



A BARRIGA SOLIDÁRIA E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS

MORAES, Naila Fabrícia de Souza¹; GARCIA, Elaini Luvisari².

RESUMO - Objetivam-se com este trabalho analisar e refletir sobre as questões éticas e as consequências jurídicas da barriga solidária, método este que consiste na fecundação do óvulo em laboratório e na transferência do embrião para o útero da barriga em substituição. Devido a evolução da ciência quanto as técnicas de reprodução assistidas, surgem questões acerca do tema, de modo que atinge as esferas jurídica, moral ética e até mesmo a religiosa. Assim busca-se avaliar a possibilidade de gestação por substituição e seus efeitos no mundo jurídico. O procedimento metodológico consistiu em revisão literária sobre o tema por meio de pesquisa de artigos científicos e livros. As considerações a serem apurados apreciam as beneficências e maleficências da inovação tecnológica quanto as técnicas de reprodução assistidas, destacando-se o ponto da falta de segurança jurídica quanto a temática, por falta de legislação que regulamente tais condutas, vez que trata-se de temática que envolve o direito à vida, a filiação, a maternidade, a paternidade e a organização familiar.

Palavras chave: Barriga solidária. Filiação. Reprodução Assistida.

ABSTRACT - The objective of this study is to analyze and reflect on the ethical issues and the legal consequences of the solidary belly, a method that consists of fertilization of the egg in the laboratory and the transfer of the embryo to the uterus of the belly instead. Due to the evolution of science regarding assisted reproduction techniques, questions arise about the theme, so that it reaches the legal, moral, ethical and even religious spheres. Thus we seek to evaluate the possibility of pregnancy by substitution and its effects on the legal world. The methodological procedure consisted of literary revision on the subject through research of scientific articles and books. The considerations to be assessed appreciate the benefits and harms of technological innovation in relation to assisted reproduction techniques, highlighting the point of lack of legal certainty regarding the theme, due to the lack of legislation that regulates such conduct, since it is thematic which involves the right to life, sonship, motherhood, paternity and family organization.

Keywords: Assisted reproduction. Membership. Solidarity belly.

¹ Discente do Curso de Direito da Faculdade de Ensino Superior e Formação Integral – FAEF – nayla_fabricia8@hotmail.com

² Docente do Curso de Direito da Faculdade de Ensino Superior e Formação Integral – FAEF – profelaini@hotmail.com.br



1 INTRODUÇÃO

Com o advento dos avanços nos estudos científicos, as técnicas de reprodução assistidas passaram a ser métodos cada vez mais utilizados, dentre eles, pode-se citar a gestação por substituição ou barriga solidária, sendo este a temática do presente estudo além de seus aspectos jurídicos. Porém, a prática da gestação por substituição não possui legislação específica, assim, quanto a utilização desta técnica de reprodução assistida, surgem questões na seara do direito, como se a prática de barriga solidária pode ser realizada? Em caso de cessão temporária de útero a quem figurará como figura materna? Como é realizado o registro civil da criança? Há possibilidade, nos casos em que os pais que idealizaram o bebê e não forneceram material genético, de esta criança poder ter acesso aos seus decentes genéticos? Sendo muitas as dúvidas inerentes a esta prática.

O presente estudo tem por objetivo geral analisar as consequências de ausência de legislação sobre a barriga solidária e seu impacto na sociedade. Para atingir o objetivo geral, este estudo buscou atender os objetivos específicos, analisar a viabilidade de construção específica, verificar se há entendimento jurisprudencial consolidado sobre o tema.

Vários podem ser os fundamentos do presente estudo, como a inexistência de legislação específica sobre o tema, causando insegurança jurídica e consequentemente a procura por tutela judicial para solucionar a lide do caso.

O presente artigo encontra-se dividido em quatro capítulos e adota a metodologia de pesquisa bibliográfica, com pesquisa normativa, doutrinária e jurisprudencial. O primeiro capítulo aborda as técnicas de reprodução assistida com foco na gestação por substituição, assim apresentando os conceitos e contexto histórico até a atualidade.

