

BABY BUSINESS: A INDÚSTRIA INTERNACIONAL DA ‘BARRIGA DE ALUGUEL’ SOB A MIRA DA CONVENÇÃO DA HAIA

Ana Carolina Pedrosa Massaro

Resumo: O presente trabalho acadêmico tem por objetivo abordar de forma sucinta e direta o tema do turismo reprodutivo e das consequências maléficas advindas da ausência de regulamentação e unificação da orientação de Direito Internacional Privado sobre as questões que envolvem a reprodução humana assistida transfronteiriça. Com efeito, por meio da exposição de conceitos e de situações fáticas cotidianas vivenciadas pelos casais que buscam em países como a Índia, a Ucrânia e os EUA, leis mais flexíveis, mulheres dispostas a “cederem” seus corpos e “baixos preços” por tais serviços, far-se-a a demonstração da premência em se concretizar uma cooperação internacional que vise coibir abusos e proteger os interesses dos menores nascidos por estas técnicas médicas e das mulheres que se prestam a serem “mães de aluguel”. Mais do que isso, será explanado no decorrer deste estudo, o quão necessário se faz a elaboração de um quadro jurídico multilateral para que se garanta a preservação da dignidade da pessoa humana, independentemente do local em que nasça ou que dê a luz um filho.

Palavras-Chave: Gestação sub-rogada; filiação; nacionalidade, Direito Internacional Privado.

Abstract: This academic work is intended to address a succinct and direct manner the issue of reproductive tourism and evil consequences resulting from lack of regulatory guidance and unification of private international law on the issues surround-

ing assisted human reproduction border. Indeed, through the explanation of concepts and everyday factual situations experienced by couples seeking in countries like India, Ukraine and the USA, more flexible law, women willing to "cede" their bodies and low prices for such services, if it will make a demonstration of the urgency to materialize international cooperation aimed at curbing abuses and protect the interests of minor children by these women and medical techniques that lend themselves to be "surrogates". More than that, it will be explained in the course of this study, how necessary it is the development of a multilateral legal framework that ensures the preservation of human dignity, regardless of where born or who give birth to a son.

Keywords: Gestational surrogate; filiation; nationality; Private International Law.

INTRODUÇÃO



sociedade moderna presenciou, especialmente nas últimas décadas, a um inimaginável avanço biotecnológico. Referido progresso científico permitiu a efetiva interferência do homem no campo da genética e da medicina reprodutiva, viabilizando com que a procriação artificial fosse alcançada em laboratório, preterindo inclusive a necessidade de que houvesse coito entre um homem e uma mulher para que ocorresse a gestação.

Casais que antes não podiam sequer cogitar a possibilidade de terem filhos, seja por infertilidade ou por infecundidade, agora encomendam bebês em clínicas internacionais, que por vezes são gerados por mulheres que têm nacionalidades distintas dos casais solicitantes e dos eventuais doadores de material genético.

A globalização e a diminuição virtual das distâncias, gerada pelo advento da internet, fizeram com que as pessoas tivessem mais acesso à mobilidade, o que também viabilizou com que os relacionamentos afetivos unissem cidadãos de nacionalidades distintas. Neste compasso, a existência das famílias transfronteiriças, plurais por excelência, compostas e recompostas à medida que, gradativamente, a busca pela felicidade veio se tornando um valor jurídico mais relevante que o enquadramento das relações afetivas neste ou naquele modelo padrão, socialmente aceito e imposto, fez com que a reprodução humana também se recobrisse de uma nova roupagem.

Assim sendo, o Direito Internacional Privado passou a ter ainda mais relevância, pois os conflitos familiares tornaram-se internacionais, ligando interesses, deveres e direitos de pessoas que, apesar de viverem sob um mesmo teto, são regulamentadas e amparadas juridicamente por leis diferentes.

Está-se, pois, diante de uma nova sociedade que, como tal, anseia por uma resposta rápida e eficaz, não somente do seu próprio Ordenamento Jurídico, mas de uma resposta global para as vicissitudes advindas das atuais formas de ser família.

