dos vínculos de parentalidade. A participação de um terceiro, neste caso a mãe gestacional, pode fragilizar o até então irrefutável conceito de maternidade-filiação. Nesta situação, observa-se que a mãe poderá ser a que está gestando o bebê ou ainda, poderá ser a que “emprestou” seu útero, recebendo o óvulo de uma terceira pessoa para gestá-lo, ou então a doadora do óvulo para fecundação, não participando da gestação, caracterizando-se em uma mãe socioafetiva.

No plano normativo brasileiro essa realidade ainda não encontra instrumentos jurídicos adequados às situações fáticas criadas por essas técnicas, gerando situações de incerteza quanto aos direitos e garantias das partes envolvidas no processo. Identificam-se, de início, questões relativas à determinação da gestação e da filiação, com reflexos nas relações de família, na determinação da nacionalidade e na transcrição do registro civil³.

² **BARBOZA**, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo Código Civil, *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 226.

³ **ARAÚJO**, Nadia de. **VARGAS**, Daniela. **MARTEL**, Leticia de Campos Velho. Gestação de Substituição: Regramento no Direito Brasileiro e seus Aspectos de Direito Internacional Privado. *In*: **PEREIRA**, Rodrigo da Cunha. *Família entre o Público e o Privado*. Porto Alegre; Lex Magister/IBDFAM, 2012, p.211.

A Resolução nº. 2.121/2015, do Conselho Federal de Medicina, norma máxima da classe médica que rege esta prática dispõe a respeito da gestação de substituição (doação temporária de útero), que revogou a Resolução nº 2.013/2013, a qual antes tinha revogado a Resolução 1.957, de 2010, e estabelece as restrições à liberdade do uso da técnica de maternidade de substituição e estabelece uma idade máxima para a mãe gestacional, além de reconhecer a possibilidade de casais homossexuais utilizarem essa técnica de reprodução humana assistida para realizarem o sonho da paternidade e/ou maternidade.

O regramento por resoluções mostra-se precário, por constituir-se em uma norma infralegal, sem qualquer poder de coerção. O Conselho é uma autarquia federal com atribuição conferida pela lei para regulamentar a deontologia da profissão médica em todo o território nacional, o que torna obrigatória suas resoluções perante a classe.

Em face da carência legislativa pertinente a regulamentação da maternidade de substituição, a existência de uma única norma deontológica do Conselho Federal de Medicina, mostra-se insuficiente frente aos questionamentos gerados pela prática desta técnica. Neste contexto, a sociedade despertou para a necessidade do estabelecimento de normas tanto éticas quanto jurídicas para regulamentação da utilização das técnicas de reprodução artificial. Para tanto, faz-se necessária a observância e a harmonização dos princípios bioéticos e dos princípios jurídicos fundamentais, na construção de uma perspectiva jurídica e interdisciplinar, alinhavado pela Bioética.

Diante da deficiência legislativa, portanto, o objetivo geral da pesquisa é analisar quais os critérios atuais a serem observados para a atribuição da maternidade-filiação resultantes de procriação assistida através da maternidade de substituição.

2) APONTAMENTOS SOBRE AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Desde as mais remotas épocas faz parte da mentalidade humana contrapor as noções de fecundidade e esterilidade, atribuindo a cada uma delas princípios diversos. Afirma Eduardo de Oliveira Leite que a fecundidade sempre foi vista com grande benevolência, estando sempre vinculada à noção de bem. Já a esterilidade, na grande maioria das vezes, esteve associada à noção de mal, sendo tratada como uma fatalidade ou até mesmo uma maldição⁴.

⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 17.

Nos dizeres de Mariângela Badalotti “o desejo de ter filhos é uma aspiração legítima do casal, sendo incontestável”⁵. Assim, a reprodução é tida como um objetivo essencial de vida, o que nos permite concluir que o desejo de procriar é inerente à natureza humana, especialmente nas mulheres. O desejo de alcançar a maternidade, e, conseqüentemente, perpetuar sua espécie através dos filhos, é, na maioria das vezes, nutrido desde a infância. Contudo, até o final do século XV, a ideia de que pudesse ocorrer esterilidade masculina era inaceitável. Apenas no século XVII, quando Johann Ham afirmou que a esterilidade ocorria em algumas situações devido à escassez de espermatozoides, admitiu-se que a esterilidade não era apenas feminina, mas também masculina. Esta descoberta afetou aos homens, até então incólumes, sendo considerada tão ou mais ofensiva que a esterilidade feminina, principalmente numa sociedade como a nossa, centrada na ideia de um homem viril e reprodutor. A esterilidade masculina feriu o homem naquilo que ele tem de mais profundo, a função de genitor⁶.

Os anseios da humanidade em dominar as técnicas de reprodução humana, vêm de longa data. A incansável busca dos cientistas e pesquisadores em desvendar os mistérios que envolvem o processo reprodutivo permitiu, no final da década de 70, precisamente no ano de 1978, o nascimento de Louise Loy Brown, o primeiro “*bebê de proveta*” da história⁷. A partir de então, já na década de 80, o nascimento de bebês de proveta era considerado normal. Em 1982 ocorreu a primeira gravidez obtida através da reprodução artificial nos EUA. Dois anos depois, em 1984, esse fato ocorreu no Brasil⁸.

O desenvolvimento das tecnologias reprodutivas foi colocado a serviço das mulheres, em um primeiro momento, para atender ao desejo de evitar filhos através das técnicas de contracepção. Todavia, hoje estão à disposição do desejo de gerar filhos por meio das técnicas de Reprodução Humana Assistida⁹. Neste contexto, a procriação artificial surge como um meio de satisfazer ao desejo efetivo de ter filhos, atuando em benefício de mulheres com dificuldades de engravidar, principalmente após os 35 anos ou 40 anos de idade, assim como para os casais estéreis.

⁵ **BADALOTTI**, Mariângela; **PETRACCO**, Álvaro; **ARENT**, Adriana Cristine. Bioética e reprodução assistida, In: **LEITE**, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1.

⁶ **LEITE**, Eduardo de Oliveira, *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 18.

⁷ **LEITE**, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 19.

