

GESTÃO POR SUBSTITUIÇÃO: AMPARO LEGAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Natalya de Negreiro Moraes¹, Gustavo Chalegre Pelisson (Orientador)²

RESUMO

Gestação por Substituição: inexistência de lei específica, trazendo como problemática: Quais são as consequências jurídicas advindas da inexistência de Lei específica sobre gestação por substituição? O presente trabalho tem por objetivo os aspectos jurídicos quanto a gestação substituta. Com o objetivo de auxiliar a todos aqueles que necessitam efetuar essa reprodução assistida em forma de gestação por substituição, popularmente conhecida como “barriga de aluguel”. A importância e problemática deste tema reside na ausência de norma regulamentadora prevista para este fim, em decorrência com o crescente número de casos de gestação por substituição no Brasil, também vem explicar e colaborar para o aprofundamento de um tema um tanto quanto novo no campo jurídico, posto que, necessário para o deslinde de questões desta natureza. Não há nenhuma lei específica sobre o tema, seguindo apenas uma resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168 de 21/09/2017. A norma também estabelece que a doação de óvulos e gametas não pode ter caráter lucrativo, sendo assim chamado de “barriga solidária”. Contudo é necessário que tenha uma lei específica para este tema, tendo em vista, que precisa haver punição para quem não aja de forma correta, e para que ambas as partes se sintam mais seguras e resguardadas quanto a todos os procedimentos e etapa de uma fertilização in vitro.

Palavra Chave: Gestação por Substituição. Legislação. Fertilização Humana.

INTRODUÇÃO

A gestação por substituição oportuniza sonho de pais poderem ter seus filhos, ao mesmo tempo tornando possível que parceiros de gêneros iguais, de ambos os sexos, tenham descendência, ou então, tanto homens como mulheres solteiras possam também ter filhos.

O presente trabalho tem por objetivo geral analisar aspectos jurídicos quanto a gestação substituta, critérios e aspectos legais. Visa auxiliar a todos aqueles que necessitam efetuar essa reprodução assistida em forma de gestação por substituição, mais conhecida popularmente como “barriga de aluguel”.

Especificamente o objetivo deste estudo é o de mostrar um tema novo para os leitores e o quanto a inexistência de lei específica causa insegurança para os envolvidos no caso.

A importância deste tema reside na ausência de norma regulamentadora prevista para este fim, em contraponto com o crescente número de casos de gestação por substituição no Brasil, também vem colaborar para o aprofundamento de um tema relativamente novo no campo jurídico, assim sendo, necessário para o deslinde de questões desta natureza.

¹ Bacharel em Direito, Instituto Educacional Santa Catarina (IESC), Faculdade Guarái (FAG), Guarái-Tocantins

² Mestre em desenvolvimento regional e meio ambiente, Centro Universitário de Aracuaia-SP, Direito, email: gustavo.pelisson@hotmail.com

A escolha do tema é fruto de total interesse pessoal da pesquisadora em temas que abrangem aspectos familiares, e principalmente no âmbito de atuação do Direito de Família.

Trazendo como problemática: Quais são as consequências jurídicas advindas da inexistência de lei específica sobre gestação por substituição.

Não é o desígnio deste trabalho dar por encerrado os questionamentos acerca da matéria, uma vez que há muito a ser explorado. De fato, não se estabelecerá um ponto final na mencionada discussão. Pretende-se, tão-somente, elucidar o pensamento existente sobre o tema.

Para a evolução da presente pesquisa foi elaborado o seguinte questionamento: Quais são as consequências jurídicas advindas da inexistência de lei específica sobre gestação por substituição?

O relatório final da pesquisa será constituído em três alíneas, podendo-se, inclusive, delinearlos como três molduras distintas, mas conexas: ficando o primeiro direcionado a esclarecimentos acerca da gestação por substituição; o segundo aos Métodos de Fecundação Humana; e, por último, a insegurança que causa para as partes por não ter lei específica sobre o tema.

Quanto à metodologia empregada, na fase de investigação será aplicado o método dedutivo, e, o relatório dos resultados composto na base lógica dedutiva, já que se parte de uma formulação geral do problema, buscando-se posições científicas que os sustentem ou neguem, para que, ao final, seja apontada a prevalência, ou não, das hipóteses elencadas.

GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

Gestação por substituição é qualquer situação em que uma mulher aceita engravidar por conta de outrem e logo após o parto entrega a criança, renunciando aos deveres e direito próprios da maternidade.

A gestação por substituição é uma das novas técnicas médicas que foram introduzidas e vem revolucionando a concepção. Criando um grande desafio para o direito e a ciência. (TAVARES, 2019).

Gestação por Substituição também conhecida como gestação por sub-rogação ou doação temporária de útero nada mais é que um acordo entre uma mulher que aceita engravidar, engendrar, dar à luz a uma criança que será criada por outra pessoa que não a genitora.

Existindo várias formas para essa concepção, o bebê pode ser filho biológico da mulher em situação de gravidez, ou por uma fertilização in vitro ou inseminação artificial de gametas, óvulos e espermatozoides, que depois de fecundados serão inseridos no útero de uma mulher que se propôs a gestar esse bebê durante os nove meses, popularmente tido como “barriga de aluguel”, “barriga emprestada” no Brasil sendo usada como “Barriga Solidária”. (TAVARES, 2019).

Ao mesmo tempo tornando possível que casais homossexuais de ambos os sexos possuam descendência, ou então, tanto homens como mulheres solteiras possam também ter filhos. (TAVARES, 2019).

E o motivo pelo qual leva casais a procurar uma mãe substituta é a ausência do útero, no caso congênito ou uma histerectomia, mulheres com idades avançadas que tem dificuldade em gerar filho naturalmente e em casos de união homoafetivas.

Vale ressaltar que o termo maternidade de substituição é tido como um termo incorreto pelo fato de referir-se ao exercício da função maternal, que é a relação

afetiva, vínculo jurídico entre mãe e filho (a), ou seja, a real função de “mãe”.

Quanto que na gestação por substituição não tem essa função de mãe, laço afetivo e nem vínculo jurídico, porque no nascimento já é entregue para os pais biológicos, por isso o termo maternidade é dito de forma incorreta.

E no caso em estudo, essa função não é feita de forma plena pelo fato da mulher gerar a criança, sendo designada a ela apenas a função inerente a gestação. Diante do relato, conclui – se que a utilização do termo “Gestação de substituição” é mais adequado.

Para melhor compreender esse estudo passa-se à análise das diversas formas de reproduções.

TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A cada ano, 500.000 mulheres no mundo, 25.000 delas no Brasil, submetem-se a tratamentos de fertilidade. Aí vem a pergunta, por que casais buscam essa forma de reprodução assistida? (LOPES 2009).

Hoje em dia as doenças vêm avançando muito, não só as mulheres, mas homens também têm dificuldade para ter um filho, uns são inférteis, outros são estéreis, então eles buscam essa fórmula por ver uma oportunidade de haver a procriação artificial, realizarem o desejo de ter um filho.

O casal que tem essa dificuldade pode estar recorrendo a duas formas de fertilização: a inseminação artificial e a fertilização in vitro.

A inseminação artificial constitui – se essencialmente em apressa ou abrir caminhos para os espermatozoides. Isto quer dizer que, ao invés dos espermatozoides chegarem sozinhos ao colo do útero, eles são inseridos no interior do útero, deixando-os o mais próximo possível das trompas de Falópio com o intuito de fazer seu percurso normal e sem impedimentos, facilitando a gravidez da mulher. (VIVITÁ 2019)

Nesta técnica, o esperma do homem é recolhido anteriormente e tratado com uma série de substâncias para potencializar seu êxito na fecundação. Na fase definitiva, o esperma é introduzido em uma cânula e aplicado no interior da vagina da mulher através do colo do útero, onde se espera que aconteça a fecundação. (VIVITÁ, 2019)

A outra concepção é a fertilização in vitro que recebe esse nome devido a união do óvulo com o espermatozoide efetuado fora do corpo da mulher.

Esta técnica é fundamentada na obtenção de mais de um óvulo para aumentar as possibilidades de fecundação, impondo o ovário a produzir mais de um óvulo através de um tratamento hormonal. (VIVITÁ, 2019)

Quando o ovário já possui os hormônios suficientes, são extraídos os seus óvulos. Em seguida, juntam-se os espermatozoides com os óvulos em uma incubadora em determinada temperatura, assim, os óvulos fecundados se transformam em embriões. Uma vez obtidos os embriões, estes são introduzidos na tuba interina através da vagina da mulher à espera da gravidez. (VIVITÁ, 2019)

MÉTODOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA (RA)

No Brasil, vários casais buscam essa forma de reprodução assistida nas clínicas especializadas, e com passar por tempo essa procura vem aumentando.

