

A FALTA DE REGULARIZAÇÃO NA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO: UM PROBLEMA COMUM ENTRE BRASIL E ARGENTINA

THE FAULT OF REGULARIZAÇÃO IN THE GESTAÇÃO BY REPLACEMENT: A COMMON PROBLEM BETWEEN BRAZIL AND ARGENTINA*

MARCELO LESSA DA SILVA**
MARIA GABRIELA DE ASSIS SOUZA***
UNIVERSIDADE DE BUENOS AIRES, ARGENTINA
JANNICE AMÓRAS MONTEIRO****
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, BRASIL

Resumo: O presente trabalho tem como finalidade analisar os impactos causados nas relações jurídicas pelos avanços biotecnológicos de reprodução assistida, tendo como recorte o Brasil e a Argentina. Trata-se mais especificamente da gestação por substituição, onde uma doadora dispõe seu útero a outra mulher para que esta concretize seu projeto familiar. Utilizou-se do método de pesquisa teórico-dogmática, exploratório e explicativo, adotando-se uma pesquisa jurídica e social de natureza aplicada, com técnica de coleta e análise, documental e bibliográfica. Evidenciou-se as inúmeras situações que podem ocorrer, prejudicando qualquer parte da relação e principalmente, o ser gerado. Ademais, constatou-se a omissão legislativa regulamentando o tema em ambos os países, trazendo grande insegurança jurídica diante da realidade dos fatos, pois não há garantias e nem deveres as partes envolvidas, ficando à mercê da discricionariedade judicial.

Palavras-Chave: Direito de Família, Gestação por Substituição, Brasil e Argentina.

* Artigo recebido em 08/07/2016 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 20/07/2016.

** Aluno do Programa de Doutorado em Direito Civil pela Universidade de Buenos Aires. E-mail: marcelolessa.federal@yahoo.com.br. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7870815145577931>.

*** Aluna do Programa de Doutorado em Direito Civil pela Universidade de Buenos Aires. E-mail: mariagabriela.adv@hotmail.com. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7931634761538481>.

**** Doutora em Direito Internacional Privado pela Universidade de São Paulo. E-mail: jannicemonteiro@gmail.com. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/8477716490692819>.

Abstract: The present work has like purpose analyze the impacts caused in the juridical relations by the advances biotechnology of reproduction assisted, having like cut the Brazil and the Argentinian. It treats in concrete of the gestation or by replacement, where a donor has his uterus to another woman so that this materializes his familiar project. It used of the method of theoretical investigation-dogmatic, exploratory and explanatory adopting a juridical and social investigation of nature applied, with technician of collect and analysis, documentary and bibliographic. It was evident the countless situations that can occur, prejudicing any part of the relation and mainly, the be generated. Besides, it ascertained the legislative omission regulating the subject in both countries, bringing big juridical insecurity in front of the reality of the facts, as there are not guarantees and neither owe the parts wrapped, remaining to the grace of the judicial discretion.

Keywords: Right of Family. Substitution of gestation. Brazil and Argentina.

1. Introdução

Os conceitos existentes dentro do direito de família, como casamento, o próprio conceito de família, filiação, entre outros, sofreram muitas modificações ao longo do tempo, em parte pela própria mudança da sociedade e também pelo avanço científico.

Não se pode mais determinar os vínculos familiares baseando-se apenas em características biológicas, é preciso o equilíbrio com a vertente emocional. Isso recai especialmente no tema da filiação, visto que há uma enorme questão em torno da determinação de paternidade/maternidade pelas novas técnicas de reprodução.

A gestação por substituição é uma, dentre várias técnicas de reprodução, que consiste no empréstimo do útero de uma mulher para outra que quer concretizar seu projeto parental. Entretanto, o tema merece destaque devido às questões jurídicas e éticas levantadas antes e após o procedimento, situação que é agravada pela falta de regulamentação do tema. Além dessas questões, o procedimento pode fomentar um grave comércio médico do corpo.

Procurou-se então, demonstrar os problemas da gestação por substituição, principalmente no que toca a filiação, mostrar de que forma o direito brasileiro e argentino lidam com essa questão e pontuar as possíveis soluções que possam ser aplicadas.

Utilizou-se do método de pesquisa teórico-dogmática, exploratório e explicativo, adotando-se uma pesquisa jurídica e social de natureza aplicada, com técnica de coleta e análise, documental e bibliográfica.

2. Aspectos gerais

Nos últimos tempos, a humanidade tem vivenciado grandes descobertas, principalmente no campo da medicina, o que vem trazendo esperança para casais impossibilitados de realizar o sonho da maternidade ou paternidade em virtude de serem inférteis ou estéreis, valendo-se do seu próprio patrimônio genético, não sendo mais necessária a utilização da adoção.

