



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES LEGAIS: UMA
REFLEXÃO ACERCA DA PENSÃO GRAVÍDICA

Raíssa Mendonça da Costa

Rio de Janeiro
2019

RAÍSSA MENDONÇA DA COSTA

DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES LEGAIS: UMA
REFLEXÃO ACERCA DA PENSÃO GRAVÍDICA

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES LEGAIS: UMA REFLEXÃO ACERCA DA PENSÃO GRAVÍDICA

Raíssa Mendonça da Costa

Graduada pela Faculdade de Direito de
Cândido Mendes – UCAM. Advogada.

Resumo – os relacionamentos pertencentes ao Direito de Família estão cada vez mais se manifestando de forma complexa e variada. Por meio de inovações da ciência e da evolução humana, a filiação não pode mais ser compreendida somente como uma concepção convencional e padronizada. Logo, deve o Direito acompanhar o desenvolvimento da sociedade e o aperfeiçoamento de técnicas científicas para associar os vínculos genético e o socioafetivo com o jurídico. O objetivo do trabalho é demonstrar as implicações para o ramo do Direito da gravidez por subrogação e abordar que é forçosa a criação de uma legislação específica para os casos concretos da gravidez sub-rogada.

Palavras-chave – Direito de Família. Gravidez por substituição. Pensão gravídica.

Sumário – Introdução. 1. Reembolso das despesas decorrentes de gastos médicos que podem ser consideradas legítimas sem caracterizar lucratividade pela gestante por substituição. 2. Da possibilidade do pagamento de pensão gravídica a gestante solidária. 3. Da necessidade de sistema normativo específico para dirimir conflitos no que diz respeito a gravidez solidária. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho de pesquisa científica apresentado aborda o tema da gestação de substituição no ordenamento pátrio. Procura-se verificar as implicações legais, a respeito da possibilidade de recebimento de uma pensão de alimentos gravídicos pela gestante que está cedendo temporariamente seu útero de forma gratuita.

A finalidade da pesquisa é discutir a possibilidade do cabimento ou não da ajuda de custos no período da gestação, tendo em vista que é necessário levar em consideração a hipossuficiência financeira da gestante que poderá ter como consequência a afetação da saúde do nascituro.

Ainda convém lembrar as posições jurisprudenciais e doutrinárias acerca do tema, uma vez que deve-se garantir o princípio da dignidade da pessoa humana que é aplicável a todos, ao ponto de justificar a ajuda de custos no período da gravidez solidária.

O primeiro capítulo irá verificar sobre até que ponto as despesas decorrentes de gastos médicos podem ser consideradas como legítimas, sem caracterizar ganho econômico e violação dos princípios da boa-fé e do enriquecimento ilícito.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, se no caso da gravidez solidária é possível sustentar o pagamento de pensão gravídica para compensar os gastos durante a

gravidez. Além disso, determinar qual tipo de ajuda financeira não caracterizaria o benefício econômico pela barriga solidária.

Outrossim no terceiro capítulo da pesquisa, irá versar sobre a falta de normatização do tema que se mostra necessária as mudanças legislativas, no que se refere à criação de uma lei específica. Procura-se refletir a aplicação do instituto de forma a beneficiar todos os envolvidos, sem gerar o enriquecimento ilícito.

A pesquisa será realizada pelo método hipotético-dedutivo, tendo em vista que tem como objetivo apresentar variadas ideias hipotéticas, que são possíveis e apropriadas para explorar o intuito da pesquisa, com a finalidade de corroborar ou desconsiderar argumentativamente.

Dessa forma, o objetivo desta pesquisa jurídica quanto ao questionamento será necessariamente qualitativo, uma vez que a intenção importa da bibliografia adequada à temática em foco, com o uso de legislação, jurisprudência e doutrina, para confirmar a tese.

1. REEMBOLSO DAS DESPESAS DECORRENTES DE GASTOS MÉDICOS QUE PODEM SER CONSIDERADAS LEGÍTIMAS SEM CARACTERIZAR LUCRATIVIDADE PELA GESTANTE POR SUBSTITUIÇÃO

A gestação solidária, também chamada de útero de substituição, surgiu com os avanços da medicina para satisfazer a vontade de casais ou pessoas solteiras que não podem ter filhos pelo método convencional¹. Devido tal impossibilidade, a prática envolve a utilização do útero de uma terceira pessoa, possibilitando assim, a vontade do casal de ter filhos com o seu material genético. Tais relações geram conflitos e implicações legais que o Direito tem a responsabilidade de solucionar.

Existe, atualmente, regulando a matéria uma resolução do Conselho Federal de Medicina de nº 2.121/2015 que tem o objetivo de harmonizar o uso das técnicas de reprodução assistida com os princípios da ética médica². Percebe-se que a resolução criou alguns requisitos para que o profissional da área realize o procedimento com observância

¹ FUZA, Julia Casares. *Reprodução Assistida: Barriga solidária e Barriga de aluguel - uma análise jurídica e social*. Disponível em: <https://juliacasaresfuzajusbrasil.com.br/artigos/337791410/reproducao-assistida-barriga-solidaria-e-barriga-de-aluguel-uma-analise-juridica-e-social?ref=topic_feed> Acesso em: 04 abr. 2019.