Para isso, várias são as metodologias para que a reprodução se dê de forma

assistida e atinja a finalidade maior que é a de propiciar a filiação desses casais. Assim, a reprodução assistida baseia-se em fecundação humana, inseminação artificial e inseminação in vitro.

A reprodução assistida é um conjunto de técnicas utilizadas por médicos especializados que tem como principal objetivo viabilizar a gestação em mulheres com dificuldade de engravidar, ou até mesmo a infertilidade do casal. (GHENTE, 2019)

Tendo dois grupos dessa reprodução assistida:

A primeira é a inseminação artificial ou inseminação intrauterina, que é uma maneira mais, simples e mais comum, nas quais a fecundação ocorre dentro do corpo da mulher. Uma injeção de espermatozoide dentro do útero da mulher, quando ela está no seu período fértil, no seu período de ovulação, facilitando a união dos gametas para formar o embrião. (STOODI, 2019)

E por muito tempo essa técnica era a única a ser adotada por casais que tivessem algum problema de infertilidade. (MINHAVIDA, 2019)

Nesse método há uma grande possibilidade de gravidez gemelar, sendo considerando um risco, tendo em vista que gestação de gêmeos é mais delicada no que diz respeito ao pré-Natal ou até mesmo a criança vir a nascer prematura.

Podendo ser seguida por três modalidades sendo elas:

Homóloga: Que é aquela em que é usada somente o material biológico dos pais, não há a doação por terceiros. (COUTO, 2019)

Heteróloga: Se dá quando há a doação de terceiros anônimos de material biológico ou há a doação de embrião por casal anônimo. (COUTO, 2019)

Homóloga post mortem: É o material biológico crio preservado do homem ou quando seja a mulher a falecida, sendo possível a fecundação desde que haja expresso consentimento de todos os envolvidos. (COUTO, 2019)

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios já decidiu:

ACÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE 65 CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM. 1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC. 2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cujus em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor. 3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. 4. Recurso conhecido e provido. (Acórdão n.820873, 20080111493002APC, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA, Relator Designado: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Revisor: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 03/09/2014, publicado no DJE: 23/09/2014. Pág.: 139).

E a fertilização in vitro (FIV) que é uma das técnicas mais modernas da (RA), na qual essa a fecundação é feita fora do corpo da mulher. (PESSOA 2019)

Após serem coletados, é feita uma seleção dos espermatozoides e depois eles e um óvulo são colocados em uma cultura. São usados cerca de 100 a 200 mil

gametas masculinos para cada feminino, um deles irá chegar até o óvulo e o embrião em seguida será formado. O processo é idêntico ao ocorrido dentro do útero, com a diferença que ocorre em laboratório, deste modo não há riscos de malformação maiores do que numa fecundação natural. Existe um risco de que a fecundação não aconteça, mas é algo muito raro. Tudo depende da qualidade do material utilizado. (MINHAVIDA, 2019)

O risco dessa modalidade de inseminação é que como o embrião é fecundado fora do corpo da mulher, ele terá que ser inserido no útero materno, com isso tendo uma pequena chance de o bebê ser gerado fora do útero, chamado de gravidez ectópica, que pode tornar risco na vida da mulher.

A diferença entre inseminação artificial e a fertilização in vitro está na maneira de como os óvulos são fecundados.

BARRIGA DE ALUGUEL X BARRIGA SOLIDÁRIA

A concepção de filhos por meio de barriga de aluguel é proibida por lei no Brasil, e pode punir todos os envolvidos no ato, a barriga de aluguel necessariamente é uma retribuição em dinheiro para uma pessoa que se propõe a alugar seu útero para gerar um bebê. Mesmo sendo crime no Brasil acaba sendo uma alternativa para as mães que não podem gerar seus próprios filhos.