Todavia, o uso das técnicas de reprodução assistida, acabaram por suscitar vários questionamentos de difícil solução, trazendo para o direito situações até então nunca antes suscitadas.

Oliveira Leite (1995), pontua que até o século 20, a reprodução humana assistida quase não tinha evoluído, pois a literatura médica internacional tinha conhecimento de apenas 88 casos até o meado da década de 30. No Brasil, o primeiro bebê de proveta foi registrado no mês de outubro de 1984. Em contrapartida, o surgimento do primeiro bebê de proveta no mundo ocorreu em 1978 (FERNANDES, 2005).

Atualmente, as técnicas de reprodução assistida se tornaram bem conhecidas e viabilizam o nascimento de milhares de crianças, concluindo-se daí, que crescente é o número de mulheres que se submetem as referidas técnicas na esperança de alcançar a maternidade.

No campo das técnicas de reprodução humana, existem na atualidade, meios acessíveis para quase totalidade dos tipos de esterilidade. Esses são: a doação de esperma no caso do marido ou companheiro não ter espermatozoides ou os ter em número insuficiente; havendo ausência de óvulos (mulher estéril), pode ser utilizada a doação de óvulos por outra mulher, que serão fecundados *in vitro* pelo esperma do marido ou companheiro; caso o útero não tenha condições de gerar, pode-se recorrer à maternidade de substituição.

Esta última, a maternidade de substituição, foi utilizada como cerne deste trabalho, contudo, no intuito de posicionar o leitor quanto às técnicas de reprodução, abordaremos a seguir, de forma sucinta, a descrição de cada uma delas:

2.1 Inseminação Artificial

A inseminação artificial tem por finalidade facilitar ou até mesmo substituir alguma fase defeituosa no processo natural de concepção, fazendo com que o espermatozoide se una ao óvulo e assim gere o embrião. Este processo é dividido em duas formas, a inseminação artificial homóloga e a heteróloga.

A primeira das formas, a inseminação homóloga, pode se denominar como auto-inseminação, uma vez que a mulher é inseminada com sêmen do próprio marido ou companheiro quando o óvulo está pronto para ser fertilizado (LEITE, 1995, p. 40). Já a segunda, a inseminação artificial heteróloga ou exogâmica, como alguns costumam denominar, se dá quando a mulher é inseminada com sêmen de um terceiro, o doador, que não o marido ou companheiro. Nos casos em que a mulher é casada ou mantém união estável, necessário se faz o consentimento do parceiro para que essa prática possa ser utilizada. (FERNANDES, 2005, p. 30)

Conforme se infere dos artigos 1.600 e 1.601 do Código Civil Brasileiro, se o marido anuiu na inseminação artificial heteróloga, será o pai legal da criança assim concebida, não podendo voltar atrás, salvo se provar que, na verdade, aquele bebê adveio da infidelidade de sua mulher. Tal anuência só será revogável até o momento da inseminação, caso contrário o pai não poderá desconhecer a paternidade do filho de sua esposa.

O Enunciado nº 258, da III Jornada de Direito Civil do CEJ do CJF, firmou o entendimento no sentido de que “não cabe à ação prevista no art. 1601 do CCB se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inciso V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta.”

2.2. Fertilização In Vitro

Na fertilização *in vitro* o óvulo e o espermatozoide são unidos numa proveta, ocorrendo à fecundação fora do corpo da mulher. Essa técnica é capaz de reproduzir, de uma forma artificial, o ambiente próprio para a fertilização até a transferência para o útero materno. (FERNANDES, 2005, p. 32)

3. Da filiação

Com o passar dos anos, sensível modificação foi sentida no Brasil no que diz respeito à concepção de família, mais precisamente a partir do final da década de 70 com o advento da lei do divórcio que retirou do casamento a concepção de indissolubilidade.

A referida lei foi de fundamental relevância e deu o pontapé inicial para acabar com a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, tendo tal entendimento sido admitido pela Constituição Federal de 1988. Na Carta Magna, o conceito de família passou a vigorar de forma mais ampla e ligada nos laços de afetividade, abrangendo a união estável e dando-lhe status de entidade familiar, conforme aduz o artigo 226 § 3º, como também no parágrafo 4º do mesmo artigo ao entender como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, promovendo, ainda, a igualdade entre os filhos havidos ou não da relação do matrimônio ou por adoção, na medida em que preceitua que todos terão os mesmos direitos e qualificação, sendo proibida qualquer designação discriminatória relativa à filiação, conforme se infere do artigo 227, § 6º.

Nesta esteira Paulo Luiz Netto Lôbo (2000, p. 249) menciona que: “o princípio da afetividade tem fundamento constitucional; projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade.”

