

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES/UNITA

BACHAREL EM DIREITO

MARIANA DE OLIVEIRA TEOTONIO

**UNIÕES HOMOAFETIVAS: A (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DA
CONCEPÇÃO DE FILHOS ATRAVÉS DA BARRIGA DE ALUGUEL**

CARUARU
2018

MARIANA DE OLIVEIRA TEOTONIO

**UNIÕES HOMOAFETIVAS: A (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DA
CONCEPÇÃO DE FILHOS ATRAVÉS DA BARRIGA DE ALUGUEL**

Artigo científico apresentado como requisito de conclusão do Curso de Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA

Orientador (a): Prof.^a Karlla Lacerda Rodrigues da Silva

CARUARU

2018

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dado o discernimento necessário para concluir este trabalho, e o dedico, com todo meu amor e gratidão, aos meus amados pais e irmão, que sempre estiveram comigo durante toda a minha vida, me incentivando a ser sempre uma pessoa melhor e que, durante toda jornada do meu curso, me apoiaram e me ajudaram a superar as minhas dificuldades, me mostrando sempre que nunca se deve desistir daquilo que se quer e a saber lutar sempre com a cabeça erguida, maestria e sabedoria as dificuldades que a vida nos impõe.

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: ____/____/____

Presidente: Prof.

Primeiro avaliador: Prof.

Segundo avaliador: Prof.

RESUMO

O presente artigo acadêmico analisa a possibilidade de casais homoafetivos conceberem filhos através da reprodução assistida na modalidade de barriga de aluguel. No entanto, para tal procedimento não se tem uma legislação expressa a respeito desse tema. Dessa forma, diante da contemporaneidade familiar, acerca das famílias homoafetivas, cumpre destacar a possibilidade de ser realizado um contrato para sub-rogar um útero, com o intuito de gerar uma criança. É nesse novo paradigma familiar que o presente artigo será desenvolvido, com o objetivo de encontrar uma solução para a realização deste procedimento, ou seja, a sub-rogação do útero para pessoa que não tenha relação de parentesco. Para tanto, foi realizada, durante a pesquisa, uma breve evolução histórica sobre o conceito de família, bem como seus princípios norteadores. Ainda foram abordadas as técnicas de reprodução e, ao final, foi tratada a problemática em si do artigo, ou seja, a possibilidade de conceber filhos através da barriga de aluguel sem que exista uma relação de parentesco. Ademais, no presente artigo foi utilizada ainda a metodologia do modo indutivo-quantitativo, sendo utilizadas, durante o artigo, pesquisas bibliográficas, com base em livros, artigos científicos, endereços eletrônicos referentes à jurisprudência e ao jornalismo, bem como as legislações estrangeiras, para que se utilize em relação ao direito comparado

Palavras chaves: Famílias. Uniões homoafetivas. Reprodução Assistida. Barriga de aluguel. Contrato.

ABSTRACT

This article intends to analyse the possibility of homosexual couples have children through assisted reproduction in the modality of surrogate belly. However, there is not an express law talking about this theme. For that reason, in the context of familiar contemporaneity about homoaffective families, it is important to emphasize the importance of having a contract in order to substitute an uterus with the aim of generate a child. It is in this new familiar paradigm that the article is going to develop, with the objective of finding a solution to accomplish this procedure, which in other words means the substitution from the uterus to the person who does not have a relation of parentage. Then, an historic evolution was made during the reserach about the definition of family as well as its main principles and were also elaborated some reproduction techniques and finally, the possibility of the conception of children through surrogated belly without a parentage relation. Besides that, in the present article, was also used a methodology in the mood inductive – quantitative, being used during the article bibliographic researches based on books, scientific articles, eletronic adresses relating to jurisprudence and journalism as well as foreign legislations so it can be used concerning comparative law.

Key Words: Families. Homoaffective unions. Assisted reproduction. Surrogated belly. Contract.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 FAMÍLIA: A SUA ORIGEM E CONTEMPORANEIDADE LEGISLATIVA.....	08
2.1 Princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família	09
2.2 Uniões homoafetivas e os reflexos jurídicos	12
2.3 Marco inicial das uniões homoafetivas em Pernambuco	13
3 OPÇÕES LEGAIS BRASILEIRAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA NA ATUALIDADE	14
3.1 Inseminação artificial homologa e heteróloga	14
3.2 Fecundação <i>in vitro</i>	17
3.3 Maternidade por substituição	18
4 DA BARRIGA DE ALUGUEL	20
4.1 Significado e modalidades da barriga de aluguel	20
4.2 A classificação da barriga de aluguel	22
4.3 Barriga de aluguel entre casais homoafetivos e a legislação brasileira	24
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	25
REFERÊNCIAS	27

1 INTRODUÇÃO

Diante da modernidade vivida atualmente pela sociedade, o direito civil vem sofrendo constantes mudanças, em especial o direito de família, e, conseqüentemente vem abordando a visão tradicional de família, formada pelo modelo patriarcal. Dessa forma, surge o desejo de casais aumentarem a família, ocasião em que, com os avanços da medicina, surge a esperança para aqueles casais impossibilitados de conceberem filhos, bem como casais homoafetivos, os conceberem através da reprodução assistida.

Assim, é com atenção em específico à possibilidade de casais homoafetivos conceberem filhos mediante o processo de reprodução assistida que o presente trabalho foi desenvolvido, e como o direito se posiciona diante desses casos.

No primeiro tópico será abordado o conceito de família diante das transformações sofridas, os principais princípios que regem o direito de família, sendo eles: o princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade familiar, melhor interesse da criança, solidariedade e por fim o princípio da igualdade. Foram tratadas, ainda dentro desse tópico, questões sobre o reconhecimento das uniões homoafetivas, como também a primeira união homoafetiva realizada no Estado de Pernambuco.

No segundo tópico, serão abordadas as opções legais brasileiras de reprodução assistida na atualidade, no qual será explicado como todo o procedimento é realizado, de modo que serão exemplificados também as técnicas de reprodução assistida, as quais sejam: a inseminação artificial homóloga e a heteróloga, em que são ainda subdivididas em fecundação in vitro e maternidade por substituição.

Por fim, no terceiro tópico, será abordada a problemática do artigo, a barriga de aluguel como forma de conceber filhos para casais homoafetivos, onde será tratado seu significado, como também suas modalidades. Diante desse contexto, foi abordada, ainda, a classificação da barriga de aluguel como contrato oneroso, os posicionamentos doutrinários acerca do tema, e por fim, o direito comparado em relação a esses casos.

Para o desenvolvimento do presente artigo, optou-se pela pesquisa bibliográfica, desenvolvida com base em livros, artigos científicos, endereços eletrônicos referentes à jurisprudência e ao jornalismo, bem como às legislações estrangeiras para que se utilize em relação ao direito comparado.

2 FAMILIAS: SUAS ORIGENS E CONTEMPORANEIDADES LEGISLATIVA

Nos tempos modernos o instituto da família sofreu transformações significativas e vem se remodelando a cada novo aspecto que surge na sociedade. Segundo GONÇALVES (2012, p. 23). “família é uma realidade sociológica e constitui a base de um Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social” Porém, o conceito de família, hoje, é bastante complexo de ser definido.

