

ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA

(ASCES-UNITA)

CURSO: DIREITO

LUGUY BARBOSA DE AZEVEDO

**A (IM) POSSIBILIDADE DA PRÁTICA DA BARRIGA DE ALUGUEL
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

CARUARU

2019

LUGUY BARBOSA DE AZEVEDO

**A (IM) POSSIBILIDADE DA PRÁTICA DA BARRIGA DE ALUGUEL
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Projeto de pesquisa apresentado à coordenação do núcleo de trabalhos de conclusão de curso, do Centro Universitário Tabosa de Almeida (Asces-Unita), em requisito parcial para a aquisição de grau de direito.

Orientador: Msc. Karlla Lacerda Rodrigues da Silva.

CARUARU

2019

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: ____ / ____ / ____

Presidente: Prof. Msc. Karlla Lacerda Rodrigues da Silva

Primeiro Avaliador: Prof.

Segundo Avaliador: Prof.

RESUMO

O presente trabalho analisou a instituição família, constatando que esta é a base da sociedade e que o ordenamento jurídico pátrio lhe confere proteção jurídica, demonstrando ainda seus princípios basilares e as suas diversas configurações que surgiram com o tempo, como a concepção de filhos através das técnicas de reprodução assistida, que, inclusive, são previstas no Código Civil brasileiro e, em conjunto com a barriga de aluguel, podem ensejar na formação de uma nova família. Esta nomenclatura não é bem vista pelos estudiosos, haja vista que tem conotação de uma contraprestação pecuniária, sendo barriga solidária o termo mais utilizado pelos que justificam como possível essa prática, em virtude de significar uma gestação de substituição de maneira gratuita, sendo também o modo que a resolução do Conselho Federal de Medicina aprova. No entanto, não existe qualquer lei que regulamente esta prática no ordenamento jurídico brasileiro, apenas uma resolução do Conselho Federal de Medicina, que vincula apenas os médicos que laboram no Brasil, podendo surgir diversas implicações no ordenamento jurídico. Assim, teve-se como objetivos gerais, a conclusão de se haveria possibilidade ou não, da prática da barriga de aluguel no ordenamento jurídico brasileiro, se possuiria validade possíveis contratos para este fim e a necessidade de aprovação de uma lei regulamentadora, com os objetivos específicos de analisar a evolução da família, que a levou a criar diversos modelos de constituição familiar, devido a incidência de princípios constitucionais que elevaram a dignidade da pessoa humana, além de analisar as técnicas de reprodução assistida e a barriga de aluguel, as possíveis implicações que suas utilizações acarretariam e, a existência de regulamentação legal para estas práticas, chegando a conclusão dos objetivos gerais. Para tanto, realizou-se uma pesquisa bibliográfica, através de referências teóricas publicadas em livros e artigos científicos, além da análise do ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Barriga de Aluguel. Validade contratual. Aprovação de lei regulamentadora.

ABSTRACT

The present study analyzed the family institution, stating that this is the basis of society and that the legal order of the country gives it legal protection, demonstrating also its basic principles and its various configurations that have arisen over time, such as the conception of children through assisted reproductive techniques, which are included in the Brazilian Civil Code and, together with the surrogacy, may lead to the formation of a new family. This nomenclature is not well regarded by scholars, since it has a connotation of a pecuniary consideration, being solidary belly the term most used by those who justify as possible this practice, because it signifies a gestation of substitution of gratuitous way, being also the way which the resolution of the Federal Council of Medicine approves. However, there is no law that regulates this practice in the Brazilian legal system, only a resolution of the Federal Medical Council, which binds only physicians working in Brazil, and may have several implications in the legal system. Thus, the general objectives were the conclusion of whether or not the practice of surrogacy in the Brazilian legal system was possible, whether there would be valid contracts for this purpose and the need to approve a regulatory law with the objectives to analyze the evolution of the family, which led to the creation of several models of family constitution, due to the incidence of constitutional principles that elevated the dignity of the human being, as well as to analyze techniques of assisted reproduction and surrogacy, the possible implications that their uses would entail, and the existence of legal regulations for these practices, reaching the conclusion of the general objectives. For that, a bibliographical research was done, through theoretical references published in books and scientific articles, besides the analysis of the legal order of the country.

Keywords: Belly of Rent. Contract validity. Approval of regulatory law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	
2	A FAMÍLIA E SEUS PILARES PRINCIPIOLÓGICOS	6
2.1	A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO	6
2.2	PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	7
2.3	PRINCÍPIO DA IGUALDADE	8
2.4	PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	8
2.5	PRINCÍPIO DA LIBERDADE	10
3	A FAMÍLIA E O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	11
3.1	NOVOS ARRANJOS FAMILIARES DE ACORDO COM O CÓDIGO CIVIL ...	11
3.2	TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	13
4	BARRIGA DE ALUGUEL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .	16
4.1	AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO PÁTRIA E A RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA	18
4.2	CONTRATOS DE BARRIGA SOLIDÁRIA E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS	20
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	26
	REFERÊNCIAS	

INTRODUÇÃO

A família foi fundamental para a formação da sociedade, compondo a base desta, prestigiando de tal importância, que a Carta Magna lhe conferiu especial proteção. Decorrente desse Diploma, surgiram os princípios norteadores do Direito de Família, os quais primam pela proteção da família, garantem o tratamento isonômico entre elas, asseguram as obrigações existentes entre seus componentes, proporcionam a liberdade de direção, entre outras garantias.

Com a natural evolução da sociedade e a especial proteção dada as famílias, estas passaram a se constituir de diferentes maneiras, surgindo novos arranjos familiares, restando assim, difícil obter um conceito para família. Com os avanços, surgiram as técnicas de reprodução assistida, possibilitando a facilitação da procriação de filhos para pessoas que possuam algum problema reprodutivo.

Junto a estas técnicas de reprodução assistida, surgiu a barriga de aluguel, possibilitando a cessão do útero de uma mulher, a outra, que não possa ou não queira gestar um filho.

Assim, no capítulo inicial fez-se uma análise de como as famílias se originaram e como foram evoluindo, ao ponto de serem especialmente protegidas pela Constituição Federal, surgindo desta, princípios que norteiam o Direito de Família.

No capítulo posterior, passou-se a observar a família no Código Civil, chegando as diversas formas que esta pode se constituir, havendo, inclusive, disposições quanto a concepção de filhos, que podem se dar de diferentes maneiras.