⁸ **CARNEIRO**, Fernanda; **EMERICK**, Maria Celeste. A ética e o debate jurídico sobre o acesso e uso do genoma humano. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 2000, p. 103.

⁹ **JUNGES**, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 149.

Outro aspecto importante a considerar é a influência de fatores psicológicos que podem ser considerados como um dos elementos de bloqueio da função reprodutiva, tais como a ansiedade pela gestação, acompanhados da angústia quando da ausência desta, e a conseqüente sensação de frustração. Estes fatores aliados ao stress da vida moderna contribuem para que a mulher tenha ainda mais dificuldades para atingir a gestação e a conseqüente maternidade¹⁰.

A revolução da contracepção possibilitou à mulher o direito de optar por ter ou não ter filhos, permitindo a ela também determinar o momento certo da chegada da criança. Detentora deste poder a mulher retardou a maternidade na busca da satisfação de outras necessidades, principalmente na carreira profissional.

Todavia, em alguns casos, no momento em que a mulher julga oportuna a reprodução, ela acaba deparando-se com um problema relacionado à dificuldade de obter uma resposta das suas funções reprodutoras, ou seja, a gestação¹¹. Até então, diante da impossibilidade reprodutora, a adoção apresentava-se como a única alternativa possível aos casais com problemas de infertilidade e aos casais estéreis, na tentativa de suprir a ausência dos filhos¹². No entanto, a adoção, para alguns casais, não era suficiente, já que não supre a ideia de procriar que “compreende, sobretudo o fator meramente genético, ou seja, de dar origem a um filho que derive de seu próprio patrimônio genético”¹³.

Diante desta situação a mulher – ou a companheira pertencente ao casal – parte em busca de recursos disponíveis para resolver este problema, buscando uma solução rápida e eficaz, pois é sabido que as mulheres após os 40 anos de idade apresentam diminuição significativa da fertilidade, portanto, quanto mais ela retarda a maternidade, mais frequentemente ela será confrontada com a dificuldade de engravidar¹⁴.

¹⁰ **BRAUNER**, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 60.

¹¹ **BIRLOT**, Ana Maria Monteiro; **TRINDADE**, Zeidi Araújo. *As tecnologias de Reprodução assistida e as representações sociais ao filho*. Scielo. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-94X2004000100008. Acesso em: 01/12/ 2012.

¹² **LEITE**, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 106.

¹³ **BARBOZA**, Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida, *In: LEITE*, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.157.

¹⁴ **BIRLOT**, Ana Maria Monteiro; **TRINDADE**, Zeidi Araújo. *As tecnologias de Reprodução assistida e as representações sociais ao filho*. Scielo. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-94X2004000100008. Acesso em: 01/12/2012.

Amparada pelos direitos reprodutivos¹⁵ – que nasceram da reivindicação promovida pelos movimentos feministas, em razão das limitações sofridas pelas mulheres na vida sexual e reprodutiva e que conforme Cristian de Paul Barchifontaine, “direitos básicos de todos os indivíduos, é o direito de decidir livremente e com responsabilidade sobre a sua vida sexual e reprodutiva”¹⁶, a mulher encontra mais uma alternativa na esperança de alcançar o sonho da maternidade.

Assim, a procriação assistida “surge como um meio legítimo de satisfazer o desejo efetivo de dar filhos”¹⁷, tanto às mulheres consideradas inférteis, na maioria das vezes por já terem ultrapassado os 35 anos de idade, quanto aos casais estéreis.

A Constituição Federal assegura em seu art. 226 § 7º, regulamentado pela Lei 9.263/96, de 12 de janeiro de 1996, o direito ao planejamento familiar. Sob esta denominação, entende-se a livre escolha do casal no que diz respeito à reprodução, desde que tenha informações suficientes e acesso aos meios de contracepção adequados¹⁸.

Para Heloisa Helena Barboza “é o direito à escolha reprodutiva, a se e quando reproduzir, ensejando incluir-se nessa escolha o como reproduzir-se, relacionado às técnicas de reprodução artificial”¹⁹. Já para Maria Claudia Crespo Brauner: “Sob a designação de planejamento familiar está implícita a ideia de regulação de nascimentos, de contracepção, de esterilização e de todos os outros meios que agem diretamente sobre as funções reprodutoras do homem e da mulher, especialmente sobre a saúde de ambos”²⁰.

Dessa forma, considera-se legitimamente aceitável que as pessoas atingidas pela infertilidade tenham a oportunidade de recorrer às técnicas de procriação artificial,

¹⁵ “Em 1995 [...], reconheceu-se pela primeira vez em sede oficial, a denominação ‘direitos reprodutivos’, [...] entendidos como os direitos de ‘decidir livremente e responsavelmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre eles, e de acessar as informações, instruções e serviços sobre planejamento familiar”. **BARBOZA**, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo Código Civil. In: **SÁ**, Maria de Fátima Freire de; **NAVES**, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 229.

¹⁶ **BARCHIFONTAINE**, Cristian de Paul. *Bioética e políticas demográficas. O mundo da saúde*, São Paulo, ano 26, v. 26, 2002, pp. 51-64.

¹⁷ **LEITE**, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 26.

¹⁸ **BARCHIFONTAINE**, Cristian de Paul. *Bioética e políticas demográficas. O mundo da saúde*, São Paulo, ano 26, v. 26, 2002, pp. 51-64.

¹⁹ **BARBOZA**, Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida, In: **LEITE**, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 158.

²⁰ **BRAUNER**, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 15.

“como um direito a recobrar a saúde reprodutiva, ou remediar o problema da esterilidade e, assim, gerar”²¹.

Entende-se por técnicas de Reprodução Humana Assistida, também denominada técnica de Reprodução Medicamente Assistida ²², o “conjunto de procedimentos que visa obter uma gestação substituindo ou facilitando uma etapa deficiente no processo reprodutivo”²³, através da união dos gametas masculino e feminino²⁴. Porém, dependendo do problema apresentado pelo casal haverá a indicação médica de uma ou outra técnica apropriada para o caso específico.

