

LIBERTAS

REVISTA DE PESQUISA EM DIREITO

ISSN: 2319-0159

Recebido em: 05/05/2020

Aprovado em: 11/06/2020

Útero sub-rogado: a relevância de sua normatização e o papel do contrato

Surrogacy: the relevance of its legal discipline and the role of the contract

Margareth Vetis Zaganelli¹

Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) - Vitória/Espírito Santo

mvetis@terra.com.br

 <http://orcid.org/0000-0002-8405-1838>

Adrielly Pinto dos Reis²

Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) - Vitória/Espírito Santo

dricap.reis@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0001-8349-1420>

Bruna Velloso Parente³

Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) - Vitória/Espírito Santo

bvparente@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-6734-1542>

RESUMO: Hodiernamente, a prática da sub-rogação de útero é realizada em diversos países, sendo esta uma forma subsidiária de realização do projeto familiar impedido, por diferentes motivos, de ocorrer através de meios naturais. O artigo possui como finalidade a análise do método da sub-rogação uterina no país, através de metodologia descritiva qualitativa, com base em pesquisa bibliográfica e resoluções

¹ Doutora em Direito (UFMG). Mestre em Educação (UFES). Estágios Pós-doutorais na Università degli Studi di Milano - Bicocca (UNIMIB), na Alma Mater Studiorum Università di Bologna (UNIBO), na Università degli Studi Del Sannio (UNISANNIO), na Università degli Studi 'Gabriele d'Annunzio' Chieti-Pescara (UNICH), na Università degli Studi di Foggia (UNIFOGGIA). Professora Titular da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente permanente no Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora do Grupo de Pesquisa *Bioethik* (UFES). Professora investigadora colaboradora do Projeto *Jean Monnet Module "Emerging 'moral' technologies and the ethical-legal challenges of new subjectivities"* do Erasmus+ European Commission - cofinanciado pela União europeia (*School of Law*).

² Graduada em Direito na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil sob o número 37.103/ES.

³ Graduada em Direito na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil sob o número 1.714.991/MS.



do Conselho Federal de Medicina. A princípio, apresenta as variantes formas de reprodução humana assistida no que tange a sub-rogação. Em seguida, expõe acerca da funcionalidade do contrato no que concerne à matéria, expondo as dificuldades geradas pela ausência normativa no país e as suas consequências jurídicas. Através desse estudo, busca-se ressaltar a importância do contrato para a regulação da prática, sendo este uma forma de proporcionar segurança jurídica e garantir direitos e deveres aos envolvidos.

Palavras-chave: Contrato. Ausência de legislação. Resoluções do Conselho Federal de Medicina. Sub-rogação uterina.

ABSTRACT: Nowadays, surrogacy is a practice adopted in many countries, being used as a subsidiary form to accomplish the parental project that could not be reached through natural ways due to different reasons. This article seeks to demonstrate the analysis of the surrogacy method in Brazil, through a descriptive and qualitative methodology, based on bibliographic research, focusing in a review of the resolutions of the Federal Medicine Council. At first, it approaches assisted reproduction techniques in the matter of surrogacy. Then it discourses about the employment of a contract, exposing the difficulties caused by the lack of standardization of surrogacy in the country and its legal consequences. Through this study, it is emphasized the relevance of a contract to regulate the surrogacy method in order to provide legal certainty and ensure the rights and duties of both parts involved.

Keywords: Contract; lack of legal discipline; resolutions of the Federal Medicine Council; surrogacy.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 AS DIFERENTES TÉCNICAS DE ÚTERO SUB-ROGADO. 3 IMPLICAÇÕES ÉTICO-JURÍDICAS PROVENIENTES DA PRÁTICA DA SUB-ROGAÇÃO UTERINA. 4 A AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO. 5 AS POSSIBILIDADES DE ELABORAÇÃO DO CONTRATO E SUA RELEVÂNCIA PARA A RELAÇÃO. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Os avanços da ciência possibilitam alterações nos padrões sociais, influenciando nas noções de família, ampliadas por meio das inovações propostas ao passar do tempo. Outrora, considerava-se família apenas casais heterossexuais, com filhos gerados a partir do matrimônio, possuindo o material genético de seus ascendentes. A atual Constituição Federal, implantada em 1988, reformulou os antigos padrões familiares, considerando, no art. 226, § 4º, “como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. Ademais, o § 7º do mesmo

artigo, estabelece livre a definição do planejamento familiar aos casais. Dessa forma, instituiu-se um direito fundamental à família, podendo os casais e indivíduos que não conseguem, por vias naturais, constituírem prole, buscá-las através de formas subsidiárias.

Em seu turno, a sub-rogação de útero é uma técnica de reprodução humana assistida que ocorre através da cessão de útero de uma terceira pessoa para a gestação do filho requerido por um indivíduo ou casal que, diante de impossibilidades, sendo estas das mais diversas, não obtêm sucesso na concepção. Deve-se destacar que este é um procedimento médico que não depreende o ato sexual, demandando de seus participantes uma série de requisitos para a sua realização. No entanto, no Brasil, este método demanda uma legislação, devido o seu caráter complexo de relação. Todavia, atualmente, as resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) são as únicas formas de regulamentação existentes, não possuindo força normativa, o que significa dizer que não há qualquer consequência jurídica em virtude da utilização desta prática.