Diante de tamanha evolução, no último capítulo refletiu-se quais as repercussões que poderiam surgir com a prática das técnicas de reprodução assistida (maneira de concepção de filhos) e a barriga de aluguel, se haveria previsão legal para as possíveis repercussões que pudessem surgir advindas dessas práticas inovadoras e se contratos de barriga de aluguel seriam lícitos e, conseqüentemente, se seria possível ou não, a prática desta no ordenamento jurídico brasileiro.

Frente aos tantos questionamentos, buscou-se através de livros, artigos científicos, jurisprudências e ordenamento jurídico brasileiro, encontrar respostas para essas indagações, afim de responder se esta prática é possível ou não, no ordenamento pátrio.

2 A FAMÍLIA E SEUS PILARES PRINCIPOLÓGICOS

2.1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

A organização familiar foi o fato gerador da sociedade, através das famílias surgiram os Estados e a partir destes se tornou devido proteger a base da sociedade.

Neste sentido, Rousseau expressou que (2014, p. 25):

A mais antiga de todas as sociedades e a única natural é a família, ainda que os filhos não permaneçam ligados aos pais senão enquanto necessitam dele para se sustentar. [...] A família é, pois, o primeiro modelo de sociedades políticas; o chefe é a imagem do pai, o povo é a imagem dos filhos...

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) ao versar sobre a família, também dispõe que esta é a base da sociedade, merecendo especial proteção do Estado (art. 226, *caput*) e, nesse sentido, reporta Gonçalves que (2012, p. 17):

Já se disse, com razão, que a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado.

Denota-se, portanto, que a união entre indivíduos, a formação de famílias, ensejou na sociedade e, como esta última sofre mudanças constantes, com a instituição familiar não é diferente, principalmente quanto a sua composição.

Inicialmente, a família foi chefiada pelo homem, no chamado patriarcado, onde este exercia o poder limitador, tomando exclusivamente as decisões que interfeririam no seio familiar e sendo o detentor das riquezas.

No tocante a evolução histórica da família, Dill e Calderan aduziram que Engels, quando do estudo da instituição família, a dividiu em quatro etapas, a saber (2011, p. 1): a família consanguínea, a punaluana, a pré-monogâmica e a família monogâmica.

A primeira delas, a família consanguínea, foi marcada pelo relacionamento sexual entre seus membros que, ao ser sucedida pela família punaluana (DILL; CALDERAN, 2011, p. 1), esta prática sexual foi afastada, onde segundo as autoras, em seu auge, foi proibido o casamento entre primos. A família pré-monogâmica foi marcada pela proibição das mulheres de se relacionar com vários homens, onde apenas os homens poderiam praticar a poligamia. Por fim, a família monogâmica restou caracterizada pelo casamento e a procriação.

Como esta instituição evoluiu significativamente, torna-se penoso tentar conceitua-la. Neste sentido, Gonçalves (2012, p. 17) dispõe que tanto a Constituição Federal (BRASIL, 1988) quanto o Código Civil (BRASIL, 2002), não definem seu conceito, apenas estabelecem sua estrutura, visto que não há identidade de conceitos nos campos do direito e da sociologia.

Seguindo essa linha, nota-se também a dificuldade de conceituar o termo família, quando observado os vários arranjos que elas podem tomar. Aplicando como base os ensinamentos de Maria Berenice Dias, tem-se que as famílias podem ser estruturadas como matrimonial, informal, homoafetiva, monoparental, parental, pluriparental, paralela e eudomista (DIAS, 2011).

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), como já articulado, trata a família como a base da sociedade, lhe conferindo especial proteção. Entretanto, mais do que isso, a Carta Magna (BRASIL, 1988) ainda confere proteção individual a cada integrante de uma família, esse é o entendimento extraído do § 8º, de seu artigo 226, dispondo que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Contudo, além destas disposições, exsurge os princípios norteadores do direito de família, decorrentes da Constituição Pátria (BRASIL, 1988), entre os quais, seleciona-se para compor este trabalho: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o Princípio da Igualdade, da Afetividade e o da Liberdade.

2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é princípio norteador do direito pátrio, sendo reconhecido como macro princípio, estando previsto logo de início no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Sobre este princípio, Dias versa que, é indevido dar tratamento diferenciado aos diversos tipos de família e, dispõe que (DIAS, 2011, p. 63):

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum –, permitindo o pleno

desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideias pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

Desta forma, entende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana busca garantir a proteção da família, independentemente de sua formação estrutural, angariando o desenvolvimento pessoal de cada membro das instituições familiares.

2.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade visa dar tratamento isonômico as pessoas, afim de que uns não tenham privilégios sobre outros.

Segundo Gonçalves, no âmbito do direito de família, nota-se em diversos dispositivos da Constituição Federal (BRASIL, 1988) a incidência deste princípio, como por exemplo, no artigo 226, § 5º, onde dispõe que a direção da instituição familiar será presidida igualmente entre o homem e a mulher, pondo fim ao patriarcalismo.

Também o artigo 227, § 6º, da Carta Magna (BRASIL, 1988), tem a incidência do princípio da igualdade, mas com relação aos filhos, onde aduz que os filhos havidos fora ou não do casamento, ou adotados, serão tratados de maneira isonômica, sendo proibido qualquer tratamento discriminatório quanto à filiação, pondo fim aos tratamentos diferenciados que os filhos tinham, principalmente os havidos fora do casamento, que eram chamados de bastardos e constava em suas certidões de nascimento o nome filho ilegítimo (GONÇALVES, 2012, p. 23-24).

Sendo assim, no âmbito do direito de família este princípio busca assegurar o tratamento isonômico entre os seus integrantes, cessando tratamentos distintos que existiam, a exemplo dos filhos havidos fora do casamento.

2.4 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O princípio da afetividade não é expressamente previsto na Carta Magna (BRASIL, 1988), entretanto não é penoso observá-lo, onde em determinados dispositivos constitucionais, resta claro sua existência.

Inicialmente, importa esclarecer o conceito deste princípio, que segundo Tartuce (2012):

De início, para os devidos fins de delimitação conceitual, deve ficar claro que o afeto não se confunde necessariamente com o amor. Afeto

quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as cargas estão presentes nas relações familiares.

Ao observar este substantivo, percebe-se o critério fortemente subjetivo ao mencionado princípio, o que dificulta o seu caráter conceitual, sobre o tema, versa Lôbo (2010, p. 64) que:

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O princípio jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar. Na relação entre cônjuges e entre companheiros o princípio da afetividade incide enquanto houver afetividade real, pois esta é pressuposto da convivência. Até mesmo a afetividade real, sob o ponto de vista do direito, tem conteúdo conceptual mais estrito (o que une as pessoas com objetivo de constituição de família) do que o empregado nas ciências da psique, na filosofia, nas ciências sociais, que abrange tanto o que une quanto o que desune (amor e ódio, afeição e desafeição, sentimentos de aproximação e de rejeição).