Modelos familiares diversos do modelo familiar tradicional surgiram e não mais se resumem ao modelo patriarcal, onde o poder girava em torno da presença masculina, da presença do pai. Portanto, atualmente, faz-se necessário, de certa forma, abandonar a forma da tradicional família formada por pai, mãe e filhos. Assim, devem-se ser levadas em consideração as diversas famílias existentes hoje na sociedade brasileira.

Vale salientar ainda que a Constituição Federal de 1988 dispõe em seu art. 226 a proteção à família, sendo ela derivada do casamento, de uma união de fato, natural ou adotiva.

Vejamos:

A família à margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela constitucional porque apresenta as condições de sentimento da personalidade de seus membros e à execução de tarefas de educação de seus filhos. As formas de vida familiar à margem dos quadros legais revelam não ser essencial o nexos familiar matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que casamento e família para constituição são realidades distintas. A Constituição apreende a família por seu aspecto social (família sociológica). E do ponto de vista sociológico inexistente um conceito unitário. (TEIXEIRA *apud* MUNIZ 1993, p. 77)

Quanto ao tema, DIAS (p. 2) argumenta dizendo ainda que a formação da família não deve se restringir a uniões heterossexuais, não se devendo ter uma discriminação acerca das uniões homoafetivas, uma vez que o indivíduo tem o direito de escolher sua opção sexual, vejamos:

Apesar de a Constituição ter reconhecido a existência de entidades familiares fora do casamento, na busca de exercitar um certo controle social, se restringiu a emprestar juridicidade apenas às relações heterossexuais. Por absoluta discriminação, fruto de um conservadorismo perverso, deixou de regular os relacionamentos que não têm como pressuposto a diversidade de sexos. Mas é necessário encarar essa realidade sem preconceitos, pois a homoafetividade não é uma doença nem uma opção livre. Assim, descabe estigmatizar quem exerce orientação sexual diferente, já que, negar a realidade, não irá solucionar as questões que emergem quando do rompimento de tais relações.

Nesse contexto, podemos entender como família um grupo de pessoas ligadas entre si pelo vínculo do casamento, sanguíneo ou pelo afeto. (DIAS). Na contemporaneidade é

possível definir família como sendo plurais e não apenas relacionada aos laços sanguíneos ou ao casamento.

A família no cenário atual é dotada de especificidades, na qual não cabe mais o tradicional, e sim a pluralidade familiar em que o amor e o afeto são os principais elementos formadores da família contemporânea. É preciso fortalecer o fato de que o principal elemento a ser considerado entre os envolvidos dentro de uma família é o amor familiar, ou seja, o elemento formador da família contemporânea é o amor.

É nesse cenário que as famílias homoafetivas estão inseridas, nesse novo paradigma da família contemporânea. Sabe-se que a homossexualidade é uma realidade que sempre existiu e é tão antiga quanto a heterossexualidade, e mesmo assim tem sido objeto de preconceito ao longo dos anos. Em tempo atual famílias homoafetivas sofrem com este preconceito. Embora vários direitos já tenham sido alcançados, o preconceito continua presente na sociedade e muitos acham que essa vontade de construir uma família baseada no amor e no afeto não cabe a homossexuais.

1 Princípios constitucionais aplicados ao direito de família

Os princípios do direito de família não são taxativos, já que vários são entendidos de outros princípios gerais, mas alguns têm maior importância e relevância do que outros, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade familiar, do melhor interesse da criança, da solidariedade e o princípio da igualdade.

No momento jurídico atual, muito provavelmente nenhum princípio mereça mais atenção do que o princípio da dignidade da pessoa humana o qual é consagrado pela Constituição da República de 1988. Diniz argumenta que o referido princípio constitui a base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente.

Sobre este superprincípio, MENDES (2007, p. 140) destaca que “o classifica como um princípio de valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional, sob o qual se fundamenta a República Federativa do Brasil nos termos do Art. 1º, III da Carta Magna”. Já para SILVA (2000, p. 109) “o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio de valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.

Diante da importância deste princípio, vale ressaltar ainda SILVA apud CANOTILHO e MOREIRA (2000, p. 110) os quais afirmam que tal princípio é concebido como referência

constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais. Para os autores, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga que haja uma valoração no sentido normativo-constitucional e não seja apenas qualquer ideia do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade da pessoa humana à defesa dos direitos pessoais, esquecendo-se dos de direitos sociais, não podendo ser ignorado, também, quando se trate de garantir as bases da existência humana.

É, portanto, a dignidade da pessoa humana, o princípio maior, sob o qual se ordena e fundamenta todo o sistema constitucional, espalhando efeitos sobre todo o sistema normativo, em especial no que tange a proteção dos indivíduos, seja individual ou coletivamente. Como não poderia deixar de ser, esse princípio trouxe avanços fundamentais também ao direito de família.

Ainda no tocante aos princípios constitucionais que se relacionam com o contexto familiar, há que se falar sobre a liberdade do planejamento familiar. Tal princípio encontra-se consagrado no Código Civil 2002, o qual dispõe:

Art. 1565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutualmente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§2º o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício dessedireito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. (Disponível em :<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impresao.htm>).

No que tange ao princípio do planejamento familiar cumpre destacar ainda que, trata-se de um princípio fundamental, ou seja, todos os indivíduos têm direito, não podendo ser restringido do cidadão, devendo assim, o Estado disponibilizar soluções para os obstáculos que surgirem no decorrer da formação familiar. Podemos ainda encontra-lo na Carta Magna de 1988 senão vejamos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§7º. Fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>).

Vale ressaltar ainda que, quanto aos princípios que abrangem o direito de família não podemos deixar de observar o princípio do melhor interesse da criança, o qual está presente no Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos. 3º, 4º e 5º, como também no artigo 227 da nossa Constituição Federal de 1988, vejamos:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>)

Deve assim, o referido princípio ser adotado de forma que seja observada as necessidades básicas da criança, tanto no âmbito social, como também no afetivo e moral com a finalidade de resguardar o menor enquanto tutelado for.

Diante do contexto apresentado, convém destacar ainda o princípio da igualdade, um dos princípios mais importantes, pois é através dele que se rege toda uma sociedade. Assim, a ideia central deste princípio é que todos sejam tratados de forma igualitária.

O princípio da igualdade, além da absoluta igualdade entre homem e mulher, importa no mesmo tratamento e isonomia dos filhos, respeitando as diferenças, pouco importando a origem, sepultando definitivamente a velha concepção de ilegitimidade da prole. O princípio da afetividade, decorrente dos princípios adotados na Constituição, rompeu a formalidade para constituição do vínculo familiar, tornando-se o afeto o elemento formador da família e desbiologizando a paternidade. (CARVALHO, Dimas *apud* CUNHA, Rodrigo, 2015, p. 105)

Tal princípio é de suma importância, uma vez que não visa dar privilégio ao ser humano e sim impor a igualdade, de forma que suas desigualdades após a aplicação do princípio deixem de existir.