O segundo capítulo apresenta como a temática vem sendo trabalhada mesmo sem legislação específica e quais instrumentos vem sendo utilizados como normas para sanar a lacuna legislativa, de modo que busca analisar a



Ano IX – Volume 18 – Número 1 – 2º semestre de 2020
viabilidade para a elaboração de lei própria.

O terceiro capítulo já aborta um estudo jurisprudencial para verificar como o tema encontra-se nos tribunais, buscando analisar qual o real conflito apresentado nas situações que são ofertadas ao judiciário.

No quarto parágrafo apresenta-se as possibilidades da prática da gestação por substituição ocorrer de forma ilegal, demonstrando quais as consequências a serem tratadas na seara cível bem como se a conduta pode ser enquadrada como crime perante as legislações nacionais.

O último capítulo apresenta as considerações finais, verificando que mesmo sem a legislação própria muitas dúvidas foram sanadas com as resoluções do Conselho Federal de Medicina.

2. AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

As funções da família na sociedade atual vem passando por diversas mudanças em sua concepção, estando o direito de família recebendo uma maior valoração constitucional em decorrência destas mudanças, necessitando proteger os vínculos e as relações familiares. Neste ponto, o planejamento familiar passa a ter maior relevância, por tratar-se da liberdade de procriação, devendo o poder público proteger esse conceito de família.

Os avanços da ciência foram essenciais para a criação de uma nova concepção de identidade materna, avistando as formas que definem um tipo de mãe para um bebê, viabilizando a filiação. A figura materna geralmente é elencada a uma mesma pessoa, a figura genética e gestacional, porém, em decorrência da reprodução assistida, a figura materna pode ser distinta, sendo a mãe genética aquela que encomenda, ou também pode ser que a mãe encomendante não possa fornecer o material genético, bem como não poder gestar o filho, assim utilizando-se de bancos para que ocorra a fecundação.

Para Silva (2011) a gestação por substituição é a entendida por muitos doutrinadores como sendo aquela em que a mulher cede o útero para a gestação do filho de outra, a quem a criança deverá ser entregue após o



Ano IX – Volume 18 – Número 1 – 2º semestre de 2020
nascimento, assumindo a mulher encomendante, a qual forneceu o material genético, a condição de mãe.

Essa técnica possui diversas denominações tais como útero de aluguel, útero de empréstimo, gestação por substituição, mãe sub-rogada, gestação sub-rogada, barriga de aluguel, cessão temporária de útero, dentre outras que indicam a gestação por substituição.

A técnica ficou popularmente conhecida como barriga de aluguel, porém é ataca pela doutrina, sendo considerada inadequada, vez que na maioria dos países em que a técnica é permitida ou não é vetada, quase sempre exige-se como requisito a gratuidade, não podendo haver um acordo pecuniário, assim a terminologia barriga de aluguel não seria conveniente para representar tal técnica.

O embrião originado pode ser implantado em uma outra pessoa, diferente da doadora, que contribui com o projeto procriativo, de modo que a criança terá no mínimo três figuras maternas: a mãe biológica, que doadora dos gametas; a encomendante, que por ato volitivo deseja levar adiante o processo reprodutivo; e a portadora ou natural que é aquela que engravida e dá a luz à criança. (DINIZ, 2000).

Um caso semelhante ocorreu nos Estados Unidos no ano de 1993, em que uma criança possui três pais e três mães. Um casal havia adotado uma filha, porém, passados uns anos, desejaram ter outro filho com o mesmo material genético da filha adotada, deste modo começaram uma busca pelos pais biológicos da menina para pedir a doação de material genético necessário para a fecundação. Os pais biológicos da criança, mesmo estando separados, decidiram contribuir e doarão o material necessário para a fertilização *in vitro*. O embrião foi implantada na filha mais velha do casal encomendante, que na época já era casada, e deu à luz a sua irmã adotiva mais nova. Deste modo a criança possui três pais e três mães. (DINIZ, 2012).