Ou seja, tomando por base os ensinamentos dos autores, denota-se que o princípio da afetividade é aquele que surge, obrigatoriamente, da relação familiar, sendo que no caso dos filhos, a não existência de amor, não põe fim a este princípio, mas no caso dos companheiros, põe, como exposto, uma vez que, presume-se, que o amor ou a afetividade são necessários para o convívio entre os companheiros.

Nota-se, explicitamente, a incidência deste princípio, no tocante a relação afetiva entre pais e filhos, no artigo 229 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), onde este dispõe que “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Ou seja, este artigo coaduna com o ensinamento de Lôbo, onde o princípio da afetividade apenas deixará de incidir, com o falecimento de um dos sujeitos, entendendo-se, portanto, que este artigo é uma obrigação decorrente do princípio em apreço.

Desta forma, resta conceituado o princípio em estudo e demonstrado a sua incidência, entretanto, ele é reconhecido em mais dispositivos constitucionais, conforme preleciona Lôbo (2010, p. 64):

O princípio da afetividade está implícito na Constituição. Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).

Nota-se, portanto, que o princípio da afetividade não está ligado ao amor ou ao afeto, propriamente, mas está ligado aos laços familiares, sendo um princípio implícito na Constituição Federal (BRASIL, 1988), mas que “irradia o moderno direito de família” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 89).

2.5 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

Segundo Dias, o princípio da liberdade se relaciona com o da igualdade, onde só haverá liberdade se houver igualdade em mesma proporção (DIAS, 2011, p. 64).

Seguindo esse liame, se houvesse apenas a liberdade, indivíduos teriam mais liberdades que outros, por isso o princípio da liberdade é intrínseco ao da igualdade, porque se assim não fosse, restariam alguns indivíduos dominando outros, visto que teriam mais liberdade.

No tocante ao direito de família, Lôbo versa que o princípio da liberdade incide da seguinte forma (LÔBO, 2010, p. 62):

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.

Nesse compasso, nota-se que o princípio da liberdade na seara familiar, incide de forma a proporcionar liberdade aos indivíduos para conduzirem suas famílias da maneira que entendam mais adequada, correspondendo a sua personalidade, desde que não vá de encontro aos bons costumes e ao direito.

Além das previsões constitucionais e princípios que regem a instituição família, esta também encontra respaldo no Código Civil (BRASIL, 2002).

3. A FAMÍLIA E O CÓDIGO CIVIL

3.1 NOVOS ARRANJOS FAMILIARES

Segundo Dias (2011, p. 31), o projeto original do Código Civil é de 1975, o qual entrou em vigor em 2003, ou seja, tramitou antes e depois da promulgação da Constituição Federal, onde a Carta Magna trouxe nova ordem de valores, elevando a dignidade da pessoa humana, refletindo no projeto do Código Civil, que terminou sofrendo com emendas, por tramitar antes da Constituição Federal.

Nessa linha, quanto à nova ordem de valores por meio da dignidade da pessoa humana trazidas na Constituição Federal, estas incidiram no Código Civil, da seguinte forma, conforme observa Gonçalves (2012, p. 33):

A Constituição Federal de 1988 “absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos”. Assim, o art. 226 afirma que “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”. O segundo eixo transformador “encontra-se no § 6º do art. 227. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrido dentro ou fora do casamento”. A terceira grande revolução situa-se “nos artigos 5º, inciso I, e 226, § 5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916”.

Sendo assim, entende-se, portanto, que esses três eixos correspondem aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, decorrentes da Constituição Federal, que incidiram de tal forma no Diploma Civil, que se tornaram princípios norteadores do direito de família.

Ainda nesse sentido, Dias (2011, p. 31) aduz que:

Em completo descompasso com o novo sistema jurídico, o projeto necessitou sofrer modificações profundas para adequar-se às diretrizes ditadas pela Constituição. Daí o sem-número de emendas que sofreu, tendo sido bombardeado por todos os lados. Inúmeros remendos foram feitos, o que, ainda assim, não deixou o texto com a atualidade e clareza necessárias para reger a sociedade dos dias de hoje. Sua desordem estrutural decorre da inclusão retalhada da nova concepção do direito das famílias. Foram inseridas, sem técnica alguma, na fase final de sua elaboração, certas regras de direito

material preexistentes. Assim, o “novo” Código, embora bem-vindo, chegou velho.

Dessa forma, entende-se que por não ter o Código Civil previsto as diretrizes da Constituição Federal, pelo fato de ter tramitado antes e depois da promulgação desta, sofrendo diversas emendas, terminou por não restar suficientemente atualizada e clara, a ponto de prever situações novas que surgem na atualidade, como os diversos tipos de arranjos familiares, no direito de família.

Com a evolução social, surgiram novos arranjos familiares, onde, ao tomar por base os ensinamentos de Dias (2011), tem-se, atualmente, que as famílias podem ser definidas em “matrimonial, informal, homoafetiva, monoparental, parental, pluriparental, paralela e eudomista”, levando em consideração sua organização.

A família denominada como matrimonial é aquela em que possui homem e mulher, casados e com o intuito de gerar descendentes (DIAS, 2011). A família informal ou extramatrimonial é, na verdade, a união estável, onde duas pessoas convivem juntas, porém, sem o intuito de casar (DONIZETTI; QUINTELLA, 2013).

Importante repercussão quanto à união estável, condiz ao tempo em que é necessário para ela restar configurada, uma vez que não existe tal disposição no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, a jurisprudência entendeu que para se caracterizar a união estável, seria necessário apenas a intenção do casal em constituir família, não sendo pressuposto o tempo de duração da relação, tomando por base a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO PÓS-MORTE. REQUISITOS. TEMPO MÍNIMO. INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. CABIMENTO 1. É POSSÍVEL O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL QUANDO ESTÃO PRESENTES OS ELEMENTOS CARACTERIZADORES PREVISTOS NO ART. 1723 DO CÓDIGO CIVIL. 2. A LEGISLAÇÃO VIGENTE NÃO ESTABELECE UM TEMPO MÍNIMO DE DURAÇÃO PARA CARACTERIZAR A UNIÃO ESTÁVEL O QUE NÃO PODE CONVERTER-SE EM ÓBICE PARA O SEU RECONHECIMENTO, LEVANDO-SE EM CONTA, PRINCIPALMENTE, A INTENÇÃO DO CASAL EM CONSTITUIR FAMÍLIA. 3. RECURSO PROVIDO. (TJ-DF - APC: 20100110118476 DF 0006270-22.2010.8.07.0001, Relator: ANTONINHO LOPES, Data de Julgamento: 11/09/2013, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 28/05/2014. Pág.: 123).