Atualmente existem várias técnicas de reprodução assistida, contudo, no presente estudo, nos limitaremos a demonstrar a definição e as finalidades das seguintes técnicas: a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* e especialmente, a maternidade de substituição. A inseminação artificial é a técnica na qual se obtém a fecundação sem a necessidade do ato sexual de seus genitores, sendo realizada através de processos mecânicos e com a utilização de recursos médicos que consistem na introdução do sêmem no interior do canal genital feminino²⁵. Desta maneira, possível compreender que a fecundação ocorre no próprio organismo feminino, de forma intracorpórea, sem a necessidade de extrair o óvulo da mulher. Dependendo da origem do material genético, a inseminação artificial será classificada em homóloga ou heteróloga. Para que a inseminação seja considerada homóloga, é necessário que o sêmem seja proveniente do próprio marido ou companheiro²⁶, implicando um vínculo de natureza familiar, que pode ser o casamento ou a união estável, o que pressupõe a paternidade e a maternidade da criança. Já a segunda técnica é realizada com o sêmem originário de terceira pessoa, diferente do marido ou companheiro, e não aquele que será o pai socioafetivo da criança gerada. Esta técnica é indicada para os casos em que o marido não possui

²¹ **BRAUNER**, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 65.

²² **PESSINI**, Leo; **BARCIBFONTAINE**, Cristian de Paul. *Problemas atuais da bioética*. São Paulo: Loyola: 1991, p. 215.

²³ **BADALOTTI**, Mariângela; **PETRACCO**, Álvaro, **ARENT**, Adriana Cristine. Bioética e reprodução assistida, *In: LEITE*, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1.

²⁴ **SGRECCIA**, Elio. Engenharia genética humana: problemas éticos. *In: STANISLAUS*, Ladusãns (coord). *Questões atuais da bioética*. São Paulo: Ed. Loyola, 1990, p. 255.

²⁵ **GOMES**, Renata Raupp. A relevância da bioética na construção do novo paradigma da filiação na ordem jurídica nacional, *In: LEITE*, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 341.

²⁶ São reconhecidos como usuários das técnicas de R.A., tanto cônjuges “casados”, quanto os em união estável. Art. 2º da Seção II – Usuários das técnicas de R.A., Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina. (Esta Resolução foi revogada pela n. 1.957/2010, que foi revogada pela n. 2013/2013).

espermatozóides, ou, se os possui, em número inferior ao necessário para a fecundação²⁷.

A inseminação artificial homóloga, na qual a criança é concebida a partir do material genético do marido e da esposa, estabelecendo a filiação através do vínculo biológico, geralmente e, em tese, não fere os princípios jurídicos. No entanto, sua prática pode ocasionar alguns problemas, não só de ordem jurídica como também de ordem ética, como a possibilidade de realização da inseminação após o divórcio e até mesmo depois da morte do marido, denominada inseminação *post mortem*²⁸.

A inseminação artificial heteróloga, assim como a homóloga, é objeto de controvérsias, dúvidas e questionamentos ético-jurídicos. No entanto, na inseminação artificial heteróloga, evidenciam-se maiores problemas, envolvendo o instituto da filiação, devido à dificuldade de determinação da paternidade. Neste procedimento há conflito entre a paternidade legal e a biológica (atribuída a um doador)²⁹. Razão pela qual esta técnica deve somente ser recomendada quando a esterilidade é irrefutável³⁰.

A fertilização *in vitro* (FIV) é a técnica pela qual a fecundação do gameta feminino pelo masculino ocorre em laboratório, de forma extrauterina³¹. Os embriões resultantes desta técnica são transferidos posteriormente para o útero de uma mulher para o seguimento da gestação. A fertilização *in vitro*, assim como a inseminação artificial, desdobra-se em duas diferentes classificações: a fecundação *in vitro* homóloga e a fecundação *in vitro* heteróloga. A fertilização homóloga é caracterizada pela utilização dos gametas feminino e masculino, pertencentes à mulher e ao homem que irão fazer uso da técnica de procriação. Assim, a inseminação artificial ocorre com o óvulo e o espermatozóide do casal, que após a fecundação, originará um embrião que será implantado no útero da esposa³².

²⁷ GOMES, Renata Raupp, A relevância da bioética na construção do novo paradigma da filiação na ordem jurídica nacional, In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 343.

²⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 27.

²⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização 'in vitro'*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 17.

³⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 32.

³¹ GOMES, Renata Raupp, A relevância da bioética na construção do novo paradigma da filiação na ordem jurídica nacional. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 345.

³² GOMES, Renata Raupp, A relevância da bioética na construção do novo paradigma da filiação na ordem jurídica nacional. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 345.

A segunda técnica, denominada fecundação *in vitro* heteróloga é um pouco mais complexa, por utilizar-se de gametas, necessários para a fecundação, de terceiro, pertencentes a uma terceira pessoa, diferente dos cônjuges. – sêmem do marido e óvulo de outra mulher; sêmem de terceiro e óvulo da esposa; sêmem e óvulo de doadores –, ou ainda, no caso da maternidade de substituição, quando o embrião, resultado de fertilização *in vitro* homóloga ou heteróloga, desenvolver-se-á no útero de uma outra mulher³³.

A análise dessas possibilidades configura situação análoga aos casos de inseminação artificial heteróloga, reafirmando as dúvidas e questionamentos quanto ao instituto da filiação, em razão da dificuldade de determinação da paternidade e até mesmo da maternidade. Importante ressaltar que as técnicas em questão constituem-se em um remédio terapêutico. Contudo, tanto a inseminação artificial quanto a fertilização *in vitro*, apenas substituem o ato natural deficiente por um ato técnico, sem proporcionar a cura. Findo o tratamento, a esterilidade permanece³⁴.

E, finalmente, a maternidade de substituição, coloquialmente chamada de “Barriga de Aluguel”, que se constitui quando uma mulher estéril recorre a uma outra mulher, terceira em relação ao casal, para que esta assegure a gestação do embrião, e, ao termo, entregue a criança ao casal solicitante. Essa técnica poderá ocorrer com a transferência de embriões ao útero de uma mulher que o alugue ou o empreste, ou através de uma inseminação artificial ou FIV em que a mulher ponha seu óvulo, além do útero³⁵. Contudo, apesar da ideia de generosidade, emanada da circunstância em que a mulher se coloca ao gestar uma criança, que ao final de nove meses, deverá ser entregue a outra mulher, a utilização desta técnica suscita muitas discussões no momento em que estabelece dificuldades quando da determinação da maternidade.