No Brasil a gestação por substituição não foi claramente definida, nem pelos legisladores, bem como pelos tribunais, restante apenas sobre o assunto as resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), que regulamenta a



Ano IX – Volume 18 – Número 1 – 2º semestre de 2020
gestação por substituição, estipulando que as doadoras temporárias de útero devem ser membros da família da doadora genética, num parentesco até quarto grau, estando os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Federal de Medicina, também dispõe que a cessão temporária do útero não pode ter natureza comercial ou lucrativa.

A esterilidade gera uma reação em cadeia, causando primeiramente uma reprovação na essencial da mulher, passando a atingir o casal e então o grupo familiar. Em decorrência disso, muitas mulheres decidem se submeter as técnicas de reprodução assistida, para realizar a tão sonhada maternidade, vez que é natural o desejo de conceber um filho, sendo mais intenso nas pessoas que são acometidas de infertilidade.

Para Ribeiro (2004, p. 53) “a experiência da infertilidade pode ser desestruturante, podendo até levar alguns casais à separação após tentativas frustradas de gerar um descendente”. Assim, a solução é procurar meios para ter o próprio filho, com a doação do material genético, utilizando dos meios que a ciência dispõe para a reprodução assistida, ou por meio da adoção.

A adoção decorre de instituto regulado em lei, em que a família tem a disponibilidade de adotar uma criança que foi abandonada pelos pais biológicos. Em decorrência dos avanços científicos, é apresentado possibilidades a mulher estéril, com diversos procedimentos que podem ser escolhidos, sem violar seus direitos fundamentais e também os da criança.

A Constituição Federal não discriminou expressamente o direito a ter filhos, porém contempla o direito familiar, que abarcam os direitos a concepção e contracepção, intimamente ligados a liberdade do casal sobre a constituição familiar, assim, a própria Constituição Federal determinou que é competência do Estado o dever de proporcionar recursos necessários a educação e informação dos métodos existentes.

Deste modo, conclui-se que o Estado tem o encargo de assegurar projetos eficazes de regulação e propiciar as famílias os meio adequados a fecundação. Em decorrência do tema, foi elaborada a Lei nº 9.263/96, de Planejamento Familiar, que garante a todo cidadão o acesso às ações que



Ano IX – Volume 18 – Número 1 – 2º semestre de 2020
institui a fecundidade, como disposto em seu art. 2º (Brasil, 1996):

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o caput para qualquer tipo de controle demográfico.

O reconhecimento legal de técnicas de reprodução fertilização promove uma reprodução humana, admitindo que no direito brasileiro ratifica as técnicas de reprodução assistidas. Contudo, também deve ser resguardado algumas ações para limitar os exercícios de direito, como aponta o parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 9.263/96.

A prática da barriga solidária no Brasil atualmente é regulamentada pelo CFM, pela Resolução nº 2.168/2017, que substituiu a Resolução nº 2.121/2015, que apenas apresentou a alteração da obrigação do compromisso em registro civil dos pais genéticos, devendo ser a documentação providenciada durante a gestação.

A questão da gratuidade do procedimento foi mantida, vedando a comercialização da prática. Esse ponto é o mais controverso no Brasil quando a sub-rogação de útero, vez que não se admite qualquer forma contratual para a realização do procedimento que tenha por fim pagamento.

Outro ponto que deve ser destacado é que anteriormente a Resolução nº 2.121/2015, ou seja, até o ano de 2015, os casais homoafetivos ficavam sem amparo de seu direito para a realização da maternidade por substituição, não podendo fazer uso de tal técnica, buscando muitas vezes opções fora do país para realizar o sonho da paternidade/maternidade. Porém atualmente, diante das alterações, os direitos dos casais homoafetivos foi resguardado.