A constituição familiar denominada de homoafetivo também não encontrava respaldo no ordenamento jurídico, sendo reconhecido pelo Superior Tribunal Federal recentemente. Já em relação a família denominada monoparental, esta é formada por

um dos pais e seus descendentes, encontrando respaldo no artigo 226, § 4º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

A família parental é formada por parentes ou não, estruturados com propósito em comum, também conhecida como família anaparental (DIAS, 2011). Importante repercussão quanto a esse arranjo familiar, conforme a autora, é a de que no caso de falecimento de um dos irmãos, se a família for constituída por dois irmãos que almejem o crescimento do acervo patrimonial, por exemplo, os bens não poderão ser divididos entre os demais irmãos (DIAS, 2011).

A família pluriparental ou mosaico é aquela em que seus membros já tiveram relacionamentos anteriores (casamento, união estável, simples relacionamentos afetivos, por exemplo) e, houveram filhos, formando uma nova família onde homem e mulher se unem com seus filhos havidos fora desta nova família e os seus filhos comuns, exemplificando (TARTUCE, 2011).

A família paralela é decorrente da relação de uma pessoa casada ou que conviva em união estável com uma terceira pessoa, sendo conhecida popularmente como concubinato (DONIZETTI; QUINTELLA, 2013).

Por fim, o último arranjo familiar elencado pela autora é a eudemonista, caracterizada pela afetividade, onde cada partícipe busca a felicidade individual, prevista no artigo 226, § 8º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Desta forma, com a constante evolução, nota-se que a família vai mudando seu conceito, formação, surgindo novas repercussões no seio social que não possuem respaldo no ordenamento jurídico, haja vista que o Código Civil tramitou antes e depois da promulgação da Constituição Federal, sem observar as diretrizes desta, sendo por diversas vezes emendada e, ainda assim, não restando suficientemente atualizada e clara, para reger a sociedade nos dias de hoje (DIAS, 2011), conforme versado anteriormente.

3.2 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Assim, diante da evidente transformação no que diz respeito à forma de constituição familiar, importa a partir deste momento, mencionar as maneiras previstas, inclusive no Código Civil (BRASIL, 2002), da concepção de filhos.

Realizando uma interpretação extensiva do artigo 1.593, do Código Civil (BRASIL, 2002), conclui-se que a concepção de filhos pode ocorrer de maneira natural, que seria a decorrente da relação sexual; civil, proveniente da adoção ou relação de socioafetividade; e, por origem diversa, oriundo da reprodução assistida; haja vista que versa o artigo em comento que “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

Esta conclusão possui sustentáculo no Enunciado 103, da I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, (BRASIL, 2003, p. 55) que dispõe:

O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

Também nesse sentido, Peluso comenta o artigo em análise, versando que (2014, p. 1.616):

O dispositivo classifica o parentesco, distinguindo os que resultam da consanguinidade do que tenha outra origem. De acordo com a regra em exame, o parentesco civil é todo aquele que não tem origem biológica. Recorde-se, porém, que o art. 227, § 6º, da CF assegura igualdade aos filhos havidos ou não do casamento. O termo “outra origem”, usado pelo legislador, admite como fontes de parentesco os casos de reprodução artificial e as relações socioafetivas, sem vínculo biológico ou de adoção.

Desta forma, a concepção de filhos pode se dar de diferentes formas, mas a que interessa ao presente trabalho, é a concepção proveniente da reprodução assistida, onde segundo o Conselho Federal de Medicina (CFM, 2017) “As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”.

Estas técnicas, conforme disposto anteriormente, tentam facilitar a procriação de filhos para as pessoas que possuem algum tipo de problema relacionado a reprodução, sendo divididas em quatro espécies por Silva (2016, p. 16): fecundação forma *in vitro*, inseminação artificial, microinjeção intracitoplasmática de espermatozoides e transferência intrafalopiana de gametas.

A fecundação forma *in vitro* pode ser tida como aquela em que o óvulo da mulher é retirado para ser fecundado com o sêmen de seu marido ou de um doador,

na proveta e, posteriormente, ser introduzido o embrião no útero da esposa ou de outra mulher (SILVA, 2016, p. 17).

Diversamente da fecundação forma *in vitro*, na inseminação artificial não há manipulação externa de material genético (SILVA, 2016, p.17), podendo ser esta classificada em quatro modalidades (POLI e VIEGAS, 2015, p. 3):

Em relação às espécies de inseminação, consoante o enunciado nº 105 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, a concepção artificial pode ser classificada em quatro modalidades, quais sejam: Homóloga, Homóloga *post mortem*, Heteróloga e Bisseminal.

A inseminação artificial homóloga é aquela realizada em uma mulher com o sêmen do seu marido ou companheiro (POLI e VIEGAS, 2015, p. 3), encontrando previsão no Código Civil (BRASIL, 2002), em seu artigo 1.597, inciso IV, que dispõe “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”.

A inseminação artificial homóloga, onde se utiliza o sêmen do marido ou companheiro em uma mulher, conforme versado anteriormente, pode se dar de maneira *post mortem*, ou seja, com o material genético do marido ou companheiro já falecido da mulher (POLI e VIEGAS, 2015, p. 3), encontrando respaldo no artigo 1.597, inciso III, do Código Civil (BRASIL, 2002), que aduz “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”.

Por outro lado, a modalidade heteróloga é aquela em que o material genético utilizado em uma mulher será disponibilizado por um doador, sendo necessário a anuência do marido ou companheiro da mulher submetida a esta técnica (POLI e VIEGAS, 2015, p. 3), conforme assevera o artigo 1.597, inciso V, do Código Civil (BRASIL, 2002), expressando “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

Por fim, a última modalidade de inseminação artificial é a bisseminal, onde o sêmen do marido ou companheiro é mesclado com o de um doador, sendo posteriormente utilizado em uma mulher (POLI e VIEGAS, 2015, p. 3).