Assim, a constituição da família é de fundamental importância para a formação moral do indivíduo, sendo, por muito tempo, a infertilidade caracterizada como um demérito. Dessa forma, é possível atestar métodos análogos à sub-rogação uterina desde a China feudal, na qual a esposa principal criava os filhos gerados por suas concubinas, em uma relação de mãe social. Tal característica, considerada como adultério consentido, é retratada em diversos momentos da trajetória humana. Tem-se ciência da utilização de técnicas de reprodução humana assistida, datadas a partir da metade do século XX, sendo estas consideradas as primeiras práticas oficiais realizadas. Os procedimentos, inicialmente, tinham como objetivo a tentativa de solucionar problemas oriundos de casais heterossexuais, como a esterilidade e a obstrução no colo uterino, que impossibilitam a reprodução através do ato sexual. Contudo, atualmente, a técnica da sub-rogação abrange casais homossexuais e indivíduos solteiros, sendo estes os que mais a solicitam.

Diante disso, pretende-se discorrer a respeito da relevância dos contratos para a regulação das relações que compreendem a maternidade por substituição, matéria que possui deficiências normativas, gerando insegurança aos que a procuram. Por conseguinte, pretende-se demonstrar a complexidade da temática e com isso, a

necessidade de inovações no campo jurídico a fim de atender as demandas sociais, em constante transformação.

Para isso, utilizou-se uma metodologia de pesquisa de natureza qualitativa e exploratória, por meio do uso de artigos científicos no âmbito jurídico e do Conselho Federal de Medicina sob perspectiva acerca da temática, bem como os principais bancos de dados disponíveis.

2 AS DIFERENTES TÉCNICAS DE ÚTERO SUB-ROGADO

A reprodução humana assistida reúne diferentes métodos que contribuem para o desenvolvimento da concepção, sendo subdividida em procedimentos com níveis maiores e menores de complexidade, no qual a fertilização *in vitro* e a inseminação intra-uterina são alguns dos mais conhecidos (RODRIGUES, 2008).

A maternidade sub-rogada, em seu turno, configura-se como um acordo de vontades, em que a cessionária do útero propõe-se a gerar o filho requerido por um indivíduo ou casal, entregando-o no fim da gravidez. Desse modo, a mãe por substituição abdica dos direitos acerca do infante, inclusive de sua caracterização de “mãe” (REBOLA, 2013).

Em virtude das diferentes necessidades e padrões de famílias que a procuram, a técnica subdivide-se entre reprodução assistida homóloga e heteróloga. Dessa forma, se denomina homóloga, a prática que utiliza o material genético do casal solicitante implantado em uma terceira pessoa, cedente do útero. Nesse caso, o casal possui gametas saudáveis, mas a mulher, por algum motivo, não consegue levar adiante a gravidez em seu próprio útero. Assim, o óvulo e o espermatozóide utilizados são dos requerentes, tendo a cedente apenas incumbência de gestar o infante. Nesse contexto, não ocorre problemas quanto à filiação, visto que os pais requerentes são também, os pais genéticos.

Outra forma encontrada é reprodução assistida heteróloga, que abarca casais heterossexuais e homossexuais, além de indivíduos solteiros. Esse método é empregado, em sua maioria, por casais estéreis, que possuem incompatibilidade genética ou que podem transmitir hereditariamente alguma doença. Bem como, esta ser, atualmente, a forma mais viável de reprodução dos casais homossexuais. A

concepção, nesse caso, ocorre por meio dos gametas de pelo menos um doador alheio aos solicitantes, podendo-se utilizar o óvulo da cedente do útero, como também, pode o embrião não ter relação genética alguma com os pais requerentes e com a gestante de substituição, sendo os gametas obtidos através de um banco de sêmen e óvulo, em que há o sigilo da identidade dos doadores e seus respectivos receptores (DANTAS, 2014).

3 IMPLICAÇÕES ÉTICO-JURÍDICAS PROVENIENTES DA PRÁTICA DA SUB-ROGAÇÃO UTERINA

Cabe ressaltar que, embora a prática da sub-rogação uterina constitua avanço na biotecnologia, possibilitando que famílias realizem o sonho parental, algumas implicações ético-jurídicas surgem da substituição uterina. Diante dessa análise, alguns consideram que esse tipo de gravidez gera a coisificação da mulher, a objetificação da criança, e consolida um mercado de compra e venda de crianças, desrespeitando, nesse sentido, a dignidade da pessoa humana (IPPOLITO, 2013), que é princípio ordenador das relações jurídicas, e não deve ser violada. Nesse âmbito, questiona-se o limite da interdisciplinaridade entre o cientificamente possível e o ético e socialmente desejável (CHAGAS; NOGUEIRA, 2013, p. 343).

Desse modo, considerando que a vida é um direito indisponível, conforme expresso na Constituição Federal, não poderia ser comercializada e, conseqüentemente, não poderia ser objeto de um contrato (ROBAINA, 2017). A atribuição de caráter oneroso a essa relação violaria a dignidade humana, pois estaria coisificando o ser humano. Essas complicações, associadas ao fato de que não há fundamentação jurídica para orientar este tipo de contrato, apenas mera relação solidária baseada no afeto familiar (ROBAINA, 2017) e nas regras dispostas pelo Conselho Federal de Medicina – que não possui força normativa –, geram conflitos, que poderiam ser solucionados de forma mais adequada por meio de um contrato que regulasse os interesses das partes.