Nas clínicas de reprodução assistidas, deve ser observado a obrigatoriedade de certos documentos, como o termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária de útero, que deverá contemplar os aspectos biopsicossociais e os riscos envolvidos no ciclo



Ano IX – Volume 18 – Número 1 – 2º semestre de 2020
gravídico-puerperal, além dos aspectos legais da filiação. Além de relatório médico com o perfil psicológico, o termo de compromisso entre paciente e concedente de útero esclarecendo a filiação, bem como o Termo de Compromisso de uso de técnicas de reprodução assistida, e por último o compromisso de registro civil da criança pelos pacientes.

Também se faz obrigatório a aprovação do cônjuge ou companheiro por escrito, caso a cedente temporária do útero seja casada ou viva em união estável para fins da fertilização.

Atualmente no Brasil, também dispõe sobre o tema a Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que trouxe inovações em face da anterior Provimento nº 52/2016 do CNJ, que também dispunha sobre a facilitação para inscrição em registro civil dos nascidos por técnicas de reprodução assistidas. A novidade da Resolução nº 63 foi a não exigência da identificação da pessoa doadora do material genético, como se vê:

Art. 8º O oficial de registro civil das pessoas naturais não poderá exigir a identificação do doador de material genético como condição para a lavratura do registro de nascimento de criança gerada mediante técnica de reprodução assistida (BRASIL).

Não sendo mais considerado para efeito da inscrição em registro civil o nome da mulher que der à luz, acabou por abalar o princípio *mater semper certa est*, que considera que a mãe é sempre certa, vez que, com os avanços científicos e da medicina, a possibilidade de uma mãe de substituição carregar no seu útero um feto que não tenha vínculos biológicos é perfeitamente possível.

As disposições elencadas no Provimento nº 63 do CNJ encerraram questões relacionadas ao aspecto da filiação, vez que haviam questionamentos como: se o óvulo fosse da doadora, e não da esposa do casal, quem seria a mãe? A esposa que teve em seu útero implantado óvulos de uma doadora, fecundados com sêmen do marido, quem seria a mãe? Ou, o mais conhecido, caso a doadora do útero temporário requeresse a filiação do nascituro de forma judicial, a quem caberia a filiação? Todas essas questões, foram esclarecidas por meio do Provimento, o qual exige uma série de documentos para elucidar



Ano IX – Volume 18 – Número 1 – 2º semestre de 2020
cada ponto a ser questionado no que tange tais questões, deste modo um novo conceito de maternidade e paternidade foi elaborado, trazendo a presunção de filiação ao casal que idealizou o nascimento, independentemente de quem forneceu o material genético.

Ocorre que, ainda existem pontos que somente a legislação poderá suprir, assim passa-se a demonstrar a seguir a importância de legislação própria em face das técnicas de reprodução assistida.

3. A INEVITABILIDADE DE LEGISLAÇÃO PRÓPRIA PARA REGULAMENTAR A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

No Brasil, até o ano de 2016, era considerada mãe aquela que houvesse dado à luz, vez que a certidão de nascimento era fornecida a mulher que houvesse concebido a criança. Posteriormente ao Provimento nº 52, de 14 de março de 2016, do CNJ, surgiu a possibilidade de registro de direito nos casos de gestação por substituição, mesmo sem legislação específica, provimento este que futuramente foi substituído pelo Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017.

A realidade é que não há dispositivos legais específicos sobre o tema que coloquem limites ao emprego das técnicas de reprodução assistida, e a interpretação pode ser feita somente de forma extensiva analisando as resoluções e provimentos do CNJ.

Diversas são as lacunas normativas no ordenamento jurídico brasileiro sobre a maternidade de gestação por substituição, sendo este cenário propício a discussões bem como eventualmente o surgimento de conflitos judiciais para elucidar as respectivas lacunas. As omissões normativas sobre o tema tornam tais situações vulneráveis quando apreciadas pelo poder judiciário, vez que não há parâmetros jurídicos suficientes.

No Congresso Nacional existem diversos projetos de leis que abordam o direito a gestação por substituição, porém nenhum ainda foi apreciado, sendo um deles o Projeto de Lei no Senado nº 90, de 1999 de autoria do Senador Lúcio Alcântara.