Diante disso, deve a sociedade tratar com igualdade os novos tipos de relacionamento que surgem com a contemporaneidade. Por tanto, cada indivíduo tem o direito de escolher sua opção sexual, todavia, cabe à sociedade respeitá-lo e tratá-lo de forma igual, sem discriminação.

Assim, mediante o princípio supracitado, não estaria de acordo tratar os homossexuais com discriminação, uma vez que estão aparados pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 3º, inciso IV:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
 I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
 II - garantir o desenvolvimento nacional;
 III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
 IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>)

Neste sentido ninguém pode ser diminuído ou discriminado devido a sua orientação sexual.

2.2 Uniões homoafetivas e os reflexos jurídicos

Com a evolução do direito de família, bem como a modernização social, os casamentos tradicionais formados por um homem e uma mulher ainda se fazem presentes, no entanto, abriu-se espaço, também, para outros tipos de uniões, mesmo que estas não estejam previstas expressamente em lei. Assim, a união de pessoas do mesmo sexo caracteriza uma formação de família, uma vez que estão ligados pelo afeto. Para DIAS (p. 7), “Há, portanto, um vácuo legislativo. Em face da ausência da lei, a Justiça acaba negando direitos, como se a falta de uma norma legal significasse ausência de direitos”.

As legislações estrangeiras como, por exemplo, a Bélgica e os Estados Unidos, dentre outros países vêm regulamentando a união de pessoas do mesmo sexo. (Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/06/veja-lista-de-paises-que-ja-legalizaram-o-casamento-gay.html>>). A própria jurisprudência brasileira já reconhece sua existência, ora a identificando como sociedade de fato, ora como união estável. Vejamos o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. SOCIEDADE DE FATO. PARTILHA. PATRIMÔNIO AMEALHADO POR ESFORÇO COMUM. PROVA. 1. Esta Corte Superior, sob a ótica do direito das obrigações (art. 1.363 do CC/1916) e da evolução jurisprudencial consolidada na Súmula n.º 380/STF, firmou entendimento, por ocasião do julgamento do REsp n.º 148.897/MG, no sentido da possibilidade de ser reconhecida sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, exigindo, para tanto, a demonstração do esforço comum para aquisição do patrimônio a ser partilhado. 2. A repartição dos bens, sob tal premissa, deve acontecer na proporção da contribuição pessoal, direta e efetiva de cada um dos integrantes da dita sociedade. 3. "A aplicação dos efeitos patrimoniais advindos do reconhecimento de **união** estável a situação jurídica dessemelhante, viola texto expresso de lei, máxime quando os pedidos formulados limitaram-se ao reconhecimento e dissolução de sociedade de fato" (REsp n.º 773.136/RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJU de 13/11/2006). 4. Recurso especial provido.

É importante destacar ainda que o Supremo Tribunal Federal na ADPF132 se posicionou quanto ao reconhecimento da União homoafetiva, de modo que o Ministro Ayres Brito argumentou que “o sexo das pessoas, salvo disposição em contrário, não se presta para desigualdade jurídica”.

Contudo, ainda que haja lutas incessantes para se alcançar o devido respeito e dignidade dessas uniões, a verdade é a de que ainda existem muitos preconceitos. Entretanto, hoje, não se pode negar que já exista uma maior aceitação por parte da sociedade.

Assim, diante desse contexto apresentado é necessário observar o núcleo familiar nos dias atuais, pois, como dito anteriormente a família se ressignificou, fazendo com que os casais homoafetivos aumentem suas famílias, ou seja, desejam conceberem filhos, ocasião em que surge a homoparentalidade, e junto com ela vem o grande questionamento do que será melhor para criança, uma vez que, essa terá um núcleo familiar formado por dois pais ou por duas mães.

2.3 Marco inicial da união homoafetivas no Estado de Pernambuco

Após a decisão do STF a ADPF 132 que foi julgada conjuntamente com a ADI 4277 em maio do ano de 2011, foi reconhecido por unanimidade que a união entre pessoas do mesmo sexo, ou seja, uniões homoafetivas seriam constitucionais, nas palavras do Ministro Ayres Brito “o sexo das pessoas, salvo disposição em contrário, não se presta para desigualdade jurídica” (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>)

Dessa forma, diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, ocorreu em Recife, capital do Estado de Pernambuco a primeira união homoafetivas realizada pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, na primeira Vara da Família e Registro Civil, no Fórum Rodolfo Aureliano, na Ilha Joana Bezerra. Adalberto Vieira, Promotor de Justiça do Ministério Público de Pernambuco e Ricardo Coelho, técnico judiciário do TJPE, receberam sentença com efeitos imediatos, onde foi convertida uma união homoafetiva em casamento sem necessidades de celebração.

O casal já tinha realizado uma cerimônia na Conservatória do Registro Civil em Lisboa, Portugal em 2010, no entanto o ato não pôde ser transcrito no Brasil em razão de não ter sido legalizado por autoridade consular, porém com a homologação na 1ª Vara de Família em Recife o casal passa a ter todos os direitos de um casamento heterossexual.

Nesse sentido o Juiz Clicério Bezerra e Silva que realizou a cerimônia se manifestou dizendo:

Fico feliz em ter contribuído para a quebra de paradigmas ultrapassados. O casal homossexual tem exatamente os mesmos direitos dos casais heterossexuais. “Os dois oficializaram sua relação em busca de segurança jurídica”, explicou o magistrado. (Disponível

em: <<http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/cidades/geral/noticia/2011/08/04/o-1-casamento-gay-do-estado-11996.php>>).

Todavia, o casamento foi mais fácil, uma vez que os nubentes já mantinham uma união desde 1998. O casal adotou o regime de comunhão universal de bens, ou seja, todos os bens adquiridos antes ou depois do casamento serão comuns ao casal, como também optaram por continuarem com os nomes de solteiros.

Manoela Alves, presidenta do movimento Gay Leões do Norte, o qual visa a promoção dos direitos humanos, em defesa de gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais, assegurando a estes os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, manifestou-se quanto a repercussão do caso:

As pessoas precisam primeiramente de informação. A decisão do juiz pernambucano está em consonância com a determinação do Supremo Tribunal Federal. Na prática, as uniões homoafetivas são uma realidade antiga, mas agora as pessoas poderão ter seus direitos assegurados (Disponível em: <<http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/cidades/geral/noticia/2011/08/04/o-1-casamento-gay-do-estado-11996.php>>).

Diante desse contexto, o primeiro casamento realizado deve seguir como espelho para os demais, uma vez que os homossexuais lutam incansavelmente pelos seus direitos, apesar de já terem alcançado vários deles conforme resolução 175 do CNJ. (Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>)

Assim, com a celebração do matrimônio surge o novo passo a ser conquistado, ou seja, o desejo de conceberem filhos. Como um casal de homossexuais irá reproduzir, uma vez que ambos são do mesmo sexo? É nesse momento que os casais homossexuais optam pela adoção, ou ainda em muitos casos decidem pela reprodução assistida.

3 OPÇÕES LEGAIS BRASILEIRAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA NA ATUALIDADE

3.1 Inseminação artificial homologa e heteróloga

Já que há a possibilidade quanto ao reconhecimento legal para casamentos entre pessoas do mesmo sexo, surgem alternativas para o complemento familiar das relações homoafetivas quanto à necessidade de conceberem filhos.

