

Útero de Substituição: A Responsabilidade Civil da Mulher Hospedeira em Caso de Recusa da Entrega da Criança

Raquel Veggi Moreira

Doutoranda e mestra em Cognição e Linguagem pela Uenf

Advogada

Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral

Doutoranda e mestra em Cognição e Linguagem pela Uenf

Professora de Direito das Famílias, das Sucessões e Responsabilidade Civil na graduação de Direito

RESUMO: O presente artigo consiste em demonstrar as peculiaridades do útero de substituição, bem como a responsabilidade da mulher hospedeira que, através de um contrato, se dispõe a gerar uma criança, sem contraprestação pecuniária. Através desta técnica de reprodução humana medicamente assistida, busca-se a realização do sonho da constituição de uma família, tão perseguido por muitos, que querem deixar descendência. Esta prática, já inserida no meio social, precisa de delimitações para prevenir comportamentos abusivos de ambas as partes contratantes: de um lado, a pessoa ou casal que planeja o projeto parental e, do outro, a mulher hospedeira, que gestará em seu ventre a criança. A lacuna da lei pode causar insegurança quanto à adoção da prática por ausência de lei específica, pois à luz do princípio da legalidade, o que não é expressamente vedado, seria, em tese, permitido, e a lacuna por si não impediria a prática. O que existe é a regulamentação pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio da Resolução nº 2.121/2015, de uma norma deontológica sem força de lei. Embora sem

respaldo legal, o útero de substituição efetivado via contrato gratuito gera a obrigação de entregar a criança pela mulher hospedeira à mulher ou casal idealizador(a), constituindo-se verdadeira obrigação contratualmente assumida. No entanto, se esse fato não ocorrer, será caracterizada a quebra da obrigação contratual, surgindo, para a hospedeira, a responsabilidade civil, já que por meio de conduta sua, ela gerou prejuízo a outrem. A metodologia utilizada é qualitativa, baseada em pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Útero de substituição. Lacuna legislativa. Contrato. Responsabilidade civil.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema apresentado neste artigo trata da análise da responsabilidade civil da mulher hospedeira, no contexto do útero de substituição, quando, por sua decisão, não entrega a criança gerada em seu ventre, apesar de haver firmado um acordo nesse sentido. O dano causado por esse comportamento não encontra respaldo específico no ordenamento civil e por isso deve-se buscar a solução do problema para que o objeto do contrato seja, tanto quanto possível, alcançado, qual seja, a entrega da criança.

Primeiramente, busca-se pontuar sobre a prática do útero de substituição, suas nuances e também sua não regulamentação específica pelo legislador pátrio, já que a prática só é disciplinada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), através da Resolução nº 2.121/2015. É por meio dessa norma ética, sem força de lei, que se delimita como essa técnica de reprodução humana assistida pode ser utilizada no Brasil, impondo-se que a mesma seja realizada sempre sem intuito de lucro, uma vez que a mulher hospedeira firma um acordo sem contraprestação pecuniária. Há ainda outras imposições para que essa prática seja a mais lúdima possível, trazendo acalento para as pessoas que dela necessitem, tais como o vínculo de parentesco consanguíneo entre a doadora temporária do útero e algum ente da família idealizadora, que deve ser de até quarto grau, a proibição de caráter comercial, a obrigatoriedade do termo de consentimento livre e esclarecido (informado) assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, dentre outras.

Pretende-se ainda traçar uma linha conceitual a respeito da responsabilidade civil e seus pressupostos no tocante à mulher hospedeira que, apesar do contrato firmado para a entrega da criança, não o cumpre. Nesse diapasão, deve-se entender que a ninguém é dado o direito de causar lesão

ao outro, uma vez que o Direito não defende a malícia e nem o ilícito. A prática do útero de substituição não pode virar escudo protetivo para condutas que, de qualquer modo, venham ferir a ordem jurídica, a boa-fé e os valores sociais.

A responsabilidade se torna então necessária para que seja reparado o dano que a quebra do contrato causou, sendo sensível no sentido de que a celeuma envolve não apenas valores patrimoniais, mas, acima de tudo, frustração de expectativas, esperança e fé. Muitas das vezes, a formação de uma família é o sonho de um casal ou, até mesmo, de uma pessoa que deposita no projeto de ter um filho, a alegria de seus dias futuros. Por fim, pretende-se demonstrar de que forma ela responderia frente ao descumprimento do contrato e à frustração causada por sua conduta de desistir de entregar a criança, a despeito do acordo outrora realizado.

A metodologia utilizada foi qualitativa, mediante pesquisa bibliográfica de cunho exploratório nos principais periódicos de autores, tais como: Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2015), Américo Luís Martins da Silva (2014), Flávio Tartuce (2007), Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003), Eduardo de Oliveira Leite (1995), dentre outros.

1. BREVE ANÁLISE DO ÚTERO DE SUBSTITUIÇÃO

O anseio de deixar descendentes e com eles seu legado é próprio da vontade humana. Desde os tempos de Roma, ter um filho significava manter a tradição e força familiar, na medida em que o filho seria aquele que perpetuaria a riqueza e as responsabilidades do pai. Contudo, quando esse objetivo não é alcançado face à infertilidade ou, até mesmo, por se tratar de união homoafetiva, buscam-se meios para a concretização desse sonho. Diante disso, o útero de substituição¹ surge como uma técnica de reprodução assistida e como um meio de concretização do planejamento familiar.

Segundo Hryniewicz e Sauwen (2008, p. 103), os ingleses chamam o útero de substituição de “*surrogate mother*”, os alemães de *Mietmutter*, os portugueses de mãe hospedeira (...). No Brasil, dentre as suas principais denominações, ela é conhecida por gestação por substituição, gestação em útero alheio, útero sub-rogado, cessão temporária de útero e doação temporária do útero.

Nas lições de Silva (2014, p. 698), “a *maternidade por substituição* é o acordo em que uma mulher aceita engravidar com o objetivo de gerar e dar

¹ Necessário esclarecer que ao utilizar a expressão “útero de substituição”, entre outras denominações, não se está se referindo à onerosidade. No Brasil, esse contrato será sempre gratuito por força das resoluções do CFM.

à luz uma criança que será criada por outra mulher. O tal acordo recebe a denominação de *contrato de gestação*". Ademais, a gestação em útero alheio se apresenta de duas formas, tendo em vista que o lucro pode ou não ser a recompensa para aquela mulher hospedeira da criança. Corroborando esse entendimento, Américo Luís (2014, p. 699) explica que o útero de substituição se apresenta sob duas espécies diferentes: "a) *maternidade por substituição altruística*: modalidade em que a gestante por substituição não é recompensada pela gravidez", mas somente pelas despesas naturais provenientes da gravidez, ou "b) *maternidade por substituição comercial*: modalidade em que a gestante por substituição é recompensada pela gravidez", recebendo uma remuneração pelo serviço prestado.

A cessão temporária de útero é a verdadeira concretização do sonho de se ter um filho. A vontade de obter sucesso na constituição da família é tão imperiosa que se busca esta modalidade para obtenção do resultado esperado. Conforme é explicado,

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 (MOREIRA; CABRAL; ZAGANELLI, 2016, p. 4).

A aflição causada pela impossibilidade de procriar naturalmente pode causar tristeza à pessoa que tanto almeja ser mãe ou pai, sendo a infertilidade assunto delicado que pode trazer como consequência a degradação do grupo familiar face à frustração da não fecundação. Neste sentido, Leite (1995, p. 17) relata que "desde as mais remotas épocas, a esterilidade foi considerada como um fator negativo, ora maldição atribuída à cólera dos antepassados, ora à influência das bruxas, ora aos desígnios divinos". A infertilidade, empecilho para o sonho de muitos, encontrou no progresso da medicina uma poderosa arma de combatê-la. O avanço das técnicas de reprodução humana assistida,

nelas se incluindo a gestação em útero alheio, contribuiu para a transformação do seio social e da formação tradicional da família.

Um outro ponto nefrágico desta técnica é estabelecer seus limites e sua regulamentação específica face à omissão legislativa, uma vez que sem respaldo do legislador pátrio não há um caminho delimitado a ser seguido. Neste contexto, a regulamentação passou então a ser traçada pelo Conselho Federal de Medicina, em sua primeira versão, através da Resolução nº 1.957, de 2010. Com relação a essa norma de cunho ético, Silva (2014, p. 713) explica:

No que se refere à gestação de substituição (doação temporária de útero), as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, aprovadas pela Resolução/CFM nº 1957, de 15.12.2010, estabelecem que as clínicas, centros ou serviços de produção humana podem usar técnicas de Reprodução Assistida-RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista algum problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética: 1) as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina – CRM; 2) a doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

No entanto, a referida Resolução foi atualizada, apresentando a sua quarta e atual versão na de nº 2.121/2015, ao estabelecer ainda mais minúcias com relação à técnica, dentre elas: a determinação de que a doadora temporária do útero deva ser parente consanguíneo até quarto grau de um dos parceiros que idealizaram o projeto parental, a permissão da gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em situação que não exista infertilidade, além da impossibilidade de caráter lucrativo, esta já repetidamente prevista em todas as versões. Embora regule a técnica, ao determinar normas de cunho deontológico, a Resolução pode trazer certo tipo de inviabilidade ao sonho de se ter um filho, face às proibições e recomendações previstas em seu texto. Neste duto de raciocínio, observa-se que:

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 medi-

camente, 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 (MOREIRA; CABRAL; ZAGANELLI, 2016, p. 8).

A limitação do uso da técnica somada ao contexto social e suas mudanças, cada vez mais céleres, fazem com que haja a imperiosa necessidade de se regulamentar essas relações sociais, pois, no que se refere à gestação em útero alheio, ainda não há por parte da legislação pátria alguma regulamentação específica a respeito, trazendo à realidade uma lacuna legal que pode ser conceituada como vazio legislativo. No dizer de Krell (2006), a gestação em útero alheio não encontra disciplina específica no Brasil, quer em relação a sua permissibilidade ou não, quer com relação a quem seria a mãe da criança, após o advento dessa prática.

As polêmicas acerca do útero de substituição ainda estão presentes na realidade brasileira, existindo até quem defenda a nulidade do contrato de conteúdo pecuniário. Gonçalves (2012, p. 26) esclarece que “realmente, sem lei específica regulamentando a prática da mãe de substituição no Brasil, não há outra solução a não ser considerar nulo qualquer contrato que atribua valores pecuniários à cessionária do útero”.

Outro ponto de discussão seria a respeito de quem seria considerada a mãe da criança, para fins de Direito. O pensamento outrora enraizado na legislação era de que a maternidade seria sempre certa, sendo que o assento de nascimento do recém-nascido deveria conter o nome da mulher hospedeira e não o daquela que idealizou o projeto parental ou, até mesmo, daquela que doou o material genético, caso tenha havido a necessidade da participação de uma terceira mulher no acordo.

Entretanto, para relativizar essa ideia de que a maternidade é sempre visível aos olhos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) determinou em

seu Provimento nº 52/2016 que, no assento de nascimento, não constará o nome da mulher hospedeira (parturiente). É uma clara relativização da máxima *mater semper certa est*, que hoje não é mais absoluta, tendo em vista que tal Provimento prevê, em seu artigo 2º, que:

Art. 2º É indispensável, para fins de registro e da emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos (...). § 2º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo – DNV (BRASIL, 2016).

Apesar deste Provimento em vigor, ele somente disciplina a respeito do registro de nascimento da criança e de sua concretização. Assim, o problema pode surgir quando a mulher hospedeira e a idealizadora batalham pela posse da criança ou quando nenhuma das duas almeja ser efetivamente a mãe da criança e tê-la em seus braços, levando-se em consideração principalmente problemas de saúde que podem acometê-la. Em suas palavras, Américo da Silva esclarece que:

[...] pode surgir conflito positivo ou conflito negativo: a) o conflito positivo se dá quando tanto a idealizadora da maternidade por substituição, que pode ser também a cedente do óvulo ou não, quanto à cedente do útero, também chamada de parturiente, manifestam o desejo de assumir a maternidade da criança e criá-la como se filho fosse; b) conflito negativo se verifica quando tanto a idealizadora da maternidade por substituição, quanto a cedente do útero (mãe de aluguel) optam, simultaneamente, por negar a maternidade à criança vindoura, idealizada por uma pessoa, e gestada por outra (SILVA, 2014, p. 700-701).

Apesar de não se ter casos de discussão a respeito de conflitos de maternidade no Brasil, há relatos na legislação alienígena. No que tange ao direito comparado, especificamente nos Estados Unidos, pode-se esclarecer o caso famoso intitulado de “*Baby M*”, em que se discutiu em qual família a criança, nascida pela técnica de gestação em útero alheio, deveria ficar. Américo Luís aduz que:

A respeito de tais conflitos, positivo ou negativo, lembramos que a *Supreme Court of New Jersey* (Corte Suprema de Nova Jersey), julgando o caso concreto denominado *In the Matter of Baby M*, decidiu que o valor preponderante para determinar a

que família seria entregue o bebê foi aquela que tivesse melhores condições, não apenas econômicas, mas também sociais, de educá-lo (SILVA, 2014, p. 701).

Diante de tanta complexidade e implicações frente à gestação em útero alheio, pode-se estabelecer que esta técnica ainda não disciplinada legalmente no Brasil deve ser, a todo momento, observada para que não seja usada como escudo protetivo para práticas ilícitas. Desta forma, uma vez ocorrido o ilícito e, conseqüentemente, o dano a uma das partes envolvidas, a responsabilidade deve ser imposta.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA MULHER HOSPEDEIRA

A responsabilidade civil pode ser conceituada como a transgressão de uma norma ou contrato preexistente, impondo-se ao causador do dano a conseqüente obrigação de indenizar. Nas lições de Venosa (2008, p. 1), em princípio, qualquer atividade “que acarreta um prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar (...). O termo *responsabilidade* é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as conseqüências de uma ato, fato, ou negócio danoso”. Ela surge, segundo Tartuce (2007, p. 260), “por meio do descumprimento de um contrato já existente ou pela não observância de um preceito normativo que regula a vida”.

Na disciplina do tema, o Código Civil consagrou a responsabilidade civil pautada em três artigos fundamentais: os arts. 186, 187 e 927. O art. 186, ao definir o ato ilícito, consagra a regra geral de responsabilidade civil complementada pelos artigos 187 e 927. Tal sistema visa a inibir comportamentos nocivos, em atenção ao princípio *neminem laedere*, segundo o qual a ninguém é dado o direito de causar prejuízo a outrem. Os referidos artigos preveem que:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único.

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Certo ainda é que a responsabilidade civil para ser imposta precisa, necessariamente, de elementos que a embasem, isto é, verdadeiros requisitos formadores do dever de indenizar, levando-se em consideração que sem eles não há o que se falar na obrigação de ressarcimento. São eles: a conduta humana, o nexo de causalidade e o dano ou prejuízo. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald expõem que:

No Código Civil (art. 402), a amplitude da expressão ‘perdas e danos’ abrange, além do que efetivamente se perdeu, o que razoavelmente se deixou de lucrar, nesta parcela também compreendido o ganho que não se teve em razão do incumprimento e da resolução. Nessas amplas disposições estão inseridas as vantagens que o credor não inadimplente auferiria com o recebimento da prestação (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 551-552).

A conduta humana traduz um comportamento positivo ou negativo, causador do resultado, que juntamente com o nexo de causalidade reflete o prejuízo imposto. Por sua vez, o dano nada mais é do que a comprovação de uma lesão sofrida, um prejuízo que se causou pelo comportamento daquele que incorreu num ilícito. Caio Mário (2001) assegura que fica estabelecido que a conduta contrária à norma jurídica tem como efeito a imposição ao ofensor de reparar o dano que tenha acarretado. O dano tem que ser imperioso quando a conduta fere os interesses sociais, através de alguma prática ilícita.

A prática ilícita, como se vê, tem sua origem na violação de um dever inserido num contrato anteriormente realizado. A conduta, absorvida pela prática danosa, faz com que o dano seja seu fruto e o dever de indenizar sua consequência. Assim, o contrato de gestação de útero de substituição firmado entre a genitora – hospedeira - e terceiros, em comunhão das duas vontades, quando violado deve ser reparado.

Sabe-se ainda que, para que haja contrato, há a imprescindível dependência de pelo menos duas declarações de vontades que se unem com um objetivo comum. Além disso, o elemento do contrato deve ter um fim lícito, não contrariando a ordem jurídica, perseguindo sua função social baseada nos ditames da boa-fé.

Essa boa-fé presente, tão orquestrada pelo ordenamento jurídico, deve ser o sustentáculo para a conduta da mulher hospedeira, uma vez que a malícia não pode ser regra dentro de um acordo validamente firmado, sendo sumariamente rechaçada pelo sistema normativo civil. Conforme explica Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald,

O princípio e a cláusula geral da boa-fé objetiva, aplicável a todo o direito obrigacional - e não apenas a negócios jurídicos bilaterais -, amplia o conteúdo da relação contratual. Para além das obrigações emanadas da autonomia privada (dar, fazer e não fazer), surgem os deveres anexos ou instrumentais, indiretamente tratados nos arts. 187 e 422, CC). Os deveres de proteção, informação e cooperação são inseridos em toda obrigação, lateralmente à obrigação principal, por uma exigência ética do ordenamento jurídico, calcada na concepção da obrigação como processo e, portanto, vocacionada ao adimplemento, com resguardo das situações patrimoniais e existenciais dos parceiros contratuais (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 553).

Mesmo que realizado um contrato no tocante ao útero de substituição, face à não regulamentação específica da matéria, podem surgir questionamentos com relação ao fato de a mulher hospedeira decidir não entregar a criança nela gerada, seja por motivos emocionais ou até mesmo patrimoniais. A celeuma advinda deste ato deve ser resolvida no sentido de se valer o que foi acordado dentro do contrato anteriormente realizado. No Brasil, não há lei específica que regulamente essa prática, fazendo com que a decisão judicial para casos levados a seu crivo se sustente na boa-fé contratual e dignidade da pessoa humana. Na legislação comparada, a título de exemplo, há casos em que se procurou resolver essas nuances. Neste sentido, Olga Krell expõe que:

Caso surgirem disputas referentes aos direitos sobre a criança havida por maternidade de substituição, os tribunais norte-americanos tendem a decidir no sentido de entregar a criança ao casal que a ‘encomendou’ (KRELL, 2006, p. 192).

Mesmo não tendo uma determinação legal atribuída à prática do útero de substituição, uma vez firmado o acordo, ele tem força obrigatória, compelindo os contratantes ao cumprimento do conteúdo do negócio

jurídico. Neste sentido, Flávio Tartuce (2007) ensina ainda que o contrato não tem foco no patrimônio, mas sim no indivíduo que contrata, a fim de atender o mínimo para que a pessoa viva com dignidade.

O que não se pode negar é que o simples estado gravídico já traz por si só um turbilhão emocional para a gestante, que frente à situação concreta poderia não mais ter vontade de entregar a criança por ela gerada. Assim, de acordo com Gonçalves (2012, p. 24), “como é cediço, essa situação pode submeter à gestante a forte carga emocional e afetiva, pois o instinto natural conduz a um evidente e compreensível apego à criança gerada”. E, por isso, pode ocorrer a hipótese em que a mulher hospedeira, embora tenha acordado pela entrega da criança gerada à idealizadora, após o parto se recuse a fazê-lo, suscitando questões de ordem ética, jurídica e, até mesmo, religiosa, de difíceis soluções.

A não entrega da criança gera uma grave quebra no acordo, sendo necessário que a mulher hospedeira seja compelida a entregá-la a quem por ela espera, para assim constar no assento de nascimento. Destaca-se ainda que a mulher hospedeira, a partir do momento em que firma o liame subjetivo, confere segurança àquela situação. Sendo assim, a parte oposta que com ela pactuou acredita na entrega da criança. É uma verdadeira esperança em ter nos braços o filho tão esperado e planejado.

O contrato, como negócio jurídico bilateral, deve ser respeitado pelas partes contratantes, na medida em que, na sua formação, as partes tiveram autonomia privada para exercer essa faculdade. Desde que estabelecido o sinalagma contratual que cria direitos e obrigações para ambas as partes, não pode uma delas tempos depois se furtar ao cumprimento das obrigações ajustadas quando da contratação. Na medida em que se firma um acordo, ele deve ser cumprido.

Ainda com relação à quebra do contrato pela mulher hospedeira, no momento em que ela decide não entregar a criança por ela gerada, há o vilipêndio do princípio da função social dos contratos. Por meio desse princípio, o homem é considerado como um ser de valor ético e moral, erguido a um grau de respeitabilidade que se reflete nos atos que pratica durante seu cotidiano, com maior rigor ainda neste delicado contrato que é o de gestação de útero de substituição. Nesse contrato, não se tem apenas a vida de uma criança indefesa, mas também o sonho de uma mãe ou de um casal em lograr êxito na criação de uma família, que lhe trará raízes, afeto e felicidade. O que se vê, neste contrato, é muito mais do que uma simples obrigação, e sim a concretização de um sonho e realização afetiva.

Por se tratar de tema delicado e de um contrato *sui generis*, as cláusulas contratuais devem ser redigidas de forma clara, de modo a evitar problemas futuros, possuindo em seu arcabouço normas que não firam o Direito, a moral e a ética. Como o sistema civil brasileiro não exige excessivo rigor legal, uma vez que, através do princípio da operabilidade, permite a criação de modelos jurídicos a partir de fatos e valores presentes no meio social, há o acolhimento desta prática ainda que seus atos não estejam disciplinados de forma específica por alguma norma positivada. Assim, o útero de substituição pode ser abarcado pelo sistema, mesmo não tendo regulamentação legal específica e sendo tão minuciosa e delicada espécie contratual.

Além disso, face ao desrespeito às cláusulas contratuais, a medida a se realizar é a tutela específica da entrega da criança, permitida pelo Código de Processo Civil no artigo 536, *caput*, indicando que o juiz poderá determinar, de ofício ou a pedido, a efetivação da tutela específica na obrigação inserida no contrato. Essa precaução é, sem dúvida, a única solução para a pessoa ou o casal que idealizou o projeto parental e que esperam, acima de qualquer outra coisa, a companhia e a guarda da sua criança. Aqui não importa qualquer outro bem, por melhor que seja, já que o essencial é a entrega do filho.

Outrossim, o desgaste emocional e os danos psicológicos sofridos pela mulher ou pelo casal face à frustração na expectativa da entrega da criança devem ensejar a devida reparação pelo dano moral experimentado, que é aquele que ocorre quando há vilipêndio a algum direito da personalidade. A mulher hospedeira não detém em seu poder o juízo decisório de escolher se ou quando a criança deve ser entregue. Ela simplesmente deve entregar, no tempo certo e de acordo com tudo o que foi outrora pactuado por ela, uma vez que o Direito não protege comportamentos contraditórios que causem qualquer tipo de prejuízo.

Apesar da possibilidade de se pactuar num contrato essa técnica de reprodução humana assistida, os problemas que podem ocorrer devem ter um tratamento futuro adequado e específico pelo legislador, visando a suprir as lacunas existentes na disciplina dessa relação jurídica. Neste sentido, Gonçalves (2012) comenta que a regulamentação do tema é medida necessária, na medida em que só desse modo os problemas jurídicos que envolvem esses contratos encontrarão soluções justas, prescindindo de atuação do legislador.

Certo é que, com a entrega da criança gerada, a mulher hospedeira estará adimplindo o contrato, pelo cumprimento do papel de possibilitar a concretização do sonho da idealizadora de possuir descendentes, que para

muitos não poderia ser efetivado sem intermédio das tecnologias reprodutivas. A prática do útero de substituição é belíssima aos olhos de quem dela necessita e assim deve ser vista por todos: como um meio adequado e eficaz de realização do projeto familiar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O útero de substituição é uma prática de reprodução humana medicamente assistida que, apesar de não encontrar respaldo legal específico na legislação pátria, encontra seus limites na Resolução do CFM nº 2.121/2015. Apesar de sua limitação não se encontrar presente no seio da lei, o Direito não pode fechar os olhos para uma realidade que existe no cotidiano social. Com isso, a prática realizada através de um acordo entre as partes - contrato - deve ser de todo modo respeitada, sob pena de responsabilidade civil com a reparação dos danos sofridos pela não entrega da criança gerada.

A reparação contratual feita pela mulher hospedeira deve acontecer face a não observância do contrato firmado, violando princípios norteadores da relação jurídica obrigacional. O descumprimento do contrato deve ainda ter como efeito a tutela específica da entrega da criança, posto que o contratante de boa-fé, ansiosamente, espera o filho em seus braços. Além disso, a indenização deve ser imperativa em razão do dano moral tão claramente presente pelo lamentoso desrespeito da mulher hospedeira, que optou pela não entrega da criança.

A prática do útero de substituição alberga não somente a prestação de determinado objeto, e sim a concretização do desejo de uma vida. A relação humana que se insere nessa técnica está absolutamente carregada de afetividade e emoção, e é exatamente por isto que qualquer ação no sentido de não cumprimento do contrato firmado deve ser veementemente rechaçado. ❖

REFERÊNCIAS

BRASIL. **CFM. Resolução nº 2.121**, de 24 de setembro de 2015. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 05 out. 2015.

_____. **CNJ. Provimento nº 52**, de 14 de março de 2016. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

_____. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 16 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: teoria geral e contratos em espécie. São Paulo: Atlas, 2015.

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

GONÇALVES, Fernando David de Melo. **Novos métodos de reprodução assistida e consequências jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2012.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2006.

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

MOREIRA, Raquel Veggi; CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; ZAGANELLI, Margareth Vetis. A possibilidade de contrato na relação “útero de substituição”. 15 de julho de 2016. **Revista Derecho y Cambio Social**. Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista045/A_POSSIBILIDADE_%20DE_CONTRATO.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro”**: da Bioética ao Biodireito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito de Família**: União Conjugal, Estáveis, Instáveis e Costumes Alternativos. Leme: Editora Cronus, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. Teoria Geral dos Contratos e contratos em espécie. São Paulo: Editora Método, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2008.