É neste contexto que se percebe o impacto gerado pela procriação humana artificial no cenário jurídico mundial. Não há definições claras dos Tribunais nacionais e internacionais quanto à forma de se aplicar a lei ao caso concreto, especialmente porque muitos países simplesmente optam por não legislar a este respeito, na ilusória e desarrazoada pretensão de que a omissão legal faça com que o conflito acerca da matéria desapareça.

É premente a necessidade de enfrentamento do tema: a reprodução humana medicamente assistida é uma revolução biológica, ética e social, e por afetar diretamente a forma como os seres humanos se relacionam, principalmente o núcleo familiar que se valeu de tais técnicas, esta procriação artificial revolucionou também o Direito, fazendo com que seus operadores

sejam compelidos a redefinirem conceitos e criarem mecanismos de proteção aos indivíduos envolvidos.

Com efeito, as técnicas de fertilização artificial fizeram com que a maternidade, a paternidade e a filiação fossem repensadas, pois o fator biológico não é mais determinante para a definição da realidade fática. Isso ocorre porque uma mulher casada pode gerar um filho com material genético de um doador diferente do seu marido; pode ocorrer ainda que uma gestante empreste seu útero para gerar um bebê em favor de um casal heterossexual infecundo ou de um casal homoafetivo composto por 2 (dois) homens.

No presente trabalho, optou-se por abordar apenas os conflitos jurídicos criados pela gestação por substituição transfronteiriça, ou seja, aquela gestação que foi encomendada por pessoas que não têm a mesma nacionalidade da gestante e que precisam se deslocar para outros Estados, a fim de concretizarem o sonho de se tornarem pais.

Pretende-se, pois, demonstrar que a famigerada “barriga de aluguel” ganhou contornos muito mais complexos e delicados, à medida que passou a se caracterizar como um fenômeno mundial, a exigir uma maior atenção da comunidade internacional, especialmente porque atingiu o patamar de “turismo reprodutivo”.

Com efeito, muitos são os casais que se deslocam de seus países de origem em busca de legislações mais flexíveis e permissivas, de mulheres dispostas a “cederem” seus corpos para gerarem filhos alheios e de “baixos preços” por estes serviços, o que inevitavelmente deu ensejo a abusos e ilegalidades, a ponto de confirmarem a exploração da mulher e o desamparo do melhor interesse do menor que nascerá por tais técnicas médicas de procriação artificial.

Neste contexto, conforme será delineado nos capítulos abaixo, tal cenário mundial alarmante tornou-se objeto de estudos da Convenção da Haia de Direito Internacional Privado,

órgão intergovernamental que se dedica a estipular uma cooperação multilateral para regular a utilização das gestações por sub-rogação transfronteiriça, bem como medidas de contenção do crescimento do “turismo reprodutivo” e da odiosa exploração da fragilidade humana, seja ela caracterizada pela exploração do corpo feminino, ou pelo desamparo do menor que vem ao mundo desprovido da mínima garantia de direitos.

A GLOBALIZAÇÃO E AS RELAÇÕES INTERPESSOAIS TRANSFRONTEIRIÇAS.

A globalização é um fenômeno pelo qual os indivíduos se relacionam mundialmente, transpondo as barreiras das distâncias físicas e culturais. Nos dizeres de Garretton, este fenômeno “não é simplesmente a interdependência entre as nações ou a multiplicidade de contatos entre elas; ao contrário, a globalização se refere à constituição de um espaço social global unificado, com relações assimétricas entre seus componentes. A globalização não significa necessariamente a homogeneização de culturas ou a desapareição de padrões de dominação e exclusão, mas se refere à sua redefinição.”¹

Neste sentido, a globalização pode ser definida como um fenômeno capaz de descrever a interconectividade estabelecida entre as regiões, as pessoas, as etnias, as culturas e os interesses comerciais ao redor do globo, fato este que afetou diretamente as leis nacionais e deu ensejo à redefinição do Direito de Família Internacional.

Imperioso ressaltar que a globalização não é um processo recente na história da humanidade, mas, numa perspectiva mais ampla, é possível observar que desde a revolução comercial, datada do século XVI, já se consegue identificar traços de interação global, o que foi consolidado com a revolução industrial,

¹ GARRETON, Antonio Manuel et al. América Latina no século XXI: em direção a uma nova matriz sociopolítica. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 37.

ocorrida no século XVIII, a permitir a integração mundial das relações econômicas, políticas e sociais.

