

Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito

Juliana Faria Santiago

MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO:

A VULNERABILIDADE DE MULHERES E CRIANÇAS FRENTE À AUSÊNCIA DE
NORMATIZAÇÃO

Brasília

2016

Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito

Juliana Faria Santiago

MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO:

**A VULNERABILIDADE DE MULHERES E CRIANÇAS FRENTE À AUSÊNCIA DE
NORMATIZAÇÃO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dr. Inez Lopes

Brasília

2016

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus e a Nossa Senhora, minhas maiores bases;

Aos meus pais, Jayme e Palmira, que me guiaram e orientaram ao longo dos cinco anos de graduação;

Às minhas irmãs Isabelle e Fernanda, pela amizade, pelo companheirismo e até mesmo pelas pequenas impicâncias que nos ajudaram a nos tornarmos mulheres mais espertas e mais fortes;

Às minhas avós, Beatriz (*in memoriam*) e Palmira pela inesgotável fonte de inspiração e sabedoria que me proporcionaram ao longo desses anos;

A Luciana, Fernanda, Marcela, Iana, Juliana e Rafaela, as minhas princesas, colegas de curso que se tornaram amigas para a vida toda;

A todos os demais familiares que me ajudaram, de alguma forma, a alcançar os meus objetivos;

A todos os amigos que fizeram parte dessa trajetória.

RESUMO

O presente trabalho busca melhor compreensão, do ponto de vista jurídico, nos planos nacional e internacional, dos aspectos que permeiam a situação denominada maternidade por substituição, prática que envolve essencialmente técnicas de reprodução humana assistida e consiste, basicamente, na doação temporária do útero de uma mulher em favor da concretização do projeto parental idealizado por outra. Pelo estudo de casos, à luz do Direito de Família e do Direito Internacional Privado, busca-se a solução para os conflitos internacionais gerados a partir da prática da gestação por substituição, frente à situação de vulnerabilidade a que são expostas as mulheres e as crianças, além de analisar a legalidade e a constitucionalidade de tal prática em suas modalidades onerosa e não onerosa no Brasil.

Palavras-chave: Maternidade por substituição, Reprodução humana assistida, Biodireito, Direito de Família, Direito Internacional Privado.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 4 |
| 1. O CONCEITO DE MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO..... | 6 |
| 2. OS CONFLITOS INTERNACIONAIS DERIVADOS DA MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO..... | 9 |
| 3. DOS CONFLITOS ÉTICOS E SOCIAIS QUE ENVOLVEM A MULHER DERIVADOS DA MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO..... | 15 |
| 4. A CONFERÊNCIA DE HAIA DE 2013..... | 18 |
| 5. EXPERIÊNCIAS DO DIREITO COMPARADO..... | 21 |
| 6. CASOS INTERNACIONAIS DE CONFLITOS QUE ENVOLVEM A MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO..... | 30 |
| 7. O FUTURO DA MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO..... | 39 |
| 8. A MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL..... | 43 |
| 9. A CONSTITUCIONALIDADE DA MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE LEGALIDADE EXPRESSA DA MESMA NO DIREITO BRASILEIRO..... | 50 |
| CONCLUSÃO..... | 54 |

INTRODUÇÃO

Com o avanço da biomedicina e o surgimento das técnicas de reprodução assistida no início da década de 90, surgiram novas situações a serem reguladas pelo Direito, devido aos conflitos deles advindos.

A maternidade por substituição, prática que consiste na doação temporária do útero de uma mulher para a concretização do projeto parental idealizado por outra¹, gera diversos conflitos nos direitos interno, devido à falta de regulação da matéria, e externo, por conta das contradições observadas nas leis estrangeiras que tratam dessa questão.

Os conflitos no plano internacional, no que se refere à cidadania e à filiação das crianças nascidas por essa prática, são numerosos, além de gerarem discordâncias a respeito da garantia da não violação de direitos humanos inerentes a essas crianças e às gestantes envolvidas.

Assim como ocorre com outras técnicas de reprodução assistida, a maternidade por substituição gera na sociedade discussões tanto de cunho ético como jurídico, uma vez que desafia questões ligadas a institutos basilares do direito de família, tais como maternidade, paternidade, filiação e responsabilidade parental. A presunção "*mater semper certa est*", de que será mãe aquela que deu a luz à criança², é colocada à prova, gerando a necessidade de adequação do direito a essa nova realidade.

Dessa forma, é necessário fazer uma análise de como o sistema jurídico brasileiro e o Direito Comparado tratam essa questão, já que este, por apresentar estágio legislativo mais avançado a respeito da maternidade por substituição, proporciona para análise um maior número de casos submetidos à tutela judicial.³

¹ MARTINS, Flávio Alves et al, **Maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado**, Âmbito Jurídico , UFRJ

² LOBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: Famílias**, 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015

³ MARTINS, Flávio Alves et al, **Maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado**, Âmbito Jurídico , UFRJ

Ademais, o estudo do panorama internacional é imprescindível para a busca de soluções para os conflitos que envolvem a maternidade por substituição e para o estabelecimento de regras adequadas no âmbito Direito Internacional Privado para a melhor resolução desses conflitos.

Tem-se como objetivo principal desse trabalho analisar a vulnerabilidade da criança nascida da maternidade por substituição e da mulher que empresta seu corpo para esse processo frente à legislação vigente, além de buscar de solução jurídica adequada para preservar os direitos fundamentais dessas pessoas.

Busca-se também um meio adequado para a regulação da maternidade por substituição no ordenamento jurídico nacional e internacional, tendo em conta a ocorrência reiterada e frequente dessa prática, desde o início da década de 1990.

A metodologia de pesquisa utilizada neste trabalho fundou-se basicamente no estudo da doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, e da jurisprudência pátria sobre tema (que, aliás, revelou-se escassa). Os principais objetivos foram: debater a repercussão da maternidade por substituição para o direito de família e para o direito internacional privado, com a análise de casos concretos, para buscar por soluções adequadas, que resguardem os direitos fundamentais das pessoas envolvidas..

No primeiro Capítulo, “O CONCEITO DE MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO”, buscou-se introduzir algumas noções acerca do conceito da maternidade por substituição e das técnicas de reprodução assistida, além de introduzir os problemas que essa questão vem gerando no âmbito do Direito interno e internacional.

No segundo capítulo, tratou-se dos “OS CONFLITOS INTERNACIONAIS DERIVADOS DA MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO”, que vêm ocorrendo desde a década de 1990 e das questões éticas e sociais relacionadas à maternidade por substituição.

No terceiro capítulo, “DOS CONFLITOS ÉTICOS E SOCIAIS QUE ENVOLVEM A MULHER DERIVADOS DA MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO” abordou-se especificamente como se dá a vulnerabilidade das mulheres com relação ao processo de maternidade por substituição.

No quarto capítulo, trata-se da “A CONFERÊNCIA DE HAIA DE 2013”, que foi um marco no debate da maternidade por substituição e propôs soluções para os problemas dela decorrentes.

No quinto capítulo, “EXPERIÊNCIAS DO DIREITO COMPARADO”, faz-se um estudo de Direito Comparado, com análise da legislação estrangeira a respeito da maternidade por substituição.

No sexto capítulo, “CASOS INTERNACIONAIS DE CONFLITOS QUE ENVOLVEM A MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO”, apresentam-se alguns casos concretos marcantes, que envolvem a maternidade por substituição.

No sétimo capítulo, “O FUTURO DA MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO”, buscam-se soluções no âmbito do Direito Internacional Privado para solucionar os casos de conflito internacional que envolvem a maternidade por substituição.

No oitavo capítulo, “A MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL”, mostra-se como se dá essa questão em âmbito nacional, além de demonstrar a constitucionalidade da maternidade por substituição, para sua adequada regulação no ordenamento jurídico brasileiro.

No nono capítulo, “A CONSTITUCIONALIDADE DA MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE LEGALIDADE EXPRESSA DA MESMA NO DIREITO BRASILEIRO”, trata-se especificamente da constitucionalidade da maternidade por substituição à luz da Magna Carta.

1. O CONCEITO DE MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO

A maternidade por substituição é um fenômeno recente, que teve início na década de 1990⁴ e vem gerando consequências nos planos científico, social e jurídico da sociedade. Esse fenômeno também é conhecido como gestação por substituição ou, mais popularmente, barriga de aluguel.

Essa prática consiste na possibilidade, alcançada pela ciência por meio de técnica de reprodução humana assistida (TRA)⁵, da fecundação do óvulo de uma mulher pelo espermatozoide de seu companheiro (ou de um doador) e pela gestação da criança gerada por uma segunda mulher, que não a que produziu o óvulo. Não raramente, para o sucesso da técnica são fecundados mais de um óvulo, o que pode resultar em gravidez múltipla.

Com esse avanço, a ciência deu a uma série de pessoas a possibilidade de gerar filhos, apesar de suas limitações biológicas. Dentre esse grupo de pessoas pode-se mencionar homossexuais; pessoas que não possuem parceiro, mas gostariam de ter filhos; mulheres com alguma deficiência congênita ou adquirida que lhes impede de gestar; mulheres capazes de gestar, mas que não são biologicamente capazes de produzir óvulos saudáveis, dentre outros.⁶

A gestação por substituição traz, na sua esteira, situações novas para o Direito de Família e para a instituição da família dentro da sociedade do século XXI, pois, numa visão mais ampla, pode-se identificar três possíveis maternidades para cada criança nascida por esse método.⁷

⁴ HENAGHAN, Mark **International Surrogacy Trends: How Family Law is Coping**, Australian Journal of Adoption Vol. 7 No.3

⁵ ARAUJO, N., VARGAS, D., MARTEL, L.C.V. **Gestação de Substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado** Direito Internacional Contemporâneo, Curitiba, 2014

⁶ ARAUJO, N., VARGAS, D., MARTEL, L.C.V. **Gestação de Substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado** Direito Internacional Contemporâneo, Curitiba, 2014

⁷ ARAUJO, N., VARGAS, D., MARTEL, L.C.V. **Gestação de Substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado** Direito Internacional Contemporâneo, Curitiba, 2014

A primeira mãe seria a biológica, que nesse contexto significa a gestante. Para a maioria das legislações do mundo, a mulher que dá a luz é a mãe da criança⁸. A segunda mãe seria a genética. É a mulher cujo óvulo foi fecundado para gerar a criança.⁹ Já a terceira mãe é a mãe intencional, denominada aqui como a mãe sócio-afetiva¹⁰ aquela que planejou a gravidez, que teve o *ánimus* inicial de maternidade. Na maioria dos casos de estudo a respeito do tema, as maternidades genética e sócio-afetiva se confundem.

Observa-se aqui que, além de três possíveis maternidades, há também três possíveis paternidades, quais sejam a do pai genético (doador do esperma), a do pai sócio-afetivo (que planejou a gravidez) e a do marido da gestante, que em muitas legislações é presumido como pai da criança a que sua mulher deu a luz. Apesar de não estar mais explícita no ordenamento jurídico brasileiro, a presunção “*pater is eis*”, de que o pai da criança gerada na constância do casamento é o marido da gestante¹¹, é ainda forte na sociedade brasileira e no direito brasileiro em geral, ainda que de forma implícita. Em vários países, essa presunção é expressamente legitimada por lei.

Essas figuras, pai e mãe biológicos, genéticos e sócio-afetivos, podem ou não se confundir na mesma pessoa; além disso, é possível também a doação anônima de óvulos e esperma, o que torna ainda mais complexa a identificação biológica das figuras materna e paterna.

Essa situação das diferentes possíveis filiações gera conflitos no plano jurídico nacional e internacional que demandam legislação e soluções específicas para a maternidade por substituição. Não raramente, o conflito não decorre de

⁸ ARAUJO, N., VARGAS, D., MARTEL, L.C.V. **Gestação de Substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado** Direito Internacional Contemporâneo, Curitiba, 2014

⁹ ARAUJO, N., VARGAS, D., MARTEL, L.C.V. **Gestação de Substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado** Direito Internacional Contemporâneo, Curitiba, 2014

¹⁰ ARAUJO, N., VARGAS, D., MARTEL, L.C.V. **Gestação de Substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado** Direito Internacional Contemporâneo, Curitiba, 2014

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Direito de Família**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

controvérsia entre as partes envolvidas, todas elas de acordo com relação à filiação correta da criança, mas da legislação que, por não reconhecer como válida essa técnica de reprodução assistida, também não reconhece os possíveis laços de filiação dela derivados.

Mais recentemente no Brasil, foi editada norma do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Provimento nº 52, de 14 de março de 2016, que regulamenta a emissão de certidão de nascimento dos filhos cujos pais optaram por essa modalidade de reprodução¹². Tal provimento garante o registro da criança havida por gestação por substituição por seus pais sócio-afetivos, desde que presentes os requisitos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), sem a necessidade de que conste do registro o nome da parturiente. Veda ainda a recusa ao registro de filhos havidos por gestação por substituição (e demais técnicas de reprodução assistida) ou de filhos de casais homoafetivos.

Apesar de no Brasil existirem avanços recentes no tocante à maternidade por substituição, o que ocorre em muitos outros países é a ausência de qualquer regramento do tema, quando não a existência de normas extremamente retrógradas. As diferenças entre as diversas legislações são a principal causa de conflitos internacionais que envolvem a temática.

¹² A respeito de “reprodução assistida” ver a obra de Guilherme Calmon da Gama, artigo “**Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado**” (in, Revista Brasileira de Direito de Família, do IBDFAM, vol. 5, Abril a Junho/2000, Síntese Editora))

2. CONFLITOS INTERNACIONAIS DERIVADOS DA MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO

Com o surgimento das técnicas de reprodução assistida e da maternidade por substituição, vieram novos questionamentos a respeito do que seria eticamente correto dentro do universo de possibilidades criado pela ciência. Nesse âmbito de discussão, como poderia se dar essa prática? Seria possível que uma mulher desconhecida dos pais contratantes gestasse o bebê, por exemplo? Ou apenas uma pessoa já conhecida, uma mulher que fosse parenta de um dos futuros pais da criança? Seria permissível essa prática somente na forma não onerosa (gratuita) ou seria possível também que a maternidade por substituição se desse por contrato?

Observa-se que as respostas a essas perguntas foram bem distantes ao se considerar as tão discrepantes legislações que foram adotadas pelos países ao redor do mundo. A questão da maternidade por substituição, portanto, interessa ao Direito Internacional Privado na medida em que surgem conflitos internacionais, derivados dessas diferentes abordagens mundo a fora.

Pode-se falar em quatro categorias de países quando se fala de maternidade por substituição¹³:

- a) países que proíbem a prática, podendo até prever pena criminal para médicos e clínicas envolvidos;
- b) países que não possuem qualquer legislação que aborde o tema;
- c) países que permitem a maternidade por substituição, mas apenas na forma gratuita;
- d) países que permitem a maternidade por substituição na forma gratuita e na forma onerosa (por contrato).

Esse panorama gerado pelas diferentes legislações faz com que casais que morem em países que coíbam esse fenômeno procurem países cuja legislação seja mais flexível quanto à gestação por substituição. Isso faz notar que, do mesmo

¹³ HUTCHINSON, Anne- Marie, **The Hague Convention on Surrogacy: Should we agree to disagree?**, ABA Section of Family Law 2012 Fall CLE Conference Philadelphia, 2012

modo como aconteceu com o divórcio, por exemplo, essa é uma questão do Direito de Família que ocorre no mundo fático independente da flexibilidade da legislação do país de origem dos envolvidos.

Mesmo quando a legislação não permite a prática da maternidade por substituição, haverá aqueles que procurarão outro país com legislação mais permissiva, para terem seus filhos pela maternidade por substituição, num caso de *shopping law*.

Admitindo-se esse cenário internacional, podem-se enumerar alguns problemas que dessa questão derivam, quais sejam¹⁴: a vulnerabilidade das crianças nascidas pela maternidade por substituição; a potencial exploração de gestantes da maternidade por substituição de países subdesenvolvidos pelo turismo procriativo, a falta de regulação do funcionamento de clínicas reprodutivas, a falta de proteção legal para os pais que planejaram a gestação por substituição, os riscos de permitir pais inadequados a conceber através da maternidade por substituição sem um processo meticoloso e a comercialização do corpo humano.¹⁵¹⁶¹⁷

Entra-se aqui em outra questão, de se o ser humano teria ou não autonomia para comercialização do próprio corpo. Embora seja um tema complexo, imprescindível comentar aqui a correlação com a temática da maternidade por substituição. Há debate em âmbito nacional e internacional do quão disponível seria para a mulher o “aluguel” de seu útero para gestar filho de outrem a título oneroso. Essa questão entra no mérito de outros questionamentos científicos, sociais e filosóficos sobre, por exemplo, o direito de disposição do próprio corpo, a preponderância da lei do Estado sobre a vontade individual mesmo quando se tratar

¹⁴ HUTCHINSON, Anne- Marie, **The Hague Convention on Surrogacy: Should we agree to disagree?**, ABA Section of Family Law 2012 Fall CLE Conference Philadelphia, 2012

¹⁵ ISAILOVIC, Ivana **The ECtHR and the Regulation of Transnational Surrogacy Agreements**, ejiltalk.org, 2010.

¹⁶ HENAGHAN, Mark **International Surrogacy Trends: How Family Law is Coping**, Australian Journal of Adoption Vol. 7 No.3

¹⁷ GAMBLE, Natalie **Surrogacy: creating a sensible national and international legal framework**, Features, 2012.

do próprio corpo e os limites a que um eventual contrato que envolva o aluguel de órgãos humanos teria que obedecer.

Além dos problemas estruturais supracitados, vale registrar que a discrepância entre as legislações mais conservadoras e as mais permissivas ao redor do mundo, aliada a um crescente turismo reprodutivo, ao poder econômico de clínicas especializadas em técnicas de reprodução assistida e à utilização exarcebada do que chamamos de *shopping law*, geram conflitos no direito internacional a respeito da nacionalidade, cidadania e filiação das crianças nascidas por esse método, sendo esses os motivos principais da maior parte dos conflitos que chegam à tutela jurisdicional, no que toca ao assunto.

A “indústria de bebês”, como é chamada pelos mais críticos, funciona de tal forma que clínicas especializadas se instalam em países cuja legislação é mais permissiva. São procuradas por pessoas que desejam ter filhos e que, por certa quantia de dinheiro (da qual apenas uma pequena porcentagem é repassada às gestantes), podem realizar seu sonho utilizando-se de legislação mais permissiva que a de seu país de origem.

Por outro lado, as mulheres que se submetem a esse método para gestar o bebê de outra pessoa por certa quantia de dinheiro ficam, não raro, à disposição física e psicológica dessas clínicas, que funcionam como verdadeiras indústrias. Ressentem-se, também, de legislação que as proteja de eventuais abusos que ocorrem na sistemática capitalista que uma indústria persegue, sem preocupação com a integridade física ou mental da mulher, nem com seus direitos fundamentais, tal qual a dignidade da pessoa humana.

Os conflitos no plano internacional, em sua maioria, ocorrem não durante o processo de contratação, mas após o nascimento do bebê, quando os pais contratantes desejam retornar a seu país de origem com a criança, mas encontram óbices para obter a documentação necessária, tanto no país de legislação mais permissiva quanto no país de legislação mais conservadora, devido ao mau uso do *shopping law*.

Nesse panorama, a doutrina identificou possibilidades distintas de ocorrência do dissenso¹⁸: o conflito positivo e o negativo. O primeiro ocorre quando tanto a idealizadora da maternidade por substituição (que pode ser a cedente do óvulo ou não) quanto a cedente do útero, também chamada parturiente, manifestam o desejo de assumir a maternidade da criança e criá-la como se filho fosse. A segunda se verifica quando os mesmos sujeitos supracitados optam, simultaneamente, por negar a maternidade a uma criança vindoura, idealizada por uma pessoa, e gestada por outra.¹⁹

Há também o conflito que se dá não pelo desentendimento entre pais biológicos, genéticos e sócio-afetivos, esses de comum acordo quanto à filiação e nacionalidade da criança, mas sim quanto à incompatibilidade entre diferentes legislações dos países dos envolvidos no que concerne à gestação por substituição.²⁰

Esse tipo de conflito se dá, em geral (com algumas variações de acordo com cada caso) porque países que não aceitam a maternidade por substituição como uma prática legal não reconhecerão a criança como filha dos pais que a planejaram e a implementaram em outro país de legislação mais flexível, independentemente de serem os pais genéticos ou não. Isso, considerando, a princípio, como filiação correta para a criança, a da sua mãe biológica (aquela que deu a luz) e de seu marido (se existente). Não reconhece, portanto, nem que a criança tenha a filiação dos pais que a planejaram, nem nacionalidade diferente daquela que lhe confere o país onde nasceu.

Países que, nos conflitos internacionais, adotam esse tipo de postura mais conservador geralmente presam pela sua soberania e, portanto, pelo obdeditamento ao seu ordenamento jurídico e às suas políticas públicas vigentes

¹⁸ ARAUJO, N., VARGAS, D., MARTEL, L.C.V. **Gestação de Substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado** Direito Internacional Contemporâneo, Curitiba, 2014

¹⁹ HENAGHAN, Mark **International Surrogacy Trends: How Family Law is Coping**, Australian Journal of Adoption Vol. 7 No.3

²⁰ HENAGHAN, Mark **International Surrogacy Trends: How Family Law is Coping**, Australian Journal of Adoption Vol. 7 No.3

(contrárias à ideia da maternidade por substituição), em detrimento ao bem-estar da criança e de seus pais, e dos direitos a eles inerentes.

Por outro lado, os países cuja legislação permite a maternidade por substituição e recebem casais estrangeiros que buscam, na modalidade contratual, ter um filho por esse método tratam os pais contratantes como a filiação correta para a criança e a consideram como de nacionalidade estrangeira, tendo em vista que a criança nasceu ali tão somente porque a gestante contratada era daquele país.

Num conflito que envolve legislações tão opostas, a criança permanece apátrida e presa ao país onde nasceu até que haja resolução judicial ou permissão de autoridade competente para lhe conferir cidadania ou ao menos documentos que lhe permitam viajar para o país de seus pais sócio-afetivos.

Abrindo-se precedente para esses conflitos, surgem outras questões de interesse do Direito Internacional Privado: qual o fórum adequado para julgar esses conflitos? Seria o do país de origem dos pais que planejaram a maternidade por substituição? Seria o do país da gestante que deu a luz a criança, e em que ela nasceu? Qual seria a legislação a ser aplicada em cada caso?

Essas perguntas também devem ser respondidas no âmbito do Direito Internacional Privado.²¹

A respeito dessa questão, de acordo com o Jonhattan M. Brodsky, pelo *Cuaderno de ASADIP* de 2015²²:

“El foro ante el que ésta se entable no es indiferente, pues será ese juez quien atienda a sus normas de DIPr para decidir qué ley aplicar, quien deba resguardar los principios fundamentales del derecho de su jurisdicción, será su ordenamiento procesal por el que se regirá el trámite del juicio” BRODSKY Jonhattan M., **La “maternidad subrogada” en el DIPr: análisis de la legislación argentina vigente y proyectada**, CUADERNO ASADIP, Jóvenes investigadores, 2015

²¹ BRODSKY Jonhattan M., **La “maternidad subrogada” en el DIPr: análisis de la legislación argentina vigente y proyectada**, CUADERNO ASADIP, Jóvenes investigadores, 2015.

²² BRODSKY Jonhattan M., **La “maternidad subrogada” en el DIPr: análisis de la legislación argentina vigente y proyectada**, CUADERNO ASADIP, Jóvenes investigadores, 2015

Nesse contexto de busca de soluções, a Conferência de Direito Internacional Privado da Haia reconheceu a existência de questões emergentes dos acordos de maternidade por substituição.²³

A Comissão especial sobre o funcionamento prático da Convenção da Haia de 29 de maio de 1993, relativo à proteção da criança e a cooperação em matéria de adoção internacional observou que “o número de acordos de maternidade por substituição no âmbito internacional está crescendo rapidamente” e expressou sua preocupação com a situação jurídica das crianças que nasceram desses acordos.²⁴

Imperativo citar também que, na discussão da Haia a respeito da maternidade por substituição, a adoção não foi tida como uma solução válida para os problemas provenientes da ordem internacional.

²³ BRODSKY Jonhattan M., **La “maternidad subrogada” en el DIPr: análisis de la legislación argentina vigente y proyectada**, CUADERNO ASADIP, Jóvenes investigadores, 2015

²⁴ HUTCHINSON, Anne- Marie, **The Hague Convention on Surrogacy: Should we agree to disagree?**, ABA Section of Family Law 2012 Fall CLE Conference Philadelphia, 2012

3. DOS CONFLITOS ÉTICOS E SOCIAIS QUE ENVOLVEM A MULHER

Há uma discussão paralela às discussões que permeiam a maior parte dos conflitos judicializados, mas que intersecciona esse tema, que é a questão da soberania da mulher em relação ao seu corpo. Essa questão tem ganhado cada vez mais espaço em discussões do direito moderno, aliada ao feminismo crescente do século XXI, e vem colaborando para a legalização do aborto em vários países mundo afora.²⁵

De acordo com essa linha de pensamento, a mulher tem total disposição do seu corpo e do que se passa com ele, inclusive e especialmente em casos de gestação. Essa questão da autonomia encontra dificuldade justamente pela sua definição, já que há discussão a respeito de uma emancipação das mulheres, tendo essa autonomia concedida por elas mesmas, ou se essa autonomia deveria ser derivada de lei.

Seguindo a corrente feminista, a mulher teria total poder sobre o seu corpo, inclusive para comercializá-lo, de modo que alugar seu útero estaria naturalmente dentro de seus direitos²⁶.

Entretanto, de acordo com essa mesma linha, a mulher tem pleno direito de abortar, se assim desejar. Isso gera um conflito pertinente no âmbito das discussões a respeito da maternidade por substituição na medida em que se admite, por esse pensamento, que a mulher pode comercializar uma gestação, mas, ao mesmo tempo, admite que ela pudesse interromper a gestação quando desejasse, já que teria total propriedade quanto ao que ocorre com o seu corpo²⁷.

Assim, nasce um conflito quanto à possibilidade de optar pelo aborto de um filho que não é da gestante, por acordo contratual, mesmo que ela disponha de seu corpo para realizar tal contrato.

²⁵ ISAILOVIC, Ivana **The ECtHR and the Regulation of Transnational Surrogacy Agreements**, ejiltalk.org, 2010

²⁶ HENAGHAN, Mark **International Surrogacy Trends: How Family Law is Coping**, Australian Journal of Adoption Vol. 7 No.3

²⁷ GAMBLE, Natalie **Surrogacy: creating a sensible national and international legal framework**, Features, 2012.

Há também possibilidade de outro tipo de controvérsia, referente a essa mesma situação de aborto, no caso de os pais contratantes desejarem o abortamento da gestação que contrataram, sendo que o filho seria, de acordo com o contrato, deles, mas entrariam em conflito com a decisão da gestante contratada de não abortar e ter direito suficiente sobre seu próprio corpo para tomar essa decisão.

Outra questão que carece de legislação quando se trata de maternidade por substituição ao redor do mundo e, portanto, gera conflitos, é a licença maternidade.

É extremamente raro que uma legislação aborde o tema conferindo aos pais contratantes sócio-afetivos o direito à licença maternidade e à licença paternidade, já que esse direito é, *a priori*, concedido à gestante, e, portanto, no caso da gestação por substituição, à mãe biológica.

No entanto, ao requerer essas licenças na Justiça, as cortes dos países cuja legislação permite alguma das modalidades da maternidade por substituição mostram-se em geral favoráveis à concessão das licenças, de forma análoga com o que é feito no caso de adoção.

A exemplo disso tem-se decisão administrativa brasileira favorável à mãe sócio-afetiva que requereu a licença maternidade, Mesmo não havendo previsão legal para tanto, no Brasil.²⁸

Ao passo do que vem seguindo as discussões internacionais a respeito do tema, a adoção não é o instrumento jurídico correto a ser utilizado nos casos de maternidade por substituição. Essa comparação, portanto, pode trazer mais prejuízos do que benefícios, já que o que se busca em nível nacional e internacional é a regularização da maternidade por substituição e das demais formas de reprodução assistidas como institutos jurídicos autônomos, e não como equivalentes à adoção, já que essa confusão pode causar vários danos.

²⁸ BRASIL, **Processo Administrativo Nº 15.038**, Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais (Em parecer da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais no processo administrativo de número 15.038, estabeleceu-se que era devida a licença maternidade a mãe sócio-afetiva de criança nascida de gestação por substituição, visando o bem-estar da criança, valor este que deve ser, segundo o parecer, priorizado pelo Direito Brasileiro).

Ao regular a maternidade por substituição como instituto autônomo, poder-se-ia obter os efeitos e direitos advindos da filiação, tal qual a licença maternidade, no instante do nascimento da criança, e não ter que se submeter a um processo mais complexo tal como ocorre com a adoção.

Com esse cenário de conflitos no plano jurídico quanto à questão da maternidade por substituição, foi realizada a Conferência da Haia de 2013 que tratou a questão de forma mais específica.

4. A CONFERÊNCIA DA HAIA DE 2013

A Conferência da Haia sobre Maternidade por substituição definiu quais casos interessam ao Direito Internacional Privado: aqueles que envolvem mais de um país de residência habitual, nacionalidade ou domicílio de pais ou gestantes. A Conferência definiu também que cabe ao Direito Internacional prezar pelos interesses dos pais que planejaram a gestação, da gestante e, especialmente, da criança.²⁹

A respeito do bem-estar da criança proveniente da maternidade por substituição, Anne-Marie Hutchinson³ fez a seguinte consideração em seu artigo sobre a Conferência da Haia:

“The United Nation Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights confirm a child’s right to parentage, a right to know their parentage and a right to non-discrimination through their status acquired at birth by virtue of their parentage. The determination of who has legal parentage for a child has far reaching consequences, which will affect the child not only in childhood but also into adulthood. Parentage determines nationality, rights of citizenship, rights of abode, who is responsible for a child’s care and who is responsible to provide for a child” HUTCHINSON, Anne- Marie, **The Hague Convention on Surrogacy: Should we agree to disagree?**, ABA Section of Family Law 2012 Fall CLE Conference Philadelphia, 2012

Levando isso em consideração, foram estabelecidos pela Conferência de Haya os seguintes parâmetros recomendados para a prática da maternidade por substituição no plano internacional³⁰:

- a realização de uma avaliação detalhada dos pais que planejam a criança e da gestante, antes do início do processo;
- a exigência de que os pais e a gestante se comprometam com tudo o que foi aconselhado e combinado quanto ao processo de concepção e gravidez;

²⁹ HUTCHINSON, Anne- Marie, **The Hague Convention on Surrogacy: Should we agree to disagree?**, ABA Section of Family Law 2012 Fall CLE Conference Philadelphia, 2012

³⁰ HUTCHINSON, Anne- Marie, **The Hague Convention on Surrogacy: Should we agree to disagree?**, ABA Section of Family Law 2012 Fall CLE Conference Philadelphia, 2012

- a obrigação de que os pais que se utilizem da gestação por substituição paguem assistência legal independente para a gestante;
- o comprometimento dos profissionais médicos, jurídicos e outros envolvidos, para que prestem a melhor prática e providenciem os melhores serviços de cada área específica.

Tendo esses fatores como base para a realização da prática da maternidade por substituição, a Conferência da Haia passou a estudar como se dariam no plano jurídico e legal esses casos concretos. Admitindo-se acordos internacionais como a melhor forma de conferir segurança às partes envolvidas, a Conferência ainda identificou critérios básicos a serem por eles observados³¹:

- (i) regras uniformes de jurisdição de cortes ou outras autoridades para decidir sobre a filiação legal;
- (ii) regras uniformes no que diz respeito à lei aplicável ao processo de maternidade por substituição;
- (iii) regras que providenciem reconhecimento e reforcem as decisões feitas pelos pais envolvidos quanto à filiação da criança.
- (iv) regras uniformes quanto à lei aplicável para o estabelecimento dos pais que planejaram a gravidez, como pais de fato da criança, por meio de lei ou de acordo;
- (v) regras uniformes no que diz respeito ao estabelecimento dos pais por reconhecimento voluntário.

Outro questionamento que surge quanto a esses conflitos internacionais é a sua possível solução por meio da adoção da criança planejada pelos pais contratantes.³² A respeito disso, se dispôs na Conferência da Haia:

“The Hague Conference has expressed concern that the use of the Adoption Convention on an ad hoc basis in the past in surrogacy cases

³¹ HUTCHINSON, Anne- Marie, **The Hague Convention on Surrogacy: Should we agree to disagree?**, ABA Section of Family Law 2012 Fall CLE Conference Philadelphia, 2012

³² NICHOLS, Michael QC, **Legal problems with international surrogacy arrangements**, 2013

might lead to more widespread use in the future. Characterising this as “inappropriate”, a number of reasons why it cannot be used have been advanced. These include the need for the consent of the birth mother to be given after the birth of the child and not to have been induced by payment or compensation of any kind), and the principles of subsidiarity and the procedural safeguards, particularly in the receiving state” HUTCHINSON, Anne- Marie, **The Hague Convention on Surrogacy: Should we agree to disagree?**, ABA Section of Family Law 2012 Fall CLE Conference Philadelphia, 2012.

Assim como a doutrina já existente a respeito do tema, a Conferência da Haia considerou inadequada a adoção como forma de solução desses conflitos. Isso porque, por se tratar de um procedimento específico e existirem legislações específicas para os casos de adoção internacional, a adoção seria inadequada para os casos de maternidade por substituição, pois haveria necessidade de considerar a gestante contratada como mãe de fato da criança planejada e, ao colocar para adoção uma criança, gestada e concebido em troca de pagamento, violar-se-ia uma série de direitos fundamentais, além de burlar um processo que se pretende fazer dentro da legalidade.

Com a realização da Conferência da Haia sobre maternidade por substituição, o tema passa a tomar contorno mais delimitado no âmbito do Direito Internacional Privado. Restaram, no entanto, muitas questões sem resolução e sem consenso a serem discutidas no âmbito do Direito Internacional e do Direito de Família.

5. EXPERIÊNCIAS DO DIREITO COMPARADO

No direito comparado, verifica-se que há vários países em que a maternidade por substituição é um fenômeno lícito, inclusive na sua modalidade comercial, com algumas diferenças em suas moldagens jurídica de país para país. Exemplos de legislação assim ocorrem no estado da Califórnia, na Ucrânia, na Rússia, no Cazaquistão, na África do Sul e na Índia.

Outros países permitem a substituição desde que não haja pagamento à gestante. É o que ocorre no Brasil, na Austrália – onde é permitido o que se chama de “substituição altruística” (altruistic surrogacy)³³, em alguns estados norte-americanos, na Escócia, na Dinamarca, em Israel e na Espanha, para citar alguns exemplos.

Já em outros países, não há previsão legal permitindo ou proibindo expressamente a prática da gestação por substituição, como no caso da Tailândia e da Argentina.

Há, ainda, aqueles países em que a legislação expressamente proíbe a prática em qualquer modalidade, considerando, nesse caso, a gestante como sua única mãe juridicamente válida para a criança vindoura. É o que se verifica na Nova Zelândia, Bulgária, Alemanha e França. Vale destacar ainda que, nesse grupo de países, se inserem aqueles que criminalizam a gestação por substituição na modalidade onerosa, ou mesmo a efetivada a título gratuito.

Ainda num estudo do Direito Comparado, observa-se que as legislações, de forma geral e em regra, atribuem a maternidade à gestora. A situação da maternidade por substituição, porém, exige lei específica para diferenciar esses casos e investi-los de validade jurídica e moral. A justificativa para essa necessidade não tem fundamento, em última análise, no critério de escolha legal da parturiente, mas sim na nulidade de eventual contrato em que a gestante tenha se comprometido, onerosamente ou não, a ceder seu útero para gerar uma criança.

Cada país apresenta legislação específica, trate ou não da maternidade por substituição, que adote critérios para a filiação, sejam eles biológicos, genéticos

³³ NICHOLS, Michael QC, **Legal problems with international surrogacy arrangements**, 2013

ou sócio-afetivos. Embora a maternidade, na maioria das vezes seja presumida, nem sempre é abordada dessa forma na legislação.

Num estudo do Direito comparado, apresenta-se aqui como se dá a situação da maternidade por substituição pelo mundo:

5.1 ARGENTINA³⁴

No direito argentino não se prevê nada sobre maternidade por substituição, sendo, portanto, um caso de omissão legislativa. Somente são consideradas na legislação vigente argentina a filiação biológica e por adoção.

De acordo com Jonhattan Brodsky, no Cuaderno ASADIP de 2015, tal lacuna normativa é inadmissível: o silêncio legal leva a interpretações divergentes que provocam resoluções distintas por parte dos magistrados, gerando insegurança jurídica no país quanto à resolução dos conflitos derivados da maternidade por substituição.

Brodsky menciona ainda o “Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” de 2012, que aborda tal questão para o direito Argentino e para o Direito Internacional Privado (como fonte interna daquele país):

“El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”. BRODSKY Jonhattan M., **La “maternidad subrogada” en el DIPr: análisis de la legislación argentina vigente y proyectada**, CUADERNO ASADIP, Jóvenes investigadores, 2015

³⁴ BRODSKY Jonhattan M., **La “maternidad subrogada” en el DIPr: análisis de la legislación argentina vigente y proyectada**, CUADERNO ASADIP, Jóvenes investigadores, 2015

Esse projeto de Código Civil trata de algumas questões necessárias para a introdução da maternidade por substituição no ordenamento jurídico doméstico da Argentina. A primeira dessas questões é a instituição legal do consentimento informado, documento assinado pelos profissionais envolvidos e pelas partes para a realização do procedimento de técnica de reprodução assistida e para a constituição do vínculo filiatório e sua devida homologação judicial. Esse documento seria também o responsável para garantir a presença de todos os requisitos necessários para proceder a maternidade por substituição, quais sejam:

- 1- a preservação dos interesses da criança que venha a nascer;
- 2- -a plena capacidade e boa saúde física e psíquica da gestante;
- 3- que ao menos uma das partes contratantes tenha doado óvulo ou espermatozoide;
- 4- a impossibilidade de levar a gestação de outra forma;
- 5- que a gestante não tenha doado seus óvulos;
- 6- que a gestante não seja paga para tanto (modalidade onerosa);
- 7- que a gestante não tenha se submetido a um processo de maternidade por substituição por mais de 2 vezes;
- 8- que a gestante tenha dado luz a pelo menos um filho ou filha próprio(a).

O "Proyecto" até o presente ano de 2016 ainda não foi apreciado para validade em âmbito nacional, mas apresenta uma solução apropriada para a questão da maternidade por substituição tanto no âmbito interno quanto no âmbito do Direito Internacional Privado.

5.2 AUSTRÁLIA³⁵

Na Austrália, o "Artificial Conception Act 1985 (WA)" regula a fertilização artificial, as partes envolvidas nesse processo e a relação de cada uma com a

³⁵ NICHOLS, Michael QC, **Legal problems with international surrogacy arrangements**, 2013

criança vindoura. Esse documento é importante para entender os objetivos legais e sociais da legislação vigente australiana

Semelhante a outras legislações estrangeiras, a australiana regula essa situação para evitar conflitos com relação à maternidade e paternidade de crianças concebidas artificialmente. Na concepção australiana, a mãe é quem dá a luz à criança e, portanto, a gestante, mesmo nos casos de maternidade por substituição. Quanto ao pai, presume-se que seja o marido da gestante (se houver um).

Verifica-se, portanto, que a legislação vigente australiana, como regra, nega a maternidade por substituição como uma situação legalmente válida em território nacional. No entanto, tem-se o Surrogacy Act 2008 (WA), que prevê o que se denomina de “parantage order”, uma possibilidade de maternidade por substituição concedida apenas a mulheres, na modalidade contratual não onerosa da maternidade por substituição.

O Surrogacy Act de 2008 prevê ainda a imposição de pena àqueles que praticarem a maternidade por substituição fora da hipótese legalmente conferida em território nacional ou internacional.

5.3 FRANÇA³⁶

Na França, a maternidade por substituição é estritamente proibida. Esse é um dos países que protagoniza casos de conflitos que envolvem a maternidade por substituição no âmbito do direito Internacional privado, justamente devido à legislação que proíbe expressamente esse fenômeno.

Em casos que ficaram conhecidos como *Menesson vs. France* e *Labassee vs. France*³⁷, a Corte Europeia de Direitos Humanos (European Court of Human Rights, ECtHR) determinou que a recusa do país em conferir às crianças envolvidas nacionalidade e cidadania violavam os direitos humanos. Foram utilizados para embasar essas decisões os direitos subjetivos a não discriminação e o direito a um julgamento justo.

³⁶ ISAILOVIC, Ivana **The ECtHR and the Regulation of Transnational Surrogacy Agreements**, disponível em: ejiltalk.org, 2010.

³⁷ Caso abordado no capítulo nº 5.

A respeito dos casos supramencionados, Ivana Isalovic, pesquisadora da Universidade de Bruxelas, afirma:

“This is the first time the ECtHR has considered the question of transnational surrogacy. The decisions tackle some of the vexing issues related to the regulation of the booming global surrogacy market. These issues include ethical and political concerns related to the commodification of the body. Also in question are the definitions of citizenship and parenthood in a context in which the differences between domestic regimes illustrate a variety of cultural and political understandings of filiation and parenthood. This post focuses on the latter set of issues and the legal uncertainties they create.”

(...)

“According to the Court, depriving the children of filiation negatively impacts fundamental aspect of their identity protected by article 8 and conflicts with their best interests that must be taken into account in all decisions that concern them.” ISAILOVIC, Ivana **The ECtHR and the Regulation of Transnational Surrogacy Agreements**, disponível em: ejiltalk.org, 2010.

No entanto, apesar da postura que vem adotado os tribunais internacionais europeus a respeito do tema, a legislação interna da França e a jurisdição desse país ainda adotam a solução radical de negar qualquer filiação legal, nacionalidade e cidadania às crianças que nascem por meio de maternidade por substituição em outros países, mesmo que os pais contratantes sejam franceses.

Uma possível solução para os casos de conflito na França, embora não solva todos os casos juridicamente envolvidos de maternidade por substituição, é a comprovação de ligação genética entre os pais contratantes e a criança. A legislação francesa reconhece a filiação genética e, nesses casos, considerando-se o melhor interesse da criança, é possível obter reconhecimento por parte da justiça francesa desse vínculo entre filho e pais contratantes (e, nesse caso, necessariamente genéticos) para que a criança obtenha registro, nacionalidade e cidadania franceses.

5.4 ALEMANHA³⁸

³⁸ HUTCHINSON, Anne- Marie, **The Hague Convention on Surrogacy: Should we agree to disagree?**, ABA Section of Family Law 2012 Fall CLE Conference Philadelphia, 2012

Na Alemanha, a *gestação por substituição* é vedada pela Lei de Proteção aos Embriões, que, em seu art. 1º, tipifica como crime a conduta daquele que proceder à fecundação artificial em mulher que esteja disposta a ceder definitivamente o seu filho a terceiros após o nascimento.

A Alemanha, assim como a França e o Reino Unido, é dos países que apresenta maior número de conflitos no que concerne à maternidade por substituição, devido a legislação radicalmente proibitiva quanto ao tema. Muitos casos famosos no cenário internacional envolvem pais contratantes alemães que praticaram turismo reprodutivo em um país cuja legislação os possibilitasse ter filhos por meio da gestação por substituição.

5.5 ESPANHA³⁹

Na Espanha, quanto à *maternidad sub-rogada*, considera-se ilícito todo contrato de gestação no qual uma mulher renuncie à maternidade em favor de outrem, levando em conta que o corpo humano está fora do comércio jurídico e não pode ser objeto de contrato. Assim, tal contrato é cominado de nulidade com base nos artigos 1305 e 1306, c.c. artigos 1271 e 1275, todos do Código Civil Espanhol.

No entanto, é permitida a maternidade por substituição, na Espanha, pela modalidade não onerosa.

5.6 REINO UNIDO⁴⁰

Acerca da maternidade-de-substituição, o Direito Inglês, com o *Surrogacy Arrangements Act*, de 1995, proibiu peremptoriamente tal prática de forma remunerada, prevendo sanções para aqueles que descumpram a norma. Por outro lado, admitiu implicitamente sua utilização quando realizada sem qualquer remuneração.

³⁹ MARTINS, Flávio Alves et al, **Maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado**, Âmbito Jurídico, UFRJ, disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6607&revista_caderno=6UFRJ

⁴⁰ GAMBLE, Natalie **Surrogacy: creating a sensible national and international legal framework**, Features, 2012

O que se tem de mais recente em termos de regulação da maternidade por substituição no Reino Unido é o *Human Fertilization and Embriology Act* (HFEA) de 2008, que, apesar de não tratar especificamente da maternidade por substituição, mas sim de reprodução assistida e questões envolvendo embriões e células tronco, ainda é a regulação mais recente prevista para a resolução dos conflitos que envolvem a maternidade por substituição.

5.7 ÍNDIA⁴¹⁴²

A Índia é um dos países envolvidos no cenário internacional do turismo procriativo, já que é um dos países que permite a maternidade por substituição em ambas modalidades, contratual e não contratual. É estimado um mercado de 500 milhões de dólares anuais, com cerca de 200 mil clínicas operando no país. Algumas dessas clínicas são procuradas por cidadãos indianos, mas a maior parte é especializada em atender estrangeiros, pessoas que buscam um país cuja legislação os permita tornarem pais.

A despeito de a Índia ser o local mais procurado para maternidade por substituição contratual, suas cortes proferem decisões divergentes ao longo de seu território, havendo decisões bem permissivas quanto ao assunto, mas também decisões conservadoras. Cortes superiores, incluindo a Apex e a Suprema Corte tendem a reconhecer os pais contratantes como a filiação correta em casos de gestação por substituição, mas expressam preocupação com a natureza permissiva em excesso, que leva as mulheres que se sujeitam a esse processo a uma posição de vulnerabilidade à exploração por parte das clínicas.

5.8 TAILÂNDIA⁴³

A Tailândia é um destino comum para o turismo procriativo da maternidade por substituição, liderando o *ranking* mundial ao lado de outros países

⁴¹ HUTCHINSON, Anne- Marie, **The Hague Convention on Surrogacy: Should we agree to disagree?**, ABA Section of Family Law 2012 Fall CLE Conference Philadelphia, 2012

⁴² HENAGHAN, Mark **International Surrogacy Trends: How Family Law is Coping**, Australian Journal of Adoption Vol. 7 No.3

⁴³ HENAGHAN, Mark **International Surrogacy Trends: How Family Law is Coping**, Australian Journal of Adoption Vol. 7 No.3

em desenvolvimento como Índia, Panamá, Ucrânia e Rússia, sendo o destino mais comum de países com legislação menos permissiva quanto ao assunto como a Austrália, Nova Zelândia e outros países da Ásia.

É integrante do grupo de países que não têm legislação específica sobre o tema. A lei tailandesa estabelece que a mãe legítima é aquela que dá a luz, embora também se estabeleça em sua legislação que não é legítima a criança nascida de pais que não sejam casados.

Com essas disposições em seu ordenamento jurídico, sem proibição expressa à maternidade por substituição, ainda é possível aos pais que desejam ter filhos por meio dessa prática achar brechas na lei para a realização de seu planejamento parental.

Em um sistema fruto de uma sociedade intrinsecamente patriarcal, ao pai genético que requerer a filiação é possível o registro da criança nascida de uma eventual gestação por substituição. É possível também, aos pais contratantes, requerer à Corte Tailandesa para requerer a legitimidade da filiação. Em último caso, é possível aos pais contratantes requerer o poder familiar inerente à mãe biológica (que deu a luz à criança), embora a Corte se mostre relutante a essa alternativa a menos que a mãe biológica apresente algum comportamento considerado como absolutamente inaceitável.

5.9 NOVA ZELÂNDIA⁴⁴

Na Nova Zelândia, a maternidade por substituição é ilegal, atualmente. No entanto, uma nova lei, chamada Care of Children (Adoption and Surrogacy Law Reform), está na iminência de ser editada. Esse projeto de lei é comumente chamado pelos membros do Parlamento neozelandês de Bill's Ballot. O projeto pretende reformar tanto o instituto da adoção quanto da maternidade por substituição na Nova Zelândia.

Em relação à maternidade por substituição, esse projeto pretende ser mais permissivo que a lei vigente (*Status of Children Act* de 1969), havendo previsão

⁴⁴ HENAGHAN, Mark **International Surrogacy Trends: How Family Law is Coping**, Australian Journal of Adoption Vol. 7 No.3

legal inclusive para os casos que ocorrem no estrangeito, desde que na modalidade altruística. Reafirma também, o melhor interesse da criança como prioridade.

6. CASOS INTERNACIONAIS DE CONFLITOS QUE ENVOLVEM A MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO

6.1 Caso Balaz⁴⁵

Um casal alemão (casal Balaz), contratou uma gestação por substituição na Índia, tendo sido utilizados nesse processo, como gametas, os espermatozoides do sr. Balaz e óvulos doados. Da fertilização, nasceram os gêmeos Nikolas e Leonard, na Índia, em 2008. Os irmãos ficaram 2 anos sem cidadania, nacionalidade e ou filiação e sem outros direitos delas advindos, conseqüentemente. Eles foram inicialmente registrados na Índia, e passaram a ter seus pais sócio-afetivos (contratantes) como filiação.

O conflito internacional teve início quando as autoridades alemãs se recusaram a reconhecer as certidões de nascimento que estabeleciam a filiação ou a nacionalidade alemã das crianças, já que a maternidade por substituição é ilegal na Alemanha. Os Balaz entraram, então, com um processo judicial na Índia para tentar conseguir passaporte para os gêmeos irem para a Alemanha. No entanto, as primeiras instâncias negaram reconhecer os gêmeos como indianos, já que não tinham pais indianos, e então não poderiam emitir os passaportes. A autoridade que emitiu a certidão de nascimento na Índia, posteriormente, substituiu a filiação maternal da sra. Balaz para a da gestante contratada, mantendo o sr. Balaz como pai das crianças no documento. Assim, as autoridades responsáveis pela emissão de passaporte na Índia concederam esse documento para os gêmeos.

Entretanto, posteriormente, o Ministério de Relações Internacionais da Índia ordenou que os Balaz entregassem os passaportes enquanto a questão não era julgada pela corte superior de Gujarat. A corte, por sua vez, reconheceu a nacionalidade das crianças como indianas, porque nascidas em solo indiano por uma mãe indiana, dando a entender que mães biológicas (gestantes) poderiam ser consideradas as mães legais, apesar de a lei vigente indiana dispor justamente no sentido contrário.

⁴⁵ HENAGHAN, Mark **International Surrogacy Trends: How Family Law is Coping**, Australian Journal of Adoption Vol. 7 No.3

Embora o casal tenha conseguido essa vitória da justiça indiana, a autoridade responsável pela emissão de passaportes se recusou a emitir novamente os passaportes dos gêmeos. A questão chegou à Corte Superior na Índia, que veio a julgá-la em dezembro de 2009. Isso incitou as autoridades indianas a considerar saídas não judiciais e sugeriram a adoção como uma possível solução.

No entanto, a adoção, ideia suscitada no processo, não foi possível porque certos requisitos para o processo de adoção estabelecidos na Convenção da Haia eram conflitantes. Ademais, a própria lei indiana estabelece que a criança precisa ser órfã ou abandonada para que ocorra a adoção, o que obviamente não era o caso, além de não considerar legal o contrato entre pais biológicos e adotivos.

A Corte de Apex pediu à Agência Central de Adoção na Índia que reconsiderasse a jurisdição a respeito. Antes de chegar a esse ponto do processo, a Alemanha emitiu passaportes e vistos para os gêmeos, que assim puderam deixar a Índia com o acordo de que os Balaz iriam formalmente adotar os gêmeos em conformidade com a lei alemã.

6.2 Caso do Bebê Manji⁴⁶

Em 2008, um bebê nasceu de uma gestação por substituição, de gestante indiana e pais contratantes do Japão. O casal japonês utilizou gameta do marido, sr. Yamada, e óvulo doado de uma mulher indiana. Pouco antes do nascimento do bebê Manji, os Yamada se divorciaram e a sra. Yamada não reivindicou a guarda ou qualquer outro direito sobre o bebê.

Seguindo as direções do chefe de registros do Escritório Municipal de Anand, uma certidão de nascimento foi emitida somente com o nome do sr. Yamada a título de filiação. Autoridades japonesas alertaram o sr. Yamada que ele só poderia trazer o bebê Manji para o Japão adotando o bebê de acordo com as leis japonesas e indianas e obtendo um passaporte indiano.

Enquanto o senhor Yamada tentava obter os documentos relevantes para a adoção de Manji, uma ONG chamada Satya entrou com uma petição na Corte

⁴⁶ HENAGHAN, Mark **International Surrogacy Trends: How Family Law is Coping**, Australian Journal of Adoption Vol. 7 No.3

Superior de Rajasthan buscando impedir Manji de ser levado da Índia. Satya desafiou a legalidade da maternidade por substituição comercial e acusou a clínica em que Manji nasceu de troca ilegal de crianças. Alegou ainda que, dadas as lacunas da lei de maternidade por substituição na Índia, ninguém poderia requerer a filiação de Manji, nem o sr. Yamada.

A Corte Superior de Yamada requereu que Manji fosse levado à sua presença dentro de quatro semanas. Em resposta, a mãe do sr. Yamada entrou com uma petição em nome do bem-estar de Manji na Corte Suprema Indiana. A corte Suprema concedeu a ela a custódia temporária de Manji e decidiu, quanto aos processos envolvendo a Satya, que uma comissão organizada pelo Ato de Proteção às Crianças de 2005, e não a Corte Superior de Rajasthan, era o foro apropriado para suas reivindicações. A Corte Suprema também atestou a maternidade por substituição, em sua modalidade comercial, como sendo legal na Índia.

Depois desse julgamento, o órgão de emissão de passaporte de Jaipur deu uma permissão especial e emitiu para Manji uma certidão de identidade. A embaixada japonesa em Nova Deli garantiu a Manji um ano de visto japonês, por princípios humanitários, e a avó de Manji pode levá-la para Japão.

6.3 Caso L- Hedley J⁴⁷

Esse foi um dos primeiros casos no Reino Unido que levantou o questionamento de se a maternidade por substituição em sua modalidade comercial seria aceita pelas leis britânicas. Um casal britânico pagou a uma mulher estadunidense do estado de Illinois para que gestasse seu filho, o que resultou no nascimento do Bebê L. O casal trouxe L, que tinha passaporte estadunidense temporariamente concedido, para o Reino Unido.

A justiça do Reino Unido teve de ponderar se os pais contratantes seriam considerados os pais legítimos do Bebê L, dado o pagamento pela gestação por substituição fora dos gastos consideráveis razoáveis para um contrato não oneroso, o que é considerado ilegal no Reino Unido, de acordo com o Human Fertilisation and Embryology Act de 2008.

⁴⁷ HENAGHAN, Mark **International Surrogacy Trends: How Family Law is Coping**, Australian Journal of Adoption Vol. 7 No.3

Hedley J, terceiro que se envolveu com a causa da maternidade por substituição no Reino Unido, emitiu um parecer em que reconhecia a filiação do bebê aos pais contratantes, afirmando que o bem-estar da criança era a prioridade absoluta e nesse caso o bem-estar do Bebê L. deveria prevalecer sobre quaisquer considerações de política pública a respeito dos contratos de maternidade por substituição. A polícia contra-argumentou dizendo que os acordos de maternidade por substituição não deveriam ser usados para driblar as leis de cuidados às crianças no país e que a corte deveria estar atenta para não se envolver nesses casos que se resumiam a compra de crianças. Até o momento, o caso se encontra no mesmo estado.

6.4 Os casos Ucrânicos⁴⁸

Os casos ucranianos envolveram situações parecidas e ambos antecederam o caso de Hedley J. Em cada caso, um casal contratante britânico planejou uma gestação por substituição na Ucrânia, usando gameta do marido e óvulos doados. Já que em ambos os casos a gestante era casada, a lei britânica considerava as gestantes e seus maridos como os pais legais das crianças, de acordo com o Human Fertilisation and Embryology Act de 1990.

A lei ucraniana reconhecia os pais contratantes como a filiação adequada para as crianças, o que significava que elas não teriam direito a residência ou cidadania ucraniana. O conflito entre as leis britânicas e ucranianas resultou na nacionalidade e cidadanias inexistentes das crianças, além de não terem sequer filiação reconhecida.

Autoridades britânicas interferiram no caso e, após providenciar testes de DNA provando que os pais contratantes eram também os pais genéticos das crianças, foi permitido a elas que ingressassem em território britânico, ainda que, “fora das regras”.

Focando no bem-estar das crianças, Hedley J emitiu um parecer de filiação em favor dos pais contratantes em ambos os casos e formulou um requerimento para a Human Fertilisation and Embryology Regulations de 2010 para

⁴⁸ HENAGHAN, Mark **International Surrogacy Trends: How Family Law is Coping**, Australian Journal of Adoption Vol. 7 No.3

que fosse dispensado o documento de filiação a qualquer criança com cidadania britânica nascida por meio de gestação por substituição.

6.5 Caso D e L⁴⁹

Em D. e L. a Corte indiana considerou imprescindível o consentimento da mãe biológica (gestante por substituição). Os pedidos de filiação foram feitos por casais em união estável que pagaram a uma mulher na Índia para que gestasse e desse a luz aos seus filhos gêmeos. Todo o acordo foi arranjado por uma clínica e por uma corte formal de acordos de maternidade por substituição.

O casal começou a tomar conta das crianças tão logo que nasceram, mas a clínica nunca chegou a requerer o documento de consentimento da mãe gestante e, após seis semanas do nascimento das crianças, a situação se tornou extremamente hostil para os pais contratantes.

Incapazes de reencontrar a mulher indiana, eles tentaram conseguir a filiação sem a declaração de consentimento da gestante, invocando uma exceção às regras do requerimento. Embora enfatizando que o consentimento é um elemento muito importante para garantir o direito à filiação, já que teoricamente a mãe por substituição é a mãe natural das crianças, a corte decidiu que naquele caso específico tal documento poderia ser dispensado.

Muitos esforços haviam sido feitos no intuito de achar a mãe biológica, mas depois de seis semanas, não foi possível relocizá-la. Esse foi o primeiro caso que permitiu que a filiação fosse concedida sem o consentimento da mãe por substituição e o juiz alertou que era errado passar por cima da lei para obter a filiação, em regra geral, embora tenha feito uma exceção para o caso.

6.6 O caso dos gêmeos Goldberg⁵⁰

Um casal homossexual israelense, formado por Goldberg e Angel, contratou uma gestação por substituição na Índia, com um óvulo doado e esperma

⁴⁹ HENAGHAN, Mark **International Surrogacy Trends: How Family Law is Coping**, Australian Journal of Adoption Vol. 7 No.3

⁵⁰ HENAGHAN, Mark **International Surrogacy Trends: How Family Law is Coping**, Australian Journal of Adoption Vol. 7 No.3

de Goldberg. A legislação israelita permite a maternidade por substituição, mas não permite que casais homossexuais se tornem pais por esse método. Quando a gestação por substituição contratada resultou no nascimento dos gêmeos, o casal não pode retornar a Israel com as crianças depois que a Corte de Família de Jerusalém recusou a realização de um teste de paternidade.

Essa questão foi debatida no Parlamento Israelense e, com apoio do então Primeiro Ministro, foi decidido que, para resguardar o interesse das crianças, fosse realizado o teste de paternidade, para que se desse início ao processo de cidadania das crianças. O teste de DNA confirmou que Goldberg era o pai genético dos gêmeos e, portanto, lhes era devida a concessão de passaportes israelenses para que pudessem sair da Índia, onde viveram por três meses, com destino a Israel.

6.7 Caso Menesson⁵¹

Um casal francês, os Menessons, pagou 10.000 dólares a uma mulher na Califórnia para que gestasse suas filhas gêmeas, que foram concebidas usando o esperma de Menesson e óvulos doados por uma amiga. As gêmeas receberam certidões de nascimento estadunidenses, certificando os Menessons como seus pais. Os Menessons conseguiram retornar à França com as gêmeas, mas passaram 10 anos batalhando na justiça para que fossem reconhecidas a cidadania e a filiação das crianças.

Em 2010, a *Cour D'Appel* reconheceu os Menessons como pais legítimos. No entanto, como a maternidade por substituição é ilegal na França, eles recusaram a dar cidadania às crianças. A decisão da *Cour D'Appel* foi recorrida na *Cour de Cassation*, que não aceitou, por sua vez, os argumentos dos advogados dos Menessons de que o bem-estar e as necessidades das crianças deveriam prevalecer. Ou seja, elas continuariam não tendo os direitos concedidos às demais crianças francesas, como educação básica e acesso a tratamento de saúde gratuito. Quando atingirem a maioridade, elas não poderão viver, votar ou trabalhar na Europa, de acordo com a situação atual.

⁵¹ HENAGHAN, Mark **International Surrogacy Trends: How Family Law is Coping**, Australian Journal of Adoption Vol. 7 No.3

6.8 O Caso Volden⁵²

Uma mulher solteira norueguesa, a senhora Volden, procurou em 2009 uma clínica indiana, em busca de possibilidades de ter um filho ou filha por meio da maternidade por substituição, e foi aconselhada pela clínica a utilizar esperma doado por um doador escandinavo anônimo e óvulos doados por uma indiana.

A gestação por substituição resultou no nascimento de dois meninos gêmeos. A Índia aceitou a senhora Volden como a mãe legal e, portanto, não permitiria que os gêmeos se tornassem cidadãos indianos.

No entanto, autoridades na Noruega, onde maternidade por substituição é ilegal, rejeitaram o requerimento da senhora Volden de documentos para a viagem para os gêmeos, após realização de teste de DNA, que confirmou que ela não era geneticamente ligada a eles.

Autoridades norueguesas não garantiriam aos gêmeos a cidadania norueguesa sem um pai ou uma mãe noruegueses e também negaram o pedido de adoção feito pela senhora Volden. Até 2011, Volden ainda morava na Índia com os gêmeos – até então apátridas, tentando juntar dinheiro para possíveis ações legais que pudessem levar os gêmeos para a Noruega.

6.9 O caso dos gêmeos canadenses⁵³

Em 2005, um casal canadense contratou uma mulher na Índia para que gestasse seus filhos, utilizando esperma do marido e um óvulo doado. Os gêmeos, um menino e uma menina, nasceram em 2006 e o casal deu início ao processo de cidadania canadense no *Canadian High Commission* em Nova Delhi.

Crianças nascidas de gestação por substituição, normalmente tem cidadania garantida no Canadá, contanto que tenha ligação genética com o pai ou mãe canadense. O teste de DNA confirmou que a menina era filha genética do pai

⁵² HENAGHAN, Mark **International Surrogacy Trends: How Family Law is Coping**, Australian Journal of Adoption Vol. 7 No.3

⁵³ HENAGHAN, Mark **International Surrogacy Trends: How Family Law is Coping**, Australian Journal of Adoption Vol. 7 No.3

contratante, mas não confirmou o mesmo em relação ao menino, sugerindo que teria ocorrido um engano na clínica.

Não havia política prévia estabelecida pelas autoridades canadenses para lidar com esse tipo de situação, então a família teve de permanecer na Índia até 2011, quando foi concedida a cidadania à menina e documentos que permitiram a viagem ao menino.

6.10 O Caso Beasley

Uma mulher britânica, Helen Beasley, concordou em receber 20.000 dólares para gestar um filho de um casal californiano, Charles Wheeler e Martha Berman. Uma das cláusulas do contrato firmado entre as partes estabelecia que Beasley abortaria em caso de gravidez múltipla. Entretanto, Beasley argumentou, posteriormente, que havia feito acordo oral com o casal de que não haveria aborto após a décima segunda semana de gestação.

No entanto, Beasley e o casal contratante só foram informados na décima oitava semana de gestação que a gravidez era de gêmeos. Beasley entendeu ser moralmente reprovável eliminar um dos fetos nesse estágio da gravidez, além de se preocupar com os efeitos que uma possível aborção poderia causar ao feto remanescente. O casal contratante se recusou a aceitar a decisão de Beasley e informou-lhe que teria que abortar um dos fetos, assim como estabelecido no contrato, ou eles se recusariam a aceitar os dois bebês, já que não queriam separar as duas crianças, e afirmaram que elas seriam então responsabilidade de Beasley. Além disso, afirmaram que se persistisse na ideia de não abortar um dos fetos, eles não efetuariam qualquer pagamento.

Beasley se mudou temporariamente para a Califórnia, como já estava acordado, onde ela não seria considerada a mãe legal das crianças, como ocorreria no Reino Unido. Ela não tinha condições de mantê-las e nem queria criá-las como filhos. No entanto, o fato de ela não ser considerada a mãe legítima, a impedia de colocar as crianças para adoção.

O casal californiano chegou ainda a cobrar 80.000 dólares de Beasley alegando quebra de contrato. Esta, por sua vez, processou-os por danos morais e, ao mesmo tempo, entrou com um pedido na *family court* para que os direitos legais

de Wheeler e Berman como pais fossem revogados, para que assim ela pudesse colocar as crianças para adoção. Os gêmeos foram adotados por outro casal e a Corte Californiana ordenou que Wheeler e Berman pagassem a Beasley 6.500 dólares.

7. O FUTURO DA MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Como já foi aqui afirmado, a legislação doméstica a respeito do assunto é extremamente variada dependendo do país.

A respeito das diferentes legislações existentes mundo a fora, Mark Henaghan, em seu artigo a respeito das tendências internacionais quanto ao tema, diz o seguinte:

“Countries have taken different legislative approaches to commercial surrogacy arrangements, which combined with a lack of international regulation, creates a number of legal problems and conflict of law issues. Several countries, including France,² even if no commercial element is present in the agreement. Others such as the United Kingdom, Australia, New Zealand, Israel, and Holland allow altruistic surrogacy only. In only a few countries is commercial surrogacy allowed and surrogacy agreements legally enforceable. These countries, including India, Ukraine, Russia and some American states (notable California and Florida) have consequently become destinations for couples seeking a child via surrogacy. Italy, Germany, China and Japan ban surrogacy arrangements altogether.”

(...)

“While India is undoubtedly the most common location for commercial surrogacy, other developing countries such as Panama and Thailand are also popular destinations. Equally, the relaxed regulatory regimes found in the Ukraine and Russia afford European intending parents an option that is closer to home than Asia or South America.” HENAGHAN, Mark **International Surrogacy Trends: How Family Law is Coping**, Australian Journal of Adoption Vol. 7 No.3

Haja vista a facilidade legislativa para a prática da maternidade por substituição e a falta de regulação de clínicas especializadas em alguns países, aliadas a uma falta de conhecimento do processo pelas gestantes contratada (a respeito das questões médicas e legais), gera-se um quadro de exploração dessas mulheres, especialmente em países em desenvolvimento, formando um cenário de turismo procriativo que serve às clínicas milionárias, ao passo que fere os direitos humanos inerentes a essas mulheres e seus corpos. O acompanhamento médico e psíquico, que deveria ser obrigatório para essas mulheres ao longo do processo, muitas vezes é inexistente.

Alguns estudiosos advogam pelo banimento da maternidade por substituição no plano internacional⁵⁴, alegando que os riscos são muito altos e a regulação existente é insuficiente para contornar os males éticos e morais derivados do processo de uma maternidade por substituição comercial.

No entanto, outra corrente afirma que a estrita proibição da prática colaboraria apenas para o crescimento de um mercado negro de clínicas que realizam esses contratos, com regulação ainda mais permissiva, quando não inexistente. Ao regular essa questão, os Estados poderiam ter maior controle sobre a prática buscando garantir da melhor forma os direitos da gestante, da criança planejada e dos pais contratantes.⁵⁵

Com relação às tendências internacionais nos julgamentos dos casos concretos acerca da maternidade por substituição, há um aparente padrão em surgimento⁵⁶. Enquanto tribunais da *Commonwealth* tendem a focar no bem-estar da criança planejada, visando assegurar que ela cresça em um lar seguro e estável e tenha direito a cidadania, os países da *civil law* europeia, como França e Noruega, tendem a se preocupar mais com as consequências de política pública que uma política permissiva com relação a esses casos de maternidade por substituição poderiam trazer.⁵⁷

Araújo, Vargas e Martel, em seu artigo **Gestação de Substituição: Regramento no Direito Brasileiro e seus Aspectos no Direito Internacional**

⁵⁴ MARTINS, Flávio Alves et al, **Maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado**, Âmbito Jurídico, UFRJ, disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6607&revista_caderno=6UFRJ

⁵⁵ ARAUJO, N., VARGAS, D., MARTEL, L.C.V. **Gestação de Substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado** Direito Internacional Contemporâneo, Curitiba, 2014

⁵⁶ ARAUJO, N., VARGAS, D., MARTEL, L.C.V. **Gestação de Substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado** Direito Internacional Contemporâneo, Curitiba, 2014

⁵⁷ ARAUJO, N., VARGAS, D., MARTEL, L.C.V. **Gestação de Substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado** Direito Internacional Contemporâneo, Curitiba, 2014

Privado, delimitaram algumas diretrizes possíveis a serem seguidas pelo Direito Internacional privado no tocante ao tema da maternidade por substituição.⁵⁸

De acordo com autoras, o Direito Internacional Privado deve seguir um caminho que traga certeza jurídica e segurança na resolução dos conflitos internacionais que envolvem o processo de maternidade por substituição, com foco na proteção dos direitos da criança, dos pais contratantes, bem como da gestante contratada.

Entre as regras propostas pelas autoras a serem seguidas pelos contratos de maternidade por substituição, podemos identificar:

a) determinar se a opção da legislação será pelo contrato do tipo oneroso ou gratuito;

b) averiguar a possibilidade da determinação da maternidade por força do contrato, o que possui duas implicações – no que diz respeito ao registro de nascimento que espelhe essa nova situação, e às consequências advindas do registro para a determinação da nacionalidade brasileira por *ius sanguinis*, pois a situação cria um novo critério para sua declaração;

c) não se deixar de impor aos pais contratantes todas as obrigações decorrentes da filiação; aceitando-se a validade do consentimento pela gestante de substituição;

d) determinar com clareza os limites impostos àquela que se dispõe a participar como gestante de substituição;

e) prever um sistema de supervisão e fiscalização das clínicas que praticam as técnicas da gestação de substituição, não apenas nos aspectos médicos, mas também quanto à observância das regras que regulamentam a prática médica e a bioética.

Por fim, ainda de acordo com Araújo, Vargas e Martel, a regulamentação deveria preocupar-se com as consequências da prática do turismo reprodutivo, no

⁵⁸ ARAUJO, N., VARGAS, D., MARTEL, L.C.V. **Gestação de Substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado** Direito Internacional Contemporâneo, Curitiba, 2014

plano jurídico, ao menos até que a comunidade internacional se manifeste e produza um documento.⁵⁹

No plano internacional, a doutrina apresenta também outra corrente de estudiosos que consideram a Maternidade de Substituição um instituto comparado à Adoção, a despeito de esta privilegiar o interesse da criança, de cujo poder familiar os pais foram privado, enquanto aquela busca satisfazer o interesse do casal infértil ou futuros pais, além de proteger a gestante doadora do útero em questão. Nesse contexto, é de difícil concepção a defesa do interesse de uma criança que não foi sequer gerada, mesmo que o interesse desta a partir do nascimento deva passar a ser prioridade tal qual o interesse da gestante.

Essa corrente que equipara a maternidade por substituição à adoção perde espaço no plano internacional, pela dificuldade de equiparação das legislações relativas a esses institutos, quando se pretende utilizar a adoção para resolver casos de maternidade por substituição⁶⁰.

⁵⁹ ARAUJO, N., VARGAS, D., MARTEL, L.C.V. **Gestação de Substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado** Direito Internacional Contemporâneo, Curitiba, 2014

⁶⁰ MARTINS, Flávio Alves et al, **Maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado**, Âmbito Jurídico, UFRJ, disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6607&revista_caderno=6UFRJ

8. A MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL

No Brasil, a maternidade por substituição não é regulada por lei, mas tão somente, até o momento, pela Resolução 2121/ 2015 do Conselho Federal de Medicina⁶¹ que atualizou os entendimentos anteriormente firmados pelas resoluções 1358/1992 e 2013/ 2013 do mesmo órgão⁶², e por Provimento recente do CNJ que seguiu o exposto na resolução mais recente do CFM.

O Brasil está dentro do grupo de países que admitem somente a forma não onerosa da maternidade por substituição. Os critérios para a prática são que a gestante possua parentesco até 4º grau com qualquer um dos pais contratantes, que as partes sejam maiores e capazes, que a gestante tenha idade máxima de 50 anos e que, sendo casada, o seu cônjuge concorde com a situação, além da clara proibição da comercialização (excetuando-se aqui o reembolso de despesas relacionadas à gestação, o que é claramente permitido).⁶³

As “Normas Éticas para Reprodução Assistida”, criadas pela resolução de 1358.1992 do CFM e mantidas pelas resoluções seguintes, instituíram os princípios a serem seguidos pelas técnicas de reprodução assistida, incluindo-se prática da maternidade por substituição. Dentre essas normas, destacam-se:

- 1) que a reprodução assistida seja subsidiária, ou seja, deve ser utilizada no caso das outras técnicas convencionais de reprodução falharem ou não serem biologicamente viáveis;
- 2) que toda manipulação genética deva evitar a seleção da espécie, princípio fundamental para evitar a eugenia;
- 3) que a gestante por substituição seja pessoa da família (até 4º grau de algum dos pais contratantes). Essa norma evita, teoricamente, a contratação onerosa para a realização da gestação de substituição, preservando-se o caráter altruístico do processo;

⁶¹ BRASIL,. **Resolução N° 2021, de 2015**, Conselho Regional de Medicina

⁶² BRASIL, **Resolução N° 1358, de 1992**, Conselho Regional de Medicina.

⁶³ BRASIL, **Resolução N° 2013, de 2013**, Conselho Regional de Medicina.

4) que a doação temporária do útero não tenha caráter lucrativo ou comercial, por entender-se que essa modalidade onerosa da maternidade por substituição violaria princípios éticos basilares da sociedade brasileira.

Em resumo, parentesco, benemerência, gratuidade e impossibilidade de reprodução pelas vias normais são os princípios que devem equilibrar esse regime de doação gratuita e temporária do útero e norteiam a aplicação da Resolução 2.121 2015 da CFM.

Essa Resolução também permite expressamente a utilização da gestação por substituição, por casais homoafetivos masculinos ou femininos, mesmo que não haja caso de infertilidade de qualquer dos cônjuges ou companheiros(as).⁶⁴

Estabelece ainda regras a serem seguidas pelas clínicas de reprodução assistida, tal como a realização de registro permanente dos pacientes e dos procedimentos realizados, além da sujeição desses registros à fiscalização do Conselho Federal de Medicina.⁶⁵

O registro da criança, seguindo a atual resolução do CFM, deve ser feito com base do tratamento médico realizado, ou seja, os pais contratados podem registrá-la como sua filha ou filho. Para tanto, os seguintes documentos devem constar no prontuário do paciente mantido pela clínica e ser apresentados no ato de registro das crianças vindouras:⁶⁶

- 1- consentimento livre e esclarecido informado, documento aprimorado pela resolução 2021/2015 do CFM. É o documento realizado entre os pais contratantes e a gestante, antes da realização da técnica de reprodução assistida; e deve abranger aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação da técnica de reprodução assistida utilizada, bem como informações pertinentes de caráter biológico, jurídico e ético.

⁶⁴ BRASIL. Conselho Regional de Medicina. **Resolução Nº 2021, de 2015**

⁶⁵ BRASIL. Conselho Regional de Medicina. **Resolução Nº 2021, de 2015**

⁶⁶ BRASIL. Conselho Regional de Medicina. **Resolução Nº 2021, de 2015**

- 2- relatório médico com perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional dos envolvidos;
- 3- Termo de Compromisso entre pais pacientes e a doadora temporária do útero, estabelecendo claramente a filiação da criança vindoura;
- 4- O assentamento do cônjuge ou companheiro da gestante. Essa regra se faz importante porque o ordenamento jurídico brasileiro, a priori, considera como sendo o pai de uma criança o cônjuge da mulher que lhe dá a luz. Com o consentimento do cônjuge da gestante por substituição, comprova-se a sua ciência da situação e da paternidade de fato da criança.

Ademais, as seguintes observações também devem constar no prontuário e ser de conhecimento de todas as partes envolvidas para a realização da maternidade por substituição, inclusive para a elaboração do documento do Consentimento Livre Informado:⁶⁷

- 1- garantia do direito à informação, por parte das clínicas, aos pais contratantes e à gestante, de todos os aspectos biopsicossociais do ciclo gravídico-puerperal e de todas consequências advindas da maternidade. Desse modo, as clínicas e os profissionais da saúde envolvidos devem manter as partes sempre informadas das consequências técnicas advindas de suas escolhas. Imprescindível também, no caso da gestação por substituição, a informação das possibilidades de aborto na lei brasileira, ou seja, no caso da maternidade por substituição, a possibilidade de aborto frente ao risco à saúde da gestante e da possibilidade por anomalias no feto que impeçam a vida extrauterina;
- 2- garantia de que o registro civil da criança será realizado pelos pais sócio-afetivos. Esse quesito serve para dar segurança tanto aos pais que planejaram a gravidez, dando validade ao planejamento parental, quanto à gestante por substituição, num eventual conflito

⁶⁷ BRASIL. Conselho Regional de Medicina. **Resolução Nº 2021, de 2015**

negativo. Serve também para garantir que a criança em questão tenha direito a filiação, nacionalidade e cidadania.

- 3- garantia, por parte dos pais pacientes, de tratamento e acompanhamento médico conferido à doadora temporária do útero durante toda gravidez e no período pós-puerperal.

Nesse sentido, o recente provimento do CNJ garantindo a realização de registro da criança havida por gestação por substituição por seus pais sócio-afetivos, desde que presentes os já mencionados requisitos estabelecidos pelo CFM, sem a necessidade de que conste do registro o nome da parturiente. Tal provimento veda ainda a recusa ao registro de filhos havidos por gestação por substituição (e demais técnicas de reprodução assistida) ou de filhos de casais homoafetivos⁶⁸.

Cumpra ainda destacar a crescente utilização do procedimento da maternidade por substituição por parte de casais homossexuais, que recorrem de maneira cada vez mais frequente a este método e, amparados pela permissão expressa que lhes confere a Resolução 2.121/2015, conseguem por meio dele ter filhos, encontrando, possivelmente, menos empecilhos do que no processo de adoção.

Quanto às relações homoafetivas, a Resolução 2013/2013, anterior à vigente, sofreu profunda alteração, a fim de adequar-se aos avanços do sistema jurídico brasileiro, após decisão do Supremo Tribunal Federal em 2011, equiparando as uniões homoafetivas ao casamento, na ADPF 132.⁶⁹

O CFM, desse modo, não reduziu o acesso à gestação de substituição apenas às pessoas em situação de infertilidade clínica, conceituada ao ensejo de um modelo biomédico. Ao contrário, permitiu o acesso à técnica também às pessoas em situação de infertilidade social, ou seja, aquelas que, embora fisicamente aptas a reproduzir-se, encontram outras barreiras e obstáculos, que podem ser superados

⁶⁸ BRASIL, **Provimento nº 52 de 14 de março de 2016**, Conselho Nacional de Justiça

⁶⁹ BRASIL, **ADPF Nº 132 DE 2011**, Superior Tribunal Federal

com segurança mediante emprego de técnicas de reprodução medicamente assistida.

Cumpra lembrar que a Resolução mais recente, de 2015, ao contrário do antigo entendimento a respeito do tema, não explicita exigências quanto à situação civil da autora do projeto parental ou da gestante, que não precisam ser casadas, podendo ser solteiras ou estar em uma união estável. Nada é estabelecido, até então, quanto às pessoas sozinhas, presumindo-se a legalidade da utilização da gestação por substituição por essas, já que inexistente proibição expressa.

Embora a resolução do CFM, bem como a recente conquista do provimento do CNJ, aparentem abarcar bem as situações que ocorrem no Brasil, há de se convir que a regulação que temos atualmente não tem legitimidade para vinculação social por não ter força de lei. Por isso, é passível de ocorrerem ainda conflitos jurídicos quanto à prática da maternidade por substituição em território nacional, embora não tenham os mesmos chegado às instâncias superiores do judiciário.

A ausência normativa e as dificuldades impostas pelo Conselho Federal de Medicina acabam impedindo a prática da maternidade de substituição e, de certa forma, incentivando a sua clandestinidade, pois na verdade a maternidade de substituição acaba ocorrendo à margem da existência de normatização específica.

No Brasil, há o entendimento predominante, de previsão constitucional, de que os filhos nascidos na constância do casamento presumem-se como sendo filhos genéticos do casal (1597 do Código Civil).⁷⁰ Há também a presunção de que mãe é quem dá a luz (*mater semper certa est*). Esses entendimentos mostram a necessidade de uma legislação específica que trate da maternidade por substituição, já que nesse modelo de reprodução, quebra-se o conceito de presunção de maternidade, substituindo-o por um conceito planejado, não biologicamente definido.

A respeito da situação no Código Civil Brasileira, Sílvio Salvo Venosa diz:

“Quanto à maternidade, deve ser considerada mãe aquela que teve o óvulo fecundado, não se admitindo outra solução, uma vez que o estado de família é irrenunciável e não admite

⁷⁰ BRASIL, **Código Civil**, 2002

transação. Nem sempre será essa, porém, uma solução eticamente justa e moralmente aceita por todos. A discussão permanece em aberto. 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, que o mesmo projeto de lei sobre reprodução assistida citado, em tramitação legislativa, proíbe a cessão do útero de uma mulher para gestação de filho alheio, tipificando inclusive essa conduta como crime. Sem dúvida, essa é a melhor solução. No entanto, a proibição não impedirá que a sociedade e os tribunais defrontem com casos consumados, ou seja, nascimentos que ocorreram dessa forma, impondo-se uma solução quanto à titularidade da maternidade. Sob o ponto de vista do filho assim gerado, contudo, é inafastável que nessa situação inconveniente terá ele duas mães, uma biológica e outra geratriz. Não bastassem os conflitos sociológicos e psicológicos, os conflitos jurídicos serão inevitáveis na ausência de norma expressa” (**Direito Civil: direito de família**, 2007, São Paulo: Atlas, 7ª ed., pág. 224)

Para Guilherme Calmon, deve permanecer a vontade volitiva que se quer revelar em prol do melhor interesse da criança:

“No Brasil, contudo, no estágio atual dos valores culturais, religiosos e morais relativamente à maior parte da sociedade, não se mostra possível conceber a licitude da prática da maternidade-de-substituição, conforme foi analisado, mesmo na modalidade gratuita. Contudo, em havendo a prática - mesmo que de forma ilícita -, logicamente que a criança não poderá ser considerada espúria e, conseqüentemente, deve ter resguardados os seus direitos e interesses, entre eles o de integrar uma família onde terá condições de ser amparada, sustentada, educada e amada, para permitir seu desenvolvimento pleno e integral em todos os sentidos, cumprindo-se, desse modo, os princípios e regras constitucionais a respeito do tema. Quanto à paternidade, maternidade e filiação originárias, no entanto, é oportuno observar o mesmo raciocínio anteriormente desenvolvidos a respeito da vontade como principal pressuposto para o estabelecimento dos vínculos, em substituição à relação sexual, já que também na maternidade-de-substituição - como prática associada às técnicas de procriação assistida - não há que se cogitar na conjunção carnal para o fim de permitir a concepção e o início da gravidez da mulher gestante” (O Biodireito e as Relações Parentais, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, págs. 862/863)

Nota-se que esse tema, na sociedade brasileira, gera discussões tanto de cunho ético como também jurídico, uma vez que desafia questões ligadas a institutos basilares do direito de família, tais como maternidade, paternidade, filiação e responsabilidade parental.

Constata-se que, atualmente, a grande dificuldade para se recorrer a avanços biotecnológicos como este reside muito mais em questões de ordem jurídica que no domínio da técnica necessária para o procedimento pelos profissionais.

Entretanto, a criação de uma lei a respeito do tema no Brasil ainda é uma realidade distante, já que não se podem ignorar aspectos morais e religiosos conservadores ainda predominantes na sociedade brasileira no que se refere ao biodireito, fertilização in vitro, células tronco e outras questões, o que dificultaria em muito que o Congresso atual, refletindo o pensamento da sociedade brasileira, aprovasse uma lei permitindo a maternidade por substituição.⁷¹

Não obstante, tendo em vista que a maternidade de substituição gera conseqüências fáticas – o nascimento de uma nova criança, mister se faz que o Direito cumpra seu papel e regule essa nova realidade social.

⁷¹ MARTINS, Flávio Alves et al, **Maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado**, Âmbito Jurídico , UFRJ, disponível em:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6607&revista_caderno=6UFRJ

9. DA CONSTITUCIONALIDADE DA MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE LEGALIDADE EXPRESSA DA MESMA NO DIREITO BRASILEIRO

Ao adotar expressões como gestante e adotante, a legislação brasileira atual reconhece a maternidade e os direitos e deveres dela advindos somente às mulheres que se encaixam nessas descrições hipotéticas normativas.

Se partirmos do pressuposto que determinados fenômenos sociais são regulamentados pelo Direito através de normas e que estas são as descrições hipotéticas que, se concretizadas, geram uma consequência jurídica determinada, é relativamente simples deduzir que a maternidade por substituição não encontraria resguardo na lei doméstica.

No entanto, essa é uma visão positivista kelsiana que rechaça qualquer inserção de origem metajurídica no objeto do Direito, mormente a de cunho axiológico.

Em oposição a essa tentativa de purificação do direito, de penetrações filosóficas e sociológicas, podemos chegar a conclusões diametralmente opostas se adotamos a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale, que, ao contrário de Kelsen, concilia fato, valor e norma numa concomitância não hierarquizada.⁷²

Na engrenagem histórica, o formalismo jurídico celebrado pelo positivismo jurídico gradualmente cede espaço para uma nova abordagem teórica que tenta construir, no arcabouço dos direitos fundamentais, um neoconstitucionalismo assentado no pós-positivismo.

Esse novo direito Constitucional de substrato axiológico, sob as lentes do pós-positivismo jurídico, não apenas compreende a situação jurídica gerada pela maternidade por substituição, como eiva de constitucionalidade as questões dela derivadas – quais sejam o direito à cidadania e nacionalidade da criança, o direito a licença maternidade e paternidade dos pais contratantes, e o direito a acompanhamento médico e psicológico e legal da gestante por substituição.

⁷² Reale, Miguel -**Lições Preliminares de Direito**, 27.ª ed, Saraiva, 2003

É característica imanente da sociedade a sua mutabilidade, o que resulta na rápida transformação de hábitos, costumes e valores sociais. Em a Força Normativa da Constituição, Konrad Hesse leciona:

“Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da forma normativa da constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tabula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.”

(...)

“Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta do seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (Sein) e dever ser (Sollen).” HESSE, Konrad, **Die normative Kraft der Verfassung** (1959) - Traduzido para o português por Gilmar Ferreira Mendes sob o título de **“A Força Normativa da Constituição”** (Fabris, 1991)

Vale lembrar a celebrada característica ínsita de “ser orgânico” da Constituição Federal, projeto aberto para o futuro, sem descurar, obviamente, da segurança jurídica. Em decisão do Supremo Tribunal Federal: STF – Rcl (Agr) nº 2617/MG, o relator, Ministro Cezar Peluso menciona que as constituições, enquanto planos normativos voltados para o futuro, não podem de maneira nenhuma perder a sua flexibilidade e abertura. Para o magistrado, naturalmente e na medida do possível, convém salvaguardar a continuidade dos *standards* jurisprudenciais: alterações de rota, decisões *overruling* demasiado repentinas e brutais contrastam com a própria noção de jurisdição. A percepção da continuidade como um valor não deveria, entretanto, significar uma visão petrificada da jurisprudência ou uma indisponibilidade dos tribunais para atender às solicitações provenientes do ambiente.

Fato é que, como aqui defendido, o texto constitucional não tem precisão matemática, e nem pretende ter. A evolução histórico-social incumbe à

hermenêutica constitucional uma função de densificação dos princípios fundantes da ordem jurídica e ponderação de valores, sem se esquecer do norteador princípio da razoabilidade. Podemos inferir então que há sempre um déficit a ser “preenchido”.

Fala-se aqui em superação do legalismo, do formalismo, que prestigia uma visão reducionista do regime jurídico, para adotar uma compreensão finalística do Direito, como conjunto de regras e princípios informativos. O cumprimento da lei não se resume à perseguição cega da forma, ou à simples análise da conformidade dos atos com regras legais, comportamento estreito e em desconformidade com os fins do Direito. O cumprimento da lei está na autêntica e contínua busca pelo seu conteúdo.

A doutrina e a jurisprudência repudiam a aplicação mecanicista da lei, o automatismo da conduta do administrador, preconizando atuação ponderada, racional, razoável, proporcional no exercício de suas competências. O formalismo jamais deve ser prestigiado em detrimento do interesse público. Conquanto não consignado em lei, o direito está expressamente consignado na sistemática de nossas leis, em princípios imperativos de nosso ordenamento legal.

Nesse contexto, tem-se que é inconcebível a ideia de que a criança nascida pelo método de técnica de reprodução assistida, por maternidade por substituição, lhe tenha negados direitos básicos como registro, a filiação, cidadania e nacionalidade; que aos pais genéticos lhes sejam dificultados os direitos de registro da criança, licença maternidade, paternidade e outros, e, à gestante por substituição, que sofra dificuldades no plano jurídico, pela não existência dessa situação fática equivalente literal no ordenamento jurídico brasileiro.

Com esses entendimentos atualmente no Direito Constitucional, fica claro que a realidade não deve se submeter à lei, e sim à lei se adequar à realidade. Nem sempre o processo legislativo do Congresso acompanha a realidade na mesma medida. Entretanto, a medida que essas questões chegam ao judiciário, este não pode se omitir de apreciá-las pela omissão da lei.

Tampouco, como demonstrado, o judiciário deve se ater a mero aplicador da lei desconsiderando a evolução da sociedade e complexidade das situações fáticas que nem sempre encontram resposta para os conflitos existentes na lei.

Para tanto, devem ser analisados esses conflitos à luz do neoconstitucionalismo, para que sejam resolvidos em conformidade com a lei Magna, mas sem desconsiderar os contornos, complexidades e o caráter progressista da sociedade do século XXI.

O Judiciário, enquanto Poder que constitui e equilibra o Estado, deve buscar a justiça não apenas normativa, mas também social para cada caso. Não deve se ater, como nesse caso, ao formalismo e a interpretação literal da lei, mas sim considerar uma nova realidade no plano social, além da doutrina que vem sendo produzida para respaldar essa situação que ocorre no plano fático.

A exemplo disso, temos as situações já apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal quanto a união homoafetiva e o aborto de feto anencéfalo. Ambas as questões foram apreciadas e julgadas constitucionais, mesmo não encontrando respaldo na lei brasileira.

Entende-se aqui, que essa deva ser a solução para os casos de maternidade por substituição no plano nacional bem como internacional que venham a chegar ao Judiciário brasileiro.

CONCLUSÃO

A procriação sempre foi fenômeno de grande relevância, tanto para a vida do ser humano, individualmente considerado, por ser forma de sua realização pessoal, como para a própria existência da sociedade, por ser forma de garantir a sua perpetuação. Tal é sua importância, que qualquer obstáculo para a sua concretização é configurada como um mal capaz de gerar graves problemas psicológicos ao casal, assim como se dá com a infertilidade e esterilidade.

Com o avanço da sociedade, da ciência e das leis, tornam-se possíveis e aceitas novas configurações familiares, tais como as de casais homoafetivos ou monoparentais. Um dos aspectos em que a ciência contribui para essas novas configurações familiares são os diferentes métodos de reprodução assistida, nos quais se insere a maternidade por substituição.

Na busca constante de homens e mulheres para superar a inviabilidades de gerar filhos, surge a maternidade por substituição como forma alternativa de substituir a reprodução natural, possibilitando às pessoas gerar filhos quando não podem naturalmente os conceber.

É certo que existem inúmeros dilemas envolvendo os avanços científicos e as questões morais, notadamente nos campos relacionados à vida e à morte. Todavia, é perfeitamente possível a compatibilização e a harmonização entre tais campos do conhecimento humano com base nos valores eleitos pela comunidade para servir de referencial nos intrincados casos que se apresentarem. Assim, o ritmo veloz das descobertas no campo da biotecnologia produz imediatas repercussões sociais que, de todo modo, também recepciona os valores culturais e morais insculpidos no curso da evolução histórica. A atividade científica, como espécie de atividade humana, não pode ser exercida sem o referencial maior em nível teleológico: a pessoa humana.

O presente trabalho buscou demonstrar, pelo exposto, como a regulação dessa questão se faz importante no âmbito do direito interno e externo, já que necessária uma readaptação do direito à nova realidade do direito de família, a fim de evitar, ou pelo menos, diminuir ao máximo, os efeitos danosos do progresso

científico e os conseqüentes ataques à dignidade da pessoa humana, determinando-lhe um rumo, sem impedir seu desenvolvimento.

No que se refere à admissibilidade da maternidade por substituição pelo ordenamento jurídico pátrio, pode-se constatar que ainda existe enorme dissenso, sendo certo que a realidade brasileira destoa daqueles países nos quais existe maior preocupação com os rumos a serem tomado pelo biodireito. Atualmente a situação é regulada tão somente por resolução do Conselho Federal de Medicina e por provimento do Conselho Nacional de Justiça, que não tem força de lei. No entanto, apesar de necessária, a regulamentação de tal prática, por meio de lei, ainda aparenta ser uma realidade distante.

Já em outros países, observam-se desde legislações extretamente conservadoras, a exemplo dos sistemas normativos de países da comunidade européia – cujas regras chegam até mesmo a tipificar a *'gestação por outrem'* como crime, punindo-o com pena privativa de liberdade, e os sistemas como Índia, ou o estado da Califórnia, nos Estados Unidos, que, a seu turno, chancelam e até mesmo fomentam a prática da maternidade de substituição em seus territórios, inclusive na modalidade onerosa.

A diferença entre as legislações gera conflitos internacionais que muitas vezes resultam em ofensas aos direitos humanos das partes envolvidas. A necessidade da legislação deriva da situação a que podem ser submetidas gestantes por substituição, pais contratantes, ou as crianças advindas dessas técnicas que, por exemplo, podem acabar apátridas e sem filiação.

De toda forma, o que se conclui é que a falta de normatização, seja em plano nacional ou internacional, muitas vezes é a causa do conflito e que, sem essa questão, não haveria conflito, como nos casos em que todas as partes envolvidas estão de acordo, ou seria esse de mais fácil solução, caso essa já fosse pré-determinada em lei.

O avanço da sociedade em questões que envolvem o instituto da família, bem como o avanço da ciência, muitas vezes vão além do que o Direito estabelece, o que não significa necessariamente que o Direito deva regularizá-los.

No entanto, no caso da maternidade por substituição, como apresentado, por ser uma questão que envolve conflitos por percepções diametralmente opostas e princípios sensíveis como a dignidade da pessoa humana, se faz mister que haja normatização tanto em âmbito nacional dos países, quanto em âmbito do Direito Internacional Privado para a determinação das regras cabíveis para a resolução dos conflitos.

Conclui-se, pois, ser necessária a construção de um sistema normativo efetivo tanto no direito de família interno quanto no direito internacional privado e, sobretudo, eficaz acerca da maternidade por substituição uma vez que a insegurança jurídica gerada pela ausência de critérios e diretrizes exatas é capaz de transformar a realização de um projeto parental em conflitos judiciais intermináveis.

Conclui-se também nesse trabalho que a ausência de legislação específica em âmbito nacional e internacional, a despeito dos avanços recentes a respeito do tema, contribui para a vulnerabilidade da mulher que se sujeita a esse método e das crianças nascidas por meio desse.

Imperativo pontuar que, à medida que a maternidade por substituição deixa de ser tratada por legislação específica, ou é tratada de uma maneira retrógrada a ignorar a realidade, as mulheres e crianças envolvidas têm ferida sua dignidade. As mulheres, ao serem submetidas a clínicas e contratos onerosos, não têm como prioridade a manutenção da sua integridade física e psicológica; Já as crianças advindas desse método, ao lhes serem negadas qualquer nacionalidade e cidadania, tornam-se apátridas, ou até mesmo sem filiação, quando não há legislação ou quando a legislação é demasiadamente atrasada frente aos avanços da ciência e da realidade atual.

Portanto, conclui-se que para o avanço do direito e para o respeito aos direitos fundamentais das partes envolvidas na prática da maternidade por substituição, realidade inegável presenciada desde o século passado e cada vez mais forte no século XXI, é urgente que essa matéria seja devidamente legalizada e normatizada tanto no âmbito do direito interno, quanto do Direito Internacional Privado, para preservar o direito das mulheres e das crianças envolvidas, já que são as partes vulneráveis na dinâmica da prática da maternidade por substituição. Para

tanto se faz necessário o estabelecimento de regras específicas para os contratos de gestação por substituição, abrangendo as obrigações a que devem cumprir as clínicas e os pais contratantes, além de resguardar os direitos da gestante, parte vulnerável nesse processo.

Entende-se aqui também que, conforme a Convenção de Haia de 2013, a comparação à adoção não é o mecanismo jurídico adequado para a resolução dos conflitos que envolvem a maternidade por substituição, devendo haver, de fato, legislação específica para a melhor resolução dos conflitos quanto a filiação.

Observa-se, por fim, que, para a resolução desses conflitos, o estabelecimento de novas regras deve obedecer aos valores e princípios que fundamentam a ordem jurídica internacional, entre elas o solidarismo, o personalismo, o pluralismo a justiça social e, em especial, a dignidade da pessoa humana.

Bibliografia

ARAUJO, Nadia, **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**, 5a. Ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2011

ARAUJO, N., VARGAS, D., MARTEL, L.C.V. **Gestão de Substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado** Direito Internacional Contemporâneo, Curitiba, 2014

BRASIL, **Processo Administrativo Nº 15.038**, Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais

BRASIL, **Provimento nº 52 de 14 de março de 2016**, Conselho Nacional de Justiça

BRASIL, **ADPF Nº 132 de 2011**, Superior Tribunal Federal

BRASIL, **Código Civil de 2002**, Congresso Nacional

BRASIL, **Resolução Nº 1358 de 1992**, Conselho Federal de Medicina

BRASIL, **Resolução Nº 2013 de 2013**, Conselho Federal de Medicina

BRASIL, **Resolução Nº 2121 de 2015**, Conselho Federal de Medicina

BRODSKY Jonhattan M., **La “maternidad subrogada” en el DIPr: análisis de la legislación argentina vigente y proyectada**, CUADERNO ASADIP, Jóvenes investigadores, 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **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

GAMBLE, Natalie **Surrogacy: creating a sensible national and international legal framework**, Features, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Direito de Família**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

HACK, Susan, **On Logic in the Law: Something, but not all**, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLVIII, 2007

HENAGHAN, Mark **International Surrogacy Trends: How Family Law is Coping**, Australian Journal of Adoption Vol. 7 No.3

HESSE, Konrad, **Die normative Kraft der Verfassung** (1959) - Traduzido para o português por Gilmar Ferreira Mendes sob o título de “**A Força Normativa da Constituição**” Fabris, 1991.

HUTCHINSON, Anne- Marie, **The Hague Convention on Surrogacy: Should we agree to disagree?**, ABA Section of Family Law 2012 Fall CLE Conference Philadelphia, 2012

ISAILOVIC, Ivana **The ECtHR and the Regulation of Transnational Surrogacy Agreements**, disponível em: ejiltalk.org, 2010.

KELSEN, Hans, **Teoria Pura do Direito**, Coimbra: Arménio Amado, 1979

LOBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: Famílias**, 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015

MARTINS, Flávio Alves *et al*, **Maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado**, Âmbito Jurídico, UFRJ (http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6607&revista_caderno=6UFRJ)

NICHOLS, Michael QC, **Legal problems with international surrogacy arrangements**, 2013

REALE, Miguel **-Lições Preliminares de Direito**, 27.^a ed, Saraiva, 2003

VENOSA, Silvio Savo **Direito Civil: direito de família**, 2007, São Paulo: Atlas, 7^a edição