² BRASIL. Resolução CFM nº 2.121/2015 de 24 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.portalmедио.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2019.

aos princípios éticos e bioéticos que trazem maior segurança e eficácia³.

Primeiramente, nota-se que em uma das normas da Resolução, para a realização do procedimento o ato deve ser voluntário⁴, isto é, necessário que o consentimento seja livre, tanto por quem deseja o filho quanto para a doadora temporária do útero⁵.

Outro requisito aborda que a prática não pode ser realizada de forma lucrativa ou comercial. Apesar de popularmente conhecida como “barriga de aluguel”⁶, tal nomenclatura encontra-se equivocada, uma vez que é vedada expressamente pelo direito brasileiro⁷ a comercialização de qualquer órgão, tecido⁸.

Com efeito, a bioética entende que, se realizado por interesse financeiro, ocorreria a “coisificação” do ser humano, uma vez que a utilização da placenta adquire o status de órgão⁹ sendo sua comercialização caracterizada como uma prática ilícita e imoral.

Apesar de vedada a lucratividade pela Resolução do CFM, Rodrigo da Cunha Pereira, presidente nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família, defende que o aluguel regulamentado em lei evitaria extorsões, clandestinidade e até mesmo uma indústria de gravidez por substituição, entendendo que não caracteriza uma “coisificação” da criança ou “objetificação” do sujeito¹⁰.

Sucede que essa alternativa criada para satisfazer a vontade de ter filhos por quem não podia, traz inúmeras controvérsias para o ramo do direito. O fato da Resolução não ter caráter legal e possuir lacunas, ocasiona diversas dúvidas acerca do instituto.

Um fator controvertido, é referente a possibilidade do recebimento do reembolso das despesas médicas da grávida, que não configure a lucratividade. Diante disso, não violaria os princípios da boa-fé e do enriquecimento ilícito, não contrariando as características básicas da gravidez sub-rogada.

Apesar de ser um ato de solidariedade, existem custos a serem considerados para que o procedimento seja realizado, de maneira a garantir a boa saúde tanto da gestante

³ Ibid.

⁴ POLITANO, Ricardo. *Aspectos jurídicos da “barriga solidária” (gestação por substituição)*: Um necessário diálogo entre Direito, Medicina e Psicologia. Disponível em: <https://ricardopolitano.jusbrasil.com.br/artigos/472273664/aspectos-juridicos-da-barriga-solidaria-gestacao-por-substituicao-um-necessario-dialogo-entre-direito-medicina-e-psicologia?ref=topic_feed> Acesso em: 05 abr. 2019.

⁵ BRASIL. op. cit., nota 2.

⁶ POLITANO, op. cit., nota 4.

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 05 abr. 2019.

⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 [e-book]

⁹ FUZA, op. cit., nota 1.

¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Barriga de aluguel: o corpo como capital*. Disponível em: <<https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100148051/artigo-barriga-de-aluguel-o-corpo-como-capital-por-rodrigo-da-cunha-pereira>> Acesso em: 05 abr. 2019.

quanto do nascituro, em suma, necessitam de consultas médicas e exames laboratoriais periódicos.

Dessa forma, é importante que não ocorra o prejuízo financeiro pela doadora o que inibiria a realização desse instituto.

O recente julgado pelo juiz do TJBA entendeu que é cabível a extensão do plano de saúde em favor da gestante solidária para que fosse incluída como beneficiária do plano¹¹, desde o período pré-natal até ao puerpério, sendo beneficiária temporária, ficando amparada pela mesma cobertura que a titular.

Ademais, o Juízo se posicionou no sentido de que a parte autora atendeu a todos os requisitos necessários para possibilitar a gestação de substituição conforme a Resolução CFM nº 2.121/2015¹², entendendo que a não extensão da cobertura do plano de saúde para a gestante de substituição é abusiva¹³.

Compreende-se assim, que se a autora fosse a gestante teria direito à cobertura pelo plano. Logo, a gestante solidária que está concebendo o nascituro, que será esse acobertado pelo plano futuramente, deve em sentido lógico, ter garantido igualmente a cobertura médica devida.

Percebe-se que os principais fundamentos do pedido autoral foram em relação ao direito da dignidade da pessoa humana, o direito à saúde e o direito de igualdade de filiação¹⁴ previstos na Constituição da República Federativa do Brasil¹⁵.

Quando tratar-se de direito fundamental à saúde, deverá ser acompanhado dos princípios da boa-fé e da cooperação nos contratos, com a consequente imposição da vigilância do Poder Judiciário nas relações privadas, que são regidas pela autonomia de vontade¹⁶.