Ano IX – Volume 18 – Número 1 – 2º semestre de 2020

Após a promulgação da Lei nº 3.268/57, que concedeu os Conselhos de Medicina autoridade administrativa e financeira, as resoluções passaram a ter um *status* de normas de conduta médica. Assim a temática passou a ser regulamentada pelas Resoluções, sendo a Resolução nº 2.168/2017 a vigente no presente momento.

Alguns doutrinadores invocam a previsão constitucional para determinar a possibilidade de doação de órgãos, que deve ser aplicada de forma extensiva e análoga a situação. Porém, para alguns, tal situação é rechaçada, pois acredita-se que deve haver limitações à disposição do próprio corpo, limites à autonomia pessoal, de modo que a cessão temporária do útero para a gestação e a obrigação de entregar a criança após o nascimento seriam bens indisponíveis, estado fora de comercialização. (SILVA, 2016).

Deve-se analisar o aspecto que consideram a relação de instrumentalização de criança, vez que o direito não impede que pessoas sejam objeto de relações jurídicas. Ao que tange as crianças, seus pais exercem poderes sobre elas, mas esse poder deve ser exercido levando em consideração o interesse dos próprios filhos, considerando de forma negativa que eventualmente, se a criança se sentir lesada, poderá ter consequência psicológicas, sob outra perspectiva, pode-se verificar que o direito à vida da criança foi preservado. Também deve ser analisado os efeitos causados no casal que desejam ter um filho e biologicamente encontram-se impossibilitados, não medindo esforços para realizar seu sonho.

A regulamentação das técnicas de reprodução assistidas não significa apenas possibilidades e restrições para a medicina, mas também uma mudança histórico sobre as relações familiares, mesmo que atualmente seja uma prática que na maioria das vezes somente é utilizada pela classe alta da sociedade.

A ausência de legislação que regulamente os casos de gestação por substituição torna penosa a atuação do judiciário, sendo essencial que o legislativo edite uma norma com tal conteúdo, principalmente para regulamentar a preferência a paternidade/maternidade ao casal que idealizou a



Ano IX – Volume 18 – Número 1 – 2º semestre de 2020
criança, sendo deles o filho aos olhos da lei, independente do vínculo genético.

Das palavras de Silva (2011, n.p), destaca-se:

Uma vez fixada a maternidade e a paternidade àqueles que manifestaram a vontade procriacional, delas há de resultar todos os efeitos afetos ao parentesco, sendo vedado ao filho a busca da verdadeira filiação para a obtenção de nova identidade parental, permitindo-se, que a criança possa ter, a qualquer tempo, acesso à sua identidade genética, especialmente nos casos em que de tal informação precisar para sanar gravame de saúde.

Uma vez realizada a identidade parental a mesma deve ser mantida, não podendo o filho futuramente buscar os doadores do material genético, de modo que como demonstrado acima, o filho poderá ter acesso somente a sua identidade genética. Deve-se observar também que a atribuição da paternidade depende da concordância expressa do marido, admitindo-se para a fixação da paternidade que seja aplicado ao caso a presunção tratada no art. 1.597, III do Código Civil.

A falta de legislação sobre a gestação por substituição, acaba por denegrir o princípio da dignidade da pessoa humana, não somente da pessoa que cede o útero em sub-rogação, mas de todos os envolvidos, não estabelecendo limites na aplicabilidade das técnicas de reprodução assistida. Assim, ocorre que, não havendo parâmetros legais, muitas situações se encontram solução ao pedirem tutela ao poder judiciário, assim em seguida passará a ser analisado a prática da barriga solidária sucedida na ilegalidade.

4. A PRÁTICA DA BARRIGA SOLIDÁRIA EM FACE DA INOBSERVÂNCIA DO RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

O Conselho Federal de Medicina regulamenta por meio de resoluções a prática da barriga solidária, determinando inclusive os aspectos da filiação. Porém, como demonstrado anteriormente no presente trabalho, se respeitados as resoluções do CFM a questão da filiação estará superada, porém o que pode-se esperar de situações que desenvolvem de forma irregular ou ilegal,



Ano IX – Volume 18 – Número 1 – 2º semestre de 2020
como decorrentes do pagamento, assim sendo realizada de forma clandestina até mesmo caseira, se resolverão de qual forma? Relevando novamente a questão da filiação.