Quanto as outras duas técnicas de reprodução assistida, microinjeção intracitoplasmática de espermatozoides e transferência intrafalopiana de gametas, Silva versa que (2016, p. 16):

[...] a mais variante da fecundação *in vitro*, a microinjeção intraplasmática de espermatozoides que, diferentemente das demais, ocorre com uma condução do espermatozoide pelo médico, o qual, com o auxílio de um microscópio, injeta-o no óvulo, e a Transferência intrafalopiana de gametas, processo pelo qual ambos os gametas (femininos e masculinos) são extraídos do seu meio natural e transferidos para as trompas de falópio da mulher gestante, ocorrendo, assim, a fecundação.

Após uma breve introdução e explicação das técnicas de reprodução assistida, pretende-se, no próximo ponto, explicar como funciona a barriga de aluguel em conjunto com as técnicas de reprodução assistida.

4. BARRIGA DE ALUGUEL E O ENTENDIMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de ligar a técnicas de reprodução assistida à barriga de aluguel, é preciso conceituar esta. Ocorre que, a terminologia barriga de aluguel é bastante polêmica, conforme versa Silva (2011, p. 52):

A terminologia mais conhecida, “barriga de aluguel”, é atacada por diversos doutrinadores como inadequada porque, na maioria dos países onde essa técnica é admitida, ou ao menos não é vedada, a utilização do método deverá ser gratuita, sem qualquer contraprestação financeira, aproximando a atividade muito mais de um empréstimo do que de um aluguel, embora possamos encontrar em rápida pesquisa na *internet* mulheres brasileiras, ofertando seus úteros em troca de pagamento, mulheres estas que indicam telefone e endereço no Brasil, ofertando seus préstimos para que outras brasileiras possam escolhê-las para tal método.

Dessa forma, a partir deste momento, será utilizada a terminologia barriga solidária ao invés de barriga de aluguel, que foi muito empregada anteriormente, sendo conceituada aquela, segundo Poli e Viegas (2015, p. 3) como: “[...] procedimento em que uma mulher empresta a sua barriga para gerar um filho para outra mulher impossibilitada de gerar um filho no seu próprio ventre”.

Portanto, conforme versado anteriormente, a barriga solidária pode ser definida como ato em que uma mulher cede seu útero gratuitamente para outra mulher que não pode gestar um filho.

Conceituado a barriga solidária, imprescindível se torna demonstrar a ligação entre as técnicas de reprodução assistida e a barriga solidária. As técnicas antecedem a barriga solidária, conforme explica Silva (2016, p. 23):

A substituição temporária de útero é um procedimento que será antecedido por um método de fertilização *in vitro* (conhecido como proveta) dos óvulos, mais os espermatozoides, transferindo-os para o útero hospedeiro (útero substituto) depois da fecundação.

Mas não é apenas a fertilização *in vitro* que será utilizada em conjunto com a barriga solidária, a técnica da inseminação artificial também será utilizada em conjunto com a primeira técnica, é o que se extrai de outro trecho da autora (SILVA, 2016, p. 25):

Quando falamos de fertilização *in vitro* para posterior inseminação artificial, é importante destacar que, em todos os processos, haverá destacamento das partes do corpo, como sêmen e óvulo, o que faz necessário que todos os envolvidos estejam vivos para autorizar o procedimento por escrito.

Também pode-se concluir que não será apenas utilizada a técnica da fertilização *in vitro* em conjunto com a barriga solidária, quando da análise do disposto na Resolução do Conselho Federal de Medicina (Resolução CFM nº 2.168/2017), que versa sobre barriga solidária e a utilização de técnicas, no plural, de reprodução assistida, o que corrobora para a conclusão, onde dispõe a referida Resolução:

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira.

Dessa forma, comprova-se que as técnicas de reprodução assistida antecedem a barriga de aluguel, sendo aquelas imprescindíveis para a consecução desta, onde o resultado destas técnicas, serão introduzidas em uma mãe substituta, dando início, portanto, a uma barriga solidária, gestando essa mãe, a criança pretendida pelo casal idealizador ou pessoa solteira.

Contudo, esse procedimento não é regulamentado pelo ordenamento jurídico brasileiro e esta prática pode acarretar em repercussões polêmicas, sendo estas repercussões objeto de ponto próximo.

4.1 AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO PÁTRIA E A RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

A barriga solidária é um procedimento que não possui regulamentação prevista no ordenamento jurídico pátrio, existindo apenas alguns projetos de lei que “tramitaram ou tramitam no Congresso Nacional”, conforme destaca Del’olmo (2016, p. 181):

Cumprindo ressaltar que já tramitaram ou tramitam no Congresso Nacional inúmeros projetos de lei com vistas a regulamentar a utilização das técnicas de reprodução assistida. Entre eles pode-se citar: PL nº 3.638/1993, PL nº 2.855/1997, PL nº 4.655/2001, PL nº 1.135/2003, PL nº 1.184/2003, PL nº 2.061/2003, PL nº 4.892/2012 e PL nº 115/2015. Em sua maioria, eles proíbem a gestação por sub-rogação na sua forma comercial.

Realizando a consulta desses projetos de lei através do *site* da Câmara dos Deputados (realizada em 03/11/2018), constatou-se que dos oito projetos de lei apresentados, um foi arquivado (Projeto de Lei nº 3.638/1993) e seis estão apenas ao Projeto de Lei nº 1.184/2003, que está aguardando parecer do relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

No entanto, existem mais 12 (doze) projetos de lei que versam, em alguns aspectos, sobre a barriga solidária, que estão apenas ao projeto de lei em comento, são eles:

PROJETO DE LEI Nº	EMENTA
4.664/2001	Dispõe sobre a proibição ao descarte de embriões humanos fertilizados "in vitro", determina a responsabilidade sobre os mesmos e dá outras providências.
4.665/2001	Dispõe sobre a autorização da fertilização humana "in vitro" para os casais comprovadamente incapazes de gerar filhos pelo processo natural de fertilização e dá outras providências.
6.296/2002	Proíbe a fertilização de óvulos humanos com material genético proveniente de células de doador do gênero feminino.
120/2003	Dispõe sobre a investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida.
4.686/2004	Introduz art. 1.597-A à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, assegurando o direito ao conhecimento da origem genética do ser gerado a partir de reprodução assistida, disciplina a sucessão e o vínculo parental, nas condições que menciona.
4.889/2005	Estabelece normas e critérios para o funcionamento de Clínicas de Reprodução Humana.
5.624/2005	Cria Programa de Reprodução Assistida no Sistema Único de Saúde e dá outras providências.
3.067/2008	Altera a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.