Com o avanço da medicina e as novas técnicas de reprodução assistida, permitiu-se que atualmente casais do mesmo sexo, bem como mulheres impossibilitadas de terem filhos, pudessem formar uma família, gerando assim, uma criança com sua identidade genética.

A verdadeira revolução na área da reprodução humana ocorreu a partir de 1978, na Inglaterra, com o nascimento do primeiro ser humano produzido fora do organismo materno, ainda que gerado no útero de sua mãe. Graças às técnicas de reprodução assistida, desde então se tem conseguido fazer nascer milhares de crianças que em condições naturais jamais teriam sido geradas. (Disponível em: <<http://www.procriar.com.br/historia-da-reproducao-assistida>>)

Para CALHAZ (2005, p. 3-15), “As técnicas de reprodução medicamente assistidas visam ultrapassar dificuldades em qualquer das fases do processo de reprodução natural”.

Entretanto, no Brasil essa revolução só veio acontecer no ano de 1984, quando nasceu Anna Paula Caldeira, fruto da mesma técnica, a qual veio ao mundo no dia 7 de outubro daquele mesmo ano. Ao longo dos anos, as técnicas de reprodução assistida foram desenvolvidas e se tornaram mais específicas para cada tipo de infertilidade. (Disponível em: <<http://www.procriar.com.br/historia-da-reproducao-assistida>>)

É nesse sentido que o avanço tecnológico quanto à reprodução humana nos faz observar o que o biodireito e a bioética protegem, uma vez que o progresso científico acaba por provocar certa curiosidade quanto ao direito a vida. Assim, FERNANDES (2005, p. 6) argumenta dizendo:

A ciência não pode estar acima da dignidade humana e com isso, deverá ser alvo de análise até quando poderá ser levado adiante o progresso mediante as técnicas de reprodução humana assistida para que não seja “coisificado” o ser humano, mas não podendo esquecer que o objeto da questão é a perpetuação da espécie e a realização do ser humano de procriar.

Tal progresso na área da medicina faz com que o direito se preocupe em legislar acerca das novas tecnologias científicas, visto que as técnicas da reprodução humana assistida e suas consequências jurídicas apresentam-se como parte das múltiplas facetas da bioética e do biodireito. É nesse contexto que DINIZ (2002, p. 8) explica que “o conhecimento deve estar sempre a serviço da sociedade, ou seja, a ciência deve auxiliar a vida do ser humano para que esta seja cada vez mais digna”

Assim, para autora, para a bioética e para o biodireito, não basta ser verificada a mera sobrevivência física, e sim, a existência com dignidade do ser humano.

Nesse sentido, cumpre observar e considerar o processo de reprodução natural sumariamente dividido em três fases.

A primeira permite a transferência de espermatozoides para o aparelho reprodutor feminino pelo ato sexual; a segunda ocorre com a fusão do gameta feminino e masculino (ou ovócito e espermatozoide) na porção ampolar das trompas uterinas, originando um ovo ou zigoto que inicia o seu processo acelerado e continuado de desenvolvimento celular; a terceira, denominada implantação embrionária (ou nidação), ocorre mediante a

implantação desse embrião na mucosa uterina e posterior desenvolvimento da gravidez. (ALVES e OLIVEIRA 2014, p. 4)

Todavia, a reprodução assistida busca ultrapassar algumas dessas fases, com o intuito de facilitar a fecundação. Dessa forma, caracteriza-se pela intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas que tenham problemas para alcançar a maternidade ou a paternidade concebam filhos.

O Código Civil atual determina em seu art. 1.587 as possibilidades de nascimento de filhos através de técnicas de reprodução medicamente assistida, homóloga, heteróloga e dos embriões excedentários. Entretanto, existem lacunas legislativas acerca desse assunto. Para isso, o Conselho Federal de Medicina, visando solucionar os problemas advindos, publicou a Resolução nº 2.121 de 2015, que substituiu a Resolução nº 1.957 de 2010. Entretanto, essa é uma resolução dirigida e aplicada apenas aos profissionais médicos. (Disponível em:< http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf>)

Portanto, um profissional não pode utilizar o procedimento porque um casal, embora fértil, deseja ter uma gestação múltipla. É vedada, também, a utilização das técnicas para seleção de sexo ou qualquer característica biológica do filho, com exceção da possibilidade de existirem doenças ligadas ao sexo.

Dessa forma, as técnicas de reprodução assistida podem ser classificadas como intracorpóreas (MADALENO, 2010, p. 59), que é aquela inseminação realizada dentro do corpo da mulher, cujo gameta masculino é inserido, sem manipulação externa do óvulo ou do embrião, possibilitando a fecundação e a extracorpórea (MADALENO, 2010, p. 59), que se trata da fertilização *in vitro*, uma técnica que manipula o óvulo e o espermatozoide fora do corpo da mulher, ocorrendo a fecundação dos gametas no ambiente externo em um tubo de ensaio. Havendo o óvulo fecundado, este é transmitido para o útero da mulher.

Quanto às espécies que concernem às técnicas da reprodução humana assistida, podem ser classificadas como: inseminação artificial homóloga, inseminação artificial heteróloga, fertilização *in vitro* e, por fim, a chamada maternidade de substituição.

Assim, a fecundação homóloga é aquela em que o material genético utilizado é o do casal, ou seja, o óvulo utilizado será o da mãe, bem como o espermatozoide será o do pai, onde conseqüentemente serão os pais socioafetivos. Essa técnica é sempre utilizada quando a reprodução natural não é possível. MADALENO (2010, p. 59) explica que “quando o sêmen é do marido ou companheiro, a inseminação artificial é designada homóloga e no caso de recurso de um doador, a inseminação artificial é heteróloga”.

A inseminação artificial heteróloga ocorre quando um dos materiais genéticos utilizados é de um doador. Todavia essa espécie pode ser subdividida em três tipos, sendo *a matre*, quando o material doado é o da mãe, ou seja, o óvulo, *a patre*, quando o gameta masculino é o material doado e, por fim, observa-se ainda a modalidade total. Nesse caso, ambos os gametas são doados, tanto o masculino como o feminino. (MADALENO, 2010, p. 59)

Todavia, deve-se falar ainda sobre a fecundação *in vitro*, a qual consiste na coleta de gametas para que a fecundação seja feita em laboratório e sejam os embriões posteriormente transferidos para o útero materno para serem desenvolvidos normalmente.

3.2 Fecundação *In vitro*

Com uma técnica mais complexa, existe ainda a fecundação *in vitro*, que consiste na união dos gametas feminino e masculino, sendo essa união realizada em um meio artificial que possibilite a fecundação e a formação do zigoto, o qual posteriormente será introduzido na mulher.

Na fertilização *in vitro*, todos os procedimentos biológicos: maturação folicular, fertilização e desenvolvimento embrionário são obtidos em laboratórios (*in vitro*), fora do útero materno, procurando obter embriões de qualidade a transferir posteriormente para cavidade uterina. (...) A duração da etapa realizada em *in vitro*, isto é, fora do organismo, é de aproximadamente 48 horas. Os espermatozoides e os óvulos são colocados dentro de um meio de cultura especial e cultivados a 37°C. Então irá acontecer a fertilização e o desenvolvimento embrionário inicial. Após esse período o embrião ou embriões formados serão transferidos para cavidade uterina através de um cateter especial durante um exame ginecológico normal. (DALVI, Luciano apud MORAES, Milena 2011, p. 16).