Ainda convém lembrar, nos casos em que o casal ou a pessoa solteira que deseja realizar o procedimento não possua plano de saúde, é razoável que arque com as despesas

¹¹ KRAMEL, Karim. Juiz defere pedido de beneficiária de plano de saúde para condená-lo a arcar com custos de pré-natal e parto de barriga solidária. Disponível em <https://karimkramel.jusbrasil.com.br/noticias/561348481/juiz-defere-pedido-de-beneficiaria-de-plano-de-saude-para-condena-lo-a-arcas-com-custos-de-pre-natal-e-parto-de-barriga-solidaria?ref=topic_feed> Acesso em: 03 abr. 2019.

¹² BRASIL. op. cit., nota 2.

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. *Sentença nº 0565681-17.2015.8.05.0001*. Juíza de Direito: Laura Scaldaferrri Pessoa. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do;jsessionid=FDCC26EA77AA544D2FBF7737E044842D.cpopg5?dadosConsulta.localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&dadosConsulta.tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=056568117.2015&foroNumeroUnificado=0001&dadosConsulta.valorConsultaNuUnificado=056568117.2015.8.05.0001&dadosConsulta.valorConsulta=&v1Captcha=nbivb&processo.codigo=01000J5J40000>> Acesso em: 07 abr. 2019.

¹⁴ KRAMEL, op. cit., nota 11.

¹⁵ BRASIL. op. cit., nota 7.

¹⁶ BRASIL. op. cit., nota 12.

médicas provenientes dessa prática, já que apesar de existir a rede pública de saúde, em alguns casos, os hospitais públicos não são capazes de atender a toda população de forma célere e eficiente.

Observa-se que é exigir demais da gestante, que além da doação temporária do útero por nove meses para que seja gerado um bebê, ela seja submetida a inúmeras limitações como: alimentares, corporais, lazer. Ademais, tenha ainda a restrição econômica para arcar com os custos de exames laboratoriais frequentes e realizar consultas médicas periódicas.

A remuneração pelos futuros pais, dos custos com despesas médicas para a grávida deve ser feito com cautela, tendo em vista que se realizado sem os devidos comprovantes e pedidos médicos, pode gerar fraude, no sentido de que a grávida receba uma remuneração indireta, caracterizando a lucratividade ilícita¹⁷.

Pode-se afirmar que a solução mais simples para evitar essa fraude é que a pessoa que deseja ter um filho utilizando a gravidez por substituição, tenha um plano de saúde para que a gestante possa aderi-lo como beneficiária temporária.

No entanto, insta salientar que ter o plano de saúde não pode ser uma obrigatoriedade imposta por lei para quem quer realizar o procedimento. Nos casos em que não houver plano de saúde contratado pelos futuros genitores, deve haver um acordo entre os sujeitos da gravidez por substituição para que seja convencionado de que maneira a remuneração irá ser feita.

Então, as modalidades cabíveis são: optar pelo sistema público de saúde; pelo pagamento posterior à gestante quando apresentados os recibos médicos; ou o pagamento espontâneo no ato da consulta ou no exame laboratorial.

Portanto, para evitar maiores controvérsias, deve ser editada uma Lei específica, a fim de criar requisitos necessários para que seja possível o recebimento das despesas efetuadas pela gestante em custos médicos. Com o intuito de não haver o enriquecimento sem causa por nenhuma das partes, não tolerado pelo Código Civil¹⁸.

¹⁷ PEREIRA, op. cit., nota 10.

¹⁸ BRASIL. *Código Civil*, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 08 abr. 2019.

2. DA POSSIBILIDADE DO PAGAMENTO DE PENSÃO GRAVÍDICA À GESTANTE SOLIDÁRIA

É oportuno lembrar que, a hipótese de pagamentos gravídicos é uma modalidade da condenação em prestar alimentos, que deve ser paga nos casos em que ainda não nasceu o filho, devendo ser fixados os alimentos no período gestacional¹⁹.

Em 2008 foi instituída a Lei nº 11.804/08²⁰, denominada Lei de alimentos gravídicos, que disciplina o direito de alimentos da mulher gestante. Possui como finalidade garantir os direitos do nascituro, determinando o pagamento de uma verba suplementar mensal à gestante durante o período de gravidez²¹.

A nomenclatura apesar de frequentemente utilizada não é uma das mais corretas, uma vez que não são fornecidos somente alimentos, a melhor nomenclatura deveria ser subsídios gestacionais²².

A referida Lei²³ consiste em que o futuro pai do nascituro preste auxílio à gestante e ao feto, para ajudar nas despesas adicionais referentes à alimentação, à assistência médica e psicológica, aos exames complementares, às internações, ao parto, aos medicamentos e às demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis²⁴, da concepção até o parto²⁵. Ademais pode o juiz determinar outras despesas que forem pertinentes ao caso, isso porque o rol que prevê as hipóteses de despesas não é exaustivo²⁶.

Insta salientar, que se o objetivo da Lei nº 11.804/08²⁷ é proteger o nascituro desde a sua concepção. Em seu art. 2º, especificou quais seriam as necessidades da gestante e criou um parâmetro para aferição da obrigação alimentar, devendo sempre ser observado o binômio necessidade-possibilidade²⁸.

