



BRUNA KERN GRAZIUSO

**GESTÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS:  
REGULAMENTAÇÕES E PRÁTICAS DE CASOS NACIONAIS E  
TRANSNACIONAIS**

CANOAS, 2017

BRUNA KERN GRAZIUSO

**GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS:  
REGULAMENTAÇÕES E PRÁTICAS DE CASOS NACIONAIS E  
TRANSNACIONAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito pelo programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade La Salle.

Orientadora: Professora Doutora Paula Pinhal de Carlos.

CANOAS, 2017

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

G146g Graziuso, Bruna Kern.

Gestação de substituição no Brasil e nos Estados Unidos [manuscrito] :  
regulamentações e práticas de casos nacionais e transnacionais / Bruna Kern  
Graziuso – 2017.

223 f.; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade La Salle, Canoas, 2017.  
“Orientação: Prof<sup>a</sup>. Dra. Paula Pinhal de Carlos”.

1. Direito internacional. 2. Gestação de substituição. 3. Bioética. Carlos,  
Paula Pinhal de. II. Título.

CDU: 340.68

FOLHA DE ASSINATURAS

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, meus pais, minhas avós e meu marido, pelo apoio incondicional nesta jornada, principalmente por toda a compreensão diante das minhas incontáveis ausências. Este trabalho não existiria sem vocês. Muito obrigada.

Minha orientadora, professora Paula Pinhal de Carlos, primeiramente por ter me apresentado o Mestrado em Direito na Universidade La Salle quando ainda era sua aluna na Pós-Graduação. Obrigada por toda generosidade e carinho durante esses dois anos de muito aprendizado e evolução. Que seja apenas o início de uma longa jornada juntas.

Aos professores José Alberto Antunes de Miranda, Fabiane Simioni e Flávio Tarnovski, pelas observações trazidas durante a banca de qualificação, as quais enriqueceram imensamente os rumos da pesquisa.

As professoras Fernanda Medeiros e Bianca Pazzini, minhas inspirações da nossa gangue animal. A professora Renata Almeida da Costa, pelo apoio que eu mais precisava nos momentos turbulentos. Ao professor Marcos Catalan, pela generosidade e acolhimento acadêmico que certamente seguirá inabalável mesmo com o fim desta etapa.

Aos meus colegas Jorge, Norberto e Yasmine, sem os quais esta jornada não teria sentido. A Vanessa, por todas as noites em claro, áudios intermináveis e apoio incansável que só acadêmicos compreenderiam. A Bruna Alves, sem a qual parte importante desta pesquisa não existiria. Serei eternamente grata.

To my U.S. Law “fancy five” friends Tulio, Elena, Emma and Stephanie for the best summer of our lives in Washington D.C., and for a friendship strong enough to survive the distance between United States, Mexico, Brazil, Luxembourg and South Africa. Love you all so much.

To everyone from Sherwin B. Nuland Summer Institute in Bioethics at Yale University, specially Lori Bruce and Stephen Latham, for introducing me to the wonderful world of bioethics.

## RESUMO

A gestação de substituição é uma técnica complementar de reprodução assistida, geralmente precedida de fertilização *in vitro*, pela qual uma mulher gesta o bebê de terceiro em seu próprio útero. A prática traz consigo questionamentos sobre maternidade genética, biológica e social, bem como sobre papéis tradicionais de gênero, separando maternidade da gestação propriamente dita. A regulamentação desta prática pelos Estados pode ser permissiva, proibitiva, restritiva ou inexistente, e cada uma delas terá consequências para seus cidadãos com dificuldades reprodutivas. Caso a regulamentação do país não seja benéfica, os detentores do projeto parental podem buscar outras jurisdições, com regulamentação permissiva, realizando a chamada gestação de substituição transnacional. Contudo, a transnacionalidade pode originar conflitos de nacionalidade e filiação - caso o país de residência habitual dos pais intencionais não aceite a certidão de nascimento estrangeira da criança - conflitos estes que despertaram o interesse do Direito Internacional Privado nos últimos anos. O objetivo principal deste trabalho é verificar as implicações das regulamentações existentes no Brasil e nos Estados Unidos para o projeto parental de pessoas com dificuldades reprodutivas, através da análise, no contexto brasileiro, das Resoluções do Conselho Federal de Medicina e, no contexto estadunidense, de 13 legislações estaduais permissivas, quatro legislações estaduais proibitivas e *case law* relevantes de Estados americanos. A pesquisa empírica é complementada com a aplicação de questionário para sete participantes brasileiros que utilizaram os serviços de gestação de substituição nos Estados Unidos. Em momento seguinte, apresentam-se os conflitos de nacionalidade e filiação na perspectiva do Direito Internacional Privado, com contribuições interdisciplinares da bioética, visando também refletir sobre a possibilidade de uma regulamentação internacional da prática. Ao final da pesquisa, concluiu-se que as restrições impostas pela regulamentação brasileira receberam certas críticas pela obrigatoriedade de vínculo familiar da doadora temporária de útero, bem como por vedar a compensação financeira da mesma. A escolha dos Estados Unidos para a prática transnacional é, em sua maioria, por critérios legais, diante da existência de ordem parental prévia que permite a parentalidade legal dos pais intencionais antes mesmo do nascimento da criança. A análise comparativa entre Brasil e Estados Unidos demonstrou a existência de diferenciação entre regulamentação normativa e o que ocorre efetivamente no mundo dos fatos, sendo imprescindível a criação de uma regulamentação internacional como forma de proteção dos atores sociais envolvidos: a criança, os pais intencionais e a *surrogate*.

**Palavras-chave:** Gestação de substituição. Maternidade. Direito Internacional. Bioética.

## ABSTRACT

Surrogacy is the name of an accessory reproductive technique, usually coming after an in vitro fertilization, where a woman carries a baby for someone else in her womb. This technique brings a lot of questions about genetic motherhood, biological motherhood and social motherhood, also questioning the traditional gender roles by separating motherhood and pregnancy itself. When it comes to regulation, a State can be permissive, prohibitive, restrictive or non-existent, which one with different consequences for its citizens dealing with reproductive difficulties. If the regulation of a country is not helpful, the intended parents can search for another country, with permissive law, which constitutes cross-border or international surrogacy. However, international surrogacy can create conflicts about the child's nationality and legal parenthood when the intended parents country of residence does not accept the child's foreign birth certificate, constituting an international law encounter over the last few years. The main goal of this research is to verify the repercussions of Brazil's regulation about surrogacy and the many United States regulations about surrogacy for people with reproductive difficulties. To do so, will examine Brazil's Resolutions over the years, created by the Federal Medical Counsel of the country and, in the United States, 13 permissible state laws, four prohibitive state laws and relevant case law. The empirical research is complemented by a survey applied to seven Brazilians that used cross-border surrogacy services in the United States. Next subject examined was nationality and legal parenthood conflicts through an International Law perspective, resorting to interdisciplinary contributions in the field of bioethics, aiming to reflect about the possibility of an international regulation on surrogacy. At the end of the research, it was said that Brazil's restrictions on surrogacy – surrogates must be related to one of the intended parents and can't be financially compensated – were negative factors. Most of the participants chose cross-border surrogacy in the United States because the institute of parental orders, that allows intended parents to become legal parents even before the child is born. The comparative analysis between Brazil and the United States revealed the difference between a countries normative regulation and what happens in reality, being the establishment of an international regulation indispensable as a way to protect the actors involved: the child, the intended parents and the surrogate.

**Keywords:** Surrogacy; Motherhood; International Law; Bioethics.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>08</b>
<b>1. GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: FAMÍLIA, REGULAÇÃO ESTATAL E AGÊNCIA DOS ATORES .....</b>	<b>13</b>
<b>1.1. Reprodução Assistida e Gestação de Substituição.....</b>	<b>13</b>
1.1.1. <i>Aspectos introdutórios.....</i>	13
1.1.2. <i>Gestação de substituição em caráter global: Regulamentações e maternidade.....</i>	19
<b>1.2. Maternidade, Parentalidade e o Estado .....</b>	<b>22</b>
1.2.1. <i>Maternidade e o amor materno: um hino à natureza.....</i>	22
1.2.2. <i>As implicações da impossibilidade de gestar no desejo da maternidade.....</i>	28
<b>1.3. Gênero e a Dicotomia Público v. Privado: O Papel do Estado na Família.....</b>	<b>37</b>
<b>1.4. Poder, Agência, Identidade e os Atores de Gestação de Substituição .....</b>	<b>42</b>
<b>2. GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS: ANÁLISE DAS REGULAMENTAÇÕES E DE SUAS IMPLICAÇÕES SOCIAIS.....</b>	<b>46</b>
<b>2.1. Direito e Ideologia: Contextualizando o Fenômeno Ideológico da Maternidade .....</b>	<b>46</b>
<b>2.2. Da Escravidão à Gestação de Substituição: Análise Histórica dos Direitos Reprodutivos.....</b>	<b>50</b>
2.2.1. <i>O corpo feminino na experiência americana: força laboral, esterilizações e busca por liberdade reprodutiva.....</i>	50
2.2.2. <i>O corpo feminino na experiência brasileira: ditadura militar, aborto e planejamento familiar.....</i>	55
<b>2.3. O Tratamento Jurídico Da Gestação De Substituição No Brasil E Nos Estados Unidos .....</b>	<b>62</b>
2.3.1. <i>Common law e o sistema jurídico americano: os primeiros projetos de lei sobre gestação de substituição em Nova York e Califórnia .....</i>	63
2.3.2. <i>Projetos de lei e as Resoluções do Conselho Federal de Medicina no Brasil: Poder normativo ou inconstitucionalidade?.....</i>	75
<b>2.4. Pesquisa empírica sobre gestação de substituição no Brasil e nos Estados Unidos .....</b>	<b>85</b>
2.4.1. <i>Aspectos metodológicos .....</i>	85
2.4.2. <i>A Tramitação do Projeto de Pesquisa junto ao Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade La Salle .....</i>	93

<b>2.5. O Tratamento Jurídico Da Gestação De Substituição: a Nacionalidade e Transnacionalidade Contemporânea .....</b>	<b>98</b>
2.5.1. <i>Legislações estaduais nos Estados Unidos .....</i>	<i>98</i>
2.5.2. <i>Os casos brasileiros nacionais, transnacionais e o futuro da prática: as lições americanas .....</i>	<i>115</i>
2.5.3. <i>Casais Brasileiros que Optaram pela Prática de Gestação de Substituição Transnacional nos Estados Unidos .....</i>	<i>124</i>
<b>3. ÚTERO GLOBAL: GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL.....</b>	<b>137</b>
<b>3.1. A problemática da Gestação de Substituição Transnacional .....</b>	<b>137</b>
<b>3.2. A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e seus Estudos sobre Gestação de Substituição Transnacional .....</b>	<b>155</b>
<b>3.3. Abordagens Bio�ticas Feministas na Perspectiva da Gestação de Substituição .....</b>	<b>163</b>
<b>3.4. Reflexões sobre A Necessidade de uma Regulamentação Internacional.....</b>	<b>179</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>186</b>
<b>ANEXO A .....</b>	<b>208</b>
<b>ANEXO B .....</b>	<b>213</b>
<b>APÊNDICE A .....</b>	<b>219</b>

## INTRODUÇÃO

Os avanços médicos e científicos romperam diversas barreiras existentes no campo da infertilidade humana, com o surgimento de variadas técnicas de reprodução assistida. Contudo, existem casos de mulheres férteis, do ponto de vista da viabilidade de seus óvulos, mas impossibilitadas de gestarem seus filhos, por problemas uterinos incompatíveis com uma gravidez. Igualmente, existem casos de projetos parentais solo e de casais homossexuais que, pelos fatores biológicos, precisam de uma mulher para gestar seus filhos. Para esses casos surge a prática de gestação de substituição, na qual uma mulher (chamada *surrogate*) gesta o bebê de terceiro, podendo ser classificada como gestação de substituição tradicional (na qual a *surrogate* também é a doadora do óvulo) ou gestação de substituição gestacional (na qual o óvulo fecundado é da mãe detentora do projeto parental ou de doadora).

Ainda, a prática pode ser classificada como não comercial ou comercial, recebendo a *surrogate*, neste caso, uma compensação financeira pela gestação. Por fim, ainda possível classificar a prática em gestação de substituição nacional (quando a criança nasce no país de residência habitual dos pais intencionais) ou transnacional (quando a criança nasce em país diverso daquele de residência habitual dos pais intencionais). A maioria dos países ainda não regulamenta, proíbe ou permite de forma bastante restritiva a prática, gerando um deslocamento de casais oriundos de países restritivos para países com regulamentação permissiva, caracterizando a prática como transnacional, com a utilização de clínicas de fertilização, agências de intermediação e *surrogates* de países diversos do seu.

A transnacionalidade da prática pode gerar conflitos de nacionalidade e filiação, principalmente em decorrência da definição da parentalidade legal das crianças nascidas através da gestação de substituição. Países de regulamentação permissiva costumam emitir certidão de nascimento diretamente em nome dos pais intencionais – aqueles detentores do projeto parental –, já figurando estes como pais legais. Contudo, diversos países sem regulamentação, de regulamentação proibitiva ou restritiva não aceitam a certidão estrangeira emitida, por – entre outros motivos – figurar como mãe legal mulher diversa daquela que deu à luz, ou diante da ausência de mãe legal, em caso de união entre pessoas do mesmo sexo ou projeto parental solo de homem solteiro. Estes conflitos, combinados com a ausência de uma regulamentação internacional da prática, despertaram a atenção da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, primeiramente no ano de 2011, que iniciou estudos com o intuito de buscar soluções de caráter internacional para um fenômeno extremamente globalizado e complexo.

O presente trabalho tem como tema a gestação de substituição, apresentando uma análise comparativa das regulamentações de Brasil e Estados Unidos - com suas implicações sociais – juntamente com a análise de estudos interdisciplinares no campo do Direito Internacional Privado, que visam uma regulamentação internacional. Nesse sentido, o objetivo geral constituiu-se em uma análise das implicações das regulamentações brasileira e estadunidenses quanto à gestação de substituição. Tal objetivo desdobra-se, de forma mais específica, na averiguação das expectativas e pressões de uma sociedade patriarcal na figura da mulher como mãe, nas implicações da impossibilidade de gestar no desejo da maternidade e nas influências de gênero na criação de regulamentações da prática. Com estes objetivos, pretendeu-se responder o problema de pesquisa, elaborado da seguinte forma: quais as implicações das normas brasileiras e estadunidenses para a prática de gestação de substituição no projeto parental de pessoas com dificuldades reprodutivas?

O trabalho assume importância diante da evolução científico-tecnológica da medicina, responsável por uma atuação cada vez mais intensificada no campo reprodutivo, evolução esta não acompanhada pelo Direito brasileiro, que não possui previsão legislativa propriamente dita ao método de gestação por substituição, valendo-se apenas da Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina. De acordo com a referida Resolução, apenas mulheres com vínculo familiar – de parentesco até quarto grau – com os pais intencionais podem figurar como *surrogate* (chamada pela Resolução de “doadora temporária de útero”). Casos de exceção, com mulheres que possuam apenas vínculo afetivo com um dos pais intencionais desejando figurar como doadora temporária de útero, necessitam da autorização expressa do Conselho Regional da Medicina do Estado onde os pais intencionais residem. Em ambos os casos, a prática não pode ter qualquer caráter lucrativo ou comercial.

Quanto à aceitação global de tal prática, não há um consenso entre os países, havendo, genericamente, três categorias: jurisdições favoráveis à prática de gestação de substituição, jurisdições contrárias à prática e jurisdições relativamente neutras em relação a prática. A primeira categoria consiste em jurisdições onde gestação de substituição comercial e não comercial são legais e praticadas em larga escala, como ocorre na Ucrânia, Rússia e nos Estados americanos da Califórnia, Illinois, Texas, entre outros. A segunda categoria consiste em jurisdições onde ambas as formas de gestação de substituição são totalmente proibidas, como é o caso de China, México, França, Alemanha e em Estados americanos como Nova York e Nova Jersey.

A terceira categoria trata de jurisdições relativamente neutras quanto à prática de gestação de substituição. Aqui estão presentes duas abordagens: países onde apenas gestação de

substituição não comercial é permitida – como ocorre no Reino Unido, Grécia e África do Sul - e países onde ambas as formas não são reguladas – como ocorre na Irlanda, Japão, Argentina, Venezuela e Bélgica, entre outros. Em pesquisa realizada por Trimmings e outros (2013), foram analisadas jurisdições de 25 países entre os anos de 2006 e 2011, onde restou demonstrado que 40% destes não regulam a prática, enquanto que, dentre os que regulam, apenas 16% estão na categoria de jurisdições favoráveis a ambas as práticas de gestão de substituição ou seja, na forma comercial e não comercial.

A prática na forma transnacional ocorre nos países com regulamentação proibitiva, restritiva ou inexistente para países com regulamentação permissiva de ambas as formas, o que gera dificuldades após o nascimento da criança e necessidade de levar o bebê para o país de origem da família, bem como para o seu registro civil. Ainda, países de regulamentação permissiva, porém com altos custos por serviços de reprodução assistida, buscam outros países permissivos com valores mais acessíveis. Para ilustrar a relevância do estudo do conflito, destaca-se recente condenação da França (país de regulamentação proibitiva da prática) pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), por violação a direitos humanos em negativa de transcrever documentos de nascimento nos registros oficiais franceses de duas criança geradas por *surrogate* em país estrangeiro. O argumento da família teve como base o direito de respeito à vida privada e familiar, que veda ingerências de autoridades públicas ao seu exercício. A CEDH considerou que não houve ofensa à proteção da vida familiar dos pais, contudo, considerou o interesse superior da criança e a necessidade de transcrição de seus documentos nos registros oficiais franceses, configurando violação a direitos humanos.

Esse caso exemplificativo demonstra a necessidade de maior estudo sobre o tema, pois, apesar da política adotada pelo direito interno francês ser legal, não está livre da transnacionalidade da prática e de suas implicações legais, que não irão desaparecer com a simples proibição normativa, como o cenário internacional comprova. As regulamentações proibitivas e restritivas trazem à tona discussões sobre o limite do poder de intervenção do Estado na vida familiar de seus cidadãos, razão de extrema relevância do presente estudo, no sentido de que as técnicas de reprodução assistidas devem ser objeto de regulamentações, tanto nacionais quanto internacionais. As políticas restritivas de alguns países fazem com que pessoas recorram a países de regulamentação permissiva, onde a vulnerabilidade social das mulheres pode trazer consigo um complexo cenário de contradições: por uns consideradas gestantes exploradas com meros fins pecuniários, enquanto que, por outros, vistas como mulheres com capacidade de agência e de livre consentimento.

A metodologia da pesquisa empregada priorizou, inicialmente, uma revisão bibliográfica interdisciplinar sobre temas como maternidade, gestação de substituição, dicotomia entre público e privado e capacidade de agência. Em um segundo momento, utilizando o método de abordagem qualitativo, foi realizada ampla pesquisa empírica, tendo início com a análise legislativa dos Estados Unidos, utilizando as legislações permissivas de 13 Estados americanos, *case law* relevante de outros seis Estados e legislações proibitivas de outros quatro Estados, com base nos estudos de Finkelstein e outros (2016), bem como nas próprias legislações específicas e *case law*.

Posteriormente, analisou-se projetos de lei sobre gestação de substituição já propostos no Brasil, bem como os casos de gestação de substituição nacionais no Brasil, valendo-se de notícias na mídia de episódios contemplados pela Resolução 2168/2017 e da apreciação de pareceres dos Conselhos Regionais de Medicina, para situações que se enquadram na exceção da Resolução. Para iniciar a análise de casos brasileiros transnacionais, utilizou-se as obras de Rosa e Pompermaier (2016) e Ribeiro (2016), pais intencionais que relatam suas experiências de transnacionalidade nos Estados Unidos e na Índia. A última parte da pesquisa empírica consiste na aplicação de questionário padronizado para brasileiros que utilizaram serviços de gestação de substituição transnacional exclusivamente nos Estados Unidos.

Feita a pertinente descrição dos caminhos trilhados no decorrer da pesquisa, é relevante sintetizar que o trabalho é composto de três capítulos. No primeiro capítulo o tema de gestação de substituição é apresentado, juntamente com breves introduções das formas de regulamentação em diversos países, com destaque para Brasil e Estados Unidos. Em seguida, parte-se para a análise histórica da maternidade e da discussão sobre o amor materno como uma construção social. As implicações da impossibilidade de gestar para o planejamento parental de mulheres com dificuldades reprodutivas é analisada juntamente com a relação destas com a *surrogate* que carrega seu filho no ventre, bem como a difícil separação entre a regulamentação estatal e o direito a vida privada familiar. O último ponto do capítulo trata sobre a capacidade de agência dos atores sociais envolvidos na prática de gestação de substituição, sob a perspectiva dos jogos sérios de Ortner (2006), e o poder de resistência destes contra uma estrutura dominante que restringe ou proíbe a prática.

O segundo capítulo trata sobre aspectos normativas e sociais das regulamentações de gestação de substituição no Brasil e Estados Unidos, iniciando com uma introdução da relação entre Direito e ideologia, necessária para compreender a razão de alguns projetos de lei de gestação de substituição nos Estados Unidos serem aprovados e outros não. Contudo, antes da análise dos projetos de lei, apresenta-se histórico sobre direitos reprodutivos no Brasil e nos

Estados Unidos, com o intuito de construir a fundação na qual as regulamentações de gestação de substituição surgem em ambos os países. Juntamente com a análise legislativa propriamente dita das regulamentações estaduais nos Estados Unidos, analisa-se o papel do Conselho Federal de Medicina como responsável pela regulamentação da prática no Brasil, bem como os projetos de lei já apresentados no Congresso Nacional brasileiro. Por fim, apresentam-se casos brasileiros de gestação de substituição nacionais, em conformidade com a Resolução 2168/2017 e os casos em conformidade com a exceção permitida por essa regulamentação. Os casos transnacionais são arrematados com o questionário respondido por brasileiros que utilizaram os serviços de gestação de substituição exclusivamente nos Estados Unidos.

O terceiro capítulo utiliza as experiências do capítulo anterior sobre a transnacionalidade da prática entre Brasil e Estados Unidos para analisar conflitos de nacionalidade e filiação em outros países de regulamentação inexistente, restritiva e proibitiva. O capítulo também introduz a temática de Direito Internacional Privado, apresentando os estudos da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, visando buscar reflexões sobre uma possível regulamentação internacional do tema na forma de documento multidimensional que aponta, principalmente, a cooperação internacional para facilitar o registro de crianças nascidas por gestação de substituição transnacional. Para apresentar um enquadramento legal, analisa-se conjuntamente a necessidade de um enquadramento ético da prática, focado na figura da *surrogate*, utilizando como base uma estrutura filosófica construída na temática de bioética. Espera-se que este trabalho, em alguma medida, possa contribuir, mesmo que diante de sua manifesta e incontestável provisoriedade, com a compreensão das regulamentações brasileira e estadunidenses, bem como das implicações da prática transnacional para o registro civil destas crianças, refletindo igualmente sobre a possibilidade e o alcance de uma regulamentação internacional do tema.

# 1. GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: FAMÍLIA, REGULAÇÃO ESTATAL E AGÊNCIA DOS ATORES

## 1.1. Reprodução Assistida e Gestação de Substituição

### 1.1.1. Aspectos introdutórios

As dificuldades reprodutivas representam grande obstáculo na realização do projeto parental de diversas pessoas, limitação cada vez mais passível de ser enfrentada com o avanço da medicina e das técnicas de reprodução assistida (TRA), conjunto de técnicas que auxiliam o processo de reprodução humana, aos quais podem ser divididas em métodos de baixa e alta complexidade. Entre as técnicas de baixa complexidade, podemos incluir o coito programado<sup>1</sup> e a inseminação intrauterina (IIU)<sup>2</sup>, que apresentam a vantagem de menores custos, além de não precisarem ser realizadas em centros de reprodução assistida, apenas em consultório ginecológico.

Entre as técnicas de alta complexidade inclui-se a fertilização *in vitro*<sup>3</sup>, injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI)<sup>4</sup>, a possibilidade de doação de gametas e a gestação de substituição, que surgiu para abrir o leque de alternativas para mulheres férteis, do ponto de vista de viabilidade de seus óvulos, com problemas médicos que impeçam ou contraindiquem a gestação em seu próprio útero, bem como em casos de união entre pessoas do mesmo sexo e pessoas solteiras.

Inicialmente, importante analisar o que o Conselho Federal de Medicina Brasileiro considera como infertilidade humana, encarado como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, sendo legítimo o anseio de superá-la (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2015). Com o avanço do conhecimento científico, surgiu a necessidade de harmonizar o uso das diversas técnicas reprodutivas com os princípios da ética médica, matéria esta regulada pela primeira vez através da Resolução n. 1.358/1992 (CFM, 1992) do Conselho Federal de Medicina brasileiro, visto que o direito brasileiro não possui previsão legal

<sup>1</sup> Método de fertilização que utiliza medicamentos para estimular a produção de óvulos na mulher, programando a ovulação e assim aumentando as chances de engravidar. Depois que o procedimento é feito, o casal se programa para a relação sexual nesse período em laboratório para procurar os melhores espermatozoides e os melhores espermatozoides são capacitados para realizar a fertilização. Estes espermatozoides são introduzidos pela vagina, através do colo do útero, e depositados no interior do mesmo (PASQUALOTTO, 2007, p. 10)

<sup>2</sup> Técnica de fecundação extracorpórea na qual o óvulo e o espermatozoide são previamente retirados de seus doadores e unidos em um meio de cultura artificial em vidro especial (FRAZÃO, 2000, p. 03)

<sup>3</sup> Técnica em que uma única célula reprodutiva masculina é introduzida no óvulo com uma finíssima agulha. A fertilização ocorre em laboratório e os embriões são transplantados depois para o útero. (SANTOS, 2010, p. 13)

propriamente dita quanto às técnicas reprodutivas e o método de gestação de substituição. A primeira resolução sobre o tema exigia contra indicação médica para uma gestação, bem como que as doadoras temporárias de útero pertencessem a família da mãe genética, num parentesco consanguíneo de até segundo grau, com exceções sujeitas à autorização do Conselho Regional de Medicina de seu Estado. Por fim, reforçava a necessidade de a doação temporária do útero não ter caráter lucrativo ou comercial<sup>5</sup>. A Resolução de 1992 foi revogada pela Resolução 1.957/2010, que não apresentou mudanças quanto ao método de gestação de substituição.

A mudança mais significativa veio com a Resolução 2.013/2013 (CFM, 2013) onde, além de determinar a exigência de contra indicação médica para uma gestação, introduziu a frase “ou em caso de união homoafetiva”. Ademais, permitiu que as doadoras temporárias de útero tivessem relação de parentesco consanguíneo com “um dos parceiros”, não mais apenas a mãe genética. Por fim, a última mudança foi em relação ao grau de parentesco consanguíneo da doadora temporária de útero, passando de até segundo grau para até quarto grau, incluindo assim tias e primas como possíveis doadoras. Contudo, limitou todos os casos de reprodução assistida a idade de 50 anos da gestante, o que incluiu a doadora temporária de útero.

A Resolução que restava em vigor até a data de 10 de novembro de 2017 é a Resolução n. 2121/2015, que não apresentou mudanças em relação à anterior quanto ao método de gestação de substituição. Na referida data, foi publicada a Resolução 2168/2017<sup>6</sup>, que apresentou – quanto à gestação de substituição - as seguintes modificações: a relação de grau de parentesco consanguíneo da doadora temporária de útero segue até quarto grau, porém agora especificando que estes graus contemplam mãe e filha (1º grau), avó e irmã (2º grau), tia e sobrinha (3º grau) e prima (4º grau). Por fim, além de determinar a exigência da contra indicação médica para uma gestação e em caso de união homoafetiva, adicionou a possibilidade para pessoas solteiras, ou seja, em projeto parental solo (CFM, 2017).

O Código Civil de 2002 foi extremamente tímido ao abordar o tema, assim podendo afirmar que o referido não trata da reprodução assistida, já que não autoriza nem regulamenta. O que faz é tratar do aspecto da paternidade, e mesmo assim, não o faz de forma plena, regulamentando apenas algumas situações, em seu Art. 1.597, no capítulo que trata sobre filiação. Os incisos III, IV e V tratam da presunção de concepção de filhos na constância do

---

<sup>5</sup> É comum a diferenciação da prática em “comercial” e “altruísta”. Contudo, entende-se que esta definição é equivocada, pois conceitua “comercial” como o oposto de “altruísta”, significando assim que a prática comercial visaria apenas compensação financeira. Desta forma, no presente trabalho, a diferenciação da prática será definida como “comercial” e “não comercial”.

<sup>6</sup> Pela data da publicação desta Resolução ter sido no final da presente pesquisa, frisa-se que a principal norma discutida será a Resolução 2121/2015, principalmente na pesquisa empírica. Nos demais tópicos, a Resolução 2168/2017 será analisada conjuntamente, destacando a incoerência de mudanças significativas em gestação de substituição, sem gerar, assim, qualquer prejuízo no estudo já realizado do tema.

casamento, se havidos por fecundação artificial homóloga (quando o esperma for do próprio pai intencional), mesmo que já falecido; havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga e, por fim, havidos por inseminação artificial heteróloga (quando doador do esperma for terceiro), desde que tenha prévia autorização do marido (BRASIL, 2002).

As técnicas de reprodução assistida têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação, não podendo ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças do feto que venha a nascer, sendo também proibida a fecundação dos óocitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana (CFM, 2017).

O Conselho Federal de Medicina, através da Resolução vigente e anteriores, é claro ao garantir o registro civil da criança pelos pais genéticos, devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez. Para isso, contudo, demais requisitos devem ser preenchidos, como as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau ou, em caso de doadora temporária de útero fora do círculo familiar, dependendo de autorização do CRM de cada Estado, ambos os casos sem caráter lucrativo ou comercial (CFM, 2017). Por fim, igualmente necessária a existência de um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na mãe genética, ou em caso de união entre pessoas do mesmo sexo e pessoas solteiras.

A autorização para doadoras temporárias de útero fora do núcleo familiar dependem de autorização do Conselho Regional de Medicina (CRM) do Estado onde os pais intencionais residem. A solicitação precisa ser protocolada no CRM, onde os solicitantes apresentam um breve histórico médico de infertilidade, bem como argumentam inexistir, no núcleo familiar, mulher que possa ser doadora temporária de útero, apresentando pessoa próxima do casal disposta a realizar o procedimento sem qualquer caráter comercial. Com as informações do protocolo de consulta, um médico dará seu parecer favorável ou não à autorização do Conselho Regional de Medicina ao procedimento (CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE GOÍAS, 2014).

A problemática brasileira poderá surgir de três maneiras. Primeiro, quando o casal não possui mulheres na família, com parentesco até quarto grau, dispostas a doarem seu útero temporariamente, bem como em casos em que não possui mulher fora do círculo familiar disposta a ser doadora temporária. Segundo, quando existirem mulheres no núcleo familiar ou fora dele dispostas a serem doadoras temporárias, mas o casal simplesmente não deseja uma

doadora com um vínculo afetivo tão próximo, ou acredita ser um processo grandioso demais para requerer que alguém faça de forma altruísta. Terceiro, se existirem mulheres na família dispostas a serem doadoras, indaga-se quem são estas mulheres e as implicações deste ato para as relações de parentesco no núcleo familiar.

Independente dos motivos que levam casais à buscarem o procedimento comercial de gestação de substituição no exterior, a prática onerosa está fora dos moldes permitidos pela regulamentação brasileira. Contudo, existem clínicas de intermediação do processo comercial em território brasileiro<sup>7</sup>, que buscam doadoras temporárias de útero em países de legislação permissiva, oferecendo planos para a fertilização e parto na Ucrânia, Rússia e Estados Unidos, retornando o casal, após o parto, com a criança para o Brasil, realizando assim uma gestação de substituição transnacional<sup>8</sup> ou transfronteiriça. Essas manobras para contornar a regulamentação brasileira ocorrem sem grandes impasses, mesmo sendo pagas e por mulheres sem vínculo de parentesco com o casal, o que não é permitido pelo Conselho Federal de Medicina brasileiro.

No caso estadunidense, a gestação de substituição é chamada de *surrogacy*<sup>9</sup>, tendo sido alvo de debates legislativos na década de 90, em decorrência do polêmico caso intitulado “*Baby M*” (MARKENS, 2007). Em 1985, William e Elizabeth Stern assinaram contrato de gestação de substituição com Mary Beth Whitehead que, além de gestar o embrião, também

---

<sup>7</sup> Exemplo de clínica de intermediação em território brasileiro é a *Tammuz International Surrogacy*, que oferece planos de contratação nos Estados Unidos, Ucrânia e Rússia, apresentando seleção de doadoras de óvulos oriundas da África do Sul, para gestação de substituição nos Estados Unidos, e doadoras de óvulos oriundas da Ucrânia, para gestação de substituição nos Estados Unidos e Ucrânia. Fertilização e implementação do embrião nas gestantes substitutas, em ambos os países, ocorre em clínicas de fertilização parceiras das clínicas de intermediação. O site também oferece planilha de custo aproximado para todos os diferentes planos oferecidos. Fonte: **Tamuzz International Surrogacy Brasil**. São Paulo. Disponível em: <http://www.tamuzz.com/por/> Acesso em: 03 jan. 2017.

<sup>8</sup> A expressão latina *trans* significaria algo que vai “além de” ou “para além de”, a fim de evidenciar a superação de um *locus* determinado que indicaria que são perpassadas diversas categorias unitárias, num constante fenômeno de desconstrução e construção de significados. A transnacionalização é uma conexão forte entre diversos espaços nacionais. (STELZER, 1999, p. 102-103)

<sup>9</sup> *Surrogacy* é uma prática complementar a outro método de reprodução assistida, que consiste em uma mulher gestar o embrião, oriundo de fertilização *in vitro*, de terceiros em seu útero. Normalmente utilizada em casos em que mulheres possuem inviabilidade uterina por problemas médicos, ausência de útero ou em casos de projetos parentais solo e casais homossexuais. Por sua vez, *surrogate* é o nome utilizado para a mulher que gesta este embrião, com o intuito de entregar o bebê para os pais genéticos e/ou intencionais após o parto (TRIMMINGS; BEAUMONT, 2013, p. 439-440). Frisa-se que, com o intuito de uniformizar a terminologia, utilizar-se-á o termo “gestação de substituição” para a prática tanto no Brasil como nos Estados Unidos e demais países citados. Quanto ao termo utilizado para designar a mulher que gesta o bebê de terceiro, acredita-se não ser possível utilizar o termo “doadora temporária de útero” – adotado pelas Resoluções do Conselho Federal de Medicina – de forma genérica, pois poderia ser interpretado como uma exclusão dos contratos de gestação de substituição na forma comercial. Desta forma, o termo “doadora temporária de útero” será utilizado exclusivamente para casos de gestação de substituição em território brasileiro que estão de acordo com a Resoluções 2121/2015 e 2168/2017. Para todos os casos transnacionais e casos nacionais ocorridos nos Estados Unidos, utilizar-se-á o termo “*surrogate*”.

seria a doadora do óvulo<sup>10</sup> para fecundação com material genético do Sr. Stern, cedendo seus direitos parentais de mãe genética após o parto, para então a Sra. Stern adotar legalmente o bebê. Contudo, após o nascimento, a Sra. Whitehead recusou-se a terminar seus direitos parentais, gerando uma disputa judicial pela guarda do bebê, que foi concedida pela Corte de New Jersey ao casal Stern, mantendo, contudo, os direitos parentais da Sra. Whitehead, que obteve direito limitado de visita (BOWMAN et al, 2011).

**Figura 1: Esboço Do Tribunal No Julgamento Do Caso “Baby M”: Mary Beth Whitehead E O Casal Stern**



Fonte: University of Virginia School of Law (1986).

O fato da Sra. Whitehead ter vínculo genético e não apenas gestacional com o bebê foi o principal motivo para que a prática de gestação de substituição recebesse resposta negativa da sociedade americana, juntamente com a alta cobertura midiática do caso pela imprensa (MARKENS, 2007). Mesmo que posteriormente a possibilidade da *surrogate* ser doadora do

<sup>10</sup> Existem dois tipos de gestação de substituição: tradicional e gestacional. A tradicional ocorre quando a *surrogate* utiliza o próprio óvulo para a fecundação, ou seja, ela possuirá vínculo genético com o embrião. A gestacional ocorre quando a *surrogate* recebe um embrião já fecundado com gametas de terceiros, não possuindo assim vínculo genético com o mesmo, apenas atuando efetivamente como doadora temporária de útero. Em decorrência das implicações da *surrogate* possuir vínculo genético com o embrião que gesta, a prática já não é mais tão comum, sendo que a maioria das clínicas de fertilização optam por trabalhar apenas com gestação de substituição gestacional (TRIMMINGS; BEAUMONT, 2013, p. 440-441). Para o presente trabalho, o termo gestação de substituição será utilizado como sinônimo de gestação de substituição gestacional.

material genético tenha sido banida em diversos Estados americanos, o legado do caso “*Baby M*” já estava consolidado, sendo o principal motivo para o Estado de Nova Jersey banir a prática de gestação de substituição comercial em sua totalidade<sup>11</sup> (TWINE, 2015).

Na década de 90, os debates legislativos nos Estados Unidos sobre o tema se intensificaram, com destaque para os Estados de Nova York e Califórnia<sup>12</sup>. O caso “*Baby M*” influenciou intensamente as propostas legislativas nesse período, com as propostas de proibição da prática, que anteriormente ao caso correspondiam a 50% delas, aumentando para 64% no ano de 1990 (MARKENS, 2007). Sendo a matéria de gestação de substituição de competência estadual, nos moldes do *common law*<sup>13</sup> americano, cada Estado deve decidir como tratar da questão, podendo permitir apenas gestação de substituição não comercial, regulamentar gestação de substituição comercial, tratar sobre a validade de contratos comerciais e versar sobre os direitos parentais (MARKENS, 2007).

Se um cidadão estadunidense vive em um Estado no qual a forma comercial de gestação de substituição é banida, é possível viajar para outro Estado onde a prática é permitida. Esses Estados são considerados “amigáveis” à prática de gestação de substituição, chamados de “*surrogacy friendly states*”<sup>14</sup>, praticando uma gestação de substituição transfronteiriça de caráter interno, ao invés de internacional (TWINE, 2015). Contudo, sendo um dos países com serviço de gestação de substituição comercial mais caros do mundo, com custo de aproximadamente cento e cinquenta mil dólares (JACOBSON, 2016) a prática é limitada a uma parcela da população economicamente privilegiada, sendo necessário, para muitos cidadãos, ainda recorrerem a países com custo reduzido, como Ucrânia e Rússia (TWINE, 2015).

A introdução à prática de gestação de substituição, bem como ao tratamento normativo desta no Brasil e nos Estados Unidos, institui a base para a análise preliminar do tema em outros países do mundo, bem como as implicações da gestação de substituição para a maternidade. Dessa maneira, veremos a seguir as diferentes possibilidades de regulamentação da gestação de substituição, contemplando jurisdições favoráveis, contrárias e neutras à prática e, dentre as jurisdições favoráveis, as que permitem gestação de substituição comercial ou não comercial.

<sup>11</sup> A prática segue banida no Estado com base na decisão judicial do caso “*Baby M*” (BOWMAN et al, 2011, p. 515-526)

<sup>12</sup> Estes debates legislativos serão analisados no segundo capítulo.

<sup>13</sup> Common law, traduzido como “direito consuetudinário”, é geralmente livre de compilações codificadas e estatutos, valendo-se, em sua maioria, de precedentes, decisões judiciais de casos similares (HOLMES, 2009, p. 03).

<sup>14</sup> “Estados amigáveis da prática de gestação de substituição” (tradução nossa). Estados americanos que possuem legislações favoráveis à prática ou, em caso de inexistente legislação específica, já demonstraram serem favoráveis à prática por meio de decisões judiciais.

### 1.1.2. *Gestação de Substituição em caráter global: Regulamentações e maternidade*

A maioria dos países industrializados ainda não regulamentam a prática de gestação de substituição, havendo, genericamente, três categorias: jurisdições favoráveis à prática; jurisdições contrárias à prática e jurisdições relativamente neutras em relação a prática. A primeira categoria consiste em jurisdições onde gestação de substituição comercial e não comercial são legais e praticadas em larga escala, como ocorre na Ucrânia, Rússia e nos Estados americanos da Califórnia, Illinois e Texas, entre outros. A segunda categoria consiste em jurisdições onde ambas as formas da prática são totalmente proibidas, como é o caso da China, França, Alemanha e Estados americanos como o de Nova York (TRIMMINGS et al., 2013).

A terceira categoria trata de jurisdições relativamente neutras quanto a prática, onde presente duas abordagens: países onde apenas gestação de substituição não comercial é permitida – como ocorre no Reino Unido, Grécia e África do Sul - e países onde ambas as formas não são reguladas – como ocorre na Irlanda, Japão, Argentina, Venezuela e Bélgica, entre outros. Em pesquisa realizada por Trimmings e outros (2013), foram analisadas jurisdições de 25 países entre os anos de 2006 e 2011, onde restou demonstrado que 40% destes não regulam a prática, enquanto que, dentre os que regulam, apenas 16% estão na categoria de jurisdições favoráveis a ambas as práticas de gestação de substituição, ou seja, na forma comercial e não comercial.

#### **Quadro 1: Regulação Dos 25 Países<sup>15</sup> Analisados Por Trimmings e outros (2013)**

<b>REGULAÇÃO DOS ESTADOS SOBRE <i>SURROGACY</i></b>	
ESTADOS QUE NÃO REGULAM	40%
ESTADOS QUE REGULAM E PERMITEM <i>SURROGACY</i> COMERCIAL E NÃO COMERCIAL	16%
ESTADOS QUE REGULAM E PERMITEM APENAS <i>SURROGACY</i> NÃO COMERCIAL	24%
ESTADOS QUE REGULAM E PROIBEM TOTALMENTE A PRÁTICA	20%

Fonte: Trimmings e outros (2013) (elaborado pela autora)

<sup>15</sup> Foram analisados os seguintes países: Argentina, Austrália, Bélgica, Brasil, China, República Tcheca, França, Alemanha, Grécia, Guatemala, Hungria, Índia, Irlanda, Israel, Japão, México, Holanda, Nova Zelândia, Rússia, África do Sul, Espanha, Ucrânia, Reino Unido, Estados Unidos e Venezuela (TRIMMINGS et al., 2013).

Quanto à maternidade, ainda persiste a tendência nas legislações mundiais de constituir o laço legal da filiação materna pelo parto, caso de 56% dos países analisados na pesquisa de Trimmings e outros (2013). Este laço não costuma possuir uma norma expressa<sup>16</sup>, mas se comporta como um princípio não normatizado diante do fato de jamais ter se considerado desconectar a maternidade do parto. A importância simbólica da gestação como afirmação da maternidade parece estar ligada à regra tradicional de o parto fazer a mãe (LUNA, 2001). Práticas como a gestação substituta, ao identificar a mãe como fornecedora de óvulos, aproximam a representação de maternidade da de paternidade, isto é, contribuição de gametas sem gestação (STRATHERN, 1992). Assim, necessitando a paternidade de um reconhecimento de relação social, nesse novo contexto de reprodução assistida, a maternidade também dependeria do reconhecimento da mãe intencional<sup>17</sup>, idealizadora da gestação. Ainda, Schwenzer (2006) construiu o conceito de maternidade cindida (*split motherhood*), em que a maternidade não é mais una, mas existindo três pretensões diferentes: uma ancorada na gestação (mãe biológica); a doadora do material genético (mãe genética) e a autora do projeto da maternidade (mãe intencional ou sócio-afetiva).

Contudo, o termo “mãe biológica ou gestacional” é bastante criticado por autoras como Teman (2010), em seu estudo sobre gestação de substituição em Israel. As gestantes entrevistadas não utilizam o termo “mãe”, mas sim expressões como “forno” (*oven*), “incubadora” (*incubator*) ou “estufa” (*greenhouse*) para definirem suas particulares situações:

Shahar, trinta e dois anos, já era mãe de cinco crianças quando deu à luz aos gêmeos de seu casal. Quando narrou sua experiência, Shahar utilizou outra metáfora desumanizadora: ‘Eu apenas estou gestando os bebês, eu não tenho nenhuma relação com eles. Quer dizer, eu dei vida a eles, porque sem mim eles não teriam nascido, visto que a mãe intencional não podia gestá-los. Apenas alguém com um útero, e um bom útero, poderia gestar as crianças para ela. Então eu fui escolhida...eu apenas os segurei na minha barriga, como uma incubadora. Eu fui sua incubadora por nove meses! No momento em que eles nasceram, eu terminei meu trabalho e era isso’. (TEMAN, 2010, p. 32. Tradução nossa)<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Como exceção, cita-se o Artigo 242 do Código Civil Argentino, que estabelece: “A maternidade será determinada, mesmo que sem reconhecimento explícito, através da comprovação do parto e a identidade do bebê” (LAMM, 2013, p. 08).

<sup>17</sup> A mãe intencional é aquela que idealizou o projeto parental, ou seja, deseja ser mãe e criará o bebê oriundo da gestação de substituição. Esta pode ser também mãe genética, se o óvulo utilizado na fecundação for seu, ou apenas mãe intencional, quando utilizada doadora de óvulo. Para fins do presente trabalho, utilizar-se-á o termo genérico “mãe intencional” quando desnecessário, no contexto, especificar se a mesma também é mãe genética. Por sua vez, utilizar-se-á o termo específico “mãe genética” quando necessário especificar que a mãe intencional também é mãe genética.

<sup>18</sup> “Shahar, thirty-two, who was already a mother of five when she gave birth to twins for her couple. While narrating her experience, Shahar applied another seemingly dehumanizing metaphor: I am only carrying the babies, I don’t have any part in the issue...I mean, I gave them life, because without me they would not have life. Because the intended mother couldn’t carry them. Only someone with a womb, a good womb, could hold the

Todas as metáforas utilizam um paradoxo entre um útero considerado ambiente artificial, em contrapartida à natureza do embrião, que está sendo gerado nesse ambiente controlado e acolhedor, como uma incubadora, forno ou estufa. A metáfora sugere que a natureza do embrião já estava pronta antes mesmo da transferência deste para o útero da *surrogate*: o produto da fertilização dos gametas do casal só necessita desse ambiente artificial para virar sua versão final de “bebê” (metáfora da incubadora); “planta” (metáfora da estufa) ou “pão” (metáfora do forno). Assim, *surrogates* defendem que elas não criam os fetos, mas preparam um embrião já viabilizado para o nascimento (TEMAN, 2010).

**Figuras 2 e 3: Phoebe Buffay, Personagem Televisiva Do Seriado Estadunidense “Friends”, Tratou Sobre o Tema de Gestação de Substituição Em 1997<sup>19</sup>**




---

children for her. So I am the one...I just held them in my belly, like an incubator. I was the incubator for nine months! And the second that they were born, I finished the job and that was it.”

<sup>19</sup> Gestação de substituição é popularmente conhecida no Brasil como “barriga de aluguel”.



Fonte: FRIENDS (1997)

As novas práticas de constituir a maternidade podem ser analisadas em termos científicos e culturais, trazendo para debate uma discussão antiga: o amor materno é um sentimento inerente à condição de mulher, que aflora no momento do parto, ou é algo que se adquire com o convívio e exercício da maternidade? De pronto, a utilização de um útero solidário para concretização do planejamento parental gera discussão sobre novas formas de construção da maternidade, a partir destas tecnologias reprodutivas. Para tanto, necessário analisar as mudanças das atitudes maternas ao longo da história, a forma que a mulher contemporânea encara seus dilemas reprodutivos e, não menos importante, a relação da *surrogate*, que carrega em seu útero um bebê idealizado e esperado por outra mulher, incapaz de gerá-lo em seu próprio ventre.

## 1.2. Maternidade, Parentalidade e o Estado

### 1.2.1. Maternidade e o amor materno: um hino à natureza

Historicamente, o amor materno foi conectado a uma ideia de instinto natural da mulher, que floresce no momento do parto, relacionando assim maternidade com o ato de dar à luz. A conexão biológica também está presente na questão do aleitamento materno, o que seriam possíveis desvantagens das mulheres impossibilitadas de gestarem em seu próprio ventre. Embora alguns autores prefiram certo afastamento desse hino à natureza nos casos de

gestação de substituição, outros optam por abraçar a ideia, diferenciando as *surrogates* suas gestações naturais de seus próprios filhos, em contraste com a artificialidade das suas gestações como *surrogates*.

Antes desta apreciação, importante ressaltar os marcos conceituais da maternidade. A primeira grande mudança no conceito de maternidade surgiu no final dos anos 1970, com o surgimento de meios contraceptivos, abrindo para as mulheres a liberdade de escolha de ter ou não filhos, bem como de planejar o melhor momento para tê-los. (BADINTER, 2011). A função reprodutora deixa assim de ser comandada pelo simples acaso biológico, passando a ser controlada pela vontade (BEAUVOIR, 2009). A máxima deste movimento era “uma criança se eu quiser, quando eu quiser”, que reivindicava o direito à livre escolha da maternidade (SCAVONE, 2001).

Porém, a possibilidade de ter um efetivo planejamento parental trouxe consigo o dilema de conciliação dos deveres maternos com o desejo de desenvolvimento pessoal e profissional da mulher. A questão se tornou mais complexa com a possibilidade de dissociação do desenvolvimento materno e, talvez, com a necessidade de uma redefinição da maternidade nos dias de hoje. A mãe é aquela que fornece o óvulo, aquela que gesta a criança ou aquela que cria e educa? (BADINTER, 2011).

Para tanto, necessário analisar o conceito de maternidade e as noções de amor materno na história. Em meados do século XVIII, a elevada taxa de mortalidade infantil era justificativa da indiferença materna que marcava a época, frieza esta que servia de escudo sentimental contra os grandes riscos de morte do bebê no primeiro ano de vida. O aleitamento materno era visto como pouco conveniente e maléfico para a mãe, sendo ainda mais rejeitado pelas mulheres da corte, que não estavam dispostas a sacrificarem suas vidas sociais (BADINTER, 1985).

A figura da devoção materna aos filhos surgiu no final do século XVIII e início do século XIX, com destaque para as mulheres pertencentes a burguesia francesa, com forte influência de Jean-Jacques Rousseau, em sua obra “Emílio, ou da Educação”, que encorajava o aleitamento materno, cuidados com alimentação e um maior vínculo entre mãe e bebê. Assim nasceu a figura da mãe que se sacrifica em nome da prole, sem apego aos sucessos pessoais. Essa figura materna molda a mãe moderna, e aquelas que não conseguiam cumprir com a extensa devoção de seu novo papel sentiam-se culpadas, sentimento enraizado que se tornou conhecido como “culpa materna” (BADINTER, 1985).

Como consequência do novo papel da mãe, o amor materno passa a ser visto como um instinto natural da mulher, que surgia automaticamente no momento do parto, representando

que o forte vínculo da figura materna estava conectado a ideia de dar à luz. Badinter (1985), por sua vez, defende que o amor materno é apenas um sentimento humano, sendo assim incerto, frágil e imperfeito, que talvez não esteja profundamente inscrito na natureza feminina.

Apesar do termo “instinto materno” ter caído em desuso, o conceito de “amor materno” tornou-se seu sinônimo, como um sentimento menos mecânico que o instinto. Contudo, a contradição só aumentou, como explica Badinter:

(...) se abandonamos o instinto em proveito do amor, conservamos neste as características do outro. Em nosso espírito, ou antes em nosso coração, continuamos a pensar o amor materno em termos de necessidade. E apesar das intenções liberais, vemos sempre como aberração, ou um escândalo, a mãe que não ama seu filho. Estamos prontos a tudo explicar e justificar de preferência a admitir o fato em sua brutalidade. No fundo de nós mesmos, repugna-nos pensar que o amor materno não é indefectível. Talvez porque nos recusemos a questionar o amor absoluto de nossa própria mãe. (BADINTER, 1985, p. 23).

Beauvoir já citava a forte ligação entre amor materno e a gestação, ao narrar relatos de gestantes encantadas com o “tesouro de vida” que crescia dentro delas, tendo a sensação de um poder criador:

Quando a gravidez prossegue, a relação ente mãe e o feto muda. Este acha-se solidamente instalado no ventre materno, os dois organismos se adaptaram um ao outro e há entre ambos trocas biológicas que permitem à mulher reencontrar seu equilíbrio. Ela não se sente mais possuída pela espécie: ela é que possui o fruto de suas entranhas. (...) a razão de sua existência está em seu ventre e dá-lhes uma impressão perfeita de plenitude. É como um pequeno aquecedor no inverno, sempre aceso e que só existe para você, inteiramente submetido à sua vontade. É também ducha fresca, escorrendo sem cessar durante o verão. Está ali. (BEAUVOIR, 2009, p. 668).

Em um terceiro momento, Badinter (1985) cita as mudanças na maternidade trazidas pela psicanálise, que transformava a mãe na grande responsável pela felicidade do filho. A ampliação da responsabilidade materna, tendo a mãe também responsabilidade pela transmissão de valores morais e formação intelectual do filho, juntamente com a ideologia de vocação altruísta, devotamento e sacrifício por parte da mãe, define que a aptidão da mãe é aceitar o sofrimento, compensado pelas alegrias da maternidade, que freiam suas tendências masoquistas espontâneas.

Pela teoria freudiana, biologicamente amaldiçoada pela insuficiência de seu órgão (falta de pênis), a natureza compensou esta escassez dando a mulher a possibilidade de encontrar prazer na dor. Assim sendo, a mulher normal gosta de sofrer, estando a figura do sacrifício de si mesma em nome do filho uma das características da boa mãe (BADINTER, 1985). O novo

discurso feminista da década de 60 foi fundamental para destruir o mito freudiano de mulher normal como masoquista, com ênfase na obra de Millett (2000), que critica a negligência da hipótese social no discurso de Freud. Para o feminismo, as respostas devem ser buscadas junto à sociedade, que é patriarcal, e o que esta reserva para as mulheres, incluindo o papel de mãe.

A função da maternidade já começou a ser questionada no contexto pós Segunda Guerra Mundial – com destaque para a obra de Beauvoir (2009) publicada no ano de 1949 - em que forças conservadoras defendiam a família, a moral e os bons costumes, enquanto feministas lutavam por liberdade sexual, contracepção e aborto, refutando o determinismo biológico que reservava às mulheres um destino social de mães. A maternidade começava a ser compreendida como uma construção social, que designava o papel da mulher dentro do seio familiar e na própria sociedade, como o elemento-chave para explicar a dominação de homens sobre as mulheres. O papel das mulheres na reprodução biológica – gestação, parto, amamentação e consequentes cuidados com as crianças – determinava a ausência das mulheres no espaço público, confinando-as ao espaço privado e à dominação masculina (SCAVONE, 2001).

Os defensores do amor materno possuem uma base biológica: a prolactina, o hormônio do aleitamento, momento de proximidade entre mãe e bebê:

Em alguns minutos (de amamentação), os níveis maternos de cortisol se elevam; a ocitocina corre ao longo de suas veias. Como se ela recebesse uma mensagem, a pressão arterial baixa, a ocitocina difunde nela uma calma venturosa. (...) a partir do momento em que suas glândulas mamárias começam a produzir, custará para que ela se afaste emocional e fisiologicamente o bastante para cortar o vínculo. (HRDY, 1999, p. 605).

Esse hino à natureza deixa em suspenso várias questões. Se o aleitamento é o fator desencadeador do apego materno, o que acontece com as mães que gestam e não conseguem amamentar, por diferentes fatores? E as mães que não podem gerar suas crianças no próprio útero? Não existem dois modos de viver a maternidade, mas uma infinidade, o que impede de falar de um instinto baseado no determinismo biológico. Este depende estritamente da história pessoal e cultural de cada mulher. O meio, as pressões sociais, o itinerário psicológico parecem sempre pesar mais do que a frágil voz da mãe natureza (BADINTER, 2011).

A questão da maternidade foi, por muito tempo dentro da crítica feminista, o eixo central de explicação da desigualdade de gênero entre homens e mulheres. Em um primeiro momento, a maternidade foi reconhecida como um obstáculo natural que confinaria a mulher ao ambiente doméstico, sendo a recusa da maternidade o caminho para superação da dominação masculina e da possibilidade da mulher buscar uma identidade mais ampla e

completa que não apenas a maternidade. Passado o impacto da recusa da maternidade, Scavone (2001) relata o surgimento de questionamentos no movimento feminista, como “nós mulheres queríamos ser definidas sem a maternidade? Aceitávamos ser mutiladas de uma parte de nossa história, de nossa identidade?” (SCAVONE, 2001, p. 140).

Estes questionamentos inauguram um segundo momento de negação da ideia de maternidade como um obstáculo natural, passando a ser vista como um poder insubstituível que só as mulheres possuíam. Esta negação, em um terceiro momento, evolui para a desconstrução da ideia de maternidade como um obstáculo natural, esclarecendo que não é o fator biológico da reprodução que determina a posição social das mulheres, mas as relações de dominação e subordinação – oriundas das desigualdades de gênero – que atribuem um significado social à maternidade. Esta argumentação coincide com a expansão das novas tecnologias de reprodução assistida, que introduzem na reprodução a dúvida sobre um destino biológico inevitável (SCAVONE, 2001).

Ressalta-se que a natureza da maternidade ainda é glorificada entre mães intencionais e *surrogates*, como demonstra o estudo dos casos israelenses de Teman<sup>20</sup> (2010), onde muitas *surrogates* relatam a diferença entre as suas gestações anteriores, de seus próprios filhos, vista como uma gravidez natural, em contraste com a gravidez de gestação de substituição, considerada como artificial:

A natureza e o corpo fazem com que o trabalho seja feito. No momento que o óvulo é seu, então automaticamente a mulher sente que a gravidez é sua. Mesmo que ela não tenha planejado, mesmo que ela sofra um aborto espontâneo, ela sentirá que é seu bebê, lá no fundo, em sua alma. (...) mas aqui...é artificial! É tudo artificial... então o que existe para se apegar? (TEMAN, 2010, p. 39. Tradução nossa)<sup>21</sup>.

No estudo de Teman, quase todas as *surrogates* contrastam a forte conexão natural que tiveram com seus bebês em suas próprias gestações com o distanciamento emocional da sua gestação como *surrogate*, ligando a natureza biológica e genética ao óvulo da mãe intencional, sendo seus úteros vistos como ambientes artificiais, desconexos de seus corpos (TEMAN,

---

<sup>20</sup> O modelo israelense de regulamentação de gestação de substituição é bastante peculiar. Apenas casais heterossexuais inférteis podem utilizar o serviço. A *surrogate* não pode ser casada, podendo ser solteira, viúva ou divorciada, com pelo menos um filho seu gestado sem complicações, bem como não pode esta ter qualquer parentesco com os pais intencionais. A questão religiosa tem extrema importância, tanto pais intencionais quanto a *surrogate* necessitando serem israelenses e judeus. Logo, é também uma questão étnica e de fortalecimento da identidade nacional, somado a importância da figura da “mãe judia” na cultura do país (TEMAN, 2010)

<sup>21</sup> “Nature and the body make sure that the work is done. From the moment that it is your egg, then automatically the woman feels that it is her pregnancy. Even if she doesn’t want it, and ever if she miscarries, she will feel that it is her child, deep inside, in her soul. (...) but here...it is all artificial! Everything is artificial...so what is there to become attached to?”

2010). Aqui, é justamente em decorrência da supremacia da natureza que as mães intencionais são as únicas e verdadeiras mães, sendo os úteros das *surrogates* possuídos não apenas pela artificialidade dessa forma de gestação, mas também possuídos pela “natureza” dos pais intencionais, representada pelo embrião deles. Como forma de ilustrar essa relação, algumas *surrogates* narram mudanças em seus hábitos alimentares, que não ocorreram em suas próprias gestações naturais. A *surrogate* Miri narra o aumento de apetite em sua gestação “artificial” como *surrogate*, em comparação com a completa falta de apetite em sua gestação natural, de sua própria filha. Ela acredita que a resposta está na genética da mãe intencional, que possui uma família com a característica de comer muito (TEMAN, 2010, p. 46).

Em seu relato, Miri conecta os hábitos alimentares da mãe genética/intencional como forma de representar a conexão biológica entre a mãe e o feto, ao mesmo tempo que se distancia dele: ela, *surrogate*, não tinha apetite aguçado em sua gestação natural. Nessa gestação, artificial, o apetite só poderia estar ligado com a genética da mãe do bebê. Esse exercício de desconexão salienta o determinismo biológico. Contudo, antropólogos afirmam que as diferenças genéticas não são determinantes das diferenças culturais. A alimentação é algo cultural, e seus hábitos serão passados para a criança conforme seu crescimento e meio social (LARAIA, 2001). A tentativa de ligar hábitos alimentares com a genética mostra o quanto as *surrogates* buscam a separação de suas naturezas com a artificialidade de uma gestação substituta.

A abordagem naturalista das *surrogates* gera forte repercussão de gênero. Em muitas sociedades as mulheres são vistas como seres conectados a natureza, enquanto homens são associados a cultura. Força, firmeza e agressividade são associadas ao corpo masculino, enquanto liquidez, animalidade e vazamento representam as condições naturais do corpo feminino. Sustentando essa visão naturalística dos corpos femininos, *surrogates* legitimam desigualdades de gênero. Uma ideia de natureza como substância incontrolável, emocional, instintiva e perigosa que precisa ser controlada e contida através de tecnologia médica, área considerada na literatura feminista radical (ECHOLS, 1989) como sendo dominada por homens. Ao mesmo tempo, suas narrativas redefinem a ideia patriarcal de que a biologia é um destino da mulher. Seus corpos (aqui representado por seus úteros “artificiais”) podem estar submetidos ao controle médico, mas apenas como um meio para controlar suas próprias ações, ou seja, a escolha de gestarem bebês para terceiros (TEMAN, 2010).

Ao mesmo tempo que acreditam em uma ideia essencialista de natureza, também exemplificam a imagem de empoderamento feminino, na figura de uma mulher que se tornou independente da influência de sua própria natureza. Dessa forma, utilizam as representações

tecnológicas, como a fertilização *in vitro*, criticadas por supostamente alienarem as mulheres, como ferramentas para exercerem seu livre arbítrio (THOMPSON, 2005).

Estas mulheres acreditam que, abraçando o poder da tecnologia como forma de controle de seus corpos, juntamente com a sua complexa classificação corporal de natureza e artificialidade e mecanismos de objetificação de seus úteros (analogias de “forno”, “incubadora” e “estufa”), elas adquirem o poder de superarem a natureza incontável e emocional de seus corpos. Podem acreditar que as mulheres são realmente destinadas a serem mães, e podem submeter-se ao controle de uma instituição patriarcal, mas ao mesmo tempo utilizam ferramentas do patriarcado – medicalização, objetificação e tecnologia – para garantirem que suas naturezas maternas só se manifestem quando elas quiserem: em suas próprias gestações, não enquanto *surrogates* (TEMAN, 2010).

Esta é uma razão pela qual as clínicas de intermediação de gestação de substituição exigem *surrogates* que já tenham tido pelo menos uma gestação natural própria, ou seja, são mães de pelo menos uma criança. Assim elas teriam maiores condições de diferenciar a conexão que tiveram com seus filhos biológicos de uma gestação artificial, onde o bebê não é seu (JACOBSON, 2016). Já ter tido a experiência do parto e, principalmente, da maternidade, possibilita que essas mulheres consigam separar a conexão que sentiram com seus próprios filhos e compreenderem que, nesse caso, a conexão com o feto que carrega em seu ventre ocorrerá não com ela, mas com a mãe intencional.

### 1.2.2. *As implicações da impossibilidade de gestar no desejo da maternidade: Conexão entre mãe intencional e surrogate*

O desejo de ter um filho pode vir a ser produto de diversas operações, confundindo-se, por exemplo, com o desejo de maternidade, desejo de simplesmente estar grávida, ou ainda o desejo apenas de colocar no mundo uma criança (STRYCKMAN, 2000). Ao retirarmos o desejo de ter um filho e a infertilidade do campo exclusivamente biológico, enxergamos a maternidade não como um instinto, mas como uma escolha (LANIUS; SOUZA, 2008). De acordo com Sigal (2003), da mesma forma como não se nasce mulher para o inconsciente, também não se nasce mãe. Independentemente da forma como ela atinja a maternidade, seja pelo coito, fertilização *in vitro*, gestação de substituição ou adoção, a mulher alcança sua condição de mãe a partir das inscrições simbólicas que pode realizar.

Lanius e Souza (2008) narram a história de quatro mulheres inférteis e seus relatos de vazio pela ausência de um filho em suas vidas. Dos casos relatados, destaca-se o de Marina

que, ao ser questionada pela família do motivo pelo qual não opta pela adoção, confessa que trataria o filho de forma diferente do que um biológico, além do fato que se sente inferiorizada como mulher diante da impossibilidade da gestação natural. No caso, o desejo da maternidade e de gerar está mais em evidência que o desejo de ter um filho propriamente dito.

É por meio da impossibilidade de ter um filho biológico ou de simplesmente gerá-lo que podemos questionar o desejo da maternidade, questionamento este que talvez permanecesse oculto caso o desejo pudesse ser naturalmente realizado. Na medida em que as mulheres passaram a dominar os processos de procriação, foi possível dissociar feminilidade da maternidade obrigatória, dificultando as possibilidades de classificação das mulheres como um todo, já não sendo mais toda mulher obrigatoriamente um dia também mãe (ROUDINESCO, 2003).

Nos estudos de Teman (2010) sobre gestação de substituição em Israel, a reivindicação da maternidade por mães intencionais, enquanto aguardam o nascimento de seus filhos gestados por *surrogates*, se deram de duas formas: a primeira, chamada pela autora de “reivindicação de parentesco”, foca na representação da criança como um membro de sua família, já buscando uma ligação emocional com o feto durante a gestação. A segunda forma, intitulada de “reivindicação materna”, onde a mãe intencional busca o seu papel social de mãe, ou seja, foca na construção de sua identidade social como mãe.

A impossibilidade dessas mulheres frente à adoção, solução substitutiva, sugere que a única possibilidade de inscrição simbólica na maternidade se dará pela via real do corpo e da gestação, só assim tornando-se efetivamente mãe (LANIUS; SOUZA, 2008). Historicamente, a noção de paternidade se dá com o reconhecimento do filho, enquanto a noção de maternidade surge no momento em que a mulher dá à luz. Assim, o comportamento paterno não seria uma consequência do vínculo biológico, sendo o comportamento materno coextensivo à geração e ao parto (FONSECA, 2010). Sharon, mãe intencional israelense entrevistada por Teman (2010), justifica seus motivos ao optar por gestação de substituição invés de adoção:

Era muito importante para mim que eu tivesse um filho biológico. Por isso optei por gestação de substituição e não adoção...parece tão natural para mim. Primeiro de tudo, é um desejo natural. Um desejo natural que todas as pessoas tem...se é possível, se os óvulos são viáveis e os espermatozoides também, geram lindos embriões. Tecnicamente eu não posso carregá-los, gestá-los, mas meu filho veio dos meus genes; é apenas uma necessidade humana que eles sejam seus. (TEMAN, 2010, p. 111. Tradução nossa)<sup>22</sup>.

<sup>22</sup>“ It was very important to me that we have a biological child. That’s why I went to surrogacy and not adoption...it just seems so natural to you. First of all, a natural need. A natural need like any person has...If it is

Mesmo assim, a conexão entre maternidade e gestação ainda é muito forte, como mostram os estudos de Tarnovski (2013), sobre coparentalidade em famílias homoparentais francesas<sup>23</sup>. A pesquisa apresenta o caso de André, professor de 31 anos, que tinha um filho em comum com um casal de mulheres. Com uma ideia inicial de partilha igualitária de tempo com a criança, notou mudanças no planejamento logo após o nascimento do bebê, quando surgiram desentendimentos quanto a importância atribuída a mãe genética, que também gestou o bebê. A companheira da mãe, que desejava ocupar uma posição materna, também relatou encontrar-se em relação de desvantagem, da mesma forma que o pai.

O dilema do desejo da maternidade parece ser mais acentuado para mulheres que não podem experimentar a gestação, por problemas de saúde ou lesões irreversíveis no aparelho reprodutor, do que para mulheres com infertilidade propriamente dita, que recorrem à doação de óvulos para então gerarem seus filhos. Nas histórias de mulheres que fizeram uso de óvulo doado para tornarem-se mães, o significado da maternidade é parte de uma identidade constitutiva, não conectada à genética e à biologia, como demonstra Allebrandt (2011), em seu estudo com famílias homoparentais de Quebec. Joana, mãe intencional que utilizou óvulos de doadora, afirma não se sentir menos mãe porque seus filhos foram concebidos com os genes de outra mulher, assegurando que o peso da genética não influencia em sua identidade materna.

Já nos casos onde as mulheres não só possuem inviabilidade uterina como também infertilidade propriamente dita, o dilema volta a ser acentuado. O uso de doadoras de óvulos é encarado como último e derradeiro recurso, hesitando muitas vezes em divulgar o uso deste método, ou procurando outra forma de conectar o embrião através do parentesco:

Roni explicou que, apesar da necessidade de utilizar uma doadora de óvulos, ainda preferiu gestação de substituição, pois assim poderia utilizar espermatozoide de seu marido, motivo pelo qual o bebê ainda seria 50% dela. Da mesma forma, quando Daniella, irmã de Jenny, ofereceu-se para ser sua doadora de óvulo e também *surrogate* – o que é permitido na Inglaterra – ela

---

possible, there are eggs, there is sperm, and there are beautiful embryos. Technically I can't carry them, but my child is from my genes, it is just a need of the human race that it be yours."

<sup>23</sup> Coparentalidade trata de arranjos familiares criados por gays e lésbicas que se associam com um parceiro do outro sexo para procriar, com ou sem relações sexuais, e criar a criança assim gerada em situações variadas de residência alternada. A coparentalidade pode assumir múltiplas formas de acordo com o *status* conjugal dos parceiros e com o papel reservado a cada um dos atores envolvidos na elaboração do projeto. Assim, possível ter situações em que um casal de homens decide ter uma criança com um casal de mulheres, um casal de mulheres com um homem solteiro (que pode se apresentar como homossexual ou heterossexual) ou ainda um casal de homens com uma mulher solteira (que também pode se apresentar como homossexual ou heterossexual). Na França, a coparentalidade se tornou o meio mais comum de acesso à parentalidade para homens gays (TARNOVSKI, 2013, p. 70-71)

ressaltou: ‘Daniella e eu somos tão parecidas que certamente o bebê também será parecido comigo’. (TEMAN, 2010, p. 113. Tradução nossa)<sup>24</sup>.

O desejo de um vínculo biológico do pai intencional foi citado por Jacobson (2016), em sua pesquisa com gestação de substituição no Estado americano do Texas. Robin, mãe intencional, gestou sua primeira filha aos 45 anos durante seu primeiro casamento, depois de diversas tentativas de fertilização *in vitro*. Em seu segundo casamento e depois de descobrir uma doença autoimune, cogitou adoção, mas relatou o desejo do novo marido de ter um filho geneticamente seu: “ele queria um filho de seu próprio sangue, o que eu acho uma coisa um pouco louca. Então optamos por gestação de substituição por causa do desejo dele” (JACOBSON, 2016, p. 23. Tradução nossa)<sup>25</sup>). Neste caso concreto, o dilema de não mais possuir óvulos viáveis em decorrência da idade não parecia empecilho para a mãe intencional, quem sabe por já ter gestado sua primeira filha e ter com ela um vínculo genético.

A sensação de inferioridade relatada por mulheres impossibilitadas de gestar demonstram a forte simbologia que a gestação tem no desejo da maternidade. A prática da gestação substituta desperta polêmica pela ruptura da presumível indissolubilidade do vínculo mãe-filho. O ato de uma mulher que concebe um bebê já com o intuito de entregá-lo para outrem contraria as representações de gênero feminino vigentes. Esta quebra de vínculo nega todas as representações de instinto materno e de uma maternidade natural. Tal prática só tem sido tolerada se vestida com representações de altruísmo: a *surrogate* deverá fazer isso por empatia com o sofrimento alheio (LUNA, 2001).