Afirma José Roberto Goldim, que a “Barriga de Aluguel” ocorre quando uma mulher concorda em ser inseminada artificialmente, ou receber embriões transferidos, com a compreensão de que a criança que irá gestar, ao nascer será criada pelas pessoas que propuseram este procedimento. No caso referido, a maternidade

³³ **GOMES**, Renata Raupp, A relevância da bioética na construção do novo paradigma da filiação na ordem jurídica nacional. In: **LEITE**, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 345.

³⁴ **BARBOZA**, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização ‘in vitro’*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 36.

³⁵ **BADALOTTI**, Mariângela; **PETRACCO**, Álvaro; **ARENT**, Adriana Cristine. Bioética e reprodução assistida, In: **LEITE**, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, p. 7.

poderá ocorrer de três maneiras distintas, tais como: a mãe poderá ser a genética, doadora do óvulo, a mãe substitutiva, que gesta o bebê, ou a mãe social, responsável pelo desencadeamento do processo e pela futura criação da criança³⁶.

Complementa, ainda, Renata Raupp Gomes: Poder-se-ia verificar, a princípio, ao menos duas paternidades e três maternidades distintas: óvulo e espermatozóide de doadores, gestados por mãe substituta. Assim, a paternidade biológica difere da jurídica e a maternidade por sua vez, desmembra-se em genética, gestacional e psicossocial³⁷. Em face disso as Resoluções do Conselho Federal de Medicina sobre as técnicas de reprodução humana assistida tentam restringir o uso da prática do útero de substituição, ao estabelecer que a maternidade de substituição só poderá ocorrer quando da existência de um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

Todavia, a existência de uma única norma deontológica mostra-se insuficiente diante de tais problemas, e, assim, evidencia-se a deficiência da atual legislação brasileira para apresentar soluções razoáveis que nos permitam solucionar e ou abrandar as consequências tanto éticas quanto jurídicas advindas desta prática.

Frisa-se que as técnicas de Reprodução Assistida estão difundidas no mundo inteiro, ajudando casais inférteis e estéreis a alcançar o objetivo de tornarem-se pais. Porém, a opção pela realização de qualquer das técnicas de Reprodução Humana Assistida, especialmente a “Barriga de Aluguel”, consistem em uma decisão complexa, sob o enfoque ético, psicológico e jurídico.

3) O DIREITO e a BIOÉTICA

A vida em sociedade exige o estabelecimento de normas disciplinadoras do comportamento de seus componentes. Sendo o homem considerado indivíduo e ente social ao mesmo tempo, ele está submetido às normas jurídicas e às normas morais para balizar uma conduta eticamente adequada. As obrigações de natureza jurídica e moral, são objeto de duas “disciplinas interdependentes: o Direito e a Ética”. Tanto a norma jurídica quanto a moral, estabelecem normas de comportamento, apresentando como elemento comum a base ética³⁸.

³⁶ **GOLDIM**, José Roberto. *Maternidade Substitutiva*. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioética/mastersub.htm>. Acesso em: 16/12/ 2012.

³⁷ **GOMES**, Renata Raupp. A relevância da bioética na construção do novo paradigma da filiação na ordem jurídica nacional, *In: LEITE*, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 346.

³⁸ **JUNGES**, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 123.

Porém, o Direito constitui-se numa ciência que tem como escopo normatizar e regular as condutas dos indivíduos na sociedade, perfazendo-se num conjunto de normas jurídicas impostas coercitivamente pelo Estado, com a finalidade de garantir uma convivência social pacífica. Já a moral é o mundo da conduta espontânea, do comportamento que encontra em si próprio a razão de existir”.³⁹, enquanto norma de conduta, é norteadada pela consciência individual, sem poder de autorizar alguém a empregar coação para obter o cumprimento delas⁴⁰.

Nas últimas décadas, novas soluções terapêuticas, sobretudo no campo da medicina, especificamente na área da Reprodução Humana Assistida, fizeram com que a sociedade se deparasse com inúmeros dilemas ético-jurídicos cuja normatização é praticamente inexistente na esfera jurídica brasileira. No entanto, apesar da complexidade dos novos fenômenos, entende-se que eles não devem ser restringidos. Contudo, faz-se necessária um controle da utilização dos progressos biotecnológicos através da observância de valores constitucionais, imensamente mais valiosos que a satisfação de interesses particulares. Propõe-se, assim, a harmonização entre a Ética e o Direito⁴¹.

Diante desta perspectiva, a sociedade e principalmente a comunidade científica, despertaram para a necessidade da criação de normas de comportamento, que disciplinassem, através de limites éticos, a pesquisa e a aplicação dessas novas tecnologias a fim de garantir a integridade da pessoa⁴².

Assim, surge a Bioética com o objetivo de harmonizar os progressos da tecnologia às exigências éticas da sociedade⁴³, através de diretrizes morais que limitassem a atuação humana diante dos dilemas suscitados pela biotecnologia. Bioética, segundo sua definição clássica constitui-se no “estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, na medida em que esta

³⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 72.

⁴⁰ FERNANDES, José de Souza. Bioética, biodireito e religião no diálogo sobre a eutanásia. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 13.

⁴¹ BARBOZA, Heloisa Helena. Bioética x biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos; In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo (coord). *Temas de bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 2.

⁴² BARRETTO, Vicente de Paulo. As relações da bioética com o biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena, BARRETTO Vicente de Paulo (coord). *Temas de bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 43.

⁴³ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Bioética e biodireito. In: BARBOZA Heloisa Helena, BARRETTO Vicente de Paulo (coord). *Temas de bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 88.

conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais”⁴⁴. Entretanto, atualmente a Bioética vem sendo percebida não como uma disciplina, mas sim como um campo interdisciplinar de reflexão sobre questões envolvendo a vida e o viver.⁴⁵

Contudo, os problemas éticos oriundos dessa nova realidade não foram plenamente satisfeitos. Assim, diversos modelos na Bioética foram desenhados, dentre eles o modelo principialista de Bioética. Este modelo desenvolve sua análise por meio dos princípios bioéticos, princípios gerais, os quais se constituiriam em instrumentos de regulação comportamental, diante da ausência de normas jurídicas⁴⁶.