Por se tratar de uma técnica em que a fecundação é realizada no laboratório, tal procedimento tem a probabilidade maior de ser uma gestação múltipla, na qual, por muitas vezes, podem vir a surgir complicações durante a gestação. Por esse motivo a resolução nº 2.121 do Conselho Federal de Medicina (Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf>), dispõe que devem ser colocados no máximo 04 (quatro) embriões, entretanto, a depender da idade da mulher que irá receber o embrião, essa quantidade poderá ainda ser alterada. Assim a utilização dessa técnica traz discussões acerca dos embriões excedentários, na qual o casal, antes de iniciar o procedimento, deve assinar um termo de consentimento, o qual deve constar o que deve ser feito com esses embriões.

Essa discussão é tema de debate no STF com a ADI 3510, a qual trata da polêmica da utilização dessas embriões para fins de pesquisa. (Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>).

Tal procedimento, conforme pesquisa realizada, tem duração de até 25 dias, desde a preparação da mãe até o embrião ser colocado no útero, e pode ser dividido em fases, onde na primeira ocorre a coleta dos gametas, os quais serão colocados em um meio de cultura, no laboratório, e serão usados de 100 a 200 mil gametas masculinos para um feminino. Após a coleta, o espermatozoide irá chegar até o óvulo, e na segunda fase será formado o embrião. (Disponível em: <<http://www.minhavidacom.br/familia/tudo-sobre/16499-fertilizacao-in-vitro-o-famoso-bebe-de-proveta>>).

Depois do embrião formado, ocorre a terceira fase, quando o embrião será colocado no útero da mãe. Armindo Dias Teixeira (Disponível em: <<http://www.minhavidacom.br/familia/tudo-sobre/16499-fertilizacao-in-vitro-o-famoso-bebe-de-proveta>>), ginecologista e obstetra, explica que:

O processo é semelhante ao exame Papanicolau, é usado um espécuro, que é um aparelho usado normalmente no exame ginecológico para localizar o colo uterino, e depois um cateter bem fino é inserido no útero da mulher.

Assim, após ser realizado tal procedimento, espera-se de 12 a 14 dias para ser feito um exame para saber se ocorreu a fecundação.

Entretanto, quando tornar-se inviável a fecundação na mulher que virá a ser a mãe socioafetiva da criança a ser gerada, seja por fecundação *in vivo* ou *in vitro*, há, ainda, uma técnica alternativa que consiste na maternidade por substituição.

3.3 Maternidade por substituição

Por fim, e não menos importante, cumpre destacar ainda a maternidade por substituição, ou seja, uma técnica de reprodução assistida em que a mulher não tem condições de suportar uma gestação. Todavia, faz-se necessário destacar desde logo que a maternidade por substituição é diferente da “barriga de aluguel”, uma vez que aquela é amparada pela Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina (Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/21212015.pdf>>), a qual dispõe que a doadora temporária do útero deve ser parente até quarto grau da doadora genética, a qual será posteriormente mãe socioafetiva, devendo tal procedimento ser gratuito como as demais técnicas, não podendo ter uma relação de contrato oneroso.

Vale ressaltar um caso de maternidade por substituição que ocorreu no Brasil em Capivari, interior de São Paulo. José Maria Tomazela relata que Ana Maria Aranha, de 58 anos, emprestou seu útero para gerar filhos de seu próprio filho, Luiz Henrique Aranha e seu esposo Gustavo Sales.

Quando o casal começou a procurar pela mulher, dona Ana se ofereceu. "Queria ajudá-los de qualquer forma, mas tinha o problema da idade." Gutto entrou em contato com uma clínica de fertilização em Campinas, e o médico disse que era possível. Para isso, teria que estimular o útero da mãe, que já entrara na menopausa. (...) Para a inseminação, foram usados óvulos de uma doadora anônima, pois a lei não permite a doação por pessoa com vínculo afetivo ou familiar. Dos oito óvulos fecundados com espermatozoides dos dois pais, foi escolhido um de cada para a inseminação, realizada em fevereiro de 2016. (...) Em março, usando um kit vendido em farmácia, mãe, filho e genro tomaram conhecimento da gravidez, depois confirmada por exame clínico. "Foi um momento de muita alegria", disse Luis. O parto, uma cesariana, foi realizado no dia 5 de outubro de 2016. João Lucas nasceu primeiro, com 2,32 kg, e em seguida Pedro Henrique, com 2,34 kg. Com o atestado do hospital e a certidão de união estável entre os pais, os bebês foram registrados em nome de Luis e Gutto. "Foi uma surpresa para nós, pois todos com quem temos contato nos apoiaram, tanto em palavras quanto em gestos de amor", disse Luis(...) Eles também tiveram o apoio de outros familiares. (...) O casal não tem medo de enfrentar possível preconceito, sobretudo quando os meninos estiverem na escola. Gutto conta que chegou a pensar em ter os filhos no exterior, mas foi dissuadido por uma prima. "Ela me disse, para que fugir, você tem o que esconder? Aí, decidimos que vamos criar nossos filhos aqui." (Disponível em: < <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,mae-empresta-barriga-para-filho-e-marido-dele-terem-gemeos-em-capivari,10000099944> > 2017).

Entretanto, existe uma discussão acerca dessa técnica, a fim de saber quem de fato será a mãe, a genética ou a gestacional. Em uma hipótese em que a doadora empresta o útero e doa os óvulos, quem seria a mãe de fato, a gestacional ou a que foi em busca de uma pessoa pra gerar seu filho. Quanto ao tema, MORAES apud TELOKEN (2011, p. 20) argumenta dizendo que:

Algumas situações podem gerar discussões em relação a quem é de fato a mãe: quando existe disputa pela posse da criança, em casos de crianças mal formadas, onde existe chance de abandono da criança, e em situações de separação dos pais biológicos durante a gestação da mãe substituta. No primeiro caso, em algumas situações a Justiça pode decidir com base no que considerar melhor para criança. Porém, de forma geral aceita-se o parecer do Conselho da Europa: pais são os que tiveram a intenção de procriar, os que se mobilizaram na busca da gravidez e do filho.

Vale ressaltar ainda a diferença entre “barriga de aluguel” e maternidade por substituição, em que aquela não é amparada pela legislação brasileira, pois em sua grande maioria é fonte de um contrato, o qual para ser cumprido inteiramente deve posteriormente

a criança ser entregue aos pais biológicos. Já a maternidade por substituição consiste na sub-rogação do útero para uma pessoa em que exista uma relação de parentesco.

Porém, os casos em que não haja grau de parentesco devem ser levado ao Conselho Federal de Medicina para análise para uma posterior aprovação ser for o caso.