Em alguns países a barriga de aluguel é permitida, entre eles estão: Estados Unidos, Albânia, Grécia, Rússia, Ucrânia e Índia. Tem muitos brasileiros indo para esses Países, fazer o tratamento de fertilização in vitro com uma gestante residente naquele país, através de clínicas que oferecem esse tratamento lá, e vão fazendo todo o acompanhamento até a criança nascer naquele país e depois ser entregue aos pais biológicos. (FOLHA DE S. PAULO 2009)

Valor da barriga de aluguel no exterior varia. Os Estados Unidos por exemplo é um dos países que cobra mais caro, fica em cerca US\$ 80 mil (R\$ 323 mil) e podendo chegar a US\$ 130 mil (R\$ 525 mil) para gerar o filho de um casal e pelo tratamento completo. (FOLHA DE S. PAULO 2009)

No Brasil a barriga solidária é regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina. O doador com idade máxima de 50 anos e a doadora com idade máxima de 35 anos. E essa técnica de reprodução assistida pode ser perfeitamente utilizada pelos cônjuges ou companheiro, heterossexual ou homoafetivo. (RESOLUÇÃO CFM nº 2.121/2015)

Para a gestação através da barriga solidária não pode ser usado o óvulo da mulher que vai gerar o bebê. (RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017)

E para que haja essa gestação por substituição de acordo com o Conselho Federal de Medicina a barriga solidária tem que ter o parentesco de até 4º grau, sendo 1º grau mãe e filha, 2º grau avó e irmã, 3º grau tia e sobrinha, 4º grau primo. (RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017).

Caso a barriga solidária não tenha o parentesco de até 4º grau de nenhum dos pais o caso fica sujeito a autorização do Conselho Federal de Medicina. (RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017).

- E a documentação necessária para este ato são:
- Termo de consentimento assinado pelos pais genéticos e pela barriga solidária (caso ela seja casada o consentimento do marido também);
- Relatório médico com o perfil psicológico, atestado a adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero;

- Descrição pelo médico assistente, pormenorizado e por escrito;
- Contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária de útero, estabelecendo claramente a filiação da criança;
- Os aspectos biossociais envolvidos no ciclo gravídico – Puerperal;
- Os riscos inerentes a maternidade;
- A impossibilidade da interrupção da gravidez após iniciar o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizadas judicialmente;
- A garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos, devendo esta documentação ser providenciada durante a gestação). (RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017).

RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA Nº 2.168/2017

A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168/2017, vem falar acerca da reprodução assistida (AR), seguindo de aperfeiçoamento da prática e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamento e procedimento médico.

Tendo em vista que até a presente data, não tenha nenhuma Lei específica sobre a reprodução assistida (RA), seguindo apenas desta resolução que preenche uma lacuna na legislação.

Tramitam no Congresso Nacional há anos, inúmeros projetos, mais nunca nenhum chegou a termo, e os legisladores não buscam novos projetos, novas leis para esse assunto, assim gerando insegurança para ambas as partes envolvidas.

O REGISTRO CIVIL DOS NASCIDOS DE GESTAÇÃO SUBSTITUTA

Antes uns dos problemas maiores era o assento de nascimento da criança, que inicialmente era feito no nome da mulher que gerou o bebê por maternidade substituta, e posteriormente buscava o poder judiciário para anular o registro e inserir os dados dos pais genéticos.

Em 15 de março de 2016, foi editado o provimento 52 do CNJ, dispondo sobre o registro civil de nascimento e emissão da devida certidão dos filhos havidos por reprodução assistida (RA), esse provimento permitia que fosse feito o registro, sem haver nenhuma intervenção judicial.

Mas esse provimento era praticamente impraticável, porque tinha um dispositivo dizendo que teria que ser exigido a apresentação de um documento que os médicos eram proibidos de apresentar, pelo fato deles não poderem identificar os doadores do material genético e para que fosse feito o registro era necessário essa identificação. Provimento esse que foi revogado pelo Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça.

O Provimento 63 do CNJ mais atual publicado no dia 17 de novembro de 2017, que fala sobre registro civil de nascimento e da emissão da devida certidão para os filhos havidos por técnica de reprodução assistida de casais homoafetivos e heteroafetivo.

Provimento este que traz algumas questões polêmicas e principalmente, traz umas questões sociais uns impactos na visão do Direito de Família.

Nas questões do assento de registro foi viabilizado, podendo o ato ser realizado perante o Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais de todo país, bastando somente a presença dos pais munidos da documentação exigida pelo

provimento. (PROVIMENTO 63 DO CNJ 2017)

CONTRATO DE GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

Como já explanado no decorrer desse artigo científico, a gestação por substituição no Brasil não pode ter caráter lucrativo conforme diz na resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168/2017. (RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017).