Em 1979, a obra *Principles of Biomedical Ethics* de Beauchamp e Childress, delineou o campo da bioética no “principialismo”, orientando a solução de conflitos éticos a partir da análise de quatro princípios básicos. O Relatório Belmont, realizado nos Estados Unidos, na década de 70, foi elaborado por uma comissão nacional que tinha como intuito estabelecer quais seriam os princípios éticos básicos norteadores das pesquisas e da experimentação científica em seres humanos⁴⁷.

Tais princípios serviriam como referencial na determinação dos procedimentos a serem tomados para a solução dos problemas éticos decorrentes do progresso das ciências médicas e biomédicas. Neste sentido, o modelo principialista poderá ser utilizado no sentido de colaborar para suprir lacunas do Direito.

E a partir desse relatório, foram identificados três princípios básicos *prima facie*⁴⁸: o princípio da beneficência, que tem como objetivo precípua o bem do paciente. Implica na utilização de todas as técnicas disponíveis para aumentar os benefícios e reduzir os riscos e danos, ou seja, impedir o mal. O princípio da justiça⁴⁹, que diz respeito à equidade na distribuição dos benefícios dos serviços de saúde, proporcionando o respeito e consideração das pessoas na reivindicação do direito à

⁴⁴ REICH, T.W. *Encyclopedia of bioethics*. V.1, New York: MacMillan, 1995, p. XXI.

⁴⁵ GOLDIM, J. R. *Bioética: origens e complexidade*. **Revista HCPA**, Porto Alegre, v. 26, n. 2, p. 86-92, 2006. Ver também: GOLDIM, J. R. *Bioética e interdisciplinaridade*. *Educação, Subjetividade & Poder*, Porto Alegre, v. 4, p. 24-28, 1997.

⁴⁶ BARRETO, Vicente de Paulo. As relações da bioética com o biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETTO Vicente de Paulo (coord). *Temas de bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.45-46.

⁴⁷ CLOTET, Joaquim; FELJÓ, Anamaria. *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2005, p. 16.

⁴⁸ “São válidos geralmente, ‘de maneira relativa’, a fim de que cada um destes venha a colidir com um dos outros e nos obrigue a escolher qual entre eles prioritariamente devemos satisfazer. Nenhum destes princípios deve ser tomado em forma absoluta e separado dos outros, mas, segundo a lógica da complexidade, cada princípio deve ser tecido com o outro para evitar antinomias e efeitos não intencionais”. BELLINO, Francesco. *Fundamentos da Bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais*. São Paulo: Edusc, 1997, p. 201.

⁴⁹ JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 39.

saúde. E o princípio da autonomia, fundamentado na dignidade da pessoa humana, relativo ao respeito do direito autônomo de aceitar ou rejeitar o tratamento que lhe é oferecido, e para tanto há a necessidade do consentimento informado⁵⁰.

Em 1979, surge um quarto princípio, sugerido por Beauchamp e Childress, resultado de um desdobramento do princípio da beneficência, denominado princípio da não-maleficência⁵¹ que significa que não devemos causar danos aos outros⁵².

No entanto, não é correto concluir que a solução para os problemas decorrentes do desenvolvimento das biotecnologias encontre respaldo apenas na Bioética⁵³, tendo em vista que os princípios bioéticos não são regras jurídicas, portanto a busca para o regramento adequado no campo do Direito é essencial.

Assim, a aplicação dos princípios exige a interpretação de valores, os quais irão depender do momento histórico em que o caso concreto se situar, ensejando assim, um novo modo de aplicação do Direito. No entanto, a aplicação dos princípios pode ser complexa, quando da ocorrência de confronto entre dois ou mais princípios jurídicos incidentes sobre a mesma situação⁵⁴. Neste caso, quando dois princípios determinam a realização de fins divergentes, deve-se escolher um deles em detrimento do outro, para a solução do caso. E, mesmo que ambos os princípios estabeleçam os mesmos fins devidos, nada obsta a que demandem meios divergentes de atingi-los. Nessa hipótese, deve-se declarar a prioridade de um princípio sobre o outro, com a consequente não-aplicação de um deles para aquele caso concreto⁵⁵.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma nova ordem jurídica, ao consagrar expressamente os princípios fundamentais do homem⁵⁶ tais como: o direito à igualdade; o direito à vida; o direito à liberdade; o direito à segurança. Os princípios jurídicos tiveram sua origem nos princípios gerais do Direito, daí a denominação

⁵⁰ **CLOTET**, Joaquim; **FRANCISCONI**, Carlos Fernando; **GOLDIM**, José Roberto (org). *Consentimento informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 13.

⁵¹ **JUNGES**, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 40.

⁵² **BELLINO**, Francesco. *Fundamentos da Bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais*. São Paulo: Edusc, 1997, pp. 198-199.

⁵³ **MEIRELLES**, Jussara Maria Leal. Bioética e biodireito. In: **BARBOZA** Heloisa Helena; **BARRETTO** Vicente de Paulo (coord). *Temas de bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 89-93.

⁵⁴ **ROTHENBURG**, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 37.

⁵⁵ **ÁVILA**, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 48.

⁵⁶ **SARLET**, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p 65.

“principlológica”⁵⁷ da Constituição. Entretanto, ao serem incorporados pela Constituição Federal, os princípios adquiriram superioridade, tendo em vista a supremacia constitucional frente às demais normas jurídicas.

A dignidade da pessoa humana, consagrada pelo art. 1º, inciso III da Constituição Federal é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado, da comunidade e do Direito⁵⁸. Assim, a partir dos avanços da biotecnologia, a dignidade da pessoa humana, instituiu-se no princípio fundamental ao debate bioético, “diante da possibilidade de utilização de partes do corpo humano – como células, tecidos, órgãos, (...) sem falar na possibilidade de ser utilizado todo o corpo humano, como no caso da contratação de ‘mãe substituta’”⁵⁹.