Tem-se, assim, que a biotecnologia, sobre o enfoque das práticas médicas que permitem a reprodução por meios artificiais, implica reflexões críticas para toda a sociedade. O progresso da ciência origina discussões no âmbito ético e moral, que,

enquanto proporciona meios para se alcançar a felicidade para alguns, pode significar uma forma para se manter vivo para outros, por meio da comercialização do próprio corpo, desvirtuando o caráter solidário das técnicas que viabilizam a reprodução. (CHAGAS; NOGUEIRA, 2013, p.338-339). Nesse sentido, ressalta-se a situação de exploração que muitas mulheres passam ao se submeterem a esse método que, embora proibida de ser realizada com caráter lucrativo em muitos países, continua ocorrendo de modo ilícito. Entre os países que proíbe a prática onerosa, encontra-se o Brasil.

Assim, é notório o fato que muitas vezes o caráter lucrativo do acordo entre as partes é fator determinante para muitas mulheres. A mãe gestacional remunerada é uma mulher de condição social, muitas vezes, inferior a dos pais requerentes. Desse modo, ela se sujeitaria, bem como, a cláusulas contratuais que podem ser consideradas abusivas no que se refere a sua autonomia (OLIVEIRA, 1992). Observa-se, dessa constatação, como o acordo oneroso possibilita a existência da exploração da mulher, e a existência de um verdadeiro mercado de compra e venda de crianças, conforme já mencionado. Sendo assim, a ausência de normatização jurídica quanto ao tema acentua esse quadro de exploração que já existe.

Além disso, destacam-se também os casos de conflito de interesse em que o casal requerente não apresenta mais interesse no filho, por exemplo, ou tanto o casal requerente como a mãe gestacional desejam a guarda da criança. Tem-se, assim, a explicitação de mais problemas os quais não possuem adequada previsão legal. O conflito é negativo quando nem o casal solicitante nem a mãe gestacional, por uma razão adversa superveniente, desejam a criança; positivo quando ambas desejam a criança (CABRAL, MOREIRA, ZAGANELLI, 2016). Este trata-se da possibilidade da construção de um laço afetivo demasiado forte entre a gestante e a criança, o qual venha a prejudicar a entrega do bebê a seus pais afetivos (DANTAS, 2014).

Sendo assim, diante de tais conflitos, consolida-se a insegurança e a angústia, visto que o casal requerente não possui previsão legal acerca da questão da filiação quanto a criança, já que essa prática não é regulada pelo ordenamento jurídico brasileiro, e fica sujeito a sentenças baseadas nos valores éticos e morais do magistrado, ou na jurisprudência, e não em uma regulamentação jurídica positiva, o que, em alguns casos, pode concretizar decisões arbitrárias (DANTAS, 2014). Além

disso, existe a cobrança, impregnada na cultura, e o sonho de constituir uma família, que, impedido pela impossibilidade de engravidar, afeta os envolvidos, principalmente no que se refere à questão psicológica, pois suscita sentimentos de tensão e de angústia (CHAGAS; NOGUEIRA, 2013, p.342).

4 A AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO

Perante a existência da técnica da reprodução assistida e a ausência de normatização quanto ao tema, esse procedimento é exercido sem a devida legislação, propiciando conflitos, conforme já destacado, corrompendo, muitas vezes, o socialmente aceitável (CHAGAS; NOGUEIRA, 2013, p. 343). Sob essa ótica, em se tratando da prática da sub-rogação uterina, vale ressaltar que o método, conforme já exposto, não é regulamentada pela legislação, sendo apenas regulada por resoluções do Conselho Federal de Medicina, o que contribui para um cenário de conflitos, visto que as referidas resoluções, ainda que busquem acompanhar as mudanças socioculturais da sociedade, são incapazes de controlar as consequências jurídicas provenientes da utilização da técnica, haja vista a ausência de sanção prevista em caso de descumprimento de contrato – normalmente verbal (CABRAL; MOREIRA; ZAGANELLI, 2016, p.3).

A saúde do cidadão, conforme previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, constitui seu direito, bem como dever do Estado. Sendo assim, as atividades médicas estão subordinadas ao Estado e ao ordenamento jurídico brasileiro. Diante disso, ressalta-se a importância crítica feita à vaga legislação no que se refere às técnicas de reprodução assistida. (CHAGAS; NOGUEIRA, 2013, p. 339).

O Conselho Federal de Medicina (CFM) regulamentou oficialmente a questão da prática de sub-rogação uterina por meio da Resolução 1.358/1992, que foi revogada pela Resolução 1.957/2010. Esta foi, também, revogada, sendo substituída pela Resolução 2013/2013, posteriormente revogada pela nº 2.121/2015.

A resolução nº 2.121 de 2015 foi revogada pela mais recente, a nº 2.168 de 2017, que vigora atualmente. Esta dispõe sobre técnicas de reprodução humana assistida, e quanto à gestação de substituição, em sua norma VII, tem-se que o Conselho Federal de Medicina é favorável a sua prática nos seguintes casos: desde

que existe um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira.