Entretanto o contrato de gestação por substituição é celebrado entre as partes dispondo sobre o acordo realizado no direito dos envolvidos e aspectos formais referente ao procedimento e a filiação da criança a ser gerada.

Para que o negócio jurídico venha ser válido requer-se nos termos do art. 104 do Código Civil, a observância aos seguintes requisitos formais:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei. (Brasil, 2002).

Portanto, observa – se que, como não há lei específica para contrato de gestação por substituição, o consensualismo prevalecerá entre as partes, cabendo a elas adotarem uma melhor forma para que seja atendido os seus interesses.

E apenas por questões de segurança jurídica e com finalidade de facilitar, e aconselhável a forma escrita, para servir como prova de contratação e dos termos descritos no contrato, e também soluções de eventuais questões quanto a filiação.

Dispõe no art. 594 do Código Civil que:

Art. 594 do C.C toda espécie e serviços ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratado mediante remuneração. (Brasil, 2002).

Nesse sentido para ser avaliado a licitude do objeto de um contrato e necessário percorrer todo o Direito brasileiro na busca de normas que regulamentem, restringem ou proíbam.

E no que diz respeito a cessão temporária do útero não há nenhuma lei ordinária que discipline o tema reprodução humana médica assistida e, por consequência a Gestação por Substituição. Ficando assim o critério da consensualidade das partes.

CONSEQUÊNCIAS E INSEGURANÇAS EM RAZÃO DA CARÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

Infelizmente, uma realidade contemporânea no Brasil é a ausência de norma regulamentadora no que tange ao tema de gestação por substituição, o que já é tratado e positivado em vários países, como já mencionado supra.

Essa ausência de norma estipulando os direitos para a gestação quando por substituição gera várias consequências e inseguranças para as partes, além de inibir que mais casais possam recorrer a esta técnica para alcançarem o sonho da maternidade. Além do que a falta dessa lei inviabiliza a divulgação, conscientização e conhecimento dessas técnicas.

A reprodução humana assistida (RA) evoluiu muito rápido, de uma forma mais rápida que o Direito. Com isso causando as enormes inseguranças, tendo em vista que o envolvimento do direito ser fundamental, essencial na análise, pois precisa de

uma maior segurança para às pessoas envolvidas.

De acordo com Paulo Nader (2017), uma das formas para criação do direito, o pensar na justiça, a idealização do legislador ao criar uma norma, parte dos costumes, que são fonte de direito. Senão veja:

Para que o costume alcance forças jurídicas é necessário, em primeiro plano, que esteja previsto no ordenamento jurídico como forma de expressão do Direito. Uma vez incluído no elenco das fontes formais, é indispensável que reúna dois elementos: *material e psicológico*. O primeiro, também denominado objetivo, exterior, é a *inveterataconsuetude* dos romanos. Consiste na repetição *constante e uniformede uma prática social*. O costume pressupõe, assim a pluralidade de atos, um longo tempo, uma única fórmula. Faltando um destes elementos a norma social não apresentará valor jurídico. Quanto ao tempo necessário de duração da prática social e o número de atos, a generalidade dos sistemas não predetermina. No Direito Romano, com base no vocábulo *longaevum*, que significa, *centenário*, constante em texto lega, alguns autores concluem pela exigência de cem anos. (Nader, 2017, P 158)

Os costumes são fonte do Direito, que são usadas no âmbito jurídico, se refere a uma prática realizada de forma contínua, no Direito é usado de forma reiterada é resulta em uma classe de fonte jurídica, que são utilizadas para os juízes embasar sua decisão.

O costume é um comportamento; dele pode se extrair normas, jurídicas ou não. Se a norma extraímos do costume é aceita pelo ordenamento, será jurídica; do contrário, será antijurídica. O costume, assim, não é uma fonte positiva do direito. Não há uma autoridade pessoal que o cria por meio de decisão: ninguém decide criar uma norma costumeira; ela simplesmente deriva dos comportamentos repetidos. Esses comportamentos ocorrem de modo espontâneo na sociedade.

Ainda de acordo com Paulo Nader (2017), as Funções do Direito são os controles social a transformação social.