Portanto, quando da utilização das técnicas de reprodução assistida, deve-se levar em conta a proibição de toda e qualquer conduta que sugira a possibilidade de que a pessoa humana seja tratada como ‘bem patrimonial’, em respeito ao princípio da dignidade humana. Especialmente nos casos que envolvem a maternidade de substituição, prática esta que em razão da sua natureza, pode ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, ao pretender transformar a mulher em *res*, este princípio deve ser rigorosamente observado, tendo em vista que a instrumentalização da pessoa humana seria tratá-la como meio e não como fim em si mesmo.

Contudo, mas será que essa proibição, a qual está contida em um ato administrativo que possui a finalidade de estabelecer um comportamento da classe médica, possui o poder de proibir qualquer forma de remuneração? Será que a mulher que “empresta” seu útero para um casal ou par homossexual que sonha em ter um filho não pode ser remunerada pela cessão temporária do seu útero? Alguma espécie de remuneração afrontaria a dignidade da pessoa humana da mãe gestacional?

Essas são algumas indagações “polêmicas” que se pretende abordar neste artigo como forma de refletirmos sobre a força normativa das resoluções expedidas pelo Conselho Federal de Medicina - CFM e sobre a necessidade urgente de uma legislação federal para regulamentar essa técnica de reprodução humana assistida.

⁵⁷ COSTA, Judith Martins. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v.18, p. 156-171, 2000.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 60.

⁵⁹ GAMA, Guilherme Calmom Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 127.

4) BARRIGA DE ALUGUEL: ASPECTOS POLÊMICOS

O tradicional conceito de família – fundado na união de um homem e de uma mulher, derivado do casamento, reunindo pais e filhos –, assim como o da filiação, foram alvo de profundas transformações ao longo do século XX⁶⁰. As transformações científicas proporcionadas pelo desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida abalaram de maneira drástica a verdade biológica, consagrada pelo Código Civil de 1916. Face às transformações ocorridas no modelo clássico de determinação dos vínculos familiares, impõe-se a necessidade da busca de um novo fundamento, tanto para o conceito de família, quanto para o de filiação que precisam ser adaptados à nova ordem. Faz-se necessário estabelecer um ponto de equilíbrio entre o parentesco biológico e o parentesco social, o qual está sendo dirimido pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, pois o mesmo editou em 14/03/2016 o Provimento nº 52 para estabelecer que a certidão de nascimento decorrente de uma maternidade de substituição, a qual também é chamada da “Barriga de Aluguel”, deverá ser expedida com o nome dos pais socioafetivos do bebê oriundo dessa técnica de reprodução humana assistida, sendo que não constará o nome da parturiente na referida certidão de nascimento, ainda que o mesmo conste na Declaração de Nascido Vivo - DNV, evitando-se, assim, problemas que os casais tinham antes desse ato normativo, quando buscavam a via judicial para que fossem registrados os corretos laços parentais socioafetivos⁶¹. O que importa é o elo de afetividade, elemento identificador dos novos vínculos familiares, tais como o da atual ‘família sociológica’, definida por Maria Claudia Crespo Brauner como “a família onde predominam os laços de afeto e solidariedade entre pais e filhos”⁶² merecem amparo do Direito das Famílias.

Essa que era uma grande polêmica e consistia em um problema para os casais que utilizavam essa técnica de reprodução humana assistida foi parcialmente resolvida pelo CNJ - Conselho Nacional de Justiça, pois os cartórios de registros das pessoas naturais estão sob a regência das Corregedorias dos Tribunais de Justiça e, conseqüentemente, sob a cogência do CNJ e havendo o Provimento nº 52/2016 desse conselho os registradores devem seguir essa previsão, a qual está contida em um ato

⁶⁰ CENEVIVA, Walter. Direito de família e ciências humanas. In: NAZARETH, Eliana Riberti (coord). *Direito de família e ciências humanas*. São Paulo: ed. Jurídica Brasileira, 1997, pp. 177-179.

⁶¹ Art. 2º, § 2º do Provimento nº 52/2016 do CNJ: Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo - DNV.

⁶² BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 199.

administrativo normativo. Claro que para solucionar definitivamente essa questão, imperiosa é a regulamentação legal da maternidade de substituição, coloquialmente chamada de “Barriga de Aluguel”.

Outra importante polêmica que envolve o útero de substituição é a vedação contida nas resoluções do CFM - Conselho Federal de Medicina no sentido de que não pode haver qualquer tipo de remuneração e que a parturiente deve ter um laço familiar com o casal ou par homossexual que vai utilizar essa técnica de reprodução humana assistida.

No que tange ao vínculo familiar entre a parturiente e o casal ou par homossexual já daria uma discussão que iria além desse artigo científico, pois a avó ou a tia de um bebe também seria a mãe gestacional do neto ou do sobrinho, por exemplo, fazendo com que pudesse haver uma confusão nos vínculos parentais. Mas, em face da limitação que esse artigo impõe, deixa-se essa discussão por outro trabalho e passa-se a abordar a vedação contida nas resoluções do CFM de vedação de qualquer forma de remuneração da mãe gestacional.

Os direitos reprodutivos que autorizam à liberdade de procriação relativa a “se e quando reproduzir-se, ensejando incluir-se nessa escolha o como reproduzir-se, relacionado às técnicas de reprodução artificial”⁶³ restaram estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, conforme prevê o art. 226, §7º, que veda qualquer forma de coerção por instituições oficiais ou privadas, ante o exercício do direito de procriação, não havendo em qualquer norma jurídica uma previsão de que um casal não pode escolher uma mulher para gerar o seu filho.

Reitera-se que as Resoluções do Conselho Federal de Medicina que regulamentam deontologicamente a Gestação de Substituição (Doação Temporária de Útero), estabelecem que o acesso à maternidade de substituição ou “Barriga de Aluguel” só é permitido àquelas mulheres cuja gestação seja impossível ou contraindicada, em razão de algum problema médico ou em caso de união homoafetiva.

Igualmente, essa impossibilidade, por si só, já permitiria levantar questões polêmicas sobre a vedação em uma norma deontológica de uma mulher não pode escolher se quer dar a luz ao seu filho ou se pretende que outra mulher ceda temporariamente o útero e gere o filho do casal.

⁶³ **BARBOZA**, Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: **LEITE**, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes Temas da Atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 158.