Para Ferraz (2011) por não ter lei específica quanto ao assunto, a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm seguido, por analogia, a teoria de que a mãe é aquela que teve o parto, aceitando a hipótese de adoção pela doadora do óvulo desde que a genitora concorde. Ainda relata quanto aos Tribunais americanos, nos quais é aceita a sub-rogação do útero, que, quando não há contrato prévio, a maternidade é atribuída àquela que contratou.

O conflito positivo quanto a maternidade pode ocorrer quanto ambas, tanto a genitora bem como aquela que idealizou a maternidade, requererem pela criança após o parto. Tal fato pode ocorrer de forma inesperada no desenvolvimento de uma gestação por substituição que não seguiu as regulamentações do CFM. Decorrente da questão, surgem diversas variáveis, o material genético pode ter sido fornecido pelo casal idealizar e a genitora não querer entregar a criança, o material genético pode ter sido doado por meio de banco de doações e a genitora se negar a entregar a criança e também pode haver a desistência do casal idealizador durante o período da gestação.

Segundo Cardin (2009), diante da ausência de norma positiva para os eventuais litígios decorrentes de cessão temporária de útero, acredita-se que a melhor solução seria apresentada em três hipóteses: quando o material genético não lhe pertencer, deverá ser entregue o bebê aos pais biológicos; quando o material genético for fruto de doação, entende-se que o bebê deverá ficar com os pais que contrataram a cessão temporária do útero; e quando o óvulo e o espermatozoide pertencerem ao casal, o bebê também deverá ficar com o casal solicitante.

Em se tratando da desistência do casal idealizar em ficar com o bebê, a genitora poderá requerer em juízo por alimentos, pois a expectativa da gestante era apenas levar a gestação até o momento do parto e em seguida realizar a entrega do bebê ao casal, e como os mesmos desistiram deverão ter a responsabilização até a criança atingir dezoito anos.



Ano IX – Volume 18 – Número 1 – 2º semestre de 2020

Ocorre que para sanar tal dúvida será necessária a tutela jurisdicional, pois trata-se de questão principiológica, estando em conflito a questão do fornecimento de material genético, a depender do caso, além da existência de presunção sobre a gestação, porém a como demonstrado o entendimento doutrinário, prevalecerá como figura materna aquela que idealizou a criança.

A prática ilegal da gestação por substituição pode incorrer no delito do art. 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que pune aquele que “prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa”, sendo a pena de reclusão de um a quatro anos e multa. Neste caso, responderá a mãe biológica e os contratantes e os que viabilizaram o contrato.

Se ocorrer o registro da criança com indicação falsa da paternidade e maternidade, prática conhecida como adoção à brasileira, os envolvidos incorrerão no delito do art. 242, do Código Pena, inerente a supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil do recém-nascido, podendo cominar em pena de 2 a 6 anos de reclusão e multa.

O Código Penal prevê em seu art. 245, §1º a punição da mãe biológica da criança que vier a entregar “ilho menor a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo”. O crime possui como requisito a demonstração do descrédito moral ou material dos pais contratantes, causando uma inviabilidade na aplicação de tal dispositivo, porém caso seja enquadrado, os pais contratantes responderam por pena de 1 a 4 anos de reclusão e multa.

A Lei nº 9.434/2003, mais conhecida como a Lei de transplantes, em seu art. 15 criminaliza a conduta de “compra ou venda de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano”, porém a mesma não pode ser aplicada ao caso de crimes na prática da gestação por substituição, visto que a mercantilização no caso se refere a criança que pode ser enquadrado como nascituro, assim não se enquadrando no fato típico do crime do art. 15 da Lei nº 9.434/2003.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 48119 RS se manifestou quanto a não punição da simples “proposta genérica, sem



Ano IX – Volume 18 – Número 1 – 2º semestre de 2020
endereço certo e sem vínculo de qualquer natureza entre a promitente e terceira pessoa que se proponha a realizar a condição [pagamento]”, não sendo punível assim quem realiza anúncios públicos em redes sociais oferecendo o “aluguel” do útero.