7.701/2010	Dispõe sobre a utilização post mortem de sêmen do marido ou companheiro
3.977/2012	Dispõe sobre o acesso às técnicas de preservação de gametas e Reprodução Assistida aos pacientes em idade reprodutiva submetidos a tratamento de câncer.
7.591/2017	Acrescenta parágrafo único ao art. 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para conferir capacidade para suceder aos concebidos com o auxílio de técnica de reprodução assistida após a abertura da sucessão.
9403/2017	Modifica a redação do art. 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

(Câmara Federal, 2018)

Através da ementa, nota-se que estes projetos de lei regulam, em alguns aspectos, a barriga solidária, haja vista que estão apensos a um projeto de lei com esta temática, no entanto, 03 (três) projetos de lei eram desfavoráveis a prática da barriga solidária, encontrados em busca no site da Câmara dos Deputados, contudo eles foram arquivados, são eles:

PROJETO DE LEI Nº	EMENTA	SITUAÇÃO
1.645/1991	Tipifica como crime a cessão de utero para fins de inseminação artificial.	Arquivada
809/1991	Dispõe sobre a proibição do implante de embrião em mulher que não seja a propria geradora e da outras providencias.	Arquivada
1.737/1991	Dispõe sobre informações geneticas, doação de órgãos humanos e da outras providencias.	Arquivada

(Câmara Federal, 2018)

Dessa forma, comprova-se que a barriga solidária não possui regulamentação própria no ordenamento jurídico brasileiro, existindo apenas, no momento, uma resolução do Conselho Federal de Medicina, a Resolução CFM nº 2.168/2017. Entretanto, as disposições constantes nesta resolução vinculam apenas os médicos, onde segundo Del'olmo (2016, p. 181):

Em vista da lacuna legal, o órgão de fiscalização específico da classe médica, o Conselho Federal de Medicina, criado pela Lei nº 3.268/57, estabeleceu diretrizes básicas de conduta ética sobre o assunto, por meio de resolução, que tem como destinatários os médicos que atuam no território nacional. Tal órgão, que tem natureza jurídica de autarquia federal, exerce a atividade de fiscalização do exercício profissional da medicina.

Sobre o tema: “[...] a referida norma do CFM destina-se à classe médica, de modo que permanecem inúmeros questionamentos acerca do tema, que paira em um limbo jurídico” (DEL’OLMO, 2016, p. 183).

Esta ausência de previsão legal, pode acarretar no surgimento de algumas repercussões polêmicas, uma vez que mesmo não havendo regulamentação, essa prática é realizada no país, conforme esclarece Del’olmo (2016, p. 183):

Especula-se que boa parte das gestações por substituição efetuadas no Brasil sejam realizadas mediante pagamento, em desacordo com as disposições da Resolução do CFM e, principalmente, ignorando as inúmeras implicações de caráter jurídico, moral, ético, psicológico, social e, até mesmo, religioso.

Portanto, necessário se torna a aprovação de lei para que evite o surgimento de conflitos que, atualmente, não possuiriam qualquer respaldo legal para ser diretriz dos magistrados.

4.2 CONTRATOS DE BARRIGA SOLIDÁRIA E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

Conforme versado, a barriga solidária não possui amparo legal no ordenamento jurídico brasileira, existe apenas uma resolução do Conselho Federal de Medicina onde suas disposições vinculam apenas os médicos, oportunidade em que poderão surgir problemáticas que não possuem previsão na lei.

Dentre as inúmeras implicações que podem advir desta prática, Del’olmo sinaliza algumas (2016, p. 183–184):

A título de exemplo, podem-se apontar as seguintes questões ainda não contempladas pela legislação brasileira: quais os direitos e garantias das partes envolvidas; como definir a parentalidade da criança diante de possível conflito positivo de maternidade e paternidade; o que deve ocorrer com as mulheres que oferecem o “serviço” de “barriga de aluguel” no Brasil; e qual será o procedimento para lavratura do registro de nascimento da criança nesses casos.

Ainda nesse sentido, Silva apresenta um rol de problemáticas que podem ser desencadeados em decorrência da utilização da fecundação *in vitro*, técnica de reprodução assistida, e a barriga solidária, são elas (2016, p. 20–21):

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

- 2) Riscos à saúde da doadora do óvulo, por submeter-se a desgastantes técnicas para obtenção do gameta feminino ou a um forte tratamento hormonal para provocar superovulação, e à do embrião, pois os hormônios ingeridos pela doadora poderão alterar os cromossomos nos óvulos, podendo causar problemas congênitos ou malformações.
- 3) A possibilidade de o doador transmitir ao embrião doença genética ou psicose hereditária, síndrome de Down, e ninguém queira ficar com ela.
- 4) Possibilidade de o doador do sêmen, ou a que cedeu o útero, querer reconhecer o filho como sendo seu, reclamando-o judicialmente.
- 5) Ocorrência de óbito do casal encomendante em um desastre, após a fecundação. Mas, antes da implantação do embrião, quem teria a responsabilidade pela sua implantação em útero alheio? Seria ele herdeiro do casal? Quem teria sua guarda? A mãe substituta?
- 6) A falta da anuência do marido poderá levá-lo a pedir dissolução do casamento por configurar uma paternidade forçada, podendo gerar direitos indenizatórios.
- 7) A questão do direito de disposição do material fertilizante, no caso o sêmen, não havendo possibilidade de coação nem indução dolosa para sua obtenção.
- 8) Arrependimento do casal, do marido ou da esposa após a fertilização in vitro, despertando desejos como aborto, abandono ou mesmo rejeição.
- 9) A questão da determinação do começo da vida e da personalidade jurídica nos casos em que o aborto for permitido.
- 10) A questão do registro civil frente ao Provimento nº 52/2016 do CNJ.
- 11) Possíveis conflitos sobre a maternidade e a paternidade, uma vez que, na fecundação na proveta, a criança poderá ter dois pais e duas mães, uma institucional (em que se anui a fertilização) e outra genética (em que se doa o material genético, sem a responsabilidade civil pelo ser que gerou).
- 12) A possibilidade de a criança adquirir alguma doença durante a gravidez, como zika, hepatite, rubéola, sarampo, dentre outras, num contexto de pouco grau de instrução da mãe substituta.
- 13) A figura dos chamados “intermediários nos contratos de substituição” e o controle das “comissões”.
- 14) A existência de uma maternidade substitutiva, com fins terapêuticos. Criança gerada para salvar um irmão.
- 15) As consequências e exigências que envolverão a mãe substituta até a entrega do produto final, como uma positivação da necessidade de uma relação contratual a ser estabelecida e cumprida.