Novamente, em face da limitação que se tem neste artigo científico, aponta-se que essa vedação deve ser discutida entre os operadores do direito e das áreas interdisciplinares e que cabe refletir se a mãe tem a liberdade de decidir sobre a sua gestação/reprodução e se isso afronta o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Em face dessas questões polêmicas, vale apontar a posição de Silvio de Salvo Venosa, onde aponta que é necessária uma lei específica para regulamentar a questão relativa à maternidade de substituição, pois, “o Código Civil de 2002 não autoriza nem regulamenta a Reprodução Assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática dessa técnica de reprodução humana assistida⁶⁴”.

No que tange ao aspecto polêmico das resoluções do CFM no que tange a vedação de qualquer tipo de remuneração, cabe referir que a realidade social é bem diversa das regras que estão previstas nas normas deontológicas.

Frisa-se, que basta acessar sites na internet para verificar que muitas mulheres “alugam” a sua barriga para casais que não podem ter filho, como se visualiza, ilustrativamente, dos seguintes anúncios constantes na matéria publicada na Revista Crescer da Editora Globo.⁶⁵

• **Veja a realidade da Barriga de Aluguel:**

 **Alugo minha barriga para casais que querem mas não podem ter filhos por qualquer motivo!
Preço e condições totalmente negociáveis.
Salvador - BA - BR**

 **Universitária: Não fumo, não uso drogas e curso engenharia civil.
ALUGO minha barriga para casais que não podem ter filhos.
Preço: R\$ 90.000,00 em 09 parcelas de R\$ 10.000,00 ou R\$ 80.000,00 à vista.
Curitiba - PR - BR**

23

⁶⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Direito de Família*. 5ª ed., São Paulo, Atlas S.A, 2005, p.260.

⁶⁵ REVISTA CRESCER - Editora Globo, matéria *Alugo meu ventre por motivos financeiros* de autoria da Jornalista Elaine Cotta, onde há o relato de que várias mulheres alugam seu ventre por R\$ +- 100.000,00 e R\$ +- 200.000,00, inclusive para casais estrangeiros. Disponível em: <http://revistacrescer.globo.com/Gravidez/Planejando-a-gravidez/noticia/2013/07/alugo-meu-ventre-por-motivos-financeiros.html> e acesso em 10/03/2014.



Estou disposta a alugar a minha barriga,tenho um filho e quero dar esse prazer a outras pessoas também. Interessados entre em contato comigo. Preço: R\$ 120.000,00 ou US\$ 50.000,00. Contato: (xx) xxxx-xxxxx Rio de Janeiro - RJ - BR



Procuramos uma BARRIGA PARA ALUGAR. Moramos na Flórida – USA e traremos você, seus filhos e marido, se tiver, para vir passar sua gestação aqui. Não responderemos e-mails sem fotos: perfil, frente, rosto, inteira (nua ou biquine recentes) e não aceitamos pornográficas ou em ato de sexo. VALOR PAGO: US\$ 50.000,00 em dinheiro antes do embarque. PERFIL do PAI: 1,87cm 80KG branco olhos claros (descendente de irlandês). Contato: E-mail: xxxxxxxxxxxx - OBRIGADQ



Em face disso, cabe questionar:

Será que a mulher que cede temporariamente o seu útero para um casal que sonha em ter o seu filho, sendo que essa gestante vai passar por todas as circunstâncias de uma gravidez e não pode ser remunerada pela cessão do útero?

Será que uma mulher que “alugue” sua barriga está se coisificando e assim afrontando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana?

Será que a mulher que cede temporariamente o útero para um casal (o qual não tem qualquer vínculo afetivo com a gestante), conforme se visualiza dos anúncios antes colacionados, não pode ser remunerada por essa cessão temporária?

E na circunstância, onde o casal que sonha em ter um filho concorda em remunerar a mãe gestacional, será que não haveria um enriquecimento sem causa se fosse pactuado o “aluguel da barriga” e depois o casal não cumprisse com o contratado efetivando o pagamento?

Todas essas questões polêmicas não possuem uma resposta, mas não há qualquer sombra de dúvida de que isso ocorre na vida real e cabe aos operadores do direito e das áreas interdisciplinares debaterem sobre essas questões.

E não há qualquer dúvida, também, de que é imperiosa a promulgação de uma legislação federal sobre a maternidade de substituição, coloquialmente chamada de “Barriga de Aluguel”, para regulamentar em um instrumento legal diversos aspectos

dessa técnica de reprodução humana assistida, inclusive, no que tange às questões polêmicas brevemente levantadas neste artigo científico.

Forçoso apontar que o útero de substituição é uma nova técnica de reprodução humana que trás um grande avanço na área médica e que trás junto uma série de questões jurídicas e sociais à nossa sociedade, resultando em insegurança jurídica e, por isso, urge que o legislador regule essa questão, uma vez que não se tem como prever o terreno movediço pelo qual está sendo trilhado esse novo horizonte da ciência e a regulamentação da “Barriga de Aluguel” não pode ficar a cargo exclusivo de resoluções deontológicas do Conselho Federal de Medicina - CFM.

5) CONCLUSÃO

Os avanços da biotecnologia, sobretudo na área da Reprodução Humana Assistida, devolveram aos casais com problemas de infertilidade e esterilidade e aos casais homossexuais a possibilidade de gerar filhos oriundos de seu patrimônio genético. No entanto, a rapidez com que os progressos da ciência foram desenvolvidos, assim como suas transformações, acabou abalando conceitos assentados, de uma sociedade atônita e despreparada para receber tão profundas transformações.

Os tradicionais conceitos de paternidade e maternidade, e suas presunções diante de filhos havidos na constância do casamento ou união estável foram paulatinamente enfraquecidos, em razão das novas técnicas. Especialmente a presunção de maternidade, que sempre foi considerada evidente em decorrência dos sinais exteriores inequívocos, tais como a gestação e o parto, donde era possível afirmar que *mater sempre certa est*, foi profundamente abalada, notadamente em circunstância da maternidade de substituição e nesse viés é que foi editado o Provimento nº 52/2016 pelo CNJ para estabelecer que o nome que deve constar na certidão de nascimento como mãe é o da genitora socioafetiva e não o da parturiente que consta na DNV, solucionando, assim, essa delicada e polêmica questão que havia sobre a maternidade decorrente do útero de substituição.

