

DIREITOS FUNDAMENTAIS E CESSÃO DE ÚTERO SOB O PARADIGMA DA SITUAÇÃO JURÍDICA

FUNDAMENTAL RIGHTS AND UTERUS ASSIGNMENT UNDER THE LEGAL SITUATION PARADIGM

*Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos Santos**
*Caroline Melchhiades Salvadego Guimarães de Souza Lima***
*Roberto Wagner Marquesi****

RESUMO

Analisar a reprodução assistida por meio da técnica de cessão de útero é um dos objetivos do presente trabalho, o que será realizado por meio do método dedutivo e interpretativo de pesquisas bibliográficas, visto que as transformações biotecnológicas em uma sociedade contemporânea são dinâmicas, complexas e carecem de um respaldo jurídico, colocando em risco direitos fundamentais do indivíduo. A referida problemática social equipara-se no paradigma da situação jurídica, em razão da possibilidade de englobar as diversas realidades e por assegurar garantias às relações sociais. Surgem desta situação jurídica centros de interesses juridicamente relevantes, os quais precisam ser tutelados.

Palavras-chave: Reprodução assistida; Cessão de útero; Situação jurídica; Direitos fundamentais.

ABSTRACT

Analyze the assisted reproduction through the uterus transfer technique is one of the objectives of the present study, once the biotechnological

* Mestrando do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduando em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: pedroh_santos@hotmail.com.

** Mestranda do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – *campus* Londrina. E-mail: carolm_92@hotmail.com.

*** Doutor e Mestre em Direito Civil pela USP, Largo de São Francisco. Mestre em Direito pela UEL. Professor do Programa Mestrado e Pós-graduação – Lato Sensu na Universitário na Universidade Estadual de Londrina – UEL. Professor Universitário na Universidade Estadual de Londrina – UEL e na Pontifícia Universidade Católica do Paraná – *campus* Londrina. E-mail: wagnermarquesi@uol.com.br.

transformations in a contemporary society are dynamic, complex and lack of a legal support, putting at risk the fundamental rights of the individual. The aforementioned social problem is paralleled in the paradigm of the legal situation, due to the possibility of encompassing the different realities and to ensure the guarantees of social relations. Juridically relevant centers of interest arise from this legal situation, which need to be protected.

Keywords: Assisted reproduction; Assignment of uterus; Legal situation; Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

Um dos atuais problemas de saúde pública é a infertilidade humana, o que leva principalmente a ciência a buscar mecanismos para diminuir ou afastar referido problema social, no entanto, o avanço da tecnologia não é diretamente proporcional às mudanças necessárias no âmbito judicial e legal.

Uma dessas inovações no âmbito da medicina consiste na prática da gestação de substituição (doação temporária do útero), mais conhecida como “barriga solidária”, em que uma mulher doadora do seu útero permite a gestação de um embrião de um casal.

No ordenamento jurídico brasileiro não há leis específicas sobre referida prática, o que existe é a regulamentação por resoluções do Conselho Federal de Medicina, sendo que a atual é a Resolução n. 2.121/2015, que, em seu Capítulo VII, prevê a possibilidade deste tipo de gestação, estipulando algumas restrições ao procedimento.

Destaca-se que em tal procedimento há necessidade de proteção de interesses juridicamente relevantes, que, por sua vez, não encontram ampla proteção e regulamentação na lei positivada, somente algumas normas elaboradas pela Resolução do Conselho Federal de Medicina, que obviamente deverão ser utilizadas como parâmetro, porém, quando surgir qualquer conflito de interesses não amparados pela norma, ou pelo próprio contrato eventualmente realizado, busca-se identificar o critério a ser adotado para ponderar esses interesses e assim verificar quais são considerados mais relevantes, necessitando da devida proteção.

O presente artigo adentra-se as especificidades da reprodução assistida e de uma de suas técnicas, no caso em tela, da cessão de útero, conceituando ambos os institutos e correlacionando com os avanços biotecnológicos presentes na sociedade contemporânea. As transformações sociais resultam em transformações jurídicas, muitas vezes inexistentes no âmbito judicial, já que o direito ainda não apresentou respostas a todos os questionamentos advindos da sociedade, o que coloca certos direitos fundamentais da pessoa em risco, tais como o direito à liberdade, à vida, saúde e planejamento familiar, em razão de lacunas legislativas que não podem ser ignoradas pelo intérprete do direito.