4. DA BARRIGA DE ALUGUEL

4.1 Significado e modalidades da barriga de aluguel

De acordo com o que foi comentado anteriormente, a barriga de aluguel consiste na sub rogação do útero para um casal impossibilitado de conceber filhos. Todavia, é um procedimento artificial, que utiliza a técnica da fertilização *in vitro*, ou seja, o material genético utilizado será o dos pais socioafetivos, porém esses também serão os biológicos nesse caso.

Entretanto, existem modalidades acerca da barriga de aluguel. BEROTTI (p. 175) explica que, com a fertilização artificial, surgem várias “mães”, sendo elas a mãe portadora, a biológica e a social. Para MACHADO, SILVA e LAPA (2003, p 176) a mãe portadora é:

Aquela que somente poderá emprestar o útero. O embrião fecundado *in vitro* e implantado na mãe portadora e, geneticamente do casal interessado. A gestante é apenas portadora do embrião fecundado em laboratório, com espermatozoide e óvulo do casal solicitante.

Portanto, a mãe portadora é aquela que cede o útero para gestar o bebê, no entanto o material genético utilizado será dos pais, sendo o procedimento realizado em laboratório e implantado na mulher, a qual irá manter o bebê até o nascimento.

No entanto, pode haver ainda a mãe biológica, que neste caso é a mãe que empresta tanto o útero como o material genético. É nesse contexto que LEITE (1995, p. 66) argumenta dizendo que:

A mãe de substituição além de emprestar seu útero dá igualmente seus óvulos. Trata-se de uma mulher fértil que será inseminada com o esperma do marido da mulher que não poderá conceber. Se ela engravidar ela garantirá uma gravidez que é, geneticamente sua e, após o parto, a dará ao casal. Ou seja, no caso da mãe de substituição, a mãe é ao mesmo tempo, genitora e gestante. [...] A entrega da criança após o parto constitui inevitavelmente um momento difícil de ser vivido pela mãe de substituição. A gravidez é vivida – pela maioria das mulheres como um período de feliz plenitude.

Diante desse contexto, cumpre destacar ainda a mãe social, que é aquela que tem um papel primordial, ou seja, sua relação nesse contrato é ficar com a criança com o dever de educá-la e dar-lhe todo suporte necessário.

No terceiro caso, considerado de maior complexidade o embrião é implantado em terceira mulher, ou seja, o óvulo de uma mulher fecundado pelo espermatozoide do marido ou companheiro da mãe social e implantado em outra para gestação. [...] Com o uso dessa técnica de procriação, teríamos três categorias de mães: a mãe genética que é a mãe que produz os óvulos (biológica), a mãe portadora ou gestora, que carrega a criança no ventre até o nascimento e a mãe que ficará com a criança (social) (MACHADO, 2003, p. 176)

Assim, vale ressaltar os problemas éticos em relação à mãe gestante e ao filho gerado, uma vez que este será entregue ao casal interessado, bem como a relação com a comercialização do útero. É nesse contexto que cumpre destacar a legislação comparada da barriga de aluguel, uma vez que exista conflito de quem realmente é o filho. Nesse paradigma pode-se citar Flávia Alessandra Naves Silva.

Na legislação comparada, em caso de conflito de maternidade, tem prevalecido o princípio de que a mãe é a que dá à luz a criança. A maternidade é legalmente estabelecida pelo parto, e não pela transmissão do patrimônio genético. É assim na França, na Suíça e na Espanha. Nos Estados Unidos as decisões dos estados têm apontado que mãe da criança não é a sub-rogada, mas a que tenha fornecido o óvulo, prestigiando nesse caso o vínculo genético.

Dessa forma, ressalta-se ainda que em alguns países a prática da barriga de aluguel é legalizada, não sendo necessário um grau de parentesco como requisito. A Índia é um dos países pioneiros, com crescimento em tal procedimento, pois o aluguel de barriga, que é proibido em alguns Estados americanos e em alguns países europeus, foi legalizado na Índia em 2002. O custo fica em torno de US\$ 25.000 (R\$ 50.000), aproximadamente um terço do preço nos EUA. (Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/2227/Barriga+de+aluguel%3A+um+neg%C3%B3cio+em+crescimento+na+%C3%8Dndia>>)

Entretanto, existem outros países em que a prática é legal, desde que seja para cidadãos natos, como é o caso da Inglaterra, Israel, Portugal. Com isso existe atualmente em Israel, a Agência Internacional, Tammuz, que atua como facilitadora do processo em países onde a prática é legalizada, ou seja, casais de países em que o procedimento não é legal podem recorrer a agência (Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/2227/Barriga+de+aluguel%3A+um+neg%C3%B3cio+em+crescimento+na+%C3%8Dndia>>).

Nesse mesmo sentido WIDER (2007, p. 92), explica que:

Na Itália, apesar de não haver legislação expressa a respeito, devido à grande influência da Igreja Católica, a qual é contra a reprodução assistida, compete ao Juizado de Menores autorizar a realização da inseminação, não sendo

permitido a comercialização, e o casal pretendente deve demonstrar a capacidade para educar e manter o filho. Quando os pais pretendentes já tiverem dois filhos não será permitida a inseminação heteróloga, mesmo sendo estes filhos adotados.

Porém, ao contrário do Brasil diversos países se posicionaram quanto ao tema, como é o caso dos Estados Unidos, cada estado dispõe acerca da reprodução humana assistida. Como por exemplo, nos estados da Geórgia e Oklahoma é necessária a aprovação expressa do cônjuge ou companheiro e não há possibilidade de vínculo do doador com a criança.

4.2 A classificação da barriga de aluguel como um contrato oneroso

Cumprido destacar desde logo o que é um contrato segundo o Código Civil.

Contrato é todo negócio jurídico bilateral que visa a criação, modificação, extinção ou conservação de direitos e deveres. Ou seja, por trás de um contrato sempre teremos uma manifestação de vontade, pela qual dará origem ao contrato. E essa manifestação de vontade tem que ser sempre bilateral, pois, não existe contrato de uma pessoa só ou contrato consigo mesmo. Essa situação é insustentável pelo direito, sendo, portanto, o contrato nulo. O contrato, nada mais é do que, o encontro de duas vontades – a manifestação de vontade de um lado com a manifestação de vontade do outro lado – e que tem por objetivo produzir uma norma jurídica, não criando uma lei, mas uma norma jurídica individual, até porque, a lei é uma norma jurídica geral. (SANTOS e OLIVEIRA, 2012, disponível em:<https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9628>)

Entretanto, GONÇALVES explica que, para que o negócio jurídico torne-se válido, é necessário requisitos de validade, que, não estando presentes, não produzem efeitos e consequentemente tornam-se inválido.

Os requisitos de validade do negócio jurídico são divididos em duas espécies, sendo a primeira delas de ordem geral, onde deve o agente ser capaz, o objeto de o contrato ser lícito, passível, determinado ou determinável. A segunda de ordem especial, devendo existir um consentimento recíproco ou acordo de vontades.

Nessa mesma linha, cumpre destacar a hipótese do contrato formado entre um casal interessado em conceber filhos, mas que necessitam de uma mulher que sub-rogue seu útero para carregar a criança até o seu nascimento. Veja um caso relatado por BORGES (2012, p. 65).