A doutrina atualmente não define o pai ou a mãe somente pelos laços biológicos que os unem a criança e sim pelo *animus* de exercer a relação de afeto como pai ou mãe, assumindo assim a paternidade ou maternidade com todas as suas responsabilidades e deveres oriundos da filiação, não levando em consideração a existência ou não do vínculo biológico.

Partindo desta premissa, pode-se definir a filiação do nascituro concebido por técnicas reprodutivas artificiais, tanto pelo aspecto biológico quanto pelo aspecto socioafetivo, levando-se em consideração sempre o melhor interesse da criança.

Aduz o artigo 1.593 do Código Civil: “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. A partir da interpretação do referido artigo, fica evidente a evolução do conceito de filiação que acompanhou não só a evolução da sociedade como também a da tecnologia.

Para Gonçalves (2004 apud Silvio Rodrigues, 2015, p. 297) “Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado.” A seu turno, Veloso (1997, p.7), entende que todas as regras sobre parentesco consanguíneo estruturam-se a partir da noção de filiação, pois a mais próxima, a mais importante, a principal relação de parentesco é a que se estabelece entre pais e filhos.

No que tange ao posicionamento da doutrina civilista, a relação que se estabelece sob a ótica dos pais no contexto entre pais e filhos é a relação de paternidade e maternidade. Desta forma, o direito à filiação assevera-se como uma situação de estado que investe uma determinada pessoa em relação à outra, não só quanto ao parentesco entre estas, mas também com os direitos e obrigações advindos dessa relação.

4. Da maternidade substitutiva na reprodução assistida

O processo da gestação por substituição, usualmente conhecido como “útero ou barriga de aluguel”, possui várias designações, entre elas a de maternidade sub-rogada, mãe substituta, entre outros.

Consiste em técnica de reprodução humana com a inserção de material genético de uma mulher em uma terceira, conhecida como “mãe de aluguel”, para o processo de gestação, cuja tarefa consiste em dar desenvolvimento ao embrião em seu ventre, proporcionando a superação de problemas de infertilidade ou mesmo esterilidade, seja de homem ou de mulher, bem como ausência, malformação ou anomalias uterinas.

Importa, neste momento, um breve apontamento sobre a determinação da maternidade ao nascer da criança, pois podemos considerar a hipótese de termos: a) a gestacional, que gesta a criança durante os nove meses; b) a biológica, que é a doadora do óvulo; c) a socioafetiva, que recorreu aos centros de procriação artificial.

No Brasil, considera-se mãe a mulher que deu a luz, inclusive para aspectos legais, uma vez que a certidão emitida pela maternidade, de “nascido vivo”, é fornecida em nome da mulher que sofreu o parto.

Contra o procedimento de reprodução assistida, existem muitos argumentos éticos-jurídicos, como a suposta coisificação do homem que atentaria contra a dignidade da pessoa humana, visto que, em países como a Índia e os Estados Unidos, onde a técnica é aceita, esta é regulada por um contrato de gestação. Neste contrato a gestante se obriga a entregar a criança aos “pais”, logo após o parto, tratando-a como um mero objeto e não uma pessoa, sem falar que pode se tornar porta de entrada para uma exploração comercial contra aquelas que não tem condições financeiras e se submetem apenas por necessidade, sem conhecimento, garantias ou preparação.¹

Nas linhas vindouras, dentro deste trabalho, abordaremos o contrato de gestação, os aspectos da determinação da maternidade, bem como as causas relativas ao direito de filiação.

4.1. Determinação da maternidade – Aspectos do direito a filiação

Uma questão, quiçá a principal, que é levantada com o procedimento de gestação por substituição é: quem é a mãe? Em outras palavras, a filiação, pode ser entendida como uma relação advinda do parentesco em primeiro grau e em linha reta (ascendente e descendente).

O reconhecimento do vínculo biológico entre o filho e seu genitor é estabelecido através do exame de DNA, verificando a identidade genética entre os sujeitos.

Para Leila Donizetti (2007, p. 36-37), trata-se de uma evolução no campo da ciência, a utilização do exame de DNA para o reconhecimento dos vínculos de filiação. Contudo,

¹ Casais que atravessam o mundo para contratar barriga de aluguel na Índia. Disponível em: <<https://acervo.veja.abril.com.br/index.html#/edition/2349?page=124§ion=1&word=A%20pr%C3%A1tica%20da%20barriga%20de%20aluguel>>. Acesso em: 24 mai. 2016.

analisar este vínculo somente sob a ótica dos dados biológicos, sem levar em consideração as relações de afeto, base da família, seria uma forma muito simplista.

Atualmente, um dos questionamentos sobre a suficiência ou não da determinação da filiação através do vínculo biológico é que dá azo a outro sistema, só que este baseado na verdade socioafetiva, através da vontade de procriar, somada aos atos de afeição e solidariedade.