Demonstra a escassez da estrutura da relação jurídica em função das demandas de uma sociedade pós-moderna e, posteriormente, expõem-se o paradigma da situação jurídica, abrangendo sua definição e extensão, de forma a apontá-la como um instituto capaz de resolver a problemática supracitada.

Por fim, a partir do método dedutivo interpretativo de pesquisas bibliográficas, tendo por marco teórico Pietro Perlingieri, Francisco Amaral, Éverton Willian Pona para abordar aspectos da situação jurídica, e Silvio de Salvo Venosa, Jussara Leal de Meirelles e Eduardo de Oliveira Leite para tratar acerca da gestação por substituição, o objetivo do presente trabalho é equiparar a técnica de reprodução assistida por meio da cessão de útero como situação jurídica, uma vez que tal problemática carece de regulamentação e, conseqüentemente, da estrutura da relação jurídica, uma vez que esta, por atribuir direitos e deveres, vincula os sujeitos protegidos pelo próprio ordenamento jurídico.

ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A TÉCNICA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA POR MEIO DA CESSÃO DE ÚTERO

A infertilidade humana é um problema de saúde que assola a nossa atual sociedade. Em busca de soluções para este grande problema, são encontrados meios alternativos para que seja possível a gestação de um filho por aqueles que, a princípio, não conseguem gerá-los sem a necessidade de intervenção da medicina.

Uma dessas opções é o emprego da gestação de substituição, cujo termo popular no Brasil é “barriga solidária”, contudo, existem outras nomenclaturas para o mesmo procedimento, tais como “útero de substituição”, “doação temporária do útero”, “cessão de útero”. Constitui-se um método empregado por casais que não conseguem gerar um filho no próprio útero da mulher/mãe, seja por alguma doença que impeça a concepção ou contraindique a gravidez, ou porque não possuem mais útero. Nesse sentido, o casal utiliza o útero de outra mulher para gerar um filho seu. Valendo lembrar que também é frequente a gestação por substituição por casais homoafetivos.

Em outros termos, a cessão temporária de útero consiste, para Jussara Leal de Meirelles, na:

[...] gestação de um ser humano, mantida por uma mulher em favor de outra infértil (ou com alguma impossibilidade referente à gravidez) com a finalidade de, logo após o nascimento com vida, ser a criança entregue à interessada, renunciando a gestante, em favor dela, a todos os direitos relativos à maternidade⁴.

⁴ MEIRELLES, Jussara Leal de. *Gestação por outrem e determinação de maternidade* (“mãe de aluguel”). Curitiba: Gênese, 1998, p. 23.

Antes de adentrar e esclarecer o conceito da cessão de útero, convém trazer alguns conceitos científicos a respeito das técnicas de reprodução, a fim de ilustrar melhor o procedimento adotado nas gestações por substituição e assim delimitar o estudo do presente trabalho. Desta forma, assenta destacar que a reprodução assistida para Camilo Gardin é entendida como o:

[...] conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana⁵.

Nesta perspectiva, a maior eficiência e o menor potencial lesivo são critérios para o desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, que são classificadas como homóloga ou heteróloga. Homóloga é o método em que, na formação do embrião, não há interferência do material genético de terceiro, sendo que, de forma antagônica, heteróloga é a técnica em que há doação do material genético de terceiro⁶.

Há duas possibilidades para o aperfeiçoamento da reprodução assistida por meio da cessão temporária de útero, sendo a primeira quando a mulher, por meio de fecundação *in vitro* e com o material genético dos cônjuges proponentes, empresta seu útero, restabelecendo o óvulo fecundado. Já na segunda opção a mulher fértil realiza uma inseminação artificial com o material genético do homem da proponente, concedendo, portanto, não somente seu útero, mas também os óvulos⁷.

Ademais, Daniela Paiano, Geala Geslaine Ferrari e Rita de Cássia Tarifa Espolador relatam que há possibilidade de o empréstimo do útero suceder em três circunstâncias, assim, em suas palavras:

O empréstimo de útero pode ocorrer em três situações, primeiro pela impossibilidade de produção de óvulos e útero saudável; segundo quando há incapacidade de produção de óvulos e ausência de útero ou lesão uterina incompatível com a gestação e por fim quando há a acumulação

⁵ GARDIN, Camilo apud RODRIGUES JR., Walsir Edson; BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução assistida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008, p. 228.