Ragoné (1994) em seu estudo sobre gestação de substituição comercial nos EUA entre 1988 e 1990, apresenta a perspectiva das *surrogates*, que percebem a prática como verdadeira vocação invés de somente uma prestação de serviços. Em geral, trata-se de mães de classe média baixa, donas-de-casa, com concepções tradicionais sobre o papel da mulher e família, tocadas pelo sofrimento de casais com dificuldades reprodutivas. Jacobson (2016), em sua pesquisa nos Estados Unidos entre os anos de 2009 e 2012, demonstra que as agências de intermediação não trabalham com *surrogates* vivendo de assistência do governo, ou seja, sem uma fonte de renda, pois a chance de optarem pela prática meramente por questões financeiras é grande. Assim, o perfil das *surrogates* nos Estados Unidos se mantém, nos dias de hoje, similar ao modelo encontrado por Ragoné na década de 90: mulheres acima da linha de

<sup>24</sup> “Roni explained that she wanted to pursue surrogacy with egg donation because ‘at least if it is from my husband’s sperm it will be 50% mine’. Likewise, when Jenny’s sister offered to be her traditional surrogate – an undertaking that they were able to carry out using their English citizenship – ‘Daniela and I look so much alike that it is as if it is my child anyway’”.

<sup>25</sup> “He wanted a child of his own blood – kind of a crazy thing. So we used surrogacy because of his desire”.

pobreza, com alguma estabilidade financeira, que tiveram experiências prazerosas em suas próprias gestações e possuem o desejo de ajudarem a formar uma família.

Já Roberts (1998) em seu trabalho de campo em uma agência de gestação de substituição na Califórnia, concluiu que os casais e as *surrogates* tendem a negar o caráter tecnológico do processo e naturalizá-lo. Apesar disso, a substituição gestacional dificilmente é encarada como natural para o casal idealizador do projeto parental, pois considerada um último recurso que os força a assumirem uma perspectiva diferente sobre gestação. Para aproximar o procedimento da natureza, as *surrogates* enfatizam a entrega do maior dos presentes para esses pais intencionais: não se trata de venda de bebês ou aluguel de úteros por um valor pecuniário. Não é um mero trabalho onde se busca uma compensação financeira: o coração, órgão que tanto representa a natureza, está envolvido (JACOBSON, 2016). Assim, possível dizer que a conexão com a natureza feita pelas *surrogates* é um pouco contraditória. Ao mesmo tempo em que enfatizam a artificialidade de uma gestação substituta em relação as suas próprias gestações naturais, em outros momentos, enfatizam a natureza do processo, ligando o desejo de ajudar um casal com dificuldades reprodutivas ao órgão do coração, ou seja, a sua própria natureza.

Teman (2010) destaca a importância da relação entre mãe intencional e *surrogate* como o principal relacionamento em todo o processo. A ligação entre as duas mulheres é necessária para a mãe intencional conectar-se ao feto durante todo o processo e transformar-se em uma mãe ao longo da gestação, não apenas após o nascimento. *Surrogates* e mães intencionais costumam utilizar termos como “química” e “conexão” para definir o relacionamento entre ambas, como se estivessem destinadas a embarcarem juntas nessa jornada. Rosa e Pompermaier (2016) descrevem a mesma sensação no primeiro contato com a mulher que viria a ser sua *surrogate*:

No segundo em que a Aline olhou o perfil da Stefanie, gostou muito da sinceridade e espontaneidade das respostas. Ela, uma mulher casada, de 30 anos, residente do Tennessee e com dois filhos, afirmava que estava se propondo a ser uma *surrogate* devido ao fato de ter perdido um bebê na sua segunda gestação (entre os dois filhos) e havia se colocado no lugar de mulheres que não poderiam ter os seus próprios. Foi amor à primeira vista! Sabem quando se tem certeza de que aquela é a pessoa? Foi isso que aconteceu entre nós e a Stefanie! (ROSA & POMPERMAIER, 2016, p. 24).

Essa necessidade de conexão também foi citada por Jacobson (2016) como sendo a base dos casos de gestação de substituição analisados em sua pesquisa nos Estados Unidos. As *surrogates* descrevem a necessidade de sentirem essa conexão no coração, à primeira vista, utilizando linguagem similar a do início de um relacionamento amoroso, como narra a

*surrogate* Dawn, ao citar a primeira vez que se reuniu com os pais intencionais, citando ter sentido “borboletas no estômago”, em decorrência da perfeita conexão entre eles (JACOBSON, 2016, p. 86).

Achar a suposta combinação perfeita nem sempre é fácil, tendo casos em que a *surrogate* deseja uma relação mais próxima, o que inclui compras com a mãe intencional e convite para o chá do bebê, enquanto o casal prefere manter uma relação de negócios, sem grandes envolvimento. O contrário também ocorre, com casais que desejam maior envolvimento, enquanto a *surrogate* se considera um gestante experiente, e acha o contato intenso invasivo. Combinar pais intencionais e *surrogates* com o mesmo propósito é tarefa levada a sério pelas agências, com o intuito de evitar atritos (JACOBSON, 2016).

As *surrogates* também enfatizam seu amor por crianças, família e seu desejo de ajudar casais com dificuldades reprodutivas como motivos para assumirem essa atividade. Assim, gestação de substituição é recoberta pela tradição, enfatizando os valores da família, parentalidade e reprodução para contornar os aspectos mais controversos do processo, como demonstra o relato da *surrogate* americana Stephanie, que gestou gêmeos para um casal de pais intencionais brasileiros:

[após o parto](...) É difícil acreditar que essa jornada incrível chegou ao fim, mas eu sei que a amizade que criamos será eterna. Posso honestamente dizer que vi Deus nas lágrimas que choramos no primeiro momento que nos deparamos com esses dois milagres que ajudamos a criar. Que momento maravilhoso que poucas pessoas tem a chance de viver. Eu sei agora que nasci com essa missão e estou muito feliz por tê-la realizado! (ROSA & POMPERMAIER, 2016, p. 92).

Além disso, muitas *surrogates* salientam a habilidade natural que possuem para gestar, como a rápida recuperação pós parto. Treena, *surrogate* entrevistada por Jacobson que gestou gêmeos duas vezes em um intervalo de cinco anos, enfatizou essa característica, relatando não sentir dores nem enjoos em suas gestações, se recuperando de forma extremamente rápida após os partos. Ainda salienta: “Nós, *surrogates*, como grupo, temos habilidade para gestar e parir” (JACOBSON, 2016, p. 45. Tradução nossa<sup>26</sup>).

Assim, *surrogates* não tratam a gestação como um sacrifício que somente é suportado pela compensação de dar à luz: por si só, a gestação deve ser aproveitada e, se possuir a habilidade, praticá-la. Uma entidade em si mesma, não apenas um processo que produz um bebê, mas uma experiência valiosa. *Surrogates* são candidatas justamente por possuírem as

<sup>26</sup> “We, surrogates, as a group, are skilled at pregnancy and birth”.

características perfeitas: a necessária habilidade de gestar sem complicações e o gosto por desfrutarem de forma prazerosa dessa habilidade (JACOBSON, 2016).

A tecnologia serve para criar conexões, quando são emparelhados os ciclos da mãe fornecedora de óvulos e a *surrogate* para efetivar a fertilização, na aproximação dos casais com o feto no momento do parto e das ultrassonografias. A *surrogate* assume uma posição ambígua, pois, por um lado, separa-se de suas capacidades reprodutivas, ao alienar seu útero, cortando sua relação com o feto, por outro, reifica-se como mulher na representação feminina de vaso. Gestação de substituição pode ser um lugar de contestação das interpretações vigentes sobre família, maternidade e gravidez. Enquanto mães-máquinas, as *surrogates* representariam híbridos (ROBERTS, 1998).

O papel dessas mulheres não se limita em gestar o feto para os pais intencionais. Suas funções como facilitadora na conexão mãe intencional e bebê faz com que sua principal função seja a de criar uma mãe, introduzir essas mulheres impossibilitadas de gestar no mundo da maternidade. Essa tarefa complexa, muitas vezes mais exaustiva que a própria gestação, é relatada por uma *surrogate*:

Acho que eu não teria forças para fazer isso novamente, não vale o dinheiro. Não digo pela gravidez. Esse não é o problema...é todo o trabalho psicológico que precisei fazer com a mãe. Eu era sua psicóloga. Não tenho forças para fazer isso de novo. É difícil. (TEMAN, 2010, p. 131. Tradução nossa<sup>27</sup>).

A relação complexa com a mãe intencional, impossibilitada de gestar, é motivo de muitas *surrogates* optarem por trabalhar exclusivamente com homens homossexuais, para evitar o que chamam de “inveja uterina”. A bagagem emocional que muitas mães intencionais carregam torna o processo mais difícil, tarefa que muitas *surrogates* optam por não realizar, como relata Erin, *surrogate* que rejeitou um casal em decorrência da situação emocional da mãe intencional, que ainda não tinha superado a sua impossibilidade de gestar: “tenho muito medo de iniciar essa jornada e ser uma grande montanha-russa de insegurança” (JACOBSON, 2016, p. 91-92. Tradução nossa<sup>28</sup>).

Pateman (1993) defende que gestação de substituição pouco tem relação com maternidade. A lógica da utilização de um útero solidário estende às mulheres a concepção masculina de indivíduo como proprietário, e a concepção de liberdade como capacidade de

<sup>27</sup> “I don’t think I have the strength for it, as it is not worth the money. I don’t mean the pregnancy. That is not the problem...it is all of the psychological work I had to do with the mother. I was her psychologist. I don’t have the strength to go through all of that again. It is difficult”.

<sup>28</sup> “I was very scared that, if I go into that, it will be a big roller-coaster ride of insecurity”.

fazer o que se queira consigo mesmo. Até então, a feminilidade era vista como inseparável da maternidade e até subsumida nela. Durante pelo menos três séculos, as feministas se esforçaram muito para tentar mostrar que as mulheres, como os homens, têm uma multiplicidade de aptidões que poderiam ser exercidas além da capacidade exclusiva de criar a vida biológica. Agora a maternidade foi separada da feminilidade, tendo a mulher a quem pertence o útero solidário capacidade criadora, emocional e fisiológica exclusiva de seu corpo, ou seja, dela própria como mulher.

Ao contrário de sociobiólogos como Fox (2007), que supõem a naturalidade e irredutibilidade do vínculo mãe-filho na gravidez, as *surrogates* assumem esse papel desde o início, imbuídas do sentido de que o bebê que esperam pertence ao casal, separando-se da gravidez e do feto. A prática de gestação de substituição rompe a cadeia de eventos que liga casamento, ato sexual, gravidez, parto e maternidade. A gravidez iniciada com o intuito de se desfazer do bebê contradiz visões deterministas sobre a reprodução feminina (RAGONÉ, 1994).

Dentro do embate entre natureza e uma maternidade construída socialmente, o parentesco é percebido como construção social sobre uma base biológica. As novas tecnologias reprodutivas alterariam a própria base dessa construção. A maternidade está entre as relações percebidas como simples decorrências da natureza pela via reprodutiva que são reconfiguradas sobre outras bases. Fica explícita a dificuldade de se delimitar natureza e cultura em procedimentos como a doação temporária de útero, artefato híbrido, sem localização precisa na natureza ou na cultura (LUNA, 2001).

O ápice desse processo chega no momento do parto. Tanto nos relatos de Teman (2010) em Israel quanto na própria experiência relatada por Rosa e Pompermaier (2016) nos Estados Unidos, os hospitais tendem a encorajar a mãe intencional em assumir o papel como se gestante fosse, providenciando um quarto para ela na ala da maternidade, utilizando pulseira identificatória como mãe do recém-nascido e, de forma optativa, disponibilizam vestimenta hospitalar para a mãe utilizar no quarto, como se tivesse acabado de dar à luz. Este reconhecimento simbólico ajuda a mulher a reconhecer seu novo papel de mãe, apesar da ausência de gestação propriamente dita. Algumas mulheres, inclusive, optam por dividir o uso de uma *surrogate* apenas com poucos e próximos familiares e amigos, podendo manter a condição em segredo através dos simbolismos hospitalares:

Orna, *surrogate* de Rivka, me contou como a hospitalização de Rivka permitiu que ela validasse publicamente sua condição de nova mãe: ‘Rivka tinha seu próprio quarto na ala da maternidade, como qualquer outra mãe que

efetivamente pariu. Ninguém sabia que ela não tinha dado à luz. Todos pensaram que sim'. Quando argumentei que deveria ser difícil manter essa impressão, já que a barriga de Rivka não estava inchada, Orna respondeu: 'Você acha que as pessoas notaram? Ela teve um bebê! Alguém a viu antes? Não. Ninguém notou nada'. (TEMAN, 2010, p. 191. Tradução nossa<sup>29</sup>).

Diante de todo esse quadro, é possível concluir que o processo de gestação de substituição é envolto em diversos pré-conceitos, mitos e polêmicas, questões que barram possíveis avanços legislativos em diversos países. Quando realmente se escuta uma das figuras centrais do processo, que são as *surrogates*, a imagem estereotipada de mulheres de baixa renda, com pouca educação, exploradas e silenciadas dá lugar a novas figuras com significativo desenvolvimento intelectual, conhecimento da jornada que estão dispostas a embarcar, capacidade negocial, empoderamento e sensação de orgulho em gestarem bebês para mulheres incapazes de fazerem o mesmo por si próprias. Consideram-se “supermulheres” com uma missão, em posição de poder e controle. O paradoxo está em suas narrativas empoderadas, em meio a uma estrutura patriarcal altamente medicalizada e tecnológica (TEMAN, 2010).

*Surrogates* embarcam em suas missões dentro dessa estrutura paradoxal, que representa um sistema altamente medicalizado, mercantilizado e patriarcal de controle dos corpos das mulheres. A contradição é realmente tão forte que não divide apenas os legisladores ao redor do mundo, mas até mesmo o próprio movimento feminista. *Surrogates* são medicalizadas no momento em que começam o processo de seleção para candidatar-se a função. São mercantilizadas no momento em que assinam o contrato de sua compensação pecuniária pelo processo. Socialmente, estão atreladas ao olhar fixo e constante dos pais intencionais, bem como das regras contratuais pactuadas. Como transformar todo esse processo em uma narrativa empoderada feminina? (TEMAN, 2010).

A medicalização do parto tirou o protagonismo feminino, onde mulheres, conhecidas como parteiras, ajudavam outras mulheres de sua comunidade a terem seus filhos, substituindo o processo por um estabelecimento médico patriarcal como hospitais<sup>30</sup> (GRAVES, 1966). Nas discussões de reprodução, as mulheres não se colocam no centro criativo do processo, com

<sup>29</sup> “Orna, Rivka’s surrogate, also informed me how Rivka’s hospitalization had enabled her to publicly validate her recently vicariously pregnant and now newly maternal identity. ‘She had a room in the new mother’s ward, as a birth mother herself. No one knew that she didn’t give birth. Everyone thought that she had’. When I responded that it must have been difficult to convey this impression, because Rivka’s belly was not swollen, Orna replied: ‘You think people notice? She has a baby! Did anybody see her before? No. no one noticed anything’”.

<sup>30</sup> O movimento chamado “parto humanizado”, existente no Brasil desde o final dos anos 80, incentiva a ideia de humanização do parto e do nascimento como formas de empoderamento das mulheres. Incentiva medidas como o parto vaginal, aleitamento materno no pós-parto imediato, presença de acompanhante no processo do parto e inclusão de parteiras legais no sistema de saúde. O parto e o nascimento são vistos como eventos fisiológicos naturais, sobre os quais a medicina altamente tecnologizada teria agido inadvertidamente, transformando aquilo que seria simples e em complexo e patológico (TORNQUIST, 2004, p. 10)

exceção dos partos realizados em casa. A ideia de uma mulher na força criativa do parto é vista como negativa por médicos e pela sociedade ocidental: muitas mulheres com dificuldades reprodutivas ainda creditam os médicos pelo nascimento de seus bebês. Com os partos regulares medicalizados tirando qualquer senso de conquista e importância da mulher, gestação de substituição pode, nesse complexo paradoxo, reinstalar o protagonismo feminino na criação de uma nova vida.

A prática de gestação de substituição envolve não apenas os embates entre natureza e uma maternidade construída socialmente, mas também o papel do Estado na definição de parentesco e filiação de crianças nascidas através da prática. A dicotomia entre o que é público e o que é privado afeta diretamente a vida familiar, pois a parentalidade legal da criança necessita da chancela estatal. Em casos de gestação de substituição, qual a razão para alguns países concederem a parentalidade legal para os pais intencionais e outros para a *surrogate*? Qual o limite da interferência do Estado na vida familiar privada?

### 1.3. Gênero e Dicotomia Público X Privado: O Papel do Estado na Família

A distinção entre público e privado costumava ser utilizada para referir-se a uma esfera privada da vida social na qual a interferência em relação à liberdade requer justificativa especial, e outra esfera pública onde a interferência do Estado é justificada e acessível. Okin (2008) enfatiza que, na teoria política, os termos “público” e “privado” costumam ser usados sem preocupação com a clareza e distinção necessária, tendo suas ambiguidades sido apresentadas apenas com estudos feministas. A primeira ambiguidade resulta da terminologia “público/privado”, que é utilizada tanto para referir-se à distinção entre Estado e sociedade quanto para referir-se à distinção entre vida não doméstica e doméstica:

Uma rara exceção à desatenção geral ao fato de que a dicotomia ‘público/privado’ tem mais de um sentido pode ser encontrada na discussão feita por Weinstein. Ele faz uma analogia útil entre publicidade e privacidade e as camadas de uma cebola: assim como uma cama que está do lado de fora de outra camada estará também dentro de uma outra, algo que é público em relação a uma esfera da vida pode ser privado em relação a uma outra. Se Weinstein está correto ao apontar que a distinção tem, portanto, uma multiplicidade de significados, ao invés de simplesmente um significado dual, os significados ligados às dicotomias Estado/sociedade e não doméstico/doméstico são justamente aqueles utilizados com mais frequência na teoria política, onde ambos tem papéis centrais. (...) a permanência desta [segunda] dicotomia que torna possível que os teóricos ignorem a natureza política da família, a relevância da justiça na vida pessoal e,

consequentemente, uma parte central das desigualdades de gênero. (OKIN, 2008, p. 307.)

Esta dicotomia, que Okin (2008) chama de “público/doméstico”, ainda possui outras ambiguidades internas que resultam de práticas patriarcais do passado. A divisão do trabalho entre homens e mulheres foi fundamental para esta dicotomia, com os homens se ocupando da esfera da vida econômica e política, enquanto as mulheres seriam responsáveis pelas ocupações da esfera privada de domesticidade e reprodução - vistas como inadequadas à esfera pública - dependentes dos homens e subordinadas à família. Tanto os direitos políticos quanto os direitos pertencentes à concepção moderna liberal de privacidade e do privado são defendidos como direitos dos indivíduos, estes definidos como homens adultos e chefes de família. Desta forma:

Os direitos dos indivíduos de serem livres da interferência do Estado também significavam o direito de não sofrerem interferência no controle que exerciam sobre os outros membros da esfera privada. Aqueles que, seja pela idade, sexo ou condição de servidão, eram vistos como legitimamente controlados por eles e tendo sua existência limitada à sua esfera de privacidade. Não há qualquer noção de que estes membros subordinados das famílias devessem ter seus próprios direitos à privacidade. (OKIN, 2008, p. 308).

A distinção clássica entre público e privado apresenta a sociedade a partir de uma perspectiva masculina tradicional baseada em pressupostos sobre diferentes papéis naturais de homens e mulheres. A divisão doméstica do trabalho e a prevalência da mulher à frente da criação dos filhos são socialmente construídas e, portanto, questões de relevância política. A ideia liberal da não intervenção do Estado no âmbito doméstico, ao invés de manter a neutralidade, acaba por reforçar as desigualdades existentes neste âmbito, pois enquanto “a privacidade do indivíduo pode significar o máximo de liberdade para ele, a privacidade do grupo pode implicar precisamente o oposto para o indivíduo” (OKIN, 2008, p. 320-321).

Desta forma, é possível perceber que o direito à não intervenção do Estado na esfera privada diz respeito ao que Locke (2007) nomeou de “negócios privados domésticos”. De acordo com Okin (2008), seriam questões privadas as decisões de chefes de família masculinos, que, por exemplo, definiam com quem suas filhas casariam, sem questionar o direito à privacidade destas filhas de escolherem seus próprios maridos. Assim, a privacidade ampara o chefe de família e sua relação com o Estado, e não sua relação com aqueles que lhe são subordinados. A crítica feminista contribuiu para um questionamento mais profundo – sob a ótica de gênero – acerca do “lugar da mãe” em relação ao “lugar do pai” na família e sociedade.

O surgimento do termo “parentalidade”<sup>31</sup> contribuiu para a constituição do laço parental sem distinção entre maternidade e paternidade, focalizando na relação entre indivíduos e seus filhos, independente de a família ser constituída por casais heterossexuais, homossexuais ou pessoas solteiras, em projeto parental solo. Contudo, como destaca Scavone (2001), a maioria dos estudos na área acaba por constatar um tipo de parentalidade, no qual as mulheres continuam tendo uma relação mais comprometida com os filhos do que os homens.

Os estudos sobre parentalidade demonstram um período de transição de modelos familiares, indicando transformações nas relações parentais e nas relações de gênero. Apesar disso, as mudanças que ocorrem no interior da família e sociedade não estão encarceradas exclusivamente ao âmbito doméstico. Maiores opções no que diz respeito à maternidade e paternidade, na forma legal, ainda dependem da sanção do Estado, pois a filiação segue firmemente ancorada na lei. Todavia, denota-se um tratamento diferenciado do Estado quanto à parentalidade em casos de adoção, doação de gametas e gestação de substituição. Afinal, o que define a parentalidade legal para o Estado? Esta é social, genética ou biológica?

Ettinger (2012) define parentalidade social como um conceito normativo, pois tornar-se pai ou mãe social significa se envolver com as normas sociais que constituem esta parentalidade. Não possui relação direta com genética, pois não se espera um vínculo parental entre doadores de gametas e as crianças resultantes deste material genético. De fato, o paradigma de parentalidade puramente social é a adoção. A sociedade espera de pais adotivos o mesmo comportamento que espera de pais genéticos em caso de uma gestação natural. Contudo, ressalta-se que gestação de substituição não é o mesmo que adoção. Na adoção, existente um vínculo parental prévio entre mãe genética/biológica e criança que é rompido quando esta renuncia ou perde seus direitos e deveres parentais. A gestação de substituição possui mais relação com doação de material genético do que com adoção, sendo a *surrogate* a doadora temporária de útero. Assim, em caso de doação de gametas, o vínculo genético não é levado em consideração, bem como na adoção a parentalidade genética pode ser renunciada em nome da parentalidade social. Dito isto, qual a razão da tendência de alguns Estados em definir a parentalidade legal da criança nascida por gestação de substituição à *surrogate*, definida como “mãe biológica”?

Ettinger (2012) explica que existem três elementos possíveis de serem compartilhados por pais genéticos, biológicos, adotivos e intencionais, sendo estes: intenção, ação e conexão

---

<sup>31</sup> Perante a inexistência de uma definição do conceito, alguns autores têm usado o vocábulo “parentalidade” com um sentido próximo do dado pelos franceses a *parentalité*, e pelos ingleses a *parenthood*, designando simultaneamente paternidade e maternidade.

emocional. Sejam estes pais casais heterossexuais através de uma gestação natural, uma pessoa solteira através de adoção ou um casal homossexual através de gestação de substituição – apenas para nomear algumas possibilidades –, todos possuem a mesma intenção de criar uma criança, utilizando métodos diferentes para satisfazer suas intenções. Contudo, as normas sociais da parentalidade não estão limitadas à intenção. Além desta, as ações executadas por estes possuem importância primordial na construção da parentalidade social. Mesmo com a intenção da parentalidade, se estes falharem com cuidados essenciais da criança, não terão êxito em obter ou manter o *status* parental. Por fim, a conexão emocional requer mais que o sentimento de amor e proteção:

“Acredito ser mais que uma coleção de sentimentos. É também a forma como o adulto e a criança conceitualizam seu relacionamento mutuamente. A mãe se vê como mãe da criança, o pai como pai e, se a criança tem idade suficiente, se vê como filho de seus pais. É essa totalidade de sentimentos e atitudes que, conjuntamente, formam o laço social. Contudo, não é fácil separar o conceito de conexão emocional de outros elementos da parentalidade social, pois, em grande parte, o laço social emerge destas outras ações (ETTINGER, 2012, p. 252. Tradução nossa<sup>32</sup>)

Em caso de doação de gametas, parece ser mais simples vislumbrar estes elementos em relação aos pais intencionais. Se, por exemplo, a mãe intencional não possui viabilidade de seus gametas e o casal opta por utilizar o material genético de uma doadora, não há dúvidas quanto à intenção deste casal em serem pais da criança, construindo esta mãe intencional a parentalidade social no decorrer da própria gestação. Socialmente, esta mãe não será reconhecida apenas como mãe social – como em caso de adoção – mas também como mãe biológica, por ter gestado a criança. Por esta razão, a gestação é tratada como mais um elemento do paradigma biológico. Enquanto uma doadora de óvulos não é considerada mãe genética, a *surrogate* – doadora temporária de útero – é constantemente referida como mãe biológica.

De acordo com Strathern (1992), o feto cresce como parte do corpo da mulher durante a gravidez, necessitando da substância física que a gestante – sendo mãe genética ou não – fornece. Por muito tempo, o termo “mãe biológica” foi sinônimo de compartilhamento de código genético. Com as novas tecnologias reprodutivas, surgiu a possibilidade de separar o

---

<sup>32</sup> “I take this to be more than just a collection of feelings. It is also the way that the adult and child conceptualize their relationship toward one another. The mother thinks of herself as a mother to the child, the father as a father, and if the child is old enough, she thinks of herself as the child of the parents. It is the totality of feelings and attitudes, which, together, create a social bond. It is not easy to separate this emotional/conceptual aspect from the other elements of the social parental role. This is because, in large part, the emotional bond emerges from those other actions”.

momento da fertilização da gestação em si, permitindo que a gestante não compartilhe do mesmo código genético da criança que carrega, mas compartilhe com estas substâncias biológicas<sup>33</sup> que permitem o desenvolvimento do feto. Contudo, o vínculo biológico não é o fator determinante para a relevância da gestação na parentalidade. Rothman (1996) conjectura que a principal razão está no fato de a gestação ser uma das formas de início da construção social do relacionamento entre mãe e filho. O feto “entra no mundo não apenas como uma parte do corpo da mãe, mas como uma parte da vida que aquela mãe vive, do ritmo de seu dia, do funcionamento da sua casa e do seu corpo” (ROTHMAN, 1996, p. 101).

Inegáveis os fatores biológicos e sociais englobados na gestação, mas esta não pode ser vista como a única forma de iniciar uma relação de parentalidade com a criança. Se assim fosse, a parentalidade social de pais adotivos ou de casais que se tornam pais através de gestação de substituição restariam sempre prejudicadas pela ausência da experiência corpórea da gestação. Admitindo a parentalidade como uma construção social baseada em intenção, ação e conexão emocional, questiona-se qual a razão do enquadramento da *surrogate* como mãe legal por diversos ordenamentos jurídicos. A constante vinculação entre maternidade e gestação demonstra que as mulheres são marcadas pelo corpo de maneiras socialmente diversas dos homens (BIROLI, 2013). O corpo e a identidade da mulher são ao mesmo tempo apreendidos como dados de sua condição – fisiológica e social – e como objetos forjados pelo olhar masculino:

“A mulher tem ovários, um útero: eis as condições singulares que a encerram na sua subjetividade: diz-se de bom grado que ela pensa com as glândulas. O homem esquece soberbamente que a sua anatomia também comporta hormônios e testículos. Encara o corpo como uma relação direta e normal com o mundo que acredita apreender sua objetividade, ao passo que considera o corpo da mulher sobrecarregado por tudo o que o especifica: um obstáculo, uma prisão (BEAUVOIR, 2009, p. 16.)

Este enclausuramento tornava as mulheres presas de seus próprios corpos e lares, sob a alegação de que a sua “natureza” estava sendo protegida e, com ela, mais do que a prole, mas o *status quo* (WERMUTH; GOMES; NIELSSON, 2016). Esta presunção paternalista, focada no entendimento de que as mulheres precisam ser salvas de si mesmas e de suas próprias

---

<sup>33</sup> Durante a gestação, a gestante fornece ao feto proteínas, glicose e micronutrientes como ferro e zinco. Além disso, ela reforça sua proteção com anticorpos que irão defendê-lo contra infecções, além de abastecê-lo com oxigênio. O feto recebe essas substâncias por meio do sangue que corre no cordão umbilical. Em troca, ele devolve à placenta seus resíduos – gás carbônico e uréia, produtos de um metabolismo que se acelera com o crescimento (LISBÔA, 1998).

“naturezas” (GUZMAN, 2016) pode estar relacionada igualmente com algumas regulamentações proibitivas da prática de gestação de substituição. As *surrogates* – principalmente em países mais pobres como a Índia, antes da prática ser banida para estrangeiros em 2016 – são frequentemente taxadas como incapazes de consentir livremente, com baixo grau de escolaridade e altamente exploradas. Apesar deste ser tema aprofundado de forma detalhada no terceiro capítulo, importante antecipar alguns aspectos para melhor elucidar as influências de gênero e maternidade nas escolhas normativas de um Estado, e como estes sistemas normativos refletem o que é ser mulher-gestante, mulher-mãe e homem-pai em um contexto de gestação de substituição. Assim, analisar-se-á os conceitos de poder e agência de Ortner (2006), com a contribuição dos estudos sobre opressão e identidade de Biroli (2013).

#### **1.4. Poder, Agência, Identidade E Os Atores De Gestação De Substituição**

Para tratar sobre relações de poder e diferentes atores sociais, Ortner (2006) propõe a perspectiva dos “jogos sérios”, que captaria duas dimensões importantes da vida social. Como um jogo, esta é construída e organizada culturalmente em termos de categorias que definem atores, regras e objetivos, e consiste em “teias de relações entre posições subjetivas, múltiplas e intercambiáveis: por um lado, há um espaço de agência<sup>34</sup>, isto é, os atores jogam com habilidade, talento e intenção” (LASMAR, 1997, p. 240-241). Ortner (2006) articula que a melhor maneira de abordar as questões envolvidas na definição de agência é equacionando três componentes: a agência e sua conexão com as intenções; a universalidade da agência e sua construção cultural e, por fim, a relação entre agência e poder.

Discorrendo sobre os atores sociais envolvidos em um processo de gestação de substituição, destaca-se a questão da intencionalidade porque, de algum modo, leva ao núcleo do que agência significa. Para Ortner (2006), a intencionalidade inclui diversos níveis de consciência, como metas, objetivos, desejos, vontades e necessidades. A intencionalidade “como conceito quer incluir todas as maneiras como a ação aponta, cognitiva e emocionalmente, para algum propósito” (ORTNER, 2006, p. 52). Os atos de agência requerem uma intervenção no mundo com certa reflexão, o que os diferencia das meras práticas rotineiras. Neste aspecto, a intencionalidade da agência é um forte indício do desejo de parentalidade de pais intencionais, que Teman (2010) chamou de “reinvidicação de

---

<sup>34</sup> As reflexões sobre a agência de Ortner se situam no contexto mais amplo dos “jogos sérios”, onde os atores, ativamente jogando, tentam cumprir suas metas e projetos culturalmente significativos, envolvendo tanto rotinas quanto ações intencionais (BRINHOSA, 2016).

parentesco”, enfocando na representação da criança como um membro da família antes mesmo de seu nascimento. Da mesma forma, pode-se pensar na intencionalidade da *surrogate*, que tem como meta, objetivo e desejo gestar esta criança de terceiro até o nascimento, o que não se confunde com a intenção de criar e educar esta na representação social do papel de mãe.

O segundo componente envolvido na definição de agência de Ortner (2006) diz respeito à dicotomia entre universalidade e construção social da agência. Ao mesmo tempo em que a capacidade de agência é inerente a todos os seres humanos, esta também é cultural e historicamente construída<sup>35</sup>. Em outras palavras, todo indivíduo tem capacidade de agência, o que não quer dizer que possuem os mesmos objetivos, desejos e necessidades, que são singulares de cada um e sofrem influências culturais e históricas da sociedade na qual este indivíduo vive. Desta forma, por exemplo, definir toda *surrogate* de países em desenvolvimento como exploradas significa ignorar o poder de agência destas mulheres por completo. Em seguida, destaca-se o terceiro componente da definição de agência – talvez o mais importante para o presente trabalho – que consiste na relação entre agência e poder. Ortner (2006) salienta que há teóricos da agência que não dedicam muito tempo a questões de poder, o que considera um erro, pois agência e poder estão fortemente relacionados:

Laura Ahearn, em primeiro lugar, abre seu ensaio sobre *Language and Agency* com a pergunta ‘por que agência agora?’, e a responde, em parte, relacionando-a com a emergência de movimentos sociais e políticos a partir da década de 1970. Isso equivale a dizer que, desde o início, o surgimento de uma ‘agência’ problemática teve suas raízes em questões de poder. Em parte como resultado dessa história, ‘agência veio a ser equiparada, no entender de muita gente, à ideia de ‘resistência’. Porém, Ahearn afirma, com razão, que ‘agência de oposição é apenas uma de muitas formas de agência. Mesmo assim, é claro que as questões de poder mais amplamente concebidas são centrais no pensamento de Ahearn a respeito de agência. (ORTNER, 2006, p. 55-56.)

O conceito de agência está sempre conectado à estruturas de poder, podendo significar uma capacidade de resistência e transformação – dimensão positiva do poder – e uma forma de dominação, que seria a dimensão negativa do poder. Deste modo, Ortner (2006) divide agência em dois campos de significado, um tendo relação com a intencionalidade e o desejo de perseguir projetos – mesmo que estes sejam culturalmente definidos – e o outro relacionado ao poder em um contexto de relações de desigualdade. Pode-se dizer, portanto, que o poder “é uma faca de dois gumes, operando de cima para baixo como dominação, e de baixo para cima como resistência” (ORTNER, 2006, p. 58). No contexto de gestação de substituição, os atores

<sup>35</sup> No terceiro capítulo, esta dicotomia será melhor aprofundada na temática de bioética.

sociais envolvidos possuem diferentes formas de agência – marcadas principalmente pela desigualdade de gênero, mas também por desigualdades de raça e classe – e assim são diferentemente empoderados.

Entre os papéis de mulher-gestante, mulher-mãe e homem-pai, as relações entre corpo e autonomia são diferentes para mulheres e homens. Para Biroli (2013), a sociedade – com destaque para a família e os educadores - seria responsável por produzir na mulher um caráter de passividade. A experiência da mulher envolve, nas condições sociais descritas, uma relação entre “a impotência física e a aceitação de seu lugar na sociedade” (BIROLI, 2013, p. 86). Ortner (2006) também destaca esta passividade, afirmando não implicar apenas a ideia das mulheres não perseguirem projetos, mas também evitar até mesmo o desejo de fazê-los.

A vivência específica das mulheres, em papéis convencionais de gênero, corresponde ao fortalecimento de determinadas características que não são em si negativas, mas que implicam a negação ou o enfraquecimento de características e de projetos de vida alternativos. A valorização da maternidade, por exemplo, não significa valorizar experiências individuais das mulheres, mas sim padrões que organizam as experiências de todo um grupo social marcado por desigualdades de gênero, que são consolidados em detrimento de outras possibilidades e projetos de vida (BIROLI, 2013). Assim, da mesma forma que a mãe intencional está ativamente perseguindo um projeto parental – sem aceitar passivamente as barreiras de suas dificuldades reprodutivas – ela também está inserida em uma estrutura de poder dominante, que reforça seu papel convencional de mulher-mãe. Igualmente, a *surrogate* possui o seu próprio projeto - seja ele financiar seus próprios estudos, uma casa própria ou apenas auxiliar uma pessoa com dificuldades reprodutivas – e exerce autonomia sobre seu próprio corpo, sem deixar de estar, ao mesmo tempo, também inserida em uma estrutura de poder dominante, reforçando o papel de mulher-gestante, o que dificulta diferenciar o que é resistência e o que é dominação:

(...) as mulheres estão sendo interpeladas a assumir uma identidade que é socialmente valorizada, porém restringe suas experiências, seu desenvolvimento e as chances de que ocupem posições e desenvolvam talentos de maneira mais igualitária em relação aos homens. A representação da feminilidade que está na base da identidade de muitas mulheres corresponde a desvantagens – no âmbito pessoal-afetivo e no âmbito público, profissional e político. Nesse sentido, seria possível estabelecer uma relação bastante direta entre identidades, preferências aprendidas e opressão. (...) como distinguir, então, entre as experiências e perspectivas específicas (no caso, das mulheres) e a vocalização de preferências que expressam padrões socialmente reproduzidos e desvantajosos, mas moldam comportamentos e formas eficazes de autoidentificação? (BIROLI, 2013, p. 94).

O projeto parental de mães intencionais – mesmo dentro do papel convencional de mulher-mãe – pode ser refletido também sob o ponto de vista das dificuldades reprodutivas oriundas da maternidade tardia, após esta mulher ter desenvolvido outros projetos e, possivelmente, ocupando um espaço no mercado de trabalho antes restrito aos homens, sem limitar suas experiências de vida à maternidade. Da mesma forma as *surrogates* – mesmo dentro do papel convencional de mulher-gestante – com destaque para aquelas de países em desenvolvimento, buscam uma relação mais igualitária em relação aos homens, em sociedades extremamente patriarcais com poucas oportunidades de trabalho para mulheres, desejando certa independência financeira que possibilite o desenvolvimento de outros projetos. Por fim, destaca-se também o papel de pais intencionais (projetos parentais solo ou casais homossexuais) e suas agências como resistência ao modelo tradicional de parentalidade oriunda de matrimônio heterossexual<sup>36</sup>, bem como possibilitando a paternidade genética – além da social – para uniões entre pessoas do mesmo sexo. Esta agência de projetos estão “nas margens do poder” (ORTNER, 2006, p. 65), como forma de resistência contra uma estrutura de poder dominante, advertindo que a opressão não define os indivíduos. Defini-los como resultantes exclusivamente desta significaria “tomar a dinâmica da dominação como mais abrangente, mais eficaz e onipresente do que de fato é” (BIROLI, 2013, p. 90).

Ortner (2006) defende que a agência de projetos não está apenas relacionada com dominação e resistência, mas também com pessoas que nutrem desejos de ir além de suas próprias estruturas de desigualdade. O poder raramente é um fim em si mesmo. Utilizando a perspectiva de “jogos sérios” de Ortner, os atores sociais em um processo de gestação de substituição – destacando mulher-gestante, mulher-mãe e homem-pai – jogam seus próprios jogos sérios, dentro de uma estrutura de poder nem sempre favorável a prática de gestação de substituição. Independente da interpretação que a sociedade, a política e também o direito fazem da prática, estes atores possuem agência e projetos próprios, sendo a resistência sempre uma possibilidade (ORTNER, 2006). Tanto a dominação como a resistência sempre estão a serviço de projetos, sejam estes projetos parentais ou projetos legislativos para banir ou permitir a prática .

---

<sup>36</sup> Tarnovski (2002) destaca o simbolismo dos pais gays nas “modernas concepções de família, intimidade, gênero e sexualidade, que só podem ser compreendidas na sua interconexão. A divisão entre a esfera pública e privada, como espaços masculino e feminino, do trabalho e da família, aliada à criação da sexualidade como dispositivo regulatório dos corpos, a inscrição corporal das diferenças de gênero, a instituição da heterossexualidade como padrão de normalidade e a sujeição da mulher à maternidade, tomados em conjunto, constituem algumas das fronteiras sociológicas e simbólicas que dão inteligibilidade para o surgimento (...) de uma ‘família gay/lésbica.’” (TARNOVSKI, 2002, p. 25).

É necessário refletir sobre a parentalidade social como um conceito normativo, dependendo o assentamento da filiação de uma chancela estatal, ou seja, de uma certa interferência do Estado na vida familiar privada. A parentalidade está inserida em uma estrutura dominante de poder, que tende a reproduzir papéis convencionais de gênero, que por sua vez são construídos no seio de uma sociedade desigual e refletidos pelos sistemas normativos. Compreender a desigualdade de gênero presente em uma estrutura de poder dominante é requisito para entender como nascem as regulamentações sobre gestação de substituição em diversos sistemas normativos – com destaque para Brasil e Estados Unidos – e como estas estruturas tendem a enquadrar a prática de uma forma (poder de dominação) e barrar a agência (poder de resistência) de atores sociais que buscam contornar esse enquadramento estatal, como ocorre nos casos de gestação de substituição transnacionais em que cidadãos de países com regulamentação proibitiva ou restritiva buscam países com regulamentação permissiva. Na perspectiva dos jogos sérios de Ortner (2006), estes atores jogam ativamente, tentando realizar seus projetos parentais – culturalmente significativos – exercendo um poder de resistência contra uma estrutura dominante. Desta forma, a transnacionalidade da prática não deixa de ser a forma encontrada por estes atores sociais para que seus os jogos sérios continuem ativos.

## **2. GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS: ANÁLISE DAS REGULAMENTAÇÕES E DE SUAS IMPLICAÇÕES SOCIAIS**

### **2.1. Direito e Ideologia: Contextualizando o Fenômeno Ideológico da Maternidade**

Definir a maternidade como uma construção social, desconectada da biologia e de um suposto “instinto” materno inerente à figura da mulher, significa romper com valores sociais dominantes e constantemente reproduzidos. A “ideologia<sup>37</sup> da maternidade<sup>38</sup>”, como outra qualquer, oculta relações de poder, evitando que as condições sociais e políticas nas quais mulheres se tornam mães sejam passível de questionamentos (TIBURI, 2015). Este ponto

---

<sup>37</sup> Ideologia é um termo que pode ser usado para se referir às maneiras como o significado das ideias serve, em circunstâncias particulares, para estabelecer e sustentar relações de poder que são sistematicamente assimétricas, ou seja, relações de dominação" (THOMPSON, 1995, p.16).

<sup>38</sup> O termo “ideologia da maternidade” é apresentado por Tiburi (2015). Explica ser esta uma “ideologia como outra qualquer, que oculta relações de poder. Raça, classe, sexualidade, projeto de vida, sustento, trabalho. Ela evita que as condições sociais e biopolíticas nas quais mulheres se tornam mães se tornem uma questão”. Desta forma, esta ideologia faz a maternidade parecer algo fácil, por ser “natural”. Contra este ideia está a construção social da maternidade.

introdutório pretende construir uma fundação para discussões sobre o fenômeno ideológico na política – destacando aqui a figura do Poder Legislativo – e no Direito, com o intuito de averiguar a forma pela qual os direitos reprodutivos têm sido fundamentados nos discursos jurídicos e políticos. A apreciação no primeiro capítulo da dicotomia público/privado demonstrou que a família – entidade teoricamente pertencente ao campo privado – pode ser foco de atenção do Estado, que influencia a composição familiar no que tange – não apenas, mas principalmente - à reprodução, influenciando a idade com que a mulher deve ter e parar de ter filhos, o número de filhos e, principalmente, as formas de concepção consideradas moralmente aceitáveis (GRISCI, 1995).

Em um primeiro momento, será examinado o conceito de ideologia, destacando suas características e como estas influenciam contextos sociais, políticos e principalmente o Direito, sendo este último uma projeção normativa que instrumentaliza os princípios ideológicos. Construído este alicerce, passa-se para uma análise histórica dos direitos reprodutivos no Brasil e nos Estados Unidos, remetendo ao referencial teórico de Ortner (2006) sobre agência para tratar sobre aborto, esterilizações e liberdade reprodutiva. Posteriormente, dar-se-á ênfase aos primeiros enquadramentos jurídicos da gestação de substituição nos dois países, conectando o fenômeno ideológico com a política de direitos reprodutivos nos Poderes Legislativo e Judiciário. Por fim, analisar-se-á os cenários jurídicos contemporâneos da temática de gestação de substituição no Brasil e nos Estados Unidos, destacando o fenômeno transnacional da prática e suas consequências.

Encerrada a breve contextualização do capítulo, inicia-se apresentando as origens da ideologia - termo de origem grega que consiste na junção linguística da palavra “*eidos*” (ideia) com “*logos*” (estudo, conhecimento) – vista como a Ciência das Ideias, o fundamento para todas as demais Ciências. De acordo com Wolkmer (2003), as ideologias consideradas modernas possuem como marco inicial a Revolução Francesa, quando ganharam consistência grupos políticos polarizados genericamente entre esquerda e direita. Esta divisão se dava conforme o modo de enfoque sobre a ordem social, distribuição da riqueza e o poder político, ora igualitário, ora elitista. Essa polarização demonstrará a presença do fenômeno ideológico na sociedade, na política e no Direito, que serão chamados, no presente trabalho, de as três esferas do fenômeno ideológico.

As noções naturalizadas e constantemente reproduzidas acerca da maternidade trazem à tona a concepção crítica da ideologia, definida como “um conjunto de representações (ideias e valores) e de normas ou regras (de conduta) que indicam e prescrevem aos membros da sociedade o que devem pensar e como devem pensar, o que devem valorizar e como devem

valorizar, o que devem sentir e como devem sentir, o que devem fazer e como devem fazer” (WOLKMER, 2003, p. 103). Enquanto a concepção neutra trata a ideologia como um mero conjunto de ideias sobre determinado assunto, a concepção crítica trata a ideologia como o uso de ferramentas simbólicas voltadas à criação ou manutenção de relações de dominação. Para Marx (2007), para que algo seja concebido como ideológico, deve necessariamente haver ilusão, mascaramento da realidade e falsa consciência. Assim, para a concepção crítica, não é possível dizer que cada diferente posicionamento social ou político é ideológico, pois só existe a ideologia da dominação. A ideologia não seria um mero conjunto de ideias, mas sempre algo voltado para a criação ou manutenção de relações de dominação por meio de instrumentos simbólicos.

Carlos (2007) alerta para as ideologias que constituem a feminilidade, que são posicionais – qualificando a posição da mulher dentro do mundo a que pertence – e existenciais – efetuadas pelas distinções entre “eu/outro” e “masculino/feminino”. Esta ideologia posicional, principalmente, definiu o lugar da mulher na sociedade, como mãe e dona de casa. Essa posição de sujeição, quando prolongada em um sociedade, mantém o monopólio do poder dominante de Ortner (2006) em mãos masculinas, visando sempre o aumento deste poder e a conservação da relação entre aqueles que exercem o poder e aqueles subordinados à ele. A polarização do fenômeno ideológico faz com que a ideologia surja sempre em condições de crise, durante períodos de profunda tensão social, momento em que esta tem espaço para se desenvolver e se integrar (WOLKMER, 2003). Exemplificamente, pode-se citar – o que posteriormente será aprofundado neste capítulo – a ideologia do período ditatorial brasileiro, na qual mulheres negras sofreram esterilizações forçadas como forma de controle populacional (OLIVEIRA, 2009). A sociedade se conecta à ideologia pelos transmissores de massa, como partidos políticos, organizações estratégicas e meios de comunicação, que no período se valiam de ideais eugênicos e nacionalistas como argumento persuasivo para justificar a prática de controle de natalidade exclusivamente focada na população negra de baixa renda.

Este exercício de implementação ideológica consiste em uma forma de dominação, de exercício de poder. Contudo, sua principal característica é que este exercício se faz de forma velada, oculta, por meio de subterfúgios. Somente por meio da naturalização isto é possível, pois não se questiona a produção de seu efeito de verdade, porquanto a ideologia é tida como algo pré dado e imutável (CARLOS, 2007). Essa característica é perceptível nos debates sobre gestação de substituição, nos quais existentes diversos argumentos para um posicionamento ideológico de tratamento do tema, como vinculação da maternidade à gestação e parto, caracterização da prática como “venda de bebês” moralmente inaceitável e, principalmente, a

estereotipação da *surrogate* como mulher de baixa renda e sem instrução, incapaz de consentir e coagida a este papel por fins meramente pecuniários.

O fenômeno ideológico da maternidade está presente na sociedade, na política e no Direito como instrumento de reprodução de relações de gênero que tem o intuito de manter o monopólio do poder dominante em mãos masculinas. Apesar da necessária neutralidade do Direito, este não está imune as influências ideológicas, pois a estrutura jurídica, como um todo, reproduz o “jogo de forças sociais e políticas, bem como os valores morais e culturais de uma dada organização social” (WOLKMER, 2003, p. 155). Assim, o Direito não é um mero produto da vontade do legislador, mas um fenômeno social diretamente conectado ao contexto histórico em que está inserido. Se o direito reproduz os valores morais e culturais da sociedade na qual está inserido, nota-se que ele consiste em um poderoso instrumento de perpetuação de mitos relativos à maternidade, legitimando as crenças segundo as quais a reprodução não pode ser passível de racionalização, bem como a afirmação de que o amor materno é algo instintivo e biológico, não sendo possível gestar bebê de outrem sem ter por este um “amor de mãe” (CARLOS, 2007). Nesta ideologia da maternidade, a *surrogate* sofre imensamente ao entregar o “seu” (pois o gestou) bebê. Se a prática for altruísta, é considerada um sacrifício louvável de uma mulher para ajudar outra a formar uma família; enquanto que se houver compensação financeira, é considerada uma forma de mercantilização do corpo feminino e comercialização de uma vida, representada pelo bebê.

O sistema jurídico não é apenas um conjunto de normas e práticas, mas também de costumes e valores eminentemente estatais. Desta forma, leciona Wolkmer (2003) que todo sistema jurídico está vinculado a um tipo de Estado, seja este feudal, socialista ou democrático. O sistema jurídico reproduz os valores, costumes e objetivos da classe dominante, bem como se torna um instrumento de controle e manutenção desta mesma classe, como um “aparelho repressivo-ideológico que expressa a vontade do poder estatal” (WOLKMER, 2003, p. 156). A legitimidade deste sistema jurídico só é possível através da reprodução dos valores sociais dominantes, ocultando as relações de poder existentes com uma aparência de um sistema justo, neutro e racional (CARLOS, 2007).

Wolkmer (2003) ainda alerta para o fato de não apenas as sentenças do Poder Judiciário, mas também as normas legisladas pelo Poder Legislativo revelarem-se formulações ideológicas institucionalizadas, bem como ocorre nos métodos de interpretação jurídica:

Certamente, o ideológico está presente no exercício da interpretação, porquanto a operação de esclarecimento em que consiste a interpretação jurídica depende essencialmente da ideologia do intérprete e da ideologia que a lei reflete (...) de certo

que o intérprete não é um autônomo diante do fetiche da lei, para satisfazer a necessidade de segurança jurídica, mas uma instância ideológica doadora de significados heterônomos. Assim, o valor subjetivo passa a ser objetivo. O intérprete está imbuído de ideologia, pois está condicionado por uma prévia escolha. (WOLKMER, 2003, p. 173).

Desta forma, o Direito pode ser considerado um instrumento de controle social, colocando em prática relações de dominação e submissão que, no caso da gestação de substituição no contexto brasileiro, a submissão se dá por meio da ausência de possibilidade de escolha: a mulher necessita contar com o “sacrifício louvável” – já que vedada a compensação financeira - de outra mulher que com ela tenha vínculo familiar ou afetivo, neste último tendo ainda que passar pela aprovação de um comitê médico majoritariamente formado por homens<sup>39</sup>. Estes casos geram questionamentos sobre o conceito de Justiça, e como descaracterizar os argumentos de mercantilização da prática de gestação de substituição. Porém, como doutrina Wolkmer, não há Justiça neutra em relação a um conflito, apenas há Justiça comprometida com um conflito, quer seja para sua manutenção ou para sua transformação (WOLKMER, 2003, p. 179).

Com estes entendimentos introdutórios sobre fenômenos ideológicos abrangidos, passa-se a investigar, sob o recorte da maternidade enquanto construção social, os modos e as estratégias utilizados pela ideologia da maternidade para reproduzir relações de gênero em condições sócio-históricas específicas. Valendo-se do exame histórico dos direitos reprodutivos no Brasil e nos Estados Unidos, será possível observar como esta ideologia da maternidade foi imposta às mulheres ao longo do tempo, desde a sua maternidade negada no período da escravidão até os conflitos morais da gestação de substituição contemporânea.

## **2.2. Da Escravidão à Gestação De Substituição: Análise Histórica Dos Direitos Reprodutivos**

### *2.2.1. O corpo feminino na experiência americana: força laboral, esterilizações e busca por liberdade reprodutiva.*

---

<sup>39</sup> A título exemplificativo, no Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul (CREMERS), dos 21 conselheiros efetivos, apenas duas são mulheres. Fonte: <https://www.cremers.org.br/index.php?indice=114> Acesso em: 05.10.2017.

A história dos direitos reprodutivos<sup>40</sup> nos Estados Unidos apresenta considerável foco na forma como as mulheres sempre estiveram determinadas em controlar suas próprias decisões reprodutivas. Entender o contexto histórico da reprodução humana é fator chave para compreender as formas que mulheres conquistaram, aos poucos, pequenos espaços para o controle de sua própria fertilidade. Assim, para compreender porque algumas propostas legislativas apresentadas em diferentes Estados do país sobre o tema de gestação de substituição são aprovadas e em outros não, necessário realizar uma análise histórica dos direitos reprodutivos no país – da escravidão à gestação de substituição – e como as desigualdades de gênero, classe e raça do passado ainda influenciam a política dos direitos reprodutivos do presente.

Inexequível seria apresentar uma análise histórica dos direitos reprodutivos sem considerar o controle reprodutivo exercido perante as mulheres negras escravizadas, a partir do século XVII, nos Estados Unidos. A procriação negra ajudou a sustentar a escravidão, dando aos senhores proprietários destes um incentivo econômico para governar a vida reprodutiva de suas escravas. A mulher escrava era fonte inesgotável de novos escravos, pois seus filhos já nasciam propriedade do senhor<sup>41</sup>, sendo assim a reprodução da mulher escravizada vista como força laboral. Essa característica da escravidão, com o controle reprodutivo como aspecto central, marca o corpo da mulher negra como um objeto no qual as decisões reprodutivas são elementos de regulamentação social, ao invés de um direito de escolha (ROBERTS, 2016). Neste período, abortos caseiros e infanticídio tornaram-se extremamente comuns, uma forma das mulheres negras retomarem o protagonismo de suas decisões reprodutivas, sendo igualmente uma atitude desesperada em optar pelo sacrifício dos filhos ao ter de criá-los em uma sociedade escravocrata. De acordo com Davis (1983), o fato das mulheres negras não terem o direito de exercer livremente a maternidade foi um dos motivos que levou muitas mulheres brancas a participarem ativamente do movimento abolicionista, em 1830, efetuando doações e organizando bazares para arrecadação de fundos. Trabalhando no movimento abolicionista, as mulheres brancas aprenderam muito sobre a natureza da opressão masculina: lutar contra a escravidão também era uma forma de protestar contra a sua própria exclusão da vida política de uma sociedade profundamente patriarcal.

---

<sup>40</sup> O termo “direitos reprodutivos” surgiu apenas com a criação da Rede Mundial de Defesa dos Direitos Reprodutivos das Mulheres, em 1979. Com esta definição, os direitos reprodutivos iriam além da decisão sobre a fertilidade e o momento de exercê-la, envolvendo ainda o questionamento da maternidade como projeto de vida obrigatório para as mulheres (CARLOS, 2007, p. 108)

<sup>41</sup> Uma das primeiras leis estadunidenses sobre o *status* das crianças nascidas de escravas e filhos biológicos de senhores brancos foi um Estatuto de 1662, do Estado americano de Virgínia, que determinava a condição de escravos para essas crianças (ROBERTS, 2016, p. 24.).

O movimento abolicionista ofereceu às mulheres brancas de classe média a oportunidade de provarem seus valores fora do papel de dona de casa, esposa e mãe. Com o crescimento do movimento, as mulheres abolicionistas, brancas e negras, acumularam vasta experiência política, sem a qual não poderiam efetivamente organizar campanhas pelos direitos reprodutivos uma década depois. Desenvolveram habilidades em arrecadação de fundos, distribuição de tarefas, organização de reuniões e, principalmente, elaboração de petições, que seria a tática central das campanhas feministas futuras. Enquanto peticionavam contra a escravidão, aprendiam sobre seu próprio poder de engajamento político:

“Para a dona de casa tradicional, mãe ou filha, ultrapassar os limites do decoro, desconsiderar os olhares de reprovação...pegar sua primeira petição e caminhar em ruas desconhecidas, batendo de porta em porta e pedindo assinaturas para um pleito impopular. Não apenas iam desacompanhadas de um marido ou irmão, mas também geralmente encontravam hostilidade, devido a visão de um comportamento impróprio para mulheres” (FLEXNER, 1973, p. 51. Tradução nossa<sup>42</sup>)

As lições do movimento abolicionista foram importantes para as mulheres, no final do século XIX e início do século XX, iniciarem demanda por maternidade voluntária e não impositiva, dando início a campanha por direitos reprodutivos. Controle reprodutivo, visto como uma escolha individual, com métodos seguros e eficazes, era requisito fundamental para a emancipação feminina. Davis (1983) diz não ter sido mera coincidência que a consciência coletiva feminina sobre seus direitos reprodutivos tenha nascido após as primeiras organizações políticas por igualdade, fruto do movimento abolicionista e da união entre mulheres brancas e negras. Gestações seguidas e um alto número de filhos não permitiriam o exercício de direitos políticos, nem mesmo o novo sonho de carreira profissional e outros caminhos de autodesenvolvimento fora da vida de esposa e mãe. Estes direitos só seriam alcançados com planejamento familiar e maternidade voluntária, uma visão progressiva do papel da mulher na sociedade (DAVIS, 1983).

Ao mesmo tempo, contudo, essa era uma visão típica do estilo de vida de mulheres brancas de classe média. As aspirações de trabalho, carreira e vida política não refletiam a realidade das mulheres de baixa renda, vivendo uma luta diária pela sobrevivência econômica. Com essa ênfase inicial do movimento por direitos reprodutivos sendo basicamente exclusiva de uma classe privilegiada, mulheres de baixa renda não conseguiam se identificar com o movimento. A mesma divisão se deu quando o foco maior do movimento se tornou o direito ao

<sup>42</sup> “For the average housewife, mother or daughter, to overstep the limits of decorum, disregard the frowns...take her first petition and walk down an unfamiliar street, knocking on doors and asking for signatures to an unpopular plea. Not only she be going out unattended by husband or brother; but she usually encountered hostility, if not outright abuse for her unwomanly behavior”.

aborto legal e seguro, no final do século XIX. As mulheres negras, já familiarizadas com a prática desde a época da escravidão, conheciam muito mais a obscuridade dos abortos clandestinos que as mulheres brancas de classe média. Neste período, no Estado americano de Nova York, estimava-se que 80% das mortes causadas por abortos clandestinos envolveram minorias como mulheres negras e latinas (DAVIS, 1983, p. 204). Estas poderiam ser a favor do direito ao aborto, mas tinham a consciência de que, quando o realizavam, não costumava ser pelo desejo de focar na carreira e em exercer seu planejamento familiar, mas sim devido às condições sociais miseráveis que não as permitiam trazer outra vida ao mundo.

No início do século XX, a taxa de natalidade nos Estados Unidos começou a decair. O que inicialmente parecia uma mudança natural da urbanização típica da época, ganhou contornos racistas e classistas com a ascensão do capitalismo. Já que americanas brancas estavam tendo menos filhos, o espectro de “suicídio racial” foi levantado em círculos oficiais, principalmente com o crescimento do movimento eugênico<sup>43</sup>, que pregava a ideia de encorajar a procriação de apenas raças consideradas superiores (ROBERTS, 2016). Em 1905, o Presidente dos Estados Unidos Theodore Roosevelt concluiu seu discurso no jantar tradicional de *Lincoln Day* com a proclamação de que “a pureza racial deve ser mantida” (DAVIS, 1983, p. 209). O movimento por direitos reprodutivos recebeu essa declaração de duas formas, como ensina Gordon (1976):

“Isso aconteceu de duas formas. Primeiro, feministas exaltavam o uso de anticoncepcionais como um caminho para o ensino superior e carreira profissional – metas inalcançáveis para mulheres de baixa renda, com ou sem anticoncepcionais. No contexto do movimento feminista, todo o episódio de ‘suicídio racial’ foi um argumento adicional para identificar quase que exclusivamente o feminismo com aspirações singulares das mulheres de classe social privilegiada. Segundo, as feministas que defendiam o uso de anticoncepcionais começaram a popularizar a ideia de que mulheres pobres tinham obrigação moral de restringir o tamanho de suas famílias, pois famílias grandes drenam os impostos dos mais ricos, já que crianças pobres tinham menos propensão a se tornarem adultos superiores” (GORDON, 1976, p. 58. Tradução nossa<sup>44</sup>)

<sup>43</sup> O termo “eugênico” vem do grego e significa “bom por nascimento”, para explicar a ciência de aperfeiçoamento da raça humana, possibilitando melhores chances de raças consideradas superiores prevalecerem em relação a raças consideradas inferiores (ROBERTS, 2016, p. 59). O movimento eugênico buscava se apoiar em estudos estatísticos dos fenômenos hereditários e sustentava que o tamanho do corpo, cor dos olhos, força dos músculos, inteligência e até moralidade eram herdados (MARQUES, 1994, p. 40).

<sup>44</sup> “This happened in two ways. First, the feminists were increasingly emphasizing birth control as a route to higher education and careers – goals out of reach of the poor with or without birth control. In the context of the whole feminist movement, the race-suicide episode was an additional factor identifying feminism almost exclusively with the aspirations of the more privileged women of the society. Second, the pro-birth control feminists began to popularize the idea that poor people had a moral obligation to restrict the size of their families, because large families create a drain on the taxes and charity expenditures of the wealthy and because poor children were less likely to be ‘superior’ adults”.

Neste quadro, ainda na primeira metade do século XX, iniciaram-se campanhas de esterilização compulsória em território americano, focadas em mulheres negras de baixa renda. Na segunda metade do século XX, estimava-se que 65% das mulheres esterilizadas no Estado da Carolina do Norte eram negras. Em 1972, estimou-se que aproximadamente 200 mil esterilizações foram financiadas pelo governo federal americano (DAVIS, 1983, p. 217-218). O ápice da prática se deu em 1973, mesmo ano da legalização do aborto pela Suprema Corte Americana no caso *Roe vs. Wade*<sup>45</sup>, com a esterilização forçada de duas jovens irmãs, de 12 e 14 anos de idade, que ficou conhecido como *Relf sister's case*. A mãe das jovens, analfabeta, assinou o termo de consentimento de ambas esterilizações sem saber, achando que estava assinando consentimento para uso de contraceptivos. (DAVIS, 1983).

Uma nova fase do movimento por direitos reprodutivos surge na década de 90, com anticoncepcionais de longa duração, como dispositivos intrauterinos (DIU) e implantes subcutâneos. De acordo com Roberts (2016), as mulheres brancas de classe privilegiada sofriam com a falta de informação sobre os métodos sugeridos em consultórios ginecológicos por seus médicos, onde estes frequentemente não informavam suas pacientes sobre possíveis efeitos colaterais e desvantagens de uso. Por outro lado, mulheres negras de baixa renda se viam novamente no campo da imposição: se possuíam ajuda governamental para sobreviver, não tinham outra escolha a não ser aceitar o método contraceptivo de longa duração imposto. Foi exatamente o que aconteceu com o fenômeno do implante subcutâneo *Norplant* que, na década de 90, já possuía impressionantes 3 milhões de usuárias no mundo.

A história do *Norplant* nos Estados Unidos mostra o *marketing* feito pelo governo americano para difundir esse método entre as mulheres de baixa renda. No final dos anos 90, o implante custava 365 dólares, enquanto sua colocação custava entre 150 e 500 dólares, mesmo valor posteriormente para sua retirada. O governo liberou gratuitamente para todas as mulheres que utilizavam o *Medicaid*<sup>46</sup> - programa de saúde social para indivíduos de baixa renda - no

---

<sup>45</sup> *Roe vs. Wade* (1973) foi a decisão da Suprema Corte que reconheceu o direito ao aborto ou interrupção voluntária da gravidez nos Estados Unidos. Segundo esta decisão, a maioria das leis contra o aborto nos Estados Unidos violavam o "direito constitucional à privacidade, garantido sob a cláusula do devido processo legal da 14ª emenda da Constituição. A decisão obrigou a modificar-se todas as leis federais e estaduais que negavam ou restringiam o aborto. Esta decisão foi interpretada como a 1ª despenalização do aborto para os 50 Estados da União. Caso a decisão seja eventualmente revogada, a escolha sobre permitir ou negar o aborto ficaria por conta de cada Estado (TRIMMINGS; BEAUMONT, 2013. Tradução nossa).

<sup>46</sup> Para receber o Medicaid é necessário que a pessoa seja um cidadão americano ou um cidadão com visto permanente de residência, o que inclui adultos de baixa renda, seus filhos e pessoas com alguma deficiência. Medicaid foi criado pelo governo federal, mas é administrado de forma independente em cada Estado. Fonte: <https://www.medicaid.gov/> Acesso em: 02.10.2017.

início da década de 90. Até 1994, os Estados americanos haviam gasto 34 milhões de dólares nestes implantes. 95% das usuárias usavam o benefício *Medicaid*, ou seja, eram mulheres de baixa renda. Em termos de políticas públicas de controle populacional, é mais barato evitar o nascimento de crianças pobres que gastar dinheiro com as mesmas posteriormente (ROBERTS, 2016). Os ideais eugênicos seguiam conectados aos direitos reprodutivos das mulheres, evitando o progresso de medidas socialmente efetivas e justas.

Essa imersão na história da luta por direitos reprodutivos nos Estados Unidos evidencia que, para a ideologia da maternidade, um corpo de mulher tem o dever de gerar filhos e, para que isso aconteça, a mulher-mãe é construída sob vários modos de operação ideológicos. Porém, se esta mulher for pobre e negra<sup>47</sup>, sua maternidade é negada e seu corpo é violado pelo poder estatal, em nome da ideologia eugênica. Enquanto a mulher pobre lutar para ter agência sobre seu próprio corpo, a mulher de classe média e alta tem seu papel de mãe na sociedade como o único possível.

Este passado eugênico e elitista explica a dificuldade de implementação de políticas de direitos reprodutivos ainda nos dias de hoje, especialmente em matéria de gestação de substituição, que envolve temas polêmicos como liberdade reprodutiva, direito à privacidade e mercantilização da reprodução humana. De um lado, feministas contrárias a prática argumentam que esta mercantiliza e viola o corpo da mulher da mesma forma que no período da escravidão, em benefício de um casal – geralmente branco e de classe média alta – repetindo o modelo da fecundidade da mulher escrava como instrumento de força laboral do passado. Por outro lado, as defensoras da prática fundamentam seu posicionamento com base nos direitos fundamentais de liberdade – no caso liberdade reprodutiva – e privacidade, para governarem suas vidas reprodutivas e tomarem decisões sem a intervenção do Estado. Contudo, no caso de gestação de substituição, não se trata apenas de opiniões divergentes sobre o que significa liberdade reprodutiva, mas também é tema que desafia formações tradicionais de família e maternidade, necessitando assim um contexto social favorável à promulgação de uma lei sobre a prática.

### *2.2.2. O corpo feminino na experiência brasileira: ditadura militar, aborto e planejamento familiar.*

Tal como na experiência americana, as dominações raciais e de gênero no Brasil colonial estão conectadas em seus potenciais de exclusão, revelando a ideologia que justificou,

<sup>47</sup> “*Poor, black women*” é termo constantemente empregado por Davis (1983).

durante a colonização, a violação sexual das mulheres africanas e indígenas – no chamado estupro colonial – e confinou as mulheres brancas, de origem europeia, ao espaço doméstico, submissas à rígida moral católica. Como leciona Oliveira (2009), a questão racial produziu identidades sociais historicamente novas – como índios, negros e mestiços – associando tais identidades em forma de hierarquia, em relação de dominação branca e subordinação negra, indígena e mestiça. Desta forma, nascia uma nova sociedade que utilizava a raça como critério de distribuição social em estruturas de poder, requisito básico para a exploração dos colonizadores sobre os colonizados.

Assim como as escravas americanas, as escravas no Brasil, de uma forma diferente, também tiveram sua maternidade negada. O tráfico internacional e o comércio escravagista romperam diversas relações de parentesco e conjugalidade existentes entre africanos, separando mães de seus filhos e inviabilizando novas uniões conjugais. Após a abolição da escravatura e até a metade do século XX, surgiram os ideais eugênicos, que buscavam alternativas para o desenvolvimento da população branca brasileira, sendo as mulheres brancas as principais responsáveis por este trabalho de reprodução social, contando com o apoio da mão de obra africana – quase em sua totalidade feminina – em regime de servidão. Este período, à luz dos direitos reprodutivos, foi marcado pela violência, destacando o assédio sexual recorrente contra as trabalhadoras domésticas, enquanto as jovens brancas viviam sob regras repressoras de valorização extrema da virgindade (OLIVEIRA, 2009).

Na segunda metade do século XX, o processo de industrialização ganhou celeridade, proporcionando uma pequena abertura do mercado de trabalho para a participação das mulheres – geralmente brancas – restando às mulheres negras preencherem a lacuna deixada por estas mulheres brancas no âmbito do trabalho doméstico, como cuidados com a casa e filhos (OLIVEIRA, 2009). Os anos 50 e 60 são marcados globalmente por mobilizações sociais por direitos civis – como direito a igualdade e liberdade de expressão - juntamente com o advento da pílula anticoncepcional, cenário propício para as mulheres brasileiras controlarem sua fecundidade e exercerem sua sexualidade. Contudo, em 1964, sobrevém o golpe militar, fortemente apoiado pelas forças mais conservadoras da Igreja Católica, obstruindo a possibilidade de emancipação das mulheres. Este é um período de extremo autoritarismo da ditadura militar:

As possibilidades de maior liberdade no exercício da sexualidade, abertas pelos contraceptivos, sobrevém o autoritarismo das políticas de controle da natalidade. O único respiro nos anos de chumbo da ditadura veio já no final, com a aprovação, em 1977, da Lei do Divórcio, sancionada contra a vontade da Igreja Católica. (...) neste período, várias agências de desenvolvimento internacionais começaram a investir

recursos no Brasil para as políticas de controle demográfico, que não tardaram a identificar as mulheres como as responsáveis por limitar o tamanho de suas famílias, chegando a propor que se poderia reduzir a pobreza simplesmente reduzindo a fertilidade, mediante a esterilização massiva e a difusão das tecnologias reprodutivas. (OLIVEIRA, 2009, p. 25-26).

A implementação de uma política de controle da natalidade era incompatível tanto com a doutrina da Igreja Católica, detentora de uma grande força no país, com o discurso oficial do crescimento da população como favorável ao crescimento econômico do país. Desta forma, a solução encontrada para a implementação destas políticas foi dando permissão para organizações privadas estrangeiras implementarem, em território brasileiro, programas de controle populacional. As mulheres de baixa renda – na maioria negras – foram o principal alvo destes programas. Neste contexto, o surgimento do movimento feminista no Brasil está conectado com a resistência ao regime militar e seu autoritarismo, com a inserção de mulheres, inclusive, na luta armada, gerando questionamentos acerca da condição social feminina. Este movimento feminista brasileiro era, sobretudo, formado por mulheres de classe média, maioria intelectual, que enfrentavam a desaprovação dos homens que também lutavam contra a ditadura, por supostamente desfocarem a mobilização política contra a ditadura para a condição social feminina (CARLOS, 2007).

Em decorrência da ditadura militar, a luta por direitos reprodutivos, na forma e período analisado nos Estados Unidos, apenas teve espaço mais tarde no Brasil, concentrando inicialmente todos os esforços na restauração da democracia, restando aos direitos reprodutivos ficarem em segundo plano. O processo de redemocratização nacional nos anos 80, marcado pelo fim da ditadura militar e a realização da Assembleia Nacional Constituinte, contou com a expressão e relevância das demandas de movimentos feministas, que já possuíam bastante consistência argumentativa e vasta agenda política para explicitar propostas. A agenda política feminista começou a tomar forma com a promulgação da Lei da Anistia, em 1979, inaugurando o debate de temas como aborto, contracepção e liberdade reprodutiva. É um período de ascensão de diversos grupos feministas, que lutavam pela implantação do Programa de Assistência à Saúde Integral da Mulher (PAISM), programa formulado pelo Ministério da Saúde que pretendia incorporar as reivindicações feministas sobre assistência à saúde reprodutiva e sexual (CAMPOS, 2009). Foi neste período que o termo “direitos reprodutivos” – inicialmente apresentado por feministas americanas – começou a ser utilizado no Brasil, através de um consenso que era o termo mais adequado para a ampla pauta de liberdade reprodutiva que era buscada, com destaque para contracepção, esterilização, aborto e assistência à saúde (CARLOS, 2007).

Quanto à Assembleia Nacional Constituinte, apesar de não contar com uma bancada feminista propriamente dita, as propostas apresentadas pelas mulheres eram coerentes com um contexto pós ditadura, de estratégias emancipatórias e liberdade. Assim, com grande mobilização feminista e o apoio do recém criado Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, as mulheres foram vitoriosas junto aos Constituintes, estratégia que ficou conhecida como “*lobby do batom*”. A bancada religiosa e conservadora presente na Constituinte, que demonstrava clara oposição aos direitos reprodutivos das mulheres, tentou incluir no texto constitucional dispositivo que inviabilizaria a realização do aborto em qualquer circunstância, mesmo em casos de estupro e risco de vida da gestante, que já eram previstas pelo Código Penal de 1940, mas foram derrotados (OLIVEIRA, 2009). A nova Constituição Brasileira de 1988 é promulgada com cerca de 80% das reivindicações apresentadas pela mobilização feminista contempladas na Carta Magna, demonstrando a força e capacidade de articulação dos movimentos sociais das mulheres no país (CAMPOS, 2009).

A Constituição de 1988 foi fruto de intenso debate social que contou com a participação ativa de movimentos feministas, sendo um marco político-normativo no campo dos direitos fundamentais, com inegável importância para os direitos reprodutivos, como leciona Campos (2009):

O texto constitucional assim institui um novo marco normativo no campo dos direitos fundamentais e sociais. A referência explícita à dignidade, à liberdade e à autonomia (reprodutiva), à saúde, ao acesso aos métodos contraceptivos e tecnologias reprodutivas disponíveis, ao direito à informação, dentre outros, definem os novos parâmetros jurídicos para a saúde das mulheres. Esses novos direitos expressos nos princípios e garantias fundamentais passam a reger todos os poderes, e servem de guia para a elaboração das políticas públicas governamentais e para o processo de criação de leis. (CAMPOS, 2009, p. 53).

O texto constitucional possui princípios e direitos que se relacionam diretamente com os direitos sexuais e reprodutivos, iniciando-se pelo direito à dignidade da pessoa humana, que assegura uma esfera de autonomia e integridade moral que deve ser respeitada por todos. O Art. 5º declara que todos são iguais perante a lei, garantindo a inviolabilidade de, entre outros, direito à vida e à liberdade. O direito à vida inclui direito à integridade física e mental, com acesso à saúde e a procedimentos médicos para impedir danos à integridade física e mental das mulheres. Neste sentido, Campos (2009) defende que a negação ao aborto seguro poderia ser considerada uma violação ao direito à vida das mulheres. Do direito à liberdade emana o direito das mulheres ao planejamento familiar, pressupondo exercício livre e capacidade de escolha, combinado com o direito à informação para efetivamente exercer a liberdade de escolha.

O direito à segurança é visto como um conceito amplo, que inclui o direito ao acesso de medicamentos e procedimentos médicos quando a vida da mulher está em risco. Por sua vez, o Artigo 6º elenca direitos sociais como, entre outros, direito à saúde e proteção à maternidade e à infância. O direito à saúde engloba também o bem estar físico, mental e social, não se limitando a ausência de doenças. Nesse sentido, o Sistema Único de Saúde (SUS) representou uma grande conquista dos movimentos feministas durante os debates constituintes, que lutaram pelo acesso universal e integral à saúde por todas as mulheres. Seguinte, o direito de proteção à maternidade engloba a função social do Estado nas áreas de saúde (Artigo 196, CF), previdência e assistência social, assegurando atendimento do pré-natal ao pós-parto, também presente no Artigo 201, III, CF. Este direito ainda é combinado com o Artigo 208, CF, que prevê o direito à creche e pré-escola, direito social com implicações no campo de direitos reprodutivos (CAMPOS, 2009).

Por fim, o direito ao planejamento familiar, presente no Artigo 226, parágrafo 7º<sup>48</sup>, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e na maternidade e paternidade responsável, sendo livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito e sendo vedada qualquer forma de coerção. É por meio da regulamentação constitucional do planejamento familiar que foi concedida, aos indivíduos, a titularidade dos direitos sexuais e reprodutivos. Seguindo os avanços da Constituição de 1988, na década de 90, as demandas dos movimentos das mulheres no plano nacional somaram-se as articulações do feminismo em campo internacional<sup>49</sup>. Em 1991, na cidade de São Paulo, foi implementado o primeiro serviço público municipal de atendimento aos casos de aborto legal, iniciando forte campanha no Legislativo, Executivo e Judiciário para garantir a oferta deste serviço em todo o país. Ao mesmo tempo, o movimento de mulheres negras levantou o debate dos direitos reprodutivos sob a perspectiva racial, com a “Campanha Nacional contra a Esterilização em Massa”, que denunciava a esterilização forçada de mulheres negras como política de controle de natalidade e genocídio racial. A resposta a estas demandas veio em 1993, com a instalação, pelo Congresso Nacional, de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), com o intuito de investigar a esterilização massiva de

---

<sup>48</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 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 (BRASIL, 1988)

<sup>49</sup> O cenário internacional será matéria do terceiro capítulo.

mulheres. No ano seguinte, foi aprovada a Lei do Planejamento Familiar, com vetos (OLIVEIRA, 2009).

O planejamento familiar foi regulado infraconstitucionalmente através da Lei n. 9.263 de 1996 que, em seu Artigo 2º, coloca o planejamento familiar como direito dos indivíduos, seja homem e mulher, e não apenas do casal, compreendendo assim que não se refere apenas ao momento de ter filhos, mas também à possibilidade de não os ter. Além disso, em seu parágrafo único, proíbe que as ações relativas ao planejamento familiar sejam utilizadas como controle demográfico. A esterilização, na forma voluntária, foi tratada no Artigo 10, determinando que homens e mulheres, com capacidade civil plena e maiores de 25 anos de idade, ou com pelo menos dois filhos vivos, têm direito a esterilização voluntária, se respeitado o período de 60 dias entre a manifestação de vontade e o ato cirúrgico, período em que a pessoa terá acesso a serviço de regulação de fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, a fim de evitar uma esterilização precoce. Uma das críticas à lei está no Artigo 10, parágrafo 5º, que exige o consentimento expresso do cônjuge em caso casamento ou união estável, o que pode ser considerada uma limitação aos direitos reprodutivos do indivíduo (BRASIL, 1996). Em 1997, os grupos parlamentares conservadores na Câmara dos Deputados – após apresentar uma proposta de emenda constitucional para criminalizar o aborto em qualquer circunstância em 1995 – sofreram nova derrota em 1997, com a derrubada dos 14 vetos presidenciais à Lei do Planejamento Familiar. Ainda, em 1998, foram implementados 17 serviços de aborto legal em oito cidades brasileiras, nove anos após a instalação do primeiro serviço na cidade de São Paulo (OLIVEIRA, 2009).

Parte substancial da legislação brasileira está de acordo com os princípios dos direitos reprodutivos, podendo citar o direito à licença-maternidade de 120 dias<sup>50</sup> – previsto na CLT<sup>51</sup> e modificado pela Lei 8.861/1994 – o direito a acompanhante junto à parturiente durante o período de trabalho de parto, parto e pós-parto (Lei 11.108/2005) e, principalmente, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Contudo, dentre os direitos reprodutivos, o direito ao aborto é um dos temas mais polêmicos e controversos na sociedade brasileira, uma diferença história

---

<sup>50</sup> A Lei 11.770, de 09 de setembro de 2008 permite às trabalhadoras de empresa privadas ampliar a licença para seis meses, desde que a empresa tenha aderido ao Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991 (CAMPOS, 2009, p. 63)

<sup>51</sup> A CLT, em seus Arts. 389, 396 e 400 também estabelecem a obrigatoriedade das empresas de manterem local apropriado para as mães amamentarem os filhos, até seis meses de idade. A lei prevê a extensão do prazo quando a saúde do filho exigir.

significativa se comparada à sociedade americana anteriormente analisada. Considerada pela normatividade internacional como questão de saúde pública, é ainda tratado como questão criminal pelo Direito Brasileiro (CARLOS, 2007). Campos (2009) salienta a ascensão de lideranças políticas religiosas, conservadoras e fundamentalistas – bastante conhecedoras e promotoras da forma patrimonialista de operação do Estado - a partir dos anos 2000, obtendo vantagens na distribuição de cargos políticos e recursos públicos para favorecer interesses particulares e crescer em termos de poder político, em troca oferecendo apoio e fidelidade as propostas que o governo encaminhasse ao Congresso Nacional.

Neste contexto se multiplicaram os projetos de lei para criminalizar, restringir e controlar a sexualidade feminina e a reprodução humana, como o projeto de lei que cria o Estatuto do Nascituro<sup>52</sup> (PL 478/2007), que prevê proteção jurídica à criança ainda não nascida e garante assistência pré-natal e acompanhamento psicológico a mulheres vítimas de estupro. Considerado um meio de estimular as vítimas de violência sexual a não realizarem o aborto legal – sem retirar do Código Penal o artigo que autoriza o aborto em caso de estupro – o texto foi apelidado por movimentos feministas como “Bolsa Estupro”, em decorrência de estabelecer benefício mensal no valor de um salário mínimo e bolsa-auxílio pelo período de três meses para mulheres que engravidarem em decorrência de estupro e optarem por não realizar o aborto. O projeto tinha como relator o então líder do partido PMDB na Câmara, o Deputado Federal Eduardo Cunha<sup>53</sup>, integrante da chamada “bancada evangélica”. Campos (2009) disserta sobre o sucesso eleitoral de grupos conservadores:

A combinação conservadora, quase teocrática, entre fidelidade religiosa e política, resultou em sucesso eleitoral. A estratégia de campanha da direita, tão atraente, paulatinamente foi sendo adotada inclusive por candidaturas do chamado campo democrático popular, de maneira que empunhar e sustentar a bandeira dos direitos sexuais e reprodutivos, para alguns políticos, passou a ser um grande problema, ao invés de um compromisso político (...) o ano de 2007 marca também o início de uma nova legislatura no Congresso Nacional, com a entrada de novos parlamentares em cena. Essa legislação é marcada pelo forte conservadorismo em relação à atuação dos movimentos sociais e temas relacionados aos direitos sexuais e reprodutivos sofrem constantes ameaças de retrocessos e dificuldades de avanços. (CAMPOS, 2009, p. 35; 107).

<sup>52</sup> Atualmente, o PL 478/2007 encontra-se pronto para pauta na Comissão de Constituição e Justiça (CCJC) e aguardando parecer do Relator na Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher (CMULHER), em concordância com a última atualização de tramitação, datada de 27 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103> Acesso em: 15.10.2017.

<sup>53</sup> Eduardo Cunha está sendo investigado pela Operação Lava Jato por corrupção passiva e lavagem de dinheiro, sendo afastado pelo Supremo Tribunal Federal, em maio de 2016, de seu mandato. Está preso desde 19 de outubro de 2016, tendo sido condenado em março de 2017 a 15 anos e quatro meses de prisão pelos crimes de corrupção passiva, lavagem de dinheiro e evasão de divisas.

Este cenário brasileiro conservador servirá de base para a posterior análise do tratamento legal da reprodução assistida e da gestação de substituição no país. A análise e comparação das histórias dos direitos reprodutivos no Brasil e nos Estados Unidos fornece melhor compreensão das razões que levam os dois países a tratarem o tema de gestação de substituição de formas tão diferentes. Na análise histórica brasileira, é possível observar uma união de movimentos feministas por direitos reprodutivos, principalmente após o período de ditadura, nos anos 80. A união feminista permitiu diversas conquistas na Constituição brasileira de 1988, bem como em nível infraconstitucional na década de 90, com destaque para as denúncias de feministas negras a prática de esterilização compulsória e a luta para manutenção do direito ao aborto legal, constantemente ameaçado por ala conservadora do Congresso. Contudo, a partir dos anos 2000, com o domínio político da bancada evangélica, é possível notar tentativas de afastar direitos já conquistados pelas mulheres, bem como poucos avanços significativos na área de direitos reprodutivos. Analisar-se-á posteriormente os projetos de lei sobre gestação de substituição, a partir dos anos 2000, e do papel do Conselho Federal de Medicina na regulamentação da reprodução humana assistida desde os anos 1990, em decorrência da inércia do Poder Legislativo.

Por outro lado, a história americana apresenta maiores divergências entre movimentos feministas na luta por direitos reprodutivos, principalmente entre feministas negras e brancas, sendo as mulheres negras vítimas de esterilização compulsória e, posteriormente, método contraceptivo de longa duração obrigatório como forma de controle populacional. As mulheres brancas, de forma geral, não lutaram pelas opressões sofridas exclusivamente pelas mulheres negras, mas sim aproveitaram o movimento eugênico para defender o controle de natalidade, concordando que famílias pobres – sendo maioria negra – tinham obrigação de reduzir o tamanho de sua prole. Essa divisão de movimentos feministas persiste no país nos dias de hoje, com muitas feministas considerando a reprodução assistida como uma técnica elitista e eugênica, juntamente com a gestação de substituição, que pode ser forma de exploração de mulheres em situação de vulnerabilidade econômica e social. Contudo, analisar-se-á em seguida que essa divisão teve influência nos anos 90, nos primeiros projetos de lei de gestação de substituição, mas que parece não ter tido grande participação no “boom legislativo” dos anos 2000.

### **2.3. O Tratamento Jurídico da Gestação de Substituição: Aspectos Iniciais**

### 2.3.1. *Common law e o sistema jurídico americano: os primeiros projetos de lei sobre gestão de substituição em Nova York e Califórnia*

Para averiguar os primeiros projetos de lei sobre a prática de gestão de substituição, necessário, primeiramente, expor certos esclarecimentos sobre o sistema jurídico americano e as implicações da adoção do *common law* inglês, direito que se revela pelos costumes e pela jurisdição, considerado um direito misto – costumeiro e jurisprudencial – coordenado pelos precedentes. A recepção dos sistemas jurídicos por países colonizados tem origens históricas. Após a Revolução Americana de 1776, o novo Estado Americano adotou o *common law* inglês, através da promulgação pelas antigas colônias de estatutos receptivos. O desenvolvimento do *common law* americano destacou a influência das decisões judiciais e dos precedentes, contando com a existência – ainda que em menor destaque – de alguma forma de codificação, como legislações e estatutos, possuindo também uma Constituição escrita de significativa importância (informação verbal).<sup>54</sup>

Criada em 17 de setembro de 1787 e ratificada em 21 de junho de 1788, a Constituição dos Estados Unidos estabelece e organiza o governo e as instituições governamentais, determinando em termos gerais os direitos e liberdades dos cidadãos. A divisão de poderes entre governo federal e governos estaduais é conhecida como “doutrina do federalismo”, tendo cada poder obrigação de cooperar e fiscalizar os demais. É considerado um documento duradouro, contendo apenas 27 emendas, mantendo assim suas características fundamentais praticamente intactas. Igualmente, é considerada um documento conciso – consistente com o sistema do *common law* – deixando para as cortes a missão de desenvolver o significado preciso dos seus termos por meio das decisões judiciais – *case law* – o que dá flexibilidade à Constituição, para se adaptar e evoluir ao longo do tempo em conjunto com a sociedade (PADOVER, 1987). Em concordância com o federalismo, o governo federal possui poderes limitados, estando a maioria dos poderes alocados nos Estados, incluindo áreas jurídicas exclusivas, como direito de família e sucessões, responsabilidade civil, obrigações, direito penal, entre outros.

As 27 emendas constitucionais existentes buscam refinar as estruturas governamentais e tutelar direitos e liberdades individuais. As 10 primeiras emendas são conhecidas como *bill of rights*, garantindo direitos fundamentais ao povo americano. A Suprema Corte estendeu quase

---

<sup>54</sup> Informação coletada na palestra intitulada “*Introduction to U.S. Law*”, realizada na Universidade de Washington, nos Estados Unidos, no dia 1 de agosto de 2016.

todas as garantias nesta contidas aos Estados (FINE, 2011). Entre as emendas, destaca-se a 14<sup>a</sup> Emenda<sup>55</sup>, uma das mais significativas da era pós *bill of rights*, pois aborda os conceitos de devido processo legal (*due process*) e da proteção da igualdade (*equal protection*)<sup>56</sup>, que serão primordiais em discussão posterior sobre o tratamento legal de gestação de substituição pelos Estados americanos.

O devido processo legal é substantivo quando considera a constitucionalidade da substância de uma norma em particular. Geralmente são concebidas quando se está lidando com ações governamentais que afetam direitos e liberdades fundamentais, como por exemplo o direito de constituir família. O direito à privacidade foi a base para o já citado caso *Roe v. Wade* (1973), em que a opinião majoritária da Suprema Corte localizou o direito à privacidade na cláusula do devido processo legal. Da mesma forma, em *Obergefell v. Hodges* (2015)<sup>57</sup>, a Suprema Corte declarou que o direito fundamental ao casamento é garantido para pessoas do mesmo sexo com base na cláusula do devido processo legal e na cláusula de proteção da igualdade (FINE, 2011).

O devido processo legal é considerado processual quando requer que medidas de salvaguarda acompanhem qualquer ação governamental que empregue privação de direitos fundamentais, como o direito de oitiva e o direito de todo caso ser julgado por um juiz imparcial. Ademais, esta cláusula também obriga os juízes a se declararem suspeitos se tiverem conflitos de interesse no caso. Exemplificativamente, em *Caperton v. A.T. Massey Coal Co.* (2009), a Suprema Corte determinou que um juiz da Corte de Apelações de *West Virginia* se declarasse suspeito em um caso envolvendo um grande contribuinte de sua campanha eleitoral. Já a cláusula da proteção da igualdade concede tratamento legal igualitário a pessoas similares. *Reed v. Reed* (1971) foi o conhecido caso que derrubou uma lei sucessória do Estado de Idaho que favorecia filhos homens, declarando que discriminação de gênero violava a cláusula da proteção da igualdade. Posteriormente, este caso serviu como precedente para derrubar diversas

<sup>55</sup> Na sessão de n. 1, declara-se que ninguém será privado de vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal. Esta é aplicável somente aos governos estaduais, enquanto a 5a emenda – textualmente idêntica – é aplicável ao governo federal.

<sup>56</sup> A cláusula determina que indivíduos similares tenham tratamento igualitário perante a lei, sendo inicialmente aplicável somente aos governos estaduais. Porém, desde de o caso *Bolling v. Sharpe* (1954), aplica-se a cláusula ao governo federal.

<sup>57</sup> A decisão possui um caráter simbólico muito relevante, pois trata da extensão do reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo a todo o território americano. Os argumentos contrários de alguns juízes revelaram as discussões travadas no âmbito da Suprema Corte, que envolvem sobretudo a tradição relativa ao casamento entre pessoas de sexos diferentes, que seria quebrada por uma decisão favorável, e os limites de uma decisão como essa. Questionaram os julgadores com votos contrários, sobretudo, se a Suprema Corte extrapolaria suas funções e se poderia ou não substituir a vontade política. Além disso, trouxe importantes pontos para a discussão relativa à sexualidade, na medida em que os argumentos ignoram as mudanças históricas pelas quais passou o casamento, relacionando tradição com heteronormatividade (OLIVEIRA; CARLOS; PERDOMO, 2015, p. 19-20)

leis estaduais discriminatórias de gênero (FINE, 2011). Na prática de gestação de substituição, um dos argumentos contrários a sua proibição baseiam-se nestas cláusulas<sup>58</sup> (FINKELSTEIN ET AL, 2016).

As referidas cláusulas – e os casos exemplificativos de suas violações - também demonstram a importância do uso de precedentes no *common law* americano. O precedente nada mais é que uma decisão judicial servindo como base para casos posteriores, similares ou análogos, que apresentem fatos similares e levantem questões legais semelhantes (informação verbal)<sup>59</sup>. Para determinar o que será um precedente (articulação esta chamada de *stare decisis*), necessário compreender toda a análise (chamada de *ratio decidendi*) imprescindível para a construção de um precedente que seja vinculante à outras cortes. Toda a análise que não é estritamente necessária para determinar a decisão de um caso é chamada de *obiter dicta*, que constitui argumento persuasivo que pode ser seguido, mas não é tecnicamente vinculante. Em contraste, a principal parte do *ratio decidendi* envolve o *holding* de um caso, que consiste na análise dos fatos materiais, resoluções legais e motivações que levam a decisão final da corte. Desta forma, o *holding* é efetivamente o precedente vinculante de uma corte superior à uma corte inferior<sup>60</sup> (DRUMM, 2011).

Esta natureza vinculante tem origem na doutrina do *stare decisis*, que pode ser vertical ou horizontal. *Stare decisis* vertical refere-se ao poder de cortes superiores de vincular suas decisões as cortes inferiores. Todas as cortes estão vinculadas – pelo precedente vertical – aos *holdings* das decisões da Suprema Corte do país. O *stare decisis* vertical é geralmente considerado absoluto. Já o *stare decisis* horizontal refere-se ao poder de uma corte de vincular a si mesma. No caso da Suprema Corte americana, apesar desta não estar obrigatoriamente vinculada as suas decisões anteriores, estas possuem um grande peso nas deliberações presentes, com a presunção de que são corretas e deveriam ser seguidas. O *stare decisis* horizontal preserva uma doutrina estável e previne ciclos decisórios dentro de uma corte (DRUMM, 2011).

Os defensores do sistema de precedentes salientam a justiça fundamental que surge quando casos semelhantes são decididos de forma similar, evitando decisões arbitrárias e trazendo neutralidade ao processo. É também considerado um sistema eficaz, pois as Cortes

<sup>58</sup> Gestação de substituição no Direito Constitucional americano será analisado no item 2.5.1.

<sup>59</sup> Informação coletada na palestra intitulada “*Introduction to U.S. Law*”, realizada na Universidade de Washington, nos Estados Unidos, no dia 1 de agosto de 2016.

<sup>60</sup> Importante ressaltar que o termo genérico mais utilizado pelo Direito americano para se referir a uma caso judicial é *case law*, pois só utilizarão o termo *precedent* quando um *case law* posterior utilizar um *case law* anterior como precedente. Desta forma, no presente trabalho, utilizar-se-á o termo genérico *case law* para os casos judiciais citados, informando especificamente quando for um precedente.

não necessitam considerar novamente todos os princípios legais a ela apresentados, utilizando os precedentes como guias, aumentando a integridade do sistema judicial, gerando assim estabilidade e confiança no ordenamento jurídico. O uso de precedentes também proporciona previsibilidade ao direito, bem como consistência no desenvolvimento de princípios legais (HOLMES, 2009). Contudo, o sistema de precedentes não significa a inexistência de codificação. Como será analisado pelas diferentes abordagens legais sobre gestação de substituição, os Estados americanos demonstram a preferência pela segurança de um direito codificado. Isto significa que, para efetivamente legislar em temas polêmicos, as dificuldades de promulgar propostas legislativas referentes à direitos das mulheres são tão grandes quanto em um sistema de *civil law* como o Brasil.

Para demonstrar as dificuldades do processo legislativo, remete-se as três esferas do fenômeno ideológico da maternidade, presente na sociedade, na política e no Direito, utilizando os estudos de Markens (2007) sobre as respostas legislativas dos Estados de Nova York e Califórnia após o caso midiático “*Baby M*”<sup>61</sup> no final da década de 80 e início da década de 90. Seus estudos consideram múltiplos fatores que influenciam legisladores em uma proposta favorável ou contrária à gestação de substituição – influências estas conectadas ao fenômeno ideológico - em dois Estados que são constantemente considerados como pioneiros em formular leis e *case law* para mudanças sociais divergentes. Contudo, apesar das semelhanças, o resultado de dois projetos de lei no ano de 1992 – contrário à prática comercial em Nova York e favorável na Califórnia – exemplificam que, no que diz respeito às políticas de direitos reprodutivos, os fatores influentes comprovam a importância da ideologia da maternidade no processo legislativo (MARKENS, 2007).

Ambos os Estados possuem um histórico favorável quanto a formações familiares não tradicionais, permitindo de forma pioneira, por exemplo, adoção por casais homossexuais e filiação socioafetiva. Porém, as diferenças quanto ao enquadramento da gestação de substituição entre os Estados demonstra que o fator determinante para a criação dos projetos de leis foi mais institucional do que vinculado a uma visão tradicional do conceito de família. Interações entre atores e instituições estatais, organizações, legisladores e a mídia são geralmente os elementos mais importantes para estabelecer um enquadramento de um conflito social. Agências estatais declaram suas opiniões e possuem interação com a mídia, enquanto atores estatais e organizações públicas e privadas frequentemente se posicionam sobre o assunto devido à atenção dada pela mídia. Ao mesmo tempo, a mídia – em seu papel de

---

<sup>61</sup> Vide capítulo 1, p. 16.

disseminar informações sobre posicionamentos políticos destas agências, atores e organizações – acaba por legitimar ou enfraquecer estas posições (MARKENS, 2007).

A necessidade de um enquadramento sobre o tema de gestação de substituição em Nova York surgiu no ano de 1987, quando o então Governador Mario Cuomo requisitou um parecer ao comitê de ética médica “*Task Force on Life and the Law*”<sup>62</sup>, este criado em 1985 com membros de diversas áreas de atuação. O parecer final foi apresentado em 1988, sugerindo a nulidade de contratos de gestação de substituição e a expressa proibição de pagamento às *surrogates*, utilizando o que Markens (2007) chama de “enquadramento de venda de bebês”, ou seja, consideram a prática na forma comercial como mercantilização de uma vida. As recomendações do comitê eram altamente valorizadas, em razão da diversidade de seus membros – entre líderes religiosos, advogadas feministas, filósofos e médicos – o que possibilitava visões diversificadas. Assim, se um grupo tão diverso e respeitado de pessoas consideravam que gestação de substituição comercial era “venda de bebês” e deveria ser proibida, foi considerada pela sociedade como o posicionamento correto, sendo reproduzido pela mídia, com destaque para a capa do jornal *The New York Times* com o título “É venda de bebês e é errado”<sup>63</sup> (tradução nossa). Outro parecer desfavorável à prática comercial foi publicado em 1992 pelo Departamento de Saúde do Estado de Nova York, contando novamente com a cobertura da mídia, com um artigo no *The New York Times*, que definiu a *surrogate* como “mãe por pagamento”<sup>64</sup> (tradução nossa). O papel da mídia em uma implementação ideológica é de grande importância, consistindo em um exercício de poder feito de forma velada, oculta, implementando a ideia na sociedade que o posicionamento da prática de gestação de substituição como “venda de bebês” é o único posicionamento possível, sendo a sua veracidade inquestionável.

Esta implementação ideológica contava com uma prática antiga e hoje conhecida como “*fake news*”<sup>65</sup>, que são notícias falsas reproduzidas em larga escala como verdadeiras. Em se

<sup>62</sup> Força Tarefa pela Vida e pela Lei (tradução nossa), comitê ético multidisciplinar criado pelo Departamento de Saúde do Estado de Nova York para tratar de assuntos polêmicos ligados à saúde. Fonte: [https://www.health.ny.gov/regulations/task\\_force/](https://www.health.ny.gov/regulations/task_force/). Acesso em: 05.10.2017.

<sup>63</sup> The New York Times. “**It’s Baby Selling, and it’s Wrong**”. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1988/06/04/opinion/it-s-baby-selling-and-it-s-wrong.html>. Acesso em: 05.10.2017.

<sup>64</sup> The New York Times. “**New York is Urged to Outlaw Surrogate Parenting for Pay**”. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1992/05/13/nyregion/new-york-is-urged-to-outlaw-surrogate-parenting-for-pay.html>. Acesso em: 05.10.2017.

<sup>65</sup> O historiador Robert Darnton afirma que notícias falsas são relatadas pelo menos desde a Idade Antiga, pelo historiador bizantino do Século VI Procópio, responsável por escrever a história do Império de Justiniano. Paralelamente, este também escreveu um texto secreto repleto de notícias falsas, chamado “*Anekdotia*”, que acabou por arruinar a reputação do Imperador Justiniano. O termo “*fake news*” foi eleito em 2017 a “palavra do ano” pelo Dicionário Oxford, pela sua influência nas eleições americanas de 2016. Durante a campanha presidencial, estima-se que 115 notícias falsas favoráveis ao candidato republicano Donald Trump foram

tratando de polarização entre contrários e favoráveis à prática de gestação de substituição, as notícias falsas foram usadas para causar tumulto, reforçar ou acentuar o posicionamento contrário. A reportagem do jornal de *The New York Times* reforçou uma notícia constantemente reproduzida, porém jamais comprovada, de que Nova York havia se tornado “a capital de gestação de substituição da nação” e estimava-se que “40% de todos os contratos de gestação de substituição comerciais do país são celebrados em Nova York” (THE NEW YORK TIMES, 1992).

Ao mesmo tempo, no Estado da Califórnia, a primeira investigação sobre o tema apresentou uma abordagem positiva feita pelo Procurador-Geral do Estado, em 1988, através de um memorando requisitado pelo Departamento de Justiça. O memorando cita a necessidade de prevenir qualquer exploração das partes envolvidas, opinando pela necessidade de uma regulamentação apropriada, sem apresentar uma concreta oposição à prática na forma comercial. Diferentemente do enquadramento de gestação de substituição como “venda de bebês”, o enquadramento inicialmente adotado pelo Estado da Califórnia foi mais neutro, destacando o apoio a pessoas com dificuldades reprodutivas e o direito à privacidade e constituição familiar. Porém, em setembro do mesmo ano, a Deputada Estadual<sup>66</sup> Sunny Mojonier propôs a criação de um comitê legislativo específico para o estudo da prática, intitulado “*Joint Legislative Committee on Surrogate Parenting*”. Contudo, diferentemente do comitê de ética em Nova York, este painel foi criado especificamente para o estudo do assunto, com a maioria de seus membros selecionados em decorrência de possuírem um posicionamento contrário a prática. O parecer final, publicado em 1990, demonstrou a falta de consenso de seus membros, com a emissão de dois documentos finais: um parecer majoritário e um minoritário (MARKENS, 2007).

O parecer majoritário utilizou o posicionamento de “venda de bebês”, sugerindo a proibição da prática na forma comercial, enquanto o minoritário apresentou uma perspectiva mais positiva, alegando que gestação de substituição não representava a mercantilização da reprodução, propondo que o Estado produzisse uma regulamentação para esclarecer as relações legais entre as partes envolvidas. Assim, a falta de consenso do comitê foi crucial para a sobrevivência de uma visão – mesmo que minoritária – favorável à prática (MARKENS, 2007).

---

compartilhadas 30 milhões de vezes. De acordo com Darnton, sem as notícias falsas e suas constantes reproduções em redes sociais, Donald Trump não teria sido eleito (MERELES, 2017).

<sup>66</sup> O Poder Legislativo estadual nos Estados Unidos é formado por Assembleia e Senado. Os membros da Assembleia são chamados de *assemblyman* para homens e *assemblywoman* para mulheres. Utiliza-se o termo “deputada estadual” como tradução por corresponder ao mesmo cargo no Poder Legislativo estadual nos Estados brasileiros.

A escolha majoritariamente parcial dos membros do comitê gerou inúmeras críticas, principalmente de associações e organizações específicas da área de gestação de substituição, contando com pais intencionais e *surrogates*. Associações como *RESOLVE*<sup>67</sup> (associação nacional de infertilidade); *California NOW*<sup>68</sup> (Organização Nacional para Mulheres); *OPTS*<sup>69</sup> (Organização De Parentalidade Por Gestação De Substituição) e *NASM*<sup>70</sup> (Associação Nacional De *Surrogates*) enviaram cartas para membros do Poder Legislativo, expressando descontentamento com a ausência de casais inférteis, *surrogates* e organizações pelos direitos das mulheres no painel do comitê especializado, como demonstra Markens (2007):

Estas críticas do parecer majoritário apresentaram suas preocupações utilizando discursos culturais sobre mulheres, famílias, infertilidade e suas condições de *experts* no tema [de gestação de substituição]. Como um representante da *OPTS* disse: ‘estou escrevendo para expressar o ultraje da utilização de dinheiro público por um comitê legislativo que debate a parentalidade por gestação de substituição sem incluir qualquer representante da comunidade infértil, *surrogates*, ou profissionais com experiência em gestação de substituição. (...) *OPTS* respeitosamente questiona a validade deste parecer majoritário e suas recomendações’. Ainda, Jane Sutton, representante da *NASM*, apresentou suas preocupações com o fato de o painel não consultar organizações pelos direitos das mulheres: ‘como pode um documento legislativo sobre os direitos fundamentais das mulheres de procriação, privacidade e autodeterminação ser escrito e ter validade sem incluir a voz do segmento da sociedade que visa proteger, que são mulheres?’ (MARKENS, 2007, p. 150-151. Tradução nossa<sup>71</sup>).

A resposta da mídia no Estado da Califórnia também foi diferente de Nova York. Enquanto o jornal *The New York Times* defendeu a posição contrária à prática em suas manchetes, o jornal *The Los Angeles Times* não publicou qualquer notícia sobre o parecer majoritário emitido pelo comitê (MARKENS, 2007). Como analisado, a efetiva implementação do fenômeno ideológico no Estado de Nova York iniciou com a credibilidade

<sup>67</sup> The National Infertility Association (RESOLVE). Disponível em: <http://resolve.org/> Acesso em: 07.10.2017.

<sup>68</sup> National Organization for Women (NOW). Disponível em: <https://now.org/now-foundation/about-now-foundation/> Acesso em: 07.10.2017.

<sup>69</sup> The Organization of Parents Through Surrogacy (OPTS). Disponível em: <http://www.opts.com/> Acesso em: 07.10.2017.

<sup>70</sup> The National Association of Surrogate Mothers não possui *website* próprio nem qualquer informação sobre seu *status* atual. De acordo com o *website* “*Great Non Profits*”, especializado na avaliação e controle de organizações não governamentais nos Estados Unidos para potenciais doadores, a referida associação possuía endereço no Estado da Califórnia. Contudo, em decorrência da inexistência de informações atuais, esta é classificada como “organização sem fins lucrativos que cessou suas operações ou fundiu-se com outra organização”. Disponível em: <https://greatnonprofits.org/org/national-association-of-surrogate-mothers-inc> Acesso em: 07.10.2017.

<sup>71</sup> “These critiques of the majority report made use of cultural discourses concerning women, families, and infertility, and notions of “expert” status and representation, to present their concerns. An a spokesperson for OPTS stated: “I am writing to express my outrage that public funds were used by a legislative committee to conduct a debate on surrogate parenting without including any representatives of the infertile community, surrogate mothers, or professionals having direct experience with surrogate parenting. (...) OPTS respectfully urges the Committee to seriously question the validity of the Advisory Panel’s majority report and recommendation regarding surrogate parenting”.

do comitê que emitiu o parecer contrário, recebido pela sociedade como a única verdade possível e imutável. Esta implementação seguiu seu exercício de poder, sendo ainda mais reforçada pela mídia com a disseminação de notícias falsas. Na Califórnia, o comitê foi escolhido majoritariamente justamente pelo posicionamento ideológico contrário a prática de seus membros. Contudo, como demonstrou Markens (2007), a tentativa de implementar definitivamente este posicionamento como única verdade possível foi rebatida por organizações de pais intencionais e *surrogates* – peritos do assunto – que não aceitaram a implementação velada de um posicionamento que estes sabiam não ser o único possível.

Estas reações tão diferenciadas para pareceres proibitivos ilustram o cenário onde surgiram duas propostas legislativas no ano de 1992, em Nova York ocorreu a proposta da Deputada Estadual Helene Weinstein; na Califórnia a proposta da Senadora Diane Watson. Ambas mulheres possuíam um histórico de propostas legislativas favoráveis aos direitos das mulheres, sendo também favoráveis ao direito de aborto. Igualmente, seus históricos de ativismo em movimentos feministas legitimou suas vozes para tratar do conflito social de gestação de substituição. Apesar de uma certa equidade entre ambas, o histórico da Senadora Watson merece maior destaque – sendo a primeira mulher negra eleita para o Senado no Estado da Califórnia em 1978 – por seu ativismo ter maior enfoque em direitos reprodutivos, com especial atenção aos indivíduos de baixa renda e imigrantes (MARKENS, 2007). Com a herança eugênica e classista ainda presente em políticas de direitos reprodutivos, o fato de ter uma mulher como a Senadora Watson sendo a face da defesa por uma regulamentação permissiva de gestação de substituição foi de um simbolismo significante.

Todavia, como leciona Markens (2007), quanto se trata de política legislativa, mais importante que a pessoa que propõe o projeto de lei são as razões que levam cada legislador a votar de forma favorável ou contrário a proposta. Para analisar como ocorre a implementação da ideologia da maternidade, explora-se como este fenômeno ideológico penetra na sociedade, na política e no Direito (três esferas do fenômeno ideológico). A sociedade se conecta à ideologia pelos transmissores de massa como partidos políticos, organizações estratégicas<sup>72</sup> e meios de comunicação. Desta forma, se a ideologia da maternidade é um instrumento de manutenção das desigualdades de gênero, ela nasce no cerne do poder estatal, aqui representado pela classe política.

---

<sup>72</sup> O que no presente trabalho é chamado de “organizações estratégicas” diz respeito ao apoio político estratégico de organizações que representem politicamente os interesses de um grupo específico. Assim, se pretende-se promulgar uma lei proibitiva de gestação de substituição e conquista o apoio político de organizações feministas, este apoio é estratégico, pois a organização representa os interesses de ao menos uma parcela do movimento feminista.

Para a disseminação desta ideologia, a classe política conta com o apoio de organizações estratégicas, como por exemplo organizações religiosas contrárias à prática de gestação de substituição<sup>73</sup>. Esta união entre classe política e organizações estratégicas será, na presente pesquisa, chamada de contexto político do fenômeno ideológico. Com a disseminação da ideologia pela mídia e outras formas de transmissão às massas, esta penetra na sociedade de forma oculta e velada. Esta esfera do fenômeno será chamada de “contexto social do fenômeno ideológico”. Implementada a ideologia na sociedade, o último passo é o papel do Direito na projeção normativa que instrumentaliza esta ideologia. Compreendidas as três esferas do fenômeno ideológico da maternidade, passa-se para suas análises.

A primeira esfera diz respeito ao contexto social em que o projeto de lei surge. Em Nova York, o parecer unânime contrário à prática de gestação de substituição – emitido por um comitê respeitado e com diversidade de membros – juntamente com a atenção dada pela mídia, que reforçou, com manchetes sensacionalistas, uma visão negativa da prática, acabou por moldar a opinião pública sobre gestação de substituição como mercantilização da reprodução e venda de bebês, devendo ser completamente proibida pelos legisladores. Já no contexto social da Califórnia, os pareceres divergentes emitidos pelo comitê – altamente criticado pela falta de diversidade em seus membros – não receberam qualquer destaque midiático, predominando o ativismo de associações e organizações favoráveis à prática. Assim, apesar da opinião majoritária ser contrária à prática também no Estado da Califórnia, a posição minoritária era forte e ativa, contando com o apoio da Senadora Watson, que possuía um eleitorado predominantemente formado por negros e latinos em situação de baixa renda. Neste caso, a implementação ideológica não foi completa no seio da sociedade, existindo uma resistente minoria que não aceitou a posição negativa da prática como verdade absoluta e imutável.

A segunda esfera – contexto político – será dividida em classe política e organizações estratégicas. As organizações estratégicas tem forte relação com o conceito de representatividade, necessitando o projeto de lei ter o apoio de organizações que representem politicamente os interesses de um grupo. No caso concreto, a divisão de posicionamentos feministas dificultava o conceito de representatividade, pois nenhuma organização ou associação poderia se posicionar em nome de todas as mulheres. Tanto Watson quanto Weinstein possuíam um histórico de ativismo no movimento feminista, porém seus entendimentos quanto ao tema de gestação de substituição eram diferentes: Na Califórnia, Watson apresentou o projeto de lei “SB 937”, que declarava não serem os contratos de gestação

---

<sup>73</sup> Denota-se que, em muitos momentos, estas organizações estratégicas já estão inseridas na classe política, na figura de seus membros eleitos como vereadores, deputados e senadores.

de substituição contrários à ordem pública, bem como regulamentava a parentalidade legal da criança nascida por meio desta técnica. Já em Nova York, Weinstein apresentou o projeto de lei “A 7367/S 1906”, que estabelecia que contratos de gestação de substituição eram nulos e contrários à ordem pública<sup>74</sup>, sendo qualquer forma de pagamento a *surrogate* totalmente proibida. Weinstein contou com o apoio de organizações como a coligação de mulheres para assuntos legislativos (COWLI), que considerava que a prática transformava mulheres em meros “animais reprodutores<sup>75</sup>” (MARKENS, 2007, p. 157), comparando a exploração de mulheres de baixa renda com prostituição. Estas mulheres enviavam cartas para os legisladores requerendo voto favorável ao projeto, bem como desenvolviam petições para outras mulheres assinarem e demonstrarem a desaprovação a prática. No final, o projeto de lei proibitivo de Weinstein contava com o apoio de 16 organizações e com nenhuma organização manifestando-se oficialmente contra a proposta, como demonstrado no quadro:

---

<sup>74</sup> Sobre ordem pública, ver terceiro capítulo.

<sup>75</sup> Tradução nossa. A palavra inglesa “*breeder*” pode significar tanto “reprodutor” quanto “criador”, sendo frequentemente utilizada para definir criadores de cães para reprodução e posterior venda de filhotes. O termo “*breed*”, por sua vez, pode significar tanto “procriação” quanto a “raça” de um animal.

**Quadro 2: Organizações estratégicas no projeto de lei “A 7367/S 1906” no Estado de Nova York**

Favorável a proposta	Contra a proposta
Congresso Judeu Americano	Nenhuma
Conselho de Crianças e Família do Estado de Nova York	
Departamento de Saúde do Estado de Nova York	
Departamento de Serviço Social do Estado de Nova York	
Divisão das Mulheres do Estado de Nova York	
Coligação Nacional contra Gestação de Substituição	
Comitê Nacional de Adoção	
Conselho Nacional de Adoção	
Organização Nacional das Mulheres - Divisão de Nova York	
União de Liberdades Civas de Nova York	
Convenção Política Nacional das Mulheres de Nova York	
Conferência Católica do Estado de Nova York	
Coligação de Assuntos Legislativos das Mulheres do Estado de Nova York	
Associação de <i>Surrogates</i> do Estado de Nova York	
Federação Judaica de Assuntos Filantrópicos de Nova York	
Ordem das Mulheres Advogadas de Nova York	

Fonte: Markens (2007). (Tradução nossa)

Na Califórnia, o cenário era mais divergente, com um número quase igual de organizações feministas favoráveis e contrárias à prática. Ademais, a Senadora Watson era vista como importante aliada em questões envolvendo direitos reprodutivos, razão pela qual algumas organizações contrárias ao seu projeto de lei – como *Planned Parenthood* e *California NOW* – optaram pela neutralidade, reduzindo o número de organizações que oficialmente declararam um posicionamento contrário ao projeto de lei. Por outro lado, algumas organizações que declaradamente apoiaram o projeto possuíam significativa relevância, como a Ordem dos Advogados do Estado da Califórnia, graças ao ativismo de uma advogada que teve seu filho através de gestação de substituição. No final, ainda em menor número – mas com uma divisão equilibrada – seis organizações apoiaram o referido projeto de lei e 11 organizações foram contrárias, como demonstrado no quadro:

**Quadro 3: Organizações estratégicas no projeto de lei “SB 937” no Estado da Califórnia**

Favorável a proposta	Contra a proposta
Centro de Pais por Gestação de Substituição	Congresso Americano de Adoção
Comissão sobre a Condição da Mulher	União Americana por Liberdades Cívicas
Associação Nacional de <i>Surrogates</i>	Coligação Americana de Obstetras e Ginecologistas
Organização de Pais por Gestação de Substituição	Associação de Hospitais Católicos da Califórnia
Associação Nacional da Infertilidade (RESOLVE)	Conferência Católica da Califórnia
Ordem dos Advogados da Califórnia	Organização Nacional das Mulheres da Califórnia
	Organização pelo Direito à Vida da Califórnia
	Comitê sobre Interesse Moral
	Coligação Nacional contra Gestação de Substituição
	Centro de Política e ética da Saúde
	Portaria das Mulheres

Fonte: Markens (2007). (tradução nossa)

Quanto à classe política, esta diz respeito ao apoio político do maior número de membros do Poder Legislativo e Executivo. Na Califórnia, a Senadora Watson, democrata liberal, não possuía qualquer apoio político – e sim uma declarada inimizade – do então Governador, o republicano Pete Wilson. Seu projeto de lei “SB 937”, apesar de aprovado por Assembleia e Senado, foi posteriormente vetado pelo Governador (MILLER, 1994). De outra banda, em Nova York, a Deputada Weinstein – do partido Democrata – contava com o apoio político e amizade do então Governador, o também democrata Mario Cuomo, tendo sido anteriormente nomeada por este para duas comissões, sobre pensão alimentícia e violência doméstica. Ademais, utilizou como estratégia o ativismo de organizações feministas contrárias à prática – contando também com o apoio de diversas advogadas da Ordem dos Advogados do

Estado de Nova York - que enviaram cartas ao Governador apoiando o projeto de lei de Weinstein. O projeto foi aprovado por Assembleia e Senado, sendo posteriormente assinado pelo Governador e publicado em forma de lei (MARKENS, 2007).

Estes fatores demonstram a complexidade que envolvem questões de políticas reprodutivas que estão em desacordo com a ideologia da maternidade. Quando a proposta legislativa para banir a prática no Estado de Nova York surgiu, a ideologia oriunda da classe política e de organizações estratégicas já tinha sido implementada na sociedade, formando um cenário extremamente propício para a aprovação do referido projeto de lei. Ainda que a deputada Weinstein não concordasse com a ideologia da maternidade da classe política majoritária, o posicionamento destes era compatível com seu projeto de lei, razão pela qual utilizou o apoio político a seu dispor. Da mesma forma que as feministas brancas podiam não concordar com a ideologia eugênica no século XX, aceitaram a aliança política como estratégia para conquistarem certos direitos reprodutivos, em um exercício de oportunismo político. Do ponto de vista legislativo, as polêmicas da prática de gestação de substituição tornam-se mais evidentes em um país como os Estados Unidos, com um sistema de *common law* que possibilita diferenças abissais entre seus 50 Estados e Distrito Federal: desde regulamentações completamente proibitivas até algumas das abordagens mais liberais e permissivas do mundo. Storrow (2011) salienta esta característica do país, ao afirmar que “os Estados Unidos são um microcosmo do resto do mundo, com um leque completo de abordagens legais sobre gestação de substituição dentro de suas fronteiras” (STORROW, 2011, p. 193. Tradução nossa<sup>76</sup>).

Da mesma forma que os debates legislativos sobre gestação de substituição nos Estados Unidos iniciaram efetivamente no ano de 1992, o mesmo ocorreu no Brasil de forma bastante diferente. Sem qualquer proposta legislativa sobre a prática, o Conselho Federal de Medicina (CFM) publica sua primeira Resolução sobre o tema, visando adotar normas éticas sobre técnicas de reprodução assistida para a classe médica. Contudo, ao limitar a prática para mulheres com vínculo familiar ou afetivo, bem como vedar a compensação financeira, discute-se o papel normativo deste Conselho, bem como a legalidade e constitucionalidade de algumas das suas Resoluções.

### *2.3.2. Projetos de lei e as Resoluções do Conselho Federal de Medicina no Brasil: Poder normativo ou inconstitucionalidade?*

---

<sup>76</sup> “The U.S. is a microcosm of the rest of the world, with the whole range of global attitudes towards surrogacy subsumed within its borders.”

Como demonstrado na análise legislativa inicial do tema de gestação de substituição nos Estados Unidos, as propostas legislativas na área de direitos reprodutivos são de extrema complexidade, abrangendo confrontos políticos que se situam nos campos da ética, moral e das relações de classe, gênero e raça. Mesmo em um sistema jurídico de *common law* como os Estados Unidos, foi demonstrada a importância da lei positivada como legitimadora e reguladora da prática de gestação de substituição. No Brasil, em decorrência da sua herança jurídica romano-germânica, o Direito Positivo possui uma função legitimadora muito maior. A estrutura deste ordenamento jurídico positivado é hierárquica, existindo normas superiores e inferiores. Para serem válidas, as normas inferiores precisam respeitar o conteúdo das normas superiores. Em formato hierárquica e piramidal, o topo hermenêutico pertence à Constituição Federal de 1988 e suas emendas, razão pela qual todo o ordenamento jurídico deve estar em acordo com suas normas e princípios. Desta forma, qualquer leitura do ordenamento jurídico – seja de leis ordinárias, decretos ou resoluções<sup>77</sup> - necessita ser, paralelamente, uma leitura constitucional (CARLOS, 2007).

O Congresso Nacional, que por determinação do Art. 44, CF, tem o poder de elaborar leis, não poderá legislar violando os direitos constitucionais previstos, como por exemplo o direito dos indivíduos ao planejamento familiar. O acolhimento constitucional dos direitos sociais na Constituição de 1988 trouxe consigo uma nova conjuntura, pois os direitos constitucionais declarados precisam ser efetivamente aplicados na prática. Nesta nova realidade, foi atribuído ao ordenamento jurídico a qualidade de instrumento de atuação de políticas públicas que visam concretizar os direitos constitucionalmente declarados. Os modos pelos quais o ordenamento jurídico cumpre esta nova função são variados, distribuindo-se pelos planos constitucional e infraconstitucional (PITTELLI, 2002).

Infraconstitucionalmente, na temática dos direitos reprodutivos, já foram citadas leis ordinárias como a Lei do Planejamento Familiar e, mais especificamente quanto à reprodução humana assistida, já foi mencionada a discreta abordagem do Código Civil Brasileiro de 2002 ao tema, tratando apenas da filiação de crianças havidos por fecundação artificial homóloga e inseminação artificial heteróloga (BRASIL, 2002). Diante da lacuna legislativa, a categoria médica entendeu ser necessária a harmonização destas técnicas de reprodução assistida com os

---

<sup>77</sup> Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

princípios da ética médica, através de Resoluções. Para compreender o papel dos Conselhos de Medicina, necessário analisar suas origens e funções. Criados pela Lei 3.268/1957, o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina constituem, em seu conjunto, uma autarquia – dotada de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira – com competência para supervisionar a ética profissional e fiscalizar o exercício da profissão (BRASIL, 1957). As autarquias integram a administração pública indireta<sup>78</sup>, desempenhando funções do Estado de maneira descentralizada nas esferas federal, estadual, distrital e municipal. Mesmo que impossibilitadas de legislar, as autarquias exercem, na qualidade de entidades da Administração, o poder normativo do Estado, sendo as Resoluções do Conselho Federal de Medicina manifestações deste poder normativo afeto às autarquias (PITTELLI, 2002).

Os conselhos de fiscalização profissional, como é o caso do Conselho Federal de Medicina, são entidades que, desde o início da vigência da Constituição de 1988, tem suscitado diferentes discussões no Poder Judiciário, especialmente pelo caráter atípico de sua estrutura, posto serem autarquias financiadas por contribuições privadas de natureza tributária. Como jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, destaca-se o Recurso Extraordinário 653.454 (BRASIL, 2012), de Relatoria do Ministro Luiz Fux, confirmando a natureza jurídica de autarquia destes conselhos, consoante decidido também no Mandado de Segurança 22.643 (BRASIL, 1998), de Relatoria do Ministro Moreira Alves, pois estes exercem a atividade de fiscalização de exercício profissional, que é atividade tipicamente pública que abrange o poder de polícia, de tributar e de punir, que não podem ser delegados, com exceção da Ordem dos Advogados do Brasil, em concordância com a ADI 3.026. Superada as divergências quanto à natureza jurídica destes conselhos, analisar-se-á o poder normativo do Conselho Federal de Medicina.

Inicia-se ressaltando que a classe médica ocupa posição *sui generis* no conjunto das profissões da área, com grande capacidade de influir em elementos estruturais do sistema de saúde. Sendo uma autarquia corporativista, mesmo constituída por indivíduos unidos para a

---

<sup>78</sup> A administração pública no Brasil se divide em direta e indireta. No âmbito do Executivo Federal, a primeira é composta pela Presidência da República, os ministérios e as secretarias especiais. Já a administração indireta é composta por órgãos com personalidade jurídica própria, mas que desempenham funções do Estado de maneira descentralizada e em todas as esferas – federal, estadual, distrital e municipal. Fonte: BRASIL. **Autarquias integram a administração pública indireta.** Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/governo/2012/04/autarquias> Acesso em: 16.10.2017.

consecução de um interesse público, é composta apenas por membros da mesma categoria profissional, o que confere baixos índices de legitimidade e responsividade democráticas para a inovação em temas jurídico-morais sensíveis – como gestação de substituição – além de existir possibilidade de conflitos de interesses em suas proposições. Estes temas “jurídico-morais sensíveis”, como define Gonçalves (2012), são geralmente assuntos que envolvem concretização ou restrição de direitos fundamentais, que despertam discordâncias na sociedade, sem a Constituição oferecer respostas objetivas. Do ângulo da separação das funções estatais, a atuação normativa do Conselho Federal de Medicina, criando direitos e deveres, é anômala, sendo necessário averiguar se lesiona o princípio da legalidade e até mesmo se algumas de suas Resoluções poderiam ser consideradas inconstitucionais<sup>79</sup> (GONÇALVES, 2012).

Em concordância com o Art. 2º da Lei 3.268/1957, o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores de ética profissional em todo o país, além de julgadores e disciplinadores da classe médica, com o objetivo de zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da medicina. O Art. 5º dispõe sobre as atribuições do Conselho Federal, entre elas organizar o regimento interno, votar e alterar o Código de Deontologia Médica (BRASIL, 1957). Nota-se a ausência de previsão legal de poder normativo do Conselho que vá além do Código de Deontologia Médica. Com isso, a Resolução n. 2168/2017 adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida e, como já analisado, é o único ato normativo no Brasil que trata sobre gestação de substituição. Em seu Art. 1º, dispõe serem as normas ali contidas normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. Todavia, a Resolução ultrapassa as atribuições do Conselho, com destaque para o item VII sobre gestação de substituição, ao exigir que as doadoras temporárias de útero devam pertencer à família de um dos parceiros, não podendo ter caráter lucrativo ou comercial (CFM, 2017).

Como integrante da administração pública indireta, em concordância com o *caput* do Artigo 37, CF<sup>80</sup>, o Conselho Federal de Medicina deverá obedecer o princípio da legalidade,

---

<sup>79</sup> Em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal contra o Conselho Federal de Medicina na 1ª Vara da Seção Judiciária Federal do Estado de Goiás, no ano de 2016, o MPF requereu o reconhecimento e declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade da Resolução CFM nº 1.995/2012, expedida pelo Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. A ação civil pública foi julgada improcedente. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-cfm-paciente-terminal.pdf> Acesso em: 02.10.2017.

<sup>80</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988)

que pode ser visto como uma vinculação e submissão da Administração Pública – direta e indireta – as leis em sentido formal, ou seja, atos normativos advindos do próprio Poder Legislativo. Desta forma, qualquer atividade da Administração Pública deve estar estritamente vinculada à lei, não cabendo aos agentes públicos realizarem atos ou atividades sem previsão legal. Neste caso, o Conselho Federal de Medicina está vinculado às suas atribuições presentes na Lei 3.268/1957. Ao discorrer sobre o princípio da legalidade, Gonçalves (2012) afirma que a atuação da Administração Pública precisa derivar de uma previsão normativa hierarquicamente superior – legal ou constitucional – não havendo liberdade na lacuna da lei para atuação normativa da Administração Pública, salientando:

A análise da Lei 3.268/1957 indica que o Poder Legislativo delegou diversas funções ao CFM, dentre elas a de criar seu próprio regimento interno (Art. 5º, “a”), editar o código de deontologia médica (Art. 5º, “d”) e julgar os atos profissionais dos médicos (Art. 2º). Contudo, esta é uma delegação muito ampla para uma entidade classista da administração pública indireta, e a Constituição não apresenta nenhuma indicação nítida sobre delegação da função legislativa a uma entidade como o CFM, porém veda a delegação da atuação normativa sobre restrições a Direitos Fundamentais ao Presidente da República no Art. 68. Tal vedação dificultaria a sustentação da capacidade do CFM atuar normativamente restringindo direitos individuais, pois, se nem mesmo mediante Lei Delegada ela é permitida, tanto menos ela estaria abrangida em um “poder regulamentar” autônomo de uma autarquia corporativista. (GONÇALVES, 2012, p. 04-05).

Pode-se assim argumentar que o Conselho Federal de Medicina, ao publicar Resoluções com caráter normativo – como a Resolução 2168/2017 – extrapola suas atribuições previstas em lei e, desta forma, seria ilegal. Ainda, certas normas presentes na Resolução 2168/2017 possuem pretensão de serem normas discricionariamente técnicas, mas que acabam por restringir direitos de terceiros. Pode-se argumentar que, ao restringir as doadoras temporárias de útero a mulheres laços familiares e, em casos excepcionais sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina, laços afetivos, bem como ao decretar que esta doação temporária não poderá ter caráter lucrativo está exercendo função legislativa, que ultrapassa seus poderes previstos em lei.

Talvez o aspecto mais preocupante do Resolução 2168/2017 não esteja na extrapolação dos poderes conferidos ao Conselho Federal de Medicina pela Lei 3.268/1957 – que por si só já configura violação ao princípio da legalidade previsto no Artigo 37, *caput*, CF – mas sim na restrição de direitos fundamentais como o direito à liberdade, de onde emana também o direito ao planejamento familiar. Pelo princípio da dignidade da pessoa humana - vetor da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais que coloca o ser humano como eixo

epistemológico do ordenamento jurídico – impõe a tutela ao Estado de maneira promocional, restando vedada sua intervenção no espaço familiar como reserva da privacidade e liberdade dos indivíduos (RODRIGUES, 2013).

No caso da referida Resolução, ao restringir as doadoras temporárias de útero a membros da família ou, em casos excepcionais, necessitando o indivíduo de uma autorização expressa do Conselho Regional de Medicina<sup>81</sup>, o Conselho Federal de Medicina está restringindo o direito fundamental a liberdade e ao planejamento familiar, sendo competência do Poder Legislativo qualquer restrição à direito fundamental, em concordância com o princípio da legalidade e da reserva legal<sup>82</sup> previsto no Artigo 5º, II, CF<sup>83</sup>. O direito ao livre planejamento familiar encontra-se intimamente relacionado ao exercício da sexualidade e dos direitos reprodutivos, todos esses de cunho personalíssimo e diretamente ligados ao exercício da autonomia privada e de seu fundamento máximo, que é a liberdade (RODRIGUES, 2013).

Ademais, a infertilidade humana é considerada, pela própria Resolução 2168/2017, um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas. Logo, a utilização das novas tecnologias por pessoas com dificuldades reprodutivas constitui-se uma forma de garantir sua saúde reprodutiva. O direito à saúde é um direito social, presente no Artigo 6º<sup>84</sup>, CF, juntamente com o direito à proteção da maternidade, completando o rol já analisado dos direitos reprodutivos na Constituição Federal de 1988. Contudo, pode-se argumentar que o acesso à prática de gestação de substituição não é negado, apenas limitado pelos requerimentos de, salvo exceções, a doadora temporária de útero ter relação de parentesco com os pais intencionais, bem como esta não ter qualquer compensação financeira. Este tópico requer maior

---

<sup>81</sup> Estes casos excepcionais serão analisados no item 2.5.2

<sup>82</sup> O princípio da legalidade, de forma genérica, envolve prioritariamente uma situação de hierarquia das fontes normativas, enquanto o princípio da reserva legal, de forma específica, envolve questões de competência. A delegação legislativa ou outorga de poder normativo, por implicar fragilização do princípio da separação dos poderes e invasão de competência, é condicionada e limitada. Onde houver reserva de lei, a competência é indelegável. Neste sentido, somente o legislador ordinário pode legislar validamente acerca de restrições ao direito fundamental à liberdade, por exemplo. Estas reservas especiais garantem, como normas de competência, que o legislador será quem regule tudo o que afeta a direitos fundamentais (SILVA, 1991, p. 364-365).

<sup>83</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (BRASIL, 1988)

<sup>84</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

análise, tecendo breves considerações a respeito do mercado de reprodução assistida no Brasil e às razões para a vedação de compensação financeira da doadora temporária de útero.

Há, no Brasil, uma profusão de clínicas privadas que oferecem serviços de reprodução assistida, contando com 124 clínicas cadastradas pela “Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida” (SBRA) no país (FERREIRA, 2016, p. 66). Apesar de inexistente dados oficiais sobre os valores cobrados por diferentes tipos de serviços de reprodução assistida<sup>85</sup>, Ferreira (2016), em sua pesquisa com 23 clínicas de reprodução assistida na Região Sul do Brasil, cita que apenas uma divulga os custos de procedimentos em seu *site*, com planos diversificados, como desconto progressivo (primeira tentativa de fertilização *in vitro* custando R\$ 14.600,00, contando os seguintes com descontos progressivos), pacote “combo” (duas tentativas pelo valor de R\$ 23.300,00 ou três tentativas pelo valor de R\$ 32.800,00) e plano “custo parcelado antecipado” (4 parcelas mensais de R\$ 3.450,00 ou 6 parcelas mensais de R\$ 2.300,00). Estes indícios de objetificação são destacados:

(...) verifica-se, mais uma vez, a presença da objetificação do ser humano, na medida em que a gestação e o feto são negociados e vendidos como objetos de consumo. Ao apresentar propostas com descontos progressivos para o paciente que não obtiver êxito e submeter-se a novas tentativas dentro de três meses, a clínica demonstra, claramente, o intuito de “fidelizar” seus clientes. Este seria um incentivo para que o paciente permanecesse realizando os tratamentos e não decidisse por procurar outro estabelecimento médico. Outra cláusula que intensifica a ideia de objetificação está presente no plano “tentativas ilimitadas”, no qual poderão ser excluídas as mulheres com mais de 40 anos ou que não produzam no mínimo 3 óvulos. No momento em que a clínica opta por excluir mulheres que, potencialmente, não teriam grandes chances de sucesso na gestação, prova prestar o serviço médico com o fim apenas comercial, afastando qualquer objetivo humanitário de ajudar pessoas com dificuldade de engravidar. (FERREIRA, 2016, p. 93. Grifo nosso).

A Resolução 2168/2017, no item referente às clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de reprodução assistida, apresenta requisitos mínimos para o funcionamento destas, como registro permanente e um diretor técnico (CFM, 2017). Contudo, não há qualquer norma regulamentar vedando cobranças abusivas pelos serviços prestados na Resolução 2168/2017 nem no Código de Ética Médica vigente<sup>86</sup> (Resolução 1931/2009). Os lucros da classe médica

<sup>85</sup> A Portaria n. 426/GM de 2005 instituiu, no âmbito do Sistema Universal de Saúde (SUS), a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida, contemplando serviços de fertilização *in vitro* e inseminação artificial. A fila de espera por estes serviços de alta complexidade podem chegar até 4 anos. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/portaria\\_426\\_ac.htm](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/portaria_426_ac.htm) Acesso em: 18.10.2017.

<sup>86</sup> Art. 15. Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética.

§ 1º No caso de procriação medicamente assistida, a fertilização não deve conduzir sistematicamente à ocorrência de embriões supranumerários.

§ 2º O médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com nenhum dos seguintes objetivos:

I – criar seres humanos geneticamente modificados;

por serviços de reprodução assistida parecem não ser matéria de conflitos éticos e morais, mesmo em casos de oferta de “pacotes ilimitados” de fertilização *in vitro* que excluem mulheres com mais de 40 anos, passíveis de gerarem “prejuízos” para a clínica pelo potencial alto número de ciclos necessários para uma gestação bem sucedida. Ao mesmo tempo, é taxativa a vedação de qualquer lucro por parte da doadora temporária de útero, supostamente com base na vedação constitucional de comercialização de órgãos do Artigo 199, parágrafo 4º, CF, que diz: “A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização” (BRASIL, 1988). Conjuntamente, argumenta-se a vedação com base no princípio da dignidade da pessoa humana e no Artigo 13 do Código Civil de 2002, que proíbe – salvo por exigência médica e para fins de transplante, na forma de lei especial – a disposição do próprio corpo quando importar diminuição permanente da integridade física ou “contrariar os bons costumes” (BRASIL, 2002).

Primeiramente, o que o Conselho Federal de Medicina definiu como “doação temporária de útero” não se enquadra na classificação de “remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas”, não havendo remoção do órgão, nem comprometimento vital do mesmo (salvo os riscos naturais decorrentes de uma gestação) ou mutilação e deformação física. Ademais, como será melhor aprofundado no terceiro capítulo, a gestação de substituição pode ser encarada não como a comercialização do útero, mas sim como a prestação de um serviço considerado reprodutivo ou gestacional. Este mesmo enquadramento da prática como serviço pode rebater outro argumento utilizado, que sustenta que a prática viola o direito fundamental à vida, presente no Artigo 5º, *caput*<sup>87</sup>, CF. Em razão de o direito à vida ser um direito indisponível, isto é, direitos que os titulares não podem abdicar, não pode ser comercializado e, assim, não poderia ser objeto de contrato. Este entendimento sustenta que, em um contrato de gestação de substituição, o objeto seria a criança gerada, estando a eventual remuneração da doadora de útero vinculada à vida da criança. Contudo, com a interpretação da gestação de substituição como um contrato de prestação de serviço, denota-se que o objeto do contrato é a gestação em si – como serviço reprodutivo ou gestacional – e não a criança propriamente dita,

---

II – criar embriões para investigação;

III – criar embriões com finalidades de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras.

§ 3º Praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo (CFM, 2009).

<sup>87</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (BRASIL, 1988)

estando a remuneração vinculada à mera prestação de um serviço. Por fim, adverte-se que uma suposta comercialização da vida e mercantilização do corpo humano são argumentos utilizados apenas para vedar uma compensação financeira para mulher que gestará a criança, não impedindo o lucro de médicos, clínicas, hospitais e demais envolvidos em práticas de reprodução assistida. Desta forma, os conflitos éticos e morais da compensação financeira nestas práticas evidencia ser a vedação mais uma questão de gênero do que apenas ética e moral - fruto de uma Resolução com claros indícios de ilegalidade e inconstitucionalidade – de uma classe médica que se tornou *locus* de poder e dominação privilegiados, formada majoritariamente por homens (SCHIOCCHE; CARLOS, 2006).

Este posicionamento foi inclusive compartilhado por um médico do Conselho Regional do Estado de São Paulo, em um caso de pedido de autorização para gestação de substituição com doadora temporária de útero sem vínculo genético com os pais intencionais:

Entendemos não ser a norma imperativa e que dê obrigatoriedade de que este procedimento médico, com amplas possibilidades de sucesso se limite apenas nas circunstâncias em que as trocas se estabeleçam entre irmãs. Não há argumentação técnica que sustente e justifique esta condição de parentesco como obrigatória para o procedimento. Certamente, esta limitação fere o princípio da justiça ou equidade de acesso a esta técnica à todas as mulheres. (CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2001. Grifo nosso).

Cabível também salientar a indisposição do corpo quando “contrariar os bons costumes” do Código Civil Brasileiro de 2002. Bons costumes são tradicionalmente conceituado como conjunto de regras de convivência estabelecidas socialmente, que traduzem a realidade objetiva da moral social (COSTA, 2000). Historicamente, cumpria função ideológica patriarcal de manter as mulheres em seus papéis tradicionais, de jovens virgens à mães e donas de casa, como guardiãs da moral e dos bons costumes de uma sociedade (BADINTER, 2011). Ao dispor neste sentido, o legislador adotou uma postura paternalista em relação à autonomia corporal, incompatível com os princípios constitucionais, reduzindo excessivamente a possibilidade de disposição sobre o próprio corpo. O paternalismo jurídico é uma forma de intervenção do Estado na esfera privada que, ao proibir determinados comportamentos, minimiza o direito à liberdade, sob o argumento de estar protegendo os indivíduos, utilizando o Direito como forma de deter a “crise moral da sociedade, a preservar os costumes via domesticação das mulheres” (BADINTER, 2011, p. 256).

Com a interpretação de que a matéria de gestação de substituição, por envolver Direitos Fundamentais, é exclusiva do Poder Legislativo, torna-se necessária a proposta e promulgação de um instrumento legal atualizado. Dito isso, avaliar-se-á as propostas legislativas sobre o

tema já apresentadas no país. O primeiro projeto de lei foi apresentado na Câmara dos Deputados em 1997 (PL 2855/1997), tratando do tema nos Artigos 15 e 17. O projeto praticamente reproduziu a Resolução 1358/1992 do CFM, determinando a necessidade de um problema médico que impeça ou contra indique a gestação e restringindo as doadoras temporárias de útero ao núcleo familiar da mãe intencional, bem como proibindo caráter lucrativo. A única diferença do projeto em relação à Resolução vigente na época foi o grau de parentesco da potencial doadora de útero, permitindo a Resolução parentes até segundo grau, enquanto o projeto de lei permitia até quarto grau (MOURA, 1997).

Em 2003, foi apresentado o Projeto de Lei PL 1135/2003, que reproduziu integralmente a Resolução do CFM vigente na época, seguido pelo primeiro projeto originário do Senado Federal (PL 1184/2003) que, em seu Art. 3º, proibia a gestação de substituição e, em seu Art. 19, III, declarava constituir crime participar do procedimento na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica, com pena de reclusão de um a três anos, além de multa. O projeto está, desde agosto de 2015, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania sujeito à apreciação (ALCANTARA, 2003).

O projeto seguinte (PL 2061/2003) da Câmara, permitia a gestação de substituição apenas em casos em que um problema médico impeça ou contraindique a gestação, sendo vedado caráter lucrativo (MANINHA, 2003). Subsequente, o projeto de lei da Câmara dos Deputados (PL 4892/2012) apresentou mudanças significativas, visando instituir o chamado “Estatuto da Reprodução Assistida”. Mantendo a necessidade de indicação médica, o vínculo familiar da doadora temporária de útero até 2º grau e a vedação de caráter lucrativo, apresentou a necessidade de formalizar o processo através do que chamou de “pacto de gestação de substituição”. Este contrato deverá ser homologado judicialmente e, após o nascimento da criança, levado ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, juntamente com a comprovação de nascido vivo do hospital, declaração do médico responsável pela reprodução assistida – descrevendo a técnica empregada – e termo de consentimento médico informado. Sem homologação judicial, o contrato será nulo. Com consideráveis avanços, o projeto demonstra diversas semelhanças com o modelo americano de regulamentação estadual, que serão analisadas posteriormente. Contudo, não resta claro se na declaração de nascido vivo figurará como mãe a doadora temporária de útero, carecendo de maior detalhamento para evitar lacunas na lei (PAIVA, 2012).

O último projeto em tramitação na Câmara dos Deputados (PL 115/2015) apresenta algumas mudanças ao “Estatuto da Reprodução Assistida” proposto, declarando que, em caso de pactos nulos em decorrência da não homologação judicial, a doadora temporária de útero

será a mãe legal da criança (REZENDE FILHO, 2015). Todos os projetos foram apensados ao PL 1184/2003 e ainda sujeitos à apreciação do Plenário. Denota-se que os seis projetos de lei apresentados, entre 1997 e 2015, são muitos similares, reproduzindo partes das Resoluções do Conselho Federal de Medicina vigente na época sobre o tema. Todos mantêm a necessidade da doadora temporária de útero ter vínculo de parentesco com os pais intencionais – os projetos mais antigos apenas com a mãe intencional – e vedam a possibilidade de compensação financeira da doadora. Assim, passível concluir que poucos avanços ocorreram entre os primeiros e últimos projetos propostos, permanecendo o forte vínculo com aquilo que o Conselho Federal de Medicina decide como correto. Desta forma, diversos brasileiros começaram a optar pela gestação de substituição transnacional em países com regulamentação permissiva da prática. Para analisar estes casos, necessário compreender o tratamento jurídico da prática nos Estados Unidos, dividida entre Estados permissivos, Estados proibitivos e Estados sem regulamentação.

## **2.4. Construindo a Pesquisa Empírica**

### *2.4.1. Aspectos Metodológicos*

A apresentação dos aspectos metodológicos se faz necessária neste momento como forma de elucidar os diversos procedimentos de pesquisa utilizados, bem como recapitular os objetivos da pesquisa apresentados anteriormente no projeto. Nos estudos exploratórios, antes do efetivo início da pesquisa empírica, tinha-se como objetivo principal a análise das implicações das regulamentações brasileira e estadunidense quanto à gestação de substituição. Para tanto, os objetivos específicos incluíam o estudo destas regulamentações – suas origens, argumentos, justificativas e influências de gênero – entrevistas com famílias brasileiras que utilizaram gestação de substituição exclusivamente na forma comercial nos Estados Unidos e, por fim, pesquisa local em clínicas de fertilização no Estado da Califórnia, nos Estados Unidos.

A pesquisa como processo de busca do conhecimento está inserida no referencial teórico-conceitual de todas as ciências, sejam elas físicas e naturais ou humanas e sociais. O que as diferencia são os instrumentos empregados, com a particularidade, nas ciências humanas e sociais, de o indivíduo ser, ao mesmo tempo, sujeito e objeto do estudo. Devido à esta característica torna necessário o uso de técnicas indiretas de observação (DENCKER; VIÁ, 2012). Na presente pesquisa, utiliza-se a ferramenta de investigação inicialmente bibliográfica, analisando referenciais teóricos interdisciplinares e, posteriormente, empírica social, que se

baseia na capacidade dos observadores em concordarem a respeito de uma representação de suas experiências e percepções de mundo. Ainda que não existam múltiplos observadores simultâneos para o mesmo problema, a investigação empírica social exige a construção da ideia de que pesquisadores, inseridos nas mesmas condições, fariam observações e representações semelhantes (HALAVAIS, 2011).

Na fase de estudos exploratórios, a pesquisa empírica parecia limitar-se à realização de entrevistas com famílias brasileiras que utilizaram gestação de substituição exclusivamente na forma comercial nos Estados Unidos e na pesquisa local em clínicas de fertilização no Estado da Califórnia, nos Estados Unidos. Contudo, no decorrer da pesquisa, observou-se que o recorte empírico era mais amplo, tendo início com a análise minuciosa da regulamentação de gestação de substituição nos Estados Unidos. Primeiramente foi realizada uma apreciação constitucional do tema, utilizando as linhas argumentativas de Finkelstein e outros (2016) e Carroll (2013) - com base na quinta e 14<sup>a</sup> Emendas constitucionais - e em seis precedentes judiciais (*case law*), com o intuito de apresentar diferentes posicionamentos doutrinários estadunidenses que defendem a gestação de substituição como um direito fundamental. Em seguida, passou-se para a análise documental da lei uniforme “*Uniform Parentage Act (UPA)*”<sup>88</sup>, apresentando cada artigo do primeiro documento estadunidense que fornece diretrizes aos diferentes Estados do país sobre os procedimentos que devem ser seguidos em casos de gestação de substituição (UNIFORM LAW COMMISSION, 2002).

Tendo como base os procedimentos apresentados pela lei uniforme *UPA*, passou-se para a efetiva pesquisa das regulamentações estaduais do país, utilizando como fundamento os estudos de Finkelstein e outros(2016), que apresentam o *status* legal de gestação de substituição - com base em legislação e *case law* - em 49 dos 50 Estados americanos<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> Ato Uniforme de Parentalidade (tradução nossa).

<sup>89</sup> Nos estudos de Finskelstein e outros (2016), o único Estado não citado na análise o Estado do Alaska.

**Figura 4: Mapa dos 50 Estados americanos**

Fonte: Google Imagens (2017)

Os estudos de Finkelstein e outros (2016) separam os Estados americanos em três tabelas (14 Estados com regulamentação permissiva por lei; 31 Estados sem regulamentação expressa e quatro Estados com regulamentação proibitiva), apresentando o *status* legal de cada Estado e a legislação ou *case law* correspondente. No presente trabalho, metodologicamente, foi realizada primeiramente a análise de cada uma das 14 legislações permissivas apresentadas por Finkelstein e outros (2016), na qual verificou-se dois erros neste estudo - quanto aos Estados do Alabama e Colorado<sup>90</sup> - que então foram descartados na presente pesquisa como Estados com regulamentação permissiva expressa. Ademais, foi adicionado o Distrito da

<sup>90</sup> No estudo citado, os autores declaram que o Estado do Alabama adotou inteiramente a lei uniforme *UPA*. Contudo, como será tratado na análise legislativa, esta lei uniforme permite reserva do Artigo 8º, que trata justamente sobre gestação de substituição. Contudo, em verificação direta na legislação deste Estado (*Code of Alabama Code, Title 26, Chapter 17 – Alabama Uniform Parentage Act*), é possível verificar a reserva ao Art. 8º da lei uniforme *UPA*, o que significa que o Estado optou por não adotar a permissão expressa a prática de gestação de substituição (ALABAMA, 2017). Quanto ao Estado do Colorado, em verificação direta na legislação do Estado (*Colorado Revised Statutes 2016, Title 19, Part 8, Article 4 – Uniform Parentage Act*), o artigo trata apenas sobre reprodução assistida, tratando sobre gestação em que a mãe intencional utiliza óvulo de doadora, frisando ser caso em que esta não atua como *surrogate*. Desta forma, não há qualquer permissão expressa quanto a prática de gestação de substituição na legislação do Estado do Colorado (COLORADO, 2016).

Columbia como “Estado”<sup>91</sup> com regulamentação permissiva expressa, em decorrência da promulgação de legislação no ano de 2017. Totalizando assim uma tabela com 13 Estados permissivos, cada uma das legislações foi minuciosamente analisada, apresentando na referida tabela seis critérios de apreciação: base legal; requisitos para figurar como pais intencionais; quem serão os pais legais; requisitos para figurar como *surrogate* (bem como se existente a possibilidade de compensação financeira); se o contrato possui força obrigatória e, por fim, o número de clínicas de fertilização presentes em cada Estado<sup>92</sup>.

Da segunda tabela de Finkelstein e outros (2016) – que apresentam 31 Estados sem regulamentação expressa – foram selecionados quatro Estados com *case law* relevante, tendo em vista que a tabela do estudo citado era excessivamente extensa com poucos dados proveitosos. A terceira tabela do citado estudo – que apresentam quatro Estados com regulamentação proibitiva – foi utilizada em sua totalidade, com adição de informações relevantes posteriores a publicação do estudo. Adicionalmente à elaboração das tabelas, foi realizado um estudo da relação entre regulamentação da prática de gestação de substituição e o número de clínicas de fertilização existentes em cada Estado do país, com base em dados oficiais de clínicas estadunidenses de reprodução assistida, fornecidos anualmente ao órgão federal do país *Centers for Disease Control and Prevention (CDC)*<sup>93</sup>, com base no *Fertility Clinic Success Rate and Certification Act*<sup>94</sup>, que decreta a obrigatoriedade de clínicas de reprodução assistida enviarem dados anuais de todos os seus procedimentos realizados. (CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION, 2017).

Em um segundo momento da pesquisa empírica, foram analisados os casos brasileiros de gestação de substituição nacionais e transnacionais. Iniciou-se com os casos brasileiros nacionais em conformidade com a Resolução 2121/2015<sup>95</sup> do Conselho Federal de Medicina, na qual as doadoras temporárias de útero necessitam ter vínculo familiar consanguíneo com um dos pais intencionais. Em decorrência da inexistência de dados oficiais da prática, utilizou-se apenas reportagens de *sites* de notícias, com o intuito de ilustrar a presença destes casos na

---

<sup>91</sup> Utilizou-se genericamente o termo Estado na tabela mesmo após a adição do Distrito da Columbia nesta. Cabe apenas mencionar que este é um Distrito Federal, entidade autônoma que geralmente goza de *status* diferenciado das demais unidades federativas, como os Estados. Para o presente trabalho, esta distinção não é relevante, tratando da regulamentação do Distrito sobre gestação de substituição da mesma forma que se trata as regulamentações dos Estados.

<sup>92</sup> Frisa-se que estes critérios de análise foram realizados na presente pesquisa, não sendo objeto de análise nos estudos base de Finkelstein et al (2016).

<sup>93</sup> Centros para Controle e Prevenção de Doenças (tradução nossa).

<sup>94</sup> Ato de Certificação e Índices de Sucesso de Clínicas de Fertilidade (tradução nossa).

<sup>95</sup> Como já mencionado, em decorrência da Resolução 2168/2017 só ter sido publicada em novembro de 2017, o estudo empírico utilizou como base a Resolução 2121/2015. Contudo, visto que as mudanças na atual Resolução foram mínimas, não resta prejudicada a análise destes casos.

mídia do país. Após, foram analisados os casos brasileiros nacionais que se enquadram na exceção permitida pela Resolução 2121/2015, em que a doadora temporária de útero não tem vínculo familiar – mas sim afetivo - com os pais intencionais, necessitando de autorização do Conselho Regional de Medicina do Estado onde os pais intencionais residem<sup>96</sup>. Para esta análise, foram utilizados pareceres de Conselhos Regionais de Medicina quanto ao pedido de autorização para doadora temporária de útero sem vínculo familiar com os pais intencionais. Os pareceres encontravam-se disponíveis na busca unificada do *site*<sup>97</sup> do Conselho Federal de Medicina, permitindo assim a verificação dos Conselhos Regionais de 26 Estados brasileiros e o Distrito Federal, ressaltando que nem todos os Conselhos Regionais publicam estes pareceres. Por fim, apresentados dois casos brasileiros transnacionais, com base nas obras de Rosa e Pompermaier (2016) e Ribeiro (2016), pais intencionais que narram suas experiências de gestação de substituição no exterior, respectivamente nos Estados Unidos e na Índia.

Estas duas fases da pesquisa empírica satisfazem o objetivo principal do trabalho, que consistiu na análise das implicações das regulamentações brasileira e estadunidense quanto à gestação de substituição. A terceira fase da pesquisa empírica visou complementar esta análise, coletando dados de brasileiros que optaram por gestação de substituição transnacional exclusivamente nos Estados Unidos. A investigação utilizou, como técnica de coletas de dados, o uso de questionário padronizado, com a finalidade de que fosse obtida a resposta ao problema de pesquisa formulado, qual seja: as implicações das normas brasileiras e estadunidenses para a prática de gestação de substituição transnacional no projeto parental de pessoas com dificuldades reprodutivas. Especulou-se que este recorte empírico demonstraria as razões e motivações de casais brasileiros para optarem por gestação de substituição transnacional: se possuíam mulheres na família, até quarto grau de parentesco, ou fora do núcleo familiar, dispostas a doarem temporariamente o útero, mas mesmo assim optaram pela gestação de substituição transnacional; se não possuíam, razões que levaram a optar pelos Estados Unidos; as implicações legais da prática no retorno ao Brasil com a criança, entre outras.

Tem-se em vista que a pesquisa empírica tem a intenção de aprimorar conhecimentos sobre determinado assunto, passível de ser considerado que o mais adequado seria a observação e averiguação de todos os aspectos existentes da realidade que se pretende escrever. Entretanto, diante da inviabilidade de se realizar uma pesquisa com tamanha abrangência, torna-se necessário optar por uma parte específica do fenômeno. Antes de tratar especificamente sobre a

---

<sup>96</sup> Cabe lembrar que todos os casos brasileiros nacionais em conformidade com a Resolução 2168/2017 – mesmo que dentro da exceção permitida – necessitam obrigatoriamente não possuírem caráter comercial e lucrativo.

<sup>97</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Busca integrada**. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/> Acesso em: 17.10.2017.

coleta de dados, importante tecer breves comentários sobre o que significa realizar uma pesquisa qualitativa.

Uma das principais preocupações com a pesquisa qualitativa, no presente trabalho, foi evitar o *bias*<sup>98</sup> da pesquisadora. Goldenberg (2004) ensina que se deve recusar a suposta neutralidade de um pesquisador quantitativista, propondo que o pesquisador tenha consciência da interferência de seus valores na seleção e no encaminhamento do problema estudado, enfrentando suas valorações de forma explícita nos resultados da pesquisa. Outro possível *bias* decorre do fato da pesquisa ficar restrita aos indivíduos e organizações que permitam ser pesquisados, renunciando aqueles indivíduos que se recusam a serem estudados. Este fato pode gerar implicações nos resultados das pesquisas, já que aqueles que resolvem falar podem ter motivações e interesses diversos daqueles que se recusam a falar. Por esta razão destaca-se a importância de tornar explícitos os resultados negativos dos estudos, mostrando as dificuldades e descaminhos percorridos pelo pesquisador até chegar aos resultados de sua pesquisa (GOLDENBERG, 2004).

Igualmente importante discutir a representatividade de dados coletados em uma pesquisa qualitativa. Nas abordagens que privilegiam a compreensão do significado de fatos sociais, discute-se se é possível ou não a generalização destes dados. Como leciona Goldenberg:

(...) as abordagens qualitativas não se preocupam em fixar leis para se produzir generalizações. Os dados da pesquisa qualitativa objetivam uma compreensão profunda de certos fenômenos sociais apoiados no pressuposto da maior relevância do aspecto subjetivo da ação social. (...) Enquanto os métodos quantitativos supõem uma população de objetos comparáveis, os métodos qualitativos enfatizam as particularidades de um fenômeno em termos de seu significado para o grupo pesquisado. É como um mergulho em profundidade dentro de um grupo ‘bom para pensar’ questões relevantes para o tema estudado. (GOLDENBERG, 2004, p. 49-50).

Destacadas as peculiaridades da pesquisa qualitativa, parte-se para a descrição da coleta de dados junto ao grupo selecionado (brasileiros que utilizaram gestação de substituição transnacional nos Estados Unidos). A técnica de coleta de dados utilizada foi o questionário rigidamente padronizado, no qual as perguntas apresentadas a todos participantes são exatamente as mesmas, com as mesmas palavras e na mesma ordem, sendo as respostas mais facilmente comparáveis. As perguntas possuem caráter misto, pois ao mesmo tempo em que

---

<sup>98</sup> O termo *bias* é melhor traduzido como “parcialidade”. Segue-se a utilização do termo em inglês como Goldenberg (2004), que afirma que a utilização do termo em inglês é comum entre os cientistas sociais.

são, em sua maioria, fechadas – respostas limitadas às alternativas apresentadas – são também abertas – o participante escreve livremente sobre o tema que lhe é proposto –, pois algumas possuem espaço adicional e opcional para dissertar sobre a pergunta se desejar.

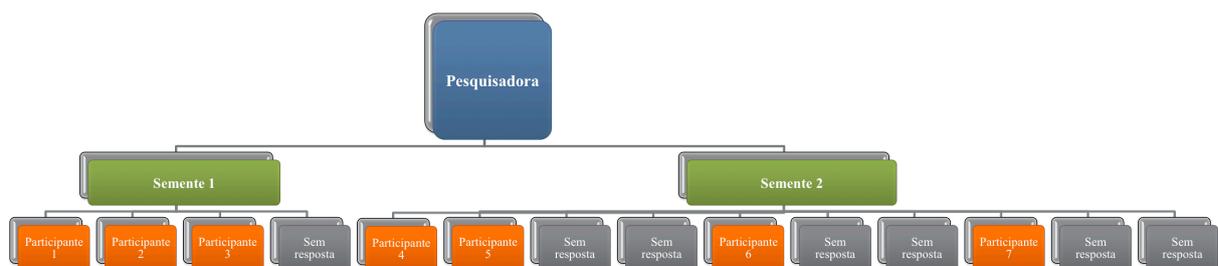
No questionário, a informação obtida pelo pesquisador limita-se às respostas escritas e às questões predeterminadas. Por sua natureza impessoal, redação típica, ordem regular das questões e instruções para registro das respostas, o questionário permite uma maior facilidade na coleta de dados, não exigindo a presença do pesquisador, possibilitando também aos participantes maior liberdade para exprimir opiniões sem temer desaprovação (GOLDENBERG, 2004). A escolha da técnica de coleta serviu principalmente pela possibilidade de ser aplicado a um número maior de pessoas - aumentando a representatividade – visto que a questão geográfica impedia a realização de entrevistas. A principal desvantagem está no fato do número de questões precisar ser limitado para manter o interesse do participante, uma vez que o pesquisador não está presente para solicitar a colaboração dele, bem como tem pouca flexibilidade, visto que as perguntas são fixas e não permitem – com algumas exceções – informações adicionais (DENCKER; VIÁ, 2012).

O critério de inclusão final empregado na seleção dos participantes foi: brasileiros que utilizaram o serviço de gestação de substituição nos Estados Unidos, tendo já concluído o processo e retornado ao Brasil com a(s) criança(s). A técnica de amostragem utilizada foi a bola de neve (*snowball sampling*), forma de amostra não probabilística, que utiliza cadeias de referência (BIERNACKI; WALDORF, 1981). A partir deste tipo específico de amostragem não é possível determinar a probabilidade de seleção de cada participante na pesquisa, mas torna-se útil para estudar determinados grupos difíceis de serem acessados. A execução da amostragem em bola de neve se constrói da seguinte maneira: utiliza-se informantes-chaves, nomeados como *sementes*, com o intuito de localizar participantes que se encaixem no critério de inclusão. O uso de sementes ocorre devido a impossibilidade de amostra probabilística inicial, e assim as sementes auxiliam o pesquisador a iniciar contatos com o grupo a ser pesquisado. Em seguida, solicita-se que as pessoas indicadas pelas sementes indiquem novos contatos com as características desejadas, a partir de sua própria rede pessoal, e assim sucessivamente, possibilitando o crescimento da amostragem a partir de cada participante.

De acordo com Bernard (2005), esta técnica é um método de amostragem útil para se estudar populações difíceis de serem acessadas ou estudadas (*hard-to-find or hard-to-study populations*), ou que não há precisão sobre sua quantidade. A amostragem de bola de neve é utilizada principalmente para fins exploratórios, usualmente com três objetivos: desejo de melhor compreensão sobre um tema, testar a viabilidade de realização de um estudo mais

amplo, e desenvolver os métodos a serem empregados em todos os estudos ou fases subsequentes. Na presente pesquisa, foram utilizadas duas sementes como informantes-chave, que originaram a indicação de 14 pessoas que se encaixavam no critério de inclusão. Destas 14 pessoas, sete efetivamente responderam o questionário em sua totalidade:

**Figura 5: Rede De Contatos A Partir Do Método Bola De Neve**



Fonte: Autora.

Importante ressaltar que uma das sementes atuou formalmente como agência coparticipante, sendo esta a já citada agência “Tammuz America Latina Consultoria e Planejamento Familiar Ltda”, que presta serviços de assessoria e consultoria familiar, auxiliando pessoas com dificuldades reprodutivas em programas de gestação de substituição transnacional nos Estados Unidos, Ucrânia e Rússia<sup>99</sup>. Por uma questão ética, a pesquisadora exigiu que o questionário fosse anônimo, por envolver clientes da agência que voluntariamente optassem por participar da pesquisa. Da mesma forma, por isonomia, o questionário também foi anônimo para os potenciais participantes indicados pela outra semente. O *link* do questionário padronizado foi enviado para o endereço eletrônico (*e-mail*) das sementes,

<sup>99</sup> A referida agência assinou formalmente declaração de instituição coparticipante, permitindo o uso de seu nome na presente pesquisa.

responsáveis por encaminhá-lo para os potenciais participantes. Ainda, este não possuía caráter público, tendo acesso a este apenas quem possuía o *link*, assegurando assim a segurança do critério de inclusão.

O questionário foi constituído de uma série ordenada de nove perguntas fechadas e cinco perguntas abertas, sendo que algumas das perguntas fechadas possuíam espaço adicional opcional para o participante dissertar sobre a pergunta se assim quisesse. O termo de consentimento livre e esclarecido completo (TCLE)<sup>100</sup> estava na presente na descrição do documento. A anuência ao termo estava presente na primeira pergunta, de caráter obrigatório. Caso não respondida, não seria possível dar continuidade ao questionário. A linguagem utilizada no questionário foi simples e direta. Inicialmente, o questionário só seria enviado aos potenciais participantes após a devida aprovação do projeto de pesquisa pelo Comitê de Ética e Pesquisa da Universidade La Salle (CEP), questão que merece maior análise e explicação em item próprio.

#### *2.4.2. A Tramitação do Projeto de Pesquisa junto ao Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade La Salle*

As tratativas para submissão do projeto de pesquisa ao Comitê de Ética em Pesquisa (CEP)<sup>101</sup> iniciaram no final de março de 2017, com os primeiros contatos por *e-mail* com o primeiro informante-chave (semente 1). Este informou sobre a possibilidade de indicação de três ou quatro potenciais participantes, comunicando que buscaria o contato dos mesmos. Contudo, após diversas tentativas, a resposta positiva de encaminhamento do questionário só ocorreu efetivamente no final do mês de agosto. Por sua vez, o contato com o segundo informante-chave (semente 2) iniciou em maio de 2017, com célere resposta positiva. A pesquisadora se ausentou do país entre as datas de 29 de maio até 24 de julho, em decorrência

---

<sup>100</sup> O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido é um documento básico e fundamental do protocolo e da pesquisa ética. É a fonte de esclarecimento que permitirá ao participante tomar sua decisão de forma justa e sem constrangimentos. É também a proteção legal do pesquisador, posto que é a manifestação clara de concordância com a participação na pesquisa. O TCLE possui uma breve apresentação da pesquisa, seguida de esclarecimentos sobre o objetivo e os procedimentos de pesquisa, esclarecendo como funciona a participação, frisando a liberdade de recusa a qualquer momento e garantindo o sigilo. Após, apresenta-se os possíveis riscos e benefícios da pesquisa para os participantes, fornecendo os dados da pesquisadora e do Comitê de Ética da instituição em caso de dúvidas ou necessidade de maiores esclarecimentos.

<sup>101</sup> Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) avalia projetos de pesquisa envolvendo seres humanos, em concordância com a Resolução 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde, que estabelece a necessidade de revisão ética e científica destas pesquisas. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466\\_12\\_12\\_2012.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html) Acesso em: 20.10.2017.

de um curso no exterior<sup>102</sup>. Após seu retorno, iniciaram-se as primeiras reuniões desta com a Secretária do CEP da Universidade La Salle, a fim de sanar eventuais dúvidas e questionar a possibilidade de submissão de um questionário anônimo, fornecendo o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) em local de destaque no formulário, após o título, e vinculando a primeira pergunta deste a anuência do TCLE. Com a informação positiva dada pela funcionária sobre a metodologia, passa-se para o período de submissão de documentos necessários. Com toda a documentação, cópia do questionário padronizado, TCLE e projeto, o pedido de autorização ao CEP foi oficialmente enviado, por meio eletrônico, no dia 11 de setembro de 2017, entregando também cópia física no dia 13 de setembro de 2017<sup>103</sup>.

A reunião dos membros do Comitê ocorreu no dia 27 de setembro de 2017, obtendo a informação que o parecer seria enviado no mesmo dia (sexta-feira) ou no máximo no dia 30 de setembro (segunda-feira). Contudo, o parecer só foi disponibilizado no dia 06 de outubro de 2017, com as seguintes recomendações e conclusões:

“O conteúdo da pesquisa envolve procedimento com diversas e complexas questões éticas e legais. No Brasil, há proibição expressa da utilização da “barriga de substituição ou barriga solidária” como apresentado pela empresa coparticipante do estudo. O Conselho Federal de Medicina, através da Resolução 2121/2015, que “adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros” repudia esta forma de contrato. Tendo em vista que este Comitê de Ética em Pesquisa representa uma instituição de cunho religioso e que, seguindo a legislação, não concordará em ser co-responsável desse estudo. Em consenso do Colegiado do Comitê de Ética em Pesquisa e com a consulta realizada com nossos representantes legais desta Instituição, o parecer de Não Aprovado é emitido, no sentido de que a Universidade La Salle não será co-responsável pela pesquisa (grifo nosso)

Após o recebimento do mesmo, a pesquisadora requereu reunião com a Coordenação do Mestrado em Direito da Universidade La Salle, que ocorreu no dia 10 de outubro de 2017, onde a Coordenação manifestou a mesma surpresa com o parecer, principalmente pelo fato de utilizar, como argumento para não aprovação, uma suposta ilegalidade da prática e o “cunho

<sup>102</sup> Com o intuito de aprimorar o conhecimento na área de bioética, que será matéria de análise no terceiro capítulo da presente pesquisa, a pesquisadora participou de curso de verão no Centro Interdisciplinar de Bioética da Universidade de Yale, nos Estados Unidos. Maiores informações disponíveis em: <https://bioethics.yale.edu/sherwin-b-nuland-summer-institute-bioethics>

<sup>103</sup> Importante justificar o ingresso tardio no CEP. Como mencionado, no decorrer do trabalho, a pesquisa empírica tornou-se mais ampla, passando o estudo empírico com estes participantes a ter caráter adicional. Em decorrência de diversas tentativas de contato sem sucesso com o primeiro informante-chave (semente 1), acreditou-se que não seria possível realizar esta parte da pesquisa empírica. Com a resposta do mesmo no final do mês de agosto, optou-se em prosseguir com a pesquisa. Como o método de coleta de dados utilizado seria questionário enviado por *e-mail*, acreditou-se que as respostas chegariam de forma rápida ou não chegariam.

religioso” da instituição. A Coordenação destacou que a instituição jamais proibiu qualquer pesquisa, aula ou evento com temáticas polêmicas, incluindo temas como aborto e homossexualidade. Com o apoio da Coordenação do Mestrado em Direito da Universidade La Salle, a pesquisadora requisitou uma reunião com o CEP da instituição, que ocorreu no dia 11 de outubro de 2017, na presença de dois membros do Comitê – um deles sendo a coordenadora – e a Secretária do mesmo. Na reunião, a pesquisadora questionou o argumento de “ilegalidade da prática”, explicando que a Resolução do Conselho Federal de Medicina não pode ser considerada lei, não podendo assim classificar a prática como ilegal no país. Segundo, ainda se considerasse a prática como ilegal, esta ainda poderia ser pesquisada, visto que existem pesquisas sobre aborto e uso de drogas, a título exemplificativo, que são crimes no ordenamento jurídico brasileiro. Reforçou que a legalidade de uma prática não tem qualquer relação com a pesquisa, sendo papel do CEP apenas verificar o caráter ético da metodologia empregada para pesquisas com seres humanos.

Os membros presentes na reunião apresentaram argumentos diferentes daqueles contidos no parecer, informando que o problema da pesquisa era a metodologia empregada, pois a técnica de coleta de dados era anônima, o que supostamente não seria permitido. A pesquisadora informou, primeiramente, que lhe foi confirmada a possibilidade da pesquisa ser anônima pelo próprio CEP, justamente por isto utilizou o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido no próprio questionário. Ainda, questionou porque todos estes argumentos não estavam contidos no parecer. Sem resposta, perguntou se, caso a metodologia fosse outra, o projeto seria aprovado. Foi respondido que, da mesma forma, seria necessário o “aval do Departamento Jurídico da instituição”, argumento que a pesquisadora considerou alarmante, pois inexistente relação alguma entre a função do CEP – de verificar se o questionário aplicado para seres humanos estaria dentro de padrões éticos – e o Departamento Jurídico da instituição, pois, desta forma, nenhum pesquisador poderia tratar de temas juridicamente controversos, que são justamente aqueles que devem ser estudados.

Por fim, os membros do CEP presentes na reunião informaram que a negativa deles não teria qualquer interferência com a defesa da pesquisa, que poderia ocorrer normalmente. Em consulta com o Coordenação do Mestrado em Direito e a Coordenação Geral de Pós-Graduação da Universidade La Salle, a informação foi confirmada, ressaltando a possibilidade de realização da pesquisa empírica e posterior defesa sem aprovação do CEP, podendo também buscar CEP de outra instituição futuramente, se desejar publicar a pesquisa em revista que exija a referida aprovação, que não é comum na área do Direito. Destaca-se, ainda, que nenhuma

modificação no Termo de Consentimento Livre e Esclarecido e nas perguntas do questionário padronizado foram sugeridas nas recomendações do CEP.

Com o aval da Coordenação do Mestrado em Direito e da Direção Geral de Pós-Graduação da Universidade La Salle, a pesquisa foi realizada em conformidade com a metodologia anteriormente descrita. Apesar da efetiva realização, achou-se oportuno apresentar recurso do parecer negativo, pois alguns posicionamentos constantes no mesmo eram alarmantes. Além dos argumentos já apresentados em reunião, salientou-se o argumento de que *“há proibição expressa da utilização da ‘barriga de substituição ou barriga solidária’, como apresentado pela empresa coparticipante do estudo”*, pois esta apenas atua na intermediação de serviços fornecidos em país estrangeiro, não em território brasileiro. Ainda, ressaltou-se inexistir qualquer juízo de valor quanto as atividades da agência coparticipante, atendo-se a pesquisa à análise de um fenômeno transnacional existente no mundo dos fatos, sendo papel dos operadores do Direito o exame deste fenômeno.

O recurso foi analisado antes da data da próxima reunião do Comitê, programada para 24 de novembro de 2017, sendo respondido no dia 21 de novembro de 2017, na forma de segundo parecer. Este sugeriu mudanças no TCLE – o que não foi sugerido no parecer anterior - e contato direto com os participantes, sem utilizar os sementes para envio de *link* do questionário e, desta forma, sem ser anônimo. Cabe ressaltar que, no primeiro parecer emitido, em nenhum momento foi citada a impossibilidade da pesquisa ser anônima, bem como qualquer outra recomendação de mudança metodológica. A questão do anonimato só foi informada por membros do CEP na reunião do dia 11 de outubro, não sendo esta objeto do recurso, visto que não constava no parecer recorrido. Como a pesquisa já havia sido realizada nos moldes descritos, optou-se por encerrar as tratativas com o CEP.

## **2.5. O tratamento jurídico da gestação de substituição: A nacionalidade e transnacionalidade contemporânea**

### *2.5.1. Legislações estaduais nos Estados Unidos*

As temáticas de reprodução humana assistida, como gestação de substituição, são classificadas como matérias de direito de família e, portanto, de competência legislativa estadual. Contudo, toda e qualquer lei estadual está subordinada ao controle de constitucionalidade da Constituição dos Estados Unidos, podendo ter sua constitucionalidade questionada judicialmente na Suprema Corte dos Estados Unidos, se provocada. Não há

precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre a prática, porém seus defensores acreditam que o direito à privacidade da 5ª e 14ª Emenda sustentam a possibilidade de firmar um contrato de gestação de substituição. Estes defendem que, de acordo com os precedentes da Suprema Corte *Skinner v. State of Oklahoma (1942)*<sup>104</sup>, *Griswold v. Connecticut (1965)*<sup>105</sup> e *Roe v. Wade (1973)*<sup>106</sup>, decisões sobre procriação estão sujeitas ao mais alto grau de controle de constitucionalidade<sup>107</sup>, o que, para Finkelstein (2016), deveria ser extensivo a procriação através de gestação de substituição.

Carroll (2013) apresenta três posicionamentos diferentes com base no argumento de que o direito de procriar através de gestação por substituição está protegido pela 5ª e 14ª Emenda. O primeiro posicionamento segue a linha do precedente *Washington v. Glucksberg (1997)*<sup>108</sup> – no qual sustentado que, para uma prática ser considerada um direito fundamental, precisa estar “objetivamente e profundamente enraizada na história e tradição da Nação” – alegando que os precedentes da Suprema Corte que protegem a liberdade reprodutiva são todos casos em a integridade do corpo da mulher está em risco. Com este entendimento, *Roe v. Wade* protege o direito ao aborto apenas porque uma mulher não pode coagida a usar seu corpo para carregar uma criança até o nascimento, enquanto *Skinner v. Oklahoma* protege o direito da mulher de não sofrer esterilização compulsória porque envolve uma ação afirmativa de intrusão ao corpo. Assim, este posicionamento interpreta a liberdade reprodutiva como direito negativo, não positivo<sup>109</sup>, não podendo um governo restringir direitos individuais de exercício da liberdade

<sup>104</sup> Esterilização compulsória, quando aplicada como punição por crime, mas apenas para certos tipos de crime viola a cláusula da proteção igualitária da 14ª Emenda. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/316/535/> Acesso em: 08.10.2017.

<sup>105</sup> Uma lei do Estado de Connecticut que criminalizava o uso de contraceptivos foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte dos Estados Unidos, por violar o direito marital de privacidade. O posicionamento vencedor argumentou que o direito à privacidade encontrava-se nas “penumbras” da *bill of rights*, principalmente com base na 9ª Emenda, que declara serem os direitos presentes na Constituição não exaustivos. Um posicionamento secundário opinou que o direito individual à privacidade estava contido no conceito de “liberdade” protegido pela cláusula do devido processo legal da 14ª Emenda. Ainda, importante ressaltar que este direito à privacidade quanto a vida reprodutiva deixou de ser estritamente conectada ao matrimônio com o caso *Eisenstadt v. Baird (1972)*, com base na cláusula da proteção igualitária, estendendo-se igualmente para pessoas solteiras (BOWMAN et al, 2011, fls. 419-423).

<sup>106</sup> Vide nota n. 39.

<sup>107</sup> O controle de constitucionalidade no *common law* americano sempre irá reconhecer o afastamento de normas contrárias à Constituição. Este controle pode ser baixo, intermediário ou alto. Será alto quando tratar de direitos fundamentais presentes na Constituição dos Estados Unidos (WINKLER, 2006, p. 793).

<sup>108</sup> A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a cláusula do devido processo legal da 14ª Emenda não protegia o direito de assistência em suicídio, pois este não é um direito fundamental justamente por não estar objetivamente e profundamente enraizado na história e tradição da Nação.

<sup>109</sup> O atual modelo de Estado consagrado pela Constituição Federal de 1988 garantiu o exercício dos direitos individuais livres de qualquer embaraço, firmando a concepção dos direitos negativos em uma escala “verticalizada”, condição em que o Estado assume um dever constitucional de abster-se em influir na vida privada de seus cidadãos. Ao mesmo tempo, a Constituição também impôs ao Estado um dever de agir em benefício de seus cidadãos, ou seja, a designação de direitos positivos consubstanciados na prestação de serviços que garantam

reprodutiva, porém não está obrigado a fornecer serviços e recursos para que este exercício seja possível. Não considerando a prática de gestação de substituição como um direito fundamental, não estaria este sujeito ao controle de constitucionalidade estrito, podendo os Estados criarem leis proibitivas quanto a sua prática (CARROLL, 2013).

Alternativamente, o segundo posicionamento dá ênfase ao fato de que casais que buscam gestação de substituição geralmente não possuem meios de constituir família sem a assistência de um terceiro. Negar o direito à prática seria negar o direito de procriação como um todo, o que seria equivalente a uma esterilização compulsória como em *Skinner v. Oklahoma*. Por este posicionamento, se um Estado quisesse banir a prática de gestação de substituição, teria que passar pelo teste de controle de constitucionalidade estrito (CARROLL, 2013). Ainda, caso este argumento não fosse aceito, este posicionamento defende que gestação de substituição é uma prática com raízes históricas, citando passagens da Bíblia Sagrada<sup>110</sup>.

O terceiro posicionamento apresentado por Carroll (2013) nega que o acesso à gestação de substituição seja um direito fundamental, mas afirma que, se alguns pais intencionais possuem acesso à técnica, todos deveriam ter, com base na cláusula de proteção da igualdade da 5ª e 14ª Emenda. Este é o argumento contrário utilizado para leis que restringem o acesso à gestação de substituição apenas para pessoas casadas. A cláusula de proteção da igualdade ainda pode ser usada para argumentar que, se um Estado permite técnicas de reprodução assistida para casos de infertilidade masculina, deveria permitir gestação de substituição para casos de infertilidade feminina, o que inclui, neste posicionamento, a incapacidade de gestar por problemas uterinos. O argumento de discriminação de gênero – muito presente em decisões da Suprema Corte – é rebatido pelo fato de que gestação de substituição é um fardo e uma responsabilidade muito maior para a *surrogate* do que para um doador de esperma.

Por fim, defensores deste posicionamento também utilizam a cláusula da proteção isonômica para casos em que o direito da mãe intencional tem seu nome na certidão de nascimento da criança negado, mas o do pai intencional não, considerando uma discriminação de gênero, e tendo algum sucesso em cortes estaduais. Para Carroll (2013), o reconhecimento de outras formas de reprodução que vão além do coito como um direito fundamental eventualmente ocorrerá, como demonstra a decisão de uma Corte do Estado de Utah – em *J.R. v. Utah* – ao declarar que, caso gestação de substituição seja a única forma de um casal

---

o exercício de direitos fundamentais, neles incluindo o direito à saúde, à educação, além de outros previstos no texto constitucional (OTERO; REGO, 2016, p. 65).

<sup>110</sup> Em Gênesis 16, ao ponderar que: Sarai, mulher de Abrão, incapaz de procriar, pede a Abrão que lhe proporcione a maternidade por meio de sua escrava Aguiar. Em Gênesis 30, Raquel, esposa de Jacó, suplica a este que, por intermédio de sua serva Bala, realize seu desejo de maternidade (Bíblia, 1976).

procriar, esta necessariamente implica o direito fundamental de procriação, em concordância com a Constituição dos Estados Unidos e com a Constituição do Estado de Utah (CARROLL, 2013, p. 1197).

Assim, à parte do necessário controle de constitucionalidade, o federalismo americano tradicionalmente limita o poder legislativo do governo federal em favor dos governos estaduais. Especificamente, a 10<sup>a</sup> Emenda da Constituição Americana declara que os poderes não delegados ao governo federal pela Constituição, ou por esta proibidos aos Estados, são reservados aos Estados e ao povo. Desta forma, os Estados americanos podem decretar leis completamente diferentes sobre matérias idênticas. Em concordância com o precedente *Erie Railroad Co. V. Tompkins (1938)*, as Cortes Federais não podem decretar leis aos Estados, existindo somente a possibilidade de criação de leis uniformes aos Estados sobre determinando tema, não sendo obrigatória a adesão pelos mesmos (ANDRIES, 2016). Estas leis uniformes são feitas por uma comissão intitulada *Uniform Law Commission (ULC)*<sup>111</sup>, estabelecida em 1892 com o intuito de criar legislações uniformes que tragam clareza e estabilidade aos Estados em determinadas áreas, redigidas por uma comissão legislativa não partidária formada por advogados, juízes e legisladores nomeados pelos governos estaduais – bem como do Distrito de Columbia, Porto Rico e as Ilhas Virgens americanas – para pesquisar, redigir e promover leis uniformes para os Estados<sup>112</sup>.

Historicamente, existiu uma tentativa de criação de abordagem unificada – em nível estadual – para a prática de gestação de substituição no país, no ano de 1988, intitulada “*Uniform Status of Children of Assisted Conception Act (USCACA)*”<sup>113</sup>, propondo duas alternativas legislativas para o tema: a necessidade de uma aprovação judicial do contrato de gestação de substituição para este ser válido ou a opção de tornar todo de qualquer contrato da prática nulo. Apenas dois Estados aderiram a lei uniforme – o Estado de Virgínia optou pela regulamentação e o Estado da Carolina do Norte pela proibição - que recebeu críticas por não tratar dos conflitos sociais e políticos da prática. Assim, no ano de 2000, a lei foi substituída pelo “*Uniform Parentage Act (UPA)*”<sup>114</sup>, revisado em 2002, que apresenta diretrizes aos Estados sobre os procedimentos que devem ser seguidos com um contrato de gestação de substituição, como validação judicial do contrato e determinação da parentalidade legal dos pais intencionais. Atualmente, 11 Estados americanos aderiram à lei uniforme, porém apenas

<sup>111</sup> Comissão da Uniformidade Legal (tradução nossa).

<sup>112</sup> UNIFORM LAW COMMISSION. **Constitution of the Uniform Law Commission**. Disponível em: <http://www.uniformlaws.org/Narrative.aspx?title=About%20the%20ULC> Acesso em: 07.10.2017.

<sup>113</sup> Ato Uniforme do *Status* de Crianças Nascida por Concepção Assistida (tradução nossa).

<sup>114</sup> Ato Parental Uniforme (tradução nossa).

dois Estados – Texas e Utah - aderiram ao Art. 8º sobre gestação de substituição, que é de adesão opcional. A comissão considerou que muitos Estados poderiam não estar prontos para regulamentar um tema tão conflituoso como gestação de substituição, sendo a adesão opcional uma forma de não comprometer os demais artigos da *UPA* (UNIFORM LAW COMMISSION, 2002).

O Art. 8º é dividido em nove seções, tratando a primeira (seção 801) sobre o contrato firmado entre pais intencionais e *surrogate* – chamado de “acordo gestacional autorizado” – salientando que este contrato poderá incluir os doadores de gametas, se houver, e frisando a necessidade da participação do marido da *surrogate*, se esta for casada, por meio de autorização escrita. A gestação necessita ser fruto, obrigatoriamente, de alguma técnica de reprodução assistida, renunciando a *surrogate*, seu marido e possíveis doadores de gametas a todos os direitos e deveres parentais da criança. A lei fornece tratamento igualitário para pais intencionais casados ou não. Ainda, define que este contrato só terá força obrigatória se validado em concordância com o rito da seção 803, possibilitando também o que foi chamado de “pagamento de consideração” à *surrogate*. Importante salientar que, no direito de contratos do *common law* americano, consideração significa “pagamento ou dinheiro, elemento vital do contrato”<sup>115</sup>. Por fim, a seção 801 declara que estes contratos não limitam o direito da *surrogate* de tomar decisões em caso de riscos para sua saúde ou do feto, não podendo os pais intencionais ordenarem tratamentos médicos sem o consentimento da mesma (ULC, 2002).

A seção 802 trata da possibilidade deste contrato ser validado judicialmente, pela corte apropriada conforme cada Estado, através de uma petição, se cumpridos os seguintes requisitos: os pais intencionais devem ser residentes do Estado em questão por pelo menos 90 dias; o marido da *surrogate*, se esta for casada, necessita obrigatoriamente ser parte contratual e o contrato firmado necessita ser anexado à petição para validação judicial. A validação judicial permite um envolvimento do juiz ainda na fase inicial, ou seja, antes mesmo da fertilização *in vitro* ocorrer. Esta precaução permite ao juiz orientar as partes sobre as consequências e os riscos dos procedimentos envolvidos, visando sempre o melhor interesse da criança. Ainda, o marco temporal de residência dos pais intencionais evita casais de Estados proibitivos – bem como casais estrangeiros não residentes no país - de buscarem a prática em Estados permissivos. Se a seção 802 trata dos requisitos para a petição ser aceita, a seção 803 trata dos requisitos necessários para a efetiva validação judicial do contrato, sendo o primeiro deles o

---

<sup>115</sup> "Consideration." *West's Encyclopedia of American Law, edition 2*. 2008. The Gale Group. Disponível em: <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/consideration> Acesso em: 20.10.2017.

cumprimento dos requisitos de residência dos pais intencionais presentes na seção 802. O segundo requisito exige que “o padrão mínimo de aptidão parental dos pais intencionais” seja comprovado através de um estudo social realizado por agência competente – como um Conselho Tutelar<sup>116</sup> - medida similar àquela aplicada para pais adotivos. Esta medida, embora polêmica, visa analisar não apenas o ambiente onde a criança será criada e a aptidão destes pais para criá-la, mas sim verificar se os pais intencionais não possuem histórico de abusos, violência ou qualquer conduta que ponha em risco a vida de uma criança<sup>117</sup>. O terceiro requisito exige que todas as partes tenham voluntariamente assinado o contrato, evitando assim casos de coerção ou fraude. O quarto requisito visa assegurar que os pais intencionais se responsabilizem por gastos relacionados à saúde da *surrogate*, como plano de saúde e até mesmo seguro de vida, até o nascimento da criança. Por fim, o quinto requisito reforça a necessidade de que o pagamento à *surrogate*, se existir, deverá ser razoável<sup>118</sup> (ULC, 2002).

Se cumpridos os requisitos, o Tribunal poderá emitir ordem judicial – em audiência designada - que valida o contrato firmado e declara os pais intencionais como pais legais da criança. Esta ordem judicial, inclusive, já é entregue ao hospital antes mesmo do nascimento da criança, tendo este ciência prévia de que é um caso de gestação de substituição (ULC, 2002). Não há requerimento de ligação genética da criança com pelo menos um dos pais intencionais, uma novidade da *UPA* em relação à lei anterior, possivelmente decorrente do *case law* de 1998 “*In Re Marriage of Buzzanca*”, em que a Corte de Apelações do Estado da Califórnia decretou a parentalidade legal de pais intencionais sem vínculos genéticos com a criança com base na intenção de ambos serem pais desta, desde a concepção até o nascimento<sup>119</sup>. A decisão se baseou no precedente da Suprema Corte do Estado da Califórnia “*John v. Calvert*”<sup>120</sup>, que

---

<sup>116</sup> O conceito de Conselho Tutelar está presente no Artigo 131 do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei Federal 8.069/90, e atua para zelar pelo cumprimento de direitos de crianças e adolescentes, tendo em vista eventual ameaça ou real violação, conforme Artigo 98 da lei referida, caso haja falta dos pais ou abuso destes, omissão da sociedade ou do Estado ou em razão da conduta daqueles que estão sendo protegidos. Assim, o Conselho Tutelar podera aplicar as medidas de proteção dos Artigos 18b,101 e 129 do ECA (BRASIL, 1990).

<sup>117</sup> Este tema será aprofundado no capítulo 3.

<sup>118</sup> Algumas informações sobre estes valores será matéria do terceiro capítulo.

<sup>119</sup> Luanne e John Buzzanca firmaram contrato de gestação de substituição com uma *surrogate*, utilizando embrião fecundado com gametas de doadores. Durante a gestação, John Buzzanca ajuizou ação de divórcio, alegando inexistirem filhos oriundos do matrimônio. Em contestação, Luanne Buzzanca alegou que as partes esperavam um filho fruto de gestação por substituição e, após o nascimento deste, requereu a maternidade legal da filha. O Tribunal afirmou que mãe é aquela que fornece material genético ou aquela que gesta, declarando assim a *surrogate* e seu marido como pais intencionais da criança. Após apelação, a Corte de Apelações do Estado da Califórnia decretou a parentalidade legal de John e Luanne Buzzanca, com base no papel de ambos como pais intencionais, desde a concepção até o nascimento da criança. **In re Marriage of Buzzanca**. 1998. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/61/1410.html> Acesso em: 08.10.2017.

<sup>120</sup> Este precedente será analisado posteriormente, ao tratar da regulamentação da prática de gestação de substituição no Estado da Califórnia.

determinou estar a parentalidade por intenção diretamente relacionada com o melhor interesse da criança. Assim, seguindo o precedente, a *UPA* não exigiu relação genética da criança com qualquer um dos pais intencionais.

A seção 804 trata da confidencialidade dos processos de gestação de substituição, que adotam o modelo utilizado em casos de adoção, para garantir o direito à privacidade de todas as partes envolvidas. Já a seção 805 garante uma exclusividade de jurisdição continuada àquela que validou o contrato de gestação de substituição até a criança completar 180 dias, evitando assim que, em caso de litígio, a criança possa ser levada estrategicamente para outro Estado. Porém, ressalta que a exclusividade de jurisdição continuada trata apenas de litígios quanto à obrigatoriedade do contrato e da parentalidade legal, não tratando de temas colaterais como guarda, direito de visita e pensão alimentícia. A seção 806 diz respeito à desistência de qualquer uma das partes do contrato – antes que ocorra a fertilização – que necessita de notificação escrita ao Tribunal. Este, por sua vez, presente “justa causa” – cláusula aberta a ser definida por cada Estado - poderá de ofício cancelar o contrato firmado pelas partes. Ainda, a seção destaca a aplicação de sanções para a parte que desistir do contrato sem notificar, por escrito, o Tribunal, cabendo aos Estados definirem as sanções apropriadas (ULC, 2002).

A seção 807 trata da necessidade de notificação ao Tribunal do nascimento da criança fruto do contrato de gestação de substituição em um prazo de até 300 dias. Será expedida ordem judicial para a agência competente de cada Estado expedir a certidão de nascimento da criança em nome dos pais intencionais. A seção 808 salienta que, se a *surrogate* contrair matrimônio após a validação do contrato, o casamento não afeta a validade deste, sendo desnecessário a assinatura do marido. Por fim, a seção 809 trata dos efeitos dos contratos de gestação de substituição não validados judicialmente, que não terão força obrigatória em caso de quebra de contrato. Nestes casos, a parentalidade legal seguirá a determinação do Art. 2º da *UPA*, que, para casos de gestação de substituição, basicamente repete a necessidade de validação contratual, demonstrando assim que, na prática, a validação judicial é indispensável para estes fins (ULC, 2002).

A análise minuciosa do Art. 8º da *UPA* traz consigo fatores importantes e necessários para a apreciação das regulamentações sobre gestação de substituição em cada Estado americano. A validação judicial do contrato serve como medida de segurança para todas as partes envolvidas, pela necessidade de cumprimento de diversos requisitos. É uma forma de garantir o melhor interesse da criança, evitando conflitos de filiação e garantindo que a criança crescerá em um ambiente seguro, com pais aptos às suas funções e cientes de suas responsabilidades. Ao mesmo tempo, protege os interesses das *surrogates*, garantindo

autodeterminação sobre seu próprio corpo e na tomada de decisões que envolvam sua saúde. Ao garantir que a remuneração da *surrogate* – se houver – seja razoável, busca evitar a exploração de mulheres, principalmente aquelas em situação de vulnerabilidade, que poderiam ser coagidas em caso de compensações financeiras exorbitantes<sup>121</sup>. Por fim, a validação garante segurança aos pais intencionais, com o contrato tendo força obrigatória de cumprimento, bem como na emissão de ordem parental prévia, definindo os pais intencionais como pais legais antes mesmo do nascimento da criança. Em seguida, necessário analisar se esta lei uniforme obteve sucesso, não apenas na sua adesão – de apenas dois dos 50 Estados americanos aderiram quanto ao Artigo 8 – mas também como modelo para estes produzirem suas próprias legislações sobre o tema.

As regulamentações estaduais são de extrema importância para compreender as diferentes formas com que os Estados encaram a temática. Para a devida análise das regulamentações estaduais, serão utilizados os estudos de Finkelstein e outros (2016), que apresentam o *status* legal de gestação de substituição – com base em legislação e *case law* – em 49 estados americanos. No presente trabalho, serão apresentados – em forma de quadro explicativo – os Estados com regulamentação expressa permissiva, Estados com regulamentação expressa proibitiva e alguns Estados sem regulamentação expressa, mas com *case law* relevantes. Posteriormente, serão feitas considerações a respeito de cada categoria, com o intuito de buscar lições nestas abordagens que possam ser úteis para legislações domésticas em outros países, para eventual regulamentação internacional sobre o tema e entender a razão do país atrair tantos casais estrangeiros que buscam gestação de substituição transnacional. Assim, inicia-se com a análise de dois quadros que versam sobre 13 Estados com regulamentação permissiva expressa, salientando seis características de cada legislação.

---

<sup>121</sup> Mais sobre o tema no capítulo 3.

**Quadro 4: Estados Com Regulamentação Permissiva**

ESTADO	LEI	PAIS INTENCIONAIS	PAIS LEGAIS
<b>CALIFORNIA</b>	<i>Calif. Family Code: Art. 7960-7962 (2013)</i>	Qualquer pessoa com advogado próprio	P. Intencionais, com ordem parental prévia (audência é opcional)
<b>DAKOTA DO NORTE</b>	<i>Uniform Status of Children of Assisted Conception Act</i>	Qualquer pessoa	P. Intencionais. Silencia a forma.
<b>DELAWARE</b>	<i>Delaware Code, Gestational Carrier Agreement Act (2013)</i>	Qualquer pessoa com advogado próprio e avaliação psicológica obrigatória	P. Intencionais. Silencia a forma.
<b>DISTRITO DE COLUMBIA</b>	<i>Law 21-0255 (2017)</i>	Qualquer pessoa com ao menos 21 anos e advogado próprio	P. Intencionais, com ordem parental prévia ou posterior
<b>FLORIDA</b>	<i>Florida Statute: 742.15: Gestational Surrogacy Contract (2017)</i>	Pessoas casadas com ao menos 18 anos. Necessário vínculo genético de ao menos um PI e problema médico comprovado que impeça gestação	P. Intencionais, com ordem parental posterior
<b>ILLINOIS</b>	<i>750 ILCS 47/ Gestational Surrogacy Act (2005)</i>	Qualquer pessoa com advogado próprio e avaliação psicológica obrigatória. Necessário vínculo genético de ao menos um PI e problema médico comprovado que impeça gestação	P. Intencionais, levando o contrato ao Departamento de Saúde Pública
<b>MAINE</b>	<i>Maine Statute: Gestational Carrier Agreement (2016)</i>	Qualquer pessoa com advogado próprio e avaliação psicológica obrigatória	P. Intencionais, com ordem parental prévia ou posterior
<b>NEVADA</b>	<i>Nevada Statute, Chapter 126: Parentage (2013)</i>	Qualquer pessoa	P. Intencionais, com ordem parental prévia ou posterior
<b>NEW HAMPSHIRE</b>	<i>New Hampshire Statute, Section 168-B (2014)</i>	Qualquer pessoa com advogado próprio e avaliação psicológica obrigatória	P. Intencionais, com ordem parental prévia ou posterior
<b>TEXAS</b>	<i>Texas Family Code, Chapter 160: Uniform Parentage Act (2003)</i>	Pessoas casadas com advogado próprio, avaliação psicológica obrigatória e estudo social (pode ser dispensado judicialmente) * adotou o UPA e adicionou exigência de casamento	P. Intencionais, com ordem parental prévia (audência é obrigatória) * adotou o UPA
<b>UTAH</b>	<i>Utah Code, Chapter 15: Utah Uniform Act (2003)</i>	Qualquer pessoa com advogado próprio, avaliação psicológica obrigatória e estudo social (pode ser dispensado judicialmente) * adotou o UPA	P. Intencionais, com ordem parental prévia (audência é obrigatória) * adotou o UPA
<b>VIRGINIA</b>	<i>Virginia Code, Chapter 9: Status of Children of Assisted Reproduction (2010)</i>	Qualquer pessoa com advogado próprio e avaliação psicológica obrigatória. Necessário vínculo genético de ao menos um PI e problema médico comprovado que impeça gestação.	P. Intencionais, com ordem parental posterior
<b>WASHINGTON</b>	<i>Revised Code of Washington (RCW), Chapter 26.26: Uniform Parentage Act.</i>	Qualquer pessoa	P. Intencionais. Silencia a forma.

Fonte: California (2013); Centers for Disease Control and Protection (2017); Delaware (2013); District of Columbia (2017); Florida (2017); Finkelstein e outros (2016); Illinois (2005); Maine (2016); Nevada (2013); New Hampshire (2014); North Dakota; Texas (2003); Utah (2003); Virginia (2010) e Washington. (elaborado pela autora)

**Quadro 5: Estados Com Regulamentação Permissiva**

<b>ESTADO</b>	<b>SURROGATE</b>	<b>CONTRATO</b>	<b>CLÍNICAS FERTILIZAÇÃO *</b>
<b>CALIFORNIA</b>	Requer plano de saúde e advogado próprio. Permitido compensação financeira	Tem força obrigatória	77 clínicas cadastradas
<b>DAKOTA DO NORTE</b>	Silencia quanto a requisitos e possibilidade de compensação	Não tem força obrigatória	1 clínica cadastrada
<b>DELAWARE</b>	Ao menos 21 de idade, com ao menos um filho, plano de saúde, advogado próprio e avaliação psicológica. Permitida compensação financeira.	Tem força obrigatória	2 clínicas cadastradas
<b>DISTRITO DE COLUMBIA</b>	Ao menos 21 de idade, com ao menos um filho, plano de saúde, advogado próprio e avaliação psicológica. Permitida compensação financeira.	Tem força obrigatória	3 clínicas cadastradas
<b>FLORIDA</b>	Ao menos 18 anos de idade. Permitida compensação financeira	Tem força obrigatória	30 clínicas cadastradas
<b>ILLINOIS</b>	Ao menos 21 de idade, com ao menos um filho, plano de saúde, advogado próprio e avaliação psicológica. Permitida compensação financeira.	Tem força obrigatória com assinatura de duas testemunhas	28 clínicas cadastradas
<b>MAINE</b>	Ao menos 21 de idade, com ao menos um filho, advogado próprio e avaliação psicológica. Permitida compensação financeira.	Tem força obrigatória se estiver acompanhado de declaração de ambos advogados atestando estar o contrato em conformidade com a lei	Nenhuma clínica cadastrada
<b>NEVADA</b>	Requer avaliação psicológica e advogado próprio. Permitida compensação financeira.	Tem força obrigatória	5 clínicas cadastradas
<b>NEW HAMPSHIRE</b>	Ao menos 21 de idade, com ao menos um filho, advogado próprio e avaliação psicológica. Permitida compensação financeira.	Tem força obrigatória apenas com validação judicial	1 clínica cadastrada
<b>TEXAS</b>	Requer plano de saúde, advogado próprio e avaliação psicológica. Permitido compensação financeira *adotou o UPA	Tem força obrigatória apenas com validação judicial *adotou o UPA	45 clínicas cadastradas
<b>UTAH</b>	Requer plano de saúde, advogado próprio e avaliação psicológica. Permitido compensação financeira *adotou o UPA	Tem força obrigatória apenas com validação judicial *adotou o UPA	4 clínicas cadastradas
<b>VIRGINIA</b>	Requer avaliação psicológica e advogado próprio. Compensação financeira proibida - gera nulidade do contrato	Tem força obrigatória apenas com validação judicial	14 clínicas cadastradas
<b>WASHINGTON</b>	Silencia quanto a requisitos. Compensação financeira proibida - gera nulidade do contrato	Silencia.	13 clínicas cadastradas

Fonte: California (2013); Centers for Disease Control and Protection (2017); Delaware (2013); District of Columbia (2017); Florida (2017); Finkelstein e outros (2016); Illinois (2005); Maine (2016); Nevada (2013); New Hampshire (2014); North Dakota; Texas (2003); Utah (2003); Virginia (2010) e Washington. (elaborado pela autora)

Os 13 Estados apresentados, de formas diferentes, determinam a parentalidade legal dos pais intencionais, a maioria através de ordem judicial antes ou após o nascimento da criança. A ordem parental prévia, possível em oito dos Estados permissivos, é medida enaltecida por pais intencionais, pois facilita imensamente o registro civil da criança, já constando os nomes destes na “declaração de nascido vivo” fornecida no hospital, o que evita burocracias após o nascimento da criança. Por ser um procedimento mais rápido, também é mais buscado por pais intencionais estrangeiros, o que pode demonstrar uma relação entre o número de clínicas de fertilização e os Estados que emitem ordem parental prévia, onde quatro dos cinco Estados com maior número de clínicas emitem ordem parental desta forma.

Quanto aos requisitos dos pais intencionais e *surrogates*, apenas dois Estados com regulamentação permissiva exigem que os primeiros sejam casados, bem como apenas três Estados exigem expressamente a necessidade de vínculo genético da criança com pelo menos um dos pais intencionais. nove Estados exigem a atuação de advogados independentes para pais intencionais e *surrogates*, bem como cinco Estados exigem pagamento de plano de saúde para a *surrogate*, embora todas as legislações declarem a obrigatoriedade das custas médicas serem custeadas pelos pais intencionais. Estas práticas, juntamente com a exigência de avaliação psicológica da *surrogate* – feita expressamente por nove Estados – já eram requisitos considerados obrigatórios pelas agências de intermediação para potenciais *surrogates*. Apesar de não ser uma condição citada em qualquer legislação, a maioria das agências de intermediação realizam verificação de antecedentes<sup>122</sup>, tanto das *surrogates* quanto dos pais intencionais.

Dado interessante e pouco citado é a exigência – de sete Estados permissivos - de avaliação psicológica também dos pais intencionais, com destaque para a legislação de 2017 do Distrito de Columbia, que exige, além de avaliações psicológicas das partes, uma sessão conjunta entre pais intencionais e *surrogate*, na presença de um psicólogo. Dentre estes sete Estados, três requerem estudo social dos pais intencionais, sendo que os Estados de Texas e Utah adotam o modelo da *UPA*, que possibilita a dispensa judicial do estudo social, enquanto que o Estado de Virgínia trata como requisito obrigatório, necessitando do estudo tanto para os pais intencionais quanto para a *surrogate*. O estudo social, realizado por assistente social, consiste em diversas visitas à casa dos pais intencionais – e da *surrogate*, no caso do Estado de Virgínia – similar ao que ocorre em processos de adoção, para inspeção da segurança do local e reunião de maiores informações sobre a vida destes futuros pais. Além de entrevistas com os pais intencionais, a assistente social poderá requerer entrevistas com outros membros da

<sup>122</sup> Fonte: <http://www.surrogates.com> Acesso em: 12.10.2017.

família, bem como, se o casal já tiver filhos, observar a interação destes com os pais e as condições em que vivem. Estes estudos justificam-se não apenas pela segurança da criança, mas também da *surrogate*, para garantir que estes pais são pessoas seguras, emocionalmente e financeiramente preparadas para o comprometimento que um processo de gestação de substituição exige<sup>123</sup>.

Quanto a prática de gestação de substituição na forma comercial, 11 Estados permitem compensação financeira à *surrogate* além das despesas médicas, legais e acessórias, com a grande maioria destacando a necessidade desta compensação ser razoável, com o intuito de evitar casos de coerção financeira, exploração de mulheres de baixa renda e a consequente definição da prática como mercantilização do corpo feminino. Enquanto 10 Estados permitem expressamente, o Estado de Dakota do Norte silencia sobre compensação, sendo assim possível de ocorrer na prática, visto que ausente proibição expressa. Só dois Estados – Washington e Virgínia – proíbem a compensação financeira da *surrogate* além das despesas citadas. Quanto à obrigatoriedade destes contratos celebrados, cinco Estados exigem validação judicial para ter força obrigatória, enquanto três exigem alguns requisitos especiais para tanto - como presença de testemunhas, autenticação de assinaturas e declaração dos advogados das partes - e outros três Estados demandam apenas os requisitos básicos exigidos para figurar como pais intencionais e *surrogate*. Por sua vez, o Estado de Dakota do Norte declara expressamente a inexistência de obrigatoriedade destes contratos e o Estado de Washington silencia à respeito.

Por fim, dado relevante diz respeito a criação das leis permissivas, com três Estados com legislações criadas entre os anos de 2003 e 2005, oito Estados com legislações criadas entre 2010 e 2017 e dois Estados sem informações da data de criação das leis. Este dado demonstra a juventude da totalidade de leis permissivas - grande maioria nos últimos sete anos - tendo como marco inicial, principalmente, a revisão da atual *UPA* no ano de 2002. Importante destacar os Estados nos quais as leis permissivas derivaram de *case law*. Foi o caso do Estado de Maine – com lei promulgada em 2016 com base no precedente *Nolan v. Labree (2011)*, caso que permitiu a parentalidade legal de pais genéticos de criança nascida por gestação de substituição – e, principalmente, o caso do Estado da Califórnia – com lei promulgada em 2013 com base no precedente *Johnson v. Calvert (1993)*, que requer maior análise. O caso teve início em 1990, com a celebração do contrato de gestação de substituição entre os pais intencionais Mark e Crispina Calvert – ambos também pais genéticos – e a *surrogate* Anna Johnson. Em decorrência de desentendimentos entre as partes, o casal ajuizou ação buscando declaração de

---

<sup>123</sup> **Intended Parents Screening.** Disponível em: Fonte: <http://www.surrogates.com> Acesso em: 12.10.2017.  
Acesso em: 12.10.2017.

parentalidade legal, enquanto a *surrogate* ajuizou outra ação reivindicando a parentalidade legal da criança. Exame de DNA comprovou a ligação genética do casal com a criança, sendo determinado judicialmente a suspensão do direito de visita anteriormente provido à Anna. Em sede de recurso, o caso chegou a Suprema Corte do Estado da Califórnia, que manteve a decisão (BOWMAN et al, 2011).

Contudo, o fator mais importante deste precedente está na instituição da teoria chamada de “parentalidade por intenção” para determinar a parentalidade legal de pais intencionais, que foi abarcada por todas as 13 legislações Estaduais permissivas até o momento. A opinião majoritária da Suprema Corte utilizou quatro argumentos para sustentar a parentalidade por intenção, sendo o primeiro argumento baseado na teoria donexo causal, afirmando que, sem o desejo e esforços dos pais intencionais, a criança em questão não existiria. Com base nesta teoria, muito utilizada no direito penal americano, a conduta dos pais intencionais de firmar contrato de gestação de substituição gera o resultado – nascimento da criança – sendo a intenção dos pais onexo entre conduta e resultado. O segundo argumento utilizou como base quem efetivamente planejou o projeto parental, ou seja, “quem originalmente concebeu a ideia de nascimento desta criança”, utilizando uma linha de raciocínio comum das leis de proteção a propriedade intelectual. Este argumento foi muito criticado por certos juízes da Corte, por considerar uma equiparação da criança com propriedade (BOWMAN et al, 2011).

O terceiro argumento utilizou como base a obrigatoriedade de um contrato firmado pela intenção voluntária, deliberada e expressa das partes, que pressupõe a parentalidade legal dos pais intencionais. Esta linha argumentativa – mais discutida em âmbito de Direito Internacional – foi criticada por supostamente equiparar uma vida humana com um objeto de contrato. Já o quarto argumento salienta que a parentalidade legal dos pais intencionais está de acordo com o melhor interesse da criança. Até este precedente, a maioria dos casos de parentalidade eram analisados exclusivamente sob o viés do melhor interesse da criança. Neste precedente foi utilizado como um acessório a teoria da parentalidade por intenção, não sendo este argumento único nem principal (BOWMAN et al, 2011).

Este precedente – ocorrido logo após o veto do Governador ao projeto de lei da Senadora Watson em 1992 – trouxe consigo o aumento da prática no Estado ainda na década de 90, quando inexistente qualquer legislação permissiva no país. A hegemonia californiana atraiu o interesse de potenciais pais intencionais do país, bem como estrangeiros, razão pela qual, até hoje, é o Estado americano com o maior número de clínicas de fertilização. A promulgação da lei AB 1217 no ano de 2013 – posteriormente inserida no Código de Família do Estado da Califórnia, com emendas em 2015 e 2016 – não foi uma surpresa. Proposta na Assembleia da

cidade de Los Angeles pelo deputado democrata Felipe Fuentes – e promulgada pelo Governador democrata Jerry Brown – a lei apenas esclareceu e codificou uma prática já seguida por agências e clínicas de reprodução assistida, bem como através de *case law*. A regulamentação permissiva no Estado comprova o oportunismo necessário para implementação de biopolíticas reprodutivas, com um contexto social ainda mais favorável a prática - já era exercitada em larga escala de forma bem sucedida – e um contexto político igualmente favorável – agora com um Governador democrata. Porém, possivelmente o fator mais relevante foi a *lobby* de advogados da área de gestação de substituição na Califórnia, habituados com os conflitos oriundos da falta de regulamentação da prática, que efetuaram verdadeira campanha em prol da proposta legislativa (THOMPSON, 2013).

A análise das regulamentações permissivas existentes em 13 Estados americanos demonstra que todas consistem em leis jovens – promulgadas entre os anos de 2003 e 2017 – que optaram por enquadrar a parentalidade legal na teoria de parentalidade por intenção, demonstrando aceitação de novas formas de família e maternidade, desconectadas do ato biológico do parto e, ao mesmo tempo, desconectadas igualmente da relação genética, com apenas três Estados exigindo vínculo genético da criança com pelo menos um dos pais intencionais. A possibilidade de compensação financeira a *surrogate* foi aceita majoritariamente por 11 Estados analisados, baseada na segurança de um contrato formal, com avaliação médica e psicológica de todas as partes, bem como com acompanhamento legal independente, tendo a *surrogate* autonomia de decisão quanto a questões que envolvam riscos à sua vida. Ao mesmo tempo, os pais intencionais contam com a segurança da parentalidade legal garantida e de um contrato com força obrigatória.

Muito se ventila sobre a possibilidade de sustentar uma prática como gestação de substituição apenas baseada em *case law*. O Estado da Califórnia é o principal exemplo, que por muitos anos manteve a prática apenas com precedente da Suprema Corte do Estado de 1993. Contudo, na década de 90, esta opção demandou um certo “improviso” de Tribunais, advogados, clínicas e agências de intermediação. Se hoje é possível se espelhar nos procedimentos de legislações estaduais permissivas, anteriormente os advogados precisavam trabalhar com contratos até então desconhecidos, enquanto agências precisavam criar um procedimento adequado e seguro para selecionar *surrogates*, e juízes precisavam analisar petições de pais intencionais requerendo a parentalidade legal de criança nascida de terceira pessoa. Neste quadro, é apresentada a importância do *case law* para a prática de gestação de substituição? Estaria o direito americano – em nível estadual – se tornando cada dia mais codificado? Para análise, destacam-se seis Estados americanos com *case law* relevante no tema:

### Quadro 6: Estados sem Regulamentação Expressa e com *Case Law Relevante*

ESTADO	CASE LAW	CLÍNICAS DE FERTILIZAÇÃO
ARIZONA	<i>Soos v. Superior Court in and for city of Maricopa (1994)</i> . Declarou inconstitucional estatuto estadual que considerava contratos de gestação de substituição nulos, por violação à cláusula da proteção isonômica da Constituição federal e estadual. No caso, pai intencional/genético foi declarado pai legal, mas a mãe intencional/genética não. Em 2016, proposta de lei proibitiva não foi aprovada.	13 clínicas cadastradas
CAROLINA DO SUL	<i>Mid-South Ins. Co v. Doe (2003)</i> . Declarou que pais intencionais são os pais legais de criança nascida através de gestação de substituição.	15 clínicas cadastradas
CONNECTICUT	<i>Raftopol v. Ramey (2011)</i> . Suprema Corte de Connecticut concluiu que a lei de registro civil do Estado permite o registro de pais intencional, sem vínculo genético, como pai legal de forma direta, sem ser por processo de adoção.	8 clínicas cadastradas
MINNESOTA	<i>A.L.S v. E.A.G (2010)</i> . Em casos de gestação de substituição tradicional, a <i>surrogate</i> é a mãe legal. Declara que contratos de gestação de substituição na forma gestacional devem ser determinados pelo Legislativo, por considerar matéria de ordem pública.	6 clínicas cadastradas
OHIO	<i>J.F v. D.B (2007)</i> . Contratos de gestação de substituição na forma gestacional e comercial não violam a ordem pública	15 clínicas cadastradas
WISCONSIN	<i>Rosecky v. Schissel (2013)</i> . Contratos de gestação de substituição tem força obrigatória, exceto se contrários ao melhor interesse da criança.	7 clínicas cadastradas

Fonte: Centers for Disease Control and Protection (2017); Bowman e outros (2011) e Finkelstein e outros (2016). (elaborado pela autora)

O caso do Estado de Arizona é um importante precedente de lei estadual inconstitucional com base na violação da cláusula da igualdade presente na 14<sup>a</sup> Emenda. Contudo, importante observar que, mesmo com um precedente favorável à prática desde 1994, os contratos ainda não são reconhecidos judicialmente, bem como a *surrogate* é considerada a mãe legal da criança. Os outros cinco Estados possuem precedentes mais atuais – entre os anos de 2003 e 2013 – com dois casos versando sobre a parentalidade legal dos pais intencionais. Ainda, em decisões opostas, a Suprema Corte do Estado de Ohio decidiu que contratos de gestação de substituição na forma comercial não violam a ordem pública, enquanto a decisão da Suprema Corte do Estado de Minnesota cita a necessidade da validade destes contratos ser determinada pelo Poder Legislativo, por ser matéria de ordem pública.

Com base na breve análise, é possível ponderar sobre uma baixa incidência de *case law* relevantes em Estados sem regulamentação e, entre estes, majoritariamente entre os anos de 2003 e 2013, mesmo período de surgimento de leis estaduais permissivas. Desta forma, em matéria de gestação de substituição, apenas o precedente californiano da década de 90 parece ter motivado a criação de uma lei permissiva na matéria. Na contemporaneidade, com destaque para os últimos 14 anos, as leis estaduais permissivas parecem impulsionar – ainda que de

forma discreta – *case law* em Estados sem uma regulamentação codificada. Finkelstein e outros (2016) demonstram esta tendência inspiradora das leis permissivas ao citar o caso do Estado de Iowa, que mesmo sem regulamentação específica, tratou da matéria em seu código estadual. No título sobre lei criminal e procedimentos, em seu artigo 710.11 sobre a proibição de compra e venda de seres humanos, cita que esta lei “não se aplica para contratos de gestação de substituição”. Ainda, possui artigo que regulamenta as novas certidões de nascimentos que são emitidas para pais intencionais em caso de gestação de substituição, utilizando o mesmo procedimento de ordem parental das leis permissivas (IOWA, 2013). Kentucky aceita ordem parental prévia<sup>124</sup>, a partir da 14ª semana de gestação da *surrogate*, uma prática que não possui como base qualquer estatuto ou *case law*, sendo um procedimento adotado pelos Tribunais. O mesmo ocorre nos Estados de Maryland, Massachusetts e Oregon (FINKELSTEIN et al, 2016). Com a análise destes, passa-se para a análise dos quatro Estados americanos com regulamentações expressas proibitivas.

**Quadro 7: Estados com Regulamentação Proibitiva**

ESTADO	LEI/CASE LAW	CLÍNICAS DE FERTILIZAÇÃO
INDIANA	<i>Indiana Code: Art. 31-20-1-1 (1988)</i> : Contratos de gestação de substituição são nulos e contrários à ordem pública.	11 clínicas cadastradas
MICHIGAN	<i>Surrogate Parenting Act (1988)</i> : Contratos de gestação de substituição são nulos e contrários à ordem pública e infração criminal: pena de multa de até 50 mil dólares e pena de prisão até 5 anos.	13 clínicas cadastradas
NOVA JERSEY	<i>In Matter of Baby M (1988)</i> .	22 clínicas cadastradas
NOVA YORK	<i>NY Domestic Relations Law: Art. 122 (1992)</i> . Contratos de gestação de substituição são nulos e contrários à ordem pública. Existente projeto de lei permissiva, intitulada " <i>Child-Parent Security Act</i> " (2013), em análise de comitê no Senado.	40 clínicas cadastradas

Fonte: Bowman e outros (2011); Centers for Disease Control and Prevention (2017); Finkelstein e outros (2016); Indiana (1988); Michigan (1988); New York (1992). (elaborado pela autora)

<sup>124</sup> Kentucky Bar Association Continuing Legal Education. **Having, Raising and Keeping a Child: Basic Ideas, Increasing Complexity – It’s Not as Easy as it Used to Be.** Disponível em: [http://c.ymcdn.com/sites/www.kybar.org/resource/resmgr/2017\\_convention/pdfs/Having\\_a\\_Child.pdf](http://c.ymcdn.com/sites/www.kybar.org/resource/resmgr/2017_convention/pdfs/Having_a_Child.pdf) Acesso em: 13.10.2017.

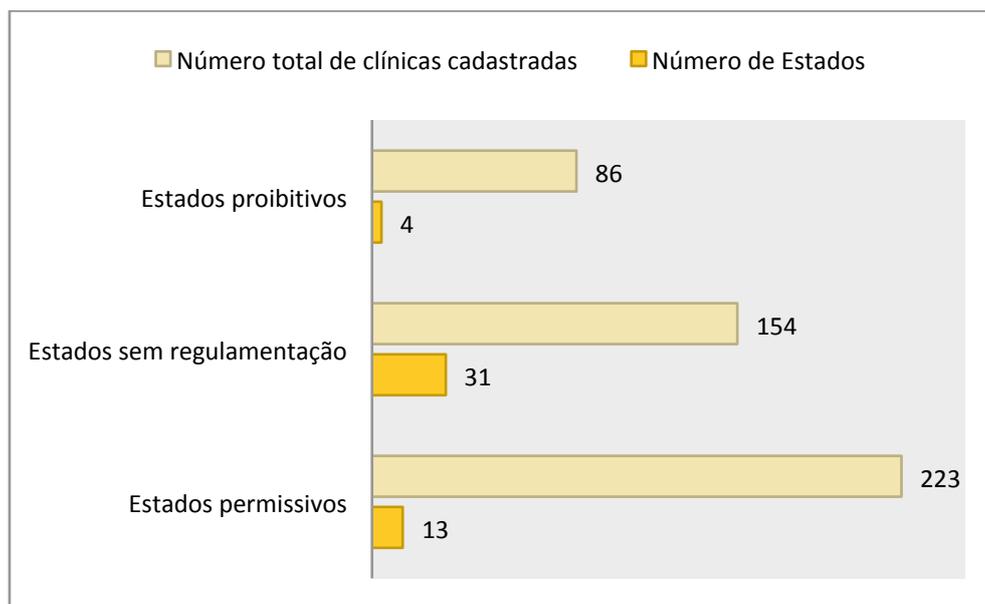
Todos as regulamentações proibitivas – três por lei e uma por *case law* – foram respostas ao caso do Estado de Nova Jersey *In Matter of Baby M (1988)* que, dentre suas inúmeras polêmicas, era um caso de gestação de substituição tradicional. Além desta proibição por *case law* no ano de 1988, outros dois Estados promulgaram leis proibitivas no mesmo ano, enquanto Nova York promulgou a sua lei em 1992. Estes fatos demonstram que as proibições tiveram como base o temor dos Estados com um caso de repercussão negativa e altamente midiático. Igualmente, estas também demonstram que todas as leis proibitivas são antigas, entre o final da década de 80 e início da década de 90. De forma oposta, as leis permissivas e os poucos *case law* disponíveis no tema tiveram início no ano de 2003 – possivelmente em decorrência da emenda da *UPA* em 2002 – com destaque ainda maior para a última década, a partir de 2010. Exemplo é o projeto de lei “*Child-Parent Security Act*”<sup>125</sup> de 2013, no Estado de Nova York, que segue o mesmo entendimento das leis permissivas modernas: com requisitos similares para pais intencionais e *surrogates* – avaliação psicológica, pagamento de plano de saúde e advogados independentes, entre outros – compensação financeira razoável permitida e parentalidade legal dos pais intencionais decretada por ordem parental. Atualmente em avaliação no Senado, este projeto de lei pode ser votado – através do *site* oficial do Senado - pela população enquanto é apreciado por comitê.

Fato notável é o número de clínicas de fertilização existentes em Estados proibitivos, com destaque para os Estados de Nova Jersey e Nova York. Rosa e Pompermaier (2016) afirmam terem utilizado os serviços de uma clínica de fertilização no Estado de Nova Jersey, onde ocorreram os seguintes procedimentos, juntamente com a *surrogate*: avaliações físicas e psicológicas, análise do contrato com advogados independentes, fertilização *in vitro* e implantação do embrião. A agência de intermediação do processo era do Estado da Califórnia – com regulamentação permissiva – e a *surrogate* residia no Estado do Tennessee, onde ausente qualquer forma de regulamentação. Contudo, o pedido de ordem parental prévia, que contou com audiência de oitiva das partes, ocorreu normalmente no Estado do Tennessee, demonstrando que os procedimentos descritos nas leis permissivas são utilizados também em Estados onde não há regulamentação ou até mesmo *case law*. Desta forma, o número de clínicas de fertilização existentes pode ser um indicativo de ocorrência da prática de gestação de substituição no Estado, como demonstra o gráfico:

---

<sup>125</sup> New York. **Senate Bill S4617**. Disponível em: <http://legislation.nysenate.gov/pdf/bills/2013/S4617> Acesso em: 13.10.2017.

**Gráfico 1: Relação entre Regulamentação da Prática de Gestação por Substituição e Número de Clínicas de Fertilização**



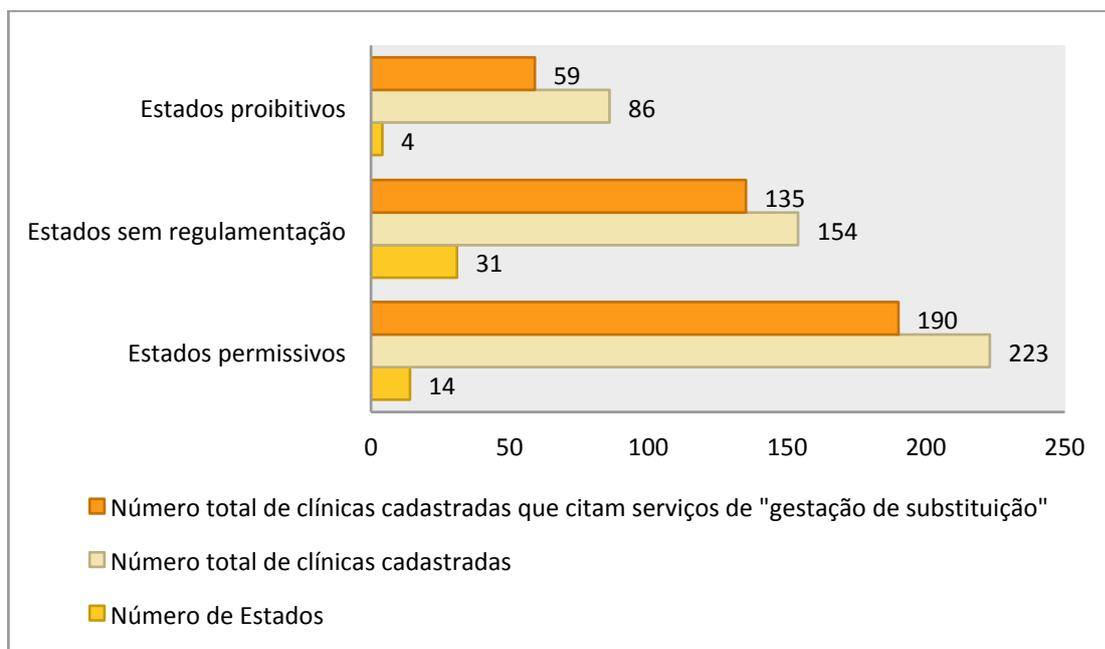
Fonte: Centers for Disease Control and Prevention (2017); Finkelstein e outros (2016) (elaborado pelo autora)<sup>126</sup>

Não surpreende que os 13 Estados permissivos contam com o maior número de clínicas, em um total de 223, enquanto os 31 Estados sem regulamentação<sup>127</sup> somam um total de 154 clínicas e os Estados proibitivos somam um total de 86 clínicas. Apesar do número de clínicas serem um indicativo relevante da prática de gestação de substituição em um Estado – pelo menos em alguma fase do processo, não necessariamente da fertilização ao nascimento – esse dados não são taxativos, pois as clínicas fornecem serviços de reprodução humana assistida para pessoas com dificuldades reprodutivas em geral, não necessariamente necessitando de gestação de substituição. Assim, o gráfico seguinte analisa a relação entre as regulamentações estaduais com clínicas que mencionam, junto a seus cadastros no *Centers for Disease Control and Prevention (CDC)*, fornecerem serviços de gestação de substituição.

<sup>126</sup> Consoante quadros apresentados, de número cinco, seis e sete, fls. 104-11.

<sup>127</sup> São estes: Arkansas, Arizona, Connecticut, Georgia, Haváí, Idaho, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Novo México, Carolina do Norte, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, Carolina do Sul, Dakota do Sul, Tennessee, Vermont, West Virginia, Wisconsin e Wyoming (FINKELSTEIN et al, 2016, p. 59-62).

**Gráfico 2: Relação entre Regulamentação da Prática de Gestação por Substituição e Número de Clínicas de Fertilização que Oferecem “Gestação de Substituição”**



Fonte: Fonte: Centers for Disease Control and Prevention (2017) (elaborado pela autora)

O gráfico demonstra que a grande maioria das clínicas de fertiliza o oferecem serviços de gesta o de substitui o. Ainda, importante ressaltar que, entre as clínicas que não oferecem, têm também são contabilizadas clínicas que não submeteram seus relatórios anuais ao *Centers for Disease Control Prevention (CDC)*, estando em desacordo com as provisões do *Fertility Clinic Success Rate and Certification Act*, que decreta a obrigatoriedade de clínicas de reprodu o humana assistida enviarem os dados anuais de todos os seus procedimentos ao referido  rg o. Assim, qualquer pessoa que esteja em busca destes serviços – nacional ou estrangeira – poderá acessar os dados anuais de todas às clínicas do país, contando com 11 índices diferentes considerados “ ndices de sucesso”, o que possibilita uma análise detalhada de cada clínica (UNITED STATES, 1992). Contudo, dado não requerido das clínicas   o número de gesta es de substitui o realizadas anualmente, devendo as clínicas apenas informarem se fornecem ou não o serviço, razão pela qual inexistentes dados oficiais sobre os números da prática no país.

De uma forma geral, a prática de gesta o de substitui o nos Estados Unidos aparenta estar presente na maioria dos Estados analisados, principalmente em decorrência da possibilidade de fragmenta o do processo entre dois ou mais Estados, o que possibilita, por exemplo, que a etapa da fertiliza o *in vitro* ocorra até mesmo em Estados proibitivos. Os Estados sem regulamenta o expressa – que são maioria – não apresentam muitos *case law*

relevantes, porém existentes indícios da colaboração das Cortes e Tribunais com petições de ordem parental. Quanto às legislações proibitivas, todas são datadas do final da década de 80 e início da década de 90, com clara influência negativa do caso “*Baby M*”. Quanto à lei uniforme *UPA*, apesar da baixíssima adesão dos Estados, parece ter movido o “*boom legislativo*” de leis permissivas a partir do ano de 2003 até o presente.

Da mesma forma que a *UPA* inspirou mudanças legislativas estaduais no país, as legislações permissivas dos Estados americanos podem ensinar lições para eventuais leis domésticas em países que ainda não regulamentam a prática. A verificação de antecedentes e avaliação psicológicas tanto de pais intencionais quanto de *surrogates* são requisitos primordiais para verificar a saúde mental de todos envolvidos antes de embarcarem em uma jornada tão séria. A força obrigatória dos contratos, juntamente com o plano de saúde obrigatório à *surrogate* e a participação de advogados independentes garantem o melhor interesse de todos e a proteção em caso de eventual descumprimento deste contrato.

A possibilidade de compensação financeira razoável da *surrogate* é medida celebrada, pois valoriza todo o esforço despido em uma gestação, bem como afasta casos de exploração e coerção com base em um sistema que possui diversos elementos de segurança durante todo o processo, como psicólogos, advogados e juízes. Para os pais intencionais, talvez o maior destaque das legislações permissivas seja a ordem parental prévia, já figurando como pais intencionais na própria declaração de nascido vivo do hospital. A importância da teoria da parentalidade por intenção não deve ser ignorada. Para casais que sofreram por tanto tempo com dificuldades reprodutivas, saber que seu filho já é “legalmente seu filho” desde o nascimento é um extraordinário reconhecimento das novas concepções de família, rompendo com a antiga ideologia da maternidade, segundo o qual “o parto faz a mãe” que, infelizmente, ainda é o entendimento de diversos países. Em contraste, parte-se para a análise dos casos brasileiros nacionais de gestação de substituição, em concordância com a Resolução 2168/2017, bem como alguns casos transnacionais que introduzem a temática da pesquisa empírica.

### 2.5.2. *Os casos brasileiros nacionais, transnacionais e o futuro da prática: as lições americanas*

Os casos de gestação de substituição no Brasil, como já analisado, necessitam estarem de acordo com a Resolução 2168/2017, sendo a doadora temporária de útero parente em até 4º grau de um dos pais intencionais. Casos excepcionais devem ser analisados e aprovados pelo

Conselho Regional de Medicina do Estado em que os pais intencionais residem. Metodologicamente, primeiro serão citados alguns casos nacionais disponíveis na mídia em que a doadora temporária de útero tem vínculo familiar. Posteriormente, serão analisados os casos brasileiros em que a doadora temporária de útero não tem vínculo familiar com os pais intencionais, necessitando assim de autorização de um Conselho Regional de Medicina, finalizando com dois casos transnacionais de casais brasileiros que transformaram suas experiências em livros publicados.

A análise dos casos nacionais de gestação de substituição resta prejudicada em decorrência de os únicos dados oficiais passíveis de serem extraídos serem aqueles oriundos dos pareceres dos Conselhos Regionais de Medicina, levando ainda em consideração que alguns Conselhos não publicam seus pareceres. Assim, juntamente com os 38 casos evidenciados, cita-se alguns casos de gestação de substituição nos quais a doadora temporária de útero tem parentesco com um dos pais intencionais. Devido à inexistência de dados oficiais, utilizou-se reportagens de *sites* de notícias, apenas com o intuito de demonstrar a sua existência de forma exemplificativa.

Menciona-se um caso do ano de 2015 em Santa Catarina, em que a mãe de 55 anos foi a doadora temporária de útero da filha de 31 anos, que nasceu sem útero<sup>128</sup> e um caso do ano de 2012 em Goiás, em que a mãe de 51 perdeu 11kg para gestar, de forma saudável, o neto, já que a filha de 31 anos passou por uma histerectomia 20 anos antes<sup>129</sup>. Este último caso se destaca, pois a fertilização *in vitro* foi realizada gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Já um caso de abril de 2017 no Estado de Pernambuco evidencia as dificuldades da prática no país mesmo com doadora temporária de útero sendo da família. Uma mãe de 52 anos gestou as netas gêmeas para o filho e seu companheiro, com óvulo de doadora. Os pais contam que tiveram dificuldades em registrar as crianças, querendo o cartório registrar a vó e parturiente como mãe legal e pai ignorado, sugerindo que os pais intencionais entrassem posteriormente com um pedido de adoção. Com um ofício da Defensoria Pública do Estado<sup>130</sup>, o cartório fez o registro em nome dos pais intencionais<sup>131</sup>.

---

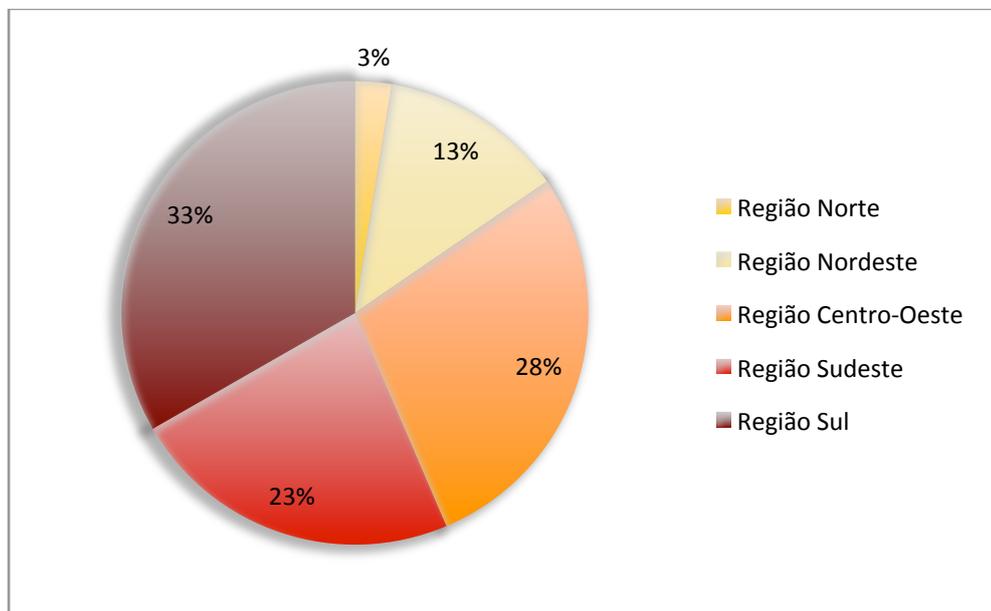
<sup>128</sup> Um gesto de amor: Avó gera neto em barriga de aluguel. **Globo Santa Catarina**, Santa Catarina, 07 janeiro 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2015/01/um-gesto-de-amor-diz-avo-que-gera-neto-em-barriga-de-aluguel.html> Acesso em: 18.10.2017.

<sup>129</sup> Mãe de 51 anos empresta barriga para filha ter um bebê. **Globo**, Goiás, 06 junho 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/goias/noticia/2012/06/mae-de-51-anos-empresta-barriga-para-filha-ter-um-bebe-em-goias.html> Acesso em: 18.10.2017.

<sup>130</sup> Em 14 de março de 2016, o Provimento 52 da Corregedoria Nacional de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) determinou o direito de registrar certidão de nascimento para filhos havidos por técnica de reprodução assistida de casais heterossexuais e homossexuais nascidos a partir da referida data. No entanto, a título exemplificativo, no Cartório de Registro Civil da 5ª Zona da cidade de Porto Alegre, já foi realizado registro

Passa-se para a avaliação de todos os pareceres disponíveis na *internet* de Conselhos Regionais de Medicina de casos de gestação de substituição que necessitavam de autorização dos mesmos, ou seja, a doadora temporária de útero tinha apenas vínculo afetivo com os pais intencionais. Os pareceres estão disponíveis na busca unificada do *site*<sup>132</sup> do Conselho Federal de Medicina, permitindo assim a verificação dos Conselhos Regionais de 26 Estados brasileiros e o Distrito Federal, ressaltando que nem todos os Conselhos Regionais publicam estes pareceres. Na busca integrada foram encontrados 38 pareceres, entre estes 26 favoráveis, nove desfavoráveis e três com declínio de competência, pois as doadoras temporárias de útero possuíam relação de parentesco com um dos pais intencionais, sendo desnecessária autorização de Conselho Regional. Sobre as regiões do país com maior número de consultas e, conseqüentemente, maior número de pareceres, destacam-se da seguinte forma:

**Gráfico 3: Incidência de Pedidos de Autorização para Gestação de Substituição aos Conselhos Regionais de Medicina por Região do País**



Fonte: <http://portal.cfm.org.br>

Entre os nove pareceres desfavoráveis, destacam-se especialmente dois<sup>133</sup>. O primeiro negou autorização ao procedimento de gestação de substituição com gestante fora do círculo familiar por alegação de que a mãe intencional possuía duas irmãs – que não concordaram em

---

civil nestes moldes de crianças nascidas por técnica de reprodução assistida em data posterior a 14 de março de 2016. Disponível em: <http://www.defensoria.rs.def.br/conteudo/26787> Acesso em: 20.10.2017.

<sup>131</sup> Avó dá à luz netas para realizar o sonho do filho de ter bebê com o marido. **Diário de Pernambuco**, 18 abril 2017. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2017/04/18/interna\\_nacional,863066/avo-da-a-luz-netas-para-realizar-sonho-do-filho-de-ter-bebe-com-o-mari.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2017/04/18/interna_nacional,863066/avo-da-a-luz-netas-para-realizar-sonho-do-filho-de-ter-bebe-com-o-mari.shtml) Acesso em: 18.10.2017

<sup>132</sup> Fonte: <http://portal.cfm.org.br/> Acesso em: 17.10.2017.

<sup>133</sup> Muitos pareceres desfavoráveis dizem respeito à Resoluções anteriores à Resolução 2121/2015 e, portanto, não possuem considerável relevância.

receber os embriões – e recomendou aos pais intencionais “buscarem no Judiciário a melhor solução” (CREMESP, 2001). Este parecer demonstra um posicionamento radical do Conselho Regional em questão, visto que nenhuma mulher com parentesco até 4º grau concordou em ser doadora temporária de útero, podendo o casal buscar uma doadora fora do círculo familiar, em concordância com a Resolução 1358/1992, vigente na época da consulta.

No segundo caso negativo relevante, a mãe intencional, de 41 anos, após um longo histórico de infertilidade, engravidou através da técnica de coito programado. Contudo, o bebê nasceu prematuro extremo com apenas 23 semanas de gestação, vindo à óbito. A paciente foi diagnosticada com insuficiência istmo cervical<sup>134</sup> (insuficiência de colo uterino). Após, através da técnica de fertilização *in vitro*, a paciente engravidou novamente, tendo um aborto espontâneo na 11ª semana de gestação, necessitando de curetagem<sup>135</sup>, o que diminuiu o já insuficiente colo uterino, razão pela qual buscava gestação de substituição. O parecer decide que estes não são motivos suficientes, declarando existir viabilidade uterina da mãe intencional, mesmo com laudo de dois médicos certificando a impossibilidade de gestação da paciente. Por fim, o Conselho ainda recomenda seguir a Resolução 2121/2015, pois não encontraram elementos para o deferimento do pedido nos moldes da Resolução (CRM-PR, 2017). Este caso demonstra um grande despreparo e uma grande discricionariedade de certos Conselhos, negando completamente o direito a liberdade, planejamento familiar e proteção à maternidade deste casal, não possuindo a mãe intencional, claramente, viabilidade uterina<sup>136</sup>. Pareceres como este ilustram como a obrigatoriedade de autorização em casos de doadora temporária de útero sem vínculo familiar pelos Conselhos Regionais é abusiva e passível de diversas injustiças, estando estas mulheres sujeitas à um sistema altamente medicalizado – no qual

<sup>134</sup> Insuficiência istmo-cervical significa que o colo do útero é mais fraco ou curto que o normal, e que tende a dilatar e afinar sem que haja contrações, só pelo peso do bebê. A dilatação pode ocorrer rápido demais e ocorrer aborto espontâneo. Gestar Vida. **Insuficiência de colo uterino**. Disponível em: <http://www.gestavida.com.br/insuficiencia-do-colo-uterino/> Acesso em: 20.10.2017.

<sup>135</sup> A curetagem uterina é procedimento para remoção de resíduos de dentro do útero. Geralmente é usada pelos médicos para diagnosticar e tratar certas condições uterinas mórbidas, como sangramento intenso, ou para “limpar” o revestimento do útero após um aborto espontâneo ou induzido. Fonte: <http://www.abc.med.br/p/exames-e-procedimentos/804884/curetagem+uterina+o+que+e+para+que+serve+quando+uma+mulher+deve+fazer.htm> Acesso em: 20.10.2017.

<sup>136</sup> A imprecisão dos critérios de definição da categoria de infertilidade e as indefinições que ela pode promover tem um papel fundamental nos impasses encontrados na prática da medicina e nas decisões para cada caso. Remetida inicialmente ao tempo, em sua abordagem clínica, de dois anos de relações sexuais não protegidas sem obter gravidez, teve seu prazo reduzido para um ano. Com relação aos tipos de esterilidade, existe uma incidência diferencial entre as formas passíveis de prevenção, causadas por abortos e infecções de repetição – mais prevalentes entre as populações pobres – e as infertilidades de origem desconhecida – dos países ricos e desenvolvidos – produtores desta tecnologia. Ainda, existentes casos em que não se consegue identificar alterações orgânicas precisas nas condições de esterilidade, o que caracteriza a categoria médica da infertilidade idiopática, ou infertilidade sem causa aparente (ISCA) (CORREA, 1998, p. 03-04).

apenas os médicos podem lucrar – e patriarcal de controle de seus corpos, que é feito de forma absolutamente discricionária, sem parâmetros objetivos que guiem os diversos Conselhos Regionais do país.

Cabe ressaltar um positivo e inovador parecer do Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina, sobre o conflito no registro de criança nascida por gestação de substituição, já que a declaração de nascido vivo expedida no hospital consta a parturiente – no caso doadora temporária de útero – como mãe, sendo este o documento utilizado posteriormente para o registro civil da criança. O caso originou de um despacho da Corregedoria Geral da Justiça de Santa Catarina, solicitando um parecer da Associação de Notários e Registradores de Santa Catarina (ANOREG/SC) e do Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina (CRMSC), deste último solicitando a possibilidade de disponibilização de uma via do Termo de Consentimento Informado para compor o assento de nascimento (CRMSC, 2015).

A ANOREG/SC emitiu parecer, sugerindo que o Termo de Consentimento Assinado tenha firma reconhecida dos pais intencionais e da doadora temporária de útero (e seu cônjuge ou companheiro, se houver), sendo este termo elaborado pelo CRMSC em formulário padrão para ser apresentado no momento do registro civil da criança. Segundo, o contrato entre pais intencionais e a doadora temporária de útero deve ser registrado em Ofício de Registro de Títulos e Documentos do domicílio dos pais. Com o termo com firmas reconhecidas, o contrato registrado e a declaração de nascido vivo, o Oficial lavraria o registro da criança, atribuindo a filiação aos pais genéticos, arquivando os documentos entregues. Em seu parecer, o Conselho Regional declarou que o Termo de Consentimento Informado deve sempre respeitar os requisitos elencados na Resolução 2121/2015, mas não acatou o pedido da Corregedoria de formulário padrão (CRMSC, 2015).

A experiência da gestação de substituição em território brasileiro carece de informações substanciais para delinear a realidade da prática no país, nos moldes da Resolução 2168/2017. Os pareceres dos Conselhos Regionais, em casos de doadora temporária de útero fora do círculo familiar, são em sua vasta maioria favoráveis, porém os poucos desfavoráveis preocupam pela discricionariedade dos Conselheiros em negar casos perfeitamente cabíveis pela Resolução, demonstrando um controle patriarcal do corpo por uma classe médica que detêm poder absoluto na área de gestação de substituição, mesmo sendo uma autarquia corporativista com possíveis conflitos de interesses. A apreciação dos poderes conferidos ao CFM pela Lei 3.268/1957 mostram a possibilidade da Resolução 2168/2017 violar o princípio da legalidade do Artigo 37, CF, pois a atuação da autarquia precisa derivar de uma previsão

normativa hierarquicamente superior, não havendo liberdade para atuar normativamente em caso de lacuna da lei. Afirmado que a Resolução 2168/2017 é apenas dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos, notável que ultrapassa as suas atribuições legais ao exigir que doadoras temporárias de útero tenham vínculo familiar e vedando o caráter lucrativo da doadora temporária de útero, enquanto seguem cobrando valores consideráveis por técnicas de reprodução assistida em suas próprias clínicas. Ainda, existente igualmente a possibilidade da Resolução 2168/2017 ser considerada inconstitucional, pois restringe diretamente direitos fundamentais - como o direito à liberdade, privacidade e planejamento familiar – matéria esta de competência do Poder Legislativo com base no princípio da legalidade e da reserva legal do Artigo 5º, II, CF.

A realidade brasileira em gestação de substituição não apresenta indícios de que irá melhorar em um futuro próximo. Depois de um período de ampla conquista de direitos nos anos 1990, o Brasil vive um ciclo de forte conservadorismo entre Poder Legislativo e Executivo, principalmente quanto à direitos sexuais e reprodutivos que sofrem constantes ameaças de retrocessos e uma probabilidade quase nula de avanços. A ascensão do conservadorismo no Brasil coincide com a criação de diversas legislações permissivas na prática de gestação de substituição nos Estados Unidos, a partir do ano de 2003, possibilitando cada vez mais a incidência de casos transnacional no país.

Porém, os casos brasileiros transnacionais não estão restritos aos Estados Unidos. Para exemplificar esta realidade, utilizar-se-á Rosa e Pompermaier (2016) e Ribeiro (2016), obras de pais intencionais que narram suas experiências de gestação de substituição no exterior, respectivamente nos Estados Unidos e na Índia. Pretende-se, com estes dois relatos documentados, apresentar um quadro geral da experiência de gestação de substituição transnacional vivida por brasileiros, destacando como ocorreu a escolha do país, as dificuldades reprodutivas que levaram à prática e, principalmente, questões legais relevantes do início das tratativas até o retorno ao Brasil.

Inicia-se com o relato da jornalista Tetê Ribeiro<sup>137</sup> que, juntamente com seu marido, tornaram-se pais de meninas gêmeas nascidas na Índia no ano de 2013, antes da prática ser vedada para estrangeiros no ano de 2016. O relato descreve diversas peculiaridades da prática no país, como os médicos serem proibidos por lei – sob pena de perda da licença médica - de revelarem o sexo dos bebês nas ultrassonografia, assinando um documento depois de cada exame atestando que o sexo da criança não foi revelado. Isto ocorre pelo alto número de abortos provocados – de bebês do sexo feminino – por famílias indianas de classe média baixa.

---

<sup>137</sup> Salienta-se que este relato será reduzido, pois seguirá no item sobre bioética, no capítulo três.

Ribeiro cita algumas diferenças culturais, como o hábito da médica (dona da clínica de fertilização e que também cuida do agenciamento das *surrogates*) dar notícias importantes aos poucos, como por exemplo avisar do nascimento das filhas três dias depois de ocorrer, bem como o pediatra não liberar a alta médica dos bebês até a mãe intencional provar que é capaz de cuidar delas (RIBEIRO, 2016).

Uma estadia longa na Índia significa acolher e respeitar costumes diferentes, aos mesmo tempo em que renuncia certos confortos. Todos hotéis possuem garrafas de água filtradas e fervidas para os hóspedes utilizarem na higiene pessoal, tendo que os pais intencionais, a cada banho das filhas, pedir dez garrafas destas na recepção do hotel. Ainda, muitos casamentos ocorrem em hotéis indianos, sendo costume os hóspedes irem embora para darem lugar aos convidados dos noivos. Ribeiro conclui que existem mais semelhanças do que diferenças entre brasileiros e indianos:

Já comecei a entender e até me acostumar com o jeito indiano de narrar as histórias. É como se a Dra. Nayana me contasse sempre a maior versão da verdade que ela considera importante em cada momento. Ninguém mentiu sobre o nascimento das minhas filhas, apenas esperaram a hora mais apropriada para me dar a notícia. Eu estava cansada da viagem, e sem uma noite de sono não teria energia para fazer o que tinha que fazer. Claro que eu preferiria que tudo acontecesse de outra maneira, mas já entendi que não é isso que norteia os acontecimentos. E, no fundo, existem mais semelhanças do que diferenças em relação à maneira brasileira de fazer as coisas, sempre com uma boa dose de edição do que é considerado desagradável ou inadequado. (RIBEIRO, 2016, n.p.).

Ribeiro relata suas dificuldades reprodutivas, com um aborto espontâneo na primeira semana de gestação e, posteriormente, quatro tentativas de inseminação artificial. Depois de cinco anos de tentativas, ocorreu o primeiro ciclo de fertilização *in vitro*, sem especificar quantos foram feitos na totalidade. Com um diagnóstico de pouca aderência uterina e depois de sete anos de tentativas, o casal optou pelo processo de gestação de substituição na Índia, por indicação de uma amiga jornalista que fez uma matéria sobre a clínica em questão. Alguns valores foram citados, como o custo total em torno de 31.500 dólares, devido a gestação gemelar. Ela não cita detalhes do contrato, apenas menciona que foi assinado antes da transferência dos embriões com os advogados da clínica. Ainda, salienta que já figuram como pais legais nas certidões de nascimento indianas, bem como nas brasileiras e nos passaportes emitidos em Embaixada brasileira – definida como “eficaz e cordial” - sem dificuldades. As crianças foram liberadas pelo pediatra para viajar em dezembro de 2013, um mês após o nascimento (RIBEIRO, 2016).

O relato de Ribeiro (2016) desmistifica alguns estereótipos sobre a prática de gestação de substituição na Índia, bem como frisa o respeito e à compreensão às diferenças culturais do país. Porém, algumas pessoas podem não ter tanta facilidade em se adaptarem com certas peculiaridades. A prática agora resta banida para estrangeiros no país, mas oportuno salientar a ausência de empecilhos para registro das crianças na Embaixada brasileira, sendo ainda elogiada a cordialidade e agilidade do serviço.

O segundo relato foi feito conjuntamente pelo casal Aline e Leandro, que em 2013 se tornaram pais de um casal de gêmeos através de gestação de substituição transnacional nos Estados Unidos. Depois de quatro anos de tentativas frustradas para engravidar, o casal começou a investigar suas dificuldades reprodutivas, descobrindo inicialmente que Leandro possuía um problema de baixa produção e mobilidade de espermatozoides. Com o diagnóstico, deram início ao primeiro ciclo de fertilização *in vitro*, que resultou em gravidez, ocorrendo um aborto espontâneo com seis semanas de gestação. O segundo ciclo também resultou em gravidez, porém ectópica<sup>138</sup>, necessitando ser interrompida com medicamento. Em decorrência das duas curetagens que Aline necessitou realizar com seu aborto espontâneo, seu útero apresentava sinéquias<sup>139</sup>, tendo realizado seis cirurgias na tentativa de viabilizar o útero novamente. O terceiro ciclo não resultou em gestação, sendo o casal informado da permanente inviabilidade uterina de Aline, pois seu endométrio não se desenvolvia mais, o que impossibilitava a implantação de embriões (ROSA; POMPERMAIER, 2016).

Um mês depois, por indicação médica, o casal optou pela gestação de substituição, iniciando o processo em uma clínica de fertilização na cidade de Nova Jersey, que indicou uma agência de intermediação do Estado da Califórnia. A *surrogate* escolhida foi Stephanie, mulher de 30 anos, casada, mãe de dois filhos e residente no Estado de Tennessee que, em suas razões para optar por ser *surrogate*, contou que havia se colocado no lugar de mulheres impossibilitadas de gestar após ter sofrido um aborto espontâneo. Estes dados comprovam como o processo de gestação de substituição nos Estados Unidos pode ser fragmentado em até três Estados entre clínica de fertilização, agência de intermediação de *surrogates* e o Estado de residência da *surrogate* selecionada (ROSA; POMPERMAIER, 2016). Outro dado

---

<sup>138</sup> No processo tradicional, o espermatozoide procura o óvulo para fazer a fecundação na tuba uterina onde, via de regra, ocorre a fecundação, sendo que o embrião será implantado no útero até o sexto ou sétimo dia após a fecundação. Se por algum motivo esse processo for interrompido – pro obstrução tubária ou algum processo inflamatório - ele não consegue fazer esse caminho e acaba implantando-se na tuba uterine. Não há viabilidade de uma gestação bem sucedida, ocorrendo aborto espontâneo ou necessidade de cirurgia de emergência caso a tuba uterine se rompa. **Ectópica**. Disponível em: <http://ectopica.com.br/> Acesso em: 21.10.2017.

<sup>139</sup> Aderências presentes na cavidade uterina, similares a cicatrizes. Podem ser de grau leve, moderado ou grave. Mater Prime. **Tratamento de sinéquia uterina**. Disponível em: <http://www.materprime.com.br/tratamento-de-sinequia-uterina/> Acesso em: 21.10.2017.

significativo diz respeito ao fato de que os exames físicos e psicológicos – dos pais intencionais, da *surrogate* e até mesmo do marido da *surrogate* – e a assinatura do contrato ocorreram na clínica de Nova Jersey, Estado que proíbe a prática através de *case law*. Contudo, as tratativas contratuais foram realizadas pela agência de intermediação da Califórnia, bem como pelo advogado de Stephanie. Por fim, salienta-se ainda outra peculiaridade desta etapa do processo: o marido da *surrogate* Stephanie também passou por exames clínicos, a fim de confirmar que este não possuía qualquer doença que pudesse ser transmitida à esposa.

A gestação foi confirmada em 1º de março de 2013 e na primeira ecografia foi atestada a presença de dois embriões com batimento cardíaco normal. Rosa e Pompermaier (2016) narram a experiência com o plano saúde – no valor de 60 mil dólares por ser gestação gemelar – que contrataram para Stephanie, já que o plano desta não cobria gestação de substituição. Já os custos pós-parto com os bebês poderiam ser negociados mais facilmente com o setor financeiro do hospital onde nasceriam, no Tennessee. Em julho, Aline viajou sozinha para o Tennessee para a audiência de ordem parental prévia. Interessante dado diz respeito à presença do advogado do hospital na audiência. Com a ordem concedida, o hospital já foi automaticamente informado, o que facilitaria o processo no dia do parto. Aline também visitou o hospital onde os bebês nasceriam, salientando que respondeu diversas perguntas, pois o hospital não estava habituado com casos de gestação de substituição. Tennessee é um Estado sem regulamentação, mas o Judiciário costuma conceder ordens parentais prévias (FINKELSTEIN et al, 2016).

Aline enfatizou que a ordem parental prévia facilitou diversas burocracias, como o pedido de licença-maternidade no Brasil. Como já figuravam na Declaração de Nascido Vivo das crianças como pais legal, seria possível adiantar o processo em seu local de trabalho. Os bebês nasceram no dia 24 de outubro de 2013, tendo os pais que aguardar 30 dias para recebimento, pelo correio, das certidões de nascimento. Munidos das certidões, encaminharam-se ao consulado brasileiro, elogiando a rapidez e cordialidade durante o processo para registro civil dos bebês (uma espécie de espelhamento da certidão de nascimento original) e emissão dos passaportes brasileiros. Contudo, necessário os bebês completarem dois meses de vida para receberem as vacinas obrigatórias e viajarem para o Brasil, o que efetivamente ocorreu em dezembro de 2013 (ROSA; POMPERMAIER, 2016).

A história de Aline e Leandro apresenta um processo de gestação de substituição fragmentado entre um Estado permissivo (Califórnia), um Estado proibitivo (Nova Jersey) e um Estado sem regulamentação (Tennessee), mas que se vale do procedimento de ordem parental prévia, utilizado na maioria dos Estados com legislação permissiva, para que os pais intencionais figurem, desde o início, como pais legais da criança. Todas as etapas burocráticas

são bem organizadas, evitando desconfortos desnecessários, bem como o processo de registro e emissão de passaportes para as crianças foram feitos de forma extremamente tranquila e rápida no consulado brasileiro. As facilidades e a organização da prática transnacional nos Estados Unidos aqui relatada será o marco inicial de uma análise mais profunda sobre a prática transnacional nos Estados Unidos analisada através das experiências de pais intencionais brasileiros.

### *2.5.3. Casais Brasileiros que Optaram pela Prática de Geração de Substituição Transnacional*

Descrita a metodologia de coleta de dados e os percalços da realização da pesquisa empírica, inicia-se a descrição dos resultados encontrados no decorrer da pesquisa. Do número total de 10 clientes da agência coparticipante que se enquadravam no critério de inclusão e receberam o *link* do questionário, sete efetivamente participaram da pesquisa. Os dados colhidos através de 14 perguntas foram reunidos em cinco categorias, que representam cinco critérios passíveis de gerarem hipóteses norteadoras quanto ao problema de pesquisa. Diversas perguntas possuíam um espaço dissertativo conexo, de caráter opcional, para tecer maiores comentários sobre a resposta dada.

O primeiro critério analisado foi o perfil dos brasileiros que procuram os serviços de geração de substituição nos Estados Unidos, o que inclui o tipo de projeto parental (casal heterossexual, casal homossexual ou projeto parental solo) e a razão que levou a optar pela prática de geração de substituição. Este critério passou a ser mais relevante após a proibição da prática de geração de substituição em países com Tailândia<sup>140</sup> e Índia, que possuíam custos mais acessíveis que nos Estados Unidos, havendo ainda com essas características os serviços de geração de substituição na Ucrânia e na Rússia. Contudo, os serviços na Ucrânia são restritos para casais heterossexuais e legalmente casados, restando Estados Unidos e Rússia como possíveis países para casais homossexuais e projetos parentais solo. Buscou-se, portanto,

---

<sup>140</sup> A Tailândia, em fevereiro de 2015, aprovou lei que proíbe estrangeiros de celebrarem contratos de geração de substituição no país. Importante ressaltar que, desde 2014, uma junta militar governa o país, após um Golpe de Estado. Esta junta militar, autodenominada Conselho Nacional para a Paz e da Ordem, dissolveu o Legislativo e colocou toda a autoridade legislativa em mãos de um Parlamento interino escolhido pela cúpula do regime. Tailândia proíbe barriga de aluguel para estrangeiros. **Estadão**, 20 fevereiro 2015. Disponível em: <http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,tailandia-proibe-barriga-de-aluguel-para-estrangeiros-em-busca-de-acabar-com-turismo-do-utero,1637014> Acesso em: 06.11.2017.

verificar se existente maior procura dos serviços em território americano destas duas categorias de projeto parental, visto a redução de opções de países permissivos.

**Quadro 8: Critério 1: Perfil de brasileiros que buscam gestação de substituição nos Estados Unidos**

Tipo de projeto parental	Número	Razões para buscar os serviços de gestação de substituição	Número
Casal heterossexual	Três participantes	Fator biológico (homens)	Quatro participantes
Casal homossexual	Três participantes	Diversas tentativas de fertilização <i>in vitro</i> que não resultaram em gestação bem sucedida	Um participante
Projeto parental solo	Um participante	Inviabilidade uterina ou doença que contraindique uma gestação	Dois participantes

Fonte: Autora.

Observa-se igual número de casais heterossexuais e homossexuais, havendo apenas um projeto parental solo. Dos casais heterossexuais, dois buscaram a prática de gestação de substituição por inviabilidade uterina ou doença que contraindique gestação, enquanto um casal buscou a prática em razão de diversas tentativas de fertilização *in vitro* que não resultaram em gestação. Quanto as razões de casais homossexuais e de pessoas solteiras em projeto parental solo buscarem a prática, denota-se que os quatro participantes eram homens, visto que a categoria “fator biológico” era de resposta exclusiva para casais homossexuais formado por dois homens e projetos parentais solo de um homem solteiro.

O segundo critério analisado diz respeito as razões que levaram estes brasileiros à buscarem a prática transnacional. Este é um critério importante, pois visa analisar se as pessoas recorrem à transnacionalidade por não possuírem mulheres na família – ou pessoas próximas com vínculo de afetividade – dispostas a serem doadoras temporárias de útero, um dos requisitos necessários para a prática no Brasil, em concordância com a Resolução 2121/2015 – vigente na época da pesquisa - e também da Resolução 2168/2017.

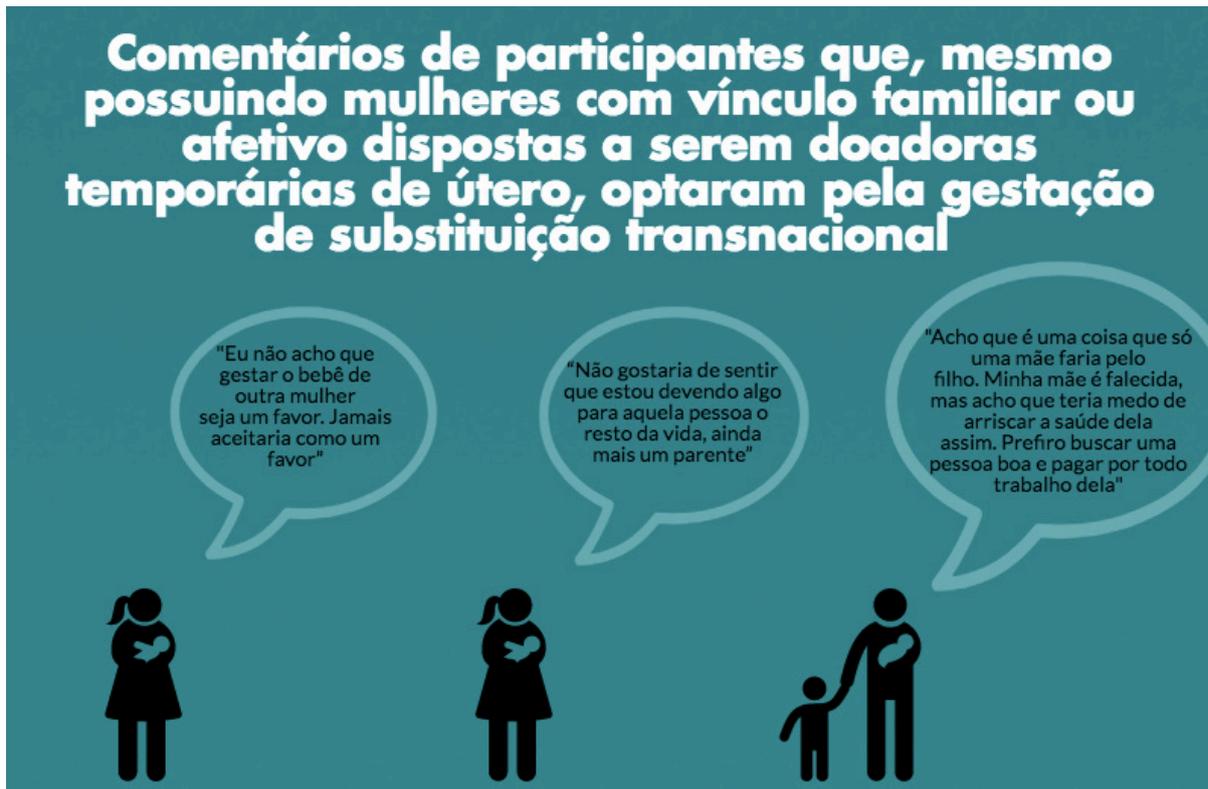
**Gráfico 5: Critério 2 – Razões para os brasileiros optarem pela transnacionalidade da prática de gestação de substituição**



Fonte: Autora.

Dos sete participantes, quatro afirmaram não possuir mulheres na família ou até mesmo fora do círculo familiar dispostas a serem doadoras temporárias de útero, enquanto três possuíam, mas optaram pela transnacionalidade. No espaço dissertativo, de caráter optativo, os participantes que responderam “sim” poderiam explicar, de forma descritiva, as razões para não terem optado pela gestação de substituição nacional com vínculo familiar ou afetivo. Todos os três participantes responderam que não gostariam de passar pela experiência de gestação de substituição com alguém tão próximo, tecendo os seguintes comentários:

**Figura 6 – Participantes Que Optaram Por Gestação De Substituição Transnacional Mesmo Com Mulheres Dispostas A Serem Doadoras Temporárias De Útero**



Fonte: Autora.

Mesmo com uma amostra pequena de sete participantes, ainda relevante o fato de que quase metade destes poderiam optar pelo processo de gestação de substituição no Brasil, nos critérios permitidos pela então vigente Resolução 2121/2015. Estes três participantes demonstraram desconforto com a ideia de ter um vínculo tão próximo – afetivo ou familiar – com a mulher que carregaria seu filho, bem como demonstram encarar a prática na forma não comercial como “um favor” que, sem a compensação financeira, seguirá “em dívida” com a *surrogate*. Ainda, possível identificar a conexão que um participante fez entre “encontrar uma pessoa boa” e “pagar por todo trabalho dela”, demonstrando que o altruísmo e a compensação financeira não são opostos, mas sim conexos. O participante valoriza o ato de gestar, titulando de “trabalho” sem qualquer sentido pejorativo, mas sim dando importância a todos os esforços despendidos pela *surrogate* durante a gestação.

Estes comentários de participantes remetem aos ensinamentos de Ortner (2006) sobre poder e agência, e como nascem as regulamentações sobre gestação de substituição nos sistemas normativos. No caso brasileiro, a estrutura de poder – representada pelo Conselho Federal de Medicina – enquadra a prática na forma não comercial e com a peculiaridade das doadoras temporárias de útero necessitarem ter vínculo familiar com algum dos pais

intencionais. Este enquadramento acaba por barrar a agência (poder de resistência) de pais intencionais brasileiros que buscam contornar esta normatividade, como ocorre nestes casos de gestação de substituição transnacionais. Na perspectiva dos jogos sérios, estes pais intencionais buscam a realização de seus projetos parentais agindo ativamente, valorizando o ato de gestar da *surrogate* e a própria agência desta.

Desta forma, como ensinou Biroli (2013), a ideia de passividade construída socialmente sobre a mulher implica a ideia que esta, além de não perseguir seus próprios projetos, também deveria evitar o desejo de ter estes projetos. Ao valorizar suas próprias agências, estes pais intencionais valorizam a própria agência de sua *surrogate*, seus desejos e projetos próprios, destacando que a compensação financeira está vinculada a importância e aos esforços do ato de gestar. Encarar a prática de gestação de substituição como um serviço prestado que gera compensação financeira não significa inexistir relação de afeto e gratidão entre pais intencionais e *surrogate*. Contudo, cabe aqui conjecturar se a compensação financeira às *surrogates* não significa uma mercantilização do nascimento de uma vida, mas sim uma compensação financeira por um trabalho reprodutivo realizado.

O terceiro critério busca compreender as razões dos participantes brasileiros em optarem pela transnacionalidade da prática de gestação de substituição especificamente nos Estados Unidos. Sendo uma pergunta de múltipla escolha, os participantes poderiam selecionar os critérios: legal (facilidade nos trâmites de registro e emissão de passaportes); segurança (clínicas e agências conceituadas); facilidade de acesso ao país (possui familiares ou amigos no país, facilidade de hospedagem prolongada, entre outros); indicação (de conhecidos que utilizaram os serviços ou médicos) e custos (custo-benefício para todos os serviços englobados).

**Quadro 9: Critério 3 - Razões de Brasileiros Optarem por Gestação de Substituição nos Estados Unidos**

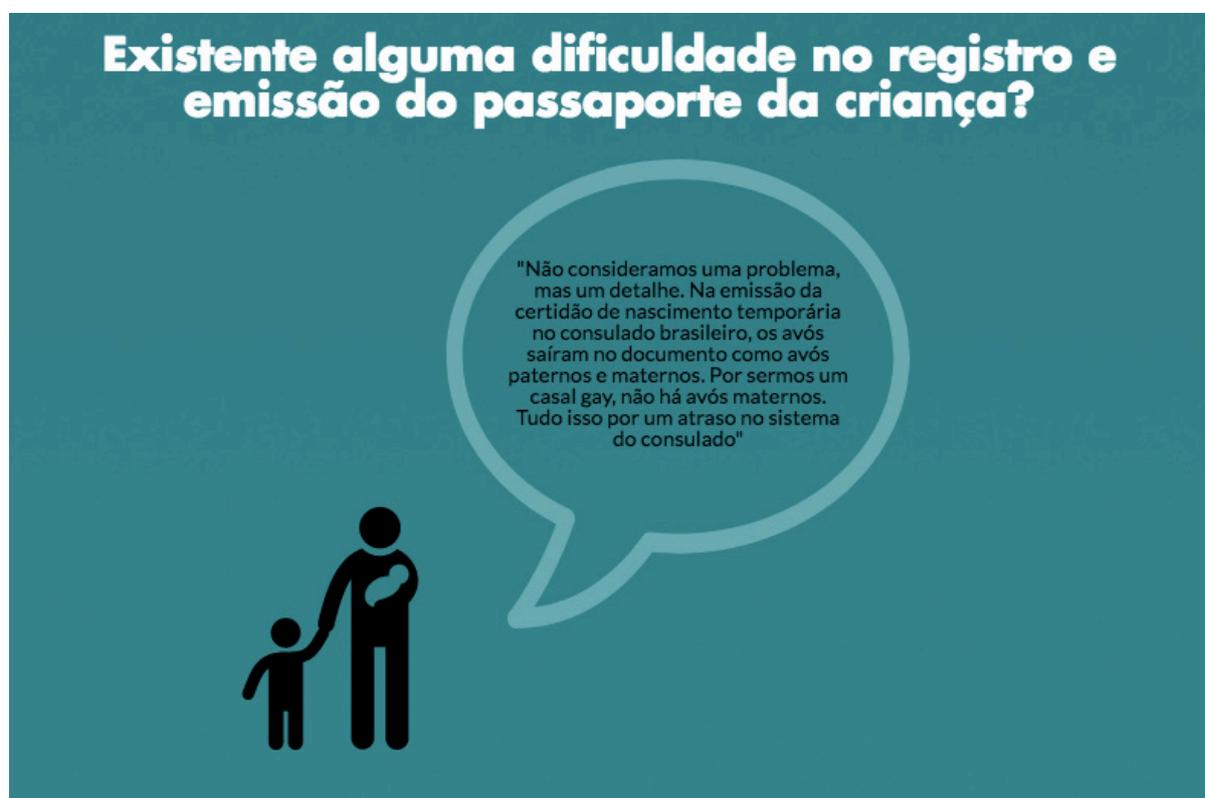
<b>Critério</b>	<b>Descrição do critério</b>	<b>Adesão ao critério</b>
<b>Legal</b>	Facilidade de registro da criança em nome dos pais intencionais, trâmites burocráticos claros e organizados	Seis participantes
<b>Indicação</b>	Conhecia pessoas que utilizaram serviços de gestação de substituição no país ou recebeu indicação de médicos brasileiros	Dois participantes
<b>Segurança</b>	Clínicas de fertilização e agências de intermediação conhecidas e conceituadas	Dois participantes
<b>Facilidade</b>	Amigos ou parentes residentes no país, possibilidade de estadia prolongada, entre outros	Um participante
<b>Custos</b>	Custos benéficos para todos os serviços englobados	Nenhum participante

Fonte: Autora.

O principal critério de escolha dos Estados Unidos, portanto, é o critério “legal”, ou seja, a garantia de saber que receberá a certidão de nascimento da criança diretamente com o nome dos pais intencionais figurando como pais legais, processo facilitado pela existência da ordem parental. Este critério reforça os estudos empíricos das regulamentações estaduais de gestação de substituição nos Estados Unidos, nas quais os 13 Estados com regulamentação permissiva expressa seguem o entendimento da parentalidade por intenção, apresentado pela primeira vez no *case law* analisado “*John v. Calvert*” (1992) da Suprema Corte do Estado da Califórnia e, posteriormente, no caso da mesma Corte “*In Re Marriage of Buzzanca*” (1998). Deste 13 Estados, oito emitem ordem parental prévia, facilitando trâmites burocráticos, principalmente para pais intencionais estrangeiros, como citado na obra de Rosa e Pompermaier (2016), que conseguiu adiantar os trâmites para sua licença-maternidade no Brasil antes mesmo do nascimento dos bebês, em decorrência da ordem parental prévia. Por fim, a escolha dos Estados Unidos por este critério não demonstra somente as facilidades do país, mas também é reflexo da aceitação dos consulados brasileiros destas certidões de nascimento estrangeiras.

Desta pergunta derivou a segunda do mesmo critério, que consistia no questionamento sobre a existência de alguma dificuldade no registro da criança e emissão de passaporte brasileiro. Dos sete participantes, seis responderam que não tiveram nenhuma dificuldade, o que reforça os relatos de Rosa & Pompermaier (2016) sobre gestão de substituição nos Estados Unidos e até mesmo de Ribeiro (2016) e seu relato da prática transnacional na Índia, evidenciando que o Brasil – diferentemente de diversos países com regulamentações proibitivas ou restritivas<sup>141</sup> – não cria empecilhos para o retorno das crianças com para o país. No espaço dissertativo, de caráter optativo, foi requisitado que os participantes dissertassem sobre as dificuldades no registro, caso houvessem. O único participante que respondeu “sim” não discorreu sobre as dificuldades vivenciadas. Contudo, um participante que respondeu “não” apresentou o seguinte comentário:

**Figura 7: Dificuldades No Registro E Emissão De Passaporte Da Criança**



Fonte: Autora.

Este relato demonstra que, apesar das experiências positivas de pais intencionais brasileiros em Consulados estadunidenses, ainda existentes consideráveis obstáculos burocráticos que casais homossexuais necessitam superar. O modelo de parentalidade

<sup>141</sup> Será matéria do terceiro capítulo.

tradicional, oriunda de matrimônio heterossexual, remetem aos ensinamentos de Ortner (2006) sobre como a agência de projetos está nas margens do poder, como forma de resistência ao modelo tradicional e possibilitando também a paternidade genética, além da paternidade social.

O quarto critério diz respeito à relação entre Estados americanos envolvidos no processo de gestação de substituição transnacional. Este critério visa analisar se a fragmentação do processo em dois ou mais Estados é prática corriqueira no país, bem como observar a incidência de Estados proibitivos nestes envolvidos.

**Quadro 10: Critério 4 - Relação entre Estados Envolvidos na Prática e suas Regulamentações**

	Estado clínica de fertilização	Estado da <i>surrogate</i> (parto)	Estado agência de intermediação
Participante 1	Virgínia	Virginia	California
Participante 2	Virginia	Virginia	California
Participante 3	Arkansas	Arkansas	California
Participante 4	Nova Jersey	Tennessee	California
Participante 5	Nova Jersey	California	California
Participante 6	California	Oregon	California
Participante 7	Oregon	Oregon	Oregon

Fonte: Autora

Dos dados obtidos, denota-se significativa variação entre Estados onde ocorreu a fertilização *in vitro* e implantação do embrião, contando inclusive com a presença de um Estado proibitivo em dois casos. O Estado de residência da *surrogate* é de grande importância, pois será o local do parto e, conseqüentemente, local onde o peticionamento para ordem parental deverá ocorrer. Os Estados sem regulamentação muitas vezes optam por utilizar os

mesmos procedimentos judiciais de Estados permissivos, como audiência para concessão de ordem parental prévia. Contudo, a grande maioria das agências de intermediação ainda estão localizadas no Estado da Califórnia, que possui a legislação mais liberal entre os 13 Estados permissivos. Ainda, importante ressaltar a fragmentação da prática entre dois Estados em cinco casos e em três Estados em um caso, com quatro participantes utilizando um clínica de fertilização do mesmo Estado da *surrogate*, o que facilita o processo de avaliações físicas e psicológicas, bem como a implantação do embrião propriamente dita. Estes dados também remetem à análise da relação entre regulamentação da prática e o número de clínicas de fertilização, onde aparente o alto número de clínicas que realizam serviços de gestação de substituição também em Estados proibitivos e sem regulamentação<sup>142</sup>. A fragmentação da prática também pode ser um dos atrativos para casais estrangeiros, por não limitar à prática, em sua totalidade, aos 13 Estados com regulamentação permissiva.

O quinto e último critério diz respeito à opinião dos brasileiros participantes sobre a regulamentação da prática no Brasil. Salienta-se que buscar a opinião de um público parcial não demonstra a tendência opinativa de uma população, o que não diminui a sua importância, pois, como pessoas com dificuldades reprodutivas, são diretamente afetadas pela então vigente Resolução 2121/2015. Os participantes responderam perguntas conexas sobre a atual regulamentação brasileira e seus requisitos, salientando a necessidade de vínculo familiar ou afetivo e a vedação da compensação financeira à *surrogate*.

---

<sup>142</sup> Vide gráficos 1 e 2, p. 113-114.

**Quadro 11: Opiniões Dos Participantes Quanto A Regulamentação Brasileira**

<b>Afirmação</b>	<b>Adesão a Afirmação</b>
<b>O Brasil não deveria mudar a regulamentação existente (Resolução 2121/2015 do CFM)</b>	Dois participantes
<b>O Brasil deveria regulamentar a prática nas formas comercial e não comercial</b>	Cinco participantes
<b>A regulamentação brasileira não é benéfica para pessoas com dificuldades reprodutivas</b>	Sete participantes
<b>A necessidade de vínculo familiar ou afetivo para a doadora temporária de útero é benéfica</b>	Nenhum participante
<b>A necessidade de vínculo familiar ou afetivo para a doadora temporária é uma obrigação negativa imposta pela regulamentação brasileira</b>	Três participantes
<b>A vedação de compensação financeira é benéfica, pois evita explorações e intenções equivocadas</b>	Nenhum participante
<b>A vedação de compensação financeira não é benéfica, pois obriga a pessoa a buscar doadora temporária de útero com vínculo familiar ou afetivo mesmo que essa não seja sua vontade</b>	Três participantes

Fonte: Autora.

Observa-se que, apesar de optarem pela prática transnacional, dois participantes não acham que a regulamentação brasileira deva sofrer mudanças, apesar de a totalidade dos participantes afirmar que a regulamentação brasileira não é benéfica para pessoas com dificuldades reprodutivas. Esta questão torna-se mais clara nos comentários dissertativos:

**Figura 8: Regulamentação Brasileira**



Fonte: Autora.

Os comentários adicionais demonstram que, possivelmente, alguns participantes podem não ter compreendido a alternativa “o Brasil não deveria mudar a regulamentação existente (Resolução 2121/2015)”, o que pode ser considerado uma falha na alternativa apresentada. Pelas dissertações, é possível concluir que estes dois participantes são favoráveis à mudanças na regulamentação brasileira, porém acreditam esta não ser possível em um futuro próximo. Ou seja, não compreenderam ser uma pergunta de opinião sobre o conteúdo da norma, mas sim opinião sobre o que acreditam que acontecerá com a atual regulamentação.

O primeiro comentário apresentado se conecta com a análise histórica dos direitos reprodutivos no Brasil, em que Campos (2009) apresenta a ascensão do conservadorismo político e religioso, a partir dos anos 2000, ameaça direitos adquiridos e impossibilita avanços em assuntos que Gonçalves (2012) denomina de “moralmente sensíveis”, pois despertam discordâncias na sociedade. Igualmente, remete a atuação normativa do Conselho Federal de Medicina, salientando que um participante citou diretamente o Poder Legislativo – na figura do Congresso Nacional – enquanto o outro fala em “aprovação de lei”. A vinculação de uma regulamentação da prática ao Poder Legislativo por estes participantes é simbólico, tendo em vista os questionamentos sobre a legitimidade do Conselho Federal de Medicina em atuar na regulamentação desta.

Foram também apresentados comentários adicionais sobre a necessidade de vínculo familiar ou – como exceção à regulamentação brasileira – vínculo afetivo, bem como sobre a vedação de compensação financeira a esta:

**Figura 9: Necessidade De Vínculo Familiar E Vedação De Compensação Financeira Na Regulamentação Brasileira**



Denota-se que a necessidade de vínculo familiar é encarada como um empecilho, mais uma barreira que pessoas com dificuldades reprodutivas precisam superar. Como demonstrado no estudo empírico de pareceres emitidos por Conselhos Regionais de Medicina, existente parecer do CREMESP (2001) de negativa de autorização ao procedimento de gestação de substituição fora do círculo familiar por alegação de que a mãe intencional possuía duas irmãs, mesmo que estas não haviam concorda em serem doadoras temporárias de útero. Esta obrigatoriedade é encarada como “absurdo” e “medida preconceituosa” pelos participantes. Por fim, percebe-se que a vedação de compensação financeira da *surrogate* contrasta com os altos valores dos serviços de reprodução assistida cobrados por médicos e clínicas, como demonstrado no estudo de Ferreira (2016), no qual analisou 23 clínicas de reprodução assistida na Região Sul do Brasil. A medicalização da reprodução reforça o papel tradicional de mulher-mãe, mantendo a estrutura de poder dominante o protagonismo reprodutivo do homem-médico.

Como demonstrou Luna (2001), ainda persiste a forte simbologia entre gestação e desejo da maternidade. A prática em que uma mulher conceber um bebê com o intuito de entregá-lo para outrem só seria tolerado se vestida com representações de altruísmo (LUNA, 2001). Neste entendimento, altruísmo e compensação financeira são desconexas, sendo considerado como um trabalho reprodutivo moralmente possível.

Esses dados permitem tecer algumas hipóteses norteadoras para o problema de pesquisa, que visa compreender as implicações das normas brasileiras e estadunidenses para a prática de gestação de substituição transnacional no projeto parental de pessoas com dificuldades reprodutivas. O vínculo familiar e a vedação de compensação financeira da *surrogate* na regulamentação brasileira são encaradas como requisitos negativos, pois os participantes não consideram que a gestação de substituição deva ser “um favor”, pois é vista como um trabalho que deve ser valorizado. Os relatos demonstram uma conexão entre altruísmo (“buscar uma pessoa boa”) e compensação financeira (“pagar pelo trabalho dela”), rompendo com o estereótipo da gestação de substituição comercial como a mercantilização do corpo feminino. O ato de gestar é valorizado, manifestando o desconforto com os altos valores recebidos pelos médicos e a impossibilidade da *surrogate* ser remunerada, pois o trabalho concreto – gestar e nutrir a criança por nove meses – foi realizado por ela, não pelos médicos.

O critério legal é a principal razão da opção pela prática transnacional nos Estados Unidos, valorizando as ordens parentais prévias emitidas na grande maioria dos Estados permissivos. Ainda, destaca-se o fato de diversos Estados sem regulamentação importarem para suas jurisdições os procedimentos de ordem parental das legislações permissivas. A prática nos Estados Unidos é bastante fragmentada, predominando a incidência de dois Estados em cada caso de gestação de substituição, geralmente ocorrendo a implantação do embrião no mesmo Estado onde a criança nascerá – Estado da *surrogate* – e com a quase totalidade das agências de intermediação localizadas no Estado da Califórnia, demonstrando a tradição do Estado na prática. Esta fragmentação possibilita a ocorrência de alguma parte do processo de gestação de substituição em Estados permissivos, sem regulamentação e até mesmo proibitivos.

Por fim a impossibilidade de proposta e promulgação de uma regulamentação permissiva no Brasil – ao menos em um futuro próximo – expõe a descrença destes brasileiros com o cenário político do país, descrito como conservador, religioso e corrupto. Enquanto não há mudanças, a prática transnacional parece ser encarada com naturalidade pelos participantes, enfatizando a positiva e vasta aceitação dos consulados brasileiros de certidões de nascimento estrangeira como o nome dos pais intencionais, o que facilita significativamente a incidência da transnacionalidade. Contudo, a maioria dos países – seja sem regulamentação, com

regulamentação proibitiva ou restritiva – não evidencia as mesmas facilidades do governo brasileiro com o registro de crianças nascidas por gestação de substituição em país estrangeiro, gerando diversos conflitos de nacionalidade e filiação que preocupam o Direito Internacional e merecem maior análise.

### **3: “ÚTERO GLOBAL: GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL**

#### **3.1. Gestação De Substituição Transnacional, Nacionalidade E Filiação: Lições De Conflitos Legais Em Um Contexto Global**

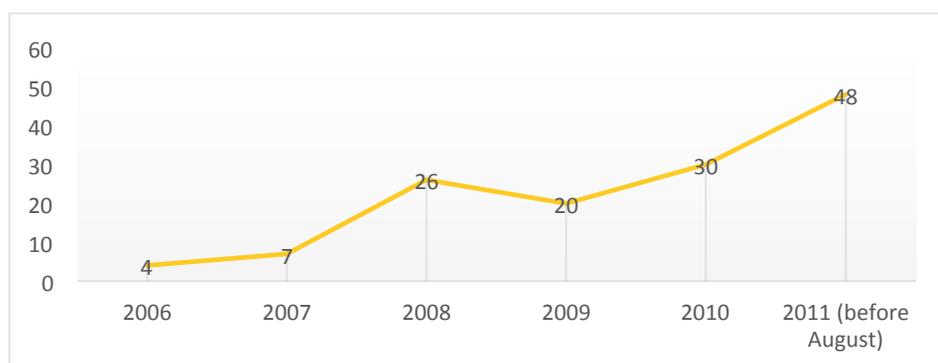
Os casos de gestação de substituição transnacionais analisados entre Brasil e Estados Unidos estabelecem as relações entre pais intencionais, *surrogates*, clínicas de fertilização e agências, relações estas de caráter internacional, pois envolvem laços entre pessoas naturais e jurídicas que perpassam as fronteiras brasileiras. Relações que transcendem as fronteiras de um Estado podem exigir uma maior compreensão da sociedade internacional contemporânea, conceituada como um conjunto de vínculos entre diversas pessoas e entidades interdependentes entre si, que coexistem por diversos motivos e que estabelecem vínculos entre elas (PORTELA, 2010). Com um suposto crescimento de casos de gestação de substituição transnacionais, este cenário, e conseqüentemente seus conflitos, despertam a atenção do Direito Internacional. A dificuldade em balancear os interesses de casais com dificuldades reprodutivas que desejam ter filhos e as preocupações com a exploração de mulheres em situação de vulnerabilidade é um tópico contestável. Atualmente, inexistente um consenso – em nível internacional – sobre a ética da prática de gestação de substituição, e se esta seria aceitável em todas as formas. A falta de uniformidade entre países é combinada com a falta de qualquer forma de regulamentação internacional (GUZMAN, 2016).

Este suposto aumento de casos transnacionais é frequentemente citado, porém pouco demonstrado em números. Dados estatísticos internacionais sobre gestação de substituição são raros, em decorrência da falta de regulamentação da prática em diversos países, bem como devido à inexistência de registros oficiais em níveis nacionais, juntamente com o fato de que os intermediários privados, como clínicas de fertilização e agências de *surrogates*, não divulgam seus dados com frequência para fins de pesquisa. Contudo, Trimmings e Beaumont (2013) realizaram estudo, entre os anos de 2006 e 2011, com agências estadunidenses e indianas de

*surrogates*, com o intuito de reportar exclusivamente casos de gestação de substituição transnacionais, ou seja, com pais intencionais estrangeiros e não-residentes nos Estados Unidos e na Índia. O resultado desta foi apresentado com base no número de pedidos requeridos por pais intencionais estrangeiros, demonstrando um aumento de quase 1.000% nos requerimentos, aqui representado de forma exemplificativa por uma das clínicas consultadas na pesquisa<sup>143</sup>:

**Figura 10: Crescimento No Número De Requerimentos De Casais Estrangeiros: Gestação de Substituição Transnacional (Participante 1: Clínica Com Sede Nos Estados Unidos)**

Número de Requerimentos		Number
Ano dos Requerimentos	2006	4
	2007	7
	2008	26
	2009	20
	2010	30
	2011 (antes de Agosto)	48
	<b>Total</b>	<b>135</b>



Fonte: Trimmings e Beaumont (2013) (tradução nossa).

Cada vez que um destino internacional de regulamentação permissiva – ou favorável à prática comercial, mesmo que ausente regulamentação específica - bane gestação de substituição transnacional, novos destinos surgem. Com o fim dos serviços para estrangeiros em países como Índia e Tailândia, outros destinos ganham destaque, como Rússia e Ucrânia. Inegavelmente, um dos principais fatores que permitiu a expansão deste mercado foi o fácil acesso à informações sobre gestação de substituição na *internet* e a consequente ampliação da sociedade internacional, resultado da globalização, um contínuo histórico em constante

<sup>143</sup> A pesquisa de Trimmings e Beaumont (2013) foi realizada com três clínicas estadunidenses e uma clínica indiana (TRIMMINGS; BEAUMONT, 2013, p. 483-486).

transformação (TEIXEIRA, 2013). Responsável pela integração entre nações, relações humanas, sociais, culturais e econômicas, a globalização gera o crescimento de uma sociedade internacional que se desenvolve exponencialmente tanto em volume como em complexidade (PORTELA, 2010). Sendo tema de difícil delimitação, a globalização coexiste com questões histórico-econômicas e com efeitos sociais e culturais, como explica Bauman:

“A integração e a divisão, a globalização e a territorialização, são processos mutuamente complementares. Mais precisamente são duas faces do mesmo processo: a redistribuição mundial de soberania, poder e liberdade de agir desencadeada (mas de forma alguma determinada) pelo salto radical na tecnologia e da velocidade. A coincidência e entrelaçamento da síntese e da dispersão, da integração e da decomposição são tudo, menos acidentais; e menos ainda passíveis de retificação. (...) Testemunhamos hoje um processo de reestratificação mundial, no qual se constrói uma nova hierarquia sociocultural em escala planetária” (BAUMAN, 1999, l. 1088-1089)

Assim, ao mesmo tempo em que as pessoas são nacionais, são também globais. Caso a jurisdição do país de origem de um indivíduo não seja benéfica para a prática requerida, o deslocamento para jurisdição de legislação favorável é tarefa possível. Nesse sentido, se desenvolve a desterritorialização, que se refere à descentralização das estruturas de poder político, econômico, social e cultural (KLAES, 1999). Contudo, no campo do Direito Internacional, as implicações do fenômeno da globalização geram consequências maiores. No caso de gestação de substituição transnacional, os problemas apresentados geralmente envolvem questões de filiação e nacionalidade<sup>144</sup> das crianças nascidas através desse processo, quando retornam ao país de origem de seus pais.

Os estudos empíricos com brasileiros que utilizaram serviços de gestação de substituição nos Estados Unidos demonstraram que, quanto ao registro civil de criança nascida por gestação de substituição transnacional nos Estados Unidos e seu retorno ao Brasil, inexistente dificuldades para seis dos sete dos participantes, contando também com relatos de pais intencionais brasileiros que solicitaram a emissão de passaporte para os filhos em consulado brasileiro de forma rápida e sem impasses (ROSA & POMPERMAIER, 2016). Todavia, o caso brasileiro é uma exceção, sendo a regra a existência de conflitos legais quanto à nacionalidade e filiação destas crianças nascidas através de gestação de substituição transnacional, como serão estudados nos casos de países como Bélgica, França e Reino Unido. A filiação está integrada no estado da pessoa física, que é regido pela lei da nacionalidade, do domicílio ou da residência habitual, conforme determinam as regras de Direitos Internacional

---

<sup>144</sup> Nacionalidade é o vínculo jurídico-político que une uma pessoa física a um Estado, do qual decorre uma série de direitos e obrigações recíprocas (PORTELA, 2010, p. 233).

Privado e convenções internacionais (DOLINGER, 2003a, p. 01). Dolinger (2003a) divide os critérios de filiação no Direito Internacional Privado dos países em dois grupos: lei da criança (de sua nacionalidade em países como Bélgica, Itália e Rússia, e de sua residência habitual na Suíça) e lei dos pais da criança (da nacionalidade da mãe na França, da nacionalidade dos pais ou de um deles na Alemanha – onde também possível aplicar a lei de residência habitual da criança - e do domicílio de ambos os pais no Reino Unido). A nacionalidade é, primariamente, objeto de regulamentação pelo direito interno, cabendo a cada ente estatal definir as normas que pautarão a atribuição da respectiva nacionalidade. Entretanto, deixar a definição acerca da nacionalidade exclusivamente nas mãos do Estado pode gerar prejuízos, razão pela qual o Direito Internacional estabelece regras gerais sobre a matéria, sem prejudicar a prerrogativa soberana dos Estados determinarem quem são seus nacionais, mas apenas limita, em vista da proteção da dignidade humana e da estabilidade da sociedade internacional (PORTELA, 2010).

O estudo da legislação comparada – e às vezes do direito comparado<sup>145</sup> *latu sensu* – está permanentemente ligado ao Direito Internacional Privado, pois diagnostica os conflitos de jurisdição e os conflitos de lei, bem como fazem a escolha da jurisdição competente e da lei aplicável ao caso concreto, dependendo de um conhecimento detalhado dos sistemas jurídicos de ambos países (DOLINGER, 2003a). Contudo, tanto o Direito Internacional Privado quanto o direito interno dos países não estavam preparados para uma situação tão peculiar quanto a d gestação de substituição. Os critérios de nacionalidade originária – decorrente do nascimento – vinculam-se a dois critérios predominantes: *jus solis* e *jus sanguinis*. Pelo *jus solis*, também conhecido como critério territorial, o indivíduo adquire a nacionalidade em função do Estado em cujo território nasce, independentemente da nacionalidade dos ascendentes (PORTELA, 2010). Em casos de gestação de substituição transnacionais, a criança em questão nasce em um país que não corresponde à nacionalidade e nem ao domicílio de seus pais, e onde também não fixará residência habitual. De acordo com a Convenção sobre Conflitos de Leis em Nacionalidade e Domicílio<sup>146</sup>, esta deve ser fundamentada em laços sociais consistentes entre o indivíduo e o Estado, o que não ocorrerá em casos de gestação de substituição transnacionais. Ainda, mesmo respeitando o critérios de *jus solis*, o conflito residirá no fato da criança – com

<sup>145</sup> Direito comparado pode ser conceituado como disciplina científica que tem por objeto o estudo comparativo sistemático de instituições ou sistemas jurídicos diversamente situados no espaço ou no tempo, com a finalidade de estabelecer os pontos comuns e as diferenças existentes entre eles, para compreender a sua evolução e determinar os parâmetros para o seu aperfeiçoamento e reforma. (OVIDIO, 1984, p.165)

<sup>146</sup> BRASIL. Decreto n. 21.798 de 1932. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=441685&id=14428224&idBinario=15695101&mime=application/rtf> Acesso em: 10.09.2017.

uma nacionalidade diversa à dos seus pais intencionais – necessitar de um passaporte do país de origem dos pais intencionais para a consequente imigração.

Pelo *jus sanguinis*<sup>147</sup>, a nacionalidade é atribuída de acordo com a nacionalidade dos pais ou de outros ascendentes, independentemente do local onde nasça o indivíduo (PORTELA, 2010). Nesse caso, os dilemas de nacionalidade estão vinculados aos de filiação. Existe a tendência nas legislações mundiais de constituir o laço legal da filiação materna pelo parto, como, exemplificativamente, é o caso de Argentina, Bélgica e França. A importância simbólica da gestação como afirmação da maternidade parece estar ligada à regra tradicional de o parto fazer a mãe. Esta estrutura de parentesco – tipicamente ocidental – tem origem romana, consagrando a fórmula do Código Napoleônico de 1804 da presunção de paternidade através do casamento, sendo a maternidade dada como certa a partir da comprovação do parto<sup>148</sup>. Assim, da análise das legislações domésticas de 25 países analisados por Trimmings e outros (2013), denota-se que 14 países citam a conexão entre maternidade e parto, mas apenas a Argentina o faz expressamente. Grande parte das legislações domésticas não declaram expressamente que mãe é quem dá à luz - mas o fazem implicitamente - como exemplo o Artigo 1.601 do Código Civil brasileiro, que determina caber ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher. Por esta razão, muitos sistemas jurídicos consideram a *surrogate* como mãe – para todos os fins legais – pois foi esta quem deu à luz. Essa definição da *surrogate* como mãe legal traz consigo diversos problemas para a prática da gestação de substituição, como conflitos legais no registro da criança – o que implica filiação e nacionalidade – e conflitos morais, pois se a *surrogate* é a mãe, ela está entregando seu próprio filho para terceiros. De uma forma geral, gestação de substituição está em uma área de colisão entre novas tecnologias e legislações antigas, desafiando as noções de maternidade e paternidade concebidas no passado (GUZMAN, 2016).

A prática transnacional nos Estados Unidos é facilitada justamente por já constar, na certidão de nascimento, os nomes dos pais intencionais como pais legais. No caso de pais intencionais brasileiros, a legislação também a favorece, pois a nacionalidade é estabelecida tanto pelo *jus soli* quanto pelo *jus sanguinis* (BRASIL, 1988). Sendo os pais intencionais já considerados pais legais, pelo critério *jus sanguinis*, estas crianças são brasileiras natos, não havendo problemas no registro consular e na emissão de passaporte. Como o caso brasileiro é uma exceção, para demonstrar as implicações da transnacionalidade da prática e a urgência em

---

<sup>147</sup> Tem-se sugerido substituir a denominação *jus sanguinis* pela denominação de “critério da filiação”, eis que não é o sangue, mas a nacionalidade dos pais que fixa a nacionalidade do filho (DOLINGER, 1997, p. 211-212)

<sup>148</sup> Napoleonic Code. 1804. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/Napoleonic-Code> Acesso em: 04.09.2017.

obter soluções quanto aos conflitos de nacionalidade e filiação, necessário analisar algumas abordagens legais domésticas ao redor do mundo para, posteriormente, tecer breves comentários sobre o Direito Internacional Privado e os conflitos de lei no espaço.

Com este objetivo, utilizar-se-á os estudos de Trimmings e outros (2013) e Sills e outros (2016), em que pesquisadores analisam as abordagens legais domésticas de 25 países. Metodologicamente, a divisão será feita em quatro categorias, cada uma com um país, a título exemplificativo: países que não regulamentam a prática; países que regulamentam e proíbem ambas as formas de gestação de substituição (comercial e não comercial); países que regulamentam e permitem apenas a prática na forma não comercial e países que regulamentam e permitem ambas as formas de gestação de substituição.

O país analisado sem regulamentação na matéria de gestação de substituição é a Bélgica. Em 2004, o Comitê de Bioética do país declarou sua opinião<sup>149</sup> - de forma unânime - de que a prática de gestação de substituição era eticamente aceitável. Considerada uma declaração histórica, o Comitê ainda ressaltou a necessidade de uma regulamentação legal sobre o tema, tanto em âmbito federal quanto nas comunidades<sup>150</sup>. Diversos projetos de lei foram apresentados e discutidos no Parlamento Federal da Bélgica, com conteúdo variado, desde projetos proibitivos a permissivos. Contudo, nenhum dos projetos de lei pareciam ter um real interesse em questões envolvendo Direito Internacional Privado. De acordo com Verschelden e Verhellen (2013), muito do insucesso dos legisladores em aprovar uma lei federal sobre a matéria se deu pela inexistência de uma visão global sobre o tema. Sem um enquadramento legal, julgados de Tribunais do país demonstram um aumento dos casos transnacionais, que não passou despercebido pelas autoridades do país.

A primeira medida do país para conter a transnacionalidade da prática foi a emissão de comunicados em suas embaixadas na Ucrânia e Índia - países de maior incidência de casos com pais intencionais belgas - sobre a incerteza de registro da criança pelos pais intencionais. Na prática, a criança necessitaria de um passaporte belga, requisitado em consulado no país onde ocorreu o nascimento. Para tanto, necessário determinar a nacionalidade da criança e sua filiação. Pelo critério *jus sanguinis*, a criança será reconhecida como de nacionalidade belga se pelo menos um dos pais intencionais for também pai ou mãe genético. Ainda, de acordo com o

<sup>149</sup> BÉLGICA. **Avis n. 30 d 5 juillet 2004 Relatif à la Gestation Pour Autrui**. Disponível em: [https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth\\_theme\\_file/7972417/Avis%20n%C2%B030%20du%205%20juillet%202004%20relatif%20%C3%A0%20la%20gestation-pour-autrui.pdf](https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/7972417/Avis%20n%C2%B030%20du%205%20juillet%202004%20relatif%20%C3%A0%20la%20gestation-pour-autrui.pdf) Acesso em: 15.08.2017.

<sup>150</sup> Apesar de justiça ser uma matéria federal, as chamadas “Comunidades” possuem competência em algumas matérias, como adoção, por exemplo. O país possui três comunidades: Flemish (de língua holandesa); Comunidade Francesa e Comunidade alemã (VERSCHELDEN; VERHELLEN, 2013, p. 49).

código de Direito Internacional Privado do país, documentos estrangeiros – como uma certidão de nascimento – só serão reconhecidos se compatíveis com a legislação belga. Seguindo o país, o que no presente trabalho define-se como princípio não normatizado, de que mãe é quem dá à luz, uma certidão de nascimento com o nome dos pais intencionais – mais especificamente a mãe intencional - seria incompatível com a legislação doméstica. Na prática, o que geralmente ocorre é o reconhecimento da filiação pelo pai intencional – se este for também pai genético – enquanto a mãe intencional – independentemente de ser mãe genética – precisará adotar formalmente o bebê, pois a mãe sempre é considerada aquela que deu à luz (VERSCHELDEN; VERHELLEN, 2013).

O caso da Bélgica demonstra que as dificuldades de registro da criança nascida por gestação de substituição em país estrangeiro não são exclusivas de países que proíbem a prática, sendo também consequência da inexistência de regulamentação e, assim, a incerteza sobre os procedimentos a serem adotados. Contudo, independentemente de regulamentação, casos como o do Brasil demonstram que a problemática não está propriamente nas normas de direito interno de um país quanto à nacionalidade e filiação, mas sim no entendimento de que uma certidão de nascimento – na qual a mãe legal não é aquela que deu à luz – é documento incompatível com o regime jurídico nacional. Como doutrina Dolinger (2003a), dentro da sistemática do Direito Internacional Privado, não há como deixar de reconhecer a filiação de crianças validamente registradas como filhos na conformidade de uma legislação local. Para este autor, trata-se de um caso típico de reconhecimento de direitos adquiridos<sup>151</sup>.

Estes conflitos são melhor elucidados em países com regulamentação proibitiva de ambas as formas de gestação de substituição – comercial e não comercial – com destaque para a França, onde contratos de gestação de substituição são nulos perante os Artigo 16-7 do Código Civil<sup>152</sup>, enquanto a prática em si – gerar um bebê para terceiro – é proibida perante o Art. 227-13 do Código Penal do país<sup>153</sup>. Diferentemente do Comitê de Bioética da Bélgica – que definiu a prática como eticamente aceitável – o intitulado “Ato de Bioética de 1994” adotou posição contrária, alegando que o corpo humano não pode ser objeto de acordos privados. Este ato surgiu com base em um caso doméstico de gestação de substituição, que

<sup>151</sup> Direito adquirido quer significar o direito que já se incorporou ao patrimônio da pessoa, já se constitui um bem, que deve ser juridicamente protegido contra qualquer ataque exterior, que ouse ofendê-lo ou turbá-lo (DANTAS, 1996, p. 116).

<sup>152</sup> “Qualquer acordo relativo a procriação os gestação por parte terceira será nulo”. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr> Acesso em: 20.08.2017 (tradução nossa).

<sup>153</sup> “Substituição intencional, falsa representação ou dissimulação que infringe o *status* civil de uma criança é punido com três anos de prisão e multa de quarenta e cinco mil euros. Tentativa de cometer estas ofensas receberá as mesmas penalidades. Fonte: [http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/french\\_penal\\_code\\_33.pdf](http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/french_penal_code_33.pdf) Acesso em: 20.08.2017 (tradução nossa).

chegou à *Cour de Cassation* francesa – a mais alta corte civil do país - em 2011, onde foi decidido que a prática violava a ordem pública, por ser contrária aos princípios da indisponibilidade do corpo humano e do estado das pessoas (SAUSSINE; SAUVAGE, 2013).

Na esfera criminal, o Código Penal francês, em seu Art. 227-13, pune com prisão de até três anos e multa de 45 mil euros qualquer simulação ou ocultação de nascimento que resulte em mudança do estado legal do bebê, como a identificação da mãe intencional como mãe legal na certidão de nascimento. Neste caso, a mãe intencional estaria simulando um nascimento, enquanto a *surrogate* estaria ocultando um nascimento. O Ato de Bioética de 1994 criou uma punição também para os intermediários, como agências, clínicas e médicos. Enquanto médicos podem ser punidos com até um ano de prisão e multa de 15 mil euros – que será dobrada em caso de praticar regularmente o ato com fins pecuniários - agências e clínicas podem ser punidas com multa de até 450 mil euros, em concordância com os Artigos 227-12 e 227-13 do Código Penal francês (SAUSSINE; SAUVAGE, 2013).

Quanto à prática de gestação de substituição transnacional por cidadãos franceses, conforme estatísticas informais apresentadas por organizações não governamentais<sup>154</sup>, pelo menos 300 crianças com pais intencionais franceses nascem por ano fruto da prática de gestação de substituição em países estrangeiros. Contudo, questões de nacionalidade e filiação destas crianças são de extrema complexidade em território francês. Merchant & Krief (2016) lecionam que um dos motivos está na interpretação que a França faz do princípio do melhor interesse da criança. Diferentemente de países como Reino Unido, Israel e Bélgica – onde o estado legal da criança é desassociado da legalidade da prática de gestação de substituição – na França esta interpretação do princípio é considerada perigosa, pois poderia acabar permitindo a prática e estimulando a sua transnacionalidade. Igualmente, a ordem pública internacional desempenha importante<sup>155</sup> papel no Direito Internacional Privado francês de filiação, rejeitando leis estrangeiras incompatíveis com o regime jurídico do país em nome da ordem pública (DOLINGER, 2003a).

Quanto à filiação e nacionalidade, existentes casos em que o Procurador Público é avisado – pelo Consulado Francês do país onde nasceu a criança por gestação de substituição – da incompatibilidade da certidão de nascimento da criança – onde a mãe intencional francesa figura como mãe legal – com o regime jurídico francês. Nestes casos, o Procurador pede ao Tribunal o cancelamento da transcrição do documento, geralmente concedido pelo magistrado

---

<sup>154</sup> CLARA. *Comité de Soutien pour la Légalisation de la Gestation Pour Autrui et l'Aide à la Reproduction Assistée*. Disponível em: <http://claradoc.gpa.free.fr/> Acesso em: 20.08.2017.

<sup>155</sup> Será tema melhor desenvolvido em momento posterior do terceiro capítulo.

com base no já citado julgado de 1991 da *Cour de Cassation*. Neste quadro, alguns casos transnacionais geraram debates no país, com destaque para o caso da família Mennensson, que teve gêmeos nos Estados Unidos. Entre diversas decisões judiciais nos anos de 2000 e 2011, a transcrição da certidão de nascimento das crianças foi negada, com a alegação de inexistir qualquer violação ao princípio do melhor interesse da criança<sup>156</sup> e ao princípio do direito da criança à vida familiar privada<sup>157</sup>, pois os gêmeos possuíam nacionalidade americana<sup>158</sup> (MERCHANT; KRIEF, 2016).

Porém, no ano de 2013, a *Cour de Cassation* apresentou decisão ainda mais severa, decretando que a recusa em transcrição de certidão de nascimento estrangeira é justificada em casos de fraude, devido ao fato de que contratos de gestação de substituição serem nulos no país. Ainda, o juiz complementou que, em casos de fraude como este, os princípios

---

<sup>156</sup> Art. 3 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança:

1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.
2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.
3. Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada (BRASIL, 1990).

<sup>157</sup> Art. 8 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança:

1. Os Estados Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas.
2. Quando uma criança se vir privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados Partes deverão prestar assistência e proteção adequadas com vistas a restabelecer rapidamente sua identidade (BRASIL, 1990).

<sup>158</sup> Apesar de não citado na decisão, o fato das crianças possuírem cidadania americana poderia demonstrar – de acordo com o magistrado – a não violação do Art. 7 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, pois as crianças não seriam apátridas:

1. A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.
2. Os Estados Partes zelarão pela aplicação desses direitos de acordo com sua legislação nacional e com as obrigações que tenham assumido em virtude dos instrumentos internacionais pertinentes, sobretudo se, de outro modo, a criança se tornaria apátrida (BRASIL, 1990).

internacionais do melhor interesse da criança e do direito à vida familiar privada não poderiam ser invocados. O caso chegou – através de apelação dos Mennessons – até a Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>159</sup>, onde, em junho de 2014, foi decretada a violação do princípio do direito da criança à vida familiar privada, com base no Art. 8 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Os juízes argumentaram que negar o direito de filiação afeta o senso de identidade da criança, considerando não apenas filiação, mas nacionalidade, como um elemento de identidade pessoal. Apesar da Corte não interferir no banimento da prática em território nacional francês, esta proibição não pode interferir com um direito fundamental da criança (MERCHANT; KRIEF, 2016). Este posicionamento tem base na jurisprudência da Corte, que considera determinante a realidade social da criança acima do estatuto jurídico formal (DOLINGER, 2003a).

Condenações como esta demonstram a complexidade do cenário francês em relação ao registro de crianças oriundas de gestação de substituição transnacional. A proibição da prática por legislação doméstica não impediu a ocorrência de casos transnacionais, apenas gerando maiores dificuldades para o reconhecimento de certidão de nascimento estrangeira em países onde inexistente uma regulamentação. Como analisado, apesar dos impasses em casos transnacionais na Bélgica, ainda possível o registro da criança pelo pai intencional – se tiver vínculo genético com o bebê – e, posteriormente, a adoção pela mãe intencional. A situação é longe do ideal, mas ainda é mais flexível que a completa negativa de registro no cenário francês. A condenação da França pela Corte Europeia de Direitos Humanos leva a questionar a eficácia de regulamentações proibitivas, que são contornadas pela transnacionalidade. O país ainda tentou impossibilitar a incidência de casos transnacionais através da negativa de registro das crianças, com base na violação à ordem pública. Contudo, a medida claramente viola um direito fundamental da criança, não podendo ser aplicada.

Subsequente, o país analisado com regulamentação permissiva apenas para a prática não comercial é o Reino Unido<sup>160</sup>, onde a gestação de substituição é permitida com base no *Surrogacy Arrangements Act 1985*<sup>161</sup>, que determina a impossibilidade de qualquer pagamento além das despesas médicas e legais. Regulamentação adicional foi apresentada pelo *The*

<sup>159</sup> A Convenção Europeia de Direitos Humanos para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, de 1950, criou a Corte Europeia de Direitos Humanos, a qual tem acesso, não só os Estados da União Europeia, mas igualmente os particulares. A partir de 1998, por força do Protocolo n. 11, aprovado em 1994, que fundiu a Comissão e a Corte, as partes queixosas se dirigem diretamente à Corte (DOLINGER, 2003, p. 41).

<sup>160</sup> No Reino Unido existem três sistemas legais: o sistema da Inglaterra e País de Gales; o sistema da Escócia e o sistema da Irlanda do Norte. Esta é uma visão geral de legislações que abrangem todo o Reino Unido (GRECO, 2016, p. 367).

<sup>161</sup> REINO UNIDO. *Surrogacy Arrangements Act 1985*. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49> Acesso em: 20.08.2017.

*Human Fertilization and Embryology (HFE) Act 1990*”, determinando que os contratos de gestação de substituição não possuem força obrigatória, bem como introduzindo a ordem parental como mecanismo para os pais intencionais requererem o registro após o nascimento da criança (HORSEY, 2016). Contudo, a ordem parental no Reino Unido não possui qualquer relação com a ordem parental emitida nos Estados Unidos. De acordo com a lei do Reino Unido, a mulher que dá à luz será considerada mãe para fins legais, exceto se a criança for posteriormente adotada ou se a parentalidade for transferida por ordem judicial. Assim, em caso de uma gestação de substituição - em território nacional ou estrangeiro - a *surrogate* será considerada a mãe do bebê, independente de ter ligação genética com ele. Se esta for casada ou viver em união estável, seu marido ou companheiro será considerado o pai legal da criança, se comprovado que ele consentiu com a prática. Se a *surrogate* for solteira, o pai intencional poderá ser considerado o pai legal, se tiver relação genética com a criança. Contudo, se a mãe intencional tiver relação genética com o bebê, mesmo assim não será considerada mãe legal, sendo sempre a *surrogate* considerada a única mãe legal da criança (GRECO, 2013).

Pelo mecanismo inglês da ordem parental, a certidão de nascimento da criança é emitida com a *surrogate* figurando como mãe e seu marido ou companheiro, se houver, como pai. Para requerer uma ordem parental, além de outros requisitos, pelo menos um dos pais intencionais necessita ter vínculo genético com o bebê. Quando emitida a ordem parental, a parentalidade da *surrogate* e seu marido é extinta, emitindo-se nova certidão de nascimento com o nome dos pais intencionais. A certidão original é arquivada e poderá ser acessada somente pela criança quando atingir a maioridade, aos 18 anos<sup>162</sup>. Denota-se que não seria caso de a *surrogate* figurar como mãe na declaração de nascido vivo do hospital, mas sim na certidão de nascimento definitiva. Além de ser um processo complexo, possui mais similaridades com a adoção, com alteração do nome dos genitores em certidão de nascimento e pela referência da *surrogate* como mãe biológica. Com a exigibilidade de uma união entre duas pessoas – o que abrange casamento e união estável – a ordem parental não pode ser emitida para pessoas solteiras, impossibilitando, assim, um projeto parental solo.

Os conflitos para emissão de ordem parental poderão ser dificultados em casos de gestação de substituição transnacional. No caso intitulado “*X&Y (Foreign Surrogacy)*”, a gestação ocorreu na Ucrânia, onde a certidão de nascimento é emitida em nome dos pais intencionais, e a *surrogate* não possui qualquer responsabilidade legal em relação à criança. Contudo, pela lei britânica, a *surrogate* ucraniana era a mãe legal do bebê e seu marido o pai

---

<sup>162</sup> REINO UNIDO. *Become a Child's Legal Parent*. Disponível em: <https://www.gov.uk/become-a-childs-legal-parent> Acesso em: 20.08.2017.

legal. Neste conflito, a criança restaria sem nacionalidade e sem filiação. Requisitado um teste de DNA, restou comprovada a relação genética da criança com o pai intencional, sendo emitida uma permissão de sua entrada no Reino Unido – de forma excepcional – para os pais intencionais então entrarem com o pedido de ordem parental. Outro tipo de conflito possível diz respeito aos valores pagos à *surrogate*, diante da impossibilidade legal de fins pecuniários. O caso “*Re L*”, de uma gestação de substituição transnacional comercial nos Estados Unidos, foi considerado ilegal no Reino Unido por ultrapassar o valor de “despesas razoáveis” requerido por lei. O documento de regulamentação de ordens parentais de 2010, intitulado “*Parental Order 2010 Regulations*”<sup>163</sup> amenizou esta dificuldade, determinando que pagamentos adicionais, apesar de violarem à ordem pública nacional, não seriam motivo de negativa de emissão de ordem parental, com exceção de casos com características de tráfico de crianças, utilizando assim uma interpretação do princípio do melhor interesse da criança onde o estado legal é desassociado da legalidade da prática, diferentemente da interpretação francesa (GRECO, 2013).

Além da demonstração de maior flexibilidade para fins de filiação se comparado com a França, o Reino Unido ainda conta com considerável volume de dados estatísticos sobre a prática, embora extraoficiais, porque formulados por organizações não-governamentais. De acordo com estudo de Crawshaw e outros (2012), o número de ordens parentais emitidas anualmente aumentou, passando de 48 requerimentos em 2007 para 149 no ano de 2011. Destes números, as porcentagens de ordens parentais requeridas por gestação de substituição transnacional passaram de 2% em 2008 para 26% em 2011. Uma pesquisa realizada pela ONG *Surrogacy UK* em 2015 incluiu a participação de 111 *surrogates*, 206 pais intencionais e 112 classificados como outros, entre médicos, advogados e agências. Quando perguntados se a lei de gestação de substituição no Reino Unido deveria ser reformada, 65% das *surrogates* e 70% dos pais intencionais responderam que sim<sup>164</sup>. Foi igualmente considerada uma lei ultrapassada, que não reflete a realidade da prática de gestação de substituição, bem como que não trata os pais intencionais como pais legais. Contudo, apesar das críticas à regulamentação existente e a um aparente aumento dos casos transnacionais ao longo dos anos, o número ainda é bastante inferior aos casos nacionais de gestação de substituição. O fato de existir uma prática regulamentada – embora apenas na forma não comercial – configura uma comunidade ativa de

---

<sup>163</sup> REINO UNIDO. *The Human Fertilisation and Embryology (Parental Orders) Regulations 2010*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2010/9780111491355/contents> Acesso em: 20.08.2017.

<sup>164</sup> Surrogacy UK. Disponível em: <https://www.surrogacyuk.org/> Acesso em: 20.08.2017.

*surrogates*, pais intencionais, clínicas e agências, o que possibilita um maior número de pesquisas na área e, conseqüentemente, a possibilidade de mudanças na lei doméstica do país.

Prontamente, o país que regulamenta ambas as formas de gestação de substituição analisado é a Ucrânia, um dos países em que gestação de substituição transnacional ocorre em larga escala. O Código Civil ucraniano<sup>165</sup>, em seu Art. 281(7), prevê o direito de qualquer pessoa, independentemente da nacionalidade, utilizar tecnologias de reprodução assistida no país. Já o Art. 123(2), do Código de Família ucraniano, prevê expressamente a possibilidade de gestação de substituição: “se o embrião humano concebido pelo casal (um homem e uma mulher) através de reprodução assistida foi transferido para o corpo de outra mulher, este casal será declarado pais da criança”<sup>166</sup>. Ainda, o Art. 139(2) do mesmo código impede a *surrogate* de contestar a paternidade e maternidade dos pais intencionais, devendo apenas dar seu consentimento aos pais no momento do registro (DRUZENKO, 2013).

A legislação ucraniana é silenciosa quanto à parte comercial da prática, porém cita a liberdade de contratar como fundação de sua legislação civil, em concordância com o Art. 627(1) do Código Civil ucraniano. Todas estas provisões facilitam o processo transnacional e, conseqüentemente, atraem casais estrangeiros. Contudo, existem limites impostos pela legislação. Os pais intencionais devem ser casados e heterossexuais, com base no Art. 123(2) do Código de Família ucraniano, o que impossibilita o projeto parental de casais homossexuais e de pessoas solteiras. Outra obrigatoriedade é que um dos pais intencionais tenha vínculo genético com a criança para o registro ser efetuado e a impossibilidade de gestar da mãe intencional necessita ser comprovada (DRUZENKO, 2013).

Com uma legislação permissiva, julgados de conflitos em matéria de gestação de substituição se limitam aos casos transnacionais em que o conflito tem relação com questões de registro da criança no país de origem dos pais intencionais. Druzenko (2013) cita um caso de 2009, com pais intencionais canadenses<sup>167</sup>. Com a criança já registrada, o casal não poderia sair do país, em decorrência da lei canadense exigir uma decisão judicial que permita a saída da criança do país onde nasceu. Inexistente este procedimento na Ucrânia, os Tribunais aplicaram, por analogia, a lei de adoção, satisfazendo o requerimento canadense. Historicamente, nos poucos casos existentes, as autoridades ucranianas demonstraram grande cooperação com as exigências dos países de origem dos pais intencionais. A legislação permissiva, juntamente com

<sup>165</sup> UCRÂNIA; *Civil Code*. Disponível em: <http://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=8896> Acesso em: 23.08.2017.

<sup>166</sup> UCRÂNIA. *Family Code*. Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/4c4575d92.html> Acesso em: 23.08.2017.

<sup>167</sup> Caso n. 2-0-239/10, julgado no Tribunal distrital de Shevchenkivskiy em 13.12.2010 (DRUZENKO, 2013, p. 363)

o procedimento do registro da criança diretamente em nome dos pais intencionais facilita a prática tanto para cidadãos ucranianos quanto estrangeiros, com exceção de casais homossexuais e pessoas em projeto parental solo.

A análise legislativa realizada permite tecer algumas considerações sobre a transnacionalidade da prática de gestação de substituição em um contexto global. O aumento de casos transnacionais parece estar relacionado com a ausência de regulamentação e com a existência de regulamentação proibitiva, como ocorre na Bélgica e França. Países com regulamentação restritiva – permitindo a prática somente na forma não comercial – não parecem demonstrar o mesmo aumento de casos transnacionais. Contudo, as dificuldades de registro abrangem todas as jurisdições analisadas, em diferentes graus. A principal razão para este impasse está no fato de a maioria das jurisdições ainda ligarem a maternidade ao parto (TRIMMINGS; BEAUMONT, 2013). Com exceção das regulamentações proibitivas – que apresentam ao menos uma isonomia entre pai e mãe intencional – as demais parecem privilegiar a conexão genética, mas apenas na figura do pai intencional/genético. A mãe intencional, mesmo se for mãe genética, necessitará adotar o próprio filho - como ocorre na Bélgica - para figurar como mãe legal.

É discutido se o Direito Internacional Privado teria poder para modificar estes impasses, fortemente vinculados às regras de nacionalidade e filiação do direito interno de cada país<sup>168</sup>. O objeto do Direito Internacional Privado é disciplinar a solução dos conflitos de lei no espaço, definindo qual o ordenamento jurídico nacional aplicável a uma relação privada com conexão internacional. Cabe enfatizar que este não regula a situação conflituosa em si, mas apenas indica qual a norma – nacional ou estrangeira – deve ser aplicada no caso. Sua terminologia é alvo de críticas, como demonstra Portela (2010):

“(...) tal ramo do Direito não é, a rigor, internacional, mas predominantemente interno, regulando a solução de conflitos de leis dentro de um Estado a partir, sobretudo, da própria norma estatal. Em segundo lugar, porque tais normas revestem-se de evidente interesse público, visto que visam a solucionar conflitos de leis que poderiam gerar uma instabilidade prejudicial às relações sociais em geral, pelo que também se revelaria impróprio o termo ‘privado’”. (PORTELA, 2010, p. 500)

<sup>168</sup> Parte da doutrina – como Dolinger (2013) - entende que é objeto do Direito Internacional Privado regular questões pessoais de interesse internacional, vinculadas ao tema de nacionalidade. Portela (2010), entretanto, defende que tais matérias não se referem ao Direito Internacional Privado porque dizem respeito a questões de inegável interesse público, vinculadas à própria existência do Estado (PORTELA, 2010, p. 499-500). Independente do posicionamento adotado, inegável a relevância e contribuição da Doutrina de Direito Internacional Privado ao tema de nacionalidade.

Amorim (2008) discorda que o objeto do Direito Internacional Privado seja unicamente a solução de conflitos de lei no espaço, pois nem sempre existe um conflito. Nos casos de aplicação da lei estrangeira por determinação de uma lei local, não se trata de conflito, mas sim do reconhecimento de um direito adquirido no exterior. Contudo, conflito realmente existe em casos nos quais a lei estrangeira fere a soberania ou ordem pública local. Em casos de gestação de substituição, possíveis conflitos entre a lei do país de domicílio dos pais intencionais e a lei do país onde nasceu o bebê podem ocorrer. Tradicionalmente, a solução seria encontrada na *lex fori*, conjunto de leis internas de cada país que tratam da aplicação da lei estrangeira e dos conflitos destas com as leis locais. Para a aplicação da lei estrangeira, cada país utiliza estes conjuntos de leis e um elemento de conexão específico, como domicílio, nacionalidade, lugar da constituição da obrigação contratual e autonomia de vontade, entre outros (AMORIM, 2008), podendo ter um elemento de conexão principal e outros subsidiários. Contudo, passível observar se estes elementos de conexão solucionariam os dilemas legais existentes dentro do tema de gestação de substituição.

O Brasil adota hoje o domicílio como elemento de conexão principal. De acordo com a o Art. 7º, parágrafo 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)<sup>169</sup> – que, juntamente com demais normas de Direito Internacional Privado, é a *lex fori* brasileira – a lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família (AMORIM, 2008). Ainda, salvo em caso de abandono, determina que o domicílio do chefe da família estende-se ao outro cônjuge e os filhos não emancipados. Em concordância com o Art. 147, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a competência do Juiz da Infância e da Juventude será determinada pelo domicílio dos pais ou responsável. Da mesma forma, a Súmula 383<sup>170</sup> de 2009 do STJ determina que a competência para processar e julgar as ações conexas de interesse do menor é, em princípio, do domicílio do detentor de sua guarda, considerando a competência estabelecida no Art. 147, I, do ECA como sendo de natureza absoluta. No caso de gestação de substituição, o conflito é anterior à fixação do domicílio da criança, dizendo respeito à parentalidade legal e filiação.

Da mesma forma seria com a adoção da nacionalidade como elemento de conexão principal, adotado por diversos países europeus. Em caso de adoção do sistema de origem *jus*

---

<sup>169</sup> BRASIL. **Decreto-Lei 4.657/1942**. Redação dada pela Lei 12.376/2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm) Acesso em: 10.09.2017.

<sup>170</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 383**. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013\\_35\\_capSumula383.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula383.pdf) Acesso em: 10.09.2017.

*sanguinis*, necessário designar quem são os pais da criança para então determinar sua nacionalidade. Igualmente, o critério *jus soli* não disseminaria o problema, pois a criança poderia ter nacionalidade diferente de seus pais intencionais, não solucionando eventuais problemas de imigração da criança para o país de domicílio dos pais intencionais. Ainda, sobre a origem do *jus sanguinis*, como leciona Ergas (2013a), a paternidade era um elemento variável, uma consequência do vínculo matrimonial entre um homem e a mulher que gestou a criança. A maternidade era corporal, enquanto a paternidade era legal, derivando a nacionalidade do marido da mãe, não necessariamente sendo este o pai genético. Paradoxalmente, “*sanguinis*, mesmo que literalmente significando sangue, na realidade significava lei” (ERGAS, 2013a, p. 167-168).

Os elementos de conexão “autonomia de vontade” e “lugar da constituição das obrigações” levam à análise do aspecto contratual da gestação de substituição e das intenções das partes contratantes. Argumenta-se que a solução para os conflitos de filiação estaria na aplicação da já analisada teoria da parentalidade por intenção, originária da Suprema Corte dos Estados Unidos em 1993. Com base nesta abordagem, legisladores protegem – e os Tribunais reforçam – as intenções das partes com base no contrato de gestação de substituição firmado. Reconhecendo o contrato firmado em outra jurisdição, seria possível aplicar a teoria. Porém, muitos Estados se recusam a reconhecer a intenção – considerada um fator frágil - como base para reconhecimento de filiação. A grande crítica a este instituto está no fato de uma decisão privada – como liberdade de pactuar contrato - determinar filiação – matéria de interesse público. A atribuição legal de parentalidade através de, por exemplo, uma certidão de nascimento, limita a liberdade contratual, pois declara e constitui indivíduos como pai e mãe, com suas específicas obrigações deste *status* que vão além da esfera privada (ERGAS, 2013a).

Dar preferência para a liberdade contratual ao mesmo tempo em que respeita o *status* parental é um resultado direto dos avanços tecnológicos na área de reprodução assistida e da multiplicação de conceitos legais sobre quem pode constituir uma família. Anteriormente como um conceito recluso ao instituto do casamento, legislações e tribunais ao redor do mundo vem aceitando a parentalidade fora dos aspectos biológicos, como quando determinam a parentalidade socioafetiva e em casos de casais que utilizaram doadores de gametas. Desta forma, Ergas (2013a) argumenta que as regulamentações permissivas na área de gestação de substituição indicam uma possível tendência em equilibrar liberdade contratual e *status* parental. Esta tendência demonstra uma expansão das formas regulamentadas de parentesco – o que inclui maternidade – em vez de uma regulamentação que prioriza apenas a autonomia de vontade. Mesmo com um leque maior de opções no que diz respeito à maternidade e

paternidade, esta definição – na forma legal – ainda depende da sanção do Estado. Em outras palavras, parentalidade e filiação seguem firmemente ancoradas na lei, e não em acordos privados.

Como forma de solucionar – ainda que esporadicamente – os conflitos de nacionalidade e filiação em casos de gestação de substituição transnacionais, alguns Estados utilizam uma analogia errônea aos casos de adoção internacional. Como primeira diferença, a criança adotada possuía uma identidade reconhecida que precedia o processo de adoção, possuindo originalmente uma nacionalidade, um domicílio e uma filiação. Segundo, a mulher que deu à luz era a mãe legal, com todos os direitos e obrigações oriundos deste papel. Em casos de gestação de substituição, a criança não possuía uma identidade prévia, necessitando da parentalidade legal para definir nacionalidade, domicílio e filiação. Legislações que tratam a *surrogate* como uma mãe biológica que renuncia a seu poder parental – como no caso do Reino Unido – concedendo um período para a *surrogate* após o parto revisar sua decisão, expõem a prática a riscos e interpretações equivocadas. Diferentemente da mãe biológica, a *surrogate* jamais possuiu as obrigações e direitos oriundos da maternidade legal, como explica Ergas (2013a):

“(…) a forma mais coerente que os Estados permissivos de gestação de substituição parece terem encontrado para endereçar a questão da maternidade *sanguinis* foi “legalizando” o “sangue” da mãe – assim sendo, substituindo a conexão corporal de mãe e filho com uma conexão legal. A maternidade se torna, então, um *status* baseado na validação estatal de um acordo contratual entre pais intencionais e – separadamente – uma [possível] doadora de óvulos e a *surrogate*. Na extensão de que gestação de substituição e adoção se baseiam na parentalidade por intenção, a *surrogate* é uma analogia a mãe que renuncia seus direitos ao colocar o filho para adoção. Contudo, diferentemente da mãe biológica na adoção, a *surrogate* jamais possuiu o *status* de mãe. Consequentemente, ela não possui as obrigações nem os direitos tipicamente oriundos de uma mulher que deu à luz, podendo ainda ser [financeiramente] recompensada de acordo com o preço de mercado”. (ERGAS, 2013a, p. 170. Tradução nossa<sup>171</sup>)

Como demonstrado na análise legislativa, países como a Bélgica – onde inexistente legislação específica – e Reino Unido – de regulamentação permissiva apenas na forma não

<sup>171</sup> “ (...) the most coherent way for states engaged in the surrogacy market to address the question of maternal *sanguinis* rights appears to be by legalizing” the “blood” of the mother—that is, by substituting the corporeal bond of mother and child with a legal bond. Motherhood becomes, then, a status whose basis lies in state validation of contractual accords between the commissioning parent and—separately—the ova provider and the gestational carrier. To the extent to which both surrogacy and adoption rest on an intent-based test of parenthood, the gestational carrier is the analog of the mother who gives up her child for adoption. But, unlike the birth mother in adoption, the gestational carrier in surrogacy has never had the status of mother. Consequently, she has never been bound by any of the obligations nor has she ever had any of the rights normally attendant on giving birth, and she may be compensated at a market rate”.

comercial – optaram por solução análoga à adoção internacional para casos de gestação de substituição. Contudo, a maioria dos países ainda aparenta optar pela negativa de registro, limitando à aplicação do direito estrangeiro com base na ordem pública ou fraude à lei, como o caso da França e demais países com regulamentações proibitivas. Deste modo, demonstra-se que os elementos de conexão tradicionais – visando à aplicação de uma lei estrangeira - não são passíveis de solucionar conflitos tão particulares oriundos da prática de gestação de substituição transnacional. Assim, passível de análise as limitações existentes para aplicação do direito estrangeiro, com base na ordem pública e na fraude à lei.

Como ensina Amorim (2008), o conceito de ordem pública não possui previsões legais, mas é critério do julgador. A doutrina cita a soma de valores morais e políticos de um povo como aquilo que pode constituir a chamada ordem pública, compreendendo também a soberania nacional e os bons costumes. No mesmo entendimento, a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasil, em seu Artigo 17, dispõe que “as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes” (BRASIL, 1942).

Assim, regulamentações estrangeiras permissivas – como Estados Unidos e Ucrânia – “contaminariam” uma sociedade nacional – de regulamentação inexistente ou proibitiva – no seu *modus vivendi*, na sua tranquilidade e nos seus bons costumes (AMORIM, 2008, p. 58). Basso (2013) afirma que, no contexto interno de um país, a ordem pública consiste na limitação da autonomia das partes em uma relação jurídica privada. Dolinger (2003b) assevera que, no contexto externo, este princípio preocupa-se com o impedimento ou a atenuação da aplicação de leis estrangeiras, na execução de decisões judiciais oriundas de outras nações ou mesmo no conhecimento de atos efetuados externamente.

A fraude à lei está intrinsicamente conectada a ordem pública, porém com características especiais, constituída de elementos objetivos e subjetivos. O elemento objetivo está identificado pela realização de atos violadores da ordem interna, cujos efeitos vão sempre chocar-se com as determinações legais. Já o elemento subjetivo tem como escopo a evidente intenção de o nacional fugir aos efeitos de uma norma imperativa. Na fraude à lei, no âmbito do Direito Internacional Privado, o lesado nunca é a pessoa física em si, mas tão somente a coletividade. Diante do risco de crianças nascidas através de gestação de substituição transnacional terem seus direitos de vida familiar, filiação e nacionalidade negados, algumas cortes tem invocado o princípio do melhor interesse da criança - como foi o caso da família francesa Mennesson na Corte Europeia de Direitos Humanos – como forma de legitimar filiações consideradas proibidas por legislação nacional. No citado caso “*Re X & Y*” de ordem

parental, o Juiz Hedley da Suprema Corte do Reino Unido demonstrou seu desconforto em emitir uma ordem parental de um caso de gestação de substituição transnacional, destacando a dificuldade de balancear dois conflitos potencialmente irreconciliáveis: a proibição de gestação de substituição comercial e a consideração pelo melhor interesse da criança<sup>172</sup>.

Em contrapartida, outras cortes adotaram posicionamento contrário, subordinando o princípio do melhor interesse da criança à legalidade do contexto em que está sendo aplicado. Em um caso ocorrido no Canadá, uma mãe intencional entrou com um pedido de adoção de seu filho nascido por gestação de substituição transnacional, o que foi negado com base na regulamentação proibitiva em território canadense. Ainda, a Corte destacou que o melhor interesse da criança não é um princípio legal autônomo, não podendo justificar uma maternidade considerada ilegal (ERGAS, 2013a, p. 180). Com decisões contraditórias e risco de crianças restarem apátridas e impedidas de usufruir de uma vida familiar, surgiu a necessidade de realização de estudos preliminares na área de Direito Internacional Privado, com o intuito de eventualmente propor uma regulamentação internacional sobre gestação de substituição. Agora, analisar-se-á os estudos sobre os conflitos legais da prática na Conferência da Haia de Direito Internacional Privado para, posteriormente, examinar os dilemas éticos e morais da prática, matéria que compete a área de bioética.

### 3.2. A Conferência Da Haia De Direito Internacional Privado e Seus Estudos Sobre Gestação De Substituição Transnacional

Diante da premência de se buscar soluções para a prática transfronteiriça de gestação de substituição, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado<sup>173</sup> tem demonstrado preocupação com o tema, ao passo que soluções domésticas e a mera proibição de utilização do método já não são suficientes para conter a transnacionalidade do fenômeno. De acordo com Massaro (2014), esse papel caberia ao Direito Internacional Privado:

<sup>172</sup> REINO UNIDO. *X & Y (Foreign Surrogacy) [2008] EWHC 3030 (Fam)*. Disponível em: <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed28706> Acesso em: 10.09.2017

<sup>173</sup> Com mais de 60 Estados membros representando todos os continentes, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado é uma organização intergovernamental de caráter global. Mescla de diversas tradições jurídicas, ela desenvolve e oferece instrumentos jurídicos multilaterais que correspondem às necessidades mundiais. Um crescente número de Estados não membros está aderindo às Convenções da Haia. Assim, mais de 120 países participam hoje nos trabalhos da Conferência. Fonte: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Convenção de Haia**. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/convencaohaia/cms/verTexto.asp?pagina=conferenciaDireito> Acesso em: 10 dez. 2016.

“Acredita-se que somente o Direito Internacional Privado seja capaz de harmonizar as diferenças legislativas que tantos transtornos e conflitos geram para aqueles que contratam o nascimento de um bebê fora das fronteiras de seu país, especialmente almejando-se resguardar os direitos das crianças que nascem por meio destas técnicas médicas e os direitos das *surrogates*. Com efeito, o Direito Internacional Privado nada mais é que um ramo do Direito Interno de cada Estado, que busca soluções adequadas para os conflitos relativos às relações – em geral privadas e excepcionalmente públicas – de âmbito internacional”. (MASSARO, 2014, p. 21)

Assim, a intenção primária do Direito Internacional Privado é possibilitar a estabilidade e a continuidade de relações transfronteiriças, para que haja pacificação social e segurança jurídica. O desenvolvimento histórico da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, em que pese sua origem europeia, sempre demonstrou uma vocação universal e global, influenciando de forma decisiva o processo de unificação do Direito Internacional Privado em países que não participaram de seus primeiros trabalhos, incluindo a América Latina (RODAS; MONACO, 2007). Contudo, para melhor elucidar o papel da Conferência da Haia nesta temática, necessário demonstrar sua conexão com matérias de Direito Internacional Privado e seu papel como sujeito de Direito Internacional Público.

Com natureza jurídica de organização internacional, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado caracteriza-se por ter sido constituída por meio de tratado, assinado pelos Estados que se tornaram seus membros fundadores. Dessa maneira, encontra seu fundamento nas regras de Direito Internacional, sendo um sujeito próprio de Direito Internacional Público, distinto de seus Estados membros e inconfundível com eles. Outra característica da Conferência é seu funcionamento próprio, dotado de pessoal, orçamento e sede, tendo independência administrativa e funcional e, ao mesmo tempo, possuindo certa dependência dos seus Estados membros. Por sua vez, estes não podem deixar de cumprir as suas obrigações para com a Conferência, sob pena de cometer um ilícito internacional. Esta ainda é dotada de um objetivo próprio, que consiste na unificação progressiva do Direito Internacional Privado entre seus Estados membros (RODAS; MONACO, 2007).

Discussões de Direito Internacional Privado são debatidas no âmbito da Conferência, visando a criação de convenções temáticas, podendo estas serem convenções abertas à assinatura e ratificação de apenas seus Estados membros ou abertas à assinatura e ratificação de qualquer Estado. Retrospectivamente, pode-se dizer que a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado apresenta alguns nichos temáticos delimitados, muito embora algumas convenções escapem dos temas preferenciais. Como lecionam Rodas e Monaco (2007):

Inegável o caráter central que os temas de direito de família ocuparam e ainda ocupam nas deliberações e nas negociações da Conferência da Haia. (...) Segundo Kahn-

Freund, a razão principal da prevalência [destes temas] reside em dois fatores: De um lado, a importância humanista que se despreza dos temas relativos ao direito de família. Com efeito, temas como a adoção, a retenção ou a subtração ilícita de filhos e a proteção devida às crianças e aos maiores incapazes consagram uma visão cuja importância relativamente às relações humanas é incontestável. (...) o outro fator indicado diz respeito à menor urgência que os conflitos de leis em matéria obrigacional exigem relativamente a sua regulação no âmbito da unificação de seus elementos de conexão. (RODAS; MONACO, 2007, p. 213-214).

Diante destes quadros temáticos, em abril de 2011, o Secretariado da Conferência da Haia apresentou ao Conselho de Assuntos Gerais e Política a necessidade de se apreciar a matéria relativa à gestão de substituição transnacional, tendo sido, na mesma oportunidade, autorizada a realização de pesquisas e estudos sobre a situação legal mundial da prática (MASSARO, 2014). O estudo empreendido, intitulado “Acordos Internacionais em Gestão de Substituição: uma necessidade urgente de regulamentação legal em âmbito internacional<sup>174</sup>” apresentou resultados preliminares no ano de 2012, destacando algumas possíveis abordagens no âmbito internacional, como regulamentação do tema em âmbito global e elaboração de um conjunto de princípios gerais para orientação dos Estados signatários (*soft law*)<sup>175</sup>. Os resultados preliminares ainda citam o rápido crescimento da prática em âmbito internacional, salientando que um fenômeno global geralmente requer uma solução global. Os estudos interdisciplinares seguem em desenvolvimento, com reuniões anuais, e com o intuito de eventualmente produzir um relatório final.

O documento de maior relevância produzido pelo grupo foi apresentado em 2014, tratando sobre parentalidade legal em casos de gestão de substituição transnacionais. Primeiramente, o estudo destacou as dificuldades de legislações domésticas acompanharem a evolução da realidade social, em temas que envolvem parentalidade legal, como reprodução humana assistida, gestão de substituição e parentalidade de casais homossexuais. Salienta ainda que, em casos onde as legislações domésticas não estão – em um contexto global –

<sup>174</sup> “*International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for a Legal Regulation at the International Level*”. (tradução nossa). HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW (HCCH). **The Parentage/Surrogacy Project**. Haia, 2011. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy> Acesso em: 15 dez. 2016.

<sup>175</sup> Entende-se por *soft law*, basicamente: (1) normas, jurídicas ou não, dotadas de linguagem vaga, ou de noções com conteúdo variável ou aberto, ou que apresentam caráter de generalidade ou principiológico que impossibilite a identificação de regras específicas e claras; (2) normas que preveem, para os casos de descumprimento, ou para resolução de litígios delas resultantes, mecanismos de conciliação, mediação, ou outros, à exceção da adjudicação; (3) atos concertados, produção dos Estados, que não se pretende sejam obrigatórios. Sob diversas formas e nomenclaturas, esses instrumentos têm em comum uma característica negativa: em princípio todos eles não são tratados; (4) as resoluções e decisões dos órgãos das organizações internacionais, ou outros instrumentos por elas produzidos, e que não são obrigatórios; (5) instrumentos preparados por entes não estatais, com a pretensão de estabelecer princípios orientadores do comportamento dos Estados e de outros entes, e tendendo ao estabelecimento de novas normas jurídicas (NASSER, 2005, p. 25).

evoluindo uniformemente, o papel do Direito Internacional Privado em trazer iniciativas internacionais é ainda mais desafiador, o que não significa que não poderá ser realizado. Quanto à transcrição de certidões de nascimento estrangeiras, destacou a pouca incidência de acordos de cooperação multilaterais entre Estados. Nos poucos acordos bilaterais existentes sobre reconhecimento de parentalidade legal, utiliza-se a lei do país de nacionalidade da mãe (HAGUE CONFERENCE ON INTERNATIONAL LAW, 2014). Contudo, nenhum acordo de cooperação existente parece solucionar os conflitos de parentalidade em gestação de substituição, pois, para determinar a nacionalidade da mãe, necessário definir quem é esta mãe legal, considerada pela maioria das jurisdições aquela que dá à luz. Desta forma, o conflito permanece.

Esta análise ainda ressaltou a inexistência de dados oficiais sobre o número de casos transnacionais, o que dificulta o acompanhamento da prática – e seu crescimento – em um contexto global. Únicos dados disponíveis são de Israel, que demonstram um crescimento de 12 casos transnacionais em 2009 para 128 casos em 2012. Apesar de não ser possível acompanhar os números oficiais da prática, o estudo realizou questionários internacionais com advogados atuantes na área de gestação de substituição. O resultado demonstrou a maior incidência de casos comerciais que não comerciais, com custos aproximados de 63 mil a 72 mil dólares em países como Tailândia e Índia – onde a prática transnacional era permitida na época da pesquisa – e de 90 mil a 226 mil nos Estados Unidos. Importante dado colhido pela pesquisa diz respeito à quantia recebida pelas *surrogates*, com variações significativas em casos de gestação múltipla e necessidade de cesárea. Os valores aproximados foram de 20 mil a 55 mil dólares nos Estados Unidos, 835 dólares a 11 mil dólares na Índia e 13 mil a 37 mil dólares na Rússia e Ucrânia (HCCH, 2014).

A conclusão dos estudos de 2014 não é imprevista. A maior preocupação – do ponto de vista do Direito Internacional – está nos conflitos de filiação e nacionalidade, bem como nos possíveis prejuízos à criança em decorrência de um processo migratório moroso. O processo pode levar desde poucas semanas até alguns anos, caso necessário o reconhecimento da filiação por decisão judicial. Ainda, salienta que os conflitos de filiação vão além do registro da criança e retorno ao país de origem dos pais intencionais, podendo haver maiores complicações ao longo dos anos. Em um caso do Reino Unido – apresentado por um advogado que respondeu o questionário da pesquisa – os pais intencionais jamais entraram com o pedido de ordem parental, restando a *surrogate* e seu marido como pais legais da criança em sua certidão de nascimento. No momento do divórcio dos pais intencionais, a mãe conseguiu apenas “ordem de

responsabilidade parental”, que não equivale à “ordem parental”, pois seu nome não é mencionado na certidão de nascimento da criança (HCCH, 2014).

Trimblings & Beaumont (2013) destacam a inadequação das soluções “inventadas” por autoridades administrativas e judiciais dos países de origem dos pais intencionais, quanto à resolução acerca da parentalidade legal destas crianças. Os processos geralmente são longos e complexos, gerando desgaste psicológico aos pais e criança, bem como novas despesas financeiras. As dificuldades dos pais intencionais – com maior destaque para a mãe intencional – de obter o direito de parentalidade legal decorre de legislações que não foram concebidas para casos de gestação de substituição transnacional, sendo adaptadas – de forma errônea – para uma prática excepcional demais para ser enquadrada nas regras clássicas de filiação. O remédio temporário que aparenta ser mais efetivo é o das jurisdições que optam por seguir o princípio do melhor interesse da criança. Contudo, de uma forma geral, defendem a necessidade de um novo remédio internacional, que seja mais direto, transparente e inclusivo, em um contexto global.

Entre conflitos de filiação e nacionalidade, regulamentações proibitivas que não conseguem conter a transnacionalidade do fenômeno e o entendimento da Conferência Internacional da Haia de Direito Internacional Privado de que fenômenos globais requerem soluções globais, é possível dizer que se caminha em direção a uma regulamentação em nível internacional. Para tanto, necessárias diversas reflexões interdisciplinares como forma de estudo preliminar, visando uma futura regulamentação. Estas reflexões iniciam-se com Baker (2013), que apresenta possíveis lições da Convenção<sup>176</sup> da Haia de 29 de Maio de 1993, relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional<sup>177</sup> para uma futura regulamentação internacional de gestação de substituição. A primeira lição diz respeito à importância de uma abordagem inclusiva na elaboração de um documento multilateral. Se a Conferência da Haia eventualmente decidir por estabelecer um sistema de mútua informação e cooperação entre Estados envolvidos em um caso transnacional, seria necessário abrir as portas para Estados que não são membros da Conferência, possibilitando participação igualitária com os Estados-membros.

---

<sup>176</sup> Cabível distinguir “Conferência” de “Convenção” da Haia. A “Conferência da Haia de Direito Internacional Privado” é o nome da organização intergovernamental que tem por finalidade trabalhar para a unificação progressiva das regras de direito internacional privado, em concordância com o Artigo 1 do Estatuto da Conferência da Haia. O principal método utilizado para alcançar este objetivo consiste na negociação e elaboração de tratados multilaterais, aos quais se dá o nome de “Convenções da Haia”. Fonte: <https://www.hcch.net/pt/faq> Acesso em: 30.09.2017.

<sup>177</sup> Fonte: HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW (HCCH). *Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*. Haia, 1993. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=69> Acesso em: 20 dez. 2016.

A segunda lição diz respeito à natureza do possível instrumento. A Convenção de 1993 foi considerada um instrumento multidimensional, sendo ao mesmo um instrumento de direitos humanos, um instrumento para cooperação administrativa e judicial e um instrumento de Direito Internacional Privado. É um instrumento de direitos humanos diferenciado, pois não visa apenas melhorar a proteção de direitos humanos no contexto de um sistema legal doméstico, mas sim de pelo menos dois, já que a adoção internacional – como gestação de substituição transnacional – é um fenômeno transnacional. Ademais, como um instrumento de Direito Internacional Privado, não visa interferir nas legislações domésticas dos Estados, mas requer que os Estados assumam mútua responsabilidade por cada caso de adoção que envolva ambas as nações. Desta forma, apesar de não resolver completamente conflitos de jurisdições e leis aplicáveis, obteve sucesso em reduzir e evitar estes conflitos. Assim, essa multidimensionalidade seria ideal para um instrumento regulatório de gestação de substituição transnacional, onde seria necessário proteger os direitos humanos de todos os envolvidos na prática, ao mesmo tempo incentivando a cooperação dos Estados para garantir o retorno da criança com seus pais para o país de origem destes. A cooperação administrativa e judicial entre nações – aquela onde nasce a criança por gestação de substituição e a outra de origem dos pais intencionais - poderia assegurar o registro legal da criança, respeitando sempre o melhor interesse da criança (BAKER, 2013).

A terceira e última lição diz respeito à regulamentação como forma de proteção contra abusos. A Convenção de 1993 teve como base a premissa de combater o tráfico internacional de crianças<sup>178</sup>, controlando as atividades de todos os intermediários, em decorrência do quadro anterior à Convenção ser descrito como caótico, contraditório e insatisfatório, com intermediários de motivações duvidosas (VAN LOON, 1990). Combater abusos de intermediários como clínicas de fertilização, agências de intermediação de *surrogates* e advogados que supervisionam os trâmites da prática transnacional, bem como evitar outros riscos de um mercado ilegal e clandestino são as principais razões para a existência de uma regulamentação internacional em gestação de substituição (BAKER, 2013).

A mera criação de uma convenção não poderá, sozinha, criar um ambiente ordenado e ético para todos os casos de gestação de substituição transnacional. Como medida prática, o sucesso de uma convenção depende das ações dos governos nacionais na efetiva implementação das normas, ideais, procedimentos e salvaguarda (BAKER, 2013). Contudo, no caso específico de gestação de substituição, surgem dilemas sobre as implicações dos direitos

---

<sup>178</sup> O termo “tráfico” é aqui utilizado como obtenção de crianças de forma ilegal e antiética. A definição de “tráfico” como venda de crianças para fins exploratórios não é a utilizada pela autora (BAKER, 2013, p. 422)

humanos em contratos da prática comercial, o que deve ser analisado em estudos preliminares. Ergas (2013) ensina que, em matéria de direitos humanos, uma eventual regulamentação da forma comercial poderia estar em desacordo com normas internacionais sobre a comercialização do corpo humano e suas partes (Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade Humana face às Aplicações da Biologia e da Medicina<sup>179</sup>) e a venda de crianças (Protocolo Adicional da Convenção dos Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil<sup>180</sup>). Positivamente, pode ser defendida com base no direito da criança de crescer em um ambiente familiar guiado por seus melhores interesses (Convenção Internacional dos Direitos da Criança<sup>181</sup>) e no direito de adultos formarem uma família, protegido de intervenção injustificada do Estado na vida privada (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>182</sup>).

Porém, não basta apenas uma eventual regulamentação promover o melhor interesse da criança em casos de gestação de substituição, também devendo ser compatível com normas de *jus cogens*<sup>183</sup> - normas imperativas do Direito Internacional geral - em concordância com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados<sup>184</sup>. Poderia uma Convenção que versa sobre gestação de substituição comercial sobreviver ao exame judicial de normas de *jus cogens*? O

<sup>179</sup> Art 21: Proibição de ganho financeiro: O corpo humano e suas partes não podem ser objeto de ganho financeiro. Fonte: **Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine**. 1997. Disponível em: <https://rm.coe.int/168007cf98> Acesso em: 27.08.2017 (tradução nossa).

<sup>180</sup> Art 2 (a): Para os propósitos do presente Protocolo: a) Venda de crianças significa qualquer ato ou transação pela qual uma criança é transferida por qualquer pessoa ou grupo de pessoas a outra pessoa ou grupo de pessoas, em troca de remuneração ou qualquer outra forma de compensação (BRASIL, 2004).

<sup>181</sup> Preâmbulo: Reconhecendo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão (BRASIL, 1990).

<sup>182</sup> Art. 17:

1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.

2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas. (BRASIL, 1992).

<sup>183</sup> São normas que não admitem acordo em contrário, não podem ser derogadas pelas partes num tratado. São normas que foram reconhecidas pela comunidade internacional e sem a necessidade de uma aprovação unânime, mas com a exigência do reconhecimento por um número considerável e representativo dos diversos setores da comunidade internacional (RODAS,1974. p. 134).

<sup>184</sup> Art. 53: É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza (BRASIL, 2009).

fator comercial constituiria “venda de crianças” pelo entendimento atual de normas de *jus cogens*? A venda de seres humanos já foi discutida em diversos documentos legais, particularmente com referência a escravidão e tráfico de pessoas – sendo um consenso internacional que a proibição de ambas são normas de *jus cogens* (VIEGAS, 1999). Contudo, questiona-se a visão de gestação de substituição comercial como venda de crianças, podendo ser analisada como um contrato de serviços: a *surrogate* se compromete com o serviço de gestar, não sendo assim a entrega da criança aos pais intencionais a transação relevante. A obrigação contratual da *surrogate*, por assim dizer, seria a gestação em si, considerada concretizada no momento em que dá à luz (ERGAS, 2013).

A Convenção de 1993 sobre adoção internacional optou por não banir completamente a existência de transações econômicas. Em seu Art. 8<sup>185</sup>, proíbe o chamado “impróprio ganho financeiro ou de outra natureza”<sup>186</sup>, reconhecendo assim a possibilidade de alguma forma de pagamento, não sendo este pagamento impróprio nem excessivo. Ergas (2013) menciona a falha estratégica inicial de erradicar qualquer forma de comercialização, optando pelo reconhecimento da existência e indicando parâmetros para determinar quais pagamentos seriam considerados admissíveis. Ademais, nota-se ainda certos contextos em que pagamentos por seres humanos não foram considerados violações de normas de *jus cogens*, como o caso de pagamento de dote em casamento. Apesar de ser prática potencialmente proibida em outras provisões de Direitos Humanos, não foi considerada uma violação de normas de *jus cogens*. Se uma eventual regulamentação internacional de gestação de substituição fosse passar pelo teste de *jus cogens*, dependeria muito de interpretações legislativas e judiciais sobre proibição da venda de seres humanos (ERGAS, 2013).

Os estudos da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, juntamente com as lições da Convenção de 1993 sobre adoção internacional – apresentadas por Baker (2013) – e as peculiaridades que versam tratados de Direitos Humanos – analisadas por Ergas (2013) – demonstram a preocupação do cenário internacional com os conflitos de nacionalidade e filiação das crianças nascidas por gestação de substituição transnacional, bem como se a prática na forma comercial violaria normas de *jus cogens* internacionais se enquadrada no conceito de “venda de crianças”. Contudo, os estudos em um contexto global ainda pecam em analisar

---

<sup>185</sup> Art. 8: As Autoridades Centrais tomarão, diretamente ou com a cooperação de autoridades públicas, todas as medidas apropriadas para prevenir benefícios materiais induzidos por ocasião de uma adoção e para impedir qualquer prática contrária aos objetivos da Convenção (BRASIL, 1999).

<sup>186</sup> Tradução nossa da redação original da Convenção, que utiliza o termo “*improper financial or other gain*”. A tradução adotada pela legislação brasileira optou pelo termo “benefícios materiais induzidos”.

questões de gênero,. Nos estudos de 2014 da Conferência, existente apenas uma citação sobre a desigualdade de gênero sofrida por mães intencionais (HCCH, 2014, p. 87). Contudo, nesta temática – tanto em um plano nacional quanto internacional - ainda existentes outros dilemas éticos e conflitos morais ligados principalmente à figura da *surrogate*, como de um lado mercantilização do corpo feminino e exploração de mulheres vulneráveis e, por outro lado, o poder de agência e o empoderamento destas mulheres.

Estes dilemas são timidamente citados no âmbito do Direito Internacional – como no caso dos estudos da Conferência da Haia – sendo debatidos com mais frequência por teóricas feministas na área de bioética<sup>187</sup>. Na esfera do Direito Internacional Privado, passa-se para a análise de temas bioeticamente relevantes, estudados dentro de um enquadramento de direitos humanos, observando como diversos debates em gestação de substituição transnacional envolvem direitos e princípios internacionais relevantes para a bioética (CLADOS, 2012). Utilizar-se-á os estudos de Clados (2012) sobre a conexão entre direitos humanos e bioética, bem como a bioética feminista de Tong (1997), visando demonstrar a necessidade de um enquadramento ético internacional da prática de gestação de substituição.

A diversidade de conceitos sobre moralidade entre bioeticistas feministas geraram indesejada fragmentação política, consequência comum de tópicos moralmente conflituosos, como a gestação de substituição comercial, mas também como aborto e prostituição, para citar alguns. Apresentar-se-á diretrizes – dentro da bioética feminista – que visam reduzir os conflitos éticos e morais na perspectiva de gestação de substituição, dispondo-se a contribuir com uma estrutura filosófica não hierárquica, não elitista e geograficamente diversa que seja aberta a todas mulheres, podendo servir de enquadramento ético em uma futura regulamentação internacional do tema.

### **3.3. Abordagens bioéticas feministas e gestação de substituição**

Os direitos humanos sempre forneceram ferramentas para a solução de dilemas bioeticamente relevantes. Utilizar a linguagem de direitos humanos “pode ajudar a priorizar certas preocupações no campo da bioética, bem como mostrar os caminhos pelos quais estas preocupações podem ser solucionadas (CLADOS, 2012, p. 165-166). Para ilustrar este

---

<sup>187</sup> Bioética é o estudo sistemático das dimensões morais - incluindo visão moral, decisões, conduta e políticas - das ciências da vida e atenção à saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas em um cenário interdisciplinar (REICH, 1995).

enquadramento, Clados (2012) expõe que a evolução na relação médico-paciente e na necessidade de consentimento esclarecido para intervenções médicas graças à ações judiciais indenizatórias com base no direito a autonomia, autodeterminação e integridade do corpo. O movimento feminista – e o movimento por direitos civis de uma forma geral – nas décadas de 50 a 70 questionou práticas discriminatórias como o racismo e o sexismo, em temáticas como direitos reprodutivos, violência doméstica, igualdade salarial e assédio sexual, que estimularam os debates no campo da bioética:

(...) quando Tribunais começaram a expandir o direito à privacidade, bioeticistas davam ênfase ao princípio da autonomia. Quando movimentos favoráveis aos direitos de minorias estavam aumentando suas reivindicações, bioeticistas defendiam outro grupo que aparentava ser desprovido de qualquer poder: os pacientes. Todo este engajamento tinha relação com o indivíduo *versus* o poder de uma autoridade constituída; em sua impotência, pacientes pareciam como mulheres, homossexuais, pobres e estudantes, pois todos buscavam limitar a discricionariedade da autoridade de profissionais . (STEVENS, 2003, p. 180-181. Tradução nossa<sup>188</sup>).

No caso de gestação de substituição, a relação entre indivíduo *versus* o poder de uma autoridade constituída remete aos ensinamentos de Ortner (2006) sobre agência e poder de resistência, neste contexto tendo como atores sociais a *surrogate* e os pais intencionais. Ainda sobre o conexão entre bioética e direitos humanos, Clados (2012) salienta que a própria linguagem dos direitos humanos podem empoderar aqueles que não possuem uma voz, completando que “direitos humanos não são meros bens abstratos e rudimentares, mas reivindicações específicas presentes em instrumentos internacionais” (CLADOS, 2012, p. 166).

Antes de seguir este debate, necessário tecer breves comentários sobre a origem do campo da bioética. Diversos acontecimentos contribuíram para o surgimento da bioética. Seus pesquisadores reconhecem simbolicamente a obra “*Bioética: uma Ponte para o Futuro*”, de Van Rensselaer Potter, publicada em 1971, como um marco histórico importante da disciplina. De acordo com Diniz e Guilhem (2002), a proposta de Potter – de associar biologia e ética – é, até os dias de hoje, o espírito da bioética. Ainda, importante reconhecer as transformações

---

<sup>188</sup> .“(...) just when courts were defining an expanded right to privacy the bioethicists were emphasizing the principle of autonomy, ... Just when movements on behalf of a variety of minorities were advancing their claims the bioethicists were defending another group that appeared powerless – patients. All these advocates were siding with the individual against constituted authority; in their powerlessness patients seemed at one with women, inmates, homosexuals, tenants in public housing, welfare recipients, and students, who were all attempting to limit the discretionary authority of professionals.”

sociais, políticas e tecnológicas que impulsionaram o nascimento da bioética, que se deu anteriormente à essa publicação, já na década de 60. O desenvolvimento tecnológico fez surgir dilemas morais inesperados relacionados à prática médica, em um cenário social e político de lutas por direitos civis – como já citado no que diz respeito aos movimentos feministas - com o ressurgimento de movimentos sociais organizados, revigorando os debates acerca da ética normativa e aplicada. Estes movimentos trouxeram à tona questões relacionadas à diversidade de opiniões, o respeito pela diferença e pelo pluralismo moral. O surgimento da bioética pode ser visto como a principal resposta no campo ético a essas grandes mudanças (DINIZ; GUILHEM, 2002).

Especificamente na área médica, denúncias cada vez mais frequentes relacionadas às pesquisas científicas com seres humanos – como maus-tratos e violações éticas - proporcionaram a abertura gradual da medicina, profissão fechada e autoritária - que viu a necessidade de dialogar com outras áreas, como filosofia, sociologia e direito, trazendo outras perspectivas ao cenário médico. Com isso, começaram a surgir dúvidas – dos pontos de vista ético, jurídico, econômico e político – sobre certos avanços relacionados à experimentação humana, à engenharia genética e à saúde reprodutiva, entre outros temas analisados pela bioética. Assim, a ruptura com o antigo padrão de ética médica permitiu o surgimento da bioética, como uma instância mediadora e democrática para os conflitos morais (DINIZ; GUILHEM, 2002).

Os avanços tecnológicos na área de reprodução humana assistida, em um contexto global, geram diversos tipos de conflitos. Assim, enquanto o Direito Internacional Privado analisa os conflitos legais da prática, o campo interdisciplinar da bioética visa analisar os dilemas éticos e morais desta. Questões de gênero relacionadas ao uso de novas tecnologias reprodutivas fazem necessária a interação efetiva do feminismo com a bioética, permitindo que um grupo tradicionalmente silenciado por pressupostos éticos clássicos e patriarcais tivesse espaço. No campo específico da gestação de substituição, as abordagens bioéticas feministas utilizam como figura central a *surrogate*, foco principal dos debates da prática na forma comercial. De acordo com Tong (1997), inexistente um consenso entre feministas, algumas defendendo ser a prática eticamente possível, enquanto outras entendem que ela esta sempre promove a exploração e mercantilização do corpo feminino. Na forma não comercial, a gestação de substituição pode ser encarada como um ato de generosidade, que objetiva auxiliar casais com dificuldades reprodutivas na formação de suas famílias. Contudo, quando a parte comercial é adicionada, dilemas éticos, como exploração e coerção de mulheres vulneráveis,

mercantilização do corpo feminino e disparidade econômica entram em discussão (PANITCH, 2013).

Presumir que estas mulheres estão interessadas apenas na compensação financeira é uma abordagem generalizante e paternalista. Ao mesmo tempo, denota-se pouca preocupação com os ganhos financeiros de médicos, clínicas e agências. Percebe-se que o único ganho financeiro eticamente e moralmente questionável é o da *surrogate* e de seu trabalho reprodutivo. Para analisar estes conflitos, inicialmente, apresentar-se-á os argumentos favoráveis e contrários à prática de gestação de substituição na forma comercial, expostos por Tong (1997). O primeiro argumento favorável à prática na forma comercial é a autonomia<sup>189</sup>, em um contexto de liberdade de contratar – em caso de adultos com plena capacidade – bem como de autodeterminação da *surrogate* sobre seu próprio corpo. Por outro lado, desfavorável à prática, tem-se o argumento de coerção, em decorrência da massiva disparidade econômica entre pais intencionais e *surrogates*, principalmente aquelas oriundas de países em desenvolvimento, como Índia e Ucrânia. Em situação de vulnerabilidade – social e financeira – o conceito de autonomia transforma-se em um perigo, já que o consentimento desta mulher pode ser mais um produto de coerção econômica do que liberdade de escolha (DINIZ; GUILHEM, 2002). Em contrapartida, esta presunção pode ser considerada paternalista, focada no entendimento que as mulheres precisam ser salvas de si mesmas, incapazes de tomar suas próprias decisões reprodutivas (GUZMAN, 2016).

Outro argumento contrário é de que a prática envolve a mercantilização do corpo feminino, já que a *surrogate* está “alugando” seu útero, sendo comparável à prática de venda de órgãos humanos. Feministas favoráveis à prática argumentam que não se trata de mercantilização, visto que a *surrogate* apenas gesta o feto em seu útero até o momento do

---

<sup>189</sup> Cabível mencionar o papel da autonomia na bioética. Uma das abordagens mais importantes da bioética – e principalmente da ética médica – é a abordagem principalista desenvolvida por Tom Beauchamp e James Childress em 1978. Consiste em quatro princípios universais: autonomia, beneficência, não maleficência e justiça. O princípio da autonomia requer que os indivíduos capacitados de deliberarem sobre suas escolhas pessoais devem ser tratados com respeito pela sua capacidade de decisão, destacando questões relacionadas ao seu corpo e a sua vida. O princípio da beneficência refere-se à obrigação ética de maximizar o benefício e minimizar o prejuízo. O profissional deve ter convicção e informação técnica para assegurar o ato médico benéfico para o paciente. Deste deriva o princípio da não maleficência, que estabelece que a ação do médico sempre deve causar o menor prejuízo à saúde do paciente. É universalmente consagrado pelo aforismo hipocrático *primum non nocere* (primeiro não prejudicar), cuja finalidade é reduzir os efeitos adversos ou indesejáveis das ações diagnósticas e terapêuticas no ser humano. Por fim, o princípio da justiça estabelece como condição fundamental a equidade: obrigação ética de tratar cada indivíduo conforme o que é moralmente correto e adequado. O médico deve atuar com imparcialidade, evitando ao máximo que aspectos sociais, culturais, religiosos e financeiros interfiram na relação médico-paciente. Os recursos devem ser equilibradamente distribuídos com o objetivo de alcançar, com melhor eficácia, o maior número de pessoas assistidas. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO (CREMESP). **Centro de Bioética**. Disponível em: <http://www.bioetica.org.br> Acesso em: 15.11.2017.

parto, mantendo seu órgão normalmente após isto, tendo a possibilidade, ainda, de ter seus próprios filhos biológicos, se este for seu desejo (TWINE, 2015). Ademais, a ideia de mercantilização pode também estar ligada à prestação de serviços, na figura do trabalho reprodutivo (TONG, 1997).

Trabalho reprodutivo é uma forma de trabalho físico, mas os conflitos morais não estão necessariamente no trabalho em si, mas nas condições deste. Se a *surrogate* é alguém em posição vulnerável - como aquelas de países em desenvolvimento - sua habilidade de barganha por uma melhor compensação financeira pode estar comprometida e, assim, seu consentimento pode não ser válido. A questão se torna mais complexa quando comparadas *surrogates* de países desenvolvidos – como as *surrogates* estadunidenses, que geralmente possuem ensino superior completo, são de classe média/baixa e recebem torno de 25 a 40 mil dólares por um contrato de gestação de substituição – e *surrogates* de países em desenvolvimento – como as *surrogates* indianas antes do banimento da prática no país, que geralmente são estereotipadas como mulheres sem qualquer forma de escolaridade, com baixa renda familiar e recebendo entre 1.500 a 5 mil dólares por um contrato (PANITCH, 2013). Ribeiro (2016) rebate este estereótipo com a sua própria jornada como mãe intencional na Índia, citando que sua *surrogate*, Vanita, era formada em sânscrito, tinha curso técnico, sonhava em ser professora e havia recebido 8 mil dólares por seu trabalho reprodutivo. Importante frisar a diferença de receber uma compensação de 5 mil dólares nos Estados Unidos e na Índia. Enquanto nos Estados Unidos este é um valor irrisório para mudar a vida de um cidadão americano, na Índia é valor considerável o bastante para comprar uma casa. Rimm (2009) cita que os valores recebidos por *surrogates* indianas são de três a quatro vezes maiores que os ganhos anuais médios de um cidadão indiano, sendo assim uma importante e considerável fonte de renda.

Mohapatra (2012) argumenta que uma compensação financeira maior na Índia poderia ter um efeito contrário, o aumento da possibilidade de exploração e coerção de mulheres de baixa renda. Muitas *surrogates* acreditam que a prática mudou suas vidas para melhor, possibilitando uma ótima fonte de renda e trabalho em uma sociedade extremamente patriarcal, com poucas oportunidades de emprego para mulheres. Assim, o mercado de gestação de substituição seria uma oportunidade de trabalho segura e exclusivamente de mulheres, livre da concorrência masculina (GUZMAN, 2016). Ribeiro (2016) ratifica esta visão, ao narrar uma conversa tida com *surrogate* na Índia:

“[A *surrogate*] diz que até agora isso nem parece trabalho, é a coisa mais fácil que já fez na vida. ‘Passo os dias conversando com as outras grávidas, não preciso fazer

nenhum serviço, a comida chega na hora em que tenho fome e ainda sou vista por enfermeiras ou médicas sempre que sinto alguma coisa”. (RIBEIRO, 2016, p.)

Isto ilustra que o maior dilema de gestação de substituição comercial está no “fator escolha”: se uma *surrogate* entra em um contrato de gestação de substituição porque uma situação financeira alarmante, bem como se está sendo forçada a exercer este trabalho reprodutivo por seu marido, então ela não está dando seu livre consentimento<sup>190</sup>. As noções de autonomia e livre consentimento são igualmente debatidas na prática de coabitação das *surrogates* indianas, que ficam afastadas de suas famílias durante a gestação, residindo de forma conjunta na própria clínica ou em casas mantidas por esta. Contudo, algumas destas mulheres encaram o requerimento como uma espécie de “férias” de suas vidas rigorosas no lar, com trabalho doméstico e cuidado dos filhos, em um local onde podem relaxar e se alimentarem de forma apropriada (GUZMAN, 2016). Ribeiro (2016) rebate estes dois argumentos, descrevendo a relação extremamente amorosa entre sua *surrogate* e o marido dela, bem como descreve o que viu nas habitações das *surrogates*:

“Espera é uma palavra recorrente na casa das grávidas, uma construção espaçosa em um bairro mais afastado do centro do que a clínica. Tem dois andares, com muitos quartos e várias camas de solteiro em cada um deles, todas cobertas com colchas coloridas. Uma sala grande, outra menor com uma televisão, uma cozinha aberta e outra fechada, quintal e várias varandas. Lá ficam as barrigas de aluguel (sic) durante toda a gestação. Os filhos pequenos passam a tarde na escola, mas dormem e fazem as refeições principais com as mães. Visitas são liberadas, mas só as crianças pequenas podem ficar para dormir”. (RIBEIRO, 2015, n.p. )

Ao mesmo tempo, proibir a prática na forma comercial baseada na vulnerabilidade destas mulheres pode ser mais maléfico que benéfico. Tong (1997), quando apresenta argumentos feministas favoráveis à prática, defende que a emancipação feminina depende das mulheres possuírem as mesmas oportunidades e direitos educacionais, políticos e econômicos que os homens. Assim, proibir mulheres em situação de pobreza de trabalharem como *surrogates* viola a liberdade reprodutiva tanto quanto proibi-las de utilizar métodos contraceptivos e de ter direito ao aborto. É ético negar a estas mulheres a oportunidade de trabalho reprodutivo simplesmente porque – do ponto de vista ocidental – foi decidido que

---

<sup>190</sup> O princípio do “consentimento livre, prévio e informado” é reiteradamente invocado nas declarações e tratados internacionais como um direito fundamental e uma garantia de efetividade dos demais direitos reconhecidos no âmbito dos direitos humanos, tanto no plano global quanto nacional. Seu conceito teve origem na área médica, com o principal objetivo de estabelecer um diálogo entre médico e paciente, de modo a permitir que os pacientes obtivessem todas as informações necessárias à tomada de decisão sobre assuntos essenciais relacionados com a sua saúde (GRABNER, 2015, p. 13).

compensação financeira é um pretexto inapropriado para ser *surrogate*? Deonandan e outros (2012) argumentam que esta visão é parcial e arrogante, que rotula toda e qualquer *surrogate* em situação de vulnerabilidade como incapaz de fornecer livre consentimento. Essa generalização transformada em regra é composta por pressupostos universalizáveis, ocidentais (euro-americano), racistas e classistas, que desconsideram diferenças individuais, sociais e culturais (DINIZ; GUILHEM, 2002).

Quando se analisa a gestação de substituição comercial em uma perspectiva de justiça global, denota-se uma necessidade de superar o argumento de mercantilização de corpos femininos e focar no argumento da exploração. Trabalhar com ações de empoderamento – com o intuito de aumentar o grau de autonomia destas mulheres – é um primeiro passo. *Surrogates* indianas narravam o imenso orgulho de terem seu próprio dinheiro, produto de seu trabalho reprodutivo, de seu “suor e sangue” (PANDE, 2009). Alguns pais intencionais financiam estudos para a *surrogate* durante a gestação, para que esta possa aprender novas habilidades e até mesmo obter um emprego após a gestação. Outros preferem fornecer uma compensação financeira extra destinada a uma poupança para os estudos dos filhos da *surrogate*, entre outros presentes como um carro, moto ou uma casa no nome da *surrogate* apenas, e não de seu marido. Transações financeiras entre pessoas com origens tão diferentes nunca serão completamente igualitárias, mas podem ser éticas se algumas ações de empoderamento forem praticadas.

Contudo, estas ações de empoderamento não deveriam ser praticadas apenas pelos pais intencionais, mas também pelos governos e pelas agências de *surrogates*. Antes do banimento da prática na forma comercial em 2016, o mercado de gestação de substituição transnacional indiano gerava lucros de 400 milhões de dólares anualmente, com aproximadamente três mil clínicas especializadas (DEONANDAN, 2015). Com tantos casos controversos de exploração reportados na mídia, em vez de aplicar algumas ações de empoderamento, o governo indiano optou pelo banimento da prática comercial, permitindo apenas na forma não comercial, para casais heterossexuais, casados por pelo menos cinco anos, sem filhos adotivos ou biológicos. Banir é uma abordagem confortável de aparentemente resolver o problema da exploração, porém retira destas mulheres – em países demasiadamente sexistas - a chance de melhorar a realidade financeira de suas famílias e obter seu próprio dinheiro, livre das amarras de seus maridos. Ademais, leis domésticas proibitivas tendem a aumentar a incidência de mercados clandestinos – irregulares e exploradores – também aumentando o tráfico de mulheres, para serem *surrogates* sem compensação financeira e contra suas vontades.

Rudrappa (2017) afirma que o banimento da prática comercial na Índia não impede que clínicas encontrem lacunas legais e levem as *surrogates* para além das fronteiras do país, deixando estas expostas a diversos riscos. A autora cita o primeiro banimento indiano para casais homossexuais em 2012, razão pela qual as *surrogates* cruzavam fronteiras internacionais para o Nepal – país asiático que faz fronteira com a Índia - onde davam à luz. Tudo mudou com o forte terremoto que atingiu o Nepal no ano de 2015, no qual morreram oito mil pessoas. Enquanto diversos governos providenciaram transporte aéreo para bebês de pais intencionais cidadãos de seus países, Rudrappa (2017) afirma não ser claro como as *surrogates* retornaram para suas casas. O mesmo ocorreu em Camboja – país do sul asiático que faz fronteira com a Tailândia – quando o governo local iniciou tratativas para proibir a prática no país no início de 2017. *Surrogates* de Camboja são enviadas para Laos – país asiático ao norte de Camboja – no qual inexistente regulamentação da prática e para onde clínicas e médicos migraram após a o banimento da prática na Tailândia.

Nestas circunstâncias, Rudrappa (2017) defende que o banimento da prática torna estas mulheres mais vulneráveis do que já eram, pois ficam inteiramente dependentes das agências que as levaram para estes países em que são estrangeiras, sem familiaridade com a língua, com a cultura e com as normas sociais. Estas estão isoladas de família e amigos, sem ter a quem recorrer em casos de abusos financeiros e médicos, impotentes diante do controle financeiro das agências, que fornecem apenas acomodação e alimentação. Assim, legislações domésticas proibitivas nada fazem para reduzir a vulnerabilidade de mulheres de classe trabalhadora em países pobres. Pelo contrário, o banimento acaba por criar situações em que as mulheres podem ficar mais expostas a tratamentos abusivos e exploração.

Rudrappa (2017) salienta a dificuldade de implementar políticas multilaterais entre países na prática de gestação de substituição transnacional, em decorrência da necessidade de acordar em temas como parentalidade, melhor interesse da criança e direitos das *surrogates*. A autora sugere soluções mais pragmáticas para países em desenvolvimento que optaram pelo banimento – como Índia e Tailândia – que necessariamente passariam por uma forte regulamentação da prática comercial. Esta hipotética regulamentação deveria promover o senso de dignidade e integridade corporal da *surrogate*, tratando-a como pessoa capaz de decidir como irá engravidar – se terá uma gestação própria planejada ou se terá uma gestação como *surrogate*, por exemplo – o direito de negar determinadas intervenções médicas e o direito de negar cesárea (caso viável um parto normal), se assim desejar. Para Rudrappa, gestação de substituição na forma comercial só será sustentável quando o bem-estar físico, emocional e intelectual das *surrogates* for respeitados.

Quando se trata de discussões sobre tecnologias de reprodução assistida, bioeticistas feministas discordam sobre se estas tecnologias são benéficas ou maléficas para as mulheres, sendo gestação de substituição a mais controversa. Enquanto não há um consenso, mulheres de países em desenvolvimento podem estar sofrendo exploração e coerção – tanto em agências quanto dentro de seus próprios lares – bem como outras podem estar suportando as atrocidades do tráfico e trabalho forçado em mercados clandestinos. Em meio a regulamentações proibitivas e inexistentes, o papel da bioética feminista deve ser de apresentar diretrizes que visam reduzir os conflitos morais e éticos da prática. Estas diretrizes contribuiriam com a criação de uma estrutura filosófica não hierárquica, não elitista e geograficamente diversa aberta para todas as mulheres, dentro de um contexto de dicotomia entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. Assim, passa-se para a análise desta estrutura filosófica, para depois aprofundar a discussão sobre direitos humanos e bioética em um contexto global.

Tong (1997), juntamente com Sherwin (1992) e Mahowald (1993), foram pioneiras em apresentar a possibilidade de uma abordagem bioética em comum, flexível o bastante para acomodar uma ampla variedade de correntes feministas em política, ontologia, epistemologia, metodologia e ética. Na perspectiva de gestação de substituição transnacional, contudo, necessário compreender a urgência de amortizar diferenças entre correntes do pensamento feminista, focando na criação de uma estrutura filosófica<sup>191</sup> de interseção entre realidades multiculturais e, ao mesmo tempo, que traga uma resposta global. Na construção desta estrutura, destacam-se, em um primeiro momento, as abordagens políticas, metodológicas e éticas. Em um segundo momento, discute-se o papel das teorias morais em uma bioética global, e a dificuldade de invocar teorias morais clássicas para solucionar dilemas de gestação de substituição.

Para tanto, inicia-se analisando algumas escolas do pensamento feminista, cada uma com sua própria corrente política. Abordagem política significa os valores que orientam uma escola do pensamento feminista em particular – seja liberal, marxista, radical, socialista, multicultural, global, ecofeminista, existencialista, psicanalítica, cultural ou pós-moderna – em direção a suas próprias explanações e soluções para a subordinação feminina (TONG, 1997). Sherwin (1992) defende o que chama de “feminismo eclético”, como um enquadramento político que permite o uso de mais de uma corrente política simultaneamente. Na perspectiva de gestação de substituição transnacional, a combinação entre o pensamento feminista multicultural e global é o mais apropriado, que conduz o pensamento feminista em direção ao

---

<sup>191</sup> Do inglês “*philosophical framework*”, a tradução utilizada foi feita por Ferrer e Alvarez (2005, p. 282), referindo-se ao conjunto de características comuns ao método da bioética feminista, além da ótica de gênero.

reconhecimento da diversidade de mulheres e das dificuldades que isto representa. Feminismo multicultural foca na visão básica de que, mesmo em uma nação, as mulheres não são todas iguais, o que significa que não pensam e agem igual; nem valorizam as mesmas coisas ou possuem os mesmos objetivos. Depende essencialmente da raça e etnia, mas também da identidade de gênero, orientação sexual, idade, religião, nível educacional, ocupação ou profissão, estado civil e condição de saúde. Assim, expandindo esta visão básica, adiciona-se ao pensamento feminista multicultural o feminismo global, que defende as diferenças entre mulheres de países desenvolvidos e de países em desenvolvimento e as formas – negativas e positivas – com que estas diferenças as afetam (TONG, 2009).

Uma abordagem política multicultural e global é a mais apropriada para pensar sobre gestação de substituição transnacional. Como observado, muitos dilemas éticos sobre a prática focam nas dicotomias entre pais intencionais de países desenvolvidos e *surrogates* de países em desenvolvimento. Uma possível razão para a pouca incidência de debates sobre a exploração de *surrogates* de países desenvolvidos está no fato destas e os pais intencionais pertencerem – de um modo geral – à mesma cultura ocidental. Este aspecto pode ser explicado pelas feministas multiculturais e globais, que apresentam uma visão “eu” fragmentada, sendo a origem desta fragmentação cultural. Para ilustrar esta fragmentação, Tong (1997) utiliza o exemplo de uma mulher hispânica vivendo nos Estados Unidos. Esta mulher pode reconhecer o seu “eu” – ou seja, sua identidade - na presença de sua família, porém pode se ver como o “outro” fora de seu círculo familiar. A conexão cultural pode tornar, exemplificativamente, mais fácil a relação entre pais intencionais ocidentais e *surrogate* ocidental. Da mesma forma, uma *surrogate* oriental pode reconhecer sua identidade inserida na própria cultura oriental, apresentando uma visão fragmentada de sua identidade na sua relação com pais intencionais ocidentais. Por fim, pais intencionais ocidentais podem rotular uma *surrogate* oriental como mulher sempre em situação de vulnerabilidade – incapaz assim de consentir livremente – visão esta baseada em valores ocidentais que podem não corresponder aos mesmos valores orientais desta *surrogate*.

O feminismo global enfatiza que a opressão feminina em uma parte do mundo é geralmente afetada pelo que ocorre em outra parte do mundo, e que nenhuma mulher está realmente livre até que as condições que oprimem mulheres estejam eliminadas em toda parte (TONG, 2009). Esta é uma abordagem importante quando se trata de dilemas de reprodução humana e a presunção que todas as mulheres querem as mesmas coisas. Diniz e Guilhem (2002) salientam esta questão ao analisar autonomia reprodutiva e a maternidade como imposição social. Algumas mulheres que se submetem a tratamentos reprodutivos podem não estar exercendo livremente suas vontades, mas reproduzindo os papéis hegemônicos remetidos

às mulheres. Da mesma forma que não se pode presumir que todas as mulheres desejam ser mães, não é possível presumir que todas as *surrogates* de países em desenvolvimento são coagidas em exercer este trabalho reprodutivo.

Subsequentemente, o segundo destaque na construção de uma estrutura filosófica comum são as abordagens éticas feministas, divididas em ética do cuidado e ética centrada no poder. Enquanto a ética do cuidado tem como função primária a reabilitação de valores culturalmente associados à mulher, como compaixão, empatia, simpatia, nutrição e bondade, a ética centrada no poder tem como função primária a eliminação ou modificação de qualquer sistema, estrutura, ou conjunto de normas que contribua para a opressão feminina (TONG, 1997). Na perspectiva de gestação de substituição transnacional, analisa-se apenas a ética centrada no poder, única que examina a subordinação feminina e os meios de superá-la, bem como enfoca-se ações de empoderamento.

De acordo com Jaggar (1992), a ética centrada no poder começa com a convicção de que a subordinação das mulheres é sempre algo errado, e que as experiências morais das mulheres são igualmente dignas de valor quanto dos homens. Este enquadramento ético requer três passos: articular críticas morais sobre ações e práticas que perpetuam a subordinação feminina; prescrever formas moralmente justificáveis de resistir a estas ações e práticas e visionar alternativas moralmente desejáveis que irão promover a emancipação feminina. O método de Jaggar, também implementado por Tong (1997), consegue não apenas atender aos padrões de dominação masculina, mas também tratar das imoralidades causadas por outros padrões de dominação humana, como desigualdades de classe, etnia e raça. Ter em mente que todos os tipos de dominação humana são incompatíveis com a ética feminista é um fator importante para considerar a realidade das *surrogates* de países em desenvolvimento. Com o método de Jaggar, é possível formular questionamentos, como por exemplo: a proibição da prática de gestação de substituição perpetua a subordinação destas mulheres a uma sociedade patriarcal, com ínfimas oportunidades de emprego para mulheres, impossibilitando a conquista de seu próprio dinheiro? Ou uma regulamentação permissiva poderia permitir o empoderamento das mulheres? Permitir que apenas médicos e clínicas ganhem com a reprodução assistida significa discriminar as mulheres e desconsiderar o trabalho reprodutivo?

Como Tong (1997) esclarece, o que uma sociedade patriarcal identifica como “ruim” para as mulheres é exatamente o que as faz obter autonomia. Dizer aos oprimidos que estes são vítimas não os ajuda, mas apenas retira o pouco de agência moral que ainda possuem em suas mãos. Seja qual forem os limites que as mulheres sofrem, seu poder de agência – como leciona Ortner (2006) - está na escolha, no poder de resistência e na capacidade e vontade de

desenvolver seus próprios projetos. Assim, com uma abordagem política multicultural e global e uma ética centrada no poder, o mais importante é que a bioética desenvolva uma metodologia feminista. Esta metodologia, conforme Jagger (1992) leciona, é chamada de diálogo prático feminista, que tem como ponto de partida a criação de oportunidades para que os participantes falem sobre suas próprias experiências morais. Esses fragmentos de narrações pessoais fundem-se depois por meio de um processo de reflexão coletiva, cuja meta é superar a tendência das mulheres de conceberem suas experiências passadas como estritamente “pessoais” (ou individuais). Por meio do diálogo prático feminista, as mulheres participantes observam que suas experiências individuais de opressão de gênero estão longe de serem meramente “pessoais”, mas sim fruto de grandes sistemas e estruturas sociais que mantêm os padrões de dominação masculina e subordinação feminina (FERRER, ALVAREZ, 2005).

Alem disso, na construção de uma estrutura filosófica, além de sugerir abordagens políticas, éticas e metodológicas favoráveis – na perspectiva de transnacionalidade do fenômeno de gestação de substituição – é necessário enfrentar os conflitos morais da prática em si, discutindo o papel das teorias morais na bioética feminista. Sobre a elaboração destas teorias, lecionam Ferrer e Alvarez (2005):

“A elaboração teórica da moralidade nasce, em primeiro lugar, de nossa necessidade de compreender nossas obras à luz da própria racionalidade. Essa necessidade de justificação torna-se mais premente e necessária nas situações de conflito, quando parece impossível cumprir todas as exigências da moralidade, ou diante do desafio que se estabelece quando as próprias convicções morais se confrontam com convicções distintas e até contraditórias. Em outras palavras, podemos dizer que a razão moral se vê forçada a se converter em razão teórica porque se choca na realidade com a existência de conflitos e desacordos morais. Eles exigem que se possam explicar, de modo ponderado, racionalmente justificado, as próprias opções morais”. (FERRER; ALVAREZ, 2005, p. 85-86.)

Assim, o conflito moral surge quando o agente moral se encontra diante de uma encruzilhada, necessitando escolher entre duas ou mais alternativas, mas nenhuma delas está livre de dilemas éticos. Este conflito supõe uma situação de perplexidade subjetiva, na qual o agente sente-se dividido, mesmo que para outras pessoas a solução moral seja evidente. Ferrer e Alvarez (2005) utilizam como exemplo o conflito moral da prática de aborto, evidenciando que, para algumas pessoas, não é uma alternativa moralmente aceitável em nenhuma hipótese. As teorias morais surgem justamente desta necessidade de solução, já que, em certos casos, as teorias não resolvem satisfatoriamente todos os conflitos morais. Discute-se o papel das teorias morais em uma bioética global, e a dificuldade de invocar teorias morais clássicas para

solucionar dilemas de gestação de substituição. Contemporaneamente, as propostas teóricas encontradas hoje na bioética são, paradoxalmente, antiteóricas. Por esta razão, Ferrer e Alvarez (2005) preferiram utilizar a expressão “paradigmas teóricos” – no sentido de “modelo” ou “exemplo” - em ética e bioética, que devem ser capazes de explicar e justificar racionalmente as opções morais.

Para bioeticistas feministas, considera-se igualmente difícil invocar grandes teorias morais, pois geralmente uma teoria moral singular é inadequada para capturar todos os conflitos morais existentes. Sherwin (2000) traz o ponto de vista feminista na saúde pública, quando fala sobre como teorias morais tradicionais costumam esconder as relações de poder na estrutura da área de saúde, e também como elas focam em um ser humano genérico, ignorando assim as implicações de raça, gênero, classe e etnia. Na bioética feminista, presente um cuidado em utilizar uma voz universal ao endereçar conflitos morais, reconhecendo que um comprometimento com valores universais pode afastar diferentes vozes e perspectivas. Essa consciência sugere a necessidade de ouvir atentamente diferentes vozes e perspectivas caso se pretenda entender como conflitos morais podem ser compartilhadas multiculturalmente (SHERWIN, 2000).

Ainda, Sherwin (2000) apresenta uma abordagem interessante de entendimento do papel das teorias morais na bioética. A forma mais comum de utilizá-las é como fundações, a base para julgamentos morais mais específicos que ocorrem na prática. Se considerar esta abordagem muito rígida, é possível utilizar o que chama de “método do enquadramento”, ajustando diferentes teorias morais conforme o objeto que se pretende iluminar. Contudo, a terceira abordagem apresentada por Sherwin é a aqui adotada para analisar os conflitos morais em gestação de substituição transnacional: o chamado “método das lentes”, que permitem a observação de práticas culturais sob diferentes perspectivas – diferentes lentes – dirigindo problemas que, sozinhos, não encontrariam uma solução de caráter global (DONCHIN, 2000). Lentes são facilmente trocadas quando necessária uma nova perspectiva em um determinado tópico.

Esta metáfora fornece uma valiosa compreensão da importância de explorar perspectivas culturalmente diferentes em práticas como gestação de substituição, pois permite a utilização de diferentes arranjos culturais como lentes adicionais. Estas lentes adicionais podem ser exemplificadas na relação entre *surrogate* e o bebê que gestam. Panitch (2013) cita o imenso orgulho que as *surrogates* indianas sentiam – antes do banimento da prática - de seu trabalho reprodutivo, acreditando que seu “suor e sangue” são uma conexão com o bebê, mesmo que não sejam geneticamente relacionados. Ao mesmo tempo, *surrogates* de países

desenvolvidos geralmente criam obstáculos de distanciamento entre seus corpos e o feto que estão carregando, uma técnica desenvolvida por estas para não criar um vínculo emocional com o bebê (TONG, 1997). Possível utilizar essas posições culturais diferentes sobre a conexão com o bebê como lentes adicionais para analisar os conflitos morais da prática. Esta é a razão pela qual deve-se resistir em depender de apenas uma teoria moral em bioética, mas sim acolher a possibilidade de expansão de entendimento. A metáfora das lentes de Sherwin (2000) fornece uma compreensão mais produtiva do papel das teorias morais em bioética, em um contexto global, do que as abordagens de fundações e enquadramentos.

Donchin e Perdy (1999) ensinam que, no que tange aos estudos feministas, diferenças culturais costumam estar relacionadas mais com tópicos específicos – como gestação de substituição – do que com valores fundamentais. Em países desenvolvidos, tópicos conflitantes dizem respeito ao desenvolvimento tecnológico em áreas como reprodução assistida, enquanto que, em países em desenvolvimento, o conflito tende a estar mais presente em questões sobre saneamento básico e mortalidade infantil. Visar uma perspectiva global em bioética – que considera a diversidade de pessoas e culturas no mundo – necessita derrubar barreiras culturais, abraçando identidades que, ao mesmo tempo, divergem e intersectam. Contudo, existentes ferramentas conceituais necessárias para atingir esta perspectiva em bioética, de criar união na diversidade? (TONG, 2000). Petchesky e Judd (1998) realizaram estudo empírico com diversas mulheres de diferentes países sobre o tema de direitos reprodutivos, utilizando a metodologia do diálogo prático<sup>192</sup>. Os estudos revelaram que mulheres de culturas diversas podem chegar em um consenso sobre assuntos que afetam todas as mulheres ao redor do mundo. Mesmo com poderes políticos diferenciados, religiões diversas e distintos contextos culturais de países como Estados Unidos, Brasil, México e Nigéria, estas mulheres conseguiram chegar nas mesmas conclusões sobre seus próprios direitos reprodutivos.

Do ponto de vista da gestação de substituição transnacional, um futuro documento de regulamentação internacional necessitaria esclarecer dilemas legais, éticos e morais. Os críticos de uma regulamentação internacional citam pontos negativos, como a comercialização da concepção; exploração de mulheres em países em desenvolvimento em decorrência da disparidade financeira entre *surrogate* e pais intencionais; preocupações com a saúde física e mental da *surrogate*, bem como apreensões com possível tráfico de mulheres para servirem de *surrogates* sem consentimento e remuneração (TRIMMINGS; BEAUMONT, 2013). Todas

---

<sup>192</sup> O diálogo prático feminista inicia com a criação de oportunidades para que as mulheres falem sobre suas experiências morais. Esses fragmentos de narrativas pessoais fundem-se depois por meio de um processo de reflexão coletiva, cuja meta é superar a tendência das mulheres de conceberem suas experiências passadas como estritamente próprias da cultura patriarcal em sua forma mais opressiva (FERRER; ALVAREZ, 2005, p. 284).

essas questões são reais e válidas, mas em vez de se tornarem um empecilho para a criação de uma regulamentação internacional, deveriam ser as principais provas da urgência desta. A estrutura filosófica apresentada na bioética feminista fornece diretrizes interdisciplinares para um futuro documento internacional sobre o tema, instituindo um enquadramento ético que visa à proteção das *surrogates* combinada com ações de empoderamento. Com o enquadramento ético definido, e antes de passar para a criação de um enquadramento legal, necessário dissertar sobre a relação entre direitos humanos e bioética.

No tópico sobre os estudos da Conferência da Haia, apresentou-se dilemas sobre as implicações dos direitos humanos em contratos da prática comercial, com base nos estudos de Ergas (2013b), destacando possíveis desacordos com normas internacionais sobre a comercialização do corpo humano e venda de crianças. Ao mesmo tempo, a prática ainda poderia ser defendida com base no direito da criança de crescer em um ambiente familiar e no direito dos pais formarem uma família sem a intervenção injustificada do Estado na vida privada. Posteriormente, citou-se Clados (2012), que disserta sobre como a linguagem de direitos humanos pode ajudar a priorizar certas preocupações no campo da bioética.

Clados (2012) salienta que enquadrar um tema bioeticamente relevante como um direito significa que, em algum nível, este direito pode ser reivindicado e seu cumprimento pode ser obrigatório, mesmo que muitos membros da sociedade não concordem com os princípios estabelecidos por este direito. Esta qualidade empoderadora dos direitos humanos faz com que diversos movimentos políticos em nível internacional queiram que suas reivindicações sejam categorizadas com o enquadramento de direitos humanos, pois assim são promovidas e legitimadas com respeito. Desta forma, o poder e o sucesso de um direito não é apenas devido a sua ocorrência internacional e o empoderamento que fornece a seus defensores, mas pela alta visibilidade que o enquadramento de direitos humanos fornece. Direitos humanos podem ser invocados em Cortes internacionais e podem melhor lidar com situações da vida real de um modo prático, não apenas teórico. Para exemplificar a visibilidade que o enquadramento de direitos humanos fornece à temas bioeticamente relevantes, Clados (2012) cita que, se perguntar para um cidadão estadunidense o que ele entende por temas

bioeticamente relevantes, obterá como resposta o caso de Karen Ann Quinlan<sup>193</sup> ou o já analisado caso “*Baby M*”, ou seja, casos de grande visibilidade que envolvem a linguagem de direitos humanos. Os direitos humanos podem “fornecer uma face para a bioética, bem como oferecer um método bem avaliado e prático de como resolver dilemas bioeticamente relevantes com considerável aceitabilidade” (CLADOS, 2012, p. 167. Tradução nossa<sup>194</sup>).

Contudo, este enquadramento também gera críticas. Clados (2012) cita a existência de argumento de que estes direitos não fornecerem espaço para considerações concorrentes, fornecendo “fórmulas simples” que não conseguem, realisticamente, resolverem os complexos temas biologicamente relevantes. Desta forma, o cerne da crítica está na relação de direitos simplistas e limitados com a necessidade de soluções reais exigida no mundo dos fatos. Para exemplificar, o autor traz o exemplo da necessidade de consentimento livre e esclarecido para qualquer intervenção médica. Este direito, em si, omite questões emocionais, como medo ou vergonha de buscar tratamento médico, crenças religiosas, aspectos financeiros e sociais, entre outros. O direito ao livre consentimento, por si só, não tem este alcance. Da mesma forma, o direito precisa ser concretizável para ter significado. Em outras palavras, não adianta possuir direito à saúde se inexistente infraestrutura e recursos em um país para que este se concretize.

Clados (2012) também questiona o que ocorre quando o princípio da autonomia de uma pessoa colide com o direito de autonomia de outra pessoa, discussão recorrente em casos de gestação de substituição. Se princípios e direitos internacionalmente reconhecidos podem ser contraditórios, como serão consistentes? Acredita-se que, apesar de ter utilidade limitada, sua importância não pode ser desconsiderada, tendo em vista que casos de gestação de substituição transnacionais são uma inegável realidade. O principal desafio de construir um documento

---

<sup>193</sup> Caso de abril de 1975 sobre Karen Ann Quinlan, jovem de 22 anos em estado de coma irreversível. Seus pais, Joseph e Julia Quinlan, tendo as informações da irreversibilidade do caso e após conversarem com seu pároco, solicitaram a retirada do respirador. Doutor Morse, médico assistente do caso, após ter concordado com a solicitação no primeiro momento, se negou, no dia seguinte, alegando problemas morais e profissionais. A família foi à justiça solicitar a autorização para suspender todas as medidas extraordinárias, alegando que a paciente havia manifestado, anteriormente, que não gostaria de ficar viva, mantida por aparelhos. O pedido foi negado, alegando o juiz que a paciente deu essa declaração fora do contexto real, ora vigente. A família apelou para a Suprema Corte de New Jersey, que designou o Comitê de Ética do Hospital St. Clair como responsável para estabelecer o prognóstico da paciente e assegurar que a mesma nunca seria capaz de retornar a um "estado cognitivo sapiente". O Comitê, que até então não existia, foi criado e forneceu parecer de irreversibilidade do caso da paciente. Em 31 de março de 1976, a Suprema Corte de New Jersey concedeu, por sete votos a zero, o direito da família em solicitar o desligamento dos equipamentos de suporte extraordinários. Após isto, a paciente sobreviveu mais 9 anos, sem o uso de respirador e sem qualquer melhora no seu estado neurológico. UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. **Caso Karen Ann Quinlan**. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/karenaq.htm> Acesso em: 14.10.2017.

<sup>194</sup> “These rights' application thus can provide a face to bioethics as well as offer a well-probed and hands on methodology on how to resolve bioethical problems that enjoys wide acceptance”.

internacional do tema está, como será visto no próximo tópico, na necessidade de proteger os atores sociais envolvidos ao mesmo tempo em que lida com diferenças culturais e com a soberania e ordem pública nacional de diferentes países.

### **3.4.A Necessidade de uma Regulamentação Internacional: Reflexões.**

A transnacionalidade do fenômeno demonstra a dificuldade – ou até a impossibilidade – de vencer todos os conflitos da prática de gestão de substituição com regulamentações domésticas em cada Estado. Entre os conflitos apresentados ao longo da presente pesquisa, dar-se-á ênfase aos conflitos legais de nacionalidade e filiação, bem como utilizar-se-á o enquadramento ético traçado com base na estrutura filosófica da bioética feminista. Metodologicamente, empregar-se-á a abordagem legislativa proposta por Trimmings e Beaumont (2013), juntamente com as demais considerações oriundas da pesquisa empírica realizada.

Parece haver um consenso em todos os estudos mencionados sobre a espécie de fonte do Direito Internacional que este documento deveria ser, optando pela codificação na forma de convenção<sup>195</sup>, expressão utilizada para designar um tratado solene multilateral (MAZZUOLI, 2008). A codificação foi prevista, em caráter global e com vocação universal, pelo Art. 13, I, alínea *a*, da Carta das Nações Unidas<sup>196</sup>, visando o incentivo e o desenvolvimento do Direito Internacional. A sociedade internacional tem envidado esforços na aproximação legislativa entre os Estados, principalmente nas temáticas da disciplina de Direito Internacional Privado, buscando a unificação dos elementos de conexão. Para tanto, o instrumento mais utilizado são convenções internacionais que necessitam, posteriormente, ser incorporadas à legislação interna dos Estados (RODAS; MONACO, 2007).

Trimmings e Beaumont (2013), destacam a utilização como modelo base a Convenção de 1993 sobre adoção internacional, tendo em vista suas similaridades com questões de direito de família em um cenário global, bem como pelo fato de esta ter sido considerada extremamente bem sucedida, com um alto número de Estados signatários e um forte comprometimento dos países envolvidos em um caso de adoção internacional, tanto do país de origem da criança quanto o país de recebimento da criança. Sendo este um modelo norteador, a

---

<sup>195</sup> Cabe ressaltar que a Convenção de Viena de 1969 acabou por igualar as expressões “tratados”, “convenções” e “acordos”, sendo “tratados” a expressão mais genérica e, assim, mais conhecida (MAZZUOLI, 2008, p. 157-158)

<sup>196</sup> **Decreto n. 19.841 de 22 de Outubro de 1945.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm) Acesso em: 11.09.2017.

abordagem legislativa proposta segue caminhos similares. Fugindo da ideia de unificação de normas conflitantes e de indicação de lei aplicável, busca-se elaborar um documento multilateral de cooperação internacional, com o objetivo de unificar procedimentos administrativos e processuais e dividir tarefas entre os países envolvidos em um caso de gestação de substituição transnacional, que podem aplicar suas próprias leis nacionais para as funções que lhes cabem. Mais importante, visaria o reconhecimento de casos transnacionais contemplados pela Convenção, juntamente com seus efeitos. A Convenção forneceria um padrão mínimo a ser seguido, podendo os Estados signatários criarem padrões superiores para casos transnacionais dentro de suas jurisdições. Como já citado por Baker (2013), este instrumento multidimensional, além de ser um instrumento de cooperação internacional – para garantir o registro da criança - é um instrumento de Direito Internacional Privado – que não visa interferir nas legislações domésticas dos Estados signatários – e um instrumento de Direitos Humanos diferenciado, pois objetiva a proteção dos indivíduos envolvidos em um caso transnacional, como a criança, os pais intencionais e a *surrogate*.

Assim, os principais objetivos desta convenção seriam, inicialmente, desenvolver um documento multilateral e juridicamente vinculativo com um padrão mínimo a ser seguido em casos de gestação de substituição transnacionais para, então, desenvolver um sistema de supervisão que garanta que este padrão seja seguido e respeitado. Por fim, visa estabelecer com o enquadramento de cooperação canais de comunicação entre as jurisdições envolvidas em um caso transnacional, tendo como consequência a facilitação de soluções práticas. Como efeito desta, busca-se ainda reduzir a incidência de contratos de gestação de substituição celebrados de forma irregular, bem como combater o tráfico de mulheres e crianças (TRIMMINGS; BEAUMONT, 2013). Quanto ao alcance da Convenção, deveria ser aplicável para todos os casos de gestação de substituição com pais intencionais residindo em um país e a *surrogate* residindo em outro, independente do local onde foi firmado o contrato. Ainda, Trimmings e Beaumont (2013) sugerem uma adaptação da terminologia utilizada pela Convenção de adoção internacional em seu preâmbulo, substituindo “país de origem” por “país de nascimento”, bem como substituir “país receptor” por “país de residência habitual dos pais intencionais”. Ao invés do critério da nacionalidade, deveria ser utilizado o critério da residência habitual dos pais intencionais e da *surrogate*, facilitando assim uma efetiva comunicação entre o país de nascimento da criança e país onde esta fixará residência. Particularmente, a fixação de uma residência habitual da *surrogate* evita que a mesma seja levada para países de regulamentação permissiva onde não reside, que pode ser forte indício de tráfico de mulheres.

Quanto aos princípios fundamentais da Convenção, destacam-se o princípio do melhor interesse da criança, com base no Artigo 3º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, o que inclui proteção legal, balanceando os interesses de todas as partes envolvidas. Para tanto, Trimmings e Beaumont (2013) defendem a necessidade de averiguar se os pais intencionais estão aptos à parentalidade, medida adotada por sete dos 13 Estados com regulamentação permissiva nos Estados Unidos, como analisado. Neste tópico, acredita-se que a avaliação psicológica dos pais intencionais satisfaria a averiguação, dispensando a necessidade de estudo social – como exigem os Estados americanos de Texas, Utah e Virgínia – que poderia ser prejudicado por barreiras geográficas nos casos de gestação de substituição transnacionais. Ainda, cabível mencionar que esta averiguação parece estar em acordo com as recomendações em casos de gestação de substituição – em um nível nacional e de forma exemplificativa - do Comitê de Práticas Médicas da Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva e da Sociedade Americana de Tecnologias de Reprodução Assistida, que fornece diretrizes para a triagem e testes genéticos de pais intencionais e genéticos, além das *surrogates*, com o intuito de reduzir a possibilidade de complicações, tanto físicas quanto psicológicas (PFEIFER *et al.*, 2012).

O segundo princípio destacado por Trimmings e Beaumont é o da conexão genética, enfatizando que gestação de substituição deve ser o último recurso utilizado, somente sendo admissível se a criança possuir vínculo genético com pelo menos um dos pais intencionais. Desta forma, a Convenção também evitaria confrontar a Convenção de 1993 sobre adoção internacional, pois, se inexistente qualquer vínculo genético com o bebê, a alternativa mais plausível e indicada seria através da adoção. Este princípio já se encontra em diversas regulamentações domésticas, como no Reino Unido, Ucrânia e no sul da Austrália (TRIMMINGS; BEAUMONT, 2013, p. 540).

Como instrumento de cooperação internacional que visa garantir o registro da criança, Trimmings e Beaumont (2013) defendem a necessidade de cada Estado signatário da Convenção definir uma Autoridade Central que tomará as medidas necessárias para a saída da criança do país de nascimento e entrada no país de residência habitual dos pais intencionais. Destaca-se a sugestão dos autores de utilizar a mesma Autoridade Central definida com base na Convenção de 1993 sobre adoção internacional, caso seja signatário desta. No Brasil, de acordo com o Decreto n. 3.174/1999, o processamento das adoções de crianças brasileiras para o exterior, bem como a habilitação de residente no Brasil para adoção no exterior, é de responsabilidade das Autoridades Centrais dos Estados e do Distrito Federal, intituladas

“Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção e Adoção Internacional”<sup>197</sup>. Por sua vez, a Autoridade Central Administrativa Federal é órgão responsável pelo credenciamento dos organismos nacionais e estrangeiros de adoção internacional, bem como de acompanhamento pós-adoativo e de cooperação jurídica com as Autoridades Centrais estrangeiras. Para evitar gastos excessivos, Trimmings e Beaumont sugerem que a Convenção de gestão de substituição permita que estas Autoridades Centrais cobrem taxa administrativa dos pais intencionais.

Esta cooperação internacional cria canais de comunicação entre as jurisdições envolvidas, o que no caso de gestão de substituição transnacional, visaria solucionar questões práticas como a aceitação – pelo Estado de residência habitual dos pais intencionais – da certidão de nascimento emitida pelo Estado de nascimento da criança que, nos atuais países e estados americanos com regulamentação permissiva, é sempre emitida em nome dos pais intencionais. A cooperação internacional visa preservar o melhor interesse da criança, com o intuito de solucionar o principal conflito internacional da prática, que são os conflitos de nacionalidade e filiação. Assim, ainda que apenas em razão da cooperação internacional, a Convenção estaria, implicitamente, adotando a parentalidade por intenção presente nos 13 Estados americanos de regulamentação permissiva, originário do *case law John v. Calvert (1993)*.

Trimmings e Beaumont (2013) trazem uma importante observação das implicações desta ser uma Convenção de Direito Internacional Privado, que consiste na não intervenção nas legislações domésticas dos Estados signatários. Desta forma, haveria uma divisão de responsabilidades entre Autoridade Central do país de nascimento da criança – que seria responsável por questões relativas à *surrogate* - e Autoridade Central do país de residência habitual dos pais intencionais – responsável por questões relativas aos pais intencionais e do registro da criança. Portanto, o país de nascimento da criança seria responsável por determinar as condições mínimas necessárias para uma mulher ser *surrogate*, como idade mínima, protocolo das avaliações físicas e psicológicas, necessidade de já ter um filho, entre outros. Salienta-se que, além das questões relativas à *surrogate*, o país de nascimento da criança poderia ser responsável pela fiscalização e supervisão das clínicas de fertilização e agências de intermediação privadas de seu país.

O país de residência habitual dos pais intencionais seria responsável por determinar as condições mínimas para figurar como pais intencionais – podendo utilizar protocolo similar ao

---

<sup>197</sup> BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Adoção Internacional**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/adocao-internacional> Acesso em: 10.11.2017.

o utilizado para casos de adoção – como ambiente familiar estável, ausência de antecedentes criminais, avaliações psicológicas, entre outros. Trimmings e Beaumont (2013) salientam a impossibilidade de uma Convenção versar sobre estas matérias, utilizando como exemplo decidir quem poderia figurar como pais intencionais: pessoas solteiras, casais heterossexuais, casais homossexuais, pessoas casadas ou em união estável, pois esta é matéria de ordem pública dos países. Por fim, o país de residência habitual dos pais intencionais deveria autorizar e facilitar a entrada da criança no país, o que implica a aceitação de certidão de nascimento estrangeira. O sucesso deste sistema que enquadra a Convenção como um documento de cooperação internacional só ocorrerá com a efetiva implementação desta em nível nacional dos países signatários. Em outras palavras, nada adiantaria o país de nascimento da criança realizar corretamente suas funções se o país de residência habitual dos pais intencionais não aceitar a certidão de nascimento estrangeira da criança.

Passa-se para o enquadramento da Convenção como um instrumento de Direitos Humanos, objetivando a proteção dos indivíduos envolvidos em um caso transnacional de gestação de substituição, sendo estes atores a criança, os pais intencionais e a *surrogate*. Para tanto, utilizar-se-á o enquadramento ético traçado com base na estrutura filosófica da bioética feminista, ressaltando a dificuldade de fornecer uma estrutura de interseção entre realidades multiculturais que, ao mesmo tempo, forneça uma resposta global. A Convenção necessitaria fornecer um padrão mínimo para garantir a não exploração da *surrogate*, iniciando com a exigência de avaliação psicológica, averiguando se o desejo de ser *surrogate* é de sua própria vontade ou se está sofrendo coerção por parte de clínica, agência ou até mesmo da própria família, bem como obrigatoriedade de aconselhamento legal próprio para a *surrogate*, sem vínculos com clínicas, agências e pais intencionais. Utilizando o enquadramento ético da ética centrada no poder, a Convenção poderia se inspirar na já citada Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, na qual exige dos países signatários, em seu Artigo 3º, que adotem, nas esferas política, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de garantir-lhe o exercício e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com os homens (BRASIL, 2002).

Esta exigência seria especialmente importante para as *surrogates* de países em desenvolvimento, visando trabalhar com ações de empoderamento com o intuito de aumentar o grau de autonomia destas mulheres que, em muitas vezes, estão em situação de vulnerabilidade

social. Para tanto, possível utilizar os princípios de empoderamento das mulheres<sup>198</sup> - documento desenvolvido pela Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres – no qual destacam-se a promoção de educação, treinamento e desenvolvimento profissional para as mulheres, promoção de igualdade através de iniciativas comunitárias e, principalmente, empoderamento das mulheres para que participem plenamente da vida econômica.

Rudrappa (2017) já havia salientado a dificuldade de implementar políticas multilaterais entre países no que diz respeito à gestão de substituição transnacional, em decorrência da necessidade de acordar em temas como parentalidade, melhor interesse da criança e direitos das *surrogates*. Contudo, acordar em todos estes aspectos não parece ser uma obrigatoriedade. Utilizando como exemplo a pesquisa empírica com casais brasileiros que utilizaram serviços de gestão de substituição nos Estados Unidos, no qual seis de sete participantes não tiveram qualquer empecilho no registro e emissão de passaporte de seus filhos, denota-se que o Brasil possui uma regulamentação restritiva quanto à prática de gestão de substituição, mas demonstra cooperação internacional – além de respeito ao melhor interesse da criança – em realizar, sem impasses, o registro civil e emissão de passaportes de crianças nascidas em países com regulamentação permissiva.

Talvez uma das questões mais polêmicas seria a possibilidade de compensação financeira da *surrogate*. Trimmings e Beaumont (2013) citam a necessidade de fixar as despesas mínimas obrigatórias a serem custeadas pelos pais intencionais, como despesas médicas e legais, alimentação especial, vestimentos adequados, despesas com deslocamento (para exames e consultas relacionadas a gestação) e qualquer possível perda salarial (em caso de repouso prolongado, por exemplo). Quanto à compensação financeira em si, Trimmings e Beaumont (2013) sugerem a possibilidade, e não obrigatoriedade, de um pagamento de custos de vida da *surrogate*, equivalente ao período de gestação e pós-parto, no total de 12 meses. Quanto ao cálculo destes valores, os autores sugerem o pagamento de três vezes o salário mínimo do país de residência habitual da *surrogate* pelo citado período de 12 meses. Exemplificativamente, no Brasil, o valor de três vezes o salário mínimo nacional, em 12 meses, geraria uma compensação financeira de 33 mil e 732 reais. Assim, compensações que ultrapassem os valores permitidos seriam caracterizadas como tráfico de crianças.

Acredita-se que compensação financeira é um tópico moralmente sensível, sendo possível a Convenção apenas determinar quais seriam as despesas básicas custeadas pelos pais

---

<sup>198</sup> ONU Mulheres. **Princípios de Empoderamento das Mulheres**. 2016. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/cartilha\\_WEPs\\_2016.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/cartilha_WEPs_2016.pdf) Acesso em: 19.11.2017.

intencionais, deixando para cada país signatário versar sobre a compensação financeira da *surrogate* propriamente dita. Desta forma, a Convenção daria ênfase a cooperação internacional – para aceitação de certidão de nascimento estrangeira e registro da criança – fornecendo um padrão mínimo a ser seguido, podendo os países signatários criarem padrões superiores para casos transnacionais dentro de suas jurisdições. Este padrão mínimo também evitaria uma baixa adesão a Convenção, por países contrários a possibilidade de compensação da *surrogate*.

Uma regulamentação internacional possui suas limitações, mas teria potencial para solucionar os conflitos de nacionalidade e filiação existentes em países de regulamentação restritiva, proibitiva ou inexistente, quanto ao registro civil de crianças nascidas por gestação de substituição transnacional em países de regulamentação permissiva. Como apresentado nas legislações permissivas nos Estados Unidos, a adoção do critério de parentalidade por intenção foi medida bem sucedida, devendo ser aplicada em uma regulamentação internacional como forma de cooperação entre o país de nascimento da criança e o país de residência habitual dos pais intencionais. Nos estudos empíricos com brasileiros que utilizaram os serviços de gestação de substituição nos Estados Unidos, o Brasil aparenta não dificultar o registro civil das crianças em práticas transnacionais, apresentando uma cooperação internacional inexistente em países como Bélgica, França e Reino Unido.

Mesmo tendo como principal objetivo o efetivo registro civil destas crianças pelos países de residência habitual de pais intencionais, uma regulamentação internacional também passaria pela criação de padrões mínimos para figurar como pais intencionais e *surrogate*, visando o melhor interesse da criança. A *surrogate* seria figura central desta regulamentação, utilizando uma estrutura filosófica de interseção entre realidades multiculturais com o intuito de estabelecer ações de empoderamento – principalmente para *surrogates* de países em desenvolvimento – destacando o desenvolvimento profissional e educacional destas mulheres. Estas ações de empoderamento remetem aos ensinamentos de Ortner (2006) sobre agência e poder, dentro da perspectiva dos jogos sérios, possibilitando a estas mulheres desenvolverem seus próprios projetos pessoais dentro de uma estrutura dominante de passividade da figura da mulher. Uma Convenção internacional poderia ser encarada como um próprio poder de resistência – seja como autorização ou empoderamento para perseguir projetos - permitindo que a prática transnacional ocorra de forma regulamentada, para que os atores sociais sigam jogando ativamente em busca de seus projetos, mesmo que o sistema normativo de seus países não permitam a prática nacionalmente. Nas palavras de Ortner (2006), “e, assim, os jogos continuam”.

## CONCLUSÃO

A importância simbólica da gestação como afirmação da maternidade ainda está ligada à regra tradicional de o parto fazer a mãe. Observou-se que esta tradição não está explícita na maioria das legislações nacionais, funcionando como uma espécie de princípio que possui forte conexão com o conceito de maternidade vinculado à natureza da mulher. Necessitando a maternidade do mesmo reconhecimento social que a paternidade, parece cabível desconsiderar o conceito de maternidade cindida entre mãe biológica, mãe genética e mãe intencional, pois a maternidade estaria necessariamente vinculada à construção social deste papel.

Como demonstraram as *surrogates* americanas e israelenses, na gestação de substituição, o útero é considerado um ambiente artificial, através do uso de metáforas como “forno”, “incubadora” e “estufa”, para contrastarem com a natureza do embrião que estão gestando. Este enquadramento torna o embrião conectado à natureza dos pais intencionais, defendendo estas *surrogates* que elas apenas preparam o embrião já viabilizado para o nascimento, em seus próprios ambientes artificiais, como uma incubadora que viabiliza o crescimento de um bebê prematuro, como uma estufa que viabiliza o crescimento de uma planta e como um forno que viabiliza o crescimento de um pão.

Contudo, esta não deixa de ser uma abordagem com fortes repercussões de gênero, pois ainda conecta o feto à natureza da mulher, representada neste quadro pela figura da mãe intencional. Ao mesmo tempo em que acreditam em uma ideia essencialista de natureza, também exemplificam a imagem de empoderamento feminino, como mulheres que fizeram uma escolha – exercendo suas agências – de desconectarem seus úteros de suas próprias naturezas. Os relatos das *surrogates* auxiliam em compreender o equívoco do termo “mãe biológica” para designar o papel dessas mulheres, que não possuem o desejo de construir um papel social de mãe.

Foi demonstrado que a impossibilidade de gestar traz consigo a importância simbólica da gestação para a maternidade, conectando esta com um campo exclusivamente biológico, não com uma escolha construída socialmente. As reivindicações de parentesco das mães – e também dos pais – intencionais enquanto aguardam o nascimento do filho focam na representação da criança já como um membro de sua família, buscando uma conexão emocional com o feto durante a gestação. Contudo, estas reivindicações não são tão fáceis para mães intencionais, razão pela qual estas necessitam sentir uma verdadeira conexão com a *surrogate*. O papel das *surrogates* não se limita em gestar o feto, atuando elas também como

facilitadoras na conexão entre mãe intencional e bebê, auxiliando assim na construção social do papel da mãe intencional.

Verificou-se que a gestação de substituição, do ponto de vista da *surrogate*, pouco tem relação com maternidade. Dentro do embate entre natureza e uma maternidade construída socialmente, o parentesco é percebido como construção social sobre uma base biológica, base esta alterada com o surgimento das novas tecnologias reprodutivas. Não possuindo a maternidade um elo obrigatório com a gestação, a metáfora de úteros artificiais torna explícita a dificuldade de delimitar natureza e cultura na prática de gestação de substituição, sendo um verdadeiro artefato híbrido entre os dois. Entretanto, a prática envolve não apenas os embates entre natureza e construção social do papel de mãe, mas também envolve o papel do Estado na definição de parentesco e filiação de crianças nascidas através da prática.

Historicamente, verificou-se que o direito à não intervenção do Estado no ambiente doméstico reforçava desigualdades de gênero, pois a privacidade amparava apenas o chefe de família e sua relação com o Estado, mantendo este o controle, na esfera doméstica, de seus subordinados. As críticas feministas contribuíram para questionar os chamados “lugar de mãe” e “lugar de pai” na sociedade, discussão que ganhou mais destaque com o surgimento do termo neutro “parentalidade”, utilizado atualmente inclusive pela legislação brasileira.

Este termo contribuiu com a discussão da parentalidade por intenção nos casos de gestação de substituição, retomando os questionamentos das razões pelas quais muitos países não conseguem desvincular a maternidade da experiência corpórea gestacional. Averiguou-se que esta vinculação remete à presunção paternalista de que as mulheres precisam ser salvas de si mesmas e de suas próprias naturezas. Este ponto representou a importância dos conceitos de agência e poder de Ortner (2006), na perspectiva dos jogos sérios, no qual pais intencionais e *surrogate*, ao mesmo tempo em que demonstram suas capacidade de agência na busca por seus próprios projetos, também demonstram que a agência é cultural e historicamente construída quando reforçam os papéis tradicionais de mulher-mãe, homem-pai e mulher-gestante. A parentalidade social destes pais intencionais foi refletida como um conceito normativo, pois depende da chancela do Estado para o assentamento da filiação. Dito desta forma, a parentalidade está inserida em uma estrutura de poder dominante, que tende a reproduzir papéis convencionais de gênero, que por sua vez serão refletidos pelos sistemas normativos. Compreender a desigualdade de gênero existente nas estruturas de poder dominante foi necessário para entender como nascem as regulamentações sobre gestação de substituição, sabendo que, onde há poder dominante, há também poder de resistência.

Esta relação entre poder dominante e poder de resistência contribuiu para a aplicação do termo “ideologia da maternidade”, que consiste no entendimento da maternidade como condição natural da mulher, sendo este seu papel primordial na sociedade. A presença do fenômeno ideológico justificou a forma pela qual os direitos reprodutivos – com destaque para o contexto brasileiro e estadunidense - tem sido fundamentados nos discursos jurídicos e políticos ao longo da história – da escravidão à gestação de substituição – com forte desigualdade de gênero e controle do Estado sobre os corpos femininos no que tange – não apenas, mas principalmente - à reprodução, influenciando a idade com que a mulher deve ter e parar de ter filhos, o número de filhos e, principalmente, as formas de concepção consideradas moralmente aceitáveis. O fenômeno ideológico também contribuiu para a compreensão dos contextos sociais e políticos necessários para a propositura de legislações sobre gestação de substituição, nos distintos cenários de Nova York e Califórnia em 1992.

Em seguida, foi dado início aos estudos empíricos, destacando a submissão do projeto de pesquisa ao Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade La Salle. A experiência conflitante com o Comitê reforçou o entendimento de que a prática é pouco conhecida e carrega consigo o estereótipo de moralmente inaceitável, visto os comentários que “o Conselho Federal de Medicina repudia este tipo de contrato” e, principalmente, a alegação da Universidade ser instituição de cunho religioso como justificativa para a negativa acerca da possibilidade de realização da pesquisa. Um parecer com forte juízo de valor que extrapola as atribuições de um Comitê de Ética remeteu as discussões sobre o poder normativo do Conselho Federal de Medicina, que parece extrapolar suas atribuições legais, que será posteriormente citado.

As 13 legislações estaduais americanas permissivas trouxeram importantes lições sobre parentalidade por intenção, ordem parental prévia e necessidade de avaliação psicológica não apenas da *surrogate*, mas também dos pais intencionais. Foi verificado que 11 dos 13 Estados permissivos permitem a compensação financeira da *surrogate* de forma “razoável”, deixando em aberto o conceito de razoabilidade. Contudo, com base na pesquisa apresentada por grupo de estudos da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, os valores aproximados seriam de 20 mil a 55 mil dólares, com variações significativas em casos de gestações múltiplas e necessidade de cesárea. Verificou-se também a baixa incidência de *case law* relevante em Estados sem regulamentação, demonstrando que o tema de gestação de substituição nos Estados Unidos possui, como principal fonte, legislações estaduais efetivamente codificadas, e não *case law* como era esperado no projeto de pesquisa, por se tratar de país no qual vige o sistema da *common law*.

As quatro legislações estaduais proibitivas demonstraram importante dado temporal sobre a criação de leis estaduais da prática. Enquanto todas as legislações proibitivas foram criadas entre os anos de 1988 a 1992 – logo após o caso “*Baby M*” – as 13 legislações permissivas foram criadas entre os anos de 2003 a 2017, possivelmente inspiradas pela lei uniforme sobre *status* parental (*UPA*) revisada em 2002. A contemporaneidade destas leis demonstrou uma tendência de aumento das legislações permissivas no país, com destaque para a legislação do Distrito de Columbia recentemente promulgada no ano de 2017. A similaridade entre os procedimentos nas diversas leis, juntamente com o alto número de clínicas de fertilização mesmo em Estados proibitivos, corroborou a tendência da fragmentação da prática de gestação de substituição em dois ou mais Estados, argumento este reforçado com a pesquisa empírica realizada com casais brasileiros, na qual cinco dos sete participantes realizaram os serviços de clínica de fertilização, agência de intermediação e *surrogate* de dois ou três Estados diferentes dentro do país.

Quanto ao contexto brasileiro, primeiramente foi analisada a criação de Resoluções – entre os anos de 1992 a 2017 – sobre o tema de gestação de substituição pelo Conselho Federal de Medicina, diante de lacuna legislativa e necessidade de harmonização das técnicas de reprodução assistida com os princípios da ética médica. Questionou-se o poder normativo do Conselho Federal de Medicina – autarquia que integra a administração pública indireta do país – como uma extrapolação das suas atribuições previstas em lei, no caso das resoluções sobre reprodução humana assistida, com destaque para a vigente Resolução 2168/2017. Ultrapassando suas atribuições legais, o Conselho Federal de Medicina estaria violando o princípio da legalidade, com base no Artigo 37 da Constituição Federal brasileira e, desta forma, a referida Resolução poderia ser considerada ilegal. Ademais, iniciou-se a discussão sobre uma possível inconstitucionalidade da Resolução vigente, por restrição à direitos fundamentais como direito à liberdade e ao planejamento familiar.

Discutiu-se as limitações impostas pela Resolução 2168/2017 – como doadora temporária de útero com vínculo familiar e vedação de compensação financeira – com destaque para o Artigo 13 do Código Civil brasileiro, que veda a disposição do próprio corpo quando esta contrariar os bons costumes, norma legal que poderia impedir uma eventual legislação de gestação de substituição comercial no Brasil. Considerou-se uma postura paternalista do legislador, remendo novamente à ideia de que as mulheres precisam ser salvas de si mesmas. Por fim, defendendo que a gestação de substituição é matéria a ser regulamentada pelo Poder Legislativo, analisou-se seis projetos de lei sobre o tema no Congresso Nacional brasileiro, entre os anos de 1997 até 2015. Nenhum dos projetos apresentou grandes formas de avanço,

sendo quase todos mera reprodução das Resoluções do Conselho Federal de Medicina vigentes no momento da sua propositura.

Foram analisados casos brasileiros nacionais – contemplados pelo Resolução e por sua exceção permitida – e casos transnacionais. Os casos nacionais contemplados pela Resolução foram brevemente citados, em decorrência da inexistência de dados concretos, mas apenas de notícias da mídia. Já os casos que se enquadram na exceção da Convenção foram analisados através de 38 pareceres dos Conselhos Regionais de Medicina de pedidos de autorização para doadora temporária de útero sem vínculo familiar. A vasta maioria dos pareceres foi favorável, com apenas nove desfavoráveis, a maioria relacionados a Resoluções anteriores e com mais restrições para a prática da gestação de substituição do que a atual. Dois casos foram citados exemplificativamente, um em que a autorização foi negada por a mãe intencional possuir irmãs, mesmo que estas não tenham concordado em serem doadoras, e outro em que a mãe intencional sofria de insuficiência de colo de útero, mas mesmo assim o médico parecerista decidiu que isso não significava ausência de viabilidade uterina. Os casos citados demonstraram certo despreparo e discricionariedade dos Conselhos Regionais de Medicina, que parecem aplicar as normas da Resolução apenas de forma literal.

Quanto aos casos brasileiros transnacionais, citou-se obras escritas por pais intencionais, nas quais ausentes indícios de dificuldades no registro e na emissão de passaporte das crianças nascidas em país estrangeiro. Com a breve introdução ao tema proporcionada pelas obras, passou-se para o estudo empírico com sete brasileiros que utilizaram serviços de gestação de substituição nos Estados Unidos. Entre as principais conclusões da pesquisa, destacaram-se os comentários de participantes sobre a obrigatoriedade da doadora temporária de útero possuir vínculo familiar com um dos pais intencionais, pois demonstraram classificar a prática não comercial como “um favor” que jamais aceitariam, preferindo buscar “uma pessoa boa e pagar por todo o trabalho dela”. Este último comentário demonstrou que o altruísmo e a compensação financeira não são questões opostas, mas sim conexas. Da mesma forma, quanto à vedação de compensação financeira, um participante questionou os altos valores recebidos por médicos e clínicas de fertilização diante da impossibilidade da doadora temporária de útero ter qualquer lucro. Observou-se que a medicalização da reprodução, inserida em uma estrutura de poder dominante, reforça o papel tradicional da mulher-mãe, sendo a prática de uma mulher gestar bebê para terceiro apenas tolerada se revestida com representações de altruísmo, sendo, neste entendimento, altruísmo incompatível com compensação financeira.

Quanto ao futuro da prática de gestação de substituição no Brasil, observou-se que alguns participantes não compreenderam a alternativa “o Brasil não deveria mudar a

regulamentação existente”, pois teceram comentários sobre as razões pelas quais acreditam que a regulamentação não seria alterada, e não sobre suas opiniões acerca da regulamentação existente. Foi possível também observar um descrédito dos participantes com o Poder Legislativo brasileiro, acreditando que uma regulamentação permissiva da prática não seria aprovada em decorrência da ascensão do conservadorismo político e religioso do país.

Quanto ao registro civil das crianças nascidas por gestação de substituição transnacional, seis dos sete participantes afirmaram não terem tido qualquer dificuldade, tanto no registro civil quanto na emissão de passaportes. Este fato demonstrou que o Brasil parece aceitar sem empecilhos certidões de nascimento estrangeiras onde figuram, como pais legais, os pais intencionais da criança. Contudo, concluiu-se que o Brasil é uma exceção, com empecilhos para o registro civil destas crianças em países como Bélgica (inexistente regulamentação), França (regulamentação proibitiva) e Reino Unido (regulamentação restritiva). Estes conflitos acabam por gerar problemas na área de Direito Internacional, despertando a atenção da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado no ano de 2011, quando deu início aos estudos sobre o tema. Com o intuito de gerar reflexões para uma possível e futura regulamentação internacional sobre gestação de substituição, apresentou-se lições da bem sucedida Convenção da Haia de 1993 sobre adoção internacional, apresentada como um documento multidimensional de cooperação internacional, Direito Internacional Privado e Direitos Humanos.

Antes de criar um enquadramento legal para uma possível Convenção internacional na área de gestação de substituição, sentiu-se a necessidade de apresentar diretrizes para um enquadramento ético da prática, utilizando, para tanto, os estudos da bioética feminista. Por conta da dificuldade de apresentar uma resposta global para um problema multicultural, deu-se ênfase à proteção das *surrogates* de países em desenvolvimento, utilizando-se o enquadramento ético da ética centrada no poder, visando aumentar a autonomia destas mulheres, respeitando suas capacidades de agência e propondo ações de empoderamento.

Concluiu-se que uma regulamentação internacional da prática necessitaria ser, principalmente, um documento de cooperação internacional, visando primordialmente a aceitação da certidão de nascimento estrangeira pelo país de residência habitual dos pais intencionais como forma de garantir o registro civil desta. Ainda, seria um documento de Direito Internacional Privado, deixando para os países definirem diversos critérios de ordem nacional, como a possibilidade de compensação financeira da *surrogate*. Por fim, seria um documento de Direitos Humanos, visando a proteção e o empoderamento das *surrogates*.

Mesmo com tantas implicações, as regulamentações restritivas e proibitivas não parecem impedir com que as pessoas busquem informações sobre a prática em outros países. Sendo a gestação de substituição transnacional uma realidade, a melhor forma de compreendê-la foi observando as regulamentações permissivas dos Estados americanos e a razão pela qual estas são bem sucedidas. Ao mesmo tempo, foi necessário observar casos transnacionais nos quais existentes conflitos de filiação e nacionalidade – como Bélgica, França e Reino Unido – e também em países onde inexistentes conflitos no registro civil destas crianças, como o Brasil. Porém, a realidade das *surrogates* americanas não é necessariamente a mesma de *surrogates* em países desenvolvidos. Compreendendo que o banimento da prática comercial acaba por aumentar a vulnerabilidade social nestes países, a bioética feminista cumpre importante papel na criação de uma abordagem ética centrada no poder que não retire a capacidade de agência destas mulheres, mas sim permitam que estas façam suas próprias escolhas.

## REFERÊNCIAS

- ALCANTARA, Lucio. **Projeto de Lei do Senado n. 1184 de 2003**. Dispões sobre reprodução assistida. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275&ord=1> Acesso em: 17.10.2017.
- ALABAMA. **Alabama Code, Title 26: Infants and Incompetents, Chapter 17: Alabama Uniform Parantage Act.** 2017. Disponível em: <http://alisondb.legislature.state.al.us/alison/codeofalabama/1975/coatoc.htm> Acesso em: 20.10.2017.
- ALLEBRANDT, Débora. **Perspectives Théoriques Dans L'étude de la Famille, de L'enfance et de la Parenté: Un Regard à Partir de la Comparaison entre Adoption et P.M.A.** Vibrant, Virtual Braz. Anthr, vol. 8, n. 2, 2011.
- AMORIM, Edgar Carlos. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.
- BADINTER, Elisabeth. **O Conflito: A Mulher e A Mãe**. Trad. Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Record, 2011.
- BADINTER, Elisabeth. **Um Amor Conquistado: O Mito do Amor Materno**. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira,, 1985.
- BAKER, Hannah. A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are There 'Lessons' to be Learnt from the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention? In: TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. **International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level**. Oxford: Hart Publishing, 2013.
- BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Atlas, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As Consequências Humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. Trad. Sérgio Millet. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.
- BERNARD, H.R. **Research Methods in Anthropology: Qualitative and Quantitative Approaches**. Lanham: AltaMira Press, 2005.
- BERTILOTTI, Laura. **The Prohibition of Surrogate Motherhood in France**. New York: New York University Journal of International Law and Politics. 2012.
- BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução dos textos originais, com notas, dirigida pelo Pontifício Instituto Bíblico de Roma. São Paulo: Paulina, 1976.
- BIERNACKI, Patrick. WALDORF, Dan. Snowball Sampling: Problem and Techniques of Chain Referral Sampling. **Sociological Methods and Research**, 1981, p. 141-163.

BIROLI, Flávia. Autonomia, Opressão e Identidades: a Ressignificação da Experiência na Teoria Política Feminista. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, 21(1): 424, janeiro-abril 2013.

BOWMAN, Cynthia Grant; ROSENBURY, Laura A.; TUERKHEIMER, Deborah; YURACKO, Kimberly A. **Feminist Jurisprudence: Cases and Materials**. Saint Paul: West, 2011.

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm) Acesso em: 20 de nov. 2016.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 04.08.2017.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657 de 04 de Setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei n. 12.376 de 2010). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm) Acesso em: 16.11.2017.

BRASIL. **Decreto n. 592 de 06 de Julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm) Acesso em: 05.08.2017.

BRASIL. Decreto n. 3.087 de 21 de Junho de 1999. **Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, Concluída na Haia em 29 de Maio de 1993**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3087.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm) Acesso em: 05.08.2017

BRASIL. Decreto n. 5.007 de 08 de Março de 2004. **Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Referente à Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5007.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5007.htm) Acesso em: 05.08.2017.

BRASIL. Decreto n. 7.030 de 14 de Dezembro de 2009. **Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, Concluída em 23 de Maio de 1969, com Reserva aos Artigos 25 e 66**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm) Acesso em: 05.08.2017.

BRASIL. Decreto n. 99.710 de 21 de Novembro de 1990. **Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm) Acesso em: 05.08.2017.

BRASIL. Lei n. 3.268 de 30 de Setembro de 1957. **Dispõe sobre os Conselhos de Medicina e dá Outras Providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3268.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm) Acesso em: 17.10.2017.

BRASIL. Lei n. 9.263 de 12 de Janeiro de 1996. **Regula o Parágrafo 7 do Art. 226 da Constituição Federal, que Trata do Planejamento Familiar, Estabelece Penalidades e dá Outras Providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm) Acesso em: 17.10.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 22.643.** Impetrante: Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina (CREMESC) e Outro. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 04 de dezembro de 1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85800> Acesso em: 03.10.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 653.454.** Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Conselho Regional de Contabilidade do Estado do Ceará e Outro(s). Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 30 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4124869> Acesso em: 03.10.2017.

CALIFORNIA. **Family Code – FAM. Division 12: Parent and Child Relationship [7500-7961]. Part 7: Surrogacy and Donor Facilitators, Assisted Reproduction Agreements for Gestational Carriers, and Oocyte Donations [7960-7962].** 2015. Disponível em: [https://leginfo.ca.gov/faces/codes\\_displayText.xhtml?lawCode=FAM&division=12.&title=&part=7.&chapter=&article=](https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=FAM&division=12.&title=&part=7.&chapter=&article=) Acesso em: 11.10.2017.

CAMPOS, Carmen Hein de. Legislação, Políticas Públicas e Histórico dos Direitos Reprodutivos no Brasil. In: OLIVEIRA, Guacira Cesar de. CAMPOS, Carmen Hein de. **Saúde Reprodutiva das Mulheres: Direitos, Desafios e Políticas Públicas.** Brasília: FEMA, IWHC, Fundação H.Boll, Fundação Ford, 2009.

CARLOS, Paula Pinhal de. **Bioética e Biodireito: Discursos Jurídicos Acerca do Aborto por Grave Anomalia Fetal,** 2007, 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo.

CARROLL, Andrea B. Discrimination in Baby Making: Unconstitutional Treatment of Prospective Parents Through Surrogacy. 2013. **Journal Articles,** 186, Louisiana State University Law Center.

CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (CDC). **Assisted Reproductive Technology (ART) Data.** 2017. Disponível em: [https://nccd.cdc.gov/drh\\_art/rdPage.aspx?rdReport=DRH\\_ART.ClinicInfo&ClinicId=9999&ShowNational=1](https://nccd.cdc.gov/drh_art/rdPage.aspx?rdReport=DRH_ART.ClinicInfo&ClinicId=9999&ShowNational=1) Acesso em: 14.10.2017.

CENTRO DE REPRODUÇÃO HUMANA IPGO. **Coito Programado: Indução de Ovulação.** São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.ipgo.com.br/coito-programado-inducao-da-ovulacao/> Acesso em: 15 nov. 2016.

CLADOS, Mirjam Sophia. **Bioethics in International Law: An Analysis of the Intertwining of Bioethical and Legal Discourses.** 2012, 285 f. Tese (Doutorado em Filosofia). Ludwig-Maximilians-Universität München.

COLORADO. **Colorado Revised Statutes, Title 19: Children's Code**. 2016. Disponível em: <https://leg.colorado.gov/sites/default/files/images/olls/crs2016-title-19.pdf> Acesso em: 20.10.2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM), Resolução 1.358 de 11 de novembro de 1992. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 19 de novembro de 1992, Seção I, p. 16.053. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1992/1358> Acesso em: 20 nov. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM), Resolução 2.013 de 16 de abril 2013. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 09 de maio de 2013, Seção I, p. 119. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2013/2013> Acesso em 20 nov. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM), Resolução n. 2.121 de 16 de julho de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 de setembro de 2015. Seção I, p. 117. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121> Acesso em: 20 nov. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Resolução 2.168 de 10 de novembro de 2017. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 10 de novembro de 2017. Seção I, p. 73. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168> Acesso em: 10 nov. 2017.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE GOIÁS (CREMEGO). **Processo Consulta n. 06/2014**. Disponível em: [http://www.cremego.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=27023%3Aaparecer-autoriza-uso-de-utero-de-substituicao-com-doadora-sem-parentesco-com-o-casal&catid=3&Itemid=491](http://www.cremego.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27023%3Aaparecer-autoriza-uso-de-utero-de-substituicao-com-doadora-sem-parentesco-com-o-casal&catid=3&Itemid=491) Acesso em 15 de dez. 2016.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO PARANÁ (CRM-PR). **Parecer n. 2545/2017**. Disponível em: [https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/PR/2017/2545#search="gestação de substituição"](https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/PR/2017/2545#search=) Acesso em: 17.10.2017.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO (CREMESP). **Consulta n. 58.437 de 2002**. Disponível: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=5564&tipo=PARECER&orgao=Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%20E%20Paulo&numero=58437&situacao=&data=00-00-2002> Acesso em: 17.10.2017.

CORTEZ, Mirian Beccheri; SOUZA, Lidio de. Mulheres (In)subordinadas: O Empoderamento Feminino e Suas Repercussões nas Ocorrências de Violência Conjugal. Brasília: **Revista Psicologia: Teoria e Pesquisa**, v. 24, n. 2, abril/junho 2008.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. Coimbra: Almedina, 2000.

CRAWSHAW, M. BLYTH, E. VAN DEN AKKER, O. The Changing Profile of Surrogacy in the UK: Implications for National and International Policy and Practice. **Journal of Social Welfare and Family Law**. 2012.

DANTAS, Ivo. Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle da Constitucionalidade: A Intangibilidade do Direito Adquirido Face às Emendas Constitucionais. **Revista Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 206: 109-134, out/dez 1996.

DAVIS, Angela Yvonne. **Women, Race & Class**. New York: Random House, 1983.

DELAWARE. **Delaware Code. Title 13: Domestic Relations. Chapter 8: Uniform Parentage Act. Subchapter VIII: Gestational Carrier Agreement Act**. 2013. Disponível em: <http://delcode.delaware.gov/title13/c008/sc08/index.shtml> Acesso em: 11.10.2017.

DENCKER, Ada de Freitas Maneti. VIÁ, Sarah Chucid Da. **Metodologia Científica: Pesquisa Empírica em Ciências Humanas**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DEONANDAN, Raywat; GREEN, Samantha; VAN BEINUM, Amanda. **Ethical Concerns for Maternal Surrogacy and Reproductive Tourism**. Ontario: Journal of Medical Ethics, 2012.

DEONANDAN, Raywat. Recent Trends in Reproductive Tourism and International Surrogacy: Ethical Considerations and Challenges for Policy. **Risk Management Health Policy**, vol. 8, 2015, pp. 111-119.

DINIZ, Debora. GUILHEM, Dirce. **O Que é a Bioética**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2002.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: A Criança no Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003a.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003b.

DRUZENKO, Gennadiy. Ukraine. In: TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. **International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level**. Oxford: Hart Publishing, 2013.

DRUMM, David.  **Holding, Dicta and Stare Decisis**. 2011. Disponível em: <https://jonathanturley.org/2011/10/23/holdings-dicta-and-stare-decisis/> Acesso em: 09.09.2017.

ECHOLS, Alice. **Daring to Be Bad: Radical Feminism in America, 1967-1975**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989.

ERGAS, Yasmine. Babies Without Borders: Human Rights, Human Dignity and the Regulation of International Commercial Surrogacy. 2013a. **Emory International Law Review**. p. 117-188.

ERGAS, Yasmine. Thinking ‘Through’ Human Rights. In: TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. **International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level**. Oxford: Hart Publishing, 2013b.

ETTINGER, Derek J. Genes, Gestation and Social Norms. **Law and Philosophy** (2012), n. 31, p. 243-268.

FERREIRA, Carla Froener. **A Reprodução Humana Assistida e a Sociedade do Espetáculo: A Fragmentação do Direito Frente à Publicidade via Internet de Tratamento de Fertilização**, 2017, 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade La Salle, Canoas.

FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema Jurídico Anglo-Americano**. Trad. Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FINKELSTEIN, Alex. MAC DOUGALL, Sarah. KINTOMINAS, Angela. OLSEN, Anya. **Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A National Conversation Informed by Global Lawmaking**. Columbia Law School Sexuality & Gender Law Clinic. 2016.

FLEXNER, Eleanor. **Century of Struggle: The Women's Rights Movement in the U.S.** New York: Atheneum, 1973.

FLORIDA. **Florida Statute, Title XLIII: Domestic Relations. Chapter 742: Determination of Parentage.** 2017. Disponível em: [http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App\\_mode=Display\\_Statute&URL=0700-0799/0742/0742.html](http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&URL=0700-0799/0742/0742.html) Acesso em: 11.10.2017.

FONSECA, Claudia. O Direito às Origens: Segredo e Desigualdade no Controle de Informações sobre a Identidade Pessoal. São Paulo: **Revista de Antropologia USP**, v. 53, n. 2, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

FOX, Kathryn J. Social Bond Theory. In: PARILLO, Vincent. **Encyclopedia of Social Problems**. Thousand Oaks: Sage Publications, 2007.

FRAZÃO, Alexandre Gonçalves. A Fertilização *In Vitro*: Uma Nova Problemática Jurídica. Teresina: **Revista Navigandi**, ano 4, n. 42, 2000.

FRIENDS, Quarta temporada, episódio 11: **"The One With The Phoebe's Uterus"**. Produção: David Krane e Marta Kauffman. Realização: NBC, 1997. 22min. Exibida pelo Netflix. Acesso em: 10 nov. 2016.

GERBER, Paula. O'BRYNE, Katie. **Surrogacy, Law and Human Rights**. New York: Routledge, 2016.

GOLDENBERG, Mirian. **A Arte de Pesquisar: Como Fazer Pesquisa Qualitativa em Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: Record, 2004.

GONÇALVES, Artur Pessoa. **Os Limites e os Padrões das Atividades Normativas do Conselho Federal de Medicina em Temas Jurídico-Morais Sensíveis no Estado Constitucional Brasileiro.** 2012. Disponível em: [http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio\\_resumo2012/relatorios\\_pdf/ccs/DIR/JUR-Artur%20Pessoa%20Gon%C3%A7alves.pdf](http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2012/relatorios_pdf/ccs/DIR/JUR-Artur%20Pessoa%20Gon%C3%A7alves.pdf) Acesso em: 17.10.2017.

GORDON, Linda. **Woman's Body, Woman's Right: Birth Control in America**. New York: Penguin Books, 1976.

GRABNER, Maria Luiza. O Direito Humano ao Consentimento Livre, Prévio e Informado como Baluarte do Sistema Jurídico de Proteção dos Conhecimentos Tradicionais. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, n. 45, p. 11-65 – jul/dez. 2015.

GRAVES, Robert. **The White Goddess: A Historical Grammar of Poetic Myth**. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 1966.

GRECO, Michael Wells. United Kingdom. In: TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. **International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level**. Oxford: Hart Publishing, 2013.

GRISCI, Carmem Lígia Iochins. Mulher-mãe. **Psicologia: Ciência e Profissão**. Vol. 15. Brasília, 1995.

GUZMAN, Victoria R. A Comparison of Surrogacy Laws of the U.S. to Other Countries: Should There be a Uniform Federal Law Permitting Commercial Surrogacy? **Houston Journal of International Law**. 2016, p. 619-652.

HALAVASIS, Alexander. Prefácio. In: RECUERO, Raquel. FRAGOSO, Suely. AMARAL, Adriana. **Métodos de Pesquisa para Internet**. Porto Alegre: Sulina, 2011.

HOLMES, Oliver Wendell. **The Common Law**. Massachusetts: The Belknap Press, 2009.

HORSEY, Kirsty. Surrogacy in the United Kingdom: Present and Future Challenges. SILS, Scott E. **Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

HRDY, Sarah Blaffer. **Mother Nature: Maternal Instincts And How They Shape The Human Species**. New York: Ballentine Books, 1999.

ILLINOIS. **Illinois Statutes, Families: (750 ILCS 47/) Gestational Surrogacy Act**. 2005. Disponível em: <http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2613&ChapterID=59>  
Acesso em: 11.10.2017.

IOWA. **Iowa Code. Title XVI: Criminal Law and Procedure. Section 710.11: Purchase or Sale of Individual**. Disponível em: <https://www.legis.iowa.gov/docs/code/2017/710.11.pdf>  
Acesso em: 13.10.2017.

JACOBSON, Heather. **Labor of Love: Gestational Surrogacy and the Work of Making Babies**. New Brunswick: Rutgers University Press, 2016.

JAGGAR, Alison M. Feminist Ethics: Projects, Problems, Prospects. In: CARD, Claudia. **Feminist Ethics**. Lawrence: University of Kansas Press, 1992.

KLAES, Mariana Isabel Medeiros. Fenômeno da Globalização e seus Reflexos no Campo Jurídico. In: OLIVEIRA, Odete Maria de. **Relações Internacionais: A Questão de Gênero**. Ijuí: Editora Ijuí, 2011

LAMM, Eleonora. Argentina. In: TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. **International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level**. Oxford: Hart Publishing, 2013.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: Um Conceito Antropológico**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2001.

LASMAR, Cristiane. Sobre Sherry Ortner e Making Gender. **Mana**, vol. 3, n. 2. Rio de Janeiro: Out 1997, p. 240-244.

LISBÔA, Livia. Útero, Doce Útero. **Revista Superinteressante**. 1998. Disponível em: <https://super.abril.com.br/comportamento/utero-doce-utero/#> Acesso em: 15 nov. 2017.

LUNA, Naara. **Maternidade Desnaturada: Uma Análise da Barriga de Aluguel e da Doação de Óvulos**. Curitiba: IV Reunião de Antropologia do Mercosul, 2001.

LANIUS, Manuela; SOUZA, Edson Luís André de. Reprodução Assistida: Os Impasses do Desejo. São Paulo: **Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental**, v. 13, p. 53-70, 2010.

MAHOWALD, Mary. **Women and Children in Health Care: As Unequal Majority**. New York: Oxford University Press, 1993.

MAINE. **Maine Statutes, Families: Title 19-A: Domestic Relations. Part 3: Parents and Children. Chapter 61: Maine Parentage Act. Subchapter 8: Gestational Carrier Agreement**. 2016. Disponível em: <http://legislature.maine.gov/statutes/19-A/title19-Ach61sec0.html> Acesso em: 11.10.2017.

MARKENS, Susan. **Surrogate Motherhood and the Politics of Reproduction**. Berkeley: University of California Press, 2007.

MARQUES, V.R.B. **A Medicalização da Raça: Médicos, Educadores e Discurso Eugênico**. Campinas: Unicamp, 1994.

MANINHA, Maria José da Conceição. **Projeto de Lei da Câmara n. 2061 de 2003**. Disciplina o uso de técnicas de reprodução humana assistida como um dos componentes auxiliares no processo de procriação, em serviços de saúde, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=134835> Acesso em: 17.10.2017.

MASSARO, Ana Carolina Pedrosa. **Baby Business: A Indústria Internacional da “Barriga de Aluguel” Sob a Mira da Convenção da Haia**. 2014. Disponível em: [http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/08/2014\\_08\\_05767\\_05806.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/08/2014_08_05767_05806.pdf) Acesso em: 10.08.2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MERCHANT, Jennifer. KRIEF, Karène Parizer. A Baby's Citizenship and Kinship Ties After Surrogate Birth: The Case in France. In: SILS, Scott E. **Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

MERELES, Carla. **Notícias Falsas e Pós-Verdade: O Mundo das Fake News e da (Des)Informação**. 2017. Disponível em: <http://www.politize.com.br/noticias-falsas-pos-verdade/> Acesso em: 08.10.2017.

MILLER, John D. Surrogacy Legislation in California: A Political Review of Alternative Surrogacy Proposals. 1994. **University of San Francisco Law Review**.

MILLETT, Kate. **Sexual Politics**. Champaign: University of Illinois Press, 2000.

MOHAPATRA, Seema. Stateless Babies and Adoption Scams: A Bioethical Analysis of International Commercial Surrogacy. 2012. **Berkeley Journal**, p. 412-419.

MOURA, Confúcio. **Projeto de Lei da Câmara n. 2855 de 1997**. Dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18719> Acesso em: 17.10.2017.

NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e Normas do Direito Internacional: Um Estudo sobre a Soft Law**. São Paulo: Atlas, 2005.

NEVADA. **Nevada Statutes, Chapter 126: Parentage**. 2016. Disponível em: <https://www.leg.state.nv.us/nrs/NRS-126.html#NRS126Sec580> Acesso em: 11.10.2017.

NEW HAMPSHIRE. **New Hampshire Statutes, Title XII: Public Safety and Welfare. Section 168-B**. 2014. Disponível em: <http://gencourt.state.nh.us/rsa/html/xii/168-b/168-b-mrg.htm> Acesso em: 11.10.2017.

NORTH DAKOTA. **North Dakota Century Code. Chapter 14-18: Uniform Status of Children of Assisted Conception Act**. Disponível em: <http://www.legis.nd.gov/cencode/t14c18.pdf> Acesso em: 11.10.2017.

OKIN, Susan Moller. Gênero, o Público e o Privado. **Revista Estudos Feministas**. Florianópolis, 16(2): 440, maio-agosto 2008.

OLIVEIRA, Guacira Cesar de. Duas Décadas de Luta Feminista Anti-Racista Pelos Direitos Sexuais e Reprodutivos. In: OLIVEIRA, Guacira Cesar de. CAMPOS, Carmen Hein de. **Saúde Reprodutiva das Mulheres: Direitos, Desafios e Políticas Públicas**. Brasília: FEMA, IWHC, Fundação H.Boll, Fundação Ford, 2009.

ORTNER, Sherry B. Poder e Projetos: Reflexões sobre a Agência. In: GROSSI, Miriam Pillar. ECKERT, Cornelia. FRY, Peter Henry. **Conferências e Diálogos: Saberes e Práticas Antropológicas**. 25ª Reunião Brasileira de Antropologia. Goiânia, 2006, p. 45-80.

OTERO, Sanfelici. REGO, Ighor Jean. A Distinção Conceitual dos Direitos Positivos e Negativos e o Conflito entre o Significado Clássico e o Significado Contemporâneo de seus

Conteúdos. In: Encontro Nacional do CONPEDI, 25., 20ff16, Brasília. **Teorias do Direito e Realismo Jurídico [Recurso eletrônico on-line]**. Brasília: Universidade de Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/p9j98k25/8E7P53yh8ufAQr14.pdf> Acesso em: 30.10.2017.

OVIDIO, Francisco. Aspectos do Direito Comparado. **Revista USP**. 1984. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67009/69619> Acesso em: 03.11.2017.

PADOVER, Saul K. **A Constituição Viva dos Estados Unidos**. Trad. A. Della Nina. 2ª Ed. São Paulo: Ibrasa, 1987.

PAIVA, Eleuses. **Projeto de Lei da Câmara n. 4892 de 2012**. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022&ord=1> Acesso em: 17.10.2017.

PANDE, Amrita. **“It May Be Her Eggs, But It Is My Blood”: Surrogates And Everyday Forms Of Kinship In India**. Springer Science + Business Media. Published online in 25 September 2009.

PANITCH, Vida. Surrogate Tourism and Reproductive Rights. **Hypatia**, vol. 28 (2), Spring 2013, pp. 274-289

PASQUALOTTO, Fábio Firmbach. Investigação e Reprodução Assistida no Tratamento da Infertilidade Masculina. Rio de Janeiro: **Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia**, v. 29, n. 02, fev. 2007.

PATEMAN, Carole. **O Contrato Sexual**. Trad. Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra,, 1993.

PETCHESKY, Rosalind; JUDD, Karen. **Negotiating Reproductive Rights**. New York: Zed Books, 1998.

PFEIFER, Samantha et al. Recommendations for Practices Utilizing Gestational Carriers: An ASRM Practice Committee Guideline. **Fertility and Sterility**. Vol. 97, n. 6, junho de 2012. P. 1301-1308.

PINOTTI, José. **Projeto de Lei da Câmara n. 1135 de 2003**. Dispões sobre a reprodução humana assistida. Disponível: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=117461> Acesso em: 17.10.2017.

PITTELLI, Sergio Domingos. O Poder Normativo do Conselho Federal de Medicina e o Direito Constitucional à Saúde. **Revista de Direito Sanitário**, vol. 3, n. 1, março de 2002.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. Salvador: JusPodivm, 2010.

RAGONÉ, Helena. **Surrogate Motherhood: Conception in the Heart**. San Francisco: Westview Press, 1994.

RAGONÉ, Helena. Incontestable Motivations. In: FRANKLIN, Sarah & RAGONÉ, H. **Reproducing Reproduction: Kinship, Power and Technological Innovation**. Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1998.

REICH, W.T. **Encyclopedia of Bioethics**. New York: MacMillan, 1995.

REZENDE FILHO, Juscelino. **Projeto de Lei da Câmara n. 115 de 2015**. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504> Acesso em: 17.10.2017.

RIMM, Jennifer. **Booming Baby Business: Regulating Commercial Surrogacy in India**. 2009, p. 1444-1446.

ROBERTS, Dorothy. **Killing the Black Body: Race, Reproduction and the Meaning of Liberty**. New York: Vintage Books, 2016.

ROBERTS, Elizabeth S. F. Native Narratives of Connectedness, Surrogate Motherhood and Technology. In: DAVIES-FLOYD, Robbie; DUMIT, Joseph. **Cyborg Babies: from Techno-Sex to Techno-Tots**. New York: Routledge, 1998.

RODAS, João Grandino. Jus Cogens em Direito Internacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. Vol. LXIX, fasc. II, 1974.

RODAS, João Grandino. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: A Participação do Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

RODRIGUES, Renata de Lima. **Planejamento Familiar e os Limites para Planejar a Prole: O Uso da Biotecnologia e o Aborto**. 2013. Disponível em: <https://www.ibijus.com/blog/10-planejamento-familiar-e-os-limites-para-planejar-a-prole-o-uso-da-biotecnologia-e-o-aborto> Acesso em: 17.10.2017.

ROSA, Aline Paulino de; POMPERMAIER, Leandro Bento. **Gerando Amor: Uma Jornada de Barriga de Aluguel**. São Paulo: Scortecci, 2016.

ROTHMAN, Barbara Katz. Daddy Plants a Seed: Personhood Under Patriarchy. **Hastings Law Journal**, n. 1241, 1996.

ROUDINESCO, Elizabeth. **A Família em Desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

RUDRAPPA, Sharmila. India Outlawed Commercial Surrogacy, But Clinics Are Finding Loopholes. 2017. Disponível em: <https://www.newsdeeply.com/womenandgirls/community/2017/10/23/india-outlawed-commercial-surrogacy-but-clinics-are-finding-loopholes> Acesso em: 15.11.2017.

SANTOS, Maria de Fátima Oliveira dos. Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides: Questões Éticas e Legais. Recife: **Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil**, v. 10, n. 2, dez. 2010.

SAUSSINE, Louis Perreau. SAUVAGE, Nicolas. France. TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. **International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level**. Oxford: Hart Publishing, 2013.

SCAVONE, Lucila. A Maternidade e o Feminismo: Diálogo com as Ciências Sociais. **Cadernos Pagu**, n. 16, 2001: p. 137-150.

SCHIOCCHET, Taysa. CARLOS, Paula Pinhal de. Novas Tecnologias Reprodutivas e Direito: Mulheres Brasileiras entre Benefícios e Vulnerabilidades. **Novos Estudos Jurídicos**, vol. 11, n. 2, p. 249-263. Ju-dez 2006.

SCHWENZER, Ingeborg. **Model Family Code: from a Global Perspective, Antwerpen**. Oxford: Intersentia, 2006.

SIGAL, Ana Maria. **A Psicanálise e o Feminino e sua Relação com as Novas Técnicas de Fertilização Assistida**. Rio de Janeiro: Estados Gerais da Psicanálise: Segundo Encontro Mundial, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: RT, 1991.

SHERWIN, Susan. **No Longer Patient: Feminist Ethics and Health Care**. Philadelphia: Temple University Press, 1992.

SHERWIN, Susan. Feminist Reflections on the Role of Theories in a Global Bioethics. In: TONG, Rosemarie. **Globalizing Feminist Bioethics: Crosscultural Perspectives**. Colorado: Westview Press, 2000.

SILS, Scott E. **Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

STELZER, Joana. Relações Internacionais e Transnacionais: Um Estudo de Interdependência à Luz da Globalização. In: Oliveira, Odete Maria de. **Relações Internacionais e a Globalização**. Ijuí: Editora Ijuí, 1999.

STEVENS, M. History and Bioethics. In: MILLER, F. FLETCHER, J. HUMBER, J. **The Nature and Prospect of Bioethics**. Totowa: Humana Press, 2003.

STORROW, Richard F. Surrogacy American Style. In: O'BYRNE' Kate. GERBER, Paula. **Surrogacy, Law and Human Rights**. New York: Routledge, 2016.

STRATHERN, Marilyn. **Reproducing the Future: Essays on Anthropology, Kinship and the New Reproductive Technologies**. Manchester: Manchester University Press, 1992.

STRYCKMAN, Nicole. O Desejo de Filho no Homem e na Mulher. **Revista Psicanálise e Clínica de Bebês**. Ano IV n. 4., dezembro, 2000.

TARNOVSKI, Flávio Luiz. **“Pais Assumidos”:** Adoção e Paternidade Homossexual no Brasil Contemporâneo, 2002. 115 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

TARNOVSKI, Flávio Luiz. Parentalidade e Gênero em Famílias Homoparentais Francesas. **Cadernos Pagu**, janeiro-junho de 2013: 67-93.

TEIXEIRA, Carla Noura. **Direito Internacional Para o Século XXI**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

TEMAN, Elly. **Birthing a Mother: The Surrogate Body and The Pregnant Self**. Berkeley: University of California Press, 2010.

TEXAS. **Texas Family Code. Title 5: The Parent-Child Relationship. Subtitle B: Suits Affecting the Parent-Child Relationship. Chapter 160: Uniform Parentage Act**. Disponível em: <http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/FA/htm/FA.160.htm> Acesso em: 11.10.2017.

The New York Times. **“It’s Baby Selling, and it’s Wrong”**. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1988/06/04/opinion/it-s-baby-selling-and-it-s-wrong.html> Acesso em: 05.10.2017.

The New York Times. **“New York is Urged to Outlaw Surrogate Parenting for Pay”**. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1992/05/13/nyregion/new-york-is-urged-to-outlaw-surrogate-parenting-for-pay.html> Acesso em: 05.10.2017.

THOMPSON, Chris. And Baby Makes Four: Surrogacy and the Law. **California Lawyer Daily Journal**. 2013.

THOMPSON, Chris. **Making Parents: The Ontological Choreography of Reproductive Technologies**. Cambridge: MIT Press, 2005.

THOMPSON, John B. **Ideologia e Cultura Moderna: Teoria Social Crítica na Era dos Meios de Comunicação de Massa**. Petrópolis: Vozes, 1995.

TIBURI, Márcia. **Ideologia da Maternidade**. 2015. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/ideologia-da-maternidade/> Acesso em: 21.10.2017.

TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. General Report on Surrogacy. In: TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. **International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level**. Oxford: Hart Publishing, 2013.

TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. **International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level**. Oxford: Hart Publishing, 2013.

TONG, Rosemarie. **Feminist Approaches to Bioethics: Theoretical Reflections and Practical Applications**. Colorado: Westview Press, 1997.

TONG, Rosemarie. **Feminist Thought: A More Comprehensive Introduction**. Colorado: Westview Press, 2009.

TONG, Rosemarie. Is a Global Bioethics Possible as Well as Desirable? In: TONG, Rosemarie. **Globalizing Feminist Bioethics: Crosscultural Perspectives**. Colorado: Westview Press, 2000.

TORNQUIST, Carmen Susana. **Parto e Poder: O Movimento pela Humanização do Parto no Brasil**. 2004. 429 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

TWINE, France Winddance. **Outsourcing the Womb: Race, Class and Gestational Surrogacy in a Global Market**. New York: Routledge, 2015.

UNIFORM LAW COMMISSION. **Draft for Discussion Only: Uniform Parentage Act**. 2016. Disponível em: [http://www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/2016AM\\_AmendedParentage\\_Draft.pdf](http://www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/2016AM_AmendedParentage_Draft.pdf)  
Acesso em: 10.10.2017.

UNIFORM LAW COMMISSION. **Uniform Parentage Act**. 2002. Disponível em: [http://www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/upa\\_final\\_2002.pdf](http://www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/upa_final_2002.pdf)  
Acesso em: 07.10.2017.

UNITED STATES. **Fertility Clinic Success Rate and Certification Act of 1992**. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/102nd-congress/house-bill/4773/text>  
Acesso em: 15.10.2017.

UNIVERSITY OF VIRGINIA SCHOOL OF LAW. **The Courtroom Sketches of Ida Libby Dengrove: Baby M Case**. 1986. Disponível em: <http://archives.law.virginia.edu/dengrove/sketch/5797>  
Acesso em: 20 nov. 2016.

UTAH. **Utah Code. Title 78B: Judicial Code. Chapter 15: Utah Uniform Act. Part 8: Gestational Agreement**. 2003. Disponível em: <https://le.utah.gov/xcode/Title78B/Chapter15/78B-15-S801.html>  
Acesso em: 11.10.2017.

VAN LOON, JHA. Report on Intercountry Adoption. 1990. Disponível em: [https://assets.hcch.net/upload/adoption\\_rpt1990vloon.pdf](https://assets.hcch.net/upload/adoption_rpt1990vloon.pdf)  
Acesso em: 10.07.2017.

VERSCHELDEN, Gerd. VERHELLEN, Jinske. Belgium. In: TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. **International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level**. Oxford: Hart Publishing, 2013.

VIEGAS, Vera Lúcia. Ius Cogens e o Tema da Nulidade dos Tratados. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n. 144, out/dez, 1999.

VIRGINIA. **Virginia Code. Title 20: Domestic Relations. Chapter 9: Status of Children of Assisted Reproduction**. 2010. Disponível em: <https://vacode.org/20-162/>  
Acesso em: 11.10.2017.

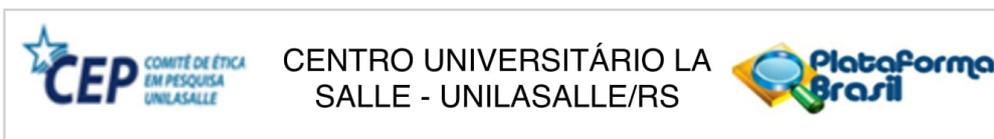
WASHINGTON. **Revised Code of Washington (RCW). Title 26: Domestic Relations. Chapter 26. 26: Uniform Parentage Act.** Disponível em: <http://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=26.26.240> Acesso em: 11.10.2017.

WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi. GOMES, Paulo Ricardo Favarin. NIELSSON, Joice Graciele. Uma Análise Biopolítica do Parto e da Violência Obstétrica no Brasil. **Universitas JUS**, v. 27, n. 2, p. 87-101, 2016.

WINKLER, Adam. Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts. **Vanderbilt Law Review**. Vol. 59, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e o Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

## ANEXO A – Primeiro Parecer do Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade La Salle



### PARECER CONSUBSTANCIADO DO CEP

#### DADOS DO PROJETO DE PESQUISA

**Título da Pesquisa:** GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO, GÊNERO E MATERNIDADE: COMPARATIVO ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS

**Pesquisador:** BRUNA KERN GRAZIUSO

**Área Temática:**

**Versão:** 1

**CAAE:** 76552017.7.0000.5307

**Instituição Proponente:** Centro Universitário La Salle - UNILASALLE/RS

**Patrocinador Principal:** Financiamento Próprio

#### DADOS DO PARECER

**Número do Parecer:** 2.319.924

#### Apresentação do Projeto:

Trata-se de projeto de dissertação de mestrado, intitulado “GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO, GÊNERO E MATERNIDADE: COMPARATIVO ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS”, que tem como objetivo “demonstrar, com o recorte empírico, as razões e motivações de casais brasileiros para optarem por gestação de substituição transnacional, bem como observar se a regulamentação brasileira efetivamente cumpre sua função, ou se é apenas contornada através do uso de clínicas no exterior”.

Propõe-se, ainda, a “identificar a efetividade de políticas proibitivas, bem como os dilemas éticos existentes no cenário atual de gestação de substituição.”

Por fim, o projeto “buscará responder a pergunta sobre as implicações das normas brasileiras e estadunidenses para a prática de gestação de substituição” e “apresentar diretrizes para uma regulamentação internacional do tema.”

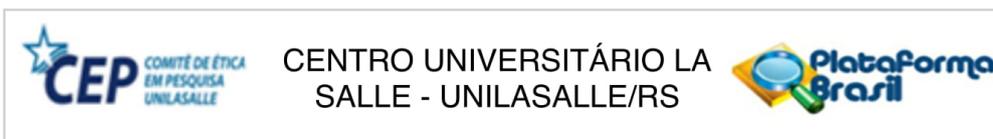
#### Objetivo da Pesquisa:

Objetivo Primario:

Analisar as implicacoes da regulamentacao brasileira e estadunidense quanto a gestacao de substituiçao.

Estudar a regulamentacao brasileira e estadunidense: origens, argumentos e

**Endereço:** Avenida Victor Barreto, 2288, Prédio 06 - 3º andar  
**Bairro:** Centro **CEP:** 92.010-000  
**UF:** RS **Município:** CANOAS  
**Telefone:** (51)3476-8452 **Fax:** (51)3472-3511 **E-mail:** cep.unilasalle@unilasalle.edu.br



Continuação do Parecer: 2.319.924

justificativas: influencia de genero.Aplicacao e analise de questionario com a participacao de familias brasileiras que utilizaram gestacao de substituicao exclusivamente na forma comercial nos Estados Unidos.

**Objetivo Secundario:**

Analisar a gestacao de substituicao transnacional e suas implicacoes na filiacao e registro civil de crianas oriundas dessa pratica,utilizando exemplos legislativos de outros paises, dividindo nas categorias: paises que regulamentam a pratica nas formas comercial e nao comercial; pais que regulamentam a pratica apenas na forma nao comercial, paises que proíbem a pratica em ambas as formas e paises que nao possuem qualquer forma de regulamentacao. Apresentar possiveis formas de regulamentacao internacional do tema, destacando a necessidade de estudos interdisciplinares e com abordagens feministas.

**Avaliação dos Riscos e Benefícios:**

Segundo a autora, “o projeto não oferece riscos à integridade física do participante, por se tratar de pesquisa realizada através de questionário auto-aplicável”, mas refere risco de identificação, sugerindo que esse risco é minimizado por ser anônimo, nao tendo a pesquisadora acesso às suas identidades.

Salienta, também, “o risco de desconforto ou constrangimento com alguma pergunta realizada, que pode ser minimizado com a aplicação de perguntas claras e objetivas, evitando questionamentos longos que possam constranger o participante, bem como pelo fato da pesquisa ser anônima, respondendo o participante sem a presença - eventualmente constrangedora - da pesquisadora.”

Quanto aos benefícios, menciona que a pesquisa “não oferece benefícios diretos ao participante”. Todavia, aponta benefícios indiretos, pelo fato do participante estar “contribuindo para um estudo pioneiro na área de gestação de substituição, visando questionar a regulamentação brasileira sobre o tema, viabilizando um estudo de regulamentações domésticas e internacionais relacionadas à reprodução humana assistida, e contribuindo no debate acadêmico destas,que podem ser adotadas, adaptadas, revisadas e melhoradas para melhor atender às necessidades de pessoas com dificuldades reprodutivas em seu desejado planejamento parental.”

**Comentários e Considerações sobre a Pesquisa:**

Apresenta-se como pesquisa qualitativa, para conhecer mais profundamente as “influências de

<b>Endereço:</b> Avenida Victor Barreto, 2288, Prédio 06 - 3º andar	
<b>Bairro:</b> Centro	<b>CEP:</b> 92.010-000
<b>UF:</b> RS	<b>Município:</b> CANOAS
<b>Telefone:</b> (51)3476-8452	<b>Fax:</b> (51)3472-3511 <b>E-mail:</b> cep.unilasalle@unilasalle.edu.br



Continuação do Parecer: 2.319.924

gênero e maternidade nas regulamentações normativas brasileira e estadunidense sobre gestação de substituição”, e aplicada, pois se propõe a apresentar “material para a solução das problemáticas que giram em torno dos casos de gestação de substituição fora do permitido pelas legislações vigentes em ambos países analisados.”

Ainda, em relação aos procedimentos, são divididos sob três aspectos: (a) pesquisa bibliográfica, para verificação do estado-da-arte da produção sobre o tema; (b) documental, para avaliação de decisões judiciais e notícias sobre o tema; e (c) pesquisa empírica, através da “técnica de coletas de dados o uso de questionário padronizado. Este instrumento de coleta de dados é constituído por uma série ordenada de nove perguntas fechadas e 5 perguntas abertas”.

Segundo a pesquisadora, a anuência dos entrevistados “estará presente na primeira pergunta, de caráter obrigatório. Caso não respondida ou respondida negativamente, não será possível dar continuidade ao questionário. As perguntas são respondidas sem a presença do pesquisador, de forma anônima. A linguagem utilizada no questionário é simples e direta, podendo ser compreendida com clareza pelos participantes. Após aprovado, o questionário será enviado diretamente pela gestão da agência coparticipante para o endereço eletrônico (e-mail) de seus clientes, conforme o critério de inclusão. Desta forma, a pesquisadora não terá acesso a identificação dos participantes. O questionário não será de caráter público, tendo acesso a este apenas quem possuir o link, assegurando assim a segurança do critério de inclusão.”

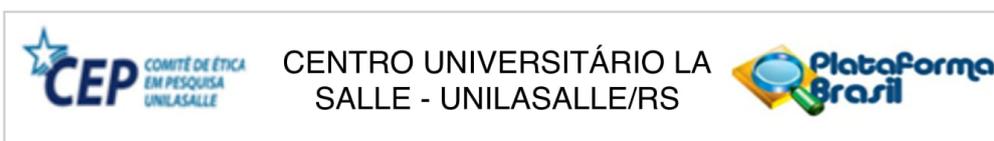
Ainda, “quanto ao tamanho da amostra, o número de 10 participantes diz respeito ao número de clientes da agência coparticipante que já finalizaram o processo de gestação de substituição nos Estados Unidos, conforme informação da mesma. Estes 10 clientes serão convidados a participar da pesquisa pela agência coparticipante, ficando a critério dos mesmos o preenchimento do formulário. Assim, a pesquisadora está ciente do risco de um número inferior de participantes ao universo total da pesquisa.”

Consta critério de inclusão (Clientes da agência que já finalizaram o processo nos Estados Unidos) e de exclusão (recusa) para participação no projeto.

**Considerações sobre os Termos de apresentação obrigatória:**

TCLE bem redigido e claro, com todas as informações necessárias aos participantes.

**Endereço:** Avenida Victor Barreto, 2288, Prédio 06 - 3º andar  
**Bairro:** Centro **CEP:** 92.010-000  
**UF:** RS **Município:** CANOAS  
**Telefone:** (51)3476-8452 **Fax:** (51)3472-3511 **E-mail:** cep.unilasalle@unilasalle.edu.br



Continuação do Parecer: 2.319.924

#### Recomendações:

O conteúdo da pesquisa envolve procedimento com diversas e complexas questões éticas e legais. No Brasil, há proibição expressa da utilização da "barriga de substituição ou barriga solidária", como apresentado pela empresa coparticipante do estudo.

O Conselho Federal de Medicina através da Resolução nº 2.121/2015 que “ Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros; repudia esta forma de contrato.

Tendo em vista que este Comitê de Ética em Pesquisa representa uma instituição de cunho religioso e que, seguindo a legislação, não concordará em ser co-responsável desse estudo.

#### Conclusões ou Pendências e Lista de Inadequações:

Em consenso do Colegiado do Comitê de Ética em Pesquisa e com a consulta realizada com os representantes legais desta Instituição o parecer de Não Aprovado é emitido, no sentido de que a Universidade La Salle não será co-responsável pela pesquisa.

#### Considerações Finais a critério do CEP:

#### Este parecer foi elaborado baseado nos documentos abaixo relacionados:

Tipo Documento	Arquivo	Postagem	Autor	Situação
Informações Básicas do Projeto	PB_INFORMAÇÕES_BÁSICAS_DO_PROJETO_888136.pdf	13/09/2017 11:05:38		Aceito
Outros	QUESTIONARIO.docx	13/09/2017 11:03:40	BRUNA KERN GRAZIUSO	Aceito
Outros	FORMULARIOPROTOCOLO042.pdf	13/09/2017 11:01:51	BRUNA KERN GRAZIUSO	Aceito

**Endereço:** Avenida Victor Barreto, 2288, Prédio 06 - 3º andar  
**Bairro:** Centro **CEP:** 92.010-000  
**UF:** RS **Município:** CANOAS  
**Telefone:** (51)3476-8452 **Fax:** (51)3472-3511 **E-mail:** cep.unilasalle@unilasalle.edu.br



CENTRO UNIVERSITÁRIO LA  
SALLE - UNILASALLE/RS



Continuação do Parecer: 2.319.924

Outros	FORMULARIOENCAMINHAMENTO043.pdf	13/09/2017 11:01:15	BRUNA KERN GRAZIUSSO	Aceito
Projeto Detalhado / Brochura Investigador	PROJETOCEP.docx	13/09/2017 10:57:40	BRUNA KERN GRAZIUSSO	Aceito
TCLE / Termos de Assentimento / Justificativa de Ausência	TCLEPRONTO.docx	13/09/2017 10:53:56	BRUNA KERN GRAZIUSSO	Aceito
Declaração de Instituição e Infraestrutura	DECLARACAOINSTITUICAO044.pdf	13/09/2017 10:52:09	BRUNA KERN GRAZIUSSO	Aceito
Folha de Rosto	FOLHAROSTO045.pdf	13/09/2017 10:50:46	BRUNA KERN GRAZIUSSO	Aceito

**Situação do Parecer:**

Não Aprovado

**Necessita Apreciação da CONEP:**

Não

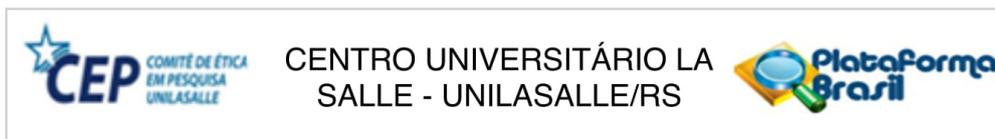
CANOAS, 06 de Outubro de 2017

---

**Assinado por:**  
**Sonara Lúcia Estima**  
**(Coordenador)**

**Endereço:** Avenida Victor Barreto, 2288, Prédio 06 - 3º andar  
**Bairro:** Centro **CEP:** 92.010-000  
**UF:** RS **Município:** CANOAS  
**Telefone:** (51)3476-8452 **Fax:** (51)3472-3511 **E-mail:** cep.unilasalle@unilasalle.edu.br

## ANEXO B - Segundo Parecer do Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade La Salle



### PARECER CONSUBSTANCIADO DO CEP

#### DADOS DO PROJETO DE PESQUISA

**Título da Pesquisa:** GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO, GÊNERO E MATERNIDADE: COMPARATIVO ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS

**Pesquisador:** BRUNA KERN GRAZIUSO

**Área Temática:**

**Versão:** 2

**CAAE:** 76552017.7.0000.5307

**Instituição Proponente:** Centro Universitário La Salle - UNILASALLE/RS

**Patrocinador Principal:** Financiamento Próprio

#### DADOS DO PARECER

**Número do Parecer:** 2.379.436

#### Apresentação do Projeto:

Recurso do Parecer Nº 2.319.924.

Projeto de pesquisa para elaboração de Dissertação de Mestrado em Direito.

Trata-se de projeto de dissertação de mestrado, intitulado “GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO, GÊNERO E MATERNIDADE: COMPARATIVO ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS”, que tem como objetivo “demonstrar, com o recorte empírico, as razões e motivações de casais brasileiros para optarem por gestação de substituição transnacional, bem como observar se a regulamentação brasileira efetivamente cumpre sua função, ou se é apenas contornada através do uso de clínicas no exterior”. Propõe-se, ainda, a “identificar a efetividade de políticas proibitivas, bem como os dilemas éticos existentes no cenário atual de gestação de substituição.” Por fim, o projeto “buscará responder a pergunta sobre as implicações das normas brasileiras e estadunidenses para a prática de gestação de substituição” e “apresentar diretrizes para uma regulamentação internacional do tema.”

Hipótese: A problemática brasileira surge quando o casal não possui mulheres na família, com parentesco até quarto grau, dispostas a doarem seu útero temporariamente, bem como em casos em que não possui mulher fora do círculo familiar disposta a ser doadora temporária. Por último, ainda existe a possibilidade de haverem mulheres no núcleo familiar ou fora dele dispostas a serem doadoras temporárias, mas o casal simplesmente não deseja uma doadora com um vínculo

**Endereço:** Avenida Victor Barreto, 2288, Prédio 06 - 3º andar  
**Bairro:** Centro **CEP:** 92.010-000  
**UF:** RS **Município:** CANOAS  
**Telefone:** (51)3476-8452 **Fax:** (51)3472-3511 **E-mail:** cep.unilasalle@unilasalle.edu.br



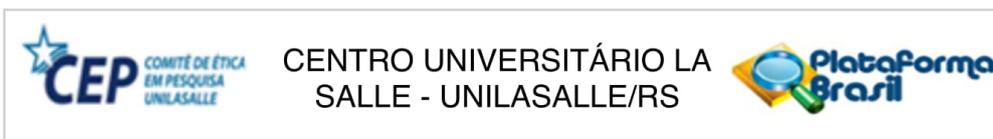
CENTRO UNIVERSITÁRIO LA  
SALLE - UNILASALLE/RS



Continuação do Parecer: 2.379.436

afetivo tão próximo, ou acredita ser um processo grandioso demais para requerer que alguém faça de forma altruísta. Independente dos motivos que levam casais à buscarem o procedimento comercial de gestação de substituição no exterior, a prática onerosa está fora dos moldes permitidos pela regulamentação brasileira. Contudo, existem clínicas de intermediação do processo comercial em território brasileiro, que buscam doadoras temporárias de útero em países de legislação permissiva, oferecendo planos para a fertilização e parto na Ucrânia e nos Estados Unidos, retornando o casal, após o parto, com a criança para o Brasil, realizando assim uma gestação de substituição transnacional ou transfronteiriça. Essas manobras para contornar a regulamentação brasileira ocorrem sem grandes impasses, mesmo sendo pagas e por mulheres sem vínculo de parentesco com o casal, o que não é permitido pelo Conselho Federal de Medicina brasileiro. Um dos possíveis motivos para os casos brasileiros de gestação de substituição transnacional no apresentarem tantos empecilhos, mesmo fora dos moldes permitidos, é o fato de o Brasil não possuir uma legislação proibitiva à prática, mas sim uma Resolução do Conselho Federal de Medicina, que adota normas éticas para os médicos brasileiros, de caráter restritivo. Sem uma proibição legislativa propriamente dita, a parte burocrática de registro e emissão de passaporte para o bebê em consulado brasileiro costuma ser feita sem maiores impasses (ROSA; POMPERMAIER, 2016). No caso estadunidense, a gestação de substituição é chamada de surrogacy, sendo a matéria de competência estadual. Nos moldes do common law americano, cada Estado deve decidir como tratar da questão, podendo permitir apenas surrogacy não comercial, regulamentar surrogacy comercial, tratar sobre a validade de contratos comerciais e versar sobre os direitos parentais (MARKENS, 2007). Ademais, mesmo que um Estado no legisle sobre a matéria, a prática ainda pode ser permitida, como é o caso do Estado da Califórnia, onde as cortes estaduais utilizam o California's Uniform Parentage Act para interpretar diferentes casos de surrogacy, permitindo a prática inclusive de forma comercial (TWINE, 2015). Especula-se que o recorte empírico demonstrará as razões e motivações de casais brasileiros para optarem por gestação de substituição transnacional: se possuíam mulheres na família, até quarto grau de parentesco, ou fora do núcleo familiar, dispostas a doarem temporariamente o útero, mas mesmo assim optaram pela gestação de substituição transnacional; se não possuíam, razões que levaram a optar pelos Estados Unidos; as implicações legais da prática no retorno ao Brasil com a criança, entre outras. Igualmente, pretende-se observar se a regulamentação brasileira, de permissão restritiva, efetivamente cumpre sua função, ou se apenas é contornada através do uso de clínicas e gestantes no exterior. Com isto, especula-se que as legislações domésticas proibitivas e restritivas ao redor do mundo não conseguem barrar o aumento de casos transnacionais de gestação de

**Endereço:** Avenida Victor Barreto, 2288, Prédio 06 - 3º andar  
**Bairro:** Centro **CEP:** 92.010-000  
**UF:** RS **Município:** CANOAS  
**Telefone:** (51)3476-8452 **Fax:** (51)3472-3511 **E-mail:** cep.unilasalle@unilasalle.edu.br



Continuação do Parecer: 2.379.436

substituição, gerando um problema internacional que não pode ser ignorado, produzindo estudos na área para eventual e futura regulamentação de caráter internacional.

Critério de Inclusão: Clientes da agência que já finalizaram o processo nos Estados Unidos.

Recurso acatado pelo CEP/Unilasalle embora persista óbice ético em relação ao projeto que será explicado no Item: Recomendações.

**Objetivo da Pesquisa:**

Objetivo Primário:

Analisar as implicações da regulamentação brasileira e estadunidense quanto a gestação de substituição. Estudar a regulamentação brasileira e estadunidense: origens, argumentos e justificativas: influência de gênero. Aplicação e análise de questionário com a participação de famílias brasileiras que utilizaram gestação de substituição exclusivamente na forma comercial nos Estados Unidos.

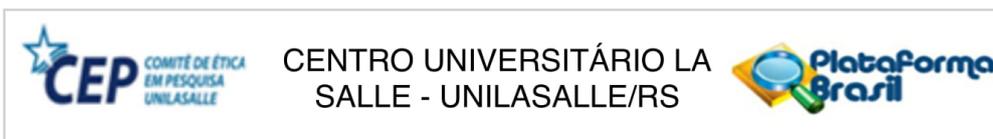
Objetivo Secundário:

Analisar a gestação de substituição transnacional e suas implicações na filiação e registro civil de crianças oriundas dessa prática, utilizando exemplos legislativos de outros países, dividindo nas categorias: países que regulamentam a prática nas formas comercial e não comercial; países que regulamentam a prática apenas na forma não comercial, países que proíbem a prática em ambas as formas e países que não possuem qualquer forma de regulamentação. Apresentar possíveis formas de regulamentação internacional do tema, destacando a necessidade de estudos interdisciplinares e com abordagens feministas.

**Avaliação dos Riscos e Benefícios:**

Segundo a autora, “o projeto não oferece riscos à integridade física do participante, por se tratar de pesquisa realizada através de questionário auto-aplicável”, mas refere risco de identificação, sugerindo que esse risco é minimizado por ser anônimo, não tendo a pesquisadora acesso às suas identidades. Salienta, também, “o risco de desconforto ou constrangimento com alguma pergunta realizada, que pode ser minimizado com a aplicação de perguntas claras e objetivas, evitando questionamentos longos que possam constranger o participante, bem como pelo fato da pesquisa

**Endereço:** Avenida Victor Barreto, 2288, Prédio 06 - 3º andar  
**Bairro:** Centro **CEP:** 92.010-000  
**UF:** RS **Município:** CANOAS  
**Telefone:** (51)3476-8452 **Fax:** (51)3472-3511 **E-mail:** cep.unilasalle@unilasalle.edu.br



Continuação do Parecer: 2.379.436

ser anônima, respondendo o participante sem a presença - eventualmente constrangedora - da pesquisadora.”

Quanto aos benefícios, menciona que a pesquisa “não oferece benefícios diretos ao participante”. Todavia, aponta benefícios indiretos, pelo fato do participante estar “contribuindo para um estudo pioneiro na área de gestação de substituição, visando questionar a regulamentação brasileira sobre o tema, viabilizando um estudo de regulamentações domésticas e internacionais relacionadas à reprodução humana assistida, e contribuindo no debate acadêmico destas, que podem ser adotadas, adaptadas, revisadas e melhoradas para melhor atender às necessidades de pessoas com dificuldades reprodutivas em seu desejado planejamento parental.”

#### **Comentários e Considerações sobre a Pesquisa:**

**Método:** A metodologia utilizada será da “teoria fundamentada nos dados” (TFD ou grounded theory), método qualitativo de análise que constitui tanto um modelo de construção da teoria sociológica quanto um procedimento de análise de materiais empíricos - resultantes do questionário aplicado - o qual considera a relação que deve existir entre a teoria, o método e os dados empíricos. Esta metodologia será dividida em três etapas fundamentais: codificação aberta, codificação axial e codificação seletiva. De maneira geral, a codificação é uma operação de análise através da qual o pesquisador divide, conceitualiza e categoriza os dados empíricos, podendo estabelecer, por sua vez, novas relações entre os resultados dessas operações analíticas. A análise de dados das questões fechadas será realizada através das próprias estatísticas geradas pela plataforma do Google utilizada (google form). Quanto as questões abertas, será feito um levantamento de dados e posterior elaboração de gráficos estatísticos. A pesquisadora utilizará então a metodologia de análise de dados proposta (TFD) para análise final.

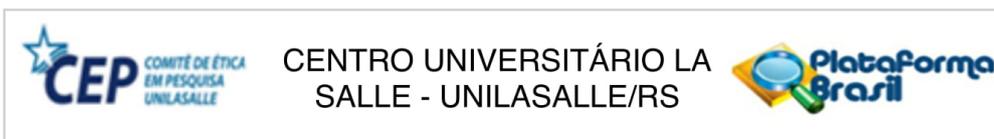
Instrumento anexado.

Projeto bem estruturado.

#### **Considerações sobre os Termos de apresentação obrigatória:**

Apresentados.

<b>Endereço:</b> Avenida Victor Barreto, 2288, Prédio 06 - 3º andar	
<b>Bairro:</b> Centro	<b>CEP:</b> 92.010-000
<b>UF:</b> RS	<b>Município:</b> CANOAS
<b>Telefone:</b> (51)3476-8452	<b>Fax:</b> (51)3472-3511 <b>E-mail:</b> cep.unilasalle@unilasalle.edu.br



Continuação do Parecer: 2.379.436

TCLE necessita de adequações.

O Recurso da Pesquisadora foi inserido junto ao sistema CEP/Conep-Plataforma Brasil e ora é conhecido e provido, para aprovar o Projeto, desde que atendidas as recomendações opostas pelo CEP/Unilasalle. Essencial anotar que essas mesmas recomendações já foram explicitadas pessoalmente à Recorrente, em reunião ocorrida no dia 11-10-2017, às 17h, na presença da Coordenação, Coordenação Substituta e Secretária do CEP/Unilasalle.

Reitera-se que a principal ressalva diz respeito à necessidade de a Pesquisadora contatar diretamente com os participantes, sem a intermediação de terceiros, empresas, agência ou afins."

**Recomendações:**

1. Pesquisadora deve dirigir a pesquisa diretamente aos participantes;
2. Revisar o TCLE, de acordo com a Resolução 466/12:
  - a. Resumir/objetivar a redação e a não utilização de termos técnicos;
  - b. Numerar as páginas do TCLE;
  - c. Retirar o telefone do CEP e manter o email.
  - d. incluir campo de assinaturas dos pesquisadores e forma de contato.

**Conclusões ou Pendências e Lista de Inadequações:**

Vide recomendações.

O Cep continua a disposição para auxiliar a pesquisadora nos trâmites do projeto.

**Considerações Finais a critério do CEP:**

**Este parecer foi elaborado baseado nos documentos abaixo relacionados:**

Tipo Documento	Arquivo	Postagem	Autor	Situação
Recurso do Parecer	recurso.pdf	10/11/2017 11:19:46		Aceito
Recurso Anexado pelo Pesquisador	RECURSOCEP.docx	10/11/2017 11:19:35	BRUNA KERN GRAZIUSO	Aceito
Informações Básicas do Projeto	PB_INFORMAÇÕES_BÁSICAS_DO_PROJETO_888136.pdf	13/09/2017 11:05:38		Aceito
Outros	QUESTIONARIO.docx	13/09/2017 11:03:40	BRUNA KERN GRAZIUSO	Aceito
Outros	FORMULARIOPROTOCOLO042.pdf	13/09/2017 11:01:51	BRUNA KERN GRAZIUSO	Aceito

**Endereço:** Avenida Victor Barreto, 2288, Prédio 06 - 3º andar

**Bairro:** Centro **CEP:** 92.010-000

**UF:** RS **Município:** CANOAS

**Telefone:** (51)3476-8452 **Fax:** (51)3472-3511 **E-mail:** cep.unilasalle@unilasalle.edu.br



CENTRO UNIVERSITÁRIO LA  
SALLE - UNILASALLE/RS



Continuação do Parecer: 2.379.436

Outros	FORMULARIOENCAMINHAMENTO043.pdf	13/09/2017 11:01:15	BRUNA KERN GRAZIUSO	Aceito
Projeto Detalhado / Brochura Investigador	PROJETOCEP.docx	13/09/2017 10:57:40	BRUNA KERN GRAZIUSO	Aceito
TCLE / Termos de Assentimento / Justificativa de Ausência	TCLEPRONTO.docx	13/09/2017 10:53:56	BRUNA KERN GRAZIUSO	Aceito
Declaração de Instituição e Infraestrutura	DECLARACAOINSTITUICAO044.pdf	13/09/2017 10:52:09	BRUNA KERN GRAZIUSO	Aceito
Folha de Rosto	FOLHAROSTO045.pdf	13/09/2017 10:50:46	BRUNA KERN GRAZIUSO	Aceito

**Situação do Parecer:**

Pendente

**Necessita Apreciação da CONEP:**

Não

CANOAS, 13 de Novembro de 2017

---

**Assinado por:**  
**Sonara Lúcia Estima**  
**(Coordenador)**

**Endereço:** Avenida Victor Barreto, 2288, Prédio 06 - 3º andar  
**Bairro:** Centro **CEP:** 92.010-000  
**UF:** RS **Município:** CANOAS  
**Telefone:** (51)3476-8452 **Fax:** (51)3472-3511 **E-mail:** cep.unilasalle@unilasalle.edu.br

## **APÊNDICE A – Questionário Padronizado Respondido por Participantes Brasileiros que Utilizaram os Serviços de Gestação de Substituição nos Estados Unidos**

### **QUESTIONÁRIO**

**TÍTULO:** Gestação de substituição: Brasileiros que utilizaram o método nos Estados Unidos.

**DESCRIÇÃO (TCLE):** Você está sendo convidado(a) como voluntário(a) a participar da pesquisa: "Gestação de Substituição, Gênero e Maternidade: Comparativo entre Brasil e Estados Unidos" da Universidade La Salle – Canoas. A pesquisa é direcionada à brasileiros que utilizaram o método de gestação de substituição (barriga de aluguel) nos Estados Unidos, retornando ao Brasil com o(s) bebê(s) após o nascimento.

**A pesquisa se justifica** por não existirem dados e informações sobre gestação de substituição no Brasil, não sendo possível saber o número de brasileiros que buscam estes serviços em países estrangeiros onde a prática comercial é permitida, como o caso dos Estados Unidos.

**O procedimento de coleta de dados será através do presente questionário, composto de 14 perguntas,** que será respondido de forma individual.

O preenchimento do questionário só terá continuidade com o consentimento do participante, presente na primeira pergunta do questionário, que é de resposta obrigatória. Sem este consentimento, o questionário não terá prosseguimento. Você é livre para recusar-se a participar, retirar seu consentimento ou interromper a participação a qualquer momento. A sua participação é voluntária e a desistência em participar não irá trazer qualquer penalidade.

A pesquisadora é anônima, não tendo a pesquisadora acesso a nenhum de seus dados pessoais. Você não será identificado(a) em nenhuma publicação que possa resultar deste estudo.

O projeto não oferece nenhum risco físico ao participante, pois a pesquisa consiste em apenas aplicar um questionário de perguntas e respostas. Contudo, cita-se o risco de identificação, minimizado com o fato de ser anônimo. Pode existir certo risco de desconforto ou constrangimento com alguma pergunta realizada, o que é minimizado com a aplicação de perguntas claras e objetivas, evitando questionamentos longos e cansativos.

Ao participar da pesquisa, o participante estará com o debate acadêmico da regulamentação brasileiro do tema, que pode ser revisada e melhorada para atender às necessidades de pessoas com dificuldades reprodutivas.

A participação no estudo não acarretará custos para você e não será disponível nenhuma compensação financeira.

A Pesquisadora Responsável por este Projeto de Pesquisa é Bruna Kern Graziuso, sob orientação da Profa. Dra. Paula Pinhal de Carlos. Você pode entrar em contato, caso tenha eventuais dúvidas, pelos e-mails [bgraziuso@gmail.com](mailto:bgraziuso@gmail.com) e [paula.carlos@unilasalle.edu.br](mailto:paula.carlos@unilasalle.edu.br).

O Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade La Salle, responsável pela apreciação do referido Projeto de Pesquisa, pode ser consultado a qualquer momento, para fins de esclarecimento, por meio do e-mail [cep.unilasalle@unilasalle.edu.br](mailto:cep.unilasalle@unilasalle.edu.br).

### **PERGUNTAS:**

1. Após leitura do termo de consentimento livre e esclarecido, presente na descrição acima, assinale:
  - a) Fui devidamente informado(a) sobre as condições de participação na pesquisa e declaro que **concordo em participar** do presente estudo.
  
2. Sobre o modelo de projeto parental:
  - a) Casal heterossexual
  - b) Casal homossexual
  - c) Projeto parental solo (pessoa solteira)
  
3. Motivo de optar pelo método de gestação de substituição (barriga de aluguel):
  - a) Diversas tentativas de fertilização in vitro sem sucesso (casal heterossexual)
  - b) Problemas médicos que impossibilitaram ou contraindicaram uma gestação, tais como doenças uterinas, ausência de útero, problemas de saúde, entre outros (casal heterossexual)
  - c) Necessidade de doador(a) de gameta (óvulo e/ou espermatozoide) e de uma doadora temporária de útero (barriga de aluguel) (casal homossexual)
  - d) Necessidade de doador(a) de gameta (óvulo e/ou espermatozoide) e de uma doadora temporária de útero (barriga de aluguel) (projeto parental solo)
  
4. Existiam mulheres na família, com parentesco até quarto grau (avós, mães, irmãs, tias ou primas), ou mulheres fora do círculo familiar dispostas a serem doadoras temporárias de útero (barriga de aluguel) sem fins lucrativos?

- a) Sim, mas preferi (preferimos) uma pessoa sem vínculos afetivos e/ou familiares.
- b) Não.

Comentários adicionais (opcional): \_\_\_\_\_

**5.** Qual o motivo da opção pelo método de gestação de substituição (barriga de aluguel) nos Estados Unidos? (múltipla escolha)

- a) Segurança: Clínicas e agências conhecidas e conceituadas, etc.
- b) Facilidade de acesso: Amigos/parentes no país, possibilidade de hospedagem prolongada sem custos significativos, etc.
- c) Indicação: Conhecidos que utilizaram o serviço no país de forma bem sucedida, médicos conhecidos que indicaram, etc.
- d) Valores: Custos benéficos para todos os serviços englobados.
- e) Legal: Facilidade nos trâmites de registro e emissão de passaporte(s) brasileiro(s) para o(s) filho(s) nascido(s) nos Estados Unidos através de gestação de substituição (barriga de aluguel).
- f) Outro(s): (opção dissertativa)

**6.** Qual o Estado americano em que a clínica de fertilização estava localizada, ou seja, onde ocorreu a fertilização in vitro e transferência do(s) embrião(embriões)?

Resposta dissertativa.

**7.** Qual o Estado americano em que a agência de intermediação (responsável por, entre outros serviços, apresentar o perfil de candidatas a doadora temporária de útero (barriga de aluguel)) estava localizada?

Resposta dissertativa.

**8.** Qual o Estado americano em que a doadora temporária de útero (barriga de aluguel) residia?

Resposta dissertativa.

**9.** Em qual o Estado americano ocorreu o parto?

Resposta dissertativa.

**10.** Ocorreu alguma dificuldade no registro da criança?

- a) Sim
- b) Não

**11.** Se sim, qual (quais) dificuldade(s)?

Resposta dissertativa.

**12.** Quanto a regulamentação brasileira de gestação de substituição (barriga de aluguel), opine:  
(múltipla escolha)

- a) A necessidade de um vínculo de parentesco ou afetivo para escolher a doadora temporária de útero (barriga de aluguel) é benéfica.
- b) A necessidade de um vínculo de parentesco ou afetivo para escolher a doadora temporária de útero (barriga de aluguel) é uma obrigação negativa imposta pela regulamentação brasileira.
- c) A obrigatoriedade de não ter um caráter lucrativo na gestação de substituição (barriga de aluguel) é benéfica, pois evita abusos e intenções equivocadas.
- d) A obrigatoriedade de não ter um caráter lucrativo na gestação de substituição (barriga de aluguel) é negativa, pois obriga o casal/pessoa solteira a buscar uma doadora temporária de útero (barriga de aluguel) com vínculo familiar e/ou afetivo, mesmo se essa não for sua vontade.
- e) A regulamentação brasileira, de uma forma geral, é benéfica e deve ser mantida.
- f) A regulamentação brasileira, de uma forma geral, não é benéfica e necessita de modificações.

Comentários adicionais (opcional): \_\_\_\_\_

**13.** Quanto a possíveis modificações na regulamentação brasileira, opine:

- a) O Brasil deveria regulamentar o método, permitindo a gestação de substituição (barriga de aluguel) nas formas comercial e não comercial.
- b) O Brasil deveria regulamentar o método, proibindo qualquer forma de gestação de substituição (barriga de aluguel).
- c) O Brasil não deveria realizar qualquer modificação em sua regulamentação.

Comentários adicionais (opcional): \_\_\_\_\_

**14.** Acredita que a regulamentação brasileira, na forma que está, é benéfica para brasileiros com dificuldades reprodutivas?

- a) Sim
- b) Não

Comentários adicionais (opcional): \_\_\_\_\_

**15.** Acredita que a regulamentação brasileira, na forma que está, acaba levando as pessoas a procurarem o método de gestação de substituição (barriga de aluguel) em países estrangeiros, de regulamentação permissiva?

- a) Sim
- b) Não

Comentários adicionais (opcional): \_\_\_\_\_