O princípio da solidariedade, por sua vez, consta estabelecido de forma expressa no art. 3º, I da Constituição Federal de 1988. Os doutrinadores Flávio Tartuce e José Simão (2010, p. 37-38) afirmam que este princípio não se resume a questões patrimoniais, mas também os de cunho afetivo e psicológico, com aplicação no âmbito familiar.

No que concerne aos critérios socioafetivo e biológico, oportuno salientar que estes independem entre si, mas nem por isso um é superior ao outro ou o exclui, na verdade, quando os dois estão presentes em uma situação de dúvida quanto à filiação, ainda é gerado um grande questionamento a respeito de qual dos dois seria oportuno seguir.

Paulo Luiz Netto Lôbo (2000), já citado anteriormente, dá um parecer breve, porém objetivo, sobre o tema quando diz que a verdade biológica não representa necessariamente a verdade real da filiação e o direito acompanha tal entendimento ao construir a filiação jurídica com outras bases, fazendo com que a verdade real da filiação advenha das dimensões cultural, social e afetiva.

Assim, a procriação carnal tem o critério biológico como base para determinar a filiação, já à vontade procriante é o fator que prevalece na procriação artificial.

No que concerne à concepção dos filhos, o Código Civil brasileiro no artigo 1.597, acabou por afastar a incidência dos critérios jurídico, biológico e socioafetivo, privilegiando a instituição do casamento no que diz respeito à prole, posto que arrimado nas premissas do *pater is est* (é presumida a paternidade do marido no caso de filho gerado por mulher casada) e do *mater semper certa est* (a mãe é indicada pelo nascimento).

Transpondo para a gestação por substituição, quando essa se dá na condição de homóloga, a resposta de qualquer questão é simples, visto que um exame de DNA facilmente informaria o casal que realmente é o solicitante.

Entretanto, quando se dá gestação heteróloga, o critério biológico se torna totalmente ineficiente, visto que não se pode provar, desse modo, quem são os pais da criança. Além de, no caso específico da gestação por substituição, outras possibilidades existirem, como todo o material genético ser de terceiro, por exemplo. Assim como afirma Fiuza (2010) teria de se entrar, então, no critério socioafetivo, até para fins de maior proteção do interesse da criança, dando a filiação a quem realmente quis tê-la.

4.2. Do direito a filiação

Apesar de na Argentina, assim como no Brasil, não se ter uma regulação eficiente sobre o procedimento da gestação por substituição, suas regras sobre filiação e reprodução assistida deixam menos lacunas, visto que incluiu no rol da filiação os filhos advindos de técnicas de reprodução assistida (Art. 558 CCCA), editando as regras sobre tal questão.

O Código Civil e Comercial Argentino (CCCA) separou a filiação em três origens, quais sejam: pela via natural, por adoção e pela reprodução assistida. Em dois âmbitos: no matrimonial e no extramatrimonial.

No caso da filiação por natureza, na Argentina, a maternidade é determinada com o parto (Art. 565 CCCA). Quanto à paternidade, esta é presumida do cônjuge se o nascimento ocorrer depois da celebração do casamento ou mesmo 300 dias após sua dissolução (Art. 566 CCCA). No Brasil, o ordenamento jurídico também se posiciona semelhantemente no artigo 1.597, incisos I e II do CCB. Essa presunção também vale para os casos de reprodução assistida, entretanto, se tem como exigência o consentimento formal em ambos os países.

Vale salientar, que assim como no Brasil (Art. 1.596 do CCB/2002), na Argentina (Art. 558, segunda parte CCCA), também não se faz distinção entre os filhos, relativamente à filiação. Seja qual for à origem, proveniente do casamento ou não, natural, adotivos ou por meios de reprodução assistida.

No que tange aos filhos concebidos fora da constância do casamento, estes têm o direito de serem reconhecidos. No Brasil, isso se dá pelos pais em conjunto ou separadamente e pode ser feito no registro de nascimento, por escritura pública ou particular, por testamento

ou ainda por manifestação direta e expressa ao juiz, nos termos dos Arts. 1.607 e 1.609 do CCB/2002, respectivamente.

Já na Argentina, a filiação extramatrimonial pode ser determinada por reconhecimento, pelo consentimento prévio, informado e livre, por reprodução assistida ou por sentença judicial (Art. 570 CCCA). Os meios podem ser a declaração feita diante do Oficial de Registros, por instrumento público ou privado ou nos testamentos (Art. 571 CCCA).