⁶ PAIANO, Daniela Braga; FERRARI, Geala Geslaine; ESPOLADOR, Rita de Cássia Tarifa. *A cessão de útero e suas implicações na ordem contratual*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_cessao_do_uterio_e_suas_implicacoes_na_ordem_contratual.pdf>. Acesso em: 1º out. 2017, p. 4.

⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT, 1995, p. 68.

das duas incapacidades, por exemplo, no caso dos casais homoafetivos masculinos⁸.

Sendo assim, tem-se a cessão de útero, uma das técnicas da reprodução assistida, objeto do presente estudo. A cessão de útero, popularmente, chamada de “barriga de aluguel”, o que não se adéqua aos preceitos éticos da dignidade humana, também pode ser chamada de “maternidade de substituição” e “doação temporária de útero”⁹.

No âmbito do direito comparado destaca-se que o ordenamento jurídico português entende que é nulo o contrato de gestação por substituição, já que ofende a ordem pública e os bons costumes, o que ocorre também na Espanha, em que é nulo o contrato com ou sem o intuito mercantil. Na Inglaterra, por outro lado, não há proibição para o contrato de gestação por substituição, mas é vedada a comercialização e a facilitação destes pactos¹⁰.

O posicionamento doutrinário considera que é proibida a lucratividade neste tipo de relação, isso porque atribuir um caráter econômico ao contrato de gestação por substituição violaria o princípio da dignidade pessoal, uma vez que o objeto do contrato está ligado à personalidade das partes envolvidas e principalmente do nascituro, e, por conta disso, não admite contraprestação e comercialização deste direito de personalidade¹¹.

Ocorre que, no Brasil, não existe uma previsão normativa suficiente e adequada acerca da cessão do útero, e por essa razão são celebrados contratos particulares sem qualquer formalidade, o que gera inquestionável insegurança jurídica e a possibilidade de conflitos futuros entre os contratantes, diante do aparecimento de problemas que não eram esperados pelas partes. Elucidando tal questão, convém destacar o posicionamento de James Eduardo Oliveira¹², que reforça a necessidade de uma maior atenção pelo ordenamento jurídico:

⁸ PAIANO, Daniela Braga; FERRARI, Geala Geslaine; ESPOLADOR, Rita de Cássia Tarifa. *A cessão de útero e suas implicações na ordem contratual*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_cessao_do_uterio_e_suas_implicacoes_na_ordem_contratual.pdf>. Acesso em: 1º out. 2017, p. 6.

⁹ VENDRAMI, Camila Lopes; BARBOSA, Caio Parente; SANTOS, Juliana Roberto dos et al. *Cessão temporária de útero: aspectos éticos e ordenamento jurídico vigente*. Disponível em: <<http://files.bvs.br/upload/S/0100-7254/2010/v38n6/a1515.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2017, p. 302.

¹⁰ CHAGAS, Isabela Pessanha. Direitos fundamentais: direitos da personalidade e bioética. In: *Direito civil: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão*. São Paulo: Atlas, 2015. Direito privado: v. 1. p. 94.

¹¹ LIMA NETO, Francisco Vieira. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001.

¹² OLIVEIRA, James Eduardo. *Código Civil anotado e comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1435.

Por mais que as aparências neguem, sabe-se que existe a comercialização do sêmen, óvulos e embriões, e que nem sempre a cessão do útero para a fertilização heteróloga é simplesmente altruística. Inúmeras são as legislações no mundo inteiro que proíbem tais expedientes, mas dificilmente tem-se como controlar as relações entre receptores e os doadores.

Em busca de solucionar alguns conflitos e regular este tipo de gestação, o Conselho Federal de Medicina edita Resoluções, sendo que a mais recente e em vigor que trata sobre este aspecto é a Resolução n. 2.121/2015, que tem justamente o propósito de regular as “normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos”¹³.

Especificamente em relação à gestação de substituição, a resolução acima citada traz em seu Capítulo VII “sobre a gestação de substituição (doação temporária do útero)” diretrizes éticas a serem observadas pelos interessados e que vão participar deste procedimento:

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva¹⁴.

Com base nesta norma administrativa, para autorizar o procedimento é necessária a existência de um problema médico ou em caso de casais homoafetivos. A norma vai mais além ao prever que, para a realização do método, são necessários alguns requisitos expressamente previstos e que cabem ser transcritos a título informativo:

1 – As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

¹³ Texto extraído do preâmbulo da Resolução CFM n. 2.121/2015, citada nas referências.