Sob essa ótica, vale ressaltar os avanços na referida resolução em relação a passadas, buscando acompanhar as mudanças socioculturais da sociedade e se adequar a elas. Nesse aspecto, a atual resolução, confirma o direito de casais homoafetivos a essa prática, o que já é regulamentado por resoluções do Conselho Federal de Medicina desde que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em 2011, a união homoafetiva como entidade familiar (STF, 2011).

Sendo assim, as resoluções nº 2.013/2013 e nº 2.121/2015 já autorizam ao casal homoafetivo o direito a esse procedimento, demonstrando efetivamente como as resoluções representam um grande avanço. No entanto, estas não ressaltavam a possibilidade de pessoas solteiras terem acesso à prática, o que é expresso na vigente resolução de 2017.

Ainda, a resolução nº 2.168 proíbe o caráter lucrativo ou comercial à cessão temporária do útero – assim como as anteriores – e exige que a cedente temporária do útero pertença à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau, dispondo que demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. Vale ressaltar que as resoluções nº 2.121 e 2.168 de 2015 e 2017, respectivamente, excluíram o requisito de que em todos os casos deveria-se respeitar o limite de idade de 50 anos presente na resolução nº 2.013/2013, abrindo a possibilidade para que mulheres acima dessa idade também possam recorrer a essa prática.

Além disso, a vigente resolução requer que os seguintes documentos e observações constem no prontuário do paciente: termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelas partes, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal e aspectos legais da filiação; relatório médico com o perfil psicológico de todos os envolvidos; termo de compromisso entre as partes; o compromisso por parte dos contratantes de acompanhamentos médicos necessários à mãe gestacional e também compromisso de registro civil da criança pelos pais genéticos; e, por fim, a aprovação do cônjuge ou companheiro, quando a possível mãe gestacional for casada ou viver em união estável.

Sendo assim, diante da observância de ausência de um desses requisitos previstos na resolução 2.168 de 2017, o Conselho Federal de Medicina não considera essa técnica dentro dos parâmetros médicos legais. Contudo, ainda que as resoluções representem enorme avanço no método da cessão temporária do útero, pois buscam acompanhar as mudanças na sociedade, além de que anteriormente a essas resoluções não havia nenhum tipo de regulamentação, elas não são suficiente para o regimento do processo, visto que, como não possuem força normativa, não estabelecem sanções legais em caso de inadimplemento ou soluções para conflitos que advém da prática.

Ou seja, quando os conflitos ocorrem, em observância ao fato de que não há lei específica sobre o assunto, a resolução do CFM apenas normatiza conduta médica, sob o ponto de vista ético e, quando necessário, as partes envolvidas buscam soluções no judiciário. (CABRAL, MOREIRA, ZAGANELLI, 2016).

Nesse âmbito, salienta-se a existência de vários projetos de lei direcionados para o assunto, de modo a suprir a referida ausência de legislação e garantir a segurança jurídica. No entanto, nenhum desses projetos foi aprovado até o atual momento, resultando na continuidade de falta de normatização sobre a gestação de substituição, agravando o já existente transtorno no lacunoso ordenamento jurídico brasileiro.

É notável que, se houvesse regulamentação com eficácia normativa quanto à questão da fundamentação dos magistrados, as decisões judiciais iriam adquirir caráter uniforme ou pelo menos se alcançaria mais estabilidade e, conseqüentemente, consolidar-se-ia a segurança jurídica, visto que desse modo o existente desamparo social que surge em virtude da incapacidade do sistema normativo em acompanhar os avanços da biotecnologia e os novos parâmetros sociais seria eliminado (AMORIM, 2017). Em razão dessa situação, as decisões judiciais muitas vezes possuem validade duvidosa.

Nesse contexto, ressalta-se que o primeiro projeto de lei referente ao assunto em quesito é o nº 3.638/93, de autoria do deputado Luiz Moreira da Silva. Nota-se, assim, que a constatação de que é necessária uma regulamentação sob ótica jurídica quanto à sub-rogação uterina é relativamente antiga, ainda que tal objetivo ainda não tenha sido concretizado. O projeto em questão permite a prática de sub-rogação

uterina desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética, sendo que as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família requerente num parentesco até o segundo grau, e ser ausente o caráter lucrativo ou comercial na relação. (PROJETO DE LEI, 1993). Adotando o mesmo requisito de ausência de caráter oneroso, tem-se o projeto de lei 2.885/1997, de autoria do Deputado Confúcio Moura, que autoriza a prática em casos no qual a futura mãe legal não possa desenvolver a gravidez (PROJETO DE LEI, 1997).

Quanto ao projeto de lei nº 1.135, de 2003, foi estabelecida as mesmas condições do projeto do ano de 1993. Já se tratando do projeto de lei nº 4.892 de 2012, além do requisito em comum já mencionado e a necessidade da cessionária pertencer à família dos cônjuges em parentesco até 2º grau – salvo se comprovada a indicação e compatibilidade da receptora não parente, após parecer do Conselho Regional de Medicina -, tem-se uma novidade em relação aos projetos de lei anteriores, que se refere ao seu artigo 24, que afirma que a cessão temporária de útero seria formalizada por pacto de gestação de substituição, homologado judicialmente antes do início dos procedimentos médicos de implantação. Traz, ainda, em seu parágrafo único, que são nulos os pactos de gestação de substituição sem a devida homologação judicial, considerando-se, nesse caso, a mulher que suportou a gravidez como mãe, para todos os efeitos legais, da criança que vier a nascer (PROJETO DE LEI, 2012). Assim, segundo Carolina Corlletto de Castro, tem-se pelo referido pacto que qualquer problema que possa surgir seria solucionado tendo em vista ao que foi estabelecido anteriormente pelas partes (CASTRO, 2014).

