

BEBÊ GLOBALIZADO: a gestação de substituição e o direito internacional privado brasileiro

GLOBALIZED BABY: subrogate gestation and the brazilian private international law

Fernanda Schaefer Rivabem¹
 UniCuritiba
Frederico Glitz²
 UniCuritiba

Resumo:

Considerando as técnicas de reprodução humana medicamente assistida e o aumento expressivo de países que autorizam a prática por genitores estrangeiros, o presente trabalho discute as dificuldades trazidas por essa forma 'negocial' em razão da aplicabilidade de normas de Direito Internacional Privado brasileiro. A partir do estudo normativo e bibliográfico apontam-se as possíveis dificuldades decorrentes de eventual conflito, buscando demonstrar que os poucos critérios normativos brasileiros para a solução conflitual são insuficientes para dar respostas satisfatórias a essas relações.

Palavras-chave:

Reprodução humana assistida. Direito internacional. Gestação por substituição. Contrato internacional.

Abstract: Taking into account the techniques of medically assisted human reproduction and the significant increase in countries that authorize the practice by foreign parents, the present paper discusses the difficulties brought about by this 'negotial' form due to the applicability of the brazilian private international law rules. From a normative and a bibliographic perspective, it's possible to point out the possible difficulties arising from an eventual conflict, seeking to demonstrate that the few Brazilian legal criteria for the conflictual solution are insufficient to provide satisfactory answers to these relations.

¹ Pós-Doutora pelo Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Bioética da PUC-PR, bolsista CAPES. Advogada em Curitiba-PR, graduou-se em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, campus Curitiba, em 2000. Especializou-se em Direito Processual Civil pela mesma instituição em 2003. Foi bolsista CAPES no Mestrado em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, curso que concluiu em março de 2005. Doutora em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná, curso em que realizou Doutorado Sanduíche nas Universidades do País Basco e Universidade de Deusto (Espanha) como bolsista CAPES. Autora de obras e artigos sobre responsabilidade médica e Biodireito; integrante do Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico e do Grupo de Pesquisa Clínica de Direitos Humanos, vinculados ao curso de Pós-Graduação Stricto Sensu da UFPR. Professora e Coordenadora da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Médico e do Curso de Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil EAD do UniCuritiba. Professora de Direito Civil, Direito do Consumidor e Biodireito do Curso de Direito. Presidente da Comissão de Educação Jurídica e Vice-Presidente da Comissão de Estágio e Exame da OAB-PR. Diretora da Escola de Administração Pública do IMAP. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5508-1720>

² Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2011). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2005). Especialista em Direito dos Negócios Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (2003). Especialista em Direito Empresarial pelo Instituto de Ciências Sociais do Paraná (2002). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Professor de Direito Internacional Privado e Coordenador geral da Pós-graduação Lato Sensu do UNICURITIBA. Membro do Conselho Editorial de vários periódicos especializados nacionais e internacionais. Autor de diversos livros e artigos especializados, publicados no Brasil e no exterior. Componente da lista de árbitros da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná (CAMFIEP), Câmara de arbitragem da Federação de Entidades Empresariais do Rio Grande do Sul (CAF) e da Câmara de Mediação e Arbitragem do Brasil (CAMEDIARB). Vice-presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PR. Membro do grupo de pesquisa "Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional" (UFPR). Atualmente desenvolve pesquisas nos seguintes temas: Atores privados e regulação internacional; Soft law; Lex mercatoria; Direito contratual contemporâneo; Contratos internacionais e Direito Internacional Privado. <https://orcid.org/0000-0002-0191-9129>. E-mail: frederico@fredericoglitz.adv.br

Keywords:

Assisted human reproduction. International law. Surrogate motherhood. International contract.

1 INTRODUÇÃO

As técnicas de Reprodução Humana Assistida (RHA) popularizaram-se a partir dos anos 90, barateando-se o processo e ampliando-se o acesso individual a estas tecnologias. Com isso, um número crescente de pessoas busca nessas técnicas a solução para seus problemas de infertilidade, esterilidade, ou simplesmente, para o exercício de seu projeto familiar. Por isso, hoje, essas técnicas são consideradas partes integrantes do direito à saúde e do livre planejamento familiar, direitos constitucionalmente garantidos.

Em busca da efetivação destes direitos, muitas famílias optam pela contratação de terceiros para que gestem seus filhos. Este tipo de 'serviço' acabou se popularizando e tem provocado um debate internacional no que se refere à comercialização, à validade e aos efeitos dos contratos de maternidade de substituição³, negócios jurídicos que vêm se disseminando e ganhando cada vez adeptos.

O problema surge quando se busca compreender como os diferentes ordenamentos jurídicos percebem este fenômeno e os limites que lhe são dados. Isto quer dizer que, em várias ocasiões, famílias são levadas a acreditar que a busca da efetivação daquilo que entendem ser um direito (eventualmente assegurado em seu Direito nacional) passa pela celebração de um negócio internacional para a prestação de um 'serviço' não disponível em seu ordenamento de origem. Países, como o Brasil, que limitam a maternidade por substituição (de forma mais ou menos abrangente) são percebidos, então, como refratários a este tipo de serviço; outros, contudo, perceberam neste 'nicho' a possibilidade de implementação de uma nova fonte de divisas em um competitivo novo mercado internacional. Daí porque já se fala em turismo reprodutivo e proliferam empresas especializadas na oferta de pacotes com essa finalidade.

Entretanto, para além da estrita percepção do exercício de um direito individual ou de intrincado hipótese de comércio exterior, o tema envolve a compreensão de como os diferentes Direitos nacionais tratam o fenômeno e aceitam seus efeitos. Isso porque negócios de gestação celebrados no exterior, visam, em princípio, a produção de efeitos no território de origem dos pais.

³ Também denominada barriga de aluguel, maternidade de (ou por) sub-rogação (*surrogate motherhood*), cessão de útero, doação de útero, gestação por outrem, maternidade por procuração, mãe portadora, por procuração ou interina, mãe por comissão, maternidade cindida (*split motherhood*).

Além disso, o tema acaba impondo análise do conteúdo da própria liberdade negocial associada a esse tipo de planejamento familiar. Em outros termos, cada uma destas relações não só está sujeita à possibilidade do chamado conflito de leis, ou seja, a potencialidade da incidência de distintos ordenamentos jurídicos a um mesmo fato jurídico, como seus efeitos podem não ser possíveis no ordenamento que os recebe.

O presente artigo, a partir de uma pesquisa dedutiva de matriz bibliográfica, propõe-se a entender como o Direito Internacional Privado brasileiro percebe a contratação internacional da maternidade de substituição e, eventualmente, trata seus efeitos. Assim, de forma específica, objetiva-se apresentar a complexidade normativa dos negócios jurídicos entabulados internacionalmente para a gestação por substituição, em especial, o papel do sistema conflitual brasileiro diante deles.

Para que se possa responder a este problema, atingindo os objetivos delimitados, é necessário retomar o tema da maternidade por substituição, o que é feito no primeiro item que tem por objetivo explicitar os contornos e limites do negócio maternidade por substituição em termos estritamente nacionais. No segundo item serão abordadas as características jurídicas deste negócio jurídico de índole internacional, destacando-se como o Direito brasileiro os percebe e trata seus intrincados efeitos. Na sequência, serão oferecidos apontamentos conclusivos sob a ótica do Direito Internacional Privado.

2 DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

Fatores de ordem médica, biológica ou até psíquica podem impedir a fecundação ou o regular desenvolvimento de uma gestação, determinando a infertilidade ou a esterilidade⁴, problemas que não se mostram apenas na esfera clínica, mas que muitas vezes apresentam diversos reflexos sociais⁵.

Diante das inúmeras angústias provocadas pela infertilidade e pela esterilidade a Medicina passou a desenvolver métodos e técnicas capazes de solucionar tais problemas e,

⁴ Esterilidade é “a condição clínica em que vive um casal que não evita filhos, mantém relações sexuais normais e desejando obter descendente não o consegue [...] o acasalamento já ocorre há pelo menos dois anos, e a frequência coital é de três vezes por semana” (MOREIRA, 2002, p. 01). Infertilidade é designação “atribuída ao casal em existe fecundação, mas em que o produto da concepção não atinge a viabilidade” (SANTOS, A.; SANTOS, T., 1996, p. 270).

⁵ Afirma Corrêa (2003, p. 32) que “a definição das novas tecnologias reprodutivas como uma resposta ao desejo de ter filhos, tal como ficou estabelecida majoritariamente no campo da reprodução medicamente assistida, torna quase patológica a não satisfação desse desejo, o que permite, facilmente, transferi-lo para o campo dos direitos reprodutivos, e vir a ser positivamente assegurado por um ‘tratamento’”.

entre esses procedimentos, apresentam-se as técnicas de reprodução humana assistida⁶ (reprodução humana medicamente assistida - RHMA ou reprodução humana artificial - RHA).

A reprodução humana assistida constitui-se pelo “conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana” (RIBEIRO, 2002, p. 286). Dentre os vários métodos de RHA destacam-se a inseminação artificial (IA) e a fertilização *in vitro* (FIV), sendo aquele bem mais simples do que este. Segundo Meirelles (2004, p. 20),

A expressão **inseminação artificial**, proposta pelos franceses DONAY, DEVRAIGNE e SEGUY (OLIVEIRA, 1984, p. 578), é destinada a designar a técnica que consiste em ser inseminada a mulher com esperma previamente colhido através de onamismo, e injetado, pelo médico, na cavidade uterina ou no canal cervical, no período em que o óvulo se encontra suficientemente maduro para ser fecundado.

[...] Desenvolvida no sentido de contornar a esterilidade conjugal devida a fator tubário irreversível, a fertilização *in vitro* (F.I.V.) consiste na obtenção de óvulos que são fertilizados em laboratório, sendo os embriões posteriormente transferidos diretamente para a cavidade uterina – nesse caso, a técnica é denominada ‘FIVET’, sigla do idioma inglês que significa fecundação *in vitro* com transferência embrionária.

Ambos os métodos podem ser realizados de forma heteróloga (heterofecundação - quando pelo menos um dos gametas utilizado é proveniente de doador) ou homóloga (homofecundação - quando ambos os gametas pertencem ao casal). Os métodos comportam técnicas diversas que variam com a escolha do médico de acordo com a infertilidade ou esterilidade apresentada, podendo também ser aplicados à maternidade de substituição que “verifica-se, sob o ponto de vista fático, quando uma mulher se dispõe, mediante retribuição em dinheiro ou não, a manter uma gestação em favor de outra” (MEIRELLES, 2004, p. 37), renunciando aos direitos decorrentes da maternidade após o nascimento da criança.

Nota-se que os discursos na área médica e jurídica alinham-se no sentido de garantir legitimidade às técnicas de RHA como um “direito socialmente aprovado e estimulado de ‘querer filhos’ e ‘formar família’” (CORREIA, 2003, p. 32), fundamentado em uma ampla e

⁶ “Todas as práticas técnicas e biológicas que permitam a reprodução **interferindo** no processo natural, seja por meio de inseminação artificial, seja mediante a concepção *in vitro*, ou pela transferência embrionária, são consideradas **reprodução assistida**. De igual forma, aquelas que consistem somente no acompanhamento médico e na eventual administração de medicamentos que facilitem o processo natural de reprodução. De acordo com os entendimentos médicos, o melhor termo para definir a reprodução assistida é **interferência**, para deixar claro que não se trata de métodos puramente artificiais, porque mesmo quando as técnicas consistem no manuseio de gametas, elas não deixam de ser naturais, apenas não ocorre o intercuro sexual” (MEIRELLES, 2004, p. 23-24).

irrestrita garantia dos direitos reprodutivos, tornando quase patológica a não satisfação daquele desejo e mitigando questões importantes sobre deveres e responsabilidades⁷.

As técnicas de reprodução humana assistida (RHA) desenvolveram-se e baratearam-se muito desde o primeiro bebê de proveta (Louise Brown, Inglaterra, 1978). Modificaram-se as técnicas, desenvolveram-se tecnologias, diminuíram-se custos, promoveram-se discursos não só de consumo, mas também sociais como ampla disseminação da ‘obrigação’ de ter filhos geneticamente semelhantes a(o) genitor(a)⁸ discurso sustentado pelos ideais do livre planejamento familiar.

A maternidade de substituição é uma das técnicas de RHA que vem ganhando cada vez mais espaço, não só porque o seu custo vem se apresentando mais acessível, como também, há uma oferta cada vez maior de mulheres que desejam (voluntariamente ou apenas por interesse econômico) gestar por outrem. Essa técnica consiste na contratação, gratuita ou onerosa, de uma mulher para levar a termo uma gestão por outra pessoa que não pode ou não quer gestar, ficando as restrições de utilização e acesso a critério da regulamentação de cada país. Assim, a própria discussão sobre a disponibilidade do corpo da mãe substituta e o exercício deste tipo de autonomia individual perpassava diferentes tratamentos legislativos, jurídicos, culturais, sociológicos e políticos, sendo muito mais ampla que qualquer ideia nacionalmente preconcebida e, conseqüentemente, escapando aos estritos contornos do presente artigo.

O Brasil, por exemplo, não possui legislação que regulamente o uso de técnicas de RHA, sendo sua utilização orientada apenas por normas éticas do Conselho Federal de Medicina (CFM) (Resolução n. 2.168/2017, que não tem força de lei) e Portarias e Resoluções do Ministério da Saúde e da ANVISA⁹ que tratam da fiscalização dos registros das clínicas que oferecem serviços de reprodução assistida.

O CFM considerando “a infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la” reconhece que

⁷ Destaca Corrêa (2003, p. 32) que “o desejo de **ter** filhos é discutido também pelos seus riscos de promover a objetificação da criança. O verbo **ter**, comumente relacionado à posse de objetos seria uma indicação da objetificação que poderia expressar-se em extremos opostos: seja na criança, como uma extensão imediata de si, seja como algo distanciado, como a aquisição de um item de consumo[...]”.

⁸ Sobre a nova eugenia decorrente das técnicas de RHA perfeitamente alinhada a discursos mercadológicos vide RIFKIN, **O século da biotecnologia**, 1999.

⁹ Vide: Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005); Instruções Normativas 08 e 09/1997, CTNBio; Decreto n. 5.591/2005 – regulamenta a Lei de Biossegurança; Resolução n. 153/2004, RDC Anvisa; Portaria n. 2.526/2005, Ministério da Saúde; Resolução n. 33/2006, RDC Anvisa; Resolução n. 56/2010, RDC Anvisa; Nota Técnica 23/2020, Anvisa.

“as técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”.

Admite o Conselho que as técnicas de RHA poderão ser utilizadas por qualquer pessoa capaz, independente do seu estado civil e opção sexual, respeitado, no entanto, o direito à objeção de consciência do médico. As técnicas deverão ser utilizadas quando haja probabilidade de sucesso e, tratando-se de gestação da mulher com mais de cinquenta anos¹⁰, por ser considerada clinicamente de alto risco, só poderá ser realizada se a mesma tiver sido plenamente esclarecida (biológica, ética e juridicamente) sobre os riscos envolvidos e com eles consentir.

Quanto ao uso da maternidade de substituição (denominada pelo CFM como doação temporária de útero) o Conselho admite seu emprego quando diagnosticado problema médico que impeça ou contraindique a gestação da doadora genética. Para tanto, a mãe gestacional (mãe nutriz, mãe de gestação, mãe portadora, mãe substituta ou mãe hospedeira) deverá “pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau”, ficando os demais casos sujeitos à autorização específica do Conselho Regional de Medicina.

Embora não haja lei proibindo, o CFM veda o caráter lucrativo ou comercial da doação temporária de útero (o que estaria em conformidade com o art. 199, §4º, CF), determinando que o termo de consentimento livre e esclarecido¹¹ contenha aspectos biopsicossociais e riscos da gestação, bem como, disponha sobre os aspectos legais da filiação. O caráter altruístico desse negócio jurídico no Brasil, não exclui o direito da mãe gestante requerer o reembolso de despesas com a gestação (consultas médicas, vitaminas, exames, etc.), no entanto, as diversas limitações são fatores que acabam impulsionando muitos casais a realizar a contratação no exterior¹².

¹⁰ Quando a Resolução n. 2.013/2013, CFM, vedou o uso de técnicas de RHA a mulheres com mais de cinquenta anos o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou o Enunciado 41 (I Jornada de Direito da Saúde): “o estabelecimento de idade máxima de 50 anos, para que mulheres possam submeter-se ao tratamento e à gestação por reprodução assistida, afronta o direito constitucional à liberdade de planejamento familiar”. Em virtude deste entendimento, o Conselho Federal de Medicina reviu seu posicionamento na Resolução n. 2.121/2015, não vedando o uso das técnicas a mulheres com mais de 50 anos, mas não proibindo ao médico apresentar objeção de consciência, negando-se a realizar o procedimento, posicionamento mantido na Resolução n. 2.168/17.

¹¹ Destacam Sá; Rettore (2019, p. 114) que “ainda que a documentação exigida pela Resolução do CFM prescindia, por si, de garantia de segurança jurídica aos participantes da técnica (ou, mas ainda, à criança a nascer), ela se presta à formalização desse vínculo moral antecedente que funciona como uma ‘política de minimização de riscos’, reduzindo a possibilidade de conflitos”.

¹² Sobre cláusulas contratuais que podem ou não ser inseridas em contratos de maternidade de substituição realizados no Brasil (remuneratória; direito de arrependimento; irrevogabilidade do consentimento; restrição de liberdade; impossibilidade de utilização de óvulo da gestante substituta; etc.) leia SÁ; LIMA. **Gestação de substituição**: entre autonomia e vulnerabilidade, 2018.

Exige-se ainda que no prontuário do paciente conste: relatório médico com o perfil psicológico de todos os envolvidos; termo de compromisso entre paciente (considerada a mãe contratante, mãe afetiva, mãe social) e a doadora temporária do útero estabelecendo expressamente as questões referentes à filiação e respectivo registro; garantia de atendimento integral à gestante até o puerpério; aprovação do cônjuge ou do(a) companheiro(a) da gestante.

Não restava claro na Resolução n. 2.121/2015 e, posteriormente na Resolução n. 2.168/2017 que a revogou, ambas do CFM, se há uma limitação proposital ou acidental. Tecnicamente o óvulo ou embrião pode ser doado pela própria mãe gestacional ou ainda por terceiros, não é necessário que sua origem seja exclusiva da mãe contratante (mãe afetiva). No entanto, a norma afirma que só pode utilizar a técnica a mulher que tiver algum problema que impeça ou contraindique a gestação, desde que seja ela a doadora genética.

Embora a Resolução de 2017 tenha esclarecido a necessidade de autorização do cônjuge ou companheiro(a) da mãe contratante quanto ao uso da maternidade de substituição para geração de filhos do casal (VII, 3.6), não menciona como ficaria o uso de embriões se ocorresse a dissolução do vínculo antes da sua implantação na mãe contratada¹³. Também não há qualquer referência sobre a utilização da técnica por não nacionais, entendendo-se ser possível a utilização dessas técnicas por estrangeiros que venham ao Brasil.

Quanto ao registro dos filhos nascidos por maternidade de substituição até 15 de março de 2016 o registro da criança tecnicamente deveria ser feito em nome da mãe que deu à luz, pois esta é a previsão contida nos arts. 52 e 54, da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73). Houve quem indicasse que o médico que acompanhou a gestação devesse, no momento do parto, preencher a guia amarela (declaração de nascido vivo - DNV) já com o nome da mãe contratante. No entanto, isso feito sem qualquer tipo de autorização judicial caracterizaria para o médico crime de falsa declaração em documento público (art. 299, CP) e para mãe o crime de dar parto alheio como próprio (art. 242, CP)! Então, a regra era de que após o nascimento se fizesse pedido judicial buscando autorização para realização do registro em nome da mãe afetiva (contratante) e não da mãe gestante.

Para desburocratizar esse procedimento e agilizar o registro (considerado direito fundamental), o Conselho Nacional de Justiça, por meio do Provimento n. 52 de 15 de março

¹³ Vide importante discussão trazida pela polêmica no caso envolvendo a atriz Sofia Vergara e seu ex-marido. Acesse o link: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/31/estilo/1504166604_013559.html?id_externo_rsoc=FB_BR_CM. Acesso em: 21 mai. 20.

de 2016, posteriormente revogado e substituído pelo Provimento n. 63 de 2017, autorizou o registro de nascimento em nome da mãe contratante, sem menção à origem genética da criança (salvo determinação judicial, art. 2º, §1º) desde que apresentados, entre outros documentos: “I- declaração de nascido vivo (DNV); II- declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários; III certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal” (art. 17).

No registro não constará o nome da parturiente, que será informado apenas na DNV a fim de garantir eventual exercício do direito à ascendência genética (ou biológica), sem, contudo, o reconhecimento de vínculo de parentesco e demais efeitos jurídicos (art. 17, §1º e §3º, respectivamente). Caso a reprodução assistida seja *post mortem*, além dos documentos mencionados anteriormente, será indispensável a “autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado” (art. 17, §2º).

Assim, como uma regulamentação quase que exclusivamente de natureza ética e cheia de lacunas e imprecisões funciona a maternidade de substituição no Brasil, não se impedindo que estrangeiros busquem a utilização da técnica aqui ou que brasileiros procurem mães substitutas em outros países, realizando verdadeiros negócios jurídicos de conteúdo internacional. Neste último cenário, aliás, convém destacar o disposto no art. 18 do Provimento que veda a recusa ao registro pelo oficial registrador, sob pena de consequências disciplinares.

Do ponto de vista internacional, embora não se pretenda uma análise de Direito comparado no sentido estrito do termo, verifica-se que a contratação de mães por substituição tem se tornado cada vez mais popular¹⁴. Alguns países, como Portugal¹⁵ e Uruguai¹⁶, por

¹⁴ Vide, por exemplo, o caso de Kim Kardaschian e Kanye West, disponível em: <<https://www.terra.com.br/diversao/gente/purepeople/kim-kardashian-paga-r149-mil-para-barriga-de-aluguel-e-r16-mil-por-filho-gemeo.b23df83e21be52d08a4d01da5ae3975b0txh77d0.html>>. Acesso em 23 set. 2020.

¹⁵ Cite-se a Lei n. 32/2006 que, em seu artigo 8º, define “1. Entende-se por 'gestação de substituição' qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.”. Estabelece-se, ainda, que este negócio jurídico teria natureza excepcional (2); tem vedado qualquer tipo de remuneração, exceto o reembolso daqueles decorrentes do acompanhamento médico (5). É proibido o negócio jurídico quando houver situação de subordinação econômica (6); ele deve ser escrito com disposições obrigatórias para os casos de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez (10). São proibidas cláusulas que imponham restrições de comportamento à gestante, assim como aquelas que atentem contra os direitos, liberdade e dignidade dela (11) e são nulos os negócios que desrespeitem as disposições da Lei. Por fim, a criança gerada tem a nacionalidade dos pais beneficiários (7). A mesma lei prevê responsabilização

exemplo, já possuem regulamentação para o tema ao mesmo tempo em que proliferam serviços que disponibilizam este tipo de serviço a eventuais interessados¹⁷, o que permitiria identificar a existência do que se pode denominar turismo reprodutivo (CARLOS, 2014, p. 5777).

Estima-se, por exemplo, que no mundo 20.000 (EL PAÍS, 2017) crianças sejam geradas por ano por maternidade substituição, variando as normas regulamentadoras de país para país. Há países que admitem a utilização por estrangeiros (ex. Índia); outros não (ex. México); há países que admitem para qualquer tipo de família (ex. Canadá); outros restringem a famílias heterossexuais (ex. Rússia); há países que admitem o pagamento da mãe contratada (ex. alguns Estados norte-americanos); outros impõem a gratuidade da ação (ex. Austrália); há países que não admitem o uso da maternidade de substituição (ex. China).

O próprio *site* do Itamaraty, diante do interesse crescente, menciona a existência de limitações para a gestação por substituição nos destinos mais recentes e badalados: Índia (restrito a casais heterossexuais, casados há pelo menos dois anos) e Tailândia (restrito a casais heterossexuais de nacionalidade tailandesa ou que um dos cônjuges seja nacional tailandês, com matrimônio reconhecido legalmente na Tailândia há pelo menos três anos) (ITAMARATY, 2018).

Dentre os países cuja legislação é permissiva quanto a estrangeiros, destacam-se a Grécia, a Ucrânia e o Panamá, sendo que há cidades nesses países cuja maior fonte de renda é justamente a contratação de maternidade de substituição por não nacionais. Além da legislação bastante flexível e serviços organizados por empresas intermediadoras, estes países destacam-se quanto ao custo do procedimento, considerado muito atrativo justamente por conta do incentivo financeiro que este ‘serviço’ pode representar para populações de baixíssima renda (MASSARO, 2014, p. 5778-5781). Em algum sentido, este tipo negocial estaria trazendo mudanças econômicas significativas a certas regiões (ZAHIR, 2020).

criminal para o caso de contratação onerosa da gestação por substituição (art. 39) (PORTUGAL, Lei n. 32 de 26 de junho de 2006 que dispõe sobre a procriação medicamente assistida).

¹⁶ Cite-se a Lei n. 19.167/2013 que estabelece a nulidade dos negócios de gestação por substituição, entendidos como (art. 25): “los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero.” Excetua-se desta regra a hipótese de familiar, até o segundo grau de consanguinidade, de forma gratuita, gerar a criança em razão de doença genética ou adquirida que impeça a mãe de fazê-lo (art. 25 e 26) (URUGUAI, Lei n. 19167 de 22 de novembro de 2013 que dispõe sobre a regulação das técnicas de reprodução humana assistida).

¹⁷ Por exemplo: <<https://surrogatefinder.com>>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

Críticas não faltam à crescente comercialização da maternidade de substituição¹⁸, mas aqui também é necessário refletir sobre os aspectos jurídicos envolvendo esse tipo de contratação internacional.

3. A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO

Como se sabe, o principal papel do Direito Internacional Privado é fornecer ao julgador os meios de identificação do Direito aplicável a situações com repercussão jurídica internacional.

A maternidade de substituição pode representar um destes casos de complexidade normativa quando, por exemplo, é ajustada fora do território brasileiro, por pais brasileiros que pretendam que seus efeitos sejam produzidos no Brasil, ainda que a gestação e nascimento ocorram em território estrangeiro. O grau de complexidade de cada ajuste pode, ainda, variar a depender do grau de sua internacionalização. Assim, por exemplo, se além da gestação estiver envolvida a cessão de gametas, a onerosidade ou não do ajuste ou a prestação de outros serviços¹⁹.

Segundo Scotti (2015), quando apreciado este tipo de negócio, três seriam as grandes questões próprias de Direito Internacional Privado a serem apreciadas: a jurisdição, a determinação do Direito aplicável e a execução de eventuais sentenças estrangeiras.

Alerte-se que a eventual litigiosidade que atinge estes casos não decorre apenas de conflito entre as partes que o negociaram, muitas vezes a dificuldade decorre da forma como cada Estado percebe o fenômeno.

Do ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro o primeiro questionamento que se pode fazer neste tipo de situação é, justamente, sua validade, ou em outros termos, a possibilidade de vir a ser percebido como instituto jurídico capaz de produzir efeitos: é possível que a gestação por substituição seja percebida como negócio jurídico e, para além disso, seria possível ser percebida como contrato e, por consequência, seria possível pretender eventual tutela em caso de descumprimento de seus termos?

¹⁸ Embora esta discussão de suma importância escape ao objeto do presente artigo, ela fornece o pano de fundo para se compreender os limites da liberdade negocial nestes casos. Não é difícil imaginar que o “serviço” de gestação por substituição, acabem incentivando, em regiões mais pobres e menos desenvolvidas, variados graus de exploração e violência contra as mulheres e mesmo contra crianças. A preocupação já foi externada, por exemplo, pelo Parlamento europeu na sua Resolução de 5 de abr. de 2011.

¹⁹ Sobre os contratos coligados de gestação de substituição vide: SÁ; LIMA. **Gestação de substituição: entre autonomia e vulnerabilidade**, 2018.

O Direito brasileiro vem, paulatinamente, reconhecendo eficácia a declarações de vontade, no âmbito nacional, com o objetivo de ‘doação temporária’ do útero para gestação de bebê alheio. Estas declarações de vontade, contudo, têm âmbito extremamente reduzido, como se viu. O negócio jurídico nacional que a envolve, portanto, não poderia ser remunerado²⁰ porque, em princípio, estaria limitado às hipóteses éticas descritas pelas resoluções do Conselho Federal de Medicina.

As lacunas desta regulamentação tendem, ainda, a tornar um Brasil um destino não seguro para este tipo de prestação de serviços: os contratantes tendem a buscar ordenamentos jurídicos mais permissivos e que valorizem um maior espaço de liberdade na definição das consequências jurídicas do contrato.

A própria percepção de que este negócio pode não ser um contrato no sentido estrito é um fator a ser levado em consideração. No Brasil não só o espaço de liberdade contratual é muito estreito (com limitações ao conteúdo, parceiro e forma deste tipo de negócio), como seria questionável se a eventual tutela dos contratantes poderia ser a típica tutela obrigacional²¹ (execuções de dar/fazer, multas diárias ou indenizações) e se ainda seria válido no que se refere ao seu objeto. Em suma: a gestação por substituição, no Brasil, ainda carece de maior delimitação obrigacional e se está, ainda, distante de se tutelar um eventual inadimplemento. Desta forma, embora exista uma relação negocial, suas características não são aquelas contratuais típicas.

Se do ponto de vista nacional este negócio já traz desafios, é do ponto de vista do Direito Internacional que ele trará maiores dificuldades. Assim, se um casal de brasileiros, por exemplo, busca este tipo de técnica para satisfazer seu desejo/projeto parental, como o Direito brasileiro perceberá seus efeitos que eventualmente serão produzidos aqui no Brasil?

Este, contudo, é um problema de qualificação que, na linguagem internacionalista, revela a dificuldade da situação prática: como cada ordenamento jurídico classifica o fenômeno cujos efeitos estão submetidos ao seu Direito. Assim, se no Brasil os contornos contratuais são menos evidentes (e até controversos), em outros ordenamentos eles podem ganhar ares mais empresariais, inclusive. O desafio, neste caso, seria como, eventualmente,

²⁰ Ressalte-se ser inaplicável a regra do art. 199, §4º., CF, pois “[...] (1) o objeto do procedimento não é a remoção de qualquer espécie de ‘substância humana’ do corpo da gestante (que se restringe ao uso do útero e da capacidade de gestação como um todo), (2) não há finalidade de transplante, pesquisa ou tratamento e porque, em nosso ordenamento, (3) normas restritivas de direitos somente podem ser interpretadas restritivamente” (SÁ; RETTORE, 2019, p. 121).

²¹ Sá; Rettore (2019, p. 117 e 126) afirmam que “[...] ainda que inexistia uma identificação específica de tal relação como contratual pela norma – ou mesmo que não houvesse intenção de que o fosse por seus elaboradores – suas características permitem que seja assim definida e que, com isso, receba a tutela jurídica própria desse tipo de relação”, o que demanda, por conseguinte, uma releitura para a tutela adequada de situações existenciais.

um juiz brasileiro abordaria a questão. A qualificação do fenômeno negocial pela perspectiva brasileira pode, inclusive, trazer ressalvas que prejudiquem o próprio interesse da criança. Por outro lado, há limites a aplicação do Direito estrangeiro no Brasil (GLITZ, 2017, p. 172-193).

Tome-se o recente julgado do Tribunal Constitucional português que declarou a inconstitucionalidade de parte da legislação que regia o tema em Portugal, ao mesmo tempo em que reconheceu sua natureza negocial aceitando amplamente o direito da criança ao conhecimento sobre sua identidade genética²². Um juiz brasileiro chamado a analisar uma gestação por substituição realizada sob a égide da legislação portuguesa precisaria alinhar sua decisão com esta natureza específica. Lá, como cá, a gestação por substituição é excepcional e gratuita. Por outro lado, se a legislação aplicável aceitasse a remuneração e um conteúdo contratual mais alinhado com a lógica de uma simples prestação de serviços, como é o caso americano, como se daria a prestação jurisdicional brasileira?

Segundo Scotti (2015, p. 15), um primeiro foco de análise poderia, então, ser a jurisdição, ou em termos simples: haveria competência de eventual julgador brasileiro vir a resolver potencial conflito de execução ou interpretação deste negócio?

Nos termos da atual legislação processual brasileira, por exemplo, se houver uma cláusula de eleição de foro exclusivamente estrangeiro, o juiz brasileiro estaria impedido de julgar o caso (art. 25 do Código de Processo Civil). Ainda não há uma resposta definitiva sobre este tema, uma vez que a tradição brasileira anterior à vigência do Código de Processo Civil atual era a de considerar os casos de cláusula de eleição de foro estrangeira como sendo caso de competência relativa brasileira, ou seja, apesar da cláusula o Judiciário brasileiro poderia julgar o caso.

Por outro lado, se houvesse uma cláusula de eleição de foro brasileiro, esta seria uma hipótese de competência relativa. A mesma conclusão se daria se a questão pudesse ser qualificada como sendo de consumo, nos termos do art. 22, II e III, respectivamente, do Código de Processo Civil. Qual seria a solução nesse caso? O foro de eleição seria válido?

Poderia, ainda, tal discussão vir embutida em eventual ação para prestação de alimentos, mais uma hipótese de competência relativa brasileira, especializada, nos termos do art. 22, I do Código de Processo Civil e da legislação de organização judiciária de cada Estado da Federação. Por sua vez, caso a discussão viesse a ser a nacionalidade da criança gestada, a competência não só seria nacional, como especializada (art. 109, X da Constituição da República).

²² Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>>. Acesso em 07 mar. 2020.

Em segundo lugar, torna-se relevante a identificação do Direito aplicável ao caso. Trata-se, como já se afirmou, do momento em que cada fato jurídico que dependa de definição passará por um processo de qualificação, o que traria a baila uma miríade de situações distintas: (i) como se qualifica o contrato de gestação; (ii) como se qualifica seu eventual descumprimento; (iii) qual o Direito aplicável a este negócio; (iv) quais as consequências ‘contratuais’ destes negócios; (v) o Direito aplicável à capacidade de cada contratante; (vi) o Direito aplicável para definição dos limites da liberdade contratual, e assim por diante.

O problema, contudo, neste caso, é que o Direito conflitual brasileiro é extremamente sucinto para tratar de temas contratuais. Em geral, se admite que o regime contratual (em verdade obrigacional de forma mais ampla) é regulado pelo art. 9º e seus parágrafos, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB, Decreto-Lei n. 4.657/42), além disso a doutrina brasileira dominante considera que não é possível aos contratantes escolherem o Direito aplicável ao contrato quando este é submetido à jurisdição brasileira (BASSO, 1994, p. 48).

Se o tema objeto da eventual análise for de outra ordem, não só a qualificação pode trazer problemas, como as normas de Direito Internacional Privado brasileiro parecem muito vagas. Assim, por exemplo, o *caput* do art. 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro se referem a “direitos de família”. A questão da qualificação é de suma importância para os desdobramentos da aplicação do Direito ao caso concreto. Isso porque a classificação fornece o objeto de conexão, ou seja, questão jurídica cujo Direito aplicável se busca. Pela técnica conflitual, a cada objeto de conexão se atribui um elemento de conexão (critério para localização do Direito aplicável). Assim, uma vez qualificado o fenômeno internacional, sabe-se qual o critério indicativo do Direito aplicável a ele.

Isso para não falar de um negócio que visa não apenas a satisfação de eventuais interesses de ordem pessoal e direitos de personalidade de seus participantes, como eventuais interesses patrimoniais da mãe gestacional e interesses, de toda ordem, de terceiros (a criança gerada).

Um exemplo deste tipo de situação é o caso *Manji Yamada versus Índia* em que um casal japonês que havia recorrido à gestação sub-rogada na Índia, dois meses após o nascimento da criança, se divorciou, tendo a ex-futura mãe desistido do projeto e causado uma série de dificuldades de registro e obtenção de documentação (MASSARO, 2014).

Desta forma, admitida a natureza contratual da gestação por substituição, o objeto de conexão, segundo as regras conflituais brasileiras, seriam obrigacionais, nos termos do art. 9º,

LINDB. Além disso, pelo regime do *caput* do referido artigo, não só o Direito do local de constituição da obrigação (ou o Direito do domicílio do proponente se o negócio é celebrado entre ausentes – art. 9º, §2º, LINDB) seria o Direito aplicável ao negócio (regras sobre formação, efeitos, execução e inexecução, por exemplo), como seria este mesmo Direito a qualificar o fenômeno (nova classificação, desta vez confirmatória, do fenômeno). Assim, caberia ao juiz não só entender o fenômeno a partir do Direito aplicável, como dar tratamento e consequência a partir daquele Direito, apenas afastando os eventuais efeitos essencialmente contraditórios com o ordenamento jurídico brasileiro (art. 17, da LINDB).

Ainda que superadas as discussões sobre a natureza e a validade desse tipo de acordo, vários de seus aspectos poderiam/deveriam ser apreciados: quais as eventuais formalidades necessárias para sua execução (Art. 9º, §1º, LINDB); as cláusulas de renúncia da mãe gestacional a todos os direitos decorrentes da maternidade após o parto; as cláusulas de conduta pré e pós-natal (muitas delas de caráter restritivo) tanto para a mãe substituta quanto para a mãe contratante; eventuais restrições ao reconhecimento de parentesco com a mãe gestacional; as eventuais cláusulas sensíveis sobre dados e identidade genética; etc. A identificação do Direito aplicável ao caso concreto pode trazer cenários distintos de limitações ao exercício das respectivas liberdades negociais.

A lacuna da regulamentação brasileira deixa, por exemplo, entrever alguns problemas, como por exemplo: quais os limites das cláusulas de isenção de responsabilidade? São possíveis as cláusulas de interrupção de gestação? Poderiam os contratantes estabelecer hipóteses de arrependimento ou de cláusulas resolutivas (expressas ou não)? São possíveis cláusulas penais, cláusulas punitivas ou multas rescisórias? Como se declarar ou se proceder em caso de recusa de entrega da criança? Mais uma vez o problema de qualificação traz também o problema do Direito aplicável. Caso o tratamento, por exemplo, seja o de inadimplemento, raciocínios existenciais acabam prejudicados. Em um exemplo muito drástico: como equacionar o consumo de drogas durante a gestação: inadimplemento? Ou, pior, se a criança é vítima de alguma doença genética ou síndrome rara, poder-se-ia falar de arrependimento ou indenização por parte da gestante/fornecedora de gameta?

Também se poderia indagar como a execução deste ‘contrato’ se daria em tempos de emergência sanitária como aquela em cujo contexto este artigo foi escrito. Tem se noticiado, o acúmulo de bebês gestados por outrem e que aguardam a abertura de fronteiras normalização

da logística de transporte para que sejam buscados por seus pais contratantes²³. Além do evidente estado de fragilidade de realização de uma série de direitos fundamentais (dos contratantes, da gestante e das crianças), ainda é possível imaginar o surgimento de conflitos ‘contratuais’ decorrentes da nova realidade imposta, como a tentativa de inovação de cláusulas de força maior para extinção contratual. Esta lógica puramente contratual se aplica a estes casos?

Por outro lado, se o questionamento a ser solucionado pelo julgador brasileiro for qualificado como pertencente ao estatuto pessoal, ou seja, relacionado à pessoa como os Direitos de Família (assim genérico) e o início ou fim da personalidade da criança gestada, estar-se-ia diante de problemas a serem qualificados pelo Direito do próprio julgador (*lex fori*), que buscaria o Direito aplicável ao caso a partir do domicílio da pessoa (art. 7º, da LINDB). Mais uma vez não só a vagueza dos termos usados pela legislação conflitual brasileira (com ‘super’ objetos de conexão), como a inadequação do elemento de conexão (‘domicílio da pessoa’, pessoa ainda nem nascida e sem domicílio) causariam problemas. Neste sentido poderia o julgador se perguntar: o domicílio da pessoa (aquela gestada) é presumidamente igual ao da mãe gestante ou da mãe doadora do material genético? E se a inseminação ou fertilização tiver utilizado material heterólogo? Neste caso, poder-se-ia falar de três mães com três domicílios distintos! Perceba-se, pois, que também aqui o Direito conflitual brasileiro traz mais dúvidas que certezas.

No entanto, todas estas perguntas (e tantas outras) só poderão encontrar uma resposta tão logo seja fixado o Direito aplicável ao caso concreto.

A atribuição da filiação é central neste aspecto. Na Argentina, por exemplo, a atual codificação civil e comercial menciona expressamente que os nascidos de técnicas de reprodução assistidas são filhos de quem ‘deu à luz’ e do homem ou mulher que deram seu consentimento prévio (criando a chamada vontade procriacional - art. 562²⁴). A jurisprudência argentina já seria estável no sentido de reconhecer dupla paternidade ou dupla maternidade oriunda de maternidade de substituição (CERVI; CAMERA, 2017). A multiparentalidade, como se sabe, é reconhecida pelo Direito brasileiro para casos de reprodução assistida heteróloga²⁵. Por outro lado, a Resolução n. 2.168/17, CFM, em tese,

²³ Vide: Bebês de barriga aluguel se acumulam na Ucrânia devido a bloqueio de covid (Revista Crescer, 2020) e Cerca de mil bebês de barriga de aluguel estão “presos” na Rússia (Revista Marie Claire, 2020).

²⁴ Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#15>>. Acesso em: 07 mar. 2020.

²⁵ Por exemplo, a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.608.005/SC, julgado em 14 de mai. de 2019.

poderia colocar em xeque o reconhecimento do parentesco da mãe gestacional com a criança nascida, como anteriormente mencionado.

O já mencionado caso *Mennesson versus França* é novamente paradigmático: a recusa de registro pelo Estado francês. O caso motivou um pedido de *Advisory Opinion* para a Corte europeia de Direitos Humanos que opinou que, embora a Convenção Europeia de Direitos Humanos impusesse o reconhecimento de parentalidade entre a mãe não gestacional e a criança gestada por outrem, tal reconhecimento não precisaria ocorrer por averbação no registro civil do documento de nascimento estrangeiro. Neste caso seria possível a utilização de outras formas jurídicas como a adoção²⁶.

Desdobramentos desta discussão (definição da parentalidade) são inevitáveis no Direito Internacional. Para além das questões sucessórias ou patrimoniais, convém destacar que a própria determinação da nacionalidade da criança pode ser um problema.

Massaro (2014) cita um caso de um casal inglês que contratou a gestação por sub-rogação com inseminação heteróloga (com óvulo de terceira pessoa). Enquanto o Direito inglês reconheceria a parentalidade ao pai genético (um dos contratantes) e à mãe gestacional, o Direito ucraniano a reconheceria aos contratantes, apenas. O efeito desse conflito legislativo teria sido a apatriadia e as limitações migratórias esperadas, especialmente de permanência em território ucraniano (para os pais) e de entrada em território inglês (para as crianças). Segundo relata a autora, a justiça inglesa permitiu a entrada das crianças em território inglês para que pudesse ser pretendida a paternidade que, uma vez concedida, não conferia a nacionalidade automaticamente. Outro exemplo de apatriadia foi o da menina Cayetana, filha de mãe argentina e pai espanhol, domiciliados na Espanha, nascida na Índia por meio de gestação sub-rogada. Como nenhum dos países envolvidos reconhecia sua nacionalidade, coube aos pais buscar declaração judicial argentina (SCOTTI, 2015).

Como se sabe, o Direito brasileiro considera nacionais (natos) aqueles que, em resumo, nasceram no Brasil (desde que os pais estrangeiros não estivessem a serviço de seu país) ou, tendo nascido no exterior, de genitor(es) brasileiros, tenham sido registrados na repartição competente ou viessem a residir no Brasil e optassem pela nacionalidade brasileira (art.12, I, a, b e c da Constituição Federal). A previsão normativa, contudo, não abrange outras situações tão comuns na atualidade, como a adoção internacional e, claro, a maternidade sub-rogada heteróloga. Razão pela qual já se defendeu a “ampliação dos horizontes do conceito contemporâneo de nacionalidade” de modo a se reconhecer a

²⁶ EUROPEAN Court of Human Rights. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6380464-8364383%22%5D%7D>>. Acesso em 07 mar. 2020.

nacionalidade brasileira, independentemente de registro e opção (CORTIANO JUNIOR, RIVABEM, GLITZ, 2019) ou adoção (com sugerido pela Corte Europeia).

Sabe-se, por outro lado, que muitas vezes é a recusa ao registro (caso *Menesson*) que engendra a negativa de nacionalidade. Cite-se, por oportuno, outro caso apreciado pela Corte Europeia de Direitos Humanos que envolvia a negativa de registro de criança havida por meio de gestação por substituição na Rússia por falsidade documental. Neste caso, a Itália entendia ter havido fraude à lei, uma vez que a reprodução assistida nos moldes realizados era proibida em seu território, como reconhecia que os pais contratantes teriam desrespeitado a legislação para adoção internacional. A criança foi removida do convívio dos pais. A Corte, por maioria, acabou aceitando que este afastamento não causaria dano à criança e que permitir sua permanência com os pais seria legalizar uma situação ilegal.

Talvez seja, justamente, nos aspectos relacionados ao reconhecimento da parentalidade que residem os maiores desafios do reconhecimento deste tipo de ‘contrato internacional’. Daí a preocupação da Conferência da Haia que, após uma rodada de questionários entre diversos atores internacionais, manifestou-se no sentido de existir oportunidade para discussão de proposta para regulação internacional do tema do reconhecimento internacional de filiação em contratos transfronteiriços de gestação por substituição²⁷.

Atualmente, trabalha-se no projeto de uma Convenção sobre o reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras sobre parentalidade jurídica e de um Protocolo específico para decisões estrangeiras envolvendo o tema da parentalidade decorrente da gestação por substituição. Um novo relatório sobre o progresso destas minutas deve estar pronto em 2021 e ser submetido ao Conselho Geral da Conferência em 2022²⁸.

Em terceiro e último aspecto, convém se destacar que eventualmente os efeitos do ‘contrato internacional’ de gestação por substituição podem ser negados. Isso porque todo e qualquer efeito contratual que seja ofensivo à ordem pública brasileira é afastado, nos termos do art. 17, LINDB. O mesmo ocorre às sentenças (ou decisões que no Brasil tenham natureza jurisdicional) estrangeiras e que dependam de homologação para que produzam efeitos em território nacional.

²⁷ Documento preliminar, de 2014, disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/6403eddb-3b47-4680-ba4a-3fe3e11c0557.pdf>>. Acesso em 07 mar. 2020.

²⁸ Informações disponíveis no relatório de novembro de 2019. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/d435cffc-65ce-4047-b603-ff63ed20591c.pdf>>. Acesso em 07 mar. 2020.

de divórcio anteriores à legislação brasileira que o permitiu. São casos típicos de negativa de efeitos nacionais à decisão estrangeira. Contudo, eventualmente negar todos os efeitos de uma decisão estrangeira pode, por si, representar violação da ordem pública quando, por exemplo, ocorre a violação a um direito fundamental. Neste sentido, caberia a análise do caso específico.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo das últimas duas décadas as técnicas de reprodução humana medicamente assistida com o auxílio das novas tecnologias vêm não só se aperfeiçoando, mas ganhando popularidade, tornando-se uma realidade clínica importante e sendo alçadas à categoria de direito reprodutivo.

No entanto, ainda que um número cada vez maior de pessoas tenha acesso às técnicas, poucos países legislaram adequadamente o assunto, especialmente quando se discute a maternidade de substituição. Diante da ausência de normas brasileiras, o país contenta-se, por ora e indevidamente, com normas éticas exaradas pelo Conselho Federal de Medicina.

Ao longo do trabalho destacou-se que a ausência de normas legislativas brasileiras sobre a maternidade de substituição, a dificuldade na sua qualificação (se ato negocial ou contrato) e a insuficiência das normas de Direito Internacional Privado para dar respostas a eventuais conflitos internacionais entre genitores brasileiros e mãe gestacional e vice-versa.

A complexidade do tema se evidenciou não só em razão da prestação obrigacional envolvida nessa relação, mas especialmente em razão de três grandes questões fundamentais: jurisdição, determinação do Direito aplicável e execução de sentenças estrangeiras (incluídos os efeitos decorrentes do negócio), uma vez que as soluções, muitas vezes, também dependerão da forma como o Estado qualifica a maternidade de substituição e seu eventual descumprimento.

As lacunas apontadas por esse estudo dificultam soluções, especialmente, porque as respostas para além da relação negocial (eventuais direitos patrimoniais envolvidos), exigem também o especial cuidado com os direitos pessoais fundamentais da própria criança gerada. Necessário, portanto, que o legislador brasileiro tome posicionamento a respeito da qualificação e validade desses atos, para que se possam definir normas de Direito aplicáveis em caso de pactuação internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR GRIEDER, Hilda. Derechos Humanos Fundamentales Y Gestación Por Subrogación En El Marco De Los Nuevos Modelos Familiares. **Cuadernos De Derecho Transnacional** (Octubre 2019), v. 11, n. 2, p. 32-44.

AYUSO, Rocío. Sofía Vergara ganha a batalha por seus embriões. **El País**. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/31/estilo/1504166604_013559.html?id_externo_rsoc=FB_BR_CM>. Acesso em 21 mai. 2020.

BASSO, Maristela. Autonomia da vontade nos contratos Internacionais do Comércio. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba. (Coords.). **Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BEBÊS de barriga de aluguel se ‘acumulam’ na Ucrânia devido a bloqueio de Covid. **Crescer**. Disponível em: <<https://revistacrescer.globo.com/Bebes/noticia/2020/05/bebes-de-barriga-de-aluguel-se-acumulam-na-ucrania-devido-bloqueio-de-covid.html>>. Acesso em 15 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.608.005**. Terceira Turma. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Ministério Público do Estado de Santa Catarina x D.K. e J.C. Julgamento em 14 mai. 2019.

CARLOS, Paula Pinhal de. Gestação por substituição no contexto sócio jurídico da América do Sul: o caso do Brasil, da Argentina e do Uruguai. **Revista Jurídica Luso-Brasileiro**, ano 4 (2018), n. 1, p. 1183-1198.

CERVI, Taciana Damo; CAMERA, Sinara. Os reflexos da Conferência de Haia sobre direito internacional privado em relação à anacionalidade decorrente da maternidade de substituição transnacional. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 3, p. 81-101, set./dez. 2017.

CORREIA, M. Medicina reprodutiva e desejo de ter filhos. In: GROSSI, M.; PORTO, R.; TAMANINI, M. (Orgs.). **Novas tecnologias reprodutivas conceptivas: questões e desafios**. Brasília: Letras Livres, 2003.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths; RIVABEM, Fernanda Schaefer; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Família contemporânea e nacionalidade: a insuficiência dos atuais critérios brasileiros para aquisição de nacionalidade originária. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 19, ano 6, p. 187-209. São Paulo: RT, abr-jun, 2019.

EL PAÍS. Disponível em: <https://elpais.com/internacional/2017/06/27/actualidad/1498555779_269973.html>. Acesso em 27 jun. 2017.

EUROPEAN Court of Human Rights. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:\[%22003-6380464-8364383%22\]}>](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:[%22003-6380464-8364383%22]}>). Acesso em 07 mar. 2020.

_____. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22paradiso%22%5D%2C%22display%22:%5B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22002-11439%22%5D%7D%3E>. Acesso em 07 mar. 2020.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Direito estrangeiro e juiz nacional: como as Cortes Superiores brasileiras aplicam o Direito estrangeiro? In: GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin (Org.). **Questões de direito internacional: pessoa, comércio e procedimento**. Curitiba: JML, 2017, p. 172-193.

GUIDORIZZI, Guilherme. Kim Kardashian paga R\$ 149 mil para barriga de aluguel. **Terra**. Disponível em: <https://www.terra.com.br/diversao/gente/purepeople/kim-kardashian-pagar149-mil-para-barriga-de-aluguel-e-r16-mil-por-filho-gemeo,b23df83e21be52d08a4d01da5ae3975b0txh77d0.html>. Acesso em 10 set. 2017.

ITAMARATY. Disponível em: <http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/no-exterior/adocao-no-exterior>. Acesso 17 de abr. de 2018.

MARIE CLAIRE. **Cerca de mil bebês de barriga de aluguel estão “presos” na Rússia**. Disponível em: <https://revistamarieclaire.globo.com/Noticias/noticia/2020/07/cerca-de-mil-bebes-de-barriga-de-aluguel-estao-presos-na-russia-diz-jornal.html>. Acesso em 29 jul. 2020.

MASSARO, Ana Carolina Pedrosa. Baby business: a indústria internacional da ‘barriga de aluguel’ sob a mira da Convenção da Haia. **RIDB**, Ano 3 (2014), n. 8, p. 5767-5806.

MEIRELLES, J.M.L. **Reprodução assistida e exame de DNA: implicações jurídicas**. Curitiba: Genesis, 2004.

MOREIRA, M.A. **Compêndio de reprodução humana**. Rio de Janeiro: Revinter, 2002.

PARLAMENTO EUROPEU. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0127+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em 07 mar. 2020.

PORTUGAL, **Lei n. 32 de 26 de junho de 2006**. Dispõe sobre a procriação medicamente assistida. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107743775/201806081133/diploma?p_p_state=maximized&did=34529775&rp=indice. Acesso em 08 de jun. de 2018.

RIBEIRO, G.P.L. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. In: SÁ, M.F.F. (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RIFKIN, Jeremy. **O século da biotecnologia**. Trad. Arão Sapiro. São Paulo: Makron Books, 1999.

SÁ, Maria de Fátima Freire; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A gestação de substituição vista como um contrato em prol da garantia de segurança jurídica aos participantes e à criança a nascer. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES,

Renata de Lima (Coords). **Contratos, família e sucessões**: diálogos interdisciplinares. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 113-134.

_____; LIMA, Taisa Maria Macena. Gestação de substituição: entre autonomia e vulnerabilidade. *In: Virtua Jus*, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p. 19-36, 1^o. sem. 2018.

SANTOS, A.A.; SANTOS, T.A. Esterilidade, infertilidade e procriação medicamente assistida. *In: ARCHER, L.; BISCAIA, J.; OSWALD, W. (Coords.). Bioética*. Lisboa: Verbo, 1996.

SCOTTI, Luciana Beatriz. La gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado: Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. **Revista de la Facultad de Derecho**, n. 38, ene.-jun. 2015, 213-249.

TRIBUNAL Constitucional Portugal. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>. Acesso em 07 mar. 2020.
URUGUAI. **Lei n. 19167 de 22 de novembro de 2013**. Dispõe sobre a regulação das técnicas de reprodução humana assistida. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19167-2013>. Acesso em 08 de jun. de 2013.

ZAHIR, Igor. Vende-se um filho: barriga de aluguel está mudando a economia na  ndia. **Glamour**. Disponível em: <https://revistaglamour.globo.com/Na-Real/noticia/2014/03/vende-se-um-filho-o-modo-como-barriga-de-aluguel-esta-mudando-economia-na-india.html>. Acesso em 07 mar. 2020.

Submissão em 28/05/2020 / Aceito em 28/09/2020