Nos casos em que há ou não a doação de material genético por terceiro para reprodução assistida, o Código Civil e Comercial Argentino determina que o critério genético seja colocado em segundo lugar (Art. 575 CCCA), dando a filiação àquele que prestou o consentimento prévio (Art. 562 CCCA), ou seja, quem manifestou a vontade procriacional de forma prévia, informada e livre, nos termos do Art. 560, que deve ser registrada perante o escrivão público ou mesmo certificada ante a autoridade sanitária responsável (Art. 561 CCCA).

Se vê, então, que mesmo não citando especificamente a gestação por substituição, o Código Civil e Comercial Argentino dá algumas respostas de possíveis problemas que podem surgir no processo que, vale salientar, também é considerado como uma técnica de reprodução humana assistida ao pôr a vontade procriacional como pilar.

Entretanto, visto que na técnica o útero utilizado não faz parte do casal solicitante e que por vezes pode ocorrer a doação homologa bilateral, que é quando todo o material genético é doado, os problemas ficam sem solução.

5. Regularização jurídica e o contrato de gestação

O Brasil não conta com uma regularização legal sobre o assunto, o que se tem sobre a matéria está contido na Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina (CFM). A resolução estabelece uma série de exigências e disposições acerca da prática de reprodução assistida, incluindo a gestação por substituição.

Uma das primeiras e claras exigências é a de que o procedimento só pode se dá nos casos em que houver problemas de reprodução humana pela solicitante, conforme dispõe o

item 1 do Título 1 da Res. n.º 2.121/2015. Outro requisito importante é o parentesco entre a mãe substituta e o solicitante. A resolução dispõe que “as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau”. Caso isso não seja possível, deve-se ter a autorização do Conselho. (Item 1 do Título VII da Res. n.º 2.121/2015).

A resolução, preocupada com uma possível especulação comercial sobre a matéria, incluiu dentre as normas a de que a gestação por substituição não pode ter caráter comercial ou lucrativo (Item 1 do Título IV e item 2 do Título VII da Res. n.º 2.121/2015). Note-se que essa exigência está em consonância com a Constituição Federal, em seu Art. 199, §4º e com a Lei n.º 9.434/1997, que veda a comercialização de órgãos, tecidos, sangue e seus derivados.

A resolução 2.121/2015 dispõe também sobre diversos outros requisitos, como, por exemplo, um termo de consentimento assinado por todas as partes, um termo de compromisso a respeito da filiação da criança ou mesmo um relatório psicológico das partes, entre outros (Itens 3.1, 3.2 e 3.3 do Título VII da Res. n.º 2.121/2015).

Entretanto, uma resolução é um ato normativo que emana do órgão competente que disciplina as matérias das áreas a ser reguladas, neste caso o Conselho Federal de Medicina. Contudo, o Conselho apenas obriga os médicos a observarem tais pressupostos e requisitos, o que acaba por deixar brechas para que existam diversas possibilidades no procedimento da gestação.

A Argentina não conta com nenhuma espécie de regulação jurídica acerca do tema da gestação por substituição. Existem quatro projetos de lei que mostram o desejo por regulação, três buscam permitir e impor requisitos e apenas um visa à proibição.

Apesar da falta de regulação, a prática é realizada baseada no Art. 19 da Constituição Nacional Argentina, especificamente na parte que dispõe sobre o fato de nenhum habitante ser obrigado a fazer o que a lei não manda e nem privado do que ela não proíbe.

Como explica Eleonora Lamm (2013), são utilizados subterfúgios para lidar com problemas advindos disso, tais como: no caso de doação de material genético apenas pelo pai ou por um deles, o registro é feito por esse que é o pai biológico e posteriormente é feita pela mãe solicitante ou pelo outro pai, a adoção de integração, prevista no Art. 630 do Código Civil

e Comercial Argentino; no caso de falsificação das certidões de nascimento e, em último caso, recorrer ao judiciário com base na jurisprudência.

No que se refere ao contrato de gestação, há o entendimento doutrinário de que é completamente possível a sua celebração. Os argumentos vão desde, como lecionam Hryniewicz e Sauwen (2000), de que o objeto do contrato não seria a criança, mas sim a locação do útero, até, como o de Oliveira Leite (1995), dizendo que o contrato é a garantia da própria criança, dando a oportunidade da vida.

Cumpra salientar que não existe no ordenamento jurídico brasileiro nenhum impedimento ou restrição para que se realize fertilização humana, bastando apenas que haja o consentimento expresso da mulher, e se casada, de seu marido ou companheiro.

Além disso, a mãe substituta, diante das leis vigentes no Brasil, acaba sendo considerada como mãe, mesmo que não nutra nenhum vínculo genético com a criança, única e exclusivamente por determinar a legislação que a maternidade é comprovada pela gestação e pelo parto, porém, sabe-se que esse argumento já não é seguro, pois, nos dias atuais, considera-se mãe aquela que doa o óvulo.