No decorrer dos tempos, o processo de globalização foi impulsionado também pelos avanços tecnológicos, especialmente no que se refere à área da informação e da computação. Com efeito, a internet permitiu uma propagação sem fronteiras de dados e conhecimentos. As distâncias foram superadas pelas redes da informática, que possibilitaram com que o mundo todo tivesse acesso a fatos em tempo real, independentemente do local em que ocorressem.

Neste contexto, a UNESCO se preocupou em editar um relatório, em setembro de 1997, para consignar que:

A natureza internacional, interativa e descentralizada da internet e seu potencial para tornar disponível vastas quantidades de conteúdo para e de qualquer lugar do mundo faz surgir uma série de dilemas éticos e legais. Através do ciberespaço, são difundidos conteúdos diversificados e informações sob variadas formas (textos, imagens fixas ou em movimento e sons), provenientes de múltiplas fontes (e muitas vezes anônimas), originárias de qualquer parte do globo. (...) as legislações nacionais que tratam dessas questões são muitas vezes incompatíveis ou contraditórias entre si.²

Assim, não restam dúvidas sobre a influência direta que a internet tem exercido sobre o plano internacional, seja nas relações estabelecidas entre os Estados, seja naquelas estabelecidas entre os Estados e os indivíduos.

Interessante observar que alguns Estados, apercebendo-se da importância que o acesso gerado pela internet tem na sociedade, promoveram tal serviço a um direito básico do cidadão. Com efeito, em Julho de 2010, a Finlândia promulgou uma lei que compele as empresas de telecomunicação do país a oferecerem o serviço aos cidadãos, tendo por fundamento tratar-se de algo essencial para o desenvolvimento moral e intelectual da

² UNESCO. The internet and some international regulatory issues relating to content: a pilot comparative study commissioned by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. Relatório de setembro/1997.

pessoa humana. A então ministra das Comunicações da Finlândia, Suvi Linden, declarou em cadeia internacional que os “serviços de internet não têm mais a função de apenas entreter” e observou que “a Finlândia trabalhou duro para desenvolver uma sociedade informatizada”.³

Diante desta evolução tecnológica e informática, não há como desprezar o fato de que a “sociedade mundial da informação” tem definido também a vida privada ao julgo das relações globais. Com efeito, as relações interpessoais entre os indivíduos do mundo contemporâneo são marcadas pela frequente superação de fronteiras estatais, havendo uma significativa circulação de pessoas entre os países.⁴ Tal situação, por si só, maximizou os conflitos de leis que envolvem as relações privadas estabelecidas entre cidadãos de distintas nacionalidades, fato este que trouxe uma nova preocupação para o Direito Internacional Privado: como regulamentar as relações familiares no âmbito internacional?⁵

Relevante consignar que essa nova faceta do Direito Internacional, possibilitada através da globalização, não é algo recente, mas se perfaz como uma consequência da constante transposição de fronteiras, que permitiram com que as famílias estabelecessem suas vidas em mais de um país, o que exigiu soluções para conflitos que se delinearam sob jurisdições e sistemas jurídicos distintos, e por vezes, colidentes.⁶

³ BBC Brasil. Finlandeses passam a ter acesso a banda larga garantido por lei. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2010/07/100701_finlandia_banda_larga_mv.shtml >. Acesso em: 05 set. 2010.

⁴ McECELEAVY, Peter. Free Movement of Persons and Cross-Border Relationships. *International Law forum du droit international*. v. 7, nº 3, 2005, p. 153; e MCGLYNN, Clare. Family Reunion and the Free Movement of Persons in European Union Law. *International Law forum du droit international*. v. 7, nº 3, 2005, p. 159

⁵ Ver BUCHER, Adreas. La famille em droit international prive. *Recueil des Cours*, 2000.

⁶ BENDA-BECKMANN, Franz Von et al. Mobile People, Mobile Law: expanding

Ocorre que, não apenas a aproximação e a convivência familiar foram redefinidas pelo processo de globalização, mas a própria reprodução humana sofreu influência direta deste fenômeno. Com efeito, os avanços biotecnológicos e a evolução médica permitiram que casais inférteis ou infecundos pudessem se reproduzir, seja por meio de doação de gametas ou até mesmo por um empréstimo de útero, popularmente conhecido como ‘barriga de aluguel’.