¹⁹ BARONI, Arethusa; CABRAL, Flávia Kirilos Beckett; CARVALHO, Laura Roncaglio de. *Alimentos gravídicos*. Disponível em: <<https://direitofamiliar.com.br/alimentos-gravidicos/>> Acesso em: 30 ago. 2019

²⁰ BRASIL. *Lei nº 11.804/08*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11804.htm> Acesso em: 08 abr. 2019.

²¹ BRASIL. Ordem dos advogados do Brasil Mato grosso do Sul. *Lei dos alimentos gravídicos garante "pensão" durante a gestação*. Disponível em: <<https://oab-ms.jusbrasil.com.br/noticias/100392917/lei-dos-alimentos-gravidicos-garante-pensao-durante-a-gestacao>> Acesso em: 11 jul. 2019.

²² DIAS, op. cit., nota 8.

²³ BRASIL. op cit., nota 20.

²⁴ Ibid.

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Esquematizado*: v. 3. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 710.

²⁶ DIAS, op. cit., nota 8.

²⁷ BRASIL. op cit., nota 20.

²⁸ LUCENA, Lorena. *Ação de alimentos gravídicos: Pensão para grávidas!* Disponível em: <<https://lucenatorres.jusbrasil.com.br/artigos/434901282/acao-de-alimentos-gravidicos-pensao-para-gravidas>> Acesso em: 11 jul. 2019.

Destaca-se que, uma vez ocorrendo à interrupção indesejada da gravidez, como no caso de aborto espontâneo, não é cabível a restituição dos valores já pagos à gestante, sendo descabível qualquer reembolso aos alimentantes. Por conseguinte, a obrigação de pagar alimentos será extinta²⁹.

Embora exista uma Lei³⁰ específica para alimentos gravídicos, não é previsto nela um procedimento especial. A Lei nº 11.804/08 somente determina que se aplique o rito da ação de alimentos³¹ previsto na Lei nº 5.478/68³² e no Código de Processo Civil³³ de forma supletiva.

A Lei nº 11.804/08 determina alguns requisitos para que o juiz condene o réu a pagar subsídios gestacionais em favor da gestante. É preciso que prove o estado de gravidez; os indícios de paternidade, não sendo necessário o exame de DNA bastando para a prova que se apresente testemunhas³⁴ e comprovação de um relacionamento anterior; a primordialidade oriunda da gravidez; e a capacidade financeira do réu³⁵.

Logo, se a gestante por sub-rogação cumpre todos os requisitos estabelecidos pela Lei nº 11.804/08³⁶, provando o vínculo com os pais do nascituro e bem como verificando o binômio necessidade-possibilidade, é seu direito de receber a pensão gravídica pelas despesas oriundas da gravidez por substituição.

Além disso, mesmo após o período da gestação tradicional, isto é, depois do nascimento, a grávida poderá pleitear o reembolso das despesas que teve relacionadas ao período gestacional³⁷. Assim aplica-se também na hipótese de gravidez solidária.

Tal como prevê Maria Berenice Dias que é possível a aplicação da ação de alimentos gravídicos na hipótese de reprodução assistida³⁸ - conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano³⁹ -

²⁹ DIAS, op. cit., nota 8.

³⁰ BRASIL, op cit., nota 20.

³¹ NACLE, Ricardo Amin Abrahão. *Nascimento de criança não pode prejudicar ação de pensão para grávida*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-05/ricardo-nacle-nascimento-nao-prejudicar-acao-pensao-gravida#_edn1> Acesso em: 11 jul. 2019.

³² BRASIL. *Lei nº 5.478/68*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm> Acesso em: 08 abr. 2019.

³³ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 08 abr. 2019.

³⁴ LUCENA, op. cit., nota 28.

³⁵ TANNURI, Cláudia Aoun; HUDLER, Daniel Jacomelli. *Alimentos gravídicos não precisam de provas robustas*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-30/fixacao-alimentos-gravidicos-nao-provas-robustas-gravidas>> Acesso em: 15 out. 2019.

³⁶ BRASIL, op cit., nota 20.

³⁷ DIAS, op. cit., nota 8.

³⁸ Ibid.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 452.

deve-se da mesma forma ser aplicada nos casos de gravidez sub-rogada.

Enfatize-se que os princípios norteadores do Código Civil, inspirados pelos valores da dignidade da pessoa humana⁴⁰, são essenciais a serem aplicados no caso de recebimento de pensão gravídica na gravidez por sub-rogação.

Destaca-se dentre os princípios o da operabilidade. Segundo Miguel Reale, citando os ensinamentos de Jhering entende que, quando há conflito de caráter teórico sobre a natureza da norma ou sobre a “convivência de ser enunciada de uma forma ou de outra”. A essência do Direito é a realizabilidade, ou seja, o Direito é feito para ser realizado, para ser executado⁴¹.

Por isso é indispensável, para evitar equívocos que a norma tenha operabilidade, devendo prevalecer sobre o elemento que é puramente teórico-formal. Além disso, a operabilidade leva a criação de normas abertas para que o conteúdo seja alterado pela atividade social, denominada pelo Ilustre Miguel Reale de “estrutura hermenêutica”⁴².