Para Silvio Venosa (2005, p. 260), é necessária a criação de uma lei específica para regulamentar tal questão, “o Código Civil brasileiro de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata, lacunosamente, a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto paternidade”.

O Autor afirma ainda, que “a nova lei deve examinar as várias técnicas possíveis de reprodução assistida”, como também ser rígida, para evitar, desta forma, que não haja mais problemas éticos e jurídicos que a sociedade tenha de enfrentar, afinal, essa nova técnica gera insegurança e traz grandes dúvidas, devendo o legislador urgentemente regulamentar tal questão.

A despeito do Código Civil brasileiro de 2002 mencionar a reprodução assistida, resta evidente a lacuna normativa a respeito do assunto. Cabe frisar, que a lei a ser criada no Brasil deve prever: a) que a reprodução assistida somente possa se efetivar com a expressa anuência dos cônjuges ou companheiros, ou seja, esses devem concordar com os métodos utilizados na fertilização, como também, com as conseqüências que porventura possam existir; b) que

somente nos casos de infertilidade e quando os demais tratamentos possíveis para reprodução natural tiverem se esgotado é que será possível a utilização da reprodução assistida; c) as soluções sobre os litígios em torno da filiação proveniente de crianças nascidas de maternidade substitutiva.

De um outro ponto de vista, o problema que tende a ser o mais discutido, polêmico e controverso quanto a este ponto, é o da possível comercialização do corpo com a maternidade de substituição, tanto que deu origem ao nome popular do procedimento, o de “barriga de aluguel.” Não se pode negar que dos argumentos apresentados este é o que causa mais preocupação, visto que não faltam relatos e denúncias a respeito de mulheres que já se submeteram ao processo várias vezes por dificuldades financeiras graves.²

Uma consideração feita é a de que tanto no Brasil quanto na Argentina se proíbe a comercialização do sangue, órgãos, tecidos e seus derivados. No Brasil, essa proibição é feita na Constituição Federal, no Art. 199, §4º e na lei n.º 9.434/1997, já na Argentina, se dá nas leis nº 24.193 e nº 22.990.

Entretanto, apesar de todos os argumentos contra e a favor, a questão que se levanta é: se a gestação por substituição fosse proibida, será mesmo que a prática deixaria de ser realizada? Ou será que, assim como ocorre hoje, no vazio legislativo, ela continuaria ocorrendo e, muitas vezes, escondida das autoridades e do aparato legal? Diante desses questionamentos, entende-se que a melhor solução seria a regularização da prática, de modo a evitar abusos ou comercio ilegal com vistas à promoção da dignidade.

De outra ponta, a regularização responderia e daria garantias e prevenções a outras questões que podem ocorrer no processo, como, por exemplo, a definição no conflito da maternidade.

Sem embargo, ainda vale ressaltar que parece razoável garantir o direito a manutenção da descendência genética familiar, que sempre foi valorizado. Neste sentido, Heloisa Helena (2004) pontua ser o desejo de procriar, o que compreenderia o desejo de conceber um filho

² Alan Roddrigues e Carina Rabelo. Gravidez.com. O comércio de útero na internet. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/istoe-temp/edicoes/2063/imprime139363.htm>>. Acesso em: 24 mai. 2016.

que seja fruto de seu patrimônio genético. Privar essa alternativa a pais que manifestadamente desejam ter filhos e não o podem, seria um total egoísmo.

6. Projetos de lei

No Brasil, não houve um trabalho legislativo significativo para o tema da reprodução humana assistida, em especial para a gestação por substituição. Os projetos de lei que trataram do tema foram pouco desenvolvidos e se limitaram a reproduzir textos de resoluções do Conselho Federal de Medicina.

Estes foram alguns dos projetos de lei: PL nº 3.638/1993 de autoria do Deputado Luiz Moreira; o PL nº 2.855/1997, de autoria do Deputado Confúcio Moura; o PL nº 90/1999 de autoria do senador Lúcio Alcântara, o PL nº 120/2003, de autoria do deputado Roberto Pessoa e que trata de investigação de paternidade nos casos de procriação artificial; o PL nº 2.061/2003, de autoria da deputada Maninha e que trata dos componentes auxiliares no processo de procriação em serviços de saúde; o PL nº 4.889/2005 (sobre a utilização *post mortem* do sêmen do marido ou companheiro); o PL nº 7.701/2010 (sobre o funcionamento das clínicas de reprodução) e o PL nº 3.977/2012 de autoria do Deputado Lael Varella que dispõe sobre o acesso às técnicas de reprodução artificial aos pacientes em idade reprodutiva submetidos a tratamento de câncer.