A doutrina jurídica não se apresenta uniforme quanto ao estudo das fontes do Direito. Entre os cultores da Ciência do Direito, há uma grande diversidade de opiniões quanto ao presidente tema, principalmente em relação ao elenco das fontes. Esta palavra provém do latim, *fons, fontis*, e significa *nascente de água*. No âmbito de nossa ciência é empregada como metáfora, como observa Du Pasquier, pois “remontar á fonte de um rio é busca o lugar de onde as suas águas saem da terra; do mesmo modo, inquirir sobre a fonte de uma regra jurídica é buscar o ponto pelo qual sai das profundidades da vida social para aparecer n superfície do Direito”. Distinguimos três espécies de fonte do Direito: históricas, materiais e formais. (Nader, 2017, P 191)

O direito exerce dois grandes papeis, por um lado ele é um instrumento de controle social, por outro lado promove ao mesmo tempo a transformação da sociedade.

Enquanto instrumento de controle social o direito antes de tudo deve transmitir para os cidadãos certeza e segurança. As pessoas devem saber dentro da sociedade o que é permitido e o que é proibido e o que é obrigatório, isso é feito por meio das normas jurídicas. Fundamentalmente encontra – se essas normas nas Leis, assim por um lado o direito oferece para a sociedade os padrões de comportamento, e esses padrões estão dentro das normas.

Se alguém se comporta em desconformidade com o estabelecido em uma

norma causa um conflito, o direito e um instrumento também de resolução de conflitos, fundamentalmente isso acontece nos tribunais, assim o primeiro grande papel do Direito é controlar a sociedade, ele deve por um lado evitar os conflitos definindo claramente os padrões do funcionamento da mesma e o que faz pelas normas.

Por outro caso haja conflitos o direito deve resolver com o mínimo de perturbação social e ele o faz por meio dos tribunais, e o Direito também promove a transformação social tentando transformar e planejando o desenvolvimento, efetivando os direitos sociais.

O Direito também controla a transformação da sociedade para que ela mude sem perder sua identidade.

Nesse contexto, no caso em tela, já há o costume crescente de casais procurarem por gestação por substituição. Assim, já há evidenciado o costume adotado pela sociedade. Fato este que conseqüentemente culmina na criação de uma norma para positar tal hábito.

Assim sendo, reforça-se a ideia de que o costume evoluiu de maneira mais rápida que o direito, com o escopo de mencionar que já existe um atraso, uma mora legislativa nesse caso em comento.

Sobre essa insegurança causada pela ausência de norma, tem vários fatores incidentes como: Quem é a verdadeira mãe, a que gerou em seu ventre os nove meses ou aquela que cedeu o material genético? Caso a mãe substituta crie um laço afetivo pelo bebê que está gerando em seu ventre, e ao nascer não queira mais entregar aos pais biológicos? Se os pais biológicos não quiseram mais a crianças, por decorrência de algum problema entre o casal. Separação ou até mesmo se eles vieram há óbito durante esses nove meses de gestação?

Várias dessas dúvidas pairam sobre aqueles que recorrem à gestação por substituição e sobre aqueles que, embora conheçam, evitam essa metodologia.

Embora no ordenamento pátrio haja a adoção das teorias de analogia e equidade para aqueles casos em que haja ausência de norma para o caso específico, mas há norma para caso similar, ou a ausência de até mesmo norma similar para o caso, recorre-se a esses institutos. Conforme ensina Paulo Nader: (2017).

A integração é um processo de preenchimento de lacunas, existente na lei, por elementos que a própria legislação oferece ou por princípios jurídicos, mediante operação lógica e juízos de valor. A doutrina distingue a *autointegração*, que se opera pelo aproveitamento de elementos do próprio ordenamento, da *heterointegração*, que se faz como a aplicação de normas que não participam da legislação, como é a hipótese, por exemplo, do recurso às regras estrangeiras. Considerando o sistema jurídico pátrio, a integração se processada pela *analogia e princípios gerais de Direito*. (Nader, 2017, P 158)

A analogia pressupõe a lacuna de lei ou ausência de lei. Quando a lei não for omissa o juiz fará a subjunção que é a aplicação da lei no caso concreto. O problema é quando a lei for omissa, ou seja, existe um caso mais não existe uma lei, para esse caso concreto, como no caso a gestação por substituição que é uma situação que não está regulamentada em lei.