Operadores do direito, em situações em que a lei não prevê expressamente, como é o caso da Lei de nº 11.804/08⁴³, sobre a gravidez por sub-rogação, devem realizar, isto é, executar a norma para aplicar o direito para o sujeito em que a lei foi omissa, possuindo, da mesma forma, a garantia prevista na lei.

A grávida por sub-rogação tem despesas de cunho alimentício, assistência médica, exames e internações, da mesma forma que a Lei de alimentos gravídicos prevê. Por isso, tal pagamento efetuado mensalmente como subsídios gestacionais não pode ser considerado como verba de caráter lucrativo ou comercial.

Sob tal enfoque os valores atribuídos a prestação de subsídios gestacionais nunca devem superar o necessário decidido pelo juiz⁴⁴. Devem estar atrelados aos gastos efetivos à gravidez sem que seja fomentado o luxo, ostentação e futilidades, ainda que fosse possível o pagamento pelos genitores⁴⁵.

Isso corrobora o entendimento que o pagamento de pensão por subsídios gestacionais à gestante sub-rogada não caracteriza verba de cunho rentável ou vantajoso,

⁴⁰ NACLE, op. cit., nota 28.

⁴¹ REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de Código Civil*. Disponível em: < <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm> > Acesso em: 11 jul. 2019.

⁴² Ibid.

⁴³ BRASIL. op. cit., nota 20.

⁴⁴ BATISTA, Raíssa Nikele. *Os alimentos gravídicos e os direitos inerentes ao suposto pai quando da não confirmação da paternidade*. Disponível em: <<https://raissanikele14.jusbrasil.com.br/artigos/315253060/os-alimentos-gravidicos-e-os-direitos-inerentes-ao-suposto-pai-quando-da-nao-confirmacao-da-paternidade>>. Acesso em: 15 out. 2019.

⁴⁵ BARONI, op. cit., nota 19.

tendo em vista que é vedado pela Resolução do CFM⁴⁶.

Portanto não há vedação legal que impeça que a grávida por substituição possa receber subsídios gestacionais. Sendo, dessa forma, uma hipótese de cabimento da ação de alimentos no polo passivo os pais biológicos do feto.

3. DA NECESSIDADE DE SISTEMA NORMATIVO ESPECÍFICO PARA DIRIMIR CONFLITOS NO QUE DIZ RESPEITO À GRAVIDEZ SOLIDÁRIA

Atualmente não há nenhuma lei que determine como serão as implicações legais desse procedimento. A ausência legislativa traz inúmeros problemas, uma vez que o assunto é extremamente complexo a luz do ordenamento jurídico brasileiro. Há um claro descompasso entre o Poder Legiferante do Estado e o avanço da ciência⁴⁷.

Como cada vez mais evoluiu os avanços tecnológicos, o Direito não pode se manter inerte ou optar pela proibição, ao invés de enfrentar e solucionar os problemas atuais e os quais vierem a surgir eventualmente⁴⁸.

Verifica-se que a regulamentação do tema serviria a evitar que fosse desrespeitada à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que seriam estabelecidos requisitos criteriosos, prevendo as consequências. Tornar-se-ia mais ético e passível de utilização o processo de gestação por outrem com mais facilidade⁴⁹.

Diante disso uma solução encontrada foi ampliar as regras da ética biomédica, como por exemplo a Resolução CFM nº 2.121/2015⁵⁰ indicando atitudes eticamente válidas para o caso da procriação assistida⁵¹.

No Brasil, o Conselho Regional e Federal de Medicina é um órgão legalmente responsável para criar, editar normas, portarias e resoluções acerca de manipulações genéticas, que tem por finalidade a ética, profissionalismo e a moral⁵².

⁴⁶ BRASIL. op cit., nota 2.

⁴⁷ IPPOLITO, Clarice D. *Gestação por substituição: a possibilidade do uso dessa técnica científica à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<https://cladipp.jusbrasil.com.br/artigos/111876296/gestacao-por-substituicao-a-possibilidade-do-uso-dessa-tecnica-cientifica-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 17 set. 2019.

⁴⁸ SOUZA, Marise Cunha. As técnicas de reprodução Assistida. A barriga de aluguel. A definição da maternidade e da paternidade. Bioética. *Revista da EMERJ*, v. 13, nº 50, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf>. Acesso em: 17 set. 2019.

⁴⁹ IPPOLITO, op. cit., nota 47.

⁵⁰ BRASIL. op. cit., nota 2.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *ADI nº 4277/DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 25 set. 2019.

⁵² LOIOLA, Diêgo Ximenes. *Barriga de aluguel e a sua falta de amparo jurídico*. Disponível em: <<https://cont>>

Há apenas uma resolução médica que prevê alguns princípios gerais a serem observados ao realizar essa prática, porém somente essa resolução não é capaz de resolver os conflitos existentes e nem possui base teórica para dirimir futuras implicações.