Em reportagem apresentada pela revista Veja, de 7 de maio de 2008, tem-se o depoimento de uma mulher que se identifica como N. J., de 35 anos, explica que decidiu alugar o seu útero, por razões econômicas. Explicou que vários fatores contribuíram para a sua decisão, o salário do marido não passava de R\$ 1.000,00, três filhos e moram de aluguel, somado ao sonho de comprar uma casa própria. Então cobrando R\$ 100.000,00 de um casal

européu, alugou sua barriga e destacou que foi tratada com muito respeito, na condição de mãe que levaria seu filho na barriga.

No entanto, o Código Civil em seus artigos 13, dispõe que a vida é um direito indisponível e, portanto, sendo ilícita a sua comercialização. Assim, estaria, portanto, infringindo o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que está amparado pela Constituição Federal, bem como pela bioética e pelo biodireito.

Todavia, não se pode ter como objeto de negócio jurídico a vida humana, sendo este o requisito objetivo indispensável para a contratação seja lícita.

Dessa forma, é mister ressaltar as posições favoráveis, como destaca Maria Berenice Dias acerca do contrato da barriga de aluguel como um contrato oneroso, uma vez que existe a manifestação de vontade de ambos os lados, ou seja, é um contrato bilateral e consequentemente oneroso. Entretanto, vale lembrar que o objeto do contrato não é a vida da criança e sim o procedimento em si realizado.

No entanto, por se tratar de um contrato oneroso, há mais garantia no sentido de salvaguardar os interesses das partes. FARIAS e ROSENVALDO (2015, p. 238 e 239) conceituam contrato oneroso, como aqueles que:

Geram vantagens e sacrifícios para ambas as partes e gratuito quando uma das partes concede a outra vantagens sem contraprestação, só ela se submetendo a um sacrifício patrimonial, enquanto a outra obtém um benefício.

Ambos os autores ainda argumentam reforçando quanto as garantias dos contratos onerosos.

Inobstante a validade dos contratos gratuitos, é necessário pontuar que os contratos onerosos são mais seguros para aqueles que os realizam a fim de que prejuízos sejam evitados [...] afinal, o legislador quer acautelar quem poderá sofrer um prejuízo injusto e não aquele que eventualmente será privado de um ganho [...] (FARIAS, Cristiano e ROSENVALD, Nelson, 2015, p. 238/239).

Assim, o contrato de gestação, gratuito ou oneroso, deverá se adequar ao melhor interesse da criança e atender ao princípio da dignidade da pessoa humana, ambos norteadores da vida em família e dos interesses daqueles que buscam o cumprimento do projeto parental em útero alheio.

4.3 Barriga de aluguel entre casais homoafetivos: Como o direito se posicionada em relação a esses casos.

Diante de tudo que foi exposto, cumpre destacar ainda o posicionamento do direito brasileiro em relação a barriga de aluguel para casais homoafetivos, sejam eles formados por dois homens ou por duas mulheres, uma vez que o Direito de Família vem sofrendo mudanças significativas no que diz respeito aos direitos dos casais homoafetivos.

Salienta-se ainda que, quanto ao tema, não existe nenhuma legislação específica que trata a respeito, apenas havendo a Resolução nº 2.121/15 do Conselho e Medicina. No entanto, existe um Projeto de Lei nº 4892/2012 (Disponível em:<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022>>), da autoria do Deputado Federal Eleuses Vieira de Paiva, no qual dispõe sobre os parâmetros da reprodução assistida, colocando no seu art. 24 do referido Projeto, que a celebração do pacto de gestação de substituição será feita por homologação judicial, antes do início dos procedimentos médicos. Nesse sentido, o contrato sendo homologado judicialmente, os eventuais problemas entre a mãe de aluguel e a mãe biológica, seriam solucionados.

O Conselho Federal de Medicina em sua Resolução nº 2.121/2015, permite a utilização da gravidez de substituição, mas não aceita seu uso comercial e só permite que ela seja feita quando a mulher que gera o filho tenha algum parentesco com o pai ou com a mãe da criança. A permissão foi ampliada para os parentes de até o quarto grau, ou seja, tias e primas, o que anteriormente era até o segundo grau.

Grande parte da doutrina entende que o pacto firmado objetivando o contrato do útero é ilícito e, assim, não possui qualquer validade jurídica. O objeto perseguido na maternidade de substituição é a concepção e futura entrega de um ser humano. A vida humana de acordo com o artigo 5º da Constituição Federal é um bem indisponível e inviolável. A vida humana é um pressuposto absoluto da dignidade humana e não pode, portanto, ser comercializada (AGUIAR, 2005, p. 112).

Dessa forma, cumpre destacar o posicionamento de VENOSA (2004, p. 264) acerca da barriga de aluguel como forma de contrato:

Este contrato deve ser considerado nulo caso seja pactuado de forma onerosa, sendo assim, deveria ser de forma gratuita para não ferir a moral e os bons costumes, ou seja, mantendo a função social que seria de solucionar problemas de infertilidade da mulher.

Entretanto, no Brasil, não há legislação expressa que condene a contratação da barriga de aluguel, por não ferir a moral e os bons costumes, mas não poderá ser realizado mediante compensação pecuniária, o que difere de outros países que proíbe esta modalidade de reprodução assistida, como ocorre, por exemplo, na Alemanha, onde, caso ocorra esta sub-rogação de útero, será a mãe a que levou a gestação em seu corpo (LIMA NETO, 2001, p. 141).

Nessa mesma linha, MIRANDA (2000, p.40) argumenta dizendo que: “a contratação de gestação tem como objeto a comercialização de parte do corpo humano, visto que no negócio jurídico será utilizado o útero da mãe substituta, não será admitida qualquer negociação”.

Assim, após a Resolução nº 1.957/2010 ter sido modificada em relação a reprodução assistida, foi gerada uma nova resolução nº 2.121/2015. Cumpre destacar que, em ambas as resoluções, foi reconhecida a infertilidade humana como um problema de saúde.

Entretanto a grande novidade da Resolução nº 2.121/2015, é que agora qualquer pessoa, não importando ser heterossexual ou homossexual, solteira ou casada, ser portadora de infertilidade/esterilidade ou não, pode procurar uma clínica de reprodução assistida e se submeter aos tratamentos para engravidar, gestar e criar uma família.

Assim, é claro que os casais do mesmo sexo, sejam homens ou mulheres, devem também gozar dos direitos reprodutivos, seja de maneira natural ou artificial, uma vez que o conceito de família sofre constantes mudanças.

Por fim, vale ressaltar ainda que, ao realizar a pesquisa, verificou-se uma certa dificuldade em relação aos posicionamentos doutrinários quanto a barriga de aluguel entre casais homoafetivos, de acordo com entendimentos majoritários acerca do tema, seria um contrato ilícito, uma vez que não haveria um grau de parentesco, bem como o objetivo do contrato seria a vida humana, o que tornaria o contrato ilícito, por ser a vida um bem indisponível e inviolável.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito é uma ciência que tem o dever de acompanhar as mudanças sociais e se adequar a elas, no sentido amplo de proteção jurídica as suas instituições, como no caso a família, que passou e vem passando por diversas mudanças sociais. Nesse sentido, chegou-se à conclusão de que existe uma carência legislativa no que decorre da prática da reprodução humana assistida e que esse *déficit* decorre de discussões sobre questões éticas e morais.