No ano de 2003, mais exatamente no mês de junho, foi apresentado pelo Senado Federal o PL nº 1.184/2003, que dispunha sobre a reprodução humana assistida. Este foi o PL mais bem elaborado e que tratou de forma mais abrangente acerca da reprodução humana artificial como um todo. Posteriormente, foram apensados outros diversos projetos de lei que complementavam a matéria.

Quanto à gestação por substituição, o PL nº 1.184/2003, foi o primeiro dos projetos de lei que constou expressa vedação a gestação por substituição³, incluindo como crime a sua

³ Art. 3º do PL 1.184/2003: “É proibida a gestação de substituição.”

prática.⁴ Estabelecendo ainda, a relação da paternidade e da maternidade sobre o critério socioafetivo, no que se refere à determinação da filiação.⁵

Atualmente, o projeto de lei em comento, encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania⁶ (CCJC), aguardando a inclusão de convidados para compor a mesa da audiência pública para debater o projeto.

O PL nº 1.184/2003, como dito alhures, é o mais elaborado e voltado para questões médicas, jurídicas e éticas, contudo, se aprovado, introduzirá no direito brasileiro, a proibição da gestação por substituição, seja a título gratuito ou oneroso.

Quanto à Argentina, é de suma importância relatar que o país esteve a um passo da regularização da gestação por substituição. Isso pode ser visto no Anteprojeto do Código Civil e Comercial Argentino, em 2012, no qual se incluiria o tema no Art. 562.

No Anteprojeto, a filiação seria estabelecida entre a criança e os pais intencionais, mediante a prova dos nascimentos, a identidade dos pais intencionais e o consentimento devidamente homologado pela autoridade judicial. Este também previa, que se não houvesse a autorização judicial, a mãe legal seria a que deu à luz a criança.

O artigo 562 que constava do Anteprojeto, além de citar requisitos de uma possível lei especial que não foi especificada, ainda dispõe um rol que deve ser confirmado antes da homologação judicial, como: o foco no interesse superior da criança; a exigência de plena capacidade psíquica e boa saúde física da gestante; que pelo menos um dos intencionados tem que doar seu gameta; um, ou ambos, intencionados não pode levar a gestação até o fim, ou até mesmo conceber; a gestante não pode doar seus gametas; a gestante não deverá receber retribuição e nem se submeter ao processo de gestação por substituição mais de duas vezes e, por fim, que a gestante tenha pelo menos um filho próprio.

⁴ Art. 19, III, do PL 1.184/2003: “Constituem crime:

III- participar do procedimento de gestação de substituição, na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica.

Pena: reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa”

⁵ Art. 17 do PL 1.184/2003: “O doador e seus parentes biológicos não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de Reprodução Assistida (...)”

⁶ A Comissão de Constituição e Justiça atua no processo legislativo emitindo um parecer acerca do projeto de lei que foi apresentado no Congresso Federal analisando a constitucionalidade do PL.

Infelizmente, na versão final do Código Civil e Comercial Argentino, este artigo foi suprimido pela Comissão Bicameral com a justificativa de que o tema está em um contexto de incerteza e quase no silêncio legal dentro do direito comparado, além de merecer um debate mais profundo com caráter multidisciplinar.

Sendo esta prática mais usual e crescente, considera-se que seria importante sua regulação o que poderia até mesmo inspirar e servir de modelo para outros países

7. Conclusão

Sem dúvidas a criação de um novo contexto dentro do cenário mundial sobre a formação das famílias na atualidade, se deve aos avanços na área da biotecnologia e da medicina.

Nesse aspecto, para solucionar os problemas relativos à reprodução no Brasil, tem sido utilizada a gestação por substituição, porém somente tomando como base a Resolução nº 2.121/2015 do CFM.

Quando se trata de questões que englobam valores e processos de suma importância para a sociedade e para o homem, há uma grande cautela e desconforto. Entretanto, certo é que, mesmo com isso, se faz necessária à discussão sobre o tema ora tratado, enfrentando os problemas trazidos com vistas a beneficiar todos os que podem se utilizar da técnica de gestação por substituição.

A falta de legislação focada na técnica, leva a uma falta de isonomia entre os casos, visto que nem todos irão chegar a um tribunal e, mesmo os que chegam, são submetidos a apreciação de um juiz que levará muito em conta seus valores, sua moral, assim, os solicitantes estão a mercê de uma justiça arbitrária.

Sem essas regras a discrepância entre o avanço científico, a sociedade e o direito fica clara, mesmo com toda a dificuldade imposta sobre legislador considerando o foro íntimo da pessoa, entretanto, as questões envolvendo filiação, exploração econômica da mulher e do procedimento em si, a compensação financeira, as regras a serem seguidas no processo, as lides decorrentes dele, os deveres e direitos das partes envolvidas, todas, merecem resposta.