Sucedem que a Resolução CFM nº 2.121/2015⁵³ existente não é a mais indicada, uma vez que diz respeito apenas ao procedimento dos profissionais envolvidos na técnica e não da sociedade como um todo. Ficam sem uma solução, uma gama de questões que envolvem: a mulher gestante; a mulher e o homem doadores; a exploração econômica da mulher e das clínicas de reprodução assistida; os requisitos a serem exigidos para a maternidade de sub-rogação; os deveres e direitos das partes envolvidas. Tudo em decorrência da falta de previsão legal⁵⁴.

A gravidez sub-rogada é uma realidade nos dias atuais ocorrendo cada vez mais em todo o mundo, e sem uma legislação específica acaba ocorrendo resultados indesejados, causando sofrimentos e angústias durante todo o processo e as vezes depois do parto⁵⁵. A lei deveria ser elaborada dentro de requisitos pré-estabelecidos, dessa forma resolveria de forma objetiva e clara os conflitos que vierem a existir⁵⁶.

A falta de uma inequívoca elucidação do instituto faz com que os juízes, frente a uma lide, acabem por dar decisões conflitantes, submetendo-lhes a apreciação de cada caso concreto julgando pelo seu próprio juízo de valor, sua moral, seu entendimento⁵⁷. Com isso gera a insegurança jurídica que deve ser rechaçada⁵⁸.

Regina Fiuza Sauwen entende que “ao direito cabe a tarefa de proteção da instituição familiar, tida como uma das fontes de segurança social, mas nem por isso, [...] pode fechar os olhos para a realidade dos filhos nascidos de úteros de aluguel ou gerados em provetas, muitas das quais manuseadas por mãos irresponsáveis”⁵⁹.

Alguns doutrinadores veem como alternativa para os casos de gravidez sub-rogada, a realização de um contrato de cessão gratuita do útero, entres os pais biológicos com a grávida sub-rogada, em que todos expressem o seu consentimento com o

eudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47453/barriga-de-aluguel-e-a-sua-falta-de-amparo-juridico> Acesso em: 17 set. 2019.

⁵³ BRASIL. op. cit., nota 2.

⁵⁴ IPPOLITO, op. cit., nota 47.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: O biodireito e as relações parentais: O estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 638.

⁵⁷ IPPOLITO, op. cit., nota 47.

⁵⁸ SAUWEN, Regina Fiuza. *O direito “in vitro”*: Da bioética ao biodireito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 55.

⁵⁹ Ibid., p. 101 - 102.

procedimento além de um acompanhamento psicológico⁶⁰.

Sob tal enfoque, há doutrinadores que sustentam que de certa forma poderia afrontar os princípios constitucionais⁶¹, tendo em vista a indisponibilidade e inviolabilidade da vida humana. Contudo o contrato seria sobre a prestação de serviços do aluguel do útero prestado por terceiro e não pela criança⁶².

Ocorre que essa alternativa não é aceita de forma pacífica entre a doutrina, entendem que conforme os arts. 1.118 e 1.200 do Código Civil⁶³, a figura do contrato é aplicável a coisas móveis e imóveis, ou seja, conseqüentemente não se pode considerar a vida humana como objeto de contrato comercial. Portanto o contrato firmado entre as partes seria nulo, e não traria segurança jurídica às partes envolvidas⁶⁴.

Ademais, não há garantia que o contrato realizado entre as partes será efetivamente cumprido, uma vez que pode afrontar questões principiológicas do contrato, bem como pela ausência de regulamentação sobre o tema⁶⁵.

É inegável a necessidade da criação urgente de uma lei específica, com a finalidade de conferir estabilidade para relações jurídicas às partes que dela se usufruírem⁶⁶. Deve o legislador criar menos obstáculos possíveis para que as pessoas possam exercer seu direito, pois podem socorrer-se judicialmente dos eventuais conflitos⁶⁷.

Outrossim, a legislação especial é um direito que é imposto pela Constituição, previsto no art. 5º, XXV⁶⁸. Quando há uma omissão normativa, isto gera lesividade a cidadania e ao Estado de Direito, pois implica em óbice a aplicação dos direitos constitucionais⁶⁹ de forma eficiente⁷⁰.

Destacou-se Miguel Reale que não seria possível prever essa matéria no Código Civil, tendo em vista que tais processos envolvem questões que transbordam do campo jurídico, tendo problemas tanto de bioética quanto de direito processual⁷¹.

Segundo o pronunciamento do Ministro Celso de Mello quando o poder público

⁶⁰ SOUZA, op. cit., nota 48.

⁶¹ BRASIL. op. cit., nota 7.

⁶² IPPOLITO, op. cit., nota 47.

⁶³ BRASIL. op. cit., nota 16.

⁶⁴ SCARPARO, Monica Sartori. *Fertilização assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p 54.

⁶⁵ LOIOLA, op. cit., nota 52.

⁶⁶ SOUZA, op. cit., nota 48.

⁶⁷ SCARPARO, op cit., nota 55 p. 135.