A equidade é aquele sentido de que se tem do que é justo e do que não é justo, não podendo o juiz ao aplicar a equidade utilizar dos seus sentimentos pessoais do que é justo e o que não é justo, mais sim com base no espírito de justiça.

O objetivo da reprodução humana assistida e a procriação a constituição familiar. Sendo de suma importância a delimitação jurídica, pois se trata de uma

realidade que se tornou muito frequente, causando assim muita insegurança e questionamentos.

Tomando por base a legislação dos Estados Unidos, que pelo fato de estar localizado também no continente americano é o destino mais procurado por brasileiros que recorrem a gestação por substituição.

Nesse diapasão, visando atender esse direito fundamental que é o direito à família, quando se trata de gestação por substituição existe a urgência em positivar esse direito para sanar as inseguranças mencionadas.

CONCLUSÃO

A Gestação por Substituição é muito importante pelo fato de tornar possível o desejo de muitos pais que não conseguem ter seus filhos de forma natural. Recorrendo por meio da procriação, da fertilização in vitro, da gestação por substituição, tornando possível também para que casais homossexuais tenham direito a ter um filho.

O motivo pelo qual casais buscam esse forma, é o, fato de muitos não conseguirem terem filhos de forma natural por algum problema de saúde em um dos cônjuges, companheiros, como a ausência do útero, no caso congênito ou uma histerectomia, mulheres com idades avançadas que tem dificuldade em gerar filho naturalmente e também em casos de união homoafetivas de ambos os sexos.

Os métodos da reprodução assistida são a inseminação artificial e fertilização in vitro. A diferença delas é de como o óvulo será fecundado. Antes de escolher por algum desses métodos é analisado a dificuldade de cada casal.

Muitas pessoas reconhecem a gestação por substituição como barriga de aluguel, onde uma mulher aceita gerar um bebê e em troca disso receber uma remuneração. No Brasil de acordo com o Conselho Federal de Medicina esse método é proibido, pois não pode haver caráter lucrativo, sendo então o termo chamada de barriga solidária, onde quem gera o bebê e alguma mulher da família que tenha parentesco de até quarto grau, seguido pelo Resolução do CFM e que não haja caráter lucrativo.

Então a diferença desses dois termos usados barriga de aluguel e barriga solidária consiste apenas que em um o caráter é lucrativo e pode ser gerado por qualquer mulher e o outro o caráter não é lucrativo e apenas pode gerar mulher da família com parentesco de até 4º grau, não sendo, fica sujeito pelo CFM autorizar.

A Resolução do Conselho Federal do Medicina nº 2.168 de 2017, vem cobrindo uma enorme lacuna na atual legislação, sendo ela a única forma das partes seguirem.

O Registro Civil de nascimento com as edições da resolução do CFM se tornou bem mais fácil, onde os procedimentos para tal registro ser efetuado são providenciados desde a gestação, tornando assim mais fácil para os pais genéticos ter seus filhos registrados em seus nomes já no nascimento do bebê.

Destarte, gestação por substituição nada mais é que uma fertilização in vitro de óvulo e espermatozoide que após serem fecundado é inserido no útero da mulher que se propôs a gerar o bebê

O tema gestação por substituição é um assunto interessante, importante e um tema extremamente polêmico e que os legisladores não estão dando a devida importância, e não há legisladores que buscam novos projetos, nova lei para esse assunto.

São inúmeras as consequências pela falta de legislação, a insegura dos pais biológicos, por não se sentirem resguardados perante a Lei, da mulher que se propor a gerar o bebê, ambos com os seguintes questionamentos: Quem é a verdadeira mãe, a que gerou em seu ventre os nove meses ou aquela que cedeu o material genético? Caso a mãe substituta crie um laço afetivo pelo bebê que está gerando em seu ventre, e ao nascer não quer mais entregar aos pais biológicos? Se os pais biológicos não quiserem mais a criança, por decorrência de algum problema entre o casal. Separação ou até mesmo se eles vieram há óbito durante esses nove meses de gestação?

Contudo é necessário que tenha uma lei específica para este tema, tendo em vista, que precisa haver punição para quem não haja de forma correta, e para que ambas as partes se sintam mais seguras e resguardadas quanto a todos os procedimentos e etapa de uma fertilização in vitro.

Sendo um dos fatores mais agravantes, quanto ao tema, a falta a legislação, a insegurança jurídica, sendo resguardando apenas pela resolução 2.168 do 2017 do Conselho Federal de Medicina e do contrato oneroso entre as partes.