O presente trabalho tratou sobre a problemática existente acerca da reprodução assistida para casais homoafetivos, em que foram abordadas as opções legais brasileiras de reprodução assistida, bem como a barriga de aluguel. No entanto, ao final da pesquisa constatou-se que não existe uma legislação expressa que trata a respeito do tema o que causa lacunas que a Resolução do Conselho Federal de Medicina não consegue suprir.

Diante desse contexto, verificou-se que o contrato de barriga de aluguel só poderia ocorrer, mediante a existência de um vínculo de parentesco até quarto grau segundo a Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina. O que conseqüentemente impediria vários casais homoafetivos de conceberem filhos, visto que, se não houvesse o vínculo de parentesco, o contrato por sua vez se tornaria oneroso, ou seja, ilegal, uma vez que a Constituição Federal veda a comercialização de material ou tecido humano.

Entretanto, o contrato em questão, caso seja realizado, seria um contrato atípico, em razão de haver a manifestação de vontade de ambas as partes e o objeto deste contrato não seria a comercialização da vida da criança, mas sim o procedimento em si realizado, já que não há legislação expressa que trata a respeito.

A partir do estudo feito, conclui-se, portanto, que inúmeras são as dificuldades para a determinação da maternidade quando se trata de uma criança gerada através da sub-rogação do útero. Esta dificuldade advém da falta de legislação que trata a respeito do tema. E é por esse contratempo que casais optam pela adoção, que por sua vez também é um procedimento bastante demorado.

E, nesse contexto, diante do avanço da medicina, ainda há várias dúvidas acerca desse tema e que a solução para essas dúvidas seria a utilização do bom senso, da ética e da moral e a existência de uma legislação específica, que simplificaria determinadas questões de cunho moral e ético. Sendo assim, a reprodução humana assistida é uma forma de realização pessoal e que necessita da legislação, para que assim as pessoas possam ter o sonho da paternidade\maternidade se concretizando de uma forma legal.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Mônica. **Direito à Filiação e Bioética**. Forense, Rio de Janeiro 2005.
- ARAÚJO LOPES ALVES, Sandrina Maria; COSTA OLIVEIRA, Clara. **Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas**. Revista Bioética, vol. 22, núm. 1, 2014 Brasília.
- ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.
- BARBOSA, Heloísa Helena, **Revista da ESMESC**, v.13, n. 19, 2006.
- BORGES, Rafaela Karla Lobato. **A barriga de aluguel como meio de inseminação artificial**. 2012, 65 f. Monografia, Brasília UniCEUB, 2012.
- BRASIL, **Estatuto da criança e do adolescente Lei n° 8.069 de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acessado em 08 de novembro de 2017.
- BRASIL, **Resolução do Conselho Federal de Medicina n° 2.121/2015**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf> Acessado em 08 de novembro de 2017.
- BRASIL, **Resolução do Conselho Federal de Medicina n° 1.57/2010**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1957_2010.htm>. Acessado em 25 de fevereiro de 2018
- BRASIL, **Resolução do Conselho Nacional de Justiça n° 175**. Disponível em:<http://www.cnj.jus.br/imagens/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf>. Acesso em 08 de novembro de 2017.
- BRASIL, **Código Civil Brasileiro Lei n°. 10.406**, de janeiro de 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impresao.htm>. Acessado em 19 de setembro de 2017.
- BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acessado em 19 de setembro de 2017.
- BRASIL, **Projeto de Lei n° 4892/2012 - Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais**. Disponível em:<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022>>. Acessado em 25 de fevereiro de 2018
- CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 4ª ed. Minas Gerais: Saraiva; 2015.
- CALHAZ J. **Ovulação, fecundação e implantação**. In: Graça L *et al*. Lisboa: Lidel; 2005.
- DIAS, Maria Berenice, **As famílias e seus Direitos**. Disponível em:<www.ibdfam.com.br>. Acesso em 26 de agosto de 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Evolução da família e seus direitos.** Disponível em: <www.ibdfam.com.br>. Acesso em 26 de agosto de 2017.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito.** São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, Maria Berenice, **União homoafetiva: Uma omissão injustificável.** Disponível em: <www.ibdfam.com.br>. Acesso em 26 de agosto de 2017.

DIAS, Maria Berenice, **União homossexual.** Disponível em: <www.ibdfam.com.br>. Acesso em 26 de agosto de 2017

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A família da pós modernidade: Em busca da dignidade perdida da pessoa humana.** Revista dos Tribunais online. Disponível em: <<http://files.direito-uninove.webnode.com.br/200000004-c8b30c9ae0/A%20FAM%C3%8DIA%20DA%20P%C3%93S-MODERNIDADE.pdf>>. Acesso em 26 de agosto de 2017.

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

FERNANDES, Silvia Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. vol. 6, Direito de Família.** 9ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem.** In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MADALENO, Ralf. **Novos horizontes no direito de família.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito de constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

MACHADO, Maria Helena, Silva Reinaldo Pereira e. LAPA, Fernand Brandão. **Bioética e Direitos Humanos.**

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana assistida, os aspectos éticos e jurídicos.** 2003.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Parte geral. Bens. Fatos jurídicos.** Atualizado por: Vilson Rodrigues Alves. Tomo II. Campinas – SP: Bookseller, 2000.

MORAIS, Milena Miranda de. **A legitimidade Sucessória dos Filhos Havidos por Técnicas de Reprodução assistida Post Mortem**. 2011, 70f. Monografias, Brasília Universidade de Brasília, Faculdade de Direito.

RODRIGUES, Camila Cristhiny Lopes; AMÉRICO, Marize de Jesus Silva; GUIMARÃES, Jacqueline Tatiane Silva. **Família e homossexualidade: Um estudo sobre as percepções das famílias homoafetivas na cidade de Breves – Região do Marajó/Pará**. Disponível em: <https://editorarealize.com.br/revistas/fiped/trabalhos/TRABALHO_EV057_MD4_SA7_ID3908_29092016210150.pdf>.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SANTOS, Claudivan Alves; OLIVEIRA, Nayara Carvalho. **Dos contratos no direito civil – Aspectos gerais**. Disponível em: < https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9628>. Acessado em 25 de fevereiro de 2018.

Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acessado em 12 de setembro de 2017.

Supremo Tribuna Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510**. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acessado em 13 de setembro de 2017.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). **Direito de Família e do menor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

TEIXEIRA, Armindo Dias. **Fertilização *in vitro* o famoso bebê de proveta**. Disponível em: < <http://www.minhavidade.com.br/familia/tudo-sobre/16499-fertilizacao-in-vitro-o-famoso-bebe-de-proveta>>. Acessado em 13 de setembro de 2017.

TOMAZELA, José Maria. **Mãe empresta barriga para filho e marido dele terem gêmeos em Capivari**. Disponível em: < <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,mae-empresta-barriga-para-filho-e-marido-dele-terem-gemeos-em-capivari,10000099944>> Acessado em 20 de setembro de 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, Vol. 6.

WIDER, Roberto. **Reprodução assistida: aspectos do biodireito e da bioética**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.