⁶⁸ BRASIL. op. cit., nota 7.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ LEITE, Gisele. *Direito à legislação em face das omissões da lei*. Disponível em: <<https://professoragiseleite.jusbrasil.com.br/artigos/370463735/direito-a-legislacao-em-face-das-omissoes-da-lei>>. Acesso em: 17 set. 2019.

⁷¹ REALE, op. cit., nota 41.

não cumpre, seja de forma total ou parcial, o dever de legislar, infringe com esse comportamento negativo o direito do ser humano, isto é, com essa omissão estimula o fenômeno da erosão da consciência constitucional⁷².

Afinal, para que o Poder Judiciário aplique corretamente um direito, deverá ele ser realizado por meio de instrumentos jurídicos constitucionalmente⁷³ determinados, para servir de justificação para sua aplicação⁷⁴.

Portanto, enquanto há a omissão do Poder Legislativo para produzir uma lei específica sobre a gravidez por sub-rogação, devem os juízes por meio da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como utilizando a analogia e os princípios gerais de direito, concretizarem o direito, para que com isso sejam atendidos os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, com o propósito de dirimir os casos que venham a existir⁷⁵.

CONCLUSÃO

Com os avanços da medicina, surgiu uma nova forma de se ter filhos diferentemente do método convencional, a prática envolve a utilização do útero de uma terceira pessoa, possibilitando assim que o material genético dos pais biológicos sejam lá colocados, denomina-se essa prática de gravidez por substituição.

Atualmente, regulando a matéria somente existe a Resolução do Conselho Federal de Medicina de nº 2.121/2015 que possui o objetivo de harmonizar o uso das técnicas de reprodução assistida com os princípios da ética médica, porém a resolução não tem um caráter legal e possui lacunas, que ocasiona diversas dúvidas e controvérsias acerca do instituto.

O entendimento no judiciário é que para seja realizado o procedimento é necessário que seja cumprido todos os requisitos estabelecidos pela Resolução, porém dependendo do caso concreto nada impede que o juiz possa relativizar essas exigências previstas.

A gravidez por substituição é uma realidade nos dias de hoje, ocorrendo cada vez mais no mundo todo. Sem uma legislação específica ocorrem inúmeros resultados

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 244*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo244.htm>>. Acesso em: 27 set. 2019

⁷³ BRASIL. op. cit., nota 7.

⁷⁴ NACLE, op. cit., nota 31.

⁷⁵ LOIOLA, op. cit., nota 52.

conflitantes indesejados, o que causam sofrimentos e angústias.

A cessão temporária de útero é ato de solidariedade, e com isso devem ser analisados os custos, com o intuito que o procedimento seja realizado, para que possa assegurar a boa saúde tanto da gestante quanto do nascituro, assim como garante a Constituição Federal.

Verifica-se quando o assunto é direito fundamental à saúde, impõe-se que deve ser acompanhado dos princípios da boa-fé e da cooperação nos contratos. Por isso, tem como consequência a vigilância do Poder Judiciário nas relações privadas, regidas pela autonomia de vontade.

A Lei de alimentos gravídicos de nº 11.804/08 disciplina o direito de recebimento de subsídios gestacionais de uma mulher gestante. Objetiva garantir os direitos do nascituro, para isso determina o pagamento de uma verba suplementar mensal à gestante durante o período de gravidez.

Igualmente se a gestante por sub-rogação cumpre as exigências que a Lei prevê, é inegável o direito de receber a pensão gravídica pelas despesas oriundas da gravidez por substituição pelos futuros pais do nascituro.

Sob o mesmo ponto de vista, se a grávida por sub-rogação tem despesas de cunho alimentício, assistência médica, exames e internações, conforme a Lei de nº 11.804/08 prevê o pagamento de subsídios gestacionais não pode ser considerado como verba de caráter lucrativo ou comercial.

É evidente, a necessidade da criação de uma lei específica, com o intuito de garantir a estabilidade para relações jurídicas às partes que dela se usufruírem, para tanto a lei específica deve ser elaborada dentro de requisitos pré-estabelecidos, dessa forma resolveria de forma objetiva e clara os conflitos que vierem a existir.

Ainda mais que a legislação especial se verifica como um direito imposto pela Constituição, com arrimo no artigo 5º, XXV, isso porque quando há uma omissão normativa implica em óbice na aplicação dos direitos constitucionais de forma eficiente.

Logo, diante da omissão do Poder Legislativo para produzir uma lei específica sobre a matéria, devem os magistrados por meio do Código Civil, bem como utilizando a analogia e os princípios gerais de direito dirimir os conflitos que venham a se formar diante da complexidade do assunto. Ademais devem buscar atender aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

REFERÊNCIAS

BARONI, Arethusa; CABRAL, Flávia Kirilos Beekert; CARVALHO, Laura Roncaglio de. *Alimentos gravídicos*. Disponível em: <<https://direitofamiliar.com.br/alimentos-gravidicos/>> Acesso em: 30 ago. 2019.