Dando seguimento ao presente estudo, passa-se analisar como o tema vem sendo abordado nos tribunais brasileiros.

5. OS JULGADOS SOBRE A BARRIGA SOLIDÁRIA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Foi realizado uma pesquisa jurisprudencial para o presente trabalho, coletando dados nos Tribunais da Justiça do Brasil, vez que a competência para analisar questões relacionadas ao direito de família são da Justiça Comum. Utilizando-se o termo “barriga solidária” é possível encontrar 646 resultados, já para o termo “barriga de aluguel” são encontrados 504 resultados, enquanto que para o termo “maternidade de substituição” foram encontrados 12.141 resultados, porém a pesquisa utilizou-se somente do primeiro termo, “maternidade”, assim não podendo auferir ao certo quantos abortam o tema maternidade de substituição. O caso mais emblemático, ao qual possui conexão com a temática abordada no presente estudo, sendo ele o Agravo Regimental de nº 0005760-56.2016.8.05.0000 50000, constando em seu relatório:

Trata-se de Agravo Interno 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.

Os desembargadores ratificaram a sentença e julgaram improvido o agravo interposto, alegando que a utilização do útero alheio como local para a gestação não incluiria a desnecessidade de uma contraprestação da agravante, ficando está obrigada a pagar, além da mensalidade que paga pela



Ano IX – Volume 18 – Número 1 – 2º semestre de 2020
sua cobertura e de seu marido, a da mãe de aluguel, vez que não há como o plano de saúde arcar com duas coberturas, ainda que de forma temporária, alegando que o útero de aluguel, pois estaria sendo descumpridas normas contratuais, o que ocasionaria um completo desequilíbrio econômico financeiro na relação entre as partes.

No acórdão há o reconhecimento como mãe daquele que tomou o útero emprestado e idealizou o nascimento da criança, concebendo totalmente a esta os direitos oriundos da maternidade, mesmo sem previsão legal, como o prazo de licença maternidade. De outra ponta, prevaleceu o entendimento que tais direitos não podem ferir princípios contratuais, de modo que o plano de saúde não foi obrigado a custear o tratamento da gestante como dependente do plano da mãe que idealizou a gestação.

Outra decisão que pode ser elencada é a proferida pelo Juiz da 1ª Vara de Família e Registro Civil do Recife, Clicério Bezerra, no qual sentenciou no caso de um casal homossexual que haviam tido uma filha por meio da barriga solidária, sendo apenas um dos pais o doador do material genético, e uma prima a cedente do útero, que houvesse a dupla paternidade na certidão de nascimento.

Deste modo, pode-se observar que, mesmo sem legislação específica para elucidar as questões, as mesmas vivem necessitando de amparo judicial, sempre encontrando uma solução de forma principiológica, de modo a resguardar a família e os meios para a sua concepção, não considerando somente os laços biológicos, mas também os afetivos.

Na contemporaneidade, o instituto da barriga solidária somente é regulamentada pela Resolução nº 2.168/2017 do CFM, porém a mesma é insuficiente para sanar os diversos problemas que ainda podem surgir em decorrência da prática da barriga solidária, entretanto, a vontade de ter um filho prevalece sobre o fator biológico, assim, mesmo com a falta de legislação, a prática não encontra-se totalmente desamparada.



5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar a temática da barriga solidária, que é meio pelo qual muitas famílias que são biologicamente impossibilitadas de ter seus filhos de forma natural utilizam-se para constituírem suas famílias, é possível concluir que a conduta é uma realidade, claro não para todas as famílias, mas aquelas que não podem de forma natural, sendo esta uma parcela significativa da sociedade, pois deve-se considerar casais heterossexuais e homossexuais, além de que, atualmente as técnicas de reprodução assistida ainda não possuem valores tão acessíveis.