Questiona-se, ainda, quanto às demais questões polêmicas que envolvem a “Barriga de Aluguel”, não previstas na resolução do CNM e nem no provimento do CNJ?

Cabe registrar, outrossim, que as resoluções do Conselho Federal de Medicina são insuficientes para solucionar as questões brevemente levantadas neste artigo científico, afora o fato das mesmas serem normas deontológicas e não terem força

legal. Igualmente, as resoluções do CNJ são instrumentos legais específicos e pontuais, sem abrangência em diversos aspectos oriundos dessa moderna técnica de reprodução assistida.

Aponta-se que os avanços tecnológicos não devam ser restringidos, porquanto é notório que a Medicina atua em favor da melhoria da qualidade de vida das pessoas e do progresso da ciência, em prol da sociedade de um modo geral, e que o desenvolvimento das técnicas de procriação assistida permite tanto aos casais inférteis quanto aos estéreis e aos homoafetivos, a renovação das esperanças na busca pelo tão desejado filho. Contudo, compete aos operadores do direito e das áreas interdisciplinares discutirem as questões polêmicas que envolvem a “Barriga de Aluguel”, propiciando, assim, mais elementos para o Poder Legislativo e para o próprio Poder Judiciário, enfrentarem as questões polêmicas relativas ao tema abordado neste artigo científico.

Portanto, é imperiosa a criação de uma legislação federal para regulamentar a “Barriga de Aluguel” (útero de substituição), abordando os diversos aspectos polêmicos levantados nesta pesquisa, pois a tutela dessa técnica de reprodução humana assistida não pode ficar a cargo de resoluções deontológicas do Conselho Federal de Medicina - CFM, pois as mesmas não possuem força legal e porque isso gera insegurança jurídica, tampouco, aguardando a expedição de provimentos pontuais do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, fechando os olhos para a realidade que está além das nossas vidraças.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nadia de. **VARGAS**, Daniela. **MARTEL**, Letícia de Campos Velho. Gestação de Substituição: Regramento no Direito Brasileiro e seus Aspectos de Direito Internacional Privado. In: **PEREIRA**, Rodrigo da Cunha. *Família entre o Público e o Privado*. Porto Alegre; Lex Magister/IBDFAM, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BADALOTTI, Mariângela; **PETRACCO**, Álvaro; **ARENT**, Adriana Cristine. Bioética e reprodução assistida, In: **LEITE**, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo Código Civil, In: **SÁ**, Maria de Fátima Freire de; **NAVES**, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida, *In: LEITE*, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Bioética x biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos; *In. BARBOZA*, Heloisa Helena; **BARRETTO**, Vicente de Paulo (coord). *Temas de bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização 'in vitro'*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARCHFONTAINE, Cristian de Paul. *Bioética e políticas demográficas. O mundo da saúde*, São Paulo, ano 26, v. 26, 2002.

BARRETTO, Vicente de Paulo. As relações da bioética com o biodireito. *In: BARBOZA*, Heloisa Helena, **BARRETTO** Vicente de Paulo (coord). *Temas de bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BELLINO, Francesco. *Fundamentos da Bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais*. São Paulo: Edusc, 1997.

BIRLOT, Ana Maria Monteiro; **TRINDADE**, Zeidi Araújo. *As tecnologias de Reprodução assistida e as representações sociais ao filho*. Scielo. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-94X2004000100008. Acesso em: 01/12/ 2012.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina - CFM. Resoluções nºs 2.121/2015, 2.013/2013, 1.957/2010 e 1.358/1992.

_____. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Provimento nº 52/2016.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARNEIRO, Fernanda; **EMERICK**, Maria Celeste. *A ética e o debate jurídico sobre o acesso e uso do genoma humano*. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 2000.

CENEVIVA, Walter. Direito de família e ciências humanas. *In: NAZARETH*, Eliana Riberti (coord). *Direito de família e ciências humanas*. São Paulo: ed. Jurídica Brasileira, 1997.

CLOTET, Joaquim; **FEIJÓ**, Anamaria. *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2005.

COSTA, Judith Martins. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v.18, p. 156-171, 2000.

FERNANDES, José de Souza. Bioética, biodireito e religião no diálogo sobre a eutanásia. *In: SÁ*, Maria de Fátima Freire de; **NAVES**, Bruno Torquato de Oliveira (coord). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GAMA, Guilherme Calmom Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOLDIM, José Roberto. *Maternidade Substitutiva*. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioética/mastersub.htm>. Acesso em: 16/12/ 2012.

_____. *Bioética: origens e complexidade*. **Revista HCPA**, Porto Alegre, v. 26, n. 2, p. 86-92, 2006. Ver também: **GOLDIM, J. R.** Bioética e interdisciplinaridade. *Educação, Subjetividade & Poder*, Porto Alegre, v. 4, p. 24-28, 1997.

GOMES, Renata Raupp. A relevância da bioética na construção do novo paradigma da filiação na ordem jurídica nacional, In: **LEITE**, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Temas de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

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

PESSINI, Leo; **BARCHIFONTAINE**, Cristian de Paul. *Problemas atuais da bioética*. São Paulo: Loyola: 1991.

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

REICH, T.W. *Encyclopedia of bioethics*. V.1, New York: MacMillan, 1995, p. XXI.

REVISTA CRESCER - Editora Globo, matéria *Alugo meu ventre por motivos financeiros* de autoria da Jornalista Elaine Cotta, onde há o relato de que várias mulheres alugam seu ventre por R\$ +- 100.000,00 e R\$ +- 200.000,00, inclusive para casais estrangeiros. Disponível em: <http://revistacrescer.globo.com/Gravidez/Planejando-a-gravidez/noticia/2013/07/alugo-meu-ventre-por-motivos-financeiros.html> e acesso em 10/03/2014.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

SGRECCIA, Elio. Engenharia genética humana: problemas éticos. In: **STANISLAUS**, Ladusâns (coord). *Questões atuais da bioética*. São Paulo: Ed. Loyola, 1990.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Direito de Família*. 5ª ed., São Paulo, Atlas S.A, 2005.