O direito não deve ignorar a realidade e ficar inerte as transformações que acontecem e sim, estabelecer limites e quadros que tornem possível ou não o desenvolvimento da gestação por substituição, tanto no Brasil quanto na Argentina. Cabe mais especificamente ao direito de família, fazer um arranjo entre ciência e direito fundamental, visando, por fim, a proteção do bem jurídico vida.

Referências Bibliográficas

ARGENTINA. Código Civil y Comercial Argentino. Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>. Acceso en: 7 mar. 2016.

_____. Constitución de La Nación Argentina. Ley N° 24.430. Ordénase la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional (sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994). Buenos Aires. Diciembre 15 de 1994. Disponible en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> . Acceso en: 10 mar. 2016.

BOTELHO, Thaís. Casais que atravessam o mundo para contratar barriga de aluguel na Índia. Revista Veja. Disponível em: <https://acervo.veja.abril.com.br/index.html#/edition/2349?page=124§ion=1&word=A%20pr%C3%A1tica%20da%20barriga%20de%20aluguel> . Acesso em: 24 mai. 2016.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm . Acesso em: 24 mai.2016.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução n° 2.121, de 24 de setembro de 2015. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM n° 2.013/13. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf . Acesso em: 24 mai. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 oct. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm > . Acesso em: 24 mai. 2016.

_____. Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997. Regula sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm . Acesso em: 24 mai. 2016.

_____. Projeto de Lei nº 1.184, de 03 de junho de 2003. Dispõe sobre a Reprodução Assistida. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275> . Acesso em: 24 mai. 2016.

_____. Projeto de Lei nº 120, de 19 de fev. de 2003. Dispõe sobre a investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104774> . Acesso em: 24 mai. 2016.

_____. Projeto de Lei nº 2.061, de 03 de junho de 2003. Disciplina o uso de técnicas de Reprodução Humana Assistida como um dos componentes auxiliares no processo de procriação, em serviços de saúde, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=134835> . Acesso em: 24 mai. 2016.

_____. Projeto de Lei nº 2.855, de 13 de mar. de 1997. Dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18719> . Acesso em: 24 mai. 2016.

_____. Projeto de Lei nº 3.638, de 29 de mar. de 1993. Institui normas para a utilização de técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19976> . Acesso em: 24 mai. 2016.

_____. Projeto de Lei nº 3.977, de 30 de mai. de 2012. Dispõe sobre o acesso às técnicas de preservação de gametas e Reprodução Assistida aos pacientes em idade reprodutiva submetidos a tratamento de câncer. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=546435> . Acesso em: 25 mai. 2016.

_____. Projeto de Lei nº 4.889, de 09 de mar. de 2005. Estabelece normas e critérios para o funcionamento de Clínicas de Reprodução Humana Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=277889> . Acesso em: 24 mai. 2016.

_____. Projeto de Lei nº 7.701, de 03 de ago. de 2010. Dispõe sobre a utilização post mortem de sêmen do marido ou companheiro. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484251>.

Acesso em: 24 mai. 2016.

CARAMELO, Gustavo. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Gustavo Caramelo ; Sebastián Picasso ; Marisa Herrera. 1a ed. v. 2. Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DONIZETTI, Leila. Filiação socioafetiva e direito a identidade genética. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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

FIUZA, César. Direito civil: Curso completo. Belo Horizonte. DelRey: 2010 14ª ed.
GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Volume 6 : direito de família. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2014.

LAMM, Eleonara. Gestación por sustitución: Ni maternidade sub-rogada ni alquiler de vientres. 2013. Universidad de Barcelona. Publicaciones y Ediciones.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. Del Rey, Belo Horizonte, pag. 49. 2000.

RODRIGUES, Alan; RABELO, Carina. Gravidez.com: O comércio de útero na internet. Revista Isto é. Disponível em: <http://www.terra.com.br/istoe-temp/edicoes/2063/imprime139363.htm> . Acesso em: 24 mai. 2016.

SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. Direito civil. Família. São Paulo: Método, 2010.

VELOSO, Zeno. Direito brasileiro da filiação e paternidade. São Paulo: Malheiros, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Direito de Família. Quinta Edição. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2005.

Universidade Católica de Petrópolis
Centro de Teologia e Humanidades
Rua Benjamin Constant, 213 – Centro – Petrópolis
Tel: (24) 2244-4000
lexhumana@ucp.br
<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana>



DA SILVA, Marcelo Lessa; MONTEIRIO, Jannice Amóras; SOUZA, Maria Gabriela de Assis. A FALTA DE REGULARIZAÇÃO NA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO: UM PROBLEMA COMUM ENTRE BRASIL E ARGENTINA. *Lex Humana*, v. 8, n. 1, ago. 2016. ISSN 2175-0947. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=1136> . Acesso em: 30 Jul. 2016.