Tratando-se do projeto de lei nº 1.184, do ano de 2003, de autoria de Lucio Alcantara, este traz regras quanto à utilização de técnicas de reprodução assistida e as condições para a realização do procedimento. Diferindo dos projetos já mencionados, proíbe, em seu 3º artigo, a gestação de substituição, determinando em seu artigo 19, III, que a pena quando houver a participação neste método seria de 1 a 3 anos, além de multa (PROJETO DE LEI, 2003).

Em relação ao projeto de lei nº 90/99, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, é previsto no artigo 3º que a gestação de substituição, desde que realizada de modo não-remunerado, nas hipóteses em que há problema médico que impeça ou contra-indique a gestação e caso haja parentesco até o segundo grau entre a genitora

substituta e os pais sociais. É interessante ressaltar que esse específico projeto de lei, ao adotar a terminologia “gestação de substituição”, exclui a forma conhecida como “barriga de aluguel”, e deixa explícito em seu parágrafo único que essa modalidade não seria permitida, por apresentar caráter comercial, o qual é visto por, muitas vezes, como objetivação do corpo da mulher e coisificação da criança.

Cabe ressaltar a tentativa, pelo projeto de Lei n. 54/02, de autoria do Deputado Luiz Moreira, em transformar a Resolução do CFM em lei. (BUENO, MENEZES, 2015). Este, no entanto, não foi aprovado, sendo sua tramitação encerrada em 2007. Quanto a esse específico projeto de lei, entre suas críticas, tem-se, por exemplo, a linha de pensamento que defende: “copiar na íntegra uma resolução que visa orientar médicos, e transformá-la em lei pode não ser a melhor solução, pois não se adequa corretamente às questões jurídicas” (AMORIM, 2017, p. 57).

Haja vista o quadro exposto, cabe ressaltar, bem como, que apesar da complexidade do tema, os projetos de lei que visam à regulamentação dessa questão “extrapolam o tempo compreensível para a sua aprovação, proporcionando o descrédito atinente ao Poder Público” (CHAGAS, NOGUEIRA, 2013, p.341). A morosidade do Poder Público é um problema complexo no Brasil, que interfere diretamente na vida da sociedade, como no caso da questão do útero sub-rogado, que permanece sem regulamentação apropriada, prejudicando, desse modo, a segurança jurídica.

5 AS POSSIBILIDADES DE ELABORAÇÃO DO CONTRATO E SUA RELEVÂNCIA PARA A RELAÇÃO

Em geral, são três os entendimentos relativos à maternidade sub-rogada, tendo aqueles que aprovam a sua prática sem restrições, admitindo-a de forma onerosa. Por outro lado, há quem a recrimine totalmente, em qualquer uma de suas categorias. De modo que, por fim, encontram-se os que concordam somente com a realização do método na modalidade gratuita e respeitando certas condições (REBOLA, 2013).

A legislação brasileira é silente no tocante da sub-rogação uterina, possuindo leis restritas e lacunosas quanto à reprodução humana assistida em geral (CHAGAS; NOGUEIRA, 2013, p. 340). Assim, devido à falta de leis específicas que

regulamentem a matéria, os participantes dessa relação lidam com a instabilidade, em detrimento da falta de segurança jurídica, baseando-se apenas nas resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), conforme já mencionado.

A segurança jurídica é expressa por Lima (2011), como “um princípio que objetiva garantir a estabilidade das relações jurídicas e advém das leis promulgadas pelo Estado visando o bem dos cidadãos e o controle da conduta social”. De forma que, este princípio é um direito fundamental expresso de forma implícita no ordenamento jurídico, no art. 5º, caput, da Constituição Federal. A temática não se encontra postulada expressamente em momento algum no Código, mas vários dispositivos o abrangem. A estabilidade promovida pela segurança jurídica oferece certeza às relações, dando aos sujeitos, a capacidade de imaginar certas situações futuras diante de suas ações (ALONSO; CASTILHO, 2017, p. 176).

O CFM, atualmente, regula a prática da sub-rogação uterina por intermédio de suas resoluções e portarias, sendo este um órgão instituído legalmente, que expõe como os médicos devem proceder, tendo caráter deontológico, sem qualidade vinculante, no qual seu descumprimento não gera penalidades. Destarte, Moreira e Zaganelli (2017, p. 776) consideram essas normas “insuficientes para regulamentar os diversos desdobramentos e responsabilidades decorrentes dessa relação contratual, visto que a mesma não tem força de lei”. Entretanto, seus enunciados são significativos, uma vez que oferecem perspectivas para que o método ocorra (RODRIGUES, 2008).