BATISTA, Raíssa Nikele. *Os alimentos gravídicos e os direitos inerentes ao suposto pai quando da não confirmação da paternidade*. Disponível em: <<https://raissanikele14.jusbrasil.com.br/artigos/315253060/os-alimentos-gravidicos-e-osdireitos-inerentes-ao-suposto-pai-quando-da-nao-confirmacao-da-paternidade>>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 05 abr. 2019.

_____. *Lei nº 5.478/68*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm> Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *Lei nº 11.804/08*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11804.htm> Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. *Resolução CFM nº 2.121/2015 de 24 de setembro de 2015*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *ADI nº 4277/DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 244*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo244.htm>>. Acesso em: 27 set. 2019.

_____. Tribunal de Justiça da Bahia. *Sentença nº 0565681-17.2015.8.05.0001*. Juíza de Direito: Laura Scaldaferrri Pessoa. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do;jsessionid=FDCC26EA77AA544D2FBF7737E044842D.cpopg5?dadosConsulta.localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&dadosConsulta.tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=056568117.2015&foroNumeroUnificado=0001&dadosConsulta.valorConsultaNuUnificado=056568117.2015.8.05.0001&dadosConsulta.valorConsulta=&vlCaptcha=nbivb&processo.codigo=01000J5J40000>> Acesso em: 07 abr. 2019.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 [e-book].

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FUZA, Julia Casares. *Reprodução Assistida: Barriga solidária e Barriga de aluguel: uma*

análise jurídica e social. Disponível em <https://juliacasaresfuza.jusbrasil.com.br/artigos/337791410/reproducao-assistida-barriga-solidaria-e-barriga-de-aluguel-uma-analise-juridica-e-social?ref=topic_feed> Acesso em: 04 abr. 2019.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: O biodireito e as relações parentais - O estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Esquemático*: v. 3. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

IPPOLITO, Clarice D. *Gestação por substituição: a possibilidade do uso dessa técnica científica à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<https://cladipp.jusbrasil.com.br/artigos/111876296/gestacao-por-substituicao-a-possibilidade-do-uso-dessa-tecnica-a-cientifica-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>> Acesso em: 17 set. 2019.

KRAMEL, Karim. *Juiz defere pedido de beneficiária de plano de saúde para condená-lo a arcar com custos de pré-natal e parto de barriga solidária*. Disponível em: <https://karimkramel.jusbrasil.com.br/noticias/561348481/juiz-defere-pedido-de-beneficiaria-de-plano-de-saud-e-para-condena-lo-a-arcar-com-custos-de-pre-natal-e-parto-de-barrigasolidaria?ref=topic_feed> Acesso em: 03 abr. 2019.

LEITE, Gisele. *Direito à legislação em face das omissões da lei*. Disponível em: <<https://professoragiseleite.jusbrasil.com.br/artigos/370463735/direito-a-legislacao-em-face-das-omissoes-da-lei>>. Acesso em: 17 set. 2019.

LOIOLA, Diêgo Ximenes. *Barriga de aluguel e a sua falta de amparo jurídico*. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47453/barriga-de-aluguel-e-a-sua-falta-de-amparo-juridico>>. Acesso em: 17 set. 2019.

LUCENA, Lorena. *Ação de alimentos gravídicos: Pensão para grávidas!* Disponível em: <<https://lucenatorres.jusbrasil.com.br/artigos/434901282/acao-de-alimentos-gravidicos-pensao-para-gravidas>> Acesso em: 11 jul. 2019.

NACLE, Ricardo Amin Abrahão. *Nascimento de criança não pode prejudicar ação de pensão para grávida*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-05/ricardo-nacle-nascimento-nao-prejudicar-acao-pensao-gravida#_edn1> Acesso em: 11 jul. 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Barriga de aluguel: o corpo como capital*. Disponível em <<https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100148051/artigo-barriga-de-aluguel-o-corpo-com-o-capital-por-rodriogo-da-cunha-pereira>> Acesso em: 05 abr. 2019.

POLITANO, Ricardo. *Aspectos jurídicos da “barriga solidária” (gestação por substituição) - Um necessário diálogo entre Direito, Medicina e Psicologia*. Disponível em <https://ricardopolitano.jusbrasil.com.br/artigos/472273664/aspectos-juridicos-da-barriga-solidaria-gestacao-por-substituicao-um-necessario-dialogo-entre-direito-medicina-e-psicologia?ref=topic_feed> Acesso em: 05 abr. 2019.

REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>> Acesso em: 11 jul. 2019.

SAUWEN, Regina Fiuza. *O direito “in vitro”*: Da bioética ao biodireito. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCARPARO, Monica Sartori. *Fertilização assistida*: questão aberta: aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SOUZA, Marise Cunha. As técnicas de reprodução Assistida. A barriga de aluguel. A definição da maternidade e da paternidade. Bioética. *Revista da EMERJ*, v. 13, nº 50, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf>. Acesso em: 17 set. 2019.

TANNURI, Claudia Aoun; HUDLER, Daniel Jacomelli. *Alimentos grávidicos não precisam de provas robustas*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-30/fixacao-alimentos-gravidicos-nao-provas-robustas-gravidas>> Acesso em: 15 out. 2019.