¹⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 2.121, de 24 de setembro de 2015. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM n. 2.013/2013, publicada no *DOU* de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119. *Diário Oficial da União*; Poder Executivo, 24 set. 2015. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017.

2 – A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

3 – Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido informado assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;

3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;

3.3. Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

3.4. Garantia, por parte dos pacientes contratantes de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;

3.5. Garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;

3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável¹⁵.

Imprescindível informar que a atual Resolução n. 2.121/2015 veio substituir a antiga Resolução n. 2.013/2013, na qual não havia previsão acerca de sujeitar os demais casos à autorização do Conselho Regional de Medicina, pelo contrário, previa que em todos os casos dever-se-ia respeitar a idade limite de até cinquenta anos, demonstrando, assim, que a referida prática está sujeita a constantes mudanças normativas no âmbito administrativo.

Outra importante alteração que esta resolução vigente trouxe foi a expressa e esclarecida obrigatoriedade de que nos prontuários médicos já esteja prevista a questão da filiação e garantia do registro civil da criança e a autorização do cônjuge ou companheiro da doadora, se existente.

Por último, relevante observar que a referida resolução expressamente prevê a impossibilidade de ter caráter comercial ou lucrativo na gestação por substituição. Sendo assim, embora envolva uma negociação contratual, evita-se a utilização do termo “barriga de aluguel”, com finalidade de distanciar da ideia de algo comercializável.

Além da obrigatoriedade de certas informações estarem presentes no instrumento do contrato ou no prontuário, conforme determina a Resolução,

¹⁵ Texto extraído do preâmbulo da Resolução CFM n. 2.121/2015, citada nas referências.

destaca-se que ela não tem caráter de norma jurídica, apenas orientadora, e ainda assim, é insuficiente e escassa, não prevendo critérios para solução de conflitos que possam existir.

É importante que as partes regulem seus interesses em um instrumento particular. A doutrina entende ser possível o exercício da autonomia, como bem observa Christine Keler de Lima Mendes, que neste tipo de negócio prioriza-se a vontade interna da gestante no momento da realização do procedimento, a qual deverá ser exteriorizada de forma expressa, espontânea e consciente, no momento ou após ter acesso a todas as informações sobre as consequências éticas, médicas e jurídicas envolvendo a gestação substituta¹⁶. No entanto, não restam dúvidas de que conflitos podem surgir, sem, contudo, serem anteriormente previstos pelas partes.

DA RELAÇÃO JURÍDICA À SITUAÇÃO JURÍDICA

As transformações sociais implicam na seara jurídica, provocando no direito a necessidade de regulá-las, de solucionar conflitos que emergem da contemporaneidade, de minorar ou reparar danos atinentes a convivência social.

O direito contemporâneo atravessa um período de grandes transformações, valorativas, formais e materiais, contribuindo para a crise do direito. “Essa crise é uma crise de paradigmas, que se revela na inadequação dos institutos jurídicos do direito moderno (séc. XIX) para a solução dos problemas da sociedade contemporânea”¹⁷. Assim, a fim de responder aos anseios de uma sociedade gradativamente moderna, busca-se um suporte jurídico capaz de abarcar tais questões, como a biotecnologia.

Deve-se destacar que o direito subjetivo é a “expressão de liberdade, traduzida em um poder de agir conferido a uma pessoa individual ou coletiva, para realizar seus interesses nos limites da lei (...)”¹⁸. Entretanto, em nosso contexto atual, não podemos olvidar que constantemente surgem novos interesses juridicamente relevantes, que não possuem, ou é escassa, a regulamentação em nosso ordenamento jurídico, contudo trata-se de interesses que devem ser protegidos e tutelados.

Os novos acontecimentos contemporâneos, marcados especialmente pelo avanço da tecnologia, trouxeram-nos uma infinidade de eventos que acarreta consequências jurídicas relevantes: “mas que, por ausência de direito objetivo –

¹⁶ MENDES, Christine Keler de Lima. Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização *in vitro*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, 2007, p. 43.

¹⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 198.

¹⁸ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 239.

de comando emanado da norma – impossibilitam a existência de um direito subjetivo, constituindo-se em fatos desprovidos de normatização jurídica¹⁹.