A realização do contrato entre os solicitantes da técnica e a cedente do útero, se dá através do expresso consentimento da mãe sub-rogada de gestar e aceitar entregar, ao fim da gravidez, o filho daqueles que o solicitaram (VEGGI; ZAGANELLI, 2017). A permissão expressa é fundamental para a realização do procedimento, devendo todos os participantes da relação preencher formulários manifestando-se em favor da realização e em concordância com todas as consequências advindas do processo (RODRIGUES, 2008). Portanto, o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) deve haver todas as informações elucidadas, demonstrando os possíveis riscos, benefícios e malefícios relativos à efetivação do método. Esse documento, atualmente, garante que a prática ocorra, podendo ser modificado apenas

antes da implantação do embrião no útero da gestante cessionária, não sendo passível de alterações após esta ocasião (AFONSO, 2016).

Dessa forma, a produção de um contrato é de suma importância para a regulação dessa relação, sendo este um acordo de vontades entre os indivíduos participantes, concordando com os atos propostos. Para tal fim, estipular disposições para que o ato da sub-rogação uterina seja considerado válido faz-se necessário, visto que o contrato, seja ele de qualquer natureza, figura-se conforme as condições empregadas no art. 104, do Código Civil, sendo estes pressupostos formais necessários para a composição e realização do mesmo, que deve estar “em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio, deve apresentar partes capazes, objeto lícito, possível e determinado ou determinável, além de ter forma prescrita ou não defesa em lei” (CHAGAS; NOGUEIRA, 2013, p. 345). Destarte, em detrimento da força vinculante dos contratos, estes devem estar em consonância com alguns princípios, como a boa-fé, expressa no art. 422, do Código Civil e liberdade contratual (RODRIGUES, 2008).

No entanto, como expresso por Rizzardo (2007, p. 515), “o casal contrata com a mulher não propriamente uma atividade, ou a realização de um determinado ato, mas a gestação de um ser humano”. De modo que, mesmo com a elaboração do contrato, a relação jurídica advinda da cessão de útero apresenta complexidades, que impedem esta de ser vista somente sob a perspectiva contratual civil (LANDMEIER; SCHMIDT, 2016, p. 101).

Sem embargo, no que tange a sub-rogação uterina, há divergências quanto ao objeto obrigacional e acerca da possibilidade de retribuição de maneira onerosa, dando uma contraprestação à cessionária pelo serviço prestado, que necessita de um elevado grau de estabilidade emocional e preparo psicológico (AFONSO, 2016). Dessa forma, alguns autores declaram nulo o contrato devido considerarem a criança como objeto da prestação, e como garante os direitos fundamentais, a vida é um bem não comercializável. Como já exposto, os seres humanos não podem ser tratados como bens passíveis de negociação, estando o contrato de sub-rogação violando diversos direitos (RODRIGUES, 2008). Dentre eles, os direitos da personalidade, que abrangem os direitos ao corpo e proíbem qualquer forma de dano à dignidade (AFONSO, 2016).

Em contrapartida, há quem considere a cessão de útero como uma prestação de serviço, sendo este o objeto do contrato, fazendo dele válido (ZAGANELLI; CABRAL; MOREIRA, 2016). Portanto, atualmente, no país, a maternidade por substituição pode ser classificada como um pacto de confiança entre seus participantes, em que, espera-se a entrega da criança aos solicitantes no fim da gestação, sem qualquer remuneração pecuniária, com base, somente, no altruísmo (RODRIGUES, 2008). Nesse caso, a maternidade sub-rogada caracteriza-se como um contrato gratuito, devido à Resolução nº 1.358/92 do CFM, apresentada anteriormente, que permite a prática somente quando feita sem fins lucrativos, em que somente a gestação do infante é ofertada (MONGE, 2002).

Assim, sob o mesmo argumento dos direitos personalíssimos, pode-se, em perspectiva diversa, considerar a cessão uterina válida. Para tal fim, deve-se preservar a liberdade de escolha dos comprometidos na relação, uma vez que é facultado ao indivíduo eleger o que será feito em seu corpo, e garantir a saúde física e mental dos envolvidos por intermédio de acompanhamento especializado (AFONSO, 2016).

Todavia, a vedação do pagamento para realização da prática de sub-rogação não significa responsabilizar a mãe por substituição dos gastos advindos da gravidez, como despesas hospitalares, de medicamentos e até mesmo com vestuário, que sofrerá alterações ao longo da gestação, podendo estes ser pagos pelos requerentes sem caracterizar onerosidade (PAIANO; FERRARI; ESPOLADOR, 2017). Assim, os denominados “gastos do projeto parental” são o ônus intrínseco ao processo. Não obstante, o entendimento acerca da temática não se faz simples, visto que, conforme explanado por Landmeier e Schmidt (2016, p. 106), “a questão torna-se mais nebulosa no que diz respeito às despesas médicas extraordinárias, as quais, por vezes, podem decorrer de atos incompatíveis com a gestação, ou ainda de força maior ou caso fortuito”.

O contrato empregado nesse tipo de relação distingue-se dos demais negócios jurídicos por estar diretamente ligado às questões existenciais. Por conseguinte, os requisitos de validade dos contratos de sub-rogação uterina devem ser mais específicos, sendo a capacidade das partes e a idoneidade do objeto, observada, cumulativamente, com o interesse qualificado e o interesse legítimo. Assim,

Útero sub-rogado: a relevância de sua normatização e o papel do contrato

diferentemente de um contrato de cunho patrimonial, em que uma declaração é o bastante para a sua validação, deve, nesse caso, o consentimento ser “pleno, efetivo, nunca presumido, atual, espontâneo, consciente e informado, características nem sempre requeridas com a mesma intensidade para a validade dos contratos, nos quais se registra uma imposição prevalentemente objetiva”, como apresentado por Meireles (2009, p.46). Dessa forma, deve haver declaração de vontade expressa, feita de modo solene, com relatórios médicos que certifiquem a capacidade física e mental da possível cedente do útero.