Através do contrato oneroso entre as partes, é estipulado as regras e deveres quanto a filiação, ao auxílio no período da inseminação e durante os nove meses de gestação da barriga solidária.

REFERÊNCIAS

Thays Pessoa. **A filiação por inseminação artificial homóloga "post mortem" e a (im) possibilidade de suceder.** Disponível em: <<https://thaystanajurapessoa.jusbrasil.com.br/artigos/114957280/a-filiacao-por-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem-e-a-im-possibilidade-de-suceder>> Acessado em: 18 de abril de 2019.

Cleudes Maria Tavares Rosa Tavares Rosa. **A gestação de substituição na reprodução assistida para casais homoafetivos.** Disponível em: <<https://cleudestavares.jusbrasil.com.br/artigos/316005383/a-gestacao-de-substituicao-na-reproducao-assistida-para-casais-homoafetivos>> Acessado em: 17/03/2019

Anne Joyce Angrer. Vade Mecum. Art. 594 do C.C. P 175. Edição 26ª. Editora Rideel/2018.

Anne Joyce Angrer. Vade Mecum. Art. 104 do C.C. P. 158. Edição 26ª. Editora Rideel/2018.

Nathalie Ayres. **Fertilização In Vitro (FIV): O que é, como funciona e custo.** Disponível em: < <https://www.minhavidade.com.br/familia/tudo-sobre/16499-fertilizacao-in-vitro>> Acessado em: 21 de abril de 2019.

Folha de S.Paulo. **Ucrânia vira destino de brasileiros que estão em busca de barriga de aluguel.** Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2018/09/ucrania-vira-destino-de-brasileiros-que-estao-em-busca-de-barriga-de-aluguel.shtml>>. Acessado em: 17 de abril de 2019.

Nathalie Ayres. **Inseminação artificial: O que é, como funciona a fertilização e quanto custa.** Disponível em: < <https://www.minhavidade.com.br/familia/tudo-sobre/16480-inseminacao-artificial>> Acessado aos 21 de abril de 2019.

Renata Celi. **Inseminação artificial: como funciona, preço e riscos.** Disponível em: < https://www.stoodi.com.br/blog/2019/02/01/inseminacao-artificial-como-funciona/?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=Search-dsa-purchase&utm_content=54491818507&utm_term=todas-as-paginas&gclid=Cj0KCQjwwODIBRDuARIsAMy_28Vdxf6DkGBQjpMrVeVgmJ0_QTX9k04xCi0mF4XbHHa8b5MG5BvGlm8aAlJjEALw_wcB> Acessado em: 18/04/2019. Acessado em: 18 de Abril de 2019.

LOPES, Adriana Dias. **Sem medo de ser feliz.** Veja, São Paulo, n. 2.105, p.104-106, de 25 mar. 2009. Acesso em: 17 de abril 2019.

Paulo Nader. **Introdução ao estudo do Direito.** 40º edição, p.191, de 2017. Acesso em: 17 de abril 2019.

Paulo Nader. **Introdução ao estudo do Direito.** 40º edição, p.158, de 2017. Acesso em: 17 de abril 2019.

Provimento 63 do CNJ de 17 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>. Acessado em: 18/04/2019. Reprodução assistida. Disponível em: < <http://www.ghente.org/temas/reproducao/>> Acessado em: 18/04/2019.

Reprodução Humana Assistida Homóloga e Heteróloga, Monoparentalidade Programada e Coparentalidade. Disponível em: < <https://professorclebercouth.jusbrasil.com.br/artigos/211560163/reproducao-humana-assistida-homologa-e-heterologa-monoparentalidade-programada-e-coparentalidade>> Acessado em: 18 de abril de 2019.

Resolução CFM Nº 2168 DE 21/09/2017. **VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO). 2. A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.** Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=352362>. Acessado em: 19/04/2019.

TJDFT. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/informativos/2014/informativo-de-jurisprudencia-n-o-292/utilizacao-de-material-genetico-post-mortem-2013-violacao-ao-principio-da-autonomia-da-vontade>>. Acessado em 17 de abril de 2019.

Vivita. **Inseminação Artificial.** Disponível em: <<http://www.vivita.com.br/tratamentos/inseminacao-artificial/>>. Acesso em: 17 de abril de 2019.