

## A POSSIBILIDADE DE CONTRATO NA RELAÇÃO “ÚTERO DE SUBSTITUIÇÃO”

Raquel Veggi Moreira<sup>1</sup>

Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral<sup>2</sup>

Margareth Vetis Zaganelli<sup>3</sup>

---

*Fecha de publicación: 15/07/2016*

**Sumário:** Introdução. **1** O útero de substituição. **2** A interdisciplinaridade do tema útero de substituição. **3** Relevância do contrato no útero de substituição. Conclusão. Referências.

**Resumo:** Útero de substituição é um tema atual, polêmico e, também, interdisciplinar. Trata-se de uma prática cuja aplicação vem se alargando no mundo moderno. Ainda não regulamentada, não possui disciplina legal que satisfaça às exigências da atualidade. Em consequência, se torna indispensável a regulação do procedimento da cessão temporária do útero através de contrato, tendo em vista que se apresenta

---

<sup>1</sup> Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Cognição e Linguagem da Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Pós-graduanda em Planejamento, Implementação e Gestão de Educação à Distância pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especialista em Direito Civil. Advogada. E-mail: [rveggi@yahoo.com.br](mailto:rveggi@yahoo.com.br)

<sup>2</sup> Doutoranda em Ciências Jurídicas pela UNLP, Argentina Mestre em Cognição e Linguagem pela UENF Professora de Direito Civil nos cursos de Direito e Medicina na Universidade Iguazu (Itaperuna) e no Curso de Direito na Universidade São Carlos (FAMESC) E-mail: [hildeboechat@gmail.com](mailto:hildeboechat@gmail.com)

<sup>3</sup> Doutora em Direito (UFMG). Mestre em Educação (UFES). Estágio Pós-doutoral na Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB) e na Alma Mater Studiorum Università di Bologna (UNIBO). Professora Titular de Direito Penal e Processual Penal e de Teoria do Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora do Grupo de Pesquisa *Bioethik* (UFES). E-mail: [mvetis@terra.com.br](mailto:mvetis@terra.com.br)

suscetível a determinados riscos. Desta forma, objetivou-se demonstrar a necessidade de se abordar a questão contratual, no emprego deste procedimento, no sentido de se assegurar os direitos e deveres de ambas as partes envolvidas nesta prática. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, de cunho exploratório, considerando as diversas áreas do conhecimento.

**Palavras-chave:** Útero de substituição; interdisciplinaridade; contrato.

#### THE POSSIBILITY OF AGREEMENT ON RELATIONSHIP "REPLACEMENT WOMB"

**Summary:** Replacement Womb is a current theme, controversial and, also, interdisciplinary. This is a practice which has been expanding in the modern world. Still unregulated, does not have legal discipline which satisfies the requirements of today. As a result, becomes essential to regulating the procedure of temporary leasing of the uterus through contract, considering that presents itself susceptible to certain risks. In this way, it was aimed to demonstrate the need to address the issue of contract, employment of this procedure, in order to ensure the rights and duties of both parties involved in this practice. The methodology used was bibliographical research, exploratory nature, considering the various areas of knowledge.

**Key words:** Uterus of replacement; interdisciplinarity; contract.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste na abordagem sobre a necessidade do contrato na prática do “útero de substituição”, assim como a interdisciplinaridade do tema e a complexidade inerente a ele. A referida técnica se constitui uma prática de reprodução assistida medicamente, que não pressupõe o ato sexual, envolvendo duas partes: os solicitantes – um casal ou uma mulher impossibilitados de gerarem filhos por não terem condições físicas ou biológicas de sustentarem uma gestação – e a mulher (meramente) hospedeira, que cede o próprio útero pactuando um acordo com a outra parte, de forma que objetive a concretização do projeto familiar do(s) solicitante(s), a fim de dar continuidade à linhagem hereditária daquela família.

A referida prática não é prevista na legislação pátria de forma expressa. A única regulamentação existente é a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM), como parâmetro moral e ético da deontologia médica, mas que não possui força normativa, portanto, incapaz de controlar as consequências jurídicas provenientes da utilização da técnica, já que inexistente qualquer tipo de sanção prevista para as possibilidades de descumprimento do contrato – que normalmente é verbal – pelas partes. Entretanto, a referida Resolução do CFM é o que tem oferecido suporte aos magistrados e aos tribunais, assim como os costumes, a analogia e os princípios gerais de direito, para julgarem e dirimirem qualquer conflito de interesses nos casos concretos que surgem.

Diante do exposto, faz-se necessária a celebração de um contrato, que seja redigido em termos claros, sendo este instrumento capaz de resguardar os direitos e obrigações estabelecidos entre as partes envolvidas, tendo em vista as situações adversas que podem ocorrer, ameaçando o cumprimento do contrato em razão de conflitos de interesses.

Será abordada a caracterização do útero de substituição, a interdisciplinaridade que o procedimento envolve e, sobretudo, a relevância da elaboração de contrato, demonstrando que o objeto da relação contratual não é a vida da criança, mas o procedimento da cessão temporária do útero.