Portanto, devido a mãe por substituição estar consentindo previamente acerca do futuro do infante por ela gestado, pode esta argumentar não ter conhecimento da relação que desenvolveria com o feto no momento da permissão. Assim, a concessão da criança não seria caracterizada como plenamente voluntária, podendo a cessionária reivindicar a tutela da criança. Dessa forma, permitido este entendimento, contratos de cunho oneroso ou gratuito não poderiam ser firmados, sendo caracterizados como nulos por não atenderem os pressupostos processuais. De modo que, a realização da sub-rogação uterina não poderia ocorrer como resultado da impossibilidade jurídica do pedido, tendo como efeito a ineficácia das resoluções do CFM.

Outrossim, diante da realização do procedimento, não pode, em hipótese alguma, os pais requerentes se recusarem a receber o infante em detrimento de alguma doença ou anomalia cromossômica. De modo que, a criança a ser tutelada não é um produto comercializável em que são admitidas trocas por avaria, sendo todos os envolvidos previamente informados sobre as chances de ocorrência, além de possíveis falhas. Nesse caso, a rejeição não está atrelada à cessão de útero, mas aos valores éticos e morais do casal ou indivíduo que buscou, por meio desta, sanar problemas que o inviabilizaram de realizar uma possível reprodução através de vias naturais (AFONSO, 2016).

A reprodução assistida envolve a realização de um sonho, não podendo ser alcançado de modo natural. Visto que, o sujeito ou o casal que busca o método já teve tentativas frustradas de concepção, uma vez que este é um procedimento subsidiário. Dessa forma, o psicológico dos participantes dessa relação é afetado, gerando grandes expectativas nos pais solicitantes, que não possuem nenhum controle da

gravidez e dos seus possíveis desdobramentos. Em contrapartida, a cedente do útero dispõe-se a emprestar o seu corpo para a realização dos projetos e sonhos de outrem, por meio de um processo que pressupõe complicações, estando sob a pressão de ser responsável pela criança de terceiros, devendo agir visando o “interesse” do infante. Esta, ainda, deve tentar criar o mínimo de laços afetivos possíveis durante a gestação, visto que isto dificulta e até mesmo gera desistências no ato da entrega para os pais sociais. A sub-rogação compreende uma obrigação contratual de prestação de serviço e, também, trata-se dos sentimentos dos envolvidos na relação, bem como a tutela de uma criança, no qual o silêncio da doutrina brasileira implica no desamparo destes indivíduos (DANTAS, 2014).

6 CONCLUSÃO

Inúmeros avanços são possíveis em razão à biotecnologia. Observa-se, desse modo, como a sub-rogação uterina é uma prática que tem sido adotada no Brasil, possível graças a esses avanços, sendo aplicada através de seus diferentes tipos, tendo em vista o desejo de muitos em constituir uma família, considerada a unidade base da sociedade. Nesse aspecto, nota-se a necessidade de regulamentação jurídica do tema, de modo que a lacuna na lei quanto à prática não seja mais um empecilho para que se evite decisões arbitrárias e, assim, uma estabilidade jurídica seja alcançada, proporcionando segurança no que tange às decisões jurídicas.

Destaca-se, portanto, como as resoluções do Conselho Federal de Medicina, ainda que reflitam mudanças na sociedade, o que representa significativo avanço principalmente no que se refere a possibilidade de acesso à técnica por casais homoafetivos e pessoas solteiras, não são suficientes para suprir essa ausência de legislação. Ainda, destaca-se que apesar da existência de inúmeros projetos de lei, o que demonstra a iniciativa de legislação, a carência de leis quanto à cessão temporária do útero permanece, em razão de nenhum deles ter sido aprovado e ganhado força normativa.

Sob essa ótica, vale ressaltar que essa prática gera enorme polêmica, e haja vista os inúmeros conflitos decorrentes da utilização do referido método, que não possui amparo legal, torna-se indispensável que haja regulamentação normativa

quanto ao tema. O contrato, então, como elemento que proporciona segurança jurídica, além de ser baseado na autonomia da vontade, refletindo, portanto, os interesses dos contratantes e contratados, possui papel importante na prática da sub-rogação uterina, pois regula a vontade das partes e as vincula as suas decisões. Regula, assim, possíveis conflitos que possam surgir ao longo da relação jurídica e, principalmente, após o nascimento da criança.

Sendo assim, a constituição de um contrato na prática da sub-rogação uterina destaca-se como fator que, por refletir os interesses das partes e, se realizado de modo adequado, pode servir como amparo legal, observando-se detalhes minuciosos dos quais podem decorrer implicações posteriores, além de ser vinculante, desde que lícito e que respeite a dignidade humana. Evita-se, por meio do contrato, desgaste tanto psicológico em relação à insegurança quanto a filiação, e também jurídico, pois as partes já estabelecem as principais questões referentes à prática, não precisando recorrer ao judiciário para o preenchimento de lacunas que não tenham sido pré-estabelecidas.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Paula. A gestação por substituição e a lacuna normativa no Brasil. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 19, n. 146, 1 mar. 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16990>. Acesso em: 15 jul. 2018.