Ainda quanto as controvérsias decorrentes da prática da barriga solidária, tem-se, segundo Luna, o planejamento excessivo dos filhos, a busca pelas características ideais, onde (2002, p. 249):

Outro ponto menos mencionado é a oferta e procura de doadores com características socialmente valorizadas como a beleza das modelos e um título em Cambridge, sendo questionável a possibilidade de transmissão hereditária desses traços. Sendo Cussins⁵³, a prática de correlata dos bancos de sêmen de listar características – carreira, educação, raça, inteligência e atletismo – na descrição dos doadores

promove a naturalização de traços sociais. A escolha das características de doadores e a interferência de relações de mercado são percebidas como ameaças às relações tradicionais de parentesco e família. Surge a expressão “compra de bebês” nas críticas à excessiva margem de escolha para “planejar” os filhos, fato possível pela difusão e comercialização das técnicas da medicina de reprodução.

Todas estas problemáticas que poderão surgir com a utilização da barriga solidária são muito relevantes, devendo ser encaradas rapidamente, haja vista que se trata mais do que um procedimento médico, trata-se, conseqüentemente, de uma vida, uma criança, que dentre as implicações apontadas, destacamos a questão do abandono, que terá influência direta na vida do ser humano que será gerado.

Nessa perspectiva, Del’olmo afirma que é necessário que o assunto seja rapidamente regulamentado (2016, p.184):

Os inúmeros problemas e desdobramentos jurídicos que podem advir do procedimento do “barriga de aluguel”, tal como a recusa da mãe biológica de entregar a criança ou a recusa dos pais genéticos de acolherem a criança com má formação fetal, demonstra a necessidade premente de que o assunto seja regulamentado na esfera civil, administrativa e penal brasileira. Os avanços tecnológicos permitem que tais técnicas sejam utilizadas e elas continuaram ocorrendo, sendo ou não regulamentadas pelo direito.

Independentemente de aprovação de lei, esta prática continuará a ser realizada, necessitando urgentemente, que essa prática seja regulamentada para elidir quaisquer destas, ou outras, problemáticas que possam surgir.

Ademias, para que um contrato tenha validade jurídica é necessário que este preencha seus requisitos de validade, que segundo Gonçalves, se dividem em três, a saber: subjetivos, objetivos e formais (2014, p. 34). Ainda segundo o autor, o inciso II, do artigo 104, do Código Civil, se enquadra nos requisitos objetivos, ou seja, quanto ao objeto ser lícito, possível, determinado ou determinável (GONÇALVES, 2014, P. 37).

Nesse sentido, dispõe Gonçalves que objeto lícito é aquele (2014, p. 37):

Objeto lícito é o que não atenta contra a lei, a moral, ou os bons costumes. Objeto imediato do negócio é sempre uma conduta humana e se denomina prestação: dar, fazer ou não fazer. Objeto mediato são os bens ou prestações sobre os quais incide a relação jurídica obrigacional.

Quanto ao procedimento da barriga de aluguel, surgem debates acerca da licitude ou ilicitude de um contrato que tenha como objeto uma criança que será originada através deste procedimento, onde segundo Del'olmo (2016, p. 184-185):

Esse assunto tem gerado acalorada discussão a respeito da validade jurídica de eventual contrato oneroso de gestação de substituição. Para parte considerável da doutrina, tal contrato deverá ser nulo, já que seu objeto é imoral, ferindo a dignidade do ser humano ao acarretar a coisificação da pessoa. No entanto, alguns juristas entendem que tal contrato não seria injurídico, já que não se configura conduta típica penal.

Nesse sentido, Dias (2010, p. 362) também entende pela proibição da prática da barriga de aluguel, aduzindo que uma criança também não poderia ser objeto de contrato, onde esta avença seria nula e, também traz outras implicações:

Gestação por conta de outrem, maternidade por substituição ou sub-rogação são expressões que nada mais significam do que a conhecida barriga de aluguel. Porém, apesar do nome, é vedada constitucionalmente a comercialização de qualquer órgão, tecido ou substância (CF 199 § 4.º). Assim, também é proibido gestar o filho alheio, mediante pagamento. A gestação por substituição seria um negócio jurídico de comportamento, compreendendo para a “mãe de aluguel” obrigações de fazer e não fazer, culminando com a obrigação de dar, consistente na entrega do filho. Como uma criança não pode ser objeto de contrato, a avença seria nula, por ilicitude de seu objeto (CC 104 II). Também se poderia ver configurado ilícito penal, que pune dar parto alheio como próprio e registrar como seu filho de outrem (CP 242).

Portanto, nota-se que quanto à barriga de aluguel, que seria a gestação por substituição mediante pagamento, os autores são contra sua prática, haja vista que a criança não poderia ser objeto de contrato, onde seria definido como um objeto ilícito, nos termos do artigo 104, inciso II, do Código Civil (BRASIL, 2002).

Conforme explanado no decorrer do presente trabalho, não existe lei que regulamente a prática da barriga solidária, apenas uma resolução que vincula os médicos brasileiros e, o que se pode encontrar no Brasil, são casos de barriga de aluguel, onde as mulheres vendem suas barrigas para gestarem um filho para terceiros, cabendo trazer mais uma vez, o que dispõe Silva (2011, p. 52):

[...] embora possamos encontrar em rápida pesquisa na *internet* mulheres brasileiras, ofertando seus úteros em troca de pagamento, mulheres estas que indicam telefone e endereço no Brasil, ofertando seus préstimos para que outras brasileiras possam escolhê-las para tal método.

Ainda nesse contexto, a BBC Brasil (2018) publicou, em 09/01/2018, matéria referente a barriga de aluguel no Brasil, onde segundo a matéria:

A despeito disso, diversas mulheres se oferecem como barriga de aluguel em páginas e grupos de redes sociais – o maior deles, no Facebook, possui 3,3 mil membros. Cobra-se de R\$ 15 mil a mais de R\$ 100 mil, além de despesas com a gravidez e estada quando necessário.

Sendo assim, no caso de um contrato de barriga de aluguel, este seria nulo, haja vista que se trataria de contrato de objeto ilícito, mesmo assim, esta prática continua a acontecer, muito em virtude da ausência de lei, sendo imperioso a aprovação de uma lei que regule este procedimento.

Tomando por base o item 2, da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168/2017, esta não proíbe a barriga solidária, proíbe a barriga de aluguel, que tem fins lucrativos.