O presente trabalho se dedicará a analisar os efeitos jurídicos dos contratos internacionais de gestação por outrem, que representam a busca dos casais, por meio de viagens transfronteiriças, por legislações mais permissivas, por mulheres dispostas a cederem seus corpos para gerarem filhos alheios e por “baixos preços” por estes serviços.

Para tanto, faz-se imperioso explicar como a reprodução humana medicamente assistida e a gestação por substituição se dão, o que se fará minuciosamente no tópico abaixo. Vejamos:

A REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA E A GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

A gestação por substituição, também conhecida como útero solidário, maternidade sub-rogada ou, vulgarmente, barriga de aluguel, é uma prática mais antiga do que se possa imaginar. Com efeito, a cessão do útero para satisfação da maternidade de outrem é atividade já relatada nos livros bíblicos. Em Gênesis 16, Sarai, mulher infértil e esposa de Abrão, ofereceu sua serva Agar para que com ela possa ser-lhe dados descendentes: “E disse Sarai a Abrão: Eis que o senhor me tem impedido de gerar, entra, pois, a minha serva; porventura terei filhos dela”⁷.

Mais adiante, em Gênesis 30, Raquel, esposa de Jacó,

legal relations in a contracting world. England, Ashgate Publishing Company, 2005.

⁷ GÊNESIS 16:2, 1995, p. 16

também se vale da sua serva para atingir a maternidade:

Vendo, Raquel, que não dava filhos a Jacó, teve inveja de sua irmã, e disse a Jacó: Dá-me filhos, se não morro. Então se acendeu a ira de Jacó contra Raquel, e disse: Estou eu no lugar de Deus, que te impediu o fruto de teu ventre? E ela disse: Eis aqui minha serva Bila; coabita com ela, para que dê à luz sobre meus joelhos, e eu assim receba filhos por ela. Assim lhe deu a Bila, sua serva, por mulher; e Jacó a possuiu. E concebeu Bila, e deu a Jacó um filho.⁸

Atualmente, o progresso científico possibilitou com que a utilização da maternidade sub-rogada se dê sem que haja coito entre homem e mulher. Assim, os embriões criados em laboratório por meio das técnicas de reprodução humana medicamente assistida são implantados no útero da mãe sub-rogada e esta gesta por nove meses a criança encomendada pelo casal solicitante, entregando-a após o parto.

A gestação por substituição é, pois, a forma prática pela qual será concretizada a técnica de reprodução humana medicamente assistida, podendo se perfazer de 03 (três) diferentes maneiras, segundo a doutrina do professor Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁹:

(A) A ‘maternidade de substituição’, que envolve o embrião resultante de óvulo e de espermatozoide do casal, com sua implantação no corpo de outra mulher que não aquela que desejou a maternidade e forneceu seu óvulo;

(B) A ‘maternidade de substituição’ que se relaciona ao óvulo e à gravidez da mulher que não quer ser mãe da criança, mas empresta seu corpo gratuitamente para gestar o embrião, e se compromete a entregar a criança ao casal solicitante, sendo que o sêmen utilizado na procriação foi o do marido que resolveu, juntamente com sua esposa, efetivar o projeto parental;

(C) A ‘maternidade de substituição’ que consiste no embrião formado a partir da união do óvulo da própria mulher que engravidou e de espermatozoide de doador, com o

⁸ GÊNESIS 30:1-5, 1995, p. 42

⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil - família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 374.

compromisso da mulher de entregar a criança ao casal que não contribuiu, por sua vez, com material fecundante.

Quanto à aceitação global de tal prática médica, importante salientar que não há um consenso entre os países. Há, genericamente, 03 tipos de sistemas no mundo todo, quais sejam, (1) aqueles países que permitem a gestação sub-rogada sem qualquer restrição; (2) países que a permitem de forma bastante limitada e rigorosa e (3) Estados que negam veementemente a prática, proibindo-a em seus territórios.

Os adeptos ao primeiro grupo são os Estados Unidos, o Canadá, