

Reflexão ético-jurídica sobre as diferentes estratégias de regulamentação da gestação por substituição e suas implicações

Amanda de Oliveira VALADARES¹

Gustavo Pereira Leite RIBEIRO²

RESUMO: O progresso científico proporcionou um grande desenvolvimento de técnicas de reprodução humana assistida. A gestação por substituição é uma delas e é vista como alternativa para as pessoas que desejam realizar o projeto parental, mas não podem de forma natural, seja por motivos médicos, por não ter parceiros ou por ter parceiros do mesmo sexo. Apesar disso, essa prática tem gerado grandes controvérsias do ponto de vista social, jurídico, moral e ético. O presente artigo tem como objetivo analisar as diferentes regulamentações da técnica no mundo, com enfoque na situação legal nos ordenamentos espanhol e português. Com isso, realizamos um estudo sobre suas implicações, principalmente a consequente internacionalização da prática e os problemas decorrentes dela, como o reconhecimento da filiação da criança e a vulnerabilidade da gestante. Por fim, ressaltamos a necessidade de criar uma legislativa própria referente à técnica em cada país, devido a sua complexidade.

PALAVRAS CHAVE: gestação por substituição; direito à procriação; direito ao planejamento familiar; turismo reprodutivo; reprodução humana assistida.

SUMÁRIO: 1. Introdução; - 2. Conceito; - 3. Histórico/origem; - 3.1. Caso paradigmático “Baby M”; - 4. Precisações terminológicas; - 5. Fundamentos; - 5.1. Direito ao livre planejamento familiar e direito à procriação; - 6. Regulamentação legal na Espanha; - 6.1. Caso Valenciano; - 6.1.1. Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución - General de los Registros y del Notariado; - 6.2. Informe do Comitê de Bioética Espanhol; - 7. Regulamentação legal em Portugal; - 7.1. Acórdão 225/2018; - 8. Turismo reprodutivo; - 9. Conclusão; - 10. Referências bibliográficas.

ENGLISH TITLE: *Ethical-legal reflection of the different regulatory strategies for surrogacy maternity and the implications of it*

ABSTRACT: *Scientific progress has led to major development on assisted human reproduction techniques. Surrogate motherhood is one of them, and it is seen as an alternative for people who wish to carry out the parental project but can't do it naturally, for medical reasons, for being single or for having same-sex partners. Despite this, the practice has been generating deep controversies from the social, juridical, moral and ethical point of views. The present article aims to analyze the different regulations of this technique around the world, focusing on the legal situation in the spanish and portuguese legal systems. Thereby, a study is conducted about its implications, mainly about the consequent internationalization of the practice and the problems arising from it, such as the recognition of the child's affiliation and the vulnerability of the pregnant woman. Finally, we emphasize the need to*

¹Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Lavras (UFLA). Integrante e pesquisadora do grupo Laboratório de Bioética e Direito (LABB/CNPq). Email: aovalad@gmail.com.

²Mestre (2004) e Doutor (2010) em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Professor Adjunto de Direito Civil na Universidade Federal de Lavras (UFLA). Líder do grupo Laboratório de Bioética e Direito (LABB/CNPq). Email: gustavoleiteribeiro@gmail.com.

create a proper legislative procedure for the technique in each country, due to its complexity.

KEYWORDS: surrogate motherhood; right of procreation; right of family planning; reproductive tourism; right of assisted human reproduction

CONTENTS: 1. Introduction; 2. Concept; 3. History / origin; 3.1. Paradigmatic case "Baby M"; 4. Terminological precisions; 5. Fundamentals; 5.1. Right to free family planning and the right to procreation; 6. Legal regulations in Spain; 6.1. Valencian Case; 6.1.1. Instruction of October 5, 2010, on registration regime of the filiation of those born by surrogate surrogate motherhood - General of Records and Notary; 6.2. Report of the Spanish Bioethics Committee; 7. Legal regulations in Portugal; 7.1. Judgment 225/2018; 8. Reproductive tourism 9. Conclusion; 10. References

1. Introdução

Aproximadamente 12% dos casais em idade fértil são estéreis e há uma tendência de aumento desse número.³ Os avanços científicos e tecnológicos têm possibilitado o desenvolvimento de novas técnicas de reprodução, a fim de se obter alternativas para a esterilidade.

O transplante de útero é uma alternativa que recentemente vem sendo explorada. O primeiro ocorreu na Arábia Saudita no ano de 2000, e não obteve sucesso devido ao desenvolvimento de um coágulo sanguíneo que levou à necessidade da retirada do útero três meses depois. Em 2011, houve outra tentativa com uma jovem de 22 anos que recebeu o útero de uma doadora já falecida. Após 8 meses, ela conseguiu engravidar, mas a gravidez teve que ser interrompida na 8ª semana, já que não havia sinais de batimentos cardíacos do embrião. Apenas em 2014, na Suécia, ocorreu um caso bem sucedido. Este levou à gravidez de uma mulher que nasceu sem útero e recebeu o transplante de uma senhora de 61 anos. O bebê nasceu com 31 semanas sem nenhuma anomalia detectável. Apesar de ser uma opção, o transplante de útero é um meio muito oneroso e complexo para solucionar o problema das mulheres inférteis que desejam ter filhos.⁴

³ REBAR, Robert; ERICKSON Gregory. Reproductive endocrinology and infertility. *Goldman's Cecil Medicine*. Rio de Janeiro, twenty fourth edition, v. 2, 2011, p. 1534-1546.

⁴ SILVA, Sofia Dalila Vale da. Gestação de substituição – uma mudança de paradigma. *Revista jurídica Luso-Brasileira*. Lisboa, ano 3, n. 6, 2017, p. 661-669.

Outra opção é uma técnica que levanta grandes debates éticos, morais, médicos, filosóficos, econômicos e jurídicos,⁵ que é a gestação por substituição. A prática também é vista como uma alternativa para a adoção, que muitas vezes é burocrática e morosa.⁶ Além disso, discute-se que a utilização das técnicas de reprodução humana assistida é um direito fundamental, visto que nem todos podem realizar o projeto parental de forma natural, e ter a descendência biológica é uma manifestação do livre desenvolvimento da personalidade.⁷

2. Conceito

A gestação por substituição, como é conhecida hoje, foi definida pela primeira vez no informe Warnock⁸ como: prática mediante a qual uma mulher gesta uma criança para outra com o objetivo de entregá-la após o nascimento.⁹ Para Jesús Esteban e Cárcar Benito¹⁰, a técnica deve ser conceituada como a prática pela qual uma mulher se compromete, mediante contraprestação ou de forma solidária, a gerar um filho de terceiros e, após o nascimento, entregá-lo, renunciando a todos os direitos e deveres relativos à criança para que os contratantes possam ser pais, biológicos ou não.¹¹ Isto é, há a renúncia da própria qualificação jurídica de mãe do bebê.¹²

O contrato de gestação por substituição envolve duas partes: o casal, ou a pessoa solteira e a mulher que cede seu útero para gestar a criança. Dependendo do país em que a técnica se concretizará, o casal pode ser de pessoas do mesmo sexo. Na Índia, por exemplo, não é permitido que a prática seja realizada por um casal homossexual, já nos Estados Unidos, é possível.

⁵CARAVACA, Afonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. Gestación por sustitución y derecho internacional privado, más allá del Tribunal Supremo y Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Madrid, v. 7, n. 2, 2015, p. 45-113.

⁶SILVA, Sofia Dalila Vale da. Gestação de substituição – uma mudança de paradigma. *Revista jurídica Luso-Brasileira*. Lisboa, ano 3, n. 6, 2017, p. 661-669.

⁷MEROÑO, Encarna Serna. Las técnicas de reproducción humana asistida: Limitaciones para su práctica. *Revista derecho privado y Constitución*. Madrid, n. 26, 2012, p. 273-307.

⁸ Documento que foi elaborado pela Comissão de Educação Britânica e foi publicado em 1978. Ele tem o objetivo de tratar sobre as necessidades educacionais especiais das crianças baseado no modelo britânico de educação especial.

⁹TIRAPU, Lydia Alexandra Brown. *Gestación por sustitución ¿es necesaria su legalización en España?*. 2015. Trabalho de conclusão de graduação – Universidad Publica de Navarra, Pamplona. Disponível em: <<http://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/18479/72319TFGBrown.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

¹⁰ ESTEBAN, Jesús; BENITO, Cárcar. La gestación por sustitución dentro del derecho a la asistencia sanitaria: Su configuración y prioridad en una futura regulación. *DS – Derecho y salud*. Valencia, v. 27, n. 1, 2017, p. 160-174.

¹¹ ESTEBAN, Jesús; BENITO, Cárcar. La gestación por sustitución dentro del derecho a la asistencia sanitaria: Su configuración y prioridad en una futura regulación. *DS – Derecho y salud*. Valencia, v. 27, n. 1, 2017, p. 160-174.

¹² OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Mãe há só uma, duas! O contrato de gestação*. Coimbra: Coimbra, 1992.

Além disso, existem diferentes tipos da técnica que se diferenciam pelos gametas utilizados.¹³ A primeira opção é dispor do sêmen do homem contratante. Nesse caso, a mulher contratada além de gestar a criança, também aporta o óvulo, então a gestante será mãe biológica. A segunda opção é utilizar os gametas femininos e masculinos do casal contratante, em se tratando de pessoas de diferentes sexos, ou seja, o sêmen e o óvulo, enquanto a pessoa contratada somente gestaria o óvulo fecundado. Nessa situação, os contratantes são os pais biológicos da criança. Em terceiro lugar, é possível que não seja utilizado o material genético de nenhum dos envolvidos, recorrendo à doação de gametas.¹⁴

3. Histórico/ origem

Considera-se que o primeiro caso documentado de um contrato de gestação por substituição, na forma altruísta, ocorreu em 1976, em Michigan, nos Estados Unidos, por meio da técnica de inseminação artificial.¹⁵ A prática foi financiada pelo advogado Noel Keane que criou a *Surrogate Family Service Inc*, uma clínica que facilitava o acesso de casais que desejavam realizar o projeto parental a pessoas dispostas a gerar a criança. Ademais, Noel Keane era encarregado do desenvolvimento dos trâmites jurídicos necessários para realizar os procedimentos técnicos referentes à gestação por substituição.¹⁶

Já em 1980, em Illinois, nos Estados Unidos, ocorreu o primeiro contrato de gestação por substituição, na forma comercial. Uma mulher, conhecida pelo pseudônimo Elizabeth Kane, aceitou ceder seu útero para gerar uma criança, mediante uma contraprestação de US 10.000,00. A prática gerou vários problemas legais, visto que, após o nascimento, a gestante se negou a entregá-la, porém, a justiça negou seu requerimento de custódia.¹⁷

¹³GONZÁLEZ, Silvia Vilar. Situación actual de la gestación por sustitución. *Revista de Derecho UNED*. Madrid, n. 14, 2014, p. 897-931.

¹⁴TORRES, Maria Desirée Regalado. Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada. *Femeris*. Madrid, v. 2, n. 2, 2017, p. 10-34.

¹⁵BLANCO, Mariano Casado; BERNÁLDEZ, Maria Ilbáñes. Reflexiones legales y éticas em torno a la maternidad subrogada. *Revista Española de Medicina Legal*. Madrid, v. 40, n. 2, 2013, p. 59-62.

¹⁶SÁENZ, Ángela Ruiz. *Tratamiento Jurídico de la Gestación por sustitución*. 2013. Tese de mestrado – Universidad de Cantábria, Cantábria. Disponível em: <<https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/4547/sec-TRABAJO%20MASTER20130911130413.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

¹⁷GONZÁLEZ, Silvia Vilar. Situación actual de la gestación por sustitución. *Revista de Derecho UNED*. Madrid, n. 14, 2014, p. 897-931.

3.1. Caso paradigmático “Baby M”¹⁸

Considera-se paradigmático o caso “Baby M”, ocorrido em 6 de fevereiro de 1985, também nos Estados Unidos. Mary Beth Whitehead, moradora de New Jersey, de 29 anos, assinou um contrato se comprometendo a gestar uma criança para o casal Willian e Elizabeth Stern, mediante uma contraprestação de US 10.000,00. O documento previa que o material genético de Willian seria inseminado artificialmente na mulher contratada, e, após o nascimento, a jovem deveria entregar a criança e renunciar a todos os seus direitos referentes a ela, de modo que Elizabeth pudesse adotá-la.

Ademais, o marido de Mary Beth, Richard Whitehead, era parte do contrato, já que, pela lei da época, ele era presumido como pai da criança pelo fato de ser casado com a gestante. Já a esposa de Willian Stern não era parte do contrato, mas havia uma cláusula que lhe concedia a custódia exclusiva da criança caso seu marido falecesse. Quanto à prática da técnica, a clínica de fertilização *Infertility Center of New York – ICNY* firmou um contrato com William Stern, no valor de US 7.500,00, se comprometendo a executar a técnica e fornecer o devido acompanhamento legal do contrato.

O casal Stern recorreu à gestação por substituição para realizar o projeto parental porque Elizabeth sofria de esclerose múltipla, por isso ter um filho por meio da forma natural poderia trazer graves consequências para sua saúde, como paraplegia e cegueira. Eles consideraram realizar a adoção, porém, além do fato de esta ser burocrática e morosa, o Sr. Stern desejava fortemente continuar sua linhagem, já que a maioria dos membros de sua família foi morta pelo holocausto e ele foi o único sobrevivente. Já Mary Beth Whitehead, afirmou que simpatizou com o casal Stern e gostaria de concedê-los “o dom da vida”. Ademais, a contratada necessitava do dinheiro para ajudar sua família. A história de todos os envolvidos sugeria boa fé.

No dia 27 de março de 1986, Mary Beth deu a luz a uma criança do sexo feminino. Em sua certidão de nascimento indicava o nome Sara Elizath Whitehead e com o registro de que seu pai era Richard Whitehead. Ao visitar a criança no hospital, o casal Stern percebeu que havia uma indicação de apego entre a contratada e a criança. Essa, chorando, disse abertamente que estava com dificuldades frente à decisão de se separar

¹⁸ The Supreme Court of New Jersey : Julgado Baby M. 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227. Julgado em: 03/02/1988. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1988/109-n-j-396-1.html>. Acesso em: 21 de jun. de 2019.

da criança, porque havia um vínculo entre elas desde a gravidez. Ademais, a gestante afirmou que o bebê se parecia muito com sua outra filha. Porém, Mary Beth entregou-o ao casal contratante 3 dias depois. Este decidiu chamar a criança de Melissa.

Apesar disso, Mary Beth não se sentiu bem com a separação e estava passando por uma forte crise emocional, que a impedia de dormir e, até mesmo, de comer. Por isso, a gestante procurou o casal Stern para requerer a permissão de passar uma semana com a criança, pois estava muito abalada com o afastamento. Este concordou com a ideia, já que, por sua situação de vulnerabilidade, havia o risco de que a mulher cometesse suicídio. Ademais, o casal confiou que o bebê seria devolvido no tempo acordado.

Porém, a jovem desistiu de entregar a criança. Após realizar tentativas de recuperá-la amigavelmente durante 4 meses, Willian Stern requereu na justiça que o contrato de gestação por substituição firmado entre eles fosse cumprido. Logo, Mary Beth fugiu com a criança para o estado da Flórida, onde permaneceu por 3 meses até que as autoridades a encontraram e levaram o bebê. Antes disso, a jovem manteve contato com o pai biológico por meio de ligações e fez várias ameaças, como tirar a própria vida e a da criança.

O julgamento em primeira instância durou 32 dias durante um período de mais de 2 meses, e contou com várias apelações interlocutórias. Ademais, havia 23 testemunhas dos fatos e 11 especialistas envolvidos, discutindo, entre outras coisas, a doença da Senhora Stern e o arranjo compatível com o melhor interesse do bebê. Foi decidido que o contrato era válido e que a custódia da criança deveria ser exclusivamente do pai biológico. Além disso, foi reconhecida a possibilidade de Elizabeth adotá-la.

Mary Beth interpôs uma apelação, argumentando que o contrato era inválido pelo fato de o Estado reconhecer que, para o melhor interesse da criança, ela deveria ser criada por ambos os pais. Dessa forma, a apelante alegou que a decisão anterior a privou do direito constitucional de criar sua própria filha. Por isso, requereu a custódia do bebê e que o pai biológico tivesse apenas o direito de visitá-lo.

A Suprema Corte de New Jersey entendeu que o contrato era inválido, já que foi acordado que a renúncia do poder parental da gestante e a posterior adoção por Elizabeth ocorreria mediante uma contraprestação. De acordo com as leis vigentes na época, tal fato só poderia ocorrer se a gestante entregasse a criança, de forma voluntária e direta, a uma agência pré-aprovada ou para a *Division of Youth and Family Services*

– DYFS. Ademais, havia a necessidade de apresentar nessas instituições um documento formal, escrito e assinado, por meio do qual a gestante abriria mão de seu poder parental. Fora desses casos, este só poderia ser desconstituído se houvesse provas de que a criança foi abandonada ou que os pais biológicos foram negligentes quanto a ela.

Além disso, a Corte entendeu que o consentimento de Mary Beth para gestar a criança foi dado antes da concepção, dessa forma, não houve a possibilidade de a gestante avaliar os laços que seriam criados entre ela e o bebê. Também foi entendido que o consentimento não era válido, pois não foi efetuado de forma livre, visto que foi acordada uma contraprestação de US 10.000,00, que foi entendida como uma motivação para que a jovem aceitasse realizar a prática.

Logo, a Suprema Corte ordenou que a custódia da criança deveria ser dada ao pai biológico. Porém, restituiu a condição de mãe a Mary Beth Whitehead e lhe concedeu o direito de visitar o bebê, vez que o fato de ela não ter sua custódia não é suficiente para cessar seu poder parental. Desse modo, sua condição de mãe biológica e legal da criança foi mantida.

4. Precisoões terminológicas

A doutrina tem utilizado diversos termos para fazer referência à gestação por substituição, como: maternidade subrogada, barriga de aluguel, ventre de aluguel, maternidade por substituição, gestação por substituição, entre outros.¹⁹ Ou seja, não há uma uniformidade terminológica no direito comparado.

Apesar disso, segundo Eleonora Lamm²⁰, a expressão subrogação não é juridicamente correta, visto que não engloba todas as formas da prática. Subrogar significa colocar uma pessoa ou coisa no lugar de outra, o que faz referência a apenas a forma em que a gestante cede o útero e o material genético. Embora esse modo ocorra na maioria dos casos, o termo correto a ser utilizado é substituição, para englobar os tipos em que o material genético utilizado não é o da gestante. Dessa forma, a terminologia maternidade subrogada não é cabível.

¹⁹BLANCO, Mariano Casado; BERNÁLDEZ, Maria Ilbáñes. Reflexiones legales y éticas em torno a la maternidad subrogada. *Revista Española de Medicina Legal*. Madrid, v. 40, n. 2, 2013, p. 59-62.

²⁰LAMM, Eleonora. Gestacion por sustitución. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, n. 3, 2012, p. 1-49.

Além disso, a palavra maternidade também não é adequada, porque a gestante não é a mãe da criança, já que ela apenas cede o útero. Aquela engloba extensões muito maiores que a gestação.²¹ Ademais, a expressão maternidade por substituição fragmenta o conceito de maternidade e traz uma ideia de subalternização da gestante.²² Logo, depreende-se que utilizar o termo maternidade por substituição não é pertinente.

Já as expressões barriga de aluguel e ventre de aluguel têm uma matriz pejorativa, por trazer a ideia de exploração da mulher. Portanto, o termo mais adequado, segundo Beatriz Souto Galván²³ e Eleonora Lamm,²⁴ é gestação por substituição.

5. Fundamentos

5.1. Direito ao livre planejamento familiar e direito à procriação

As transformações sociais e científicas, principalmente na área da Medicina e da Genética, proporcionaram a criação de novas formações de famílias que trouxeram novos dilemas éticos e jurídicos complexos à nossa realidade. Devido aos avanços biotecnológicos, hoje é possível a realização da procriação medicamente assistida, que chegou ao Brasil por volta dos anos 90.²⁵ As referidas técnicas são polêmicas por causar modificações no conceito de maternidade, já que esta sempre foi determinada pela máxima romana *mater semper certa est*, que pode ser traduzida como “sabe-se certamente quem é a mãe”, isto é, mãe é aquela que dá a luz.²⁶

No direito comparado, muito se debate sobre o direito ao livre planejamento familiar ser um direito fundamental. Segundo Heloisa Helena Barboza,²⁷ há dois entendimentos quanto ao seu conteúdo. São eles: o dos Estados Unidos, onde a Corte Suprema Americana, ao se deparar com casos que envolvem o direito de procriação, entende que deve-se admiti-lo aos casais férteis ou não, pois estes têm a escolha de exercê-lo da

²¹ GALVÁN, Beatriz Souto. Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución. *UA Revistes Científiques*. Alicante, n. 8, 2006, p. 181-196.

²² SILVA, Miguel Oliveira da. *Relatório Sobre Procriação Medicamente Assistida e Gravidez de Substituição*, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, 2012. Disponível em: <<http://www.cneqv.pt/.../1333387259-relatorio-20.2.2012-revisto-em-2.4.12-1>>. Acesso em: 23 de jan. de 2019.

²³ LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, n. 3, 2012, p. 1-49.

²⁴ GALVÁN, Beatriz Souto. Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución. *UA Revistes Científiques*. Alicante, n. 8, 2006, p. 181-196.

²⁵ BUENO, José Geraldo Romanello; MENEZES, Daniel Francisco Nagao. Os limites da gestação de substituição na reprodução assistida. *Revista Paradigma*. Ribeirão Preto, a. 20, n. 24, 2015, p. 17-33.

²⁶ TORRES, Maria Desirée Regalado. Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada. *Femeris*. Madrid, v. 2, n. 2, 2017, p. 10-34.

²⁷ BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção da autonomia reprodutiva dos transexuais. *Revista Estudos Feministas*. Florianópolis, v. 20, n.2, 2012, p. 549-558.

forma que lhes convém, seja por meio de relação sexual ou por meio de técnicas de reprodução assistida. Já no entendimento europeu, o direito à procriação é hipotético e deriva dos direitos à vida e à privacidade. Aquele compreende dois sentidos, o negativo que diz respeito à proteção das pessoas que desejam ter filhos e o ativo que envolve a possibilidade de criar uma vida por meio de técnicas de reprodução assistida.

O Comitê Diretor de Direitos Humanos europeu, em resposta a uma consulta feita em 1987, dissertou que não há um direito absoluto de procriar, pois já existem outras formas de realizar o projeto parental.²⁸ Acreditamos que o entendimento dos Estados Unidos é mais correto, pois as pessoas têm o direito de se reproduzir da forma que entenderem mais conveniente, o que configura o direito ao livre planejamento familiar, o direito negativo do Estado de interferir na liberdade de escolha da forma de procriação e o exercício da autonomia privada dos indivíduos.

Quanto ao Brasil, é garantido pela Constituição Federal o direito ao livre planejamento familiar, que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Aquele é direito de todo cidadão, seja homem ou mulher,²⁹ como dispõe o artigo 226, § 7º:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Tal direito é reconhecido não só ao casal, como a pessoas solteiras, que podem constituir sozinhas uma comunidade familiar, ou seja, uma família monoparental.³⁰ O dispositivo citado foi regulamentado pela lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Esta é a legislação sobre o planejamento familiar, que é direito de todo cidadão. Isso significa que, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o Estado deve prover um atendimento global e integral à saúde da mulher, do homem e do casal, além de respeitar suas decisões quanto ao planejamento familiar, o que inclui a quantidade de filhos que desejam ter e os meios pelos quais serão concebidos. Ou seja, é proibido ao Estado utilizar de tais ações do planejamento familiar para promover o controle demográfico.

²⁸ BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção da autonomia reprodutiva dos transexuais. *Revista Estudos Feministas*. Florianópolis, v. 20, n.2, 2012, p. 549-558.

²⁹ OLIVEIRA, Cheila Aparecida. O direito ao livre planejamento familiar e a doação de útero. *Revista Unimep*. Piracicaba, v. 16, n. 31, 2016, p. 1-33.

³⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção da autonomia reprodutiva dos transexuais. *Revista Estudos Feministas*. Florianópolis, v. 20, n.2, 2012, p. 549-558.

No mesmo sentido, trata o artigo 1.565, § 2º, do Código Civil, que dispõe: “O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.” Além disso, a utilização das técnicas de reprodução assistida é um direito do ser humano, visto que nem todas as pessoas podem realizar o projeto parental de forma natural, seja por problemas de saúde, por não ter parceiros ou por ter parceiros do mesmo sexo. Por isso, a reprodução assistida é uma forma de realizar a vontade de ter descendência biológica própria, o que configura uma manifestação do livre desenvolvimento da personalidade.³¹

Ademais, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher³² dispõe, em seu artigo 11.2, sobre a necessidade da proteção do direito à vida privada que, para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, engloba fatores como: a dignidade humana, o livre desenvolvimento da personalidade, a configuração da própria identidade e o estabelecimento de relações pessoais. Além disso, há o entendimento de que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade abarca o direito à maternidade, ou seja, a escolha de ter filhos deriva do direito à vida privada. Nesse sentido, estabeleceu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Artavia Murillo e outras versus Costa Rica*,³³ que a vida privada está relacionada à autonomia reprodutiva e ao acesso aos meios e técnicas científicas para exercer tal direito, como a reprodução humana assistida.³⁴

No Brasil, a gestação por substituição é considerada lícita, porém, não existe lei específica sobre o tema e sua regulamentação ocorre por meio de normas deontológicas

³¹ MEROÑO, Encarna Serna. Las técnicas de reproducción humana asistida: Limitaciones para su práctica. *Revista derecho privado y Constitución*. Madrid, n. 26, 2012, p. 273-307.

³² A Convenção foi ratificada e assinada pelo Brasil em 1981 por meio do Decreto 4.377/2002.

³³ A prática da fertilização in vitro foi proibida na Costa Rica no ano de 2000. O fato ocorreu após a Turma Constitucional da Suprema Corte do país entender que o acesso à técnica, permitido através do Decreto Executivo 24029-S de 23 de fevereiro de 1995, era incompatível com a Constituição. A decisão teve como base o entendimento de que o embrião humano é uma pessoa e, por isso, não pode ser tratado como objeto para fins de pesquisa, ser submetido a processos de seleção e congelamento. Dessa forma, entendeu-se que a fertilização in vitro atenta contra a vida e a dignidade do ser humano. Logo, no ano de 2001, os casais que foram prejudicados diretamente pela decisão, por já ter iniciado a técnica ou por ter se planejado para realizá-la, apresentaram uma demanda à Comissão Interamericana de Direitos Humanos alegando que a proibição da técnica é uma ingerência arbitrária nos direitos à vida privada e familiar e de formar uma família. Após dez anos, a questão foi submetida à Corte Interamericana de Direitos Humanos que decidiu, um ano depois, revogar a decisão da Corte Constitucional da Costa Rica que proibiu o uso da fertilização in vitro no país. A sentença da CIDH pode ser acessada em: CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso *Artavia Murillo e outros (fecundação in vitro) versus Costa Rica*, 2012. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf. Julgado em: 28 de novembro de 2012.

³⁴ MARTINEZ, Maria Olga. La reproducción humana asistida en el contexto de los derechos humanos. *Cuadernos Iberoamericanos de Derecho Sanitario*. Brasília, v. 2, n. 2, 2013, p. 824-838.

do Conselho Federal de Medicina. Este editou em 1992 a Resolução 1.358, que foi a primeira referente à temática. Essa disciplinou a prática por 18 anos e a denominava “gestação temporária de útero”. Seu conteúdo estabelecia que a técnica somente poderia ocorrer de forma altruísta, ou seja, não era permitido o pagamento da gestante. Ademais, esta deveria ter parentesco até segundo grau com a doadora genética. Porém, havia a possibilidade de o CFM analisar casos em que o requisito do parentesco não era atendido. Quanto aos beneficiários, havia a limitação da prática a mulheres que, por problemas de saúde e contraindicações médicas, não pudessem engravidar.³⁵

Em 2010, o CFM editou a Resolução 1.957, que substituiu a Resolução 1.358, porém, as regras em relação à gestação por substituição foram mantidas. Já em 2013, foi publicada a Resolução 2.013, que trouxe alterações significativas para a temática, sobretudo por ter sido editada após o reconhecimento do Supremo Tribunal Federal da união entre pessoas do mesmo sexo, por meio da ADI 4.277 e ADPF 132. A partir disso, houve a extensão dos beneficiários para parceiros homoafetivos. Além disso, a gestante poderia pertencer à família de qualquer um dos beneficiários, e a exigência do grau de parentesco foi alterada para até o quarto grau. Também houve a fixação de idade máxima da gestante de 50 anos, o que gerou muitas controvérsias pelo entendimento de que essa modificação afrontava a liberdade de planejamento familiar. No dia 24 de setembro de 2015, foi editada a Resolução 2.121 que criou a possibilidade de analisar, de forma casuística, que a gestante com mais de 50 anos seja submetida à técnica.³⁶

No dia 10 de novembro de 2017, foi publicada no Diário Oficial da União a Resolução 2.168. Esta não trouxe regras novas, porém, constou, explicitamente, que a técnica da gestação por substituição poderia ser realizada por pessoas solteiras, apesar de, na resolução anterior, já constasse que todas as pessoas capazes poderiam realizá-la.³⁷

A ausência de norma legal no Brasil sobre a gestação por substituição é um problema grave, já que existem muitas questões controversas e importantes que não são esclarecidas pelas resoluções do CFM. Estas foram criadas para a comunidade médica, de modo a orientá-la sobre como deve proceder ao realizar a técnica. Porém, são necessários avanços jurídicos quanto a isso no que tange à filiação e à sucessão, por exemplo. Outro ponto importante que deve ser esclarecido é sobre o registro das

³⁵LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Gestação de substituição: entre autonomia e vulnerabilidade. *VirtuaJus*. Belo Horizonte, v. 3, n. 4, 2018, p. 19-36.

³⁶LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Gestação de substituição: entre autonomia e vulnerabilidade. *VirtuaJus*. Belo Horizonte, v. 3, n. 4, 2018, p. 19-36.

³⁷LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Gestação de substituição: entre autonomia e vulnerabilidade. *VirtuaJus*. Belo Horizonte, v. 3, n. 4, 2018, p. 19-36.

crianças, já que os cartórios não são obrigados a respeitar as resoluções do CFM, o que pode ocasionar em conflitos sobre o registro da mãe do bebê.³⁸

A dignidade é um valor e um princípio fundamental, que representa um norte para o nosso ordenamento. Aquele parte da ideia de que as pessoas devem viver segundo seus próprios projetos espirituais e são conformadoras de si próprias.³⁹ O livre planejamento familiar independe de laços matrimoniais e deve ser uma livre decisão dos parceiros que, ao realizá-lo, reafirmam sua autonomia.⁴⁰ Tal planejamento deve ocorrer sem interferências do Estado.

O princípio do livre planejamento familiar também institui prerrogativas e responsabilidades aos pais, visto que proporciona às pessoas o direito à intimidade da vida privada e familiar e de escolher quais métodos e técnicas serão utilizadas para a procriação, o que inclui meios naturais ou artificiais, ou seja, há autonomia para decidir acerca da filiação. Porém, os genitores devem respeitar o princípio da paternidade responsável, que preza pela responsabilidade social e individual dos genitores a zelar pelo bem-estar das crianças, que inclui aspectos físicos, psíquicos e espirituais. Ou seja, deve-se respeitar o princípio do melhor interesse da criança.⁴¹

Portanto, por meio de uma interpretação sistemática dos direitos fundamentais, como o direito à vida, o direito à saúde e o direito ao planejamento familiar, que confere o direito à construção de família, infere-se o direito à reprodução humana assistida, apesar de não haver disposições expressas sobre tal matéria.⁴² Logo, ele é um direito fundamental implícito.⁴³

O estudo da regulamentação da gestação por substituição na Espanha é importante porque foi um dos primeiros países a criar um marco jurídico legal sobre a temática na Europa. A prática é proibida no país e prevê sanções de diversas naturezas, como civil,

³⁸LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Gestação de substituição: entre autonomia e vulnerabilidade. *VirtuaJus*. Belo Horizonte, v. 3, n. 4, 2018, p. 19-36.

³⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

⁴⁰GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. Maternidade de substituição e a lacuna legal: questionamentos. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016, p. 1-21.

⁴¹GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. Maternidade de substituição e a lacuna legal: questionamentos. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016, p. 1-21.

⁴²KRELL, Olga Jubert Gouveia. *O direito fundamental à reprodução humana assistida no Brasil e suas repercussões na filiação civil: uma abordagem de lege ferenda*. 2005. Tese de doutorado – Universidade Federal de Pernambuco, Recife. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3945/1/arquivo5205_1.pdf. Acesso em: 30 jan. 2019.

⁴³PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

criminal e administrativa caso ela ocorra. Apesar disso, muitos cidadãos espanhóis buscam outros países, onde a prática é legalizada, para realizar o desejo de ter filhos. Logo, sua vedação apenas impede que as pessoas que não têm condições financeiras para sair do país realize a gestação por substituição. Ou seja, o turismo reprodutivo é muito praticado pelos espanhóis. Com isso, ocorreram vários problemas, principalmente quanto ao registro civil das crianças filhas de espanhóis, nascidas mediante tal técnica, o que resultou importantes julgamentos. Como resposta a tais conflitos, a Espanha editou instruções normativas que serão estudadas adiante.

Quanto a Portugal, o estudo de sua regulamentação da gestação por substituição é importante porque houve uma mudança recente em seu entendimento sobre a permissão da prática. Até 2017, esta era vedada em qualquer modalidade, mas a partir do citado ano, sua realização foi permitida, na forma altruísta. A partir disso, já existem pesquisas que mostram que muitos pedidos pendentes para a realização da prática no país são de estrangeiros, o que evidencia a realização do turismo reprodutivo. Ademais, o estudo da regulamentação de tal país tem sua devida importância por ter uma influência religiosa católica muito grande, fato que gera muitos debates quanto à moralidade da gestação por substituição.

6. Regulamentação legal da Espanha

A primeira lei que regulamentou as técnicas de reprodução assistida na Espanha foi a Ley 35/1988, de 22 de noviembre. Esta foi a segunda normativa a ser promulgada na Europa, já que foi precedida apenas pela lei Sueca sobre inseminação artificial de 1985.⁴⁴ É importante destacar que em sua exposição de motivos, há menção à gestação por substituição, dispondo que esta se trata de uma possibilidade que leva à discussão sobre a existência do direito à reprodução. Também é mencionado que ainda existe o debate sobre o caráter absoluto desse direito, já que gera conflitos éticos que chocam o bem comum, que o Estado deve proteger. Ademais, menciona sobre a possibilidade de as partes disporem livremente quanto aos negócios jurídicos do Direito de Família, mesmo que haja um contrato prévio. Com isso, observa-se que, desde 1988, há o reconhecimento do legislador quanto aos conflitos éticos e jurídicos que a gestação por substituição suscita.

⁴⁴GONZÁLEZ, Silvia Vilar. Situación actual de la gestación por sustitución. *Revista de Derecho UNED*. Madrid, n. 14, 2014, p. 897-931.

Atualmente, a lei vigente sobre reprodução humana assistida é a Ley n. 14/2006, de 26 de mayo, que legaliza as práticas das seguintes técnicas: fecundação homóloga, fecundação heteróloga, fecundação *post mortem*, experimentação com embriões produzidos *in vitro*, clonagem terapêutica e seleção genética de embriões. Além disso, a Espanha permite que as citadas técnicas sejam realizadas por casais heterossexuais, homossexuais e mulheres solteiras.⁴⁵

Quanto à gestação por substituição, o artigo 10.1 da Ley n. 14/2006 expressamente proíbe a prática, tanto na forma comercial quanto na forma altruísta, nas seguintes palavras: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.” Esse dispositivo se baseia no ideal de que a gestação e a reprodução não podem ser objetos de tráfico jurídico, o que representa um princípio comum aos países da Europa Continental.⁴⁶

Além disso, a referida lei dispõe sobre a definição da filiação legal das crianças nascidas por meio da prática, dispondo em seu artigo 10.2 que: “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.” Ou seja, mãe é aquela que dá a luz, em consonância ao princípio *mater semper certa est*, dessa forma, a gestante é a mãe legal da criança para todos os efeitos,⁴⁷ independente de quem tenha aportado o material biológico.⁴⁸ Porém, segundo o artigo 10.3, é possível que o pai biológico reclame a paternidade na justiça.

Tal normativa prevê sanções aplicáveis às infrações em relação à prática de todas as técnicas de reprodução humana assistida. Os artigos 24 e seguintes dispõem que haverá sanções administrativas, sem prejuízo das civis, das penais ou outras de qualquer ordem. Na esfera criminal, o Código Penal Espanhol tem um capítulo dentro do título “delitos contra las relaciones familiares” que é chamado de “de la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor”. Ele conta com três artigos, do 220 ao 223, que são aplicados quando ocorre a prática gestação por

⁴⁵ZURRIARÁIN, Roberto Germán. Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado. *Cuadernos de Bioética*. Madrid, v. 22, n. 75, 2011, p. 201-2014.

⁴⁶TAHOSES, Ana Suyapa Fernández-Sancho. Eficácia jurídico registral del contrato de gestación por subrogada. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Cizur Menor, n.3, 2011, p. 127-146.

⁴⁷GONZÁLEZ, Silvia Vilar. Situación actual de la gestación por sustitución. *Revista de Derecho UNED*. Madrid, n. 14, 2014, p. 897-931.

⁴⁸SÁENZ, Ángela Ruiz. *Tratamiento Jurídico de la Gestación por sustitución*. 2013. Tese de mestrado – Universidad de Cantábria, Cantábria. Disponível em: <<https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/4547/sec-TRABAJO%20MASTER20130911130413.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

substituição. Já o Código Civil Espanhol, dispõe em seu artigo 177.2.2 que: “El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto.” Portanto, mesmo que a gestação por substituição fosse entendida como um tipo de adoção, jamais seria legal pactuar a entrega da criança antes de a gestante dar a luz.⁴⁹

6.1. Caso Valenciano

Dois homens espanhóis, Luis e Fernando, casados desde 2005, recorreram ao estado da Califórnia, nos Estados Unidos, para realizar seu projeto parental, visto que, no local, a prática da gestação por substituição é legalizada. O contrato foi celebrado com uma mulher californiana, que foi inseminada com o sêmen dos dois homens e os óvulos foram doados por uma mulher anônima. Por meio da técnica, no dia 24 de outubro de 2008, nasceram dois bebês gêmeos, Alejandro e Diego.

As autoridades americanas expediram a certidão de nascimento das crianças, em que constava que os contratantes eram seus pais biológicos, porém o nome da gestante não foi registrado no documento. No dia 07 de novembro de 2008, o casal apresentou uma solicitação ao consulado da Espanha, que se localiza em Los Angeles, referente ao registro da filiação das crianças em seu favor. Neste momento, o casal apresentou os devidos documentos: certidão de nascimento dos bebês expedido pelo estado da Califórnia, certificado de nascimento e passaporte dos solicitantes, além do livro de família que comprova a realização do casamento do casal. O pedido foi negado com base no argumento de que a legislação espanhola não permite a gestação por substituição, como dispõe o artigo 10 da Ley 14/2006, por isso, a mãe legal das crianças seria a gestante. Ademais, a nacionalidade espanhola dos bebês também foi negada.

No dia 25 de novembro de 2008, o casal interpôs um recurso perante à Dirección General de los Registros y del Notariado. Esta, mediante a Resolución de 18 de febrero de 2009, acolheu o recurso alegando que a ação não diz respeito a qual legislação deve ser aplicada em relação à filiação, mas apenas quanto à validade do registro de nascimento das crianças nascidas no estrangeiro. Ou seja, o controle de legalidade do registro das certidões estrangeiras, para o Registro Civil Espanhol, não depende de que

⁴⁹ESTEBAN, Jesús; BENITO, Cárcar. La gestación por sustitución dentro del derecho a la asistencia sanitaria: Su configuración y prioridad en una futura regulación. *DS – Derecho y salud*. Valencia, v. 27, n. 1, 2017, p. 160-174.

a situação seja uma decisão idêntica de como a Espanha trata a questão. Para embasar tal argumento, requereu a aplicação do artigo 81 do Reglamento del Registro Civil, que dispõe: “El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales.”

Além disso, alegou-se que para realizar o registro, é necessário apenas que o documento seja público e elaborado por uma autoridade registral estrangeira, que desempenhe funções equivalentes às autoridades registrais espanholas e que não provoque vulnerabilidade da ordem pública internacional. Por essa razão, a DGRN ordenou que o Registro Civil Consular realizasse o registro das crianças como filhos legais do casal Espanhol, já que a certificação de registro da Califórnia cumpria todos os requisitos formais para a inscrição. Ademais, afirmou-se que não permitir que o casal homossexual registrasse os filhos é uma prática discriminatória, e que a atuação do Registro Civil Consular deveria ser direcionada para satisfazer o interesse dos bebês.

Entretanto, o Ministério Fiscal impugnou a resolução em sede judicial. O Juzgado de Primera Instancia N° 15 de Valencia, mediante a Sentencia de 15 de septiembre de 2010 procedimiento 188/2010, acolheu a demanda e ordenou que o registro das crianças no Consulado Espanhol não surtisse efeitos e fosse cancelado. Argumentou-se que não existe dúvida alguma que os requisitos formais do registro das crianças feito na Califórnia foram atendidos, porém o controle formal não é suficiente para resolver a questão. Nesse sentido, foi apresentado como embasamento o artigo 23 da Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, que dispõe:

Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe.

También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.
(...)

Dessa forma, argumentou-se que a análise do conteúdo do que foi estabelecido no documento também deveria ser feito. Isto é, é imprescindível que se verifique se os solicitantes são pais dos menores, o que é impossível biologicamente. Além disso, afirmou-se que no dispositivo citado, o legislador se referiu expressamente à

necessidade de verificar se o registro é válido, segundo a lei espanhola. Logo, a sentença apresentou novamente como base o artigo 10 da ley 14/2006, que proíbe a gestação por substituição na Espanha. Entendeu-se que a prática e o registro não respeitavam os limites da ordem pública do Direito Espanhol, feria a dignidade da gestante e das crianças, e, além disso, desrespeitava o superior interesse das crianças e tornava suas identidades vulneráveis.

Portanto, a sentença propôs que a solução para a demanda do casal é a possibilidade de realizar exames médicos para identificar o pai biológico das crianças e, após isso, este requerer uma reclamação de paternidade. Feito isso, a gestante renuncia aos seus direitos quanto às crianças e o cônjuge do pai biológico requer a adoção dos bebês.⁵⁰ Entretanto, o casal interpôs um recurso de apelação contra a sentença e, durante sua tramitação, a Dirección General de los Registros y del Notariado publicou a Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.⁵¹

Por fim, no dia 23 de novembro de 2011, a décima sección de la Audiencia Provincial de Valencia, ratificou a decisão do Juzgado de 1ª Instancia número 15 de Valencia (procedimiento 188/2010), para que o registro das crianças realizado no Consulado não surtisse efeitos e fosse cancelado.

6.1.1. Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución – General de los Registros y del Notariado

A Instrução estabelece 16 diretrizes, a fim de fornecer uma resposta unânime para os diversos recursos que foram interpostos na Espanha contra os Consulares que negaram realizar o registro de crianças que nasceram no estrangeiro, mediante a prática da gestação por substituição. Seu objetivo é fornecer proteção jurídica ao superior interesse da criança e seu direito a uma identidade única.⁵² Basicamente, seu conteúdo diz que o registro deve ser realizado, porém, os solicitantes deverão apresentar, junto à

⁵⁰ LOPERENA, Ana Beorlegui. *La maternidad subrogada em España*. 2014. Tese de mestrado – Universidad Publica de Navarra, Pamplona. Disponível em: <<http://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/9666/Ana%20Beorlegui%20.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

⁵¹ D'AMIL, Yvette Velarde. Comentario a la sentencia de la audiencia provincial de Valencia núm. 949/2011 826 23-11-2011: no inscripción en el registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*. Valencia, n. 3, 2012, p. 61-70.

⁵² GORTÁZAR, Iñigo Múgica. *La gestación por sustitución: análisis desde la óptica del derecho internacional privado*. 2015. Disponível em: <<https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/17725/Mugica%20Gortazar%2C%20I%C3%B1igo%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

solicitação de registro, a resolução judicial concedida pelo Tribunal competente em que foi determinada a filiação do bebê. É importante ressaltar que sempre deve haver *exequátur*.⁵³ Portanto, é uma autorização que deve ser concedida pela Espanha para que o Cônsul possa realizar o registro.⁵⁴

A DGRN já se pronunciou outras vezes, por meio de resoluções, sobre outras situações semelhantes em que houve o requerimento da inscrição de crianças nascidas por meio da gestação por substituição, como é o caso da Resolución de 18 de febrero de 2009 e a Resolución de 30 de noviembre de 2011.⁵⁵

6.2. Informe do Comitê de Bioética espanhol

No dia 19 de maio de 2017, o Comitê de Bioética da Espanha tornou público um informe sobre os aspectos éticos e jurídicos da gestação por substituição.⁵⁶ Este foi aprovado por unanimidade dos presentes durante uma reunião plenária realizada no dia 08 de maio de 2017. Sua elaboração foi iniciativa do próprio Comitê, devido ao debate e preocupação da opinião pública e de instituições que suscitavam a conveniência da regulamentação da técnica no país.

Primeiramente, o Comitê dissertou sobre a importância e a controvérsia que o tema gera devido às novas formas que a procriação humana pode ser realizada. Além disso, estas geram consequências quanto à maternidade e à filiação, principalmente por trazer a dissociação entre essa e a gestação. Posteriormente, foi informado que a gestação por substituição não é um fenômeno novo, visto que, há mais de 40 anos temos conhecimento da primeira prática. Porém, seu alcance ainda era muito limitado, já que apenas nos últimos 15 anos houve uma expansão e consequente internacionalização da prática.

Foram apresentados dois principais problemas sobre o tema na Espanha. O primeiro é que a gestação por substituição é contrária à lei nacional, porém isso não impede a prática, visto que os espanhóis têm recorrido a outros países onde a prática é legal para

⁵³ Palavra muito utilizada no Direito Internacional que significa cumpra-se.

⁵⁴ RODRÍGUEZ, Aurelia Álvarez; AGUADO, David Carrizo. Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, de quien eres...?, *La Notaria*. Barcelona, n. 2, 2014, p. 59-75.

⁵⁵ FERNÁNDEZ, Francisca Ramón. La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*. Madrid, n. 6, 2014, p. 38-50.

⁵⁶ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. Disponível em: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2019.

realizá-la. Por isso, a Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reprodução assistida, que veda expressamente a técnica, tem sua eficácia limitada às pessoas que não têm condições financeiras e recursos para migrar para países que a permitem. O segundo ponto suscitado pelo Comitê é o reconhecimento da filiação legal das crianças nascidas mediante a gestação por substituição. Como já foi dito, a proibição desta não impede que os espanhóis a realizem, porém o fato de reconhecer a filiação proveniente de um processo ilegal na Espanha pode incentivar que ela continue ocorrendo e haja fraude da lei. Por outro lado, há o interesse da criança que deve ser superiormente protegido pelo direito.

O informe deixa claro que a maioria dos integrantes do Comitê de Bioética Espanhol é contrária à legalização da gestação por substituição, pois considera que todo contrato referente à prática, seja oneroso ou altruísta, gera uma exploração da mulher e atenta contra os direitos da criança. Alguns membros manifestaram que a técnica deveria ser regulamentada, porém, no contexto atual, não visualizam uma forma por meio da qual isso possa ser realizado. Além disso, consideram que as propostas e as experiências de outros países são deficientes quanto à tutela da dignidade, dos direitos da gestante e do bebê.

Por fim, foram apresentados três critérios fundamentais que devem ser atendidos caso haja uma reforma legal na Espanha: os contratos de gestação por substituição devem ser nulos, mesmo aqueles realizados no exterior, e as agências que realizam tal prática devem ser sancionadas; deve haver um marco comum que regule a técnica internacionalmente; a filiação das crianças nascidas no exterior, por meio da gestação por substituição, deve ser feita conforme a doutrina estabelecida pelo Tribunal Supremo.

7. Regulamentação legal em Portugal

A Lei 58 de 25 de julho de 2017⁵⁷ é a versão mais recente da lei sobre a procriação medicamente assistida de Portugal. Esta procedeu à quarta alteração da Lei 32/2006, de 26 de julho, e introduziu mudanças significativas quanto à temática, entre elas está o reconhecimento da validade dos contratos de gestação por substituição.⁵⁸ Dessa forma,

⁵⁷ A referida Lei está disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2721&tabela=leis&so_miolo=

⁵⁸ PEDRO, Rute Teixeira. Uma revolução na concepção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida. *Atas do seminário Debatendo a procriação medicamente assistida*, 2017, p. 149-167.

esta prática foi introduzida no rol das técnicas permitidas⁵⁹ e, no artigo 8º, há sua regulamentação. Este dispõe sobre as condições em que a técnica é permitida, que são estritas e contemplam situações excepcionais.⁶⁰

A gestação por substituição é definida como “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.”⁶¹ Na doutrina portuguesa, também há conceituações nesse sentido, por exemplo, para Vera Lúcia Raposo a gestação por substituição pode ser definida como “(...) ato de uma mulher gerar um filho que não pretende manter para si, mas sim entregar a outrem.”⁶² Portanto, em relação à gestante, primeiro há uma obrigação de fazer e, posteriormente, de não fazer. Logo, segundo a lei 58/2017, a criança que nascer por meio da prática será considerada filha dos beneficiários ou contratantes.⁶³

Já o artigo 8.2, elucida que a técnica só pode ser realizada a título excepcional, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem. Ademais, ela não pode ser realizada mediante contraprestação, isto é, somente a forma solidária é permitida.⁶⁴

A lei não estabelece quais os requisitos a gestante deve possuir, porém define que de forma alguma o gameta da mulher contratada pode ser utilizado no processo. Ademais, os gametas de pelo menos um dos beneficiários deve ser utilizado⁶⁵, ou seja, a prática só pode ser parcialmente heteróloga.⁶⁶ Outrossim, a lei define que o contrato de gestação

⁵⁹Em consonância com o artigo 2.2 da Lei n.º 58/2017, de 25 de julho que dispõe: “A presente lei aplica-se ainda às situações de gestação de substituição previstas no artigo 8º.”

⁶⁰Em consonância com o artigo 8.2 da Lei n.º 58/2017, de 25 de julho que dispõe: “A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excepcional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem.”

⁶¹ Em consonância com o artigo 8.1 da Lei 58/2017, de 25 de julho que dispõe: “ - 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.”

⁶² RAPOSO, Vera Lúcia. *Direitos Reprodutivos. Lex Medicinæ*. Coimbra, ano 2, n.º 3, 2005, p. 111-131.

⁶³Em consonância com o 8.7 da Lei n.º 58/2017, de 25 de julho que dispõe: “A criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários.”

⁶⁴Logo, há uma imposição da natureza gratuita do negócio. Nesse sentido, define Jorge Leite Areias Ribeiro Faria em sua obra *Direito das obrigações* (volume 1), p. 238 que ocorre um negócio gratuito quando “há a intenção de uma das partes criar para a outra parte, com plena consciência desta última que assim é, uma vantagem patrimonial desacompanhada de qualquer equivalente ou qualquer respetivo.”

⁶⁵Em consonância com o 8.3 da Lei n.º 58/2017, de 25 de julho que dispõe: “A gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gametas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante.”

⁶⁶ PEDRO, Rute Teixeira. Uma revolução na concepção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida. *Atas do seminário Debatendo a procriação medicamente assistida*, 2017, p. 149-167.

por substituição deve ser escrito e ter conformidade com a legislação em vigor.⁶⁷ Obrigatoriamente, este deve conter disposições acerca da probabilidade de ocorrência de má formação, doenças fetais e interrupção voluntária da gravidez, em respeito ao artigo 8.10. Ademais, o contrato não pode ser celebrado sem a prévia autorização do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, que é a entidade responsável por supervisionar todo o processo. Por meio de uma audição da Ordem dos Médicos, será analisado se o pedido se enquadra nas condições exigidas pelo artigo 8.2, já citadas.

Como já foi dito, é expressamente proibido a prática de gestação por substituição mediante contraprestação. A única forma permitida é a altruísta, em outros termos, não pode haver uma relação de subordinação econômica de natureza laboral ou de prestação de serviços entre os contratantes e a gestante. Porém, é permitido que esta receba os valores correspondentes às despesas decorrentes de acompanhamento médico durante a gestação e os transportes utilizados, desde que devidamente tituladas em documento próprio, como dispõe o artigo 8.5.

Ademais, deveres anexos que restrinjam o comportamento da gestante ou que imponham normas que atentem contra seus direitos, liberdades e dignidade, são expressamente proibidos.⁶⁸ Ou seja, serão consideradas inválidas cláusulas que imponham restrições no que concerne ao seu estilo de vida, alimentação e atividade sexual.⁶⁹

Quanto aos direitos e deveres dos beneficiários, a lei estabelece que seus artigos 12 e 13 são aplicáveis a todas as técnicas de reprodução assistida, inclusive a gestação por substituição. Portanto, os envolvidos somente devem ser submetidos a técnicas que possuem probabilidades de êxito razoáveis e que não ofereçam riscos nem para a saúde da criança nem para a da gestante. Além do mais, a prática deve ser realizada em ambientes médicos propícios e que disponham de todas as condições necessárias para

⁶⁷ Em consonância com o 8.10 da Lei n.º 58/2017, de 25 de julho que dispõe: “A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição é feita através de contrato escrito, estabelecido entre as partes, supervisionado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, onde devem constar obrigatoriamente, em conformidade com a legislação em vigor, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez.”

⁶⁸ Em consonância com o 8.11 da Lei n.º 58/2017, de 25 de julho que dispõe: “11 - O contrato referido no número anterior não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade.”

⁶⁹ GUIMARÃES, Maria-Raquel. As particularidades do regime do contrato de gestação de substituição no direito português e o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 225/20181. *Revista Bioética y Derecho*. Barcelona, n.44, 2018, p. 149-200.

sua execução. Por isso, em conformidade com o artigo 5º, a gestação por substituição só pode ser realizada em centros públicos ou privados, expressamente autorizados pelo Ministro da Saúde.

Os profissionais de saúde são obrigados a informar os envolvidos, por escrito, sobre as implicações éticas, jurídicas e sociais que podem decorrer da técnica. Também é necessário dar conhecimento sobre as razões que, geralmente, motivam a recusa das práticas de reprodução medicamente assistida. Com isso, a recorrência à adoção e sua importância social devem ser discutidas, inclusive sobre as condições para o seu acesso.

Para além, os beneficiários devem prestar todas as informações consideradas necessárias e/ou relevantes e que forem requeridas pela equipe médica para a realização da prática. Também devem respeitar rigorosamente todas as prescrições orientadas pelos profissionais envolvidos durante todas as etapas do processo. Por fim, deverão fornecer esclarecimentos sobre questões relacionadas à saúde e ao desenvolvimento da criança, para que possa ser realizada uma avaliação referente aos resultados médicos-sanitários e psicológicos da prática da gestação por substituição.

Quanto ao consentimento informado, o artigo 14º da Lei n. 58/2007 dispõe que ele é requisito para a realização de qualquer técnica de reprodução humana assistida. O médico responsável deve informar os beneficiários, por escrito, sobre todos os benefícios e riscos até então conhecidos que podem resultar da técnica. Tais informações devem constar no documento de consentimento informado, que deverá ser aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida. Os beneficiários devem prestar seu consentimento de forma livre, esclarecida, expressa e por escrito. Desde que seja antes do início da realização da técnica, qualquer um destes pode revogá-lo a qualquer momento. Em especial no caso da gestação por substituição, os beneficiários e a gestante deverão ser informados, de forma escrita, de como a gestante pode influenciar no desenvolvimento do embrião e do feto.

Quanto à confidencialidade, o artigo 15º da Lei 58/2007 dispõe sobre sua necessidade no processo da realização da reprodução assistida e quanto à identidade dos envolvidos na prática. O dispositivo determina que todos os sujeitos que tenham conhecimento do recurso à técnica ou à identidade de qualquer dos participantes são obrigados a manter sigilo. Ademais, a referida lei dispõe que de forma alguma pode ser registrado na certidão da criança que ela nasceu por meio de uma técnica de reprodução assistida.

Por fim, é esclarecido no texto legal que as pessoas nascidas por meio de reprodução assistida podem, junto aos serviços de saúde competentes, obter informações genéticas que lhes digam respeito, porém, a identificação de possíveis doadores não pode ser revelada. Também é possível que, junto ao Conselho Nacional de Procriação Assistida, sejam obtidas informações sobre eventuais impedimentos legais de casamentos, mesmo assim, a confidencialidade do doador deve ser mantida. A única forma de requerer informações sobre a identidade do doador é por meio de sentença judicial que reconheça razões ponderosas a serem analisadas e reconhecidas por sentença judicial.⁷⁰

7.1. Acórdão 225/2018

Uma ação declaratória de inconstitucionalidade em relação à gestação por substituição foi proposta por um grupo de trinta Deputados à Assembleia da República de Portugal. Seu conteúdo diz respeito aos seguintes dispositivos da Lei 32/2006, de 26 de julho (Lei da Procriação Medicamente Assistida – “LPMA”): artigo 8º, números 1 a 12, e, conseqüentemente, das normas ou de parte das normas da LPMA que se refiram à gestação de substituição; artigo 15, números 1 e 4, combinado com os artigos 10, números 1 e 2, e 19, número 1; artigo 20, número 3. Em resposta, o Tribunal proferiu o Acórdão 225/2018⁷¹, que declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral dos artigos 8º números 2, 3, 4, 7, 8, 10, 11 e 12; artigo 14 número 5 e artigo 15 números 1 e 4.

O Tribunal considerou que as questões requeridas dizem respeito a três núcleos que, embora conexos, justificam uma análise autônoma. São eles: A admissibilidade do direito a constituir família utilizando a técnica de gestação por substituição, em casos que, por situações médicas que impeçam a gravidez, o projeto parental não possa ser realizado; o direito das crianças que nascem por meio de técnicas de reprodução medicamente assistida em que haja doação de gametas, de conhecerem a identidade do(s) doador(es) e, no caso da gestação por substituição, de conhecerem a identidade da gestante; a legitimidade da dispensa da instauração da averiguação oficiosa da paternidade em relação às crianças nascidas de uma mulher solteira, e que não tenha

⁷⁰VAN-DÚNEM. *Maternidade de substituição: Solução e/ou problema? Para uma abordagem no âmbito do direito de família*. 2018. Tese de mestrado – Universidade Autónoma de Lisboa. Disponível em: <http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/3983/1/Dissertac%CC%A7a%CC%83o%20de%20Mestrado%201%20%28Omaida.pdf>

⁷¹ O referido Acórdão está disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>.

uma união de fato, que tenha utilizado alguma técnica de procriação assistida para engravidar.⁷²

Foi decidido que a prática da gestação por substituição em si, na forma altruísta, não é inconstitucional e não viola a dignidade da criança ou da mãe, desde que seja realizada nos limites previstos na lei e mediante o consentimento da gestante e dos beneficiários. Isso se deve ao fato de que a prática é um modo de procriação excepcional e consentido de maneira autônoma pelos interessados através de um contrato gratuito, fato que não pressupõe a exploração econômica da mulher. Porém, foi entendido que há uma excessiva indeterminação da lei, que deixa brechas capazes de comprometer os direitos, liberdades e garantias, tanto da gestante como da criança que venha a nascer.⁷³

Nesse sentido, foi decidido que os artigo 8.11 da referida lei é inconstitucional, pois, apesar de dispor que “o contrato referido no número anterior não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade”, o dispositivo não estabelece quais são os critérios orientadores sobre o que representa restrição ilegítima dos “direitos, liberdades e dignidade” da gestante.⁷⁴ Dessa forma, devido à indeterminação do dispositivo, não há uma proteção efetiva aos direitos da dignidade da mulher contratada, o que a deixa vulnerável a tornar-se mero instrumento a serviço da vontade dos contratantes. Quanto a essa questão, para Vera Lúcia Raposo:

É inegável que estes devem poder impor à gestante normas de comportamento justificadas pelo bem-estar do nascituro e, por conseguinte, da futura criança. Em contrapartida, tais limitações não serão aceitáveis quando ultrapassem o núcleo duro dos direitos da gestante, se intrometam abusivamente na sua vida privada e lhe imponham restrições infundadas.⁷⁵

Outro ponto discutido foi que o contrato de gestação por substituição, segundo a lei, deve ser previamente aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), que é uma entidade administrativa. Entretanto, as partes podem,

⁷² GUIMARÃES, Maria-Raquel. As particularidades do regime do contrato de gestação de substituição no direito português e o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 225/20181. *Revista Bioética y Derecho*. Barcelona, n.44, 2018, p. 149-200.

⁷³XAVIER, João Proença; GIRÃO, Filomena; BORGES, Marta Frias. A Procriação Medicamente Assistida no Ordenamento Jurídico Português: reflexão bioética. *Cadernos de Direito Actual*. Santiago de Compostela, n. 9, 2018, p. 497-503.

⁷⁴XAVIER, João Proença; GIRÃO, Filomena; BORGES, Marta Frias. A Procriação Medicamente Assistida no Ordenamento Jurídico Português: reflexão bioética. *Cadernos de Direito Actual*. Santiago de Compostela, n. 9, 2018, p. 497-503.

⁷⁵ RAPOSO, Vera Lúcia. A parte gestante está proibida de pintar as unhas: Direito Contratual e direitos da gestação. *Atas do seminário Debatendo a procriação medicamente assistida*, 2017, p. 169-188.

desde que acordado entre todos, adicionar cláusulas com base na autonomia contratual. O legislador pretendeu simplificar a forma de regulamentar tal contrato, por essa razão, apenas estabeleceu que normas que atentem contra os direitos, a liberdade e a dignidade da gestante são proibidas. No mais, deve ser respeitado o regime geral dos contratos e da liberdade contratual. O Tribunal entendeu que o controle do negócio jurídico é função do legislador, que não pode remetê-la a uma entidade administrativa (CNPMA), já que estamos diante de uma matéria sujeita a reserva relativa de lei, como dispõe o artigo 165.1, b, da Constituição da República Portuguesa. Ademais, esse fato suscita a vulnerabilidade da gestante,⁷⁶ que não deve ser vista como mero instrumento ao serviço da vontade dos contratantes, mas sim como meio do processo. Por isso, o Tribunal Constitucional estabeleceu a inconstitucionalidade dos artigos 8.4 e 14.5 da Lei de Procriação Medicamente Assistida.⁷⁷

Quanto ao consentimento da gestante, pela lei, pode ser revogado até o início dos processos terapêuticos. Dessa forma, o legislador atribuiu primazia aos interesses dos contratantes em detrimento aos da gestante, pois desconsiderou o vínculo bioquímico e possível afetivo com o feto, que pode ser desenvolvido durante a gestação. Isso impede o exercício de sua autonomia de desistir da prática após o início dos processos terapêuticos.⁷⁸ Logo, o consentimento conferido pela gestante perde a atualidade, que é necessária para que ele seja válido. Com isso, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da referida norma, e, por conseguinte, dos artigos 8.7 e 8.8 por considerar que ela pode ocasionar na instrumentalização da gestante e na vulnerabilidade de seu direito de constituir uma família.⁷⁹ Além disso, foi decidido que se houver algum tipo de conflito entre os projetos parentais dos contratantes e da gestante, a decisão deverá ser tomada de acordo com o superior interesse da criança.

Quanto ao anonimato dos doadores e da gestante, o artigo 15.º da Lei de Procriação Medicamente Assistida Portuguesa, dispõe que:

Todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA, incluindo nas situações de

⁷⁶XAVIER, João Proença; GIRÃO, Filomena; BORGES, Marta Frias. A Procriação Medicamente Assistida no Ordenamento Jurídico Português: reflexão bioética. *Cadernos de Direito Actual*. Santiago de Compostela, n. 9, 2018, p. 497-503.

⁷⁷XAVIER, João Proença; GIRÃO, Filomena; BORGES, Marta Frias. A Procriação Medicamente Assistida no Ordenamento Jurídico Português: reflexão bioética. *Cadernos de Direito Actual*. Santiago de Compostela, n. 9, 2018, p. 497-503.

⁷⁸XAVIER, João Proença; GIRÃO, Filomena; BORGES, Marta Frias. A Procriação Medicamente Assistida no Ordenamento Jurídico Português: reflexão bioética. *Cadernos de Direito Actual*. Santiago de Compostela, n. 9, 2018, p. 497-503.

⁷⁹ Em termos práticos, isso significa que a gestante pode revogar seu consentimento até o momento da entrega da criança aos contratantes.

gestação de substituição, ou da identidade de qualquer dos participantes nos respectivos processos, estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA.

Apesar de não ser absoluto, o legislador deu primazia aos interesses dos beneficiários à tranquilidade da família, dos doadores e da gestante de substituição ao anonimato, já que a criança tem o direito de conhecer suas origens genéticas e sua historicidade pessoal. Estes são de fundamental importância para o livre desenvolvimento da personalidade da criança, consagrado no artigo 26.1, da Constituição da República Portuguesa. Por isso, foi declarada a inconstitucionalidade do artigo 15º da Lei de Procriação Medicamente Assistida. A fim de não suprimir o interesse dos demais envolvidos, o Tribunal ainda sugere que a regra seja inversa, ou seja, a identidade dos doadores e da gestante deve ser de conhecimento da criança, mas há a possibilidade de estes invocarem razões ponderosas para o anonimato, que serão analisadas e determinadas por sentenças judiciais, isto é, serão avaliadas de forma casuística. Mais uma vez, o Tribunal Constitucional proferiu uma decisão em prol do superior interesse da criança.

Em respeito à segurança jurídica e ao dever do Estado de proteger a infância, os efeitos da decisão do Acórdão 225/2018 serão limitados a casos que não tenham sido iniciados os processos terapêuticos da gestação por substituição.

8. Turismo reprodutivo

Durante muito tempo, a prática da gestação por substituição teve um alcance limitado, pois poucos países a permitiam ou ao menos a regulavam, porém, nos últimos quinze anos, observou-se sua extensão.⁸⁰ Há três posturas principais referentes à técnica. A majoritária é a vedação expressa de qualquer contrato de gestação por substituição, tanto na forma comercial quanto altruísta, como é o caso da maioria dos países Europeus, entre eles Alemanha, Itália, e Espanha. A segunda, é a legalização apenas na forma altruísta com condições restritas, geralmente relacionadas a problemas de saúde que impedem a gravidez, como é o caso de Portugal. Já países como a Rússia, Índia, Ucrânia, Geórgia e Armênia permitem sua realização no modo comercial ou altruísta.⁸¹

⁸⁰BLANCO, Mariano Casado; BERNÁLDEZ, Maria Ilbáñes. Reflexiones legales y éticas em torno a la maternidad subrogada. *Revista Española de Medicina Legal*. Madrid, v. 40, n. 2, 2013, p. 59-62.

⁸¹GONZÁLEZ, Silvia Vilar. Situación actual de la gestación por sustitución. *Revista de Derecho UNED*. Madrid, n. 14, 2014, p. 897-931.

As diferentes regulamentações jurídicas dos países, inevitavelmente, faz com que a prática se internacionalize.⁸² Todo ano, pelo menos 20.000 crianças nascem no mundo inteiro por meio da gestação por substituição, segundo a ONG Suíça *International Social Security*.⁸³ As pessoas que têm boas condições financeiras estão recorrendo a países que legalizam a prática para realizá-la, o que desencadeou o “turismo reprodutivo”, que é a migração dos cidadãos em que seus países de origem ou de domicílio proíbem a gestação por substituição, com destino a locais em que a prática é legal para realizar o desejo de ter filhos.⁸⁴ Grande parte dos pedidos recebidos por Portugal, por exemplo, é feita por casais estrangeiros. Entre maio de 2016 (data da aprovação do diploma relativo à gestação por substituição) e novembro de 2017, foram registrados 99 pedidos, destes, 41 são de casais estrangeiros, sendo que 39 são espanhóis.⁸⁵

O problema aumenta quando se trata do turismo reprodutivo em países subdesenvolvidos, como a Índia, a Ucrânia e a Tailândia, que são alguns dos lugares mais acessíveis financeiramente para a realização da prática. Na Índia, por exemplo, o preço para se contratar uma barriga de aluguel é muito mais baixo que nos EUA. No primeiro, o preço é entre US 18.000 e US 30.000, sendo que apenas US 8.000 são destinados à gestante. No segundo, por exemplo, no estado da Califórnia, o valor é em média, US 100.000.⁸⁶

É importante elucidar que na Índia, a renda per capita média da população é de R\$2,80 por dia. Dessa forma, as mulheres advindas das camadas de maior vulnerabilidade social e econômica vislumbram uma oportunidade de comercializar seus corpos para ter melhores condições de vida e sair da pobreza extrema.⁸⁷ Além disso, algumas clínicas oferecem serviços com a oportunidade de escolha das qualidades fenotípicas das candidatas para gerar a criança, o que pode levar à prática da eugenia.

⁸²CARAVACA, Afonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. Gestación por sustitución y derecho internacional privado, más allá del Tribunal Supremo y Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Madrid, v. 7, n. 2, 2015, p. 45-113.

⁸³BLANCO, Mariano Casado; BERNÁLDEZ, Maria Ilbáñez. Reflexiones legales y éticas em torno a la maternidad subrogada. *Revista Española de Medicina Legal*. Madrid, v. 40, n. 2, 2013, p. 59-62.

⁸⁴DEL OLMO, Florisbal de Souza. Barriga de aluguel no exterior e a aquisição da nacionalidade brasileira. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador, v. 11, n. 22, 2016, p. 174-193.

⁸⁵Barrigas de aluguer: Quase metade dos pedidos vem de casais Espanhois. OBSERVADOR, 11 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://observador.pt/2017/12/11/barrigas-de-aluguer-quase-metade-dos-pedidos-vem-de-casais-espanhois>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

⁸⁶DEL OLMO, Florisbal de Souza. Barriga de aluguel no exterior e a aquisição da nacionalidade brasileira. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador, v. 11, n. 22, 2016, p. 174-193.

⁸⁷MASSARO, Ana Carolina Pedrosa. Baby business: A indústria internacional da “barriga de aluguel” sob a mira da Convenção da Haia. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Lisboa, ano 3, n. 8, 2014, p. 5767-5806.

Observa-se que as divergências da regulamentação legal entre os países afeta significativamente o direito privado, a dignidade da gestante e a proteção da criança, principalmente em duas questões: a filiação das crianças nascidas por meio da gestação por substituição transfronteiriça e a validade dos contratos da prática em questão.⁸⁸ Por isso, para proteger os direitos da criança, o Poder Judiciário de países como a França, apesar de vedarem a prática, têm reconhecido o registro civil da filiação derivada de um contrato tido como nulo. Entretanto, alguns lugares não tratam a questão da mesma forma, alegando que o reconhecimento do registro da criança é uma afronta à lei e à sua eficácia, que seria limitada para as pessoas que não têm condições de realizar o turismo reprodutivo. A proibição foi defasada pela realidade social, e como a gestação por substituição é uma técnica quase sempre internacional, os casos devem seguir as normas do Direito Internacional privado.⁸⁹ Porém, não há uma unificação da orientação internacional da prática transfronteiriça.⁹⁰

9. Conclusão

Pelos avanços da ciência e pelos impedimentos de realizar o projeto parental por meios naturais, a procura da gestação por substituição cresceu muito nos últimos 15 anos. Contudo, esta tem gerado muitos conflitos éticos, sociais e jurídicos que necessitam de intervenções e respostas do direito.

O acesso às técnicas de reprodução assistida, que engloba a gestação por substituição, é um direito fundamental, que deriva do direito de procriação e do livre planejamento familiar. A adoção pode ser uma escolha para realizar o projeto parental, porém, é direito de qualquer pessoa ter sua descendência biológica própria, o que configura uma manifestação do livre desenvolvimento da personalidade. Esse direito deve ser conhecido a todos, homens e mulheres, homossexuais e heterossexuais, que tenham companheiros ou não. Limitar o acesso à prática da gestação por substituição fere o princípio de que todos são iguais perante a lei.

A gestação por substituição é vedada pela maioria dos países do mundo, por ser considerada imoral e levar à exploração da gestante, à vulnerabilidade de sua dignidade

⁸⁸LAMM, Eleonora. Gestacion por sustitución. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, n. 3, 2012, p. 1-49.

⁸⁹CARAVACA, Afonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. Gestación por sustitución y derecho internacional privado, más allá del Tribunal Supremo y Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Madrid, v. 7, n. 2, 2015, p. 45-113.

⁹⁰MASSARO, Ana Carolina Pedrosa. Baby business: A indústria internacional da “barriga de aluguel” sob a mira da Convenção da Haia. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Lisboa, ano 3, n. 8, 2014, p. 5767-5806.

assim como a do bebê. Além disso, debate-se que o corpo de uma mulher e a vida de uma criança não podem ser objetos de negócios jurídicos. Porém, observa-se que a proibição não impede sua prática, o que, conseqüentemente, ocasionou o chamado turismo reprodutivo e, com ele, surgiram problemas mais graves, entre eles: a exploração da mulher pobre e o não reconhecimento da filiação dos recém-nascidos por meio da referida técnica.

Não é admissível que a criança nascida no estrangeiro, por meio da gestação por substituição, se encontre em uma situação de desproteção jurídica, mesmo que a prática não seja admitida no país de origem dos pais. O interesse da criança deve ser sempre superior, já que esta se encontra em uma posição de vulnerabilidade, que enseja maior proteção, qual seja: a de pessoa em desenvolvimento. Por isso, faz-se necessário que não haja impedimentos do processo de reconhecimento da filiação do bebê. Entretanto, apenas instruções normativas não são suficientes para proteger seus direitos, já que, dessa forma, fica a cargo do poder judiciário tal entendimento.

Quanto à exploração da mulher pobre, reconhecemos que o turismo reprodutivo tem gerado a instrumentalização dos corpos de mulheres de terceiro mundo e o estabelecimento de relações de poder entre os beneficiários e a gestante. Isso se deve ao fato de que as leis, referentes à prática, em países subdesenvolvidos, são menos rígidas, os valores cobrados são muito menores que os dos países desenvolvidos e as mulheres são mais sujeitas a situações econômicas e sociais de vulnerabilidade. Nesse sentido, acreditamos que limitar o acesso à prática aos nacionais é recomendável, assim como estabelecer um valor mínimo a ser pago para a gestante.

Diante do exposto, é inadmissível que haja omissão legislativa quanto à prática da gestação por substituição. Devido a sua complexidade, é necessário que a técnica tenha uma regulamentação normativa própria. Não é prudente deixar a cargo do Poder Judiciário resolver os problemas decorrentes da prática, pois os parâmetros utilizados podem não ser seguros e suficientes para a proteção dos direitos e da dignidade dos envolvidos, principalmente para a criança. Ademais, os problemas justificam a intervenção do Direito Penal. Dessa forma, sugerimos que a Espanha, Portugal e Brasil desenvolvam uma normativa própria para a gestação por substituição e que haja uma unificação da orientação internacional sobre prática transfronteiriça.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção da autonomia reprodutiva dos transexuais. *Revista Estudos Feministas*. Florianópolis, v. 20, n.2, 2012, p. 549-558.

Barrigas de aluguer: Quase metade dos pedidos vem de casais Espanhois. OBSERVADOR, 11 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://observador.pt/2017/12/11/barrigas-de-aluguer-quase-metade-dos-pedidos-vem-de-casais-espanhois>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

BLANCO, Mariano Casado; BERNÁLDEZ, Maria Ilbáñes. Reflexiones legales y éticas em torno a la maternidad subrogada. *Revista Española de Medicina Legal*. Madrid, v. 40, n. 2, 2013, p. 59-62.

BUENO, José Geraldo Romanello; MENEZES, Daniel Francisco Nagao. Os limites da gestação de substituição na reprodução assistida. *Revista Paradigma*. Ribeirão Preto, a. 20, n. 24, 2015, p. 17-33.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARAVACA, Afonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. Gestación por sustitución y derecho internacional privado, más allá del Tribunal Supremo y Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Madrid, v. 7, n. 2, 2015, p. 45-113.

D'AMIL, Yvette Velarde. Comentario a la sentencia de la audiencia provincial de Valencia núm. 949/2011 826 23-11-2011: no inscripción en el registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*. Valencia, n. 3, 2012, p. 61-70.

DEL OLMO, Florisbal de Souza. Barriga de aluguel no exterior e a aquisição da nacionalidade brasileira. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador, v. 11, n. 22, 2016, p. 174-193.

ESPAÑA. Decreto de 14 de noviembre de 1958, *Reglamento del registro civil*. Boletín Oficial del Estado, 14 de noviembre de 1958. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1958-18486>>. Acesso em: 30 de jan. 2019.

ESPAÑA. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre *técnicas de reproducción humana asistida*. Boletín Oficial del Estado, 26 de mayo de 2006. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l14-2006.html>. Acesso em: 30 jan. 2019.

ESTEBAN, Jesús; BENITO, Cárcar. La gestación por sustitución dentro del derecho a la asistencia sanitaria: Su configuración y prioridad en una futura regulación. *DS – Derecho y salud*. Valencia, v. 27, n. 1, 2017, p. 160-174.

FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1990, v. 1.

FERNÁNDEZ, Francisca Ramón. La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*. Madrid, n. 6, 2014, p. 38-50.

GALVÁN, Beatriz Souto. Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución. *UA Revistes Científiques*. Alicante, n. 8, 2006, p. 181-196.

GONZÁLEZ, Silvia Vilar. Situación actual de la gestación por sustitución. *Revista de Derecho UNED*. Madrid, n. 14, 2014, p. 897-931.

GONZÁLEZ, Noelia Igareda. El hipotético derecho a la reproducción. *Cuadernos Electronicos de Filosofía del Derecho*. Valencia, n. 23, 2011, p. 252-271.

GORTÁZAR, Iñigo Múgica. *La gestación por sustitución: análisis desde la óptica del derecho internacional privado*. 2015. Disponível em: <<https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/17725/Mugica%20Gortazar%2C%20I%2C%20B1igo%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. Maternidade de substituição e a lacuna legal: questionamentos. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016, p. 1-21.

GUIMARÃES, Maria-Raquel. As particularidades do regime do contrato de gestação de substituição no direito português e o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 225/20181. *Revista Bioética y Derecho*. Barcelona, n.44, 2018, p. 149-200.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. *O direito fundamental à reprodução humana assistida no Brasil e suas repercussões na filiação civil: uma abordagem de lege ferenda*. 2005. Tese de doutorado – Universidade Federal de Pernambuco, Recife. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3945/1/arquivo5205_1.pdf. Acesso em: 30 jan. 2019.

LAMM, Eleonora. Gestacion por sustitución. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, n. 3, 2012, p. 1-49.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Gestação de substituição: entre autonomia e vulnerabilidade. *VirtuaJus*. Belo Horizonte, v. 3, n. 4, 2018, p. 19-36.

LOPERENA, Ana Beorlegui. *La maternidad subrogada em España*. 2014. Tese de mestrado – Universidad Publica de Navarra, Pamplona. Disponível em: <<http://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/9666/Ana%20Beorlegui%20.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

MASSARO, Ana Carolina Pedrosa. Baby business: A indústria internacional da “barriga de aluguel” sob a mira da Convenção da Haia. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Lisboa, ano 3, n. 8, 2014, p. 5767-5806

MARTINEZ, Maria Olga. La reproducción humana asistida en el contexto de los derechos humanos. *Cuadernos Iberoamericanos de Derecho Sanitario*. Brasília, v. 2, n. 2, 2013, p. 824-838.

MEROÑO, Encarna Serna. Las técnicas de reproducción humana asistida: Limitaciones para su práctica. *Revista derecho privado y Constitución*. Madrid, n. 26, 2012, p. 273-307.

OLIVEIRA, Cheila Aparecida. O direito ao livre planejamento familiar e a doação de útero. *Revista Unimep*. Piracicaba, v. 16, n. 31, 2016, p. 1-33.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. *Mãe há só uma, duas! O contrato de gestação*. Coimbra: Coimbra, 1992.

PEDRO, Rute Teixeira. Uma revolução na concepção jurídica da parentalidade? Breves reflexões sobre o novo regime jurídico da procriação medicamente assistida. *Atas do seminário Debatendo a procriação medicamente assistida*, 2017, p. 149-167. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/110433/2/248108.pdf>. Acesso em: 30 jan, 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PORTUGAL. *Acórdão do Tribunal Constitucional 225/2018*. Diário da República, 07 de maio de 2018. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

PORTUGAL. Lei 58/2017, de 25 de julho, *quarta alteração à Lei 32/2006 de 26 de julho (Procriação medicamente assistida)*. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 25 de julho de 2017. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2721&tabela=leis&so_miolo=> Acesso em: 30 jan. 2019.

RAPOSO, Vera Lúcia. A parte gestante está proibida de pintar as unhas: Direito Contratual e direitos da gestação. *Atas do seminário Debatendo a procriação medicamente assistida*, 2017, p. 169-188.

RAPOSO, Vera Lúcia. Direitos Reprodutivos. *Lex Medicinæ*. Coimbra, ano 2, n. ° 3, 2005, p. 111-131.

REBAR, Robert; ERICKSON Gregory. Reproductive endocrinology and infertility. *Goldman's Cecil Medicine*. Rio de Janeiro, twenty fourth edition, v. 2, 2011, p. 1534-1546.

RODRÍGUEZ, Aurelia Álvarez; AGUADO, David Carrizo. Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, de quien eres...?, *La Notaria*. Barcelona, n. 2, 2014, p. 59-75.

SÁENZ, Ángela Ruiz. *Tratamiento Jurídico de la Gestación por sustitución*. 2013. Tese de mestrado – Universidad de Cantábria, Cantábria. Disponível em: <https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/4547/sec-TRABAJO%20MASTER20130911130413.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

SILVA, Miguel Oliveira da. *Relatório Sobre Procriação Medicamente Assistida e Gravidez de Substituição, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*, 2012. Disponível em: <http://www.cneqv.pt/.../1333387259-relatorio-20.2.2012-revisto-em-2.4.12-1>>. Acesso em: 23 de jan. de 2019.

SILVA, Sofia Dalila Vale da. Gestação de substituição – uma mudança de paradigma. *Revista jurídica Luso-Brasileira*. Lisboa, ano 3, n. 6, 2017, p. 661-669.

TAHOCES, Ana Suyapa Fernández-Sancho. Eficácia jurídico registral del contrato de gestación por subrogada. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Cizur Menor, n.3, 2011, p. 127-146.

TIRAPU, Lydia Alexandra Brown. *Gestación por sustitución ¿es necesaria su legalización en España?*. 2015. Trabajo de conclusión de graduación – Universidad Pública de Navarra, Pamplona. Disponible em: <<http://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/18479/72319TFGBrown.pdf?sequence=1>>. Acceso em: 30 jan. 2019.

TORRES, Maria Desirée Regalado. Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada. *Femeris*. Madrid, v. 2, n. 2, 2017, p. 10-34.

VAN-DÚNEM. *Maternidade de substituição: Solução e/ou problema? Para uma abordagem no âmbito do direito de família*. 2018. Tese de mestrado – Universidade Autónoma de Lisboa. Disponible em: <http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/3983/1/Dissertac%CC%A7a%CC%83o%20de%20Mestrado%201%20%28Omaida.pdf>. Acceso em: 30 jan. 2019.

XAVIER, João Proença; GIRÃO, Filomena; BORGES, Marta Frias. A Procriação Medicamente Assistida no Ordenamento Jurídico Português: reflexão bioética. *Cadernos de Direito Actual*. Santiago de Compostela, n. 9, 2018, p. 497-503.

ZURRIARÁIN, Roberto Germán. Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado. *Cuadernos de Bioética*. Madrid, v. 22, n. 75, 2011, p. 201-2014.