Entretanto, se um casal idealizador da barriga de aluguel omitir a informação ao médico de que está realizando pagamentos a mãe substituta, o médico não terá como impedir o procedimento e, caso descoberto a trama, não haverá qualquer penalidade aos envolvidos, apenas ao médico, se soubesse. Ainda se for descoberto pelo médico no decorrer do procedimento e a mãe substituta estiver grávida, conseqüentemente o médico não irá realizar o aborto, não existindo qualquer penalidade as pessoas envolvidas, devido à ausência de norma regulamentadora.

Sendo assim, a normatização de uma lei que permita a realização da barriga de aluguel, modalidade em que há contraprestação, deverá ser amplamente combatida, haja vista que uma criança não poderia ser objeto de contrato e, não preenchido um dos requisitos do contrato, este será nulo, conforme esclarece Gonçalves (2014, p. 33-34):

Para que o negócio jurídico produza efeitos, possibilitando a aquisição, modificação ou extinção de direitos, deve preencher certos requisitos, apresentados como os de sua validade. Se os possui, é válido e dele decorrem os mencionados efeitos, almejados pelo agente. Se, porém, falta-lhe um desses requisitos, o negócio é inválido, não produz o efeito jurídico em questão e é nulo ou anulável.

Resta evidente que o contrato de barriga de aluguel seria ilícito, mas quanto à possibilidade da barriga solidária, nota-se que o Conselho Federal de Medicina é a

favor, assim como alguns autores e os projetos de lei que estão em trâmite. Segundo Silva, a barriga solidária seria possível devido ao direito de dispor do próprio corpo, versando (2016, p. 72):

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

O presente trabalho não buscou adentrar na discussão principiológica acerca do tema, como as questões da disponibilidade do próprio corpo e da dignidade da pessoa humana, mas buscou a questão contratual, deixando esta discussão para uma próxima ocasião.

Sendo assim, mesmo que se tratasse de uma barriga solidária, onde ocorreria um contrato gratuito, não poderia ser esse procedimento permitido pelo ordenamento jurídico pátrio, haja vista que estaria sendo objeto de contrato uma criança, sendo, portanto, um objeto ilícito.

Dessa forma, é necessário a aprovação de lei que proíba esse procedimento, haja vista que uma criança não poderia ser objeto de contrato, ferindo assim, o artigo 104, do Código Civil (BRASIL, 2002).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se a constante evolução da família, com a especial proteção conferida a esta pela Constituição Federal, principalmente quando observados os princípios norteadores do Direito de Família, advindos da Carta Magna.

A constante evolução da família propiciou o surgimento de novos arranjos familiares, com tamanha diversidade, que tornou penoso qualquer tentativa de conceituação do instituto.

Além das configurações das famílias, a natural e constante evolução social trouxe as técnicas de reprodução assistida, procedimentos capazes de auxiliar pessoas com problemas reprodutivos, facilitando a procriação e realizando o sonho dos que almejavam ser pais, mas encontravam alguma dificuldade. Assim como também conduziu à barriga de aluguel, prática em que uma mulher cede temporariamente o útero a outra, que não possa ou não queira gestar um filho.

A técnica de reprodução assistida e a prática da barriga de aluguel podem acarretar em diversas repercussões no âmbito do direito, questões que não encontrariam respaldo legal no ordenamento jurídico brasileiro, tais como: a família idealizadora da barriga solidária desistir da criança que está sendo gestada; a criança não ser entregue a família idealizadora, em virtude de a mãe biológica criar laços maternos com a criança; a busca pelo filho ideal, através dos aspectos físicos ou intelectuais dos doadores de material genético. Existindo apenas previsão em uma Resolução do Conselho Federal de Medicina, o qual vincula somente médicos atuantes no país.

Contudo, verificou-se a existência de alguns projetos de lei que estão em trâmite, abarcando repercussões relativas à barriga de aluguel e as técnicas de reprodução assistida. Porém, alguns desses projetos estão tramitando há muito tempo, mesmo sendo constatada a prática desse procedimento no país.

Constatou-se inúmeras implicações que a utilização da prática da barriga de aluguel pode trazer, perquirindo-se quais seriam as formas de dirimir as problemáticas, mas antes disso, observou-se se uma criança poderia ser objeto de um contrato, a qual seria originada de uma barriga de aluguel.

Diante disso, constatou-se que, de acordo com o Código Civil, não há possibilidade de uma criança ser objeto de contrato, independentemente de pagamento, onde assim, a prática da barriga de aluguel ou barriga solidária, é ilegal, devido ao objeto.

Portanto, infere-se a necessidade da aprovação de lei que regulamente esta prática e a proíba, uma vez que crianças não podem ser objetos de contrato, tornando-se este nulo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. 2002.

BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168/2017**. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

BRASIL. **Enunciado 103, da I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal**. 2003.

BRASIL. TJ-DF - **APC: 20100110118476 DF 0006270-22.2010.8.07.0001**, Relator: ANTONINHO LOPES, Data de Julgamento: 11/09/2013, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 28/05/2014. Pág.: 123).

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projetos de Lei**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/>>. Acesso em: 03 novembro 2018.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Barriga de aluguel no exterior e a aquisição da nacionalidade brasileira**. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/17677/11528>>. Acesso em: 03 fevereiro 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019>. Acesso em: 02 setembro 2018.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 2ª edição. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2013

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. 4ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família – 9ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

JR CRETELLA, J; CRETELLA, AGNES. **Do contrato Social**: princípios do direito político. 4ª edição. São Paulo. Editora RT. 2014.

LEMOS, Vinicius. **'Carrego seu filho por R\$ 100 mil': o mercado online da barriga de aluguel**. Cuiabá. BBC Brasil. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42573751>>. Acesso em: 03 fevereiro 2018.

LUNA, Naara. **Maternidade desnaturada: uma análise da barriga de aluguel e da doação de óvulos**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n19/n19a10.pdf>>. Acesso em: 03 março 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2010.

PELUSO, Cezar. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. 8ª edição. Barueri. Editora Manole. 2014.

POLI, Leonardo Macedo; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **A legalização do contrato de barriga de aluguel, sob a ótica do princípio da autonomia privada**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44596/a-legalizacao-do-contrato-de-barriga-de-aluguel-sob-a-otica-do-principio-da-autonomia-privada>>. Acesso em: 03 março 2017.

SILVA, Eneida Rosélia Nascimento. **Barriga solidária: Limites Jurídicos e o Direito Fundamental ao Próprio Corpo**. Disponível em: <http://www.unicap.br/tede/tde_arquivos/4/TDE-2016-12-29T170444Z-905/Publico/eneida_roselia_nascimento_silva.pdf>. Acesso em: 30 junho 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TARTUCE, Flávio. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 08 setembro 2018.