Utilizou-se metodologia qualitativa, de cunho exploratório, mediante utilização de artigos científicos jurídicos e do CFM de estudiosos do tema, assim como nos principais bancos de dados disponíveis e pesquisa bibliográfica em autores contemporâneos tais como Rodrigo da Cunha Pereira, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, Eduardo de Oliveira Leite, dentre outros.

## 1 O ÚTERO DE SUBSTITUIÇÃO

Inicialmente, vale esclarecer que o útero de substituição possui várias denominações, dentre as principais, tem-se a cessão temporária do útero, a maternidade sub-rogada, a gestação de substituição e, ainda, a popularmente conhecida “barriga de aluguel”. Ressalta-se que esta última expressão é menos aceita além de refutada por muitos pesquisadores e doutrinadores, por fazer renascer a ideia de prática mercantil, associada à noção de exploração do corpo da mulher, que pressupõe contraprestação e remuneração, prática não aprovada pelo Direito no Brasil. Nesse sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama se manifesta:

[...] ainda que se considere que a prática da ‘maternidade de substituição’ deva ser proibida por força de pretender transformar a mulher em *res* (latim), o que fere a dignidade da pessoa humana, não se pode perder de vista a possibilidade de, a despeito de vedada, a prática efetivamente ocorrer [...] (GAMA, 2008, p. 374).

A vigente Carta Magna prevê, no § 4º do artigo 199, que:

A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

A técnica do útero de substituição apresenta-se como uma prática de reprodução humana medicamente assistida, que não pressupõe o ato sexual, e que pode envolver fecundação homóloga ou heteróloga ou, até mesmo, a *post mortem*. Realiza-se através de um pacto celebrado entre o(s) solicitante(s) – mulher ou casal (hetero/homoafetivo) – e a mulher hospedeira, que, por sua vez, oferece uma alternativa àquele(s) impossibilitado(s) de ter(em) filhos de forma natural a concretizarem o projeto parental de maternidade/paternidade, cedendo o próprio útero. Com isso, o casal realiza o projeto familiar a partir daquela relação jurídica que se estabelece entre as partes.

Neste contexto, o bebê pode ser fruto da fertilização do óvulo da mulher solicitante em laboratório, assim como de terceira pessoa com ulterior implantação no útero da mulher hospedeira e, também, ser filho

biológico da própria gestante. Neste caso, discute-se a situação advinda do bebê sendo fruto da inseminação de material genético proveniente da mulher solicitante – a mãe biológica.

No entanto, a denominação “maternidade de substituição” não será empregada neste artigo, optando-se por fazer uso da expressão “útero de substituição” por ser mais compatível com o que se pretende, pois a maternidade será conferida à mulher que idealizou o projeto parental e não àquela que se submete a gestar.

Dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) e sociedades científicas apontam que de 8 a 15% dos casais convivem com o problema da infertilidade (BRASIL, 2005). Essa realidade vem corroborar a necessidade de se disciplinar as técnicas de reprodução assistidas medicamente a fim de realizarem o desejo de se ter um filho de forma segura em relação ao cumprimento do contrato.

Com fulcro no princípio da legalidade, tudo o que não é proibido por lei é facultado ao cidadão, não se podendo proibir o direito de se ter um filho mediante utilização de métodos de fertilização assistida, uma vez que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inciso II, CF/88). Por esse motivo, no ordenamento jurídico, não há qualquer obstáculo ou limitação para a reprodução assistida, sendo indispensável a aceitação da mulher e de seu marido ou companheiro, se for o caso.

É necessário esclarecer que não será possível para a mulher que o pretender por mera vaidade se valer dessa técnica excepcional (caso daquela que não quer engravidar por questões estéticas ou por causar desconforto ou, até mesmo, por questões profissionais), devendo ser refutada qualquer manifestação de vaidade. A indicação deve ser justificada, unicamente, por motivos médicos, conforme explica Silvia da Cunha Fernandes:

[...] as indicações médicas para a utilização dessa técnica são as seguintes: infertilidade vinculada à ausência de útero, patologia uterina de qualquer tratamento cirúrgico, contraindicações médicas a uma eventual gravidez decorrente de insuficiência renal severa ou diabetes grave insulino-dependentes (FERNANDES, 2003, p. 100).

A gestação em útero alheio pode causar estranheza, num primeiro instante; entretanto, a noção do útero de substituição não é recente, remontando à própria Bíblia Sagrada, no Antigo Testamento, ao mencionar a esterilidade das mulheres, começando por Sarai: “E Sarai, mulher de

Abrão não lhe deu filhos [...]” (GÊNESIS, 15:1). Diante disso, Sarai, irrequieta pela realização da jura de que Deus lhes mandaria um filho, adiantou-se oferecendo sua serva egípcia Agar a Abrão, dizendo-lhe: “[...] eis que o Senhor me tem impedido de gerar; entra, pois, à minha serva; porventura terei filhos dela” (GÊNESIS, 16:2, 1995, p. 16). Raquel valeu-se da mesma conduta, pois, de forma semelhante, não podia ter filhos, realizando o seu desejo de tê-los por intermédio de sua serva, Bila.

Não se vendo na condição de gerar filhos, Raquel passa a ter a sensação de inutilidade. O relato bíblico contido no Livro de Gênesis evidencia:

Vendo, pois, Raquel que não dava filhos a Jacó, teve inveja de sua irmã e disse a Jacó: Dá-me filho, senão morro. Então, se acendeu a ira de Jacó contra Raquel e disse: Estou eu no lugar de Deus que impediu o fruto de teu ventre? E ela disse: Eis aqui minha serva *Bila*; entra a ela, para que tenha filhos sobre os meus joelhos, e eu assim receba filhos por ela. Assim, lhe deu a *Bila*, sua serva por mulher, e Jacó entrou a ela. E concebeu *Bila* e deu a Jacó um filho. Então disse Raquel: Julgou-me Deus, e também ouviu a minha voz, e me deu um filho; por isso, chamou o seu nome *Dã* (GÊNESIS, 30: 1-6. 1995, p. 42).

Muitos casais da atualidade enfrentam situações aflitivas que em nada diferem daquelas vividas pelos casais do texto bíblico, semelhantes às aflições pelas quais passaram Sara e Raquel, na tentativa de realizarem o sonho de se ter filhos e dar concretização ao tão almejado projeto parental. Hodiernamente, o avanço das tecnologias, na área das ciências biológicas, mais precisamente no campo da genética e as consequentes técnicas de reprodução humana assistida permitem que a realização deste projeto se torne cada vez mais plausível, sem a existência de relação sexual entre o homem do casal solicitante e a mulher receptora do material genético.

Esses relatos demonstram que, desde os tempos bíblicos, o homem já pensava na possibilidade de fecundação fora do ato sexual.

Pisetta (2014) explica, a partir do exposto que, ao contrário da fertilidade, a esterilidade/infertilidade sempre foi vista de maneira negativa. Esta era considerada como uma maldição proveniente da cólera dos antepassados ou da influência das bruxas, ou ainda de desígnios divinos. A mulher estéril era vista como um ser maldito e, por isso, banida do convívio social. Os judeus tinham a esterilidade como um castigo de Deus.

Por outro lado, a fecundidade era tida como grande benevolência, pois a chegada de um filho era vinculada às noções de riqueza, alegria, fartura, privilégio e, principalmente, uma dádiva divina (LEITE, 2001).

As três possibilidades usuais do útero de substituição apresentam-se elucidadas por Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

- (a) A ‘maternidade de substituição’, que envolve o embrião resultante de óvulo e de espermatozoide do casal, com sua implantação no corpo de outra mulher que não aquela que deseja a maternidade e forneceu seu óvulo;
- (b) A ‘maternidade de substituição’ que se relaciona ao óvulo e à gravidez da mulher que não quer ser mãe da criança, mas empresta seu corpo gratuitamente para gestar o embrião, e se compromete a entregar a criança ao casal solicitante, sendo que o sêmen utilizado na procriação foi o do marido que resolveu, juntamente com sua esposa, efetivar o projeto parental;
- (c) A ‘maternidade de substituição’ que consiste no embrião formado a partir da união de óvulo da própria mulher que engravida e de espermatozoide de doador, com o compromisso da mulher de entregar a criança ao casal que não contribuiu, por sua vez, com material fecundante (GAMA, 2008, p. 374).

Como se pode observar hoje, os progressos das ciências são tão evidentes, sendo possível alcançar objetivos dessa natureza com êxito. Neste sentido, Rodrigo da Cunha Pereira expõe:

O método DNA desviou o eixo da investigação de paternidade, que era na verdade uma inquisição sobre a moral sexual da mãe, para uma questão científica. A biotecnologia abriu a possibilidade de inseminações artificiais homólogas e heterólogas. Todas essas tecnologias, associadas ao discurso psicanalítico, filosófico e jurídico, nos remetem hoje à compreensão de que filiação, paternidade e maternidade são funções exercidas (PEREIRA, 2012, p. 01).

Rosalee Santos Crespo Istoe testifica que ser mãe, além de ser um desejo da maioria das mulheres, possui um aspecto representativo de sua realização como ser feminino perante as pessoas. Assim, o progresso da medicina genética possibilita à mulher novas fronteiras de efetivação da maternidade, quando inviabilizadas por fatores naturais. Comenta a autora que:

As novas técnicas desenvolvidas para possibilitar a maternidade às mulheres que são impossibilitadas pela própria natureza de engravidarem, são concebidas como um milagre que restitui a possibilidade de elas serem mães e assim atingirem o ápice da existência feminina, o que demonstra que a maternidade ainda é um papel social presente e dominante na sociedade (ISTOE, 2007, p. 19).

A possibilidade de homens e mulheres realizarem o sonho da paternidade/maternidade, por meio da gravidez em útero alheio, do útero de substituição, é uma das situações sobre a qual ainda recai preconceito e, atrelada ao convencionalismo, dificulta o progresso das relações jurídicas que se estabelecem a partir dessa prática, conforme analisa Rodrigo da Cunha:

No século XIX, a medicina já havia desvendado os mistérios da concepção e ultrapassou concepções morais e teorias místicas e míticas sobre infertilidade. Foi assim que surgiu a Resolução 1.957/10 do Conselho Federal de Medicina estabelecendo regras para a gestação de substituição e doação temporária de útero (PEREIRA, 2012, p. 01).

A referida Resolução, sendo a sua versão atual a de nº 2.121/2015 – que adveio com o objetivo de atualizar/modificar as normas, estabelece regras para as técnicas de reprodução assistidas medicamente, não havendo qualquer tipo de sanção prevista para as hipóteses de descumprimento. De certa forma, permanecem inviabilizando milhares de mulheres de serem mães por este acesso, cerceando seus direitos de escolha, ao estabelecer diversas normas restritivas, podendo-se citar as seguintes: só podem ceder o útero quem for parente consanguíneo até o quarto grau; a idade máxima das candidatas à gestação passa a ser de 50 anos, mas há possibilidade de exceções desde que determinada pelo médico; a idade limite para a doação de gametas (óvulos/espermatozoides) é de 35 anos para a mulher e de 50 para o homem; além disso, veda-se a onerosidade do ato.

Nesse e noutros casos concretos de vida do cotidiano, constata-se que a legislação brasileira ainda não conseguiu acompanhar a rápida evolução da ciência médica para utilização das novas tecnologias reprodutivas, detectando-se, então, uma verdadeira lacuna da lei. Segundo Cunha (2012, p. 01), verifica-se que já é fato consumado a normatização dessa matéria, em diversos países, “a exemplo dos Estados Unidos, Israel, Austrália, Bélgica, Dinamarca, Grã-Bretanha, Grécia, Holanda, Israel, Índia, Rússia e Ucrânia”. No Brasil, entretanto, ainda se encontra sem regulamentação jurídica específica, sendo o tema tratado pelo Conselho Federal de Medicina, conforme mencionado.

Diante do exposto, pode ser observado que além desta temática ser polêmica e complexa, possui natureza interdisciplinar, por abarcar várias áreas do conhecimento. Desta forma, vale tecer uma breve análise sobre sua essência interdisciplinar.

## 2 A INTERDISCIPLINARIDADE DO TEMA ÚTERO DE SUBSTITUIÇÃO

O caráter interdisciplinar que envolve esta matéria enseja uma densa reflexão, abrangendo diferentes áreas do conhecimento como medicina, bioética, filosofia, sociologia, antropologia, psicologia e, principalmente, o direito. A temática estimula encontrar um ponto de harmonia entre as ciências médicas e as ciências humanas. Este liame é a própria interdisciplinaridade entre essas áreas. Neste sentido, reforça Scalquette (2009, p. 22) que a “interdisciplinaridade nos instiga à costura” de todos os caminhos atravessados.

O conceito de interdisciplinaridade surge no século XX, apresentando-se no Brasil “a partir dos anos de 1960, como uma importante precursora [...] na busca de respostas aos limites do conhecimento simplificador, dicotômico e disciplinar da ciência moderna ou clássica”, como relatam Alvarenga et al. (2011, p. 20). Ainda, segundo os autores, a interdisciplinaridade representa “um modo inovador na produção de conhecimento científico, mas é considerada, ao mesmo tempo, alternativa e complemento do modo disciplinar do pensamento”.

A ideia de um conhecimento unitário sempre existiu na história do pensamento, de como as disciplinas comunicavam entre si, constituindo uma verdadeira unidade. Mas, o surgimento da Modernidade, em torno do século XVII, acarretou um processo de desintegração crescente da unidade do saber. Deste modo, a interdisciplinaridade surge para a necessidade de se superar a fragmentação e a característica de especialização do conhecimento a partir da noção de interligação, de se criar pontes entre as ciências.

A fim de promover a interdisciplinaridade, não se aborda a eliminação das disciplinas, cultiva-se o fato de que se tornem comunicativas entre si, atuando-se nas fronteiras disciplinares e na conexão entre os saberes por meio de interconexões e passagens entre os conhecimentos. Nesse campo, uma colaboração de inestimável valor para a temática foi de Hilton Ferreira Japiassu. Segundo ele,

Podemos dizer que nos reconhecemos diante de um empreendimento interdisciplinar todas as vezes em que ele conseguir *incorporar* os resultados de várias especialidades, que *tomar de empréstimo* a outras disciplinas certos instrumentos e técnicas metodológicos, fazendo uso dos esquemas conceituais e das análises que se encontram nos diversos ramos do saber, a fim de fazê-los *integrarem* e *convergirem*, depois de terem sido *comparados* e *julgados*. Donde poderemos dizer que o papel específico da

atividade interdisciplinar consiste, primordialmente, em lançar uma ponte para ligar as fronteiras que haviam sido estabelecidas anteriormente entre as disciplinas com o objetivo preciso de assegurar a cada uma seu caráter propriamente positivo, segundo modos particulares e com resultados específicos (JAPIASSU, 1976, p. 75).

Uma expressiva contribuição no Brasil foi a de Ivani Catarina Arantes Fazenda. A autora estuda a interdisciplinaridade desde a década de 1970 e, através desse estudo, compreendeu-se a não possibilidade da constituição de um conceito unívoco sobre a área.

O pensador Kuhn (1987) concebe o entendimento de que a inferência basilar na construção de uma disciplina científica é a de que se encontra um vácuo em meio às suas fronteiras disciplinares. Complementando a análise do tema, Piaget entende que:

[...]a interdisciplinaridade cessa, assim, de ser um luxo ou um produto de ocasião para se tornar a condição mesma do progresso das pesquisas. O sucesso relativamente recente dos ensaios interdisciplinares não nos parece então devido nem ao acaso das modas ou às pressões sociais impondo problemas mais e mais complexos, mas a uma evolução interna das ciências sob a dupla influência das necessidades de explicação, daí o esforço para completar os ‘modelos’ causais da simples legalidade, e do caráter mais e mais estrutural [...] que tomam tais modelos (PIAGET, 1972 apud ALVARENGA et al., 2011, p. 35).

É indubitável, no âmbito das ciências humanas e sociais, que a interdisciplinaridade se mostra com expressiva notoriedade. Logo, há a premência de todas as áreas do conhecimento, abrangidas pela prática do “útero de substituição”, de se ampararem mutuamente. Assim, se terá uma provável solução mais justa a um deliberado caso concreto, ratificando, em consequência, o papel indispensável que a interdisciplinaridade exerce, revestindo-se de sua intrínseca complexidade.

Nesse contexto, os princípios da medicina, da bioética, da filosofia e da sociologia ainda são insuficientes quanto à regulamentação de uma situação concreta envolvendo um contrato de útero de substituição e se faz imperativa uma lei capaz de disciplinar esse assunto. Enquanto isso não ocorre, o ajuste entre as partes mediante contrato com base na Resolução do CFM torna-se imprescindível, tendo em vista a importância e a seriedade que o procedimento exige, além dos efeitos que decorrem dessa relação jurídica.

### 3 RELEVÂNCIA DO CONTRATO NO ÚTERO DE SUBSTITUIÇÃO

O fato de não existir normativa para disciplinar a prática do útero de substituição traz instabilidade e insegurança jurídica para as partes envolvidas, pois as disposições contidas na Resolução do CFM nº. 2.121/2015 são insuficientes para regulamentar os diversos desdobramentos e responsabilidades decorrentes dessa relação contratual, visto que a mesma não tem força de lei, e por isso não gera efeitos jurídicos.

Por esse motivo, faz-se necessária uma lei específica, que deverá se ater, precipuamente, ao princípio da dignidade da pessoa humana, valor supremo da Constituição Cidadã, pois a omissão legislativa não poderá cercear as pessoas, impossibilitando-as ao exercício do direito ao planejamento familiar previsto no artigo 1.565, § 2º do Livro de Família do CCB, que preconiza o seguinte: “O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”. Pela dicção desse artigo, o casal é livre para o planejamento familiar; a lei deve apenas proteger essa decisão.

Destarte, faz-se mister a regulamentação do procedimento de reprodução humana assistida quando empregado por meio de contrato, no qual todos expressem o seu consentimento para a realização exitosa do procedimento, estabelecendo-se delimitações inequívocas, claras e seguras, a fim de se resguardar e proteger todos os direitos e deveres das partes envolvidas. Outra medida que também pode obstar futuras contendas é o parentesco entre a mulher solicitante, diga-se mãe biológica, e a mulher gestacional, conforme disposto na Resolução nº 2.121/2015 do CFM.

Silvio de Salvo Venosa teceu comentários que articulam essa prática de reprodução humana assistida medicamente, relatando que:

O embrião de um casal pode ser transferido para o útero de outra mulher, para possibilitar a gestação, impossível ou difícil na mãe biológica. Esse fenômeno traz à baila a questão ética, moral e jurídica das mães de aluguel ou mãe sub-rogada, conforme estas aceitem o encargo sob pagamento ou sob motivos altruístas. Essa matéria traz à baila a discussão sobre a declaração de maternidade ao lado da paternidade que a legislação também não contempla, colocando mais uma vez na berlinda o princípio *mater est*. Importa saber, em cada caso, se houve o consentimento da mulher que cedeu o útero e se reconheceu a maternidade alheia (VENOSA, 2006, p. 273-274).

A escolha dessa técnica de reprodução assistida envolve determinados riscos, como a possibilidade de a gestante manifestar dificuldades no momento do parto, assim como durante a gravidez, não desenvolvendo hábitos de cuidados referentes à sua saúde, que deve ser apta a resguardar uma saudável gestação, assim como o risco de a titular do útero de substituição não executar o que foi acordado por meio de seu consentimento, não entregando a criança, e a probabilidade de a mesma nascer com problemas e ser motivo de rejeição por ambas as partes envolvidas, ocasionando sérios conflitos. É incontestável a necessidade de que este ato seja cercado de cautelas com a medida de que não haja insatisfação da legítima perspectiva das partes.

Assim, ao término da gravidez, pode-se estabelecer conflitos de interesses entre o casal/mulher solicitante e a gestacional. O conflito de maternidade ora pode ser positivo, ora negativo. Ocorre um conflito positivo quando ambas desejam permanecer com a criança – a mulher que estabeleceu o projeto parental e aquela que cedeu o útero; e negativo quando, por uma razão adversa superveniente, ambas não desejem a criança – comum nos casos em que se descobre alguma má formação congênita ou, por exemplo, cardiopatia grave do feto. Outra grande dificuldade encontrada pela família solicitante pode ser encontrada para que a família solicitante registre o bebê como filho. É necessário que a clínica de reprodução seja devidamente legalizada e o casal tenha tido acompanhamento adequado.

Havendo conflitos, uma vez não tendo lei específica sobre a matéria, a resolução do CFM apenas normatiza conduta médica, sob o ponto de vista ético, e quando necessário, as partes envolvidas buscam soluções no judiciário.

A insegurança jurídica acerca da filiação da criança nascida por meio do útero de substituição é uma angústia que o casal solicitante geralmente enfrenta quando se utiliza da referida técnica. É necessário destacar a premente necessidade de facilitação do Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN) da criança gerada, situação que atualmente encontra entraves, carecendo de intervenção judicial para a solução.

No que se refere a essa questão, não há um consenso legal até o presente momento. Pelo direito corrente, a gestação e o parto são decisivos da maternidade; assim, a criança sairá da maternidade com a ‘Declaração de Nascido Vivo’ em nome da mulher meramente hospedeira. Como medida profilática, indica-se que o casal biológico formalize um contrato e o devido termo de consentimento da mulher gestacional. Uma atitude

derradeira é se postular uma ação judicial baseada no exame de DNA, comprovando que a criança é filha genética dos pais biológicos.

A necessária disciplina do procedimento da gestação por outrem através de contrato torna-se necessária, haja vista a considerável complexidade do tema e a falta de um consenso entre legisladores, inviabilizando-se sua possível normatização. Portanto, o respeito e o cumprimento de alguns princípios resguardados pela Constituição Federal/88, como os do melhor interesse da criança, da dignidade da pessoa humana, do direito à vida, da liberdade, da igualdade, da intimidade, de procriação e do planejamento familiar, podem assegurar o que as partes contratantes necessitam. Ratificando essa orientação, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, reforçam que “[...] é importante a fixação de requisitos necessários para a validade do ato [...]” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 551-552).

Tomando-se como embasamento a Resolução do CFM nº 2.121/2015, o contrato não é proibido, dispendo-se como um pacto estabelecido entre o casal/mulher solicitante e a gestante. É comumente formalizado por meio de contrato registrado em Cartório de Títulos e Documentos, atestando de alguma maneira a realização do compromisso firmado, desde que sem fins lucrativos (Parte IV, item 1, Res./CFM, 2.121/2015). Além disso, a referida resolução traz várias outras orientações, entre elas, que a clínica de reprodução medicamente assistida deve estabelecer de maneira clara a questão da filiação da criança (Parte VII, item 3).

Conforme afirma Silvio de Salvo Venosa (2008, p. 01), “a expansão do fenômeno contratual não é somente de ordem quantitativa. Nessas últimas décadas, os contratos diversificam-se e especializam-se em multifacetárias modalidades”. Ainda, segundo o autor, as “estruturas contratuais [...] estão em constante mutação. Os contratos mais utilizados vão paulatinamente tornando-se refinados. Alguns resultam de uma organização social (...)” (Ibidem, p. 03). Como se vê, a evolução dos contratos está relacionada às demandas sociais, estabelecendo-se novos tipos, ou até mesmo aprimorando os já existentes.

Nesse sentido, em relação à matéria em tela, buscou-se no princípio da boa-fé objetiva, como regra de conduta nas codificações modernas, os deveres das partes, aos quais pode-se acrescentar, entre os requisitos necessários para a realização do contrato, os deveres de conduta, uma vez que o objeto da ação é o “útero de substituição”. Sendo assim, o “mais importante, porém, do que a descrição da fisionomia do comportamento que normativizam é o indagar da função que eles desempenham no âmbito

da relação obrigacional” (FRADA, 1994, p. 41 apud FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 154).

Nesse sentido, assevera Farias e Rosenvald que:

os deveres laterais que se referem são por natureza rebeldes a qualquer enumeração ou descrição definitivas. O seu conteúdo é diversificado, podendo descobrir-se deveres de informação e conselho, de cooperação, de segredo e não-concordância, de custódia e vigilância, de lealdade etc (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 154).

A boa-fé adquire uma dimensão ética e axiológica por se situar em uma escala que traduz a concretização da lei divina (CORDEIRO, 2001). Além disso, acrescenta-se aos deveres de conduta, os deveres de proteção, de cooperação e os de informar ou de esclarecer, mesmo não sendo sua classificação rigorosamente exata, uma vez que as situações da vida muitas vezes demonstram uma conformação híbrida, na qual a ausência de deveres, de esclarecimento pode implicar na quebra do dever de lealdade.

Então, apesar de ser atípico, mas não raro, percebe-se que há possibilidade de realizar esse tipo de contrato – útero de substituição –, dentro dos padrões rígidos e tipificados pelo CCB (Código Civil brasileiro), ressaltando que o objeto do contrato sempre será o corpo da mãe subrogada e não a vida do ser pretendido e tão almejado.

Ainda sobre os requisitos do contrato, Silvio Rodrigues (2002) assevera que o mesmo se sujeita à participação de, no mínimo, duas partes culminando-se por ser uma espécie de negócio jurídico, que ocorre de maneira bilateral, visto que advém do resultado do interesse de ambas as partes, apresentando deste modo um mútuo consenso.

Entretanto, em regra, o contrato bilateral é oneroso. Além desta modalidade de contrato ser uma forma mais segura no que tange o adimplemento vinculado à entrega do bebê, visa a garantia da entrega do mesmo, permitindo que a gestante tenha uma gratificação financeira pela dedicação, zelo, responsabilidade, cuidados, comprometimento referente ao feto e energia dedicados no transcorrer de toda a gravidez. Ademais, reforça a necessidade de cumprimento do que foi estipulado, na íntegra. Cabe assinalar o entendimento de Sergio Gischkow Pereira (1998) de que não se admite o debate na reprodução humana medicamente assistida, se a cessão do útero for tratada como contrato de locação de coisa ou contrato de locação de serviços, tendo em vista os princípios constitucionais supramencionados. Diante do exposto, é necessário frisar que o objeto do contrato não será a vida da criança, mas o procedimento em si.

É interessante assinalar que, no caso de contrato oneroso, há mais garantia no sentido de salvaguardar os interesses das partes, se comparado ao contrato gratuito. Os doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald assinalam como contratos onerosos os “que geram vantagens e sacrifícios para ambas as partes e gratuitos quando uma das partes concede a outra vantagens sem contraprestação, só ela se submetendo a um sacrifício patrimonial, enquanto a outra obtém um benefício [...]” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 238-239). E ainda reforçam as garantias dos contratos onerosos:

Inobstante a validade dos contratos gratuitos, é necessário pontuar que os contratos onerosos são mais seguros para aqueles que os realizam a fim de que prejuízos sejam evitados [...] afinal, o legislador quer acautelar quem poderá sofrer um prejuízo injusto e não aquele que eventualmente será privado de um ganho [...] (ibid.).

Assim, o contrato de gestação, gratuito ou oneroso, deverá se adequar ao melhor interesse da criança e atender ao princípio da dignidade da pessoa humana, ambos norteadores da vida em família e dos interesses daqueles que buscam o cumprimento do projeto parental em útero alheio.

Conforme já amplamente comentado, há a necessidade de um contrato e do cumprimento do consentimento informado, que, por sua vez, apresenta-se como um documento autônomo em formulário especial, aplicável aos pacientes inférteis/estéreis e doadores, designando-se por completo com a anuência, por escrito, da paciente ou do (a) mulher/casal infértil. “Trata-se do formato escrito e concreto do assentimento do paciente à adoção de determinada técnica ou procedimento, mediante esclarecimento do profissional da medicina”, reforça (CABRAL, 2011, p. 78). Ainda que seja permitida a forma verbal dos contratos, a forma escrita, através de uma linguagem bem clara e inequívoca, se apresenta mais segura na direção de se documentar e provar todos os termos estabelecidos.

Diante do exposto, nota-se a extrema importância da adequada colocação frente aos contratos do útero de substituição, no sentido de se preservar todos os direitos e deveres assumidos por ambas as partes, assim como a boa-fé, prevista no artigo 422 do Código Civil.

Vale ressaltar que todo e qualquer contrato se baseia na autonomia privada, que tem como instrumento propulsor a vontade humana de satisfazer seus próprios anseios. Segundo Tartuce (2007, p. 75), “Trata-se do direito indeclinável da parte de auto-regulamentar os seus interesses, decorrente da dignidade humana”. É exatamente essa vontade autônoma que deve nortear a confecção do contrato de gestação em útero alheio. Sua

feitura deve se ater aos ditames dos princípios do Direito, tendo sempre em vista a licitude das cláusulas e a boa-fé dos contratantes. Assim sendo, mesmo sem um adequado tratamento legal, a liberdade contratual deve ser utilizada para que se alcance o objetivo do contrato que é regulamentar, ainda que individualmente, o contrato de gestação alheia.

## **CONCLUSÃO**

A partir dos avanços tecnocientíficos e da evolução tecnológica, científica e médica, verificada no início deste terceiro milênio, muitas novidades ocorreram no sentido de novas oportunidades. É incontestável que muitos são os benefícios que oportunizam muitas pessoas a realizarem seus mais diversos sonhos, como o de ter filhos, conforme o caso da gestação em útero alheio. Sabe-se, também, que inexistente um caminho de volta para tais avanços que seguem em velocidade acelerada. Por outro lado, o Direito não pode se furtar a dirimir os conflitos e apontar o caminho mais simples da normatização. Como se vê, o direito é muito mais acelerado do que a possibilidade do Legislativo para a disciplina legal de cada novo instituto.

O contexto do útero de substituição é tema atual, polêmico, amplo, complexo e cada vez mais presente na realidade da sociedade contemporânea, que, porventura poderá ensejar um sem-número de situações fáticas diversas e conflituosas. Por esse motivo, faz-se necessária a celebração de um contrato, na tentativa de se resguardar ambas as partes. A partir da formalização do contrato, deverá ser cumprido tudo o que for acordado entre elas, impedindo que haja descumprimento por qualquer delas, protegendo integralmente os interesses expressos no contrato.

Além da vantagem de expressar a vontade dos contratantes, o contrato também apresenta a característica da igualdade entre as partes pactuantes, conferindo segurança às relações jurídicas que se estabelecem por meio deste. O contrato é fruto da autonomia privada e, por esta razão, deve ser influenciado pelos valores sociais relevantes idealizados pelas ciências como sociologia, filosofia, medicina, bioética e direito.

Deve-se ter como norte a satisfação plena das partes, que devem ter absoluta consciência de todos os aspectos do contrato, tendo todas suas questões sanadas.

Em se tratando de um contrato tão singular quanto o relacionado à gestação em útero alheio, toda prudência é imprescindível. O manejo correto e sua perfeita confecção podem evitar, no futuro, pendências jurídicas que causariam desgaste e lamentações.

Deve-se ainda frisar que, neste contrato, estaria inserido um dos grandes valores humanos que é a dignidade de se viver e ter uma fonte biológica conhecida. O ser nascente dessa gestação em útero alheio, apesar de ainda não ter experimentado o sopro da vida, deve necessariamente ter todos os seus direitos preservados e assegurados no contrato. O foco principal deste tipo de contrato não é o patrimônio, nem a obtenção de lucro, mas sim a prática em questão.

É importante esclarecer que as partes, apesar de livres para escolherem e realizarem este tipo de contrato, uma vez que a vontade é o elemento que impulsiona as relações humanas, não são soberanas para utilizarem este negócio jurídico como escudo protetivo para práticas ilícitas. Todo ser humano tem o poder de regular seus próprios interesses. No entanto, há de se imprimir freios para que essa vontade não ultrapasse nenhum limite do bom senso.

Neste contexto, a licitude deve ser o mecanismo principal de confecção do contrato que delimita o uso da gestação em útero alheio. Ela deve delimitar todas as questões atinentes ao tema, não permitindo que seja realizado nenhum tipo de prática tortuosa. Em consequência, todos os direitos das partes envolvidas serão preservados levando ao objetivo principal do contrato.

## REFERÊNCIAS

- ALVARENGA, Augusta Thereza de. et al. Histórico, fundamentos filosóficos e teórico-metodológicos da interdisciplinaridade. In: A. Philippi & A. Silva Neto (ed.) **Interdisciplinaridade em Ciência, Tecnologia & Inovação**. Editora Manole, com apoio da Capes, 2011.
- BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil brasileiro. Brasília, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.
- \_\_\_\_\_. **Portaria nº 426**, de 22 de março de 2005. Setor de Planejamento Familiar – UNICEF. Portal Brasil. Brasil, 2005. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>. Acesso em: 11 de julho de 2015.
- \_\_\_\_\_. **Resolução nº 2.121**, de 16 de abril de 2015. Conselho Federal de Medicina. Brasília, 2015.
- CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. **Consentimento Informado no Exercício da Medicina e Tutela dos Direitos Existenciais: uma visão interdisciplinar**. 1 ed. Itaperuna – RJ: Editora Hoffmann, 2011.

- CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001. pp. 153-154.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Famílias**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil. Contratos**. Teoria geral e contratos em espécie. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.
- FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. São Paulo: Renovar, 2003.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil – Família**. São Paulo: Atlas, 2008.
- GÊNESIS. **Bíblia Sagrada**. Traduzida por ALMEIDA, João Ferreira. Sociedade Bíblica do Brasil, São Paulo, 1995.
- CRESPO, Rosalee Santos. **Bioética e Reprodução Humana Assistida: quando ter um filho não importa o custo**. 2007. 151 p. Tese (Doutorado em Bioética - Área Saúde da Criança e da Mulher). Rio de Janeiro: Instituto Fernandes Figueira da Fundação Oswaldo Cruz, 2007.
- JAPIASSU, Hilton. **Interdisciplinaridade e patologia do saber**. Rio de Janeiro: Imago, 1976.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: RT, 2001.
- KUHN, Thomas Samuel. **La tensión esencial: estudios selectos sobre la tradición cambio en el ámbito de la ciencia**. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1987.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Barriga de aluguel: o corpo como capital**. IBDFAM, 2012. Disponível em:  
<http://www.recivil.com.br/noticias/noticias/view/artigo-barriga-de-aluguel-o-corpo-como-capital-por-rodrigo-da-cunha-pereira.html>. Acesso em: 25 de setembro de 2014.
- PEREIRA, Sergio Gisckow. **Princípios jurídicos da família de nossos dias**. Diário Oficial de Justiça do RS. 1.358. Editora: Porto Alegre, 1998.

- PISSETTA, Francieli. **Reprodução assistida homóloga *post mortem***. Aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2014.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Estatuto da Reprodução Assistida**. 2009. 348 p. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em:  
<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-08032010-095921/pt-br.php> . Acesso em: 01 de agosto de 2015.
- TARTUCE, Flávio. **Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. 2 ed. 3. vol. São Paulo: Editora Método, 2007.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Contratos em espécie**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 5. ed. 6. vol. São Paulo: Atlas, 2006.