Já no que tange à disposição do próprio corpo para cessão temporário do útero, o tratamento a ser aplicado é o mesmo para as doações de órgãos, assim o ponto que a Constituição Federal resguardou essencialmente é que o procedimento deve ter caráter não oneroso e sim voluntário, ou seja, a prática pode ser realizada, desde que a concedente não receba uma contraprestação pela função.

Outro ponto que ao decorrer do estudo pode ser destacado tem relação a proteção ao corpo quando trata-se de pessoa que cederá o útero que não se encontra dentro do seio familiar, existindo o conflito do cunho comercial. Por não haver legislação sobre o tema, não a formas de haver uma coação em decorrência de lei, vez que as resoluções da CFM não podem exercer tal função.

Salienta-se que a prática da barriga solidária, não respeitando as resoluções do CFM podem ser consideradas crimes perante o Código Penal e o Estatuto da criança e do adolescente, punindo a gestante e o casal que idealizou a gestação, razão pela qual, aqueles que optarem por realizar a prática da barriga solidária devem se valer da resolução da CFM.

Este trabalho verificou que a prática da barriga solidária bem como as técnicas de reprodução assistidas carecem de uma norma reguladora elaborada pelo poder legislativo para resguardar tais situações, vez que atualmente a prática se baseia nas Resoluções do CFM, porém também ficou elucidado que, embora exista a ausência legislativa, problemas como a filiação,



Ano IX – Volume 18 – Número 1 – 2º semestre de 2020 em decorrência das resoluções do CFM não são mais corriqueiras, vez que o procedimento realizado antes mesmo da concepção da criança já evidenciam quem serão seus pais, independentemente de quem foi responsável pela gestação ou até mesmo pelo fornecimento de material genético.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. 27. Ed. São Paulo: Rideel, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 63 de 14 de novembro de 2017**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>>. Acessado em: 20 set 2019.

BRASIL. **Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acessado em: 26 out 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>. Acessado em: 20 set 2019.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andreyelle Vanessa. Das implicações jurídicas da maternidade de substituição. Disponível em: <<http://galdino.adv.br/artigos/download/page/9/id/176>>. Acesso em: 24 out 2019.

DINIZ, Maria Helena. A ectogênese e seus problemas. **Revista Justitia**. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/016308.pdf>>. Acessado em: 17 set 2019.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8 ed. – São Paulo: Saraiva. 2012.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da responsabilização. Curitiba: Juruá, 2011.

RIBEIRO, Marina Ferreira da Rosa. **Infertilidade e reprodução assistida**: desejando filhos na família contemporânea. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004. p. 53.



Ano IX – Volume 18 – Número 1 – 2º semestre de 2020

SILVA, Eneida Rosélia Nascimento. **Barriga Solidária**: Limites Jurídicos e o Direito Fundamental ao Próprio Corpo, 2016. Disponível em:< http://tede2.u nicap.br:8080/bitstream/tede/578/1/eneida_roselia_nascimento_silva.pdf>. Acessado em: 15 set 2019.

SILVA, Flávia Alessandra Naves. Gestação de substituição: direito a ter um filho. **Revista de Ciência Jurídicas e Sociais** v.1, n.1, 2011. Disponível em:< <http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasesociais/article/view/914/894>>. Acessado em: 16 de setembro de 2019.

STJ - **REsp: 48119 RS 1994/0014018-5**, Relator: Ministro Assis Toledo, data do Julgamento: 20/03/1995, T5 - Quinta Turma, Data da Publicação: DJ 17.04.1995 p. 9587 RDTJRJ vol. 25 p.66 RT vol. 716 p. 525, DJ 17.04.1995 p. 9587 RDTJRJ vol. 25 p. 66 RT vol. 716 p. 525

TJ-BA - **AGR: 00057605620168050000 50000**, Relator: Maria da Graça Osório Pimentel Leal, Primeira Câmara Cível, Data de publicação: 17/08/2016