Essas situações fáticas que não encontram correspondência normativa, como ocorre no biodireito, incluindo a ausência de leis que regulamentam a gestação por substituição, apenas resoluções de órgãos administrativos, podem ser denominadas situações jurídicas, classificando-se em: situação jurídica objetiva, quando decorre da própria lei; e subjetiva, quando decorre da manifestação da vontade do homem.

A doutrina distingue duas espécies de situações jurídicas, quais sejam, as situações jurídicas objetivas e as subjetivas. Com relação às objetivas, pode-se dizer que resultam da própria norma que as determina, por exemplo, a situação do cônjuge, do pai, da qualidade hereditária do filho, entre outras. Por outro lado, as situações jurídicas subjetivas resultam de uma manifestação de vontade particular, adaptadas aos interesses dos agentes, como no caso do comprador e do locatário²⁰.

Essas novas situações fáticas que não estão disciplinadas em nosso ordenamento jurídico precisam de tutela jurisdicional, isso porque estão presentes no mundo jurídico e de fato produzem efeitos jurídicos, não podendo ser ignoradas justamente por emanar interesses juridicamente relevantes.

Diversas relações privadas atuais não se enquadram no conceito tradicional da relação jurídica, qual seja, a presença de sujeitos titulares de direito subjetivo, decorrentes de um direito objetivo, vinculados a uma sujeição de um deles e um objeto. Nessas atuais relações os sujeitos serão titulares de interesses juridicamente relevantes analisados numa esfera existencial, isto é:

Há um novo modelo no qual os sujeitos nela envolvidos não são titulares de um direito subjetivo, mas sim de interesses juridicamente relevantes para o Direito e seu objeto deixa de ser exclusivamente patrimonial, passando para a seara existencial. Ou seja, a relação jurídica dá lugar a situações jurídicas subjetivas existenciais formadoras de centros de interesses relevantes, que também devem ser tutelados e selecionados, ainda que ausente legislação prévia²¹.

¹⁹ LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/existencialidade-humana-o-negocio-juridico/>>. Acesso: 22 set. 2017, p. 3.

²⁰ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 237.

²¹ LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/existencialidade-humana-o-negocio-juridico/>>. Acesso: 22 set. 2017, p. 12.

Dentro desta perspectiva, quando nos deparamos com uma gestação por substituição, estamos diante de uma situação jurídica, especialmente porque envolve interesses juridicamente relevantes, que produzem efeitos e consequências jurídicas, embora por ausência de um direito objetivo, não motivam um direito subjetivo, ou seja, não existe uma efetiva regulamentação no ordenamento jurídico. Nesta ótica, dessas situações jurídicas eventualmente podem surgir conflitos, cujas soluções não estão previstas em lei e podem não ter sido reguladas documentalmente.

Tem-se, por exemplo, um caso de uma gravidez de risco em que a mãe doadora do útero pretende interromper a gestação; por outro lado, a mãe biológica discorda de tal vontade, pois pretende continuar com a gravidez. Nesse caso, certamente não há previsão legal para solucionar o conflito, portanto a controvérsia deverá ser analisada especialmente com base nos direitos fundamentais e princípios e assim ponderar qual seria o interesse juridicamente mais relevante.

Neste aspecto, pode-se observar que o ponto de partida para proteção de uma situação jurídica é centro de interesse tutelado pelo ordenamento jurídico. Quando estamos diante de um interesse não vinculado estritamente ao patrimônio, diz-se que são situações jurídicas subjetivas existenciais, que também podem ser denominadas direitos da personalidade²². Ocorre que nosso ordenamento jurídico prevê um rol exemplificativo da proteção a esses direitos, especificamente nos arts. 11 a 21 do Código Civil²³, sendo assim, a positivação nem sempre é suficiente para abarcar todas as situações jurídicas existentes.

²² PONA, Êverton William. *Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 195.

²³ Convém ilustrar a redação dos artigos: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Em tais casos, ainda que não previstos em lei, os direitos e deveres que surgem dessas situações jurídicas contemporâneas certamente devem ser tutelados, e a grande missão do operador do direito é ponderar qual será o critério para analisar os interesses envolvidos e qual seria mais relevante. No presente caso da gestão por substituição, quando existir algum conflito não regulamentado, deverá analisar se priorizará a proteção do interesse da mãe biológica, da mãe doadora ou então da criança que está no ventre, não se olvidando que por vezes há outros interesses a serem tutelados, por exemplo, do genitor.

A CESSÃO DO ÚTERO NO PARADIGMA DA SITUAÇÃO JURÍDICA

Conforme pode ser observado, para análise de uma situação envolvendo a gestação por substituição, não se mostra mais pertinente a antiga concepção da relação jurídica, estruturada sob o aspecto bilateral de dois sujeitos em torno de um objeto, em decorrência do qual surge para um dos sujeitos o direito subjetivo e para o outro a sujeição a um dever jurídico, isso porque que “em razão da dependência entre o direito subjetivo e a previsão normativa, observam-se, por vezes, novas situações fáticas que não encontram correspondência normativa”²⁴.

Muito embora o Conselho Federal de Medicina constantemente esteja atualizando suas Resoluções, em nosso ordenamento jurídico não há a normatização a respeito da gestação por substituição. Assim sendo, por se tratar de uma prática que envolve a gestação de um ser humano e ao mesmo tempo envolve direitos de ao menos duas pessoas, a mãe doadora e a mãe genética, despertam-se, assim, interesses juridicamente relevantes, que por outro lado não há em nosso ordenamento jurídico normas suficientes, pode-se analisar a partir daí o surgimento de uma situação jurídica que deve ser tutelada.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815)

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

²⁴ PONA, Éverton William. *Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 186.

A doutrina nacional demonstra a necessidade de regulamentação, isto porque a ausência de norma, proibitiva ou permissiva, da gestação por substituição, ocasionará, cada vez mais, conflitos, sobretudo jurídicos, como expõe Silvio de Salvo Venosa²⁵:

Muito difícil poderá ser a decisão do juiz ao deparar com um caso concreto. Tantos são os problemas, das mais variadas ordens, inclusive de natureza psicológica na mãe de aluguel [...] Não bastassem os conflitos sociológicos e psicológicos, os conflitos jurídicos serão inevitáveis na ausência de norma expressa.

Como dito anteriormente, não há normatização específica a respeito da técnica de cessão temporária de útero pelo ordenamento jurídico brasileiro, pautando-se, assim, em garantias previstas na Constituição Federal de 1988, como do planejamento familiar, através dos princípios da dignidade humana, e também em direitos como a saúde e a procriação.

O Conselho Federal de Medicina, através da Resolução n. 2.013/2013, adota normas éticas, não jurídicas, para a utilização das técnicas de reprodução assistida por meio da cessão de útero como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos, quais sejam: a existência de problema médico que impeça ou contraindique a gestação da doadora genética ou em caso de união homoafetiva; as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau, e em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos; a doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial; no prontuário deve constar contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do estabelecendo de forma a esclarecer a questão da filiação da criança; a garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos); se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro.

Ressalta-se que, mesmo não expondo todos os requisitos elencados pelo Conselho, tais normas respaldam os magistrados na aplicação da justiça no caso em questão.

Dessa forma, vê-se que a ausência de normas jurídicas que regulam determinada problemática provoca insegurança jurídica e, além disso, impacta na estrutura da relação jurídica, pois não alcança os fatos jurídicos²⁶. A incidência

²⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: família*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 272.

²⁶ Constitui fato jurídico, para Pietro Perlingieri (2002, p. 89), “qualquer evento que seja idôneo, segundo o ordenamento, a ter relevância jurídica. Em geral a norma prevê a hipótese da verificação do evento (ou seja, do fato) e a possibilidade de que este – humano (um passeio, a conclusão de um contrato) ou natural (um temporal) –, uma vez ocorrido tenha relevância jurídica”. Verifica-se que cabe ao ordenamento jurídico normalizá-lo para que o fato se torne fato jurídico.

de uma norma jurídica é que torna o fato um fato jurídico, só interessando para o direito aquilo que é fato jurídico.

Ademais, as relações jurídicas nascem do fato jurídico, como se vê na definição de Francisco do Amaral: “é o vínculo que o direito reconhece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres. Representa uma situação em que duas ou mais pessoas se encontram, a respeito de bens ou interesses jurídicos”²⁷.

A estrutura da relação jurídica é formada pelos sujeitos, que são pessoas titulares de poderes e deveres, constituindo, então, o elemento subjetivo; pelos bens, isto é, os valores materiais ou imateriais que recaem sobre os poderes da relação jurídica, visto como o elemento objetivo e, pelo vínculo, que consiste no poder exercido do sujeito ativo sobre o sujeito passivo²⁸.

Nota-se que do vínculo da estrutura da relação jurídica sempre emerge um direito subjetivo, que aliado está ao direito objetivo, já que se estabelece uma relação de interdependência entre eles. Ocorre que a escassez de normas jurídicas que abrangem as relações humanas contemporâneas, como a técnica de reprodução assistida por meio da cessão de útero, que não é resguardada pelo direito objetivo²⁹ e que tampouco acarreta o direito subjetivo³⁰. Portanto, são fatos que não possuem regulação jurídica.

Desponta-se, assim, o instituto da situação jurídica, definida por Francisco do Amaral como um “conjunto de direitos ou deveres que se atribuem a determinados sujeitos, em virtude das circunstâncias em que eles se encontram ou das atividades que eles exercem”³¹. Além disso, o mesmo autor contribui dizendo que “constituem uma categoria geral abrangente, que compreende as diversas manifestações de poder e de dever contidas na relação jurídica, como o direito subjetivo, e o dever jurídico [...]”³². Vê-se que o paradigma da situação jurídica não se desvincula da relação jurídica.

²⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 207.

²⁸ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 219.

²⁹ Francisco Amaral (*Direito civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 2) diz que “essas regras ou normas, expressão jurídica de valores dominantes em nossa sociedade, estão nas leis, nos costumes, na jurisprudência, nos princípios jurídicos, constituindo o chamado direito objetivo, de *ob + jectum*, exterior ao sujeito, e positivo, no sentido de que é posto na sociedade por uma vontade superior”.

³⁰ Para Goffredo Teles Júnior (apud DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24), direito subjetivo é “a permissão dada por meio da norma jurídica, para fazer ou não fazer alguma coisa, para ter o não ter algo, ou ainda, a autorização para exigir, por meio dos órgãos competentes do poder público ou por meio dos processos legais, em caso de prejuízo causa por violação de norma, o cumprimento da norma infringida ou a reparação do mal sofrido”.

³¹ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 236.

³² AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 236.

Assim, o paradigma da situação jurídica equipara-se a reprodução assistida por meio da cessão de útero, ou seja, por proteger os interesses juridicamente relevantes que não possuem legislação prevista, podendo, portanto, ser englobada mediante valores e princípios fundamentais, previstos em cláusulas gerais, isto é, necessária se faz uma averiguação axiológica do ordenamento, a fim de abarcar as situações decorrentes da sociedade pré-moderna.

Ressalta-se que, em função dos acontecimentos contemporâneos não respaldados pelo direito objetivo é que a doutrina introduziu o conceito de direito subjetivo, cuja finalidade é proteger os interesses de cunho personalíssimo, como o caso em questão.

Nesse sentido é que a reprodução assistida por meio da cessão de útero deve ser aludida não com base na estrutura da relação jurídica, mas sim do paradigma da situação jurídica, para, nesta perspectiva, o intérprete da lei ser capaz de compreender no caso concreto os direitos fundamentais envolvidos, tais como o direito à vida, liberdade, saúde, planejamento familiar, entre outros previstos no ordenamento jurídico, e assim ser possível tutelá-los de forma justa em razão da complexidade das relações interpessoais presentes na sociedade contemporânea.

Destaca-se, portanto, que nos procedimentos de gestação por substituição colocam-se em xeque centros de interesses juridicamente relevantes, estritamente ligados às dimensões da personalidade humana. Portanto, embora não exista uma concreta e efetiva regulamentação normativa, apenas algumas resoluções de órgãos estatais, é incontroverso que a prática continuará sendo realizada sem o amparo legal. Logo, é importante que as partes envolvidas especifiquem e regulem seus próprios interesses previamente em contrato, todavia, considera-se também que cabe ao ordenamento jurídico conceder maior atenção para a tutela dos interesses envolvidos, com o estabelecimento de uma normatização clara e específica, a fim de evitar a insegurança jurídica.

CONCLUSÃO

A gestação por substituição é uma prática comum em muitos países e que está cada vez mais presente no Brasil, embora não haja leis específicas envolvendo este tipo de prática, apenas uma orientação resolutiva do Conselho Federal de Medicina que não tem caráter de norma jurídica.

Nestes tipos de contrato, que envolvem a gestação de um ser humano, não restam dúvidas de que se fazem presentes interesses juridicamente relevantes, ainda não tutelados de forma plena, mas com necessidade de serem protegidos. Pode-se analisar a partir daí o surgimento de uma situação jurídica que deve ser tutelada.

Destaca-se que a sociedade contemporânea, em função dos avanços tecnológicos e, conseqüentemente, da sua relevância social, demanda a regulamentação de fatos, a fim de que estes se tornem fatos jurídicos. Não é o que ocorre com a problemática elucidada ao longo do presente estudo, ou seja, reprodução assistida por meio de cessão de útero, isto porque esta só possui normatização ética, por meio da Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, carecendo, portanto, de regulamentação jurídica, sendo considerada apenas fato.

A relação jurídica é abarcada, em sua estrutura, pelo vínculo de submissão entre os sujeitos titulares de poderes e de deveres, emergindo então um direito objetivo e um subjetivo. Portanto, não havendo direito objetivo, não há o que se falar em fato jurídico, muito menos em relação jurídica.

O direito subjetivo encontra crítica, na medida em que se tornou insuficiente para compreender os inúmeros efeitos jurídicos que surgem da atividade humana, como conflitos que possam surgir acerca da uma gestação por substituição, em que não há disposições legais, fazendo com que esse tipo de situação jurídica tenha hoje especial importância para o direito.

Dessa forma, introduz-se a situação jurídica, visto que esses fatos não normatizados, como a reprodução assistida por meio da cessão de útero, criam os chamados centros de interesse, que merecem proteção jurídica, através de valores e princípios garantidores da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada.

Enquanto a prática não for regulamentada, os conflitos que eventualmente surgirem deverão ser analisados com parâmetro nas resoluções de órgãos administrativos e, sobretudo, nos princípios constitucionais, especialmente os direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, vinculados aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, a fim de que tais situações jurídicas não permaneçam sem amparo judicial. No entanto, uma análise meramente axiológica pode gerar insegurança jurídica ou até desvirtuamento e violação dos próprios princípios.

Conclui-se, portanto, que, nessas relações existenciais, a exemplo da gestação por substituição, que envolvem situações jurídicas relevantes sem a devida regulamentação normativa, é imprescindível que se regule a questão com os parâmetros devidos e caráter legislativo, havendo necessidade de elaboração lei específica acerca do tema, sendo esta a única forma possível de conferir segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 set. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 2.121, de 24 de setembro de 2015. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM n. 2.013/2013, publicada no *DOU* de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119. *Diário Oficial da União*; Poder Executivo, 24 set. 2015. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 2.013, de 16 de abril de 2013. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM n. 1.957/10. *Diário Oficial da União*; Poder Executivo, 9 maio 2013. Seção 1, p. 119. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf> Acesso em: 15 set. 2017.

CHAGAS, Isabela Pessanha. Direitos fundamentais: direitos da personalidade e bioética. In: *Direito civil: estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão*. São Paulo: Atlas, 2015. Direito privado: v. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. *Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna*. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/existencialidade-humana-o-negocio-juridico/>>. Acesso em: 22 set. 2017.

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

LIMA NETO, Francisco Vieira. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001.

MEIRELLES, Jussara Leal de. *Gestação por outrem e determinação de maternidade (“mãe de aluguel”)*. Curitiba: Gênese, 1998.

MENDES, Christine Keler de Lima. Mães substitutas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização *in vitro*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, IBDFAM, Síntese, 2007.

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código Civil anotado e comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PAIANO, Daniela Braga; FERRARI, Geala Geslaine; ESPOLADOR, Rita de Cássia Tarifa. *A cessão de útero e suas implicações na ordem contratual*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_cessao_do_uterio_e_suas_implicacoes_na_ordem_contratual.pdf>. Acesso em: 1º out. 2017.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONA, Éverton William. *Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade*. Curitiba: Juruá, 2015.

RODRIGUES JR., Walsir Edson; BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução assistida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey; Mandamentos, 2008.

VENDRAMI, Camila Lopes; BARBOSA, Caio Parente; SANTOS, Juliana Roberto dos et al. *Cessão temporária de útero: aspectos éticos e ordenamento jurídico vigente*. Disponível em: <<http://files.bvs.br/upload/S/0100-7254/2010/v38n6/a1515.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: família*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Data de recebimento: 10/11/2017

Data de aprovação: 07/02/2018