ALONSO, Ricardo Pinha; CASTILHO, Ana Flavia de Andrade Nogueira. Princípio da Segurança Jurídica no CPC/2015: Uma Perspectiva de Valorização do Princípio da Igualdade Jurídica. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, v. 27, n. 1, jul-dez. 2017, p.167-187

AMORIM, Carolina. *Gestação de substituição: a dificuldade em determinar a maternidade jurídica da criança gerada através de sub-rogação do útero*. 2017. 78f. Monografia – Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2017. Disponível em: <<https://riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/3907/Carolina%20Amorim%20Laurentino.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 jan. 2002. Código Civil brasileiro. Brasília, 2002.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 3.638/1993*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19976>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 2885 /1997*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18767>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 1135 /2003*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=11746>>. Acesso em: 09 jun. de 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 1184/2003*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 4892 /2012*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 90 /1999*. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90subst.htm>. Acesso em: 09 jun. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 54 /2002*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/50564>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

BRASIL. *Resolução nº 2013*, de 09 mai. 2013. Conselho Federal de Medicina. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 14 jul. de 2018.

BRASIL. *Resolução nº 2.121* de 24 set. 2015. Conselho Federal de Medicina. Brasília, 2015. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121>> . Acesso em: 14 jul. 2018.

BRASIL. *Resolução nº 2.168*, de 10 nov. 2017. Conselho Federal de Medicina. Brasília, 2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> . Acesso em: 14 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 4.277/DF*. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em 05 de maio de 2011. Publicado no DJe em 14 out. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 jul. 2018.

CHAGAS, Márcia Correia; NOGUEIRA, Maria Alice Pinheiro. Maternidade de Sub-Rogação e Direitos Fundamentais: O Planejamento Familiar e Gestação em Útero

Alheio. *Revista da Faculdade de Direito*, Fortaleza, v. 34, n. 1, jan-jun. 2013, p.333-354. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/36/55>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

DANTAS, Ana Carolina Lessa. *Sub-rogação de Útero: Entre a Esperança e a Exploração*. João Pessoa: Conpedi, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9c2eb29b86c2f787>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

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: 13 jul.2018.

LANDMEIER, Felipe Redecker; SCHMIDT, Alice Krämer Iorra. A (im)possibilidade jurídica de elaboração de contrato de gestação de substituição. *Destques Acadêmicos*, Lajeado, v. 8, n. 2, abr. 2016, p.93-110. Disponível em: <<http://univates.br/revistas/index.php/destaques/article/view/1016/1003>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

LIMA, Daniela de. *Segurança Jurídica na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 94, 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10653>. Acesso em: 10 jun. 2018.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MONGE, Marina Pérez. *La Filiación Derivada de Técnicas de Reprodução Asistida*. Madrid: Fundación Beneficencia et peritia iuris. Colégio de registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2002. pág. 329.

MOREIRA, Raquel Veggi; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Doação temporária do útero: a relevância da elaboração do contrato. In: GONÇALVES, Rubén Miranda; VEIGA, Fábio da Silva; SILVA, Maria Manuela Magalhães (Org.). *Derecho, gobernanza e innovación: Dilemas jurídicos de la contemporaneidad en perspectiva transdisciplinar*. Lisboa: Universidade Portucalense, 2017. p. 768-784. Disponível em: <http://repositorio.uportu.pt:8080/bitstream/11328/1872/5/eBook_CIDIGIN.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2018.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Mãe só há uma duas!:* o contrato de gestação. Coimbra: Coimbra Editora. 1992.

PAIANO, Daniela Braga; FERRARI, Geala Geslaine; ESPOLADOR, Rita de Cássia Tarifa. A cessão do útero e suas implicações na ordem contratual. *Etic: Encontro de Iniciação Científica*, Toledo Prudente, v. 13, n. 13, 2017. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_cessao_do_uterio_e_suas_implicacoes_na_ordem_contratual.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2018.

REBOLA, João Miguel Leal. *A maternidade de substituição: em especial a criminalização do contrato oneroso*. 2013. 54 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/34803/1/A%20Maternidade%20de%20Substituicao%20Em%20Especial%20a%20Criminalizacao%20do%20Contrato%20neroso.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROBAINA, Raquel. *A Cessão temporária do útero e a Dignidade da Pessoa Humana*. Disponível em: <<https://raquelrobaina.jusbrasil.com.br/artigos/428690365/a-cessao-temporaria-do-utero-e-a-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

RODRIGUES, Denise Dayane Mathias. Maternidade de substituição: aspectos éticos e jurídicos. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, Salvador. *Anais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 397 - 416. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/denise_dayne_mathias_rodrigues.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2018.

ZAGANELLI, Margareth Vetis; CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; MOREIRA, Raquel Veggi. A Possibilidade de Contrato na Relação "Útero de Substituição". *Derecho y Cambio Social*, Perú, v. 45, n. 1, 15 jul. 2016. Disponível em: <https://www.derechocambiosocial.com/revista045/A_POSSIBILIDADE_%20DE_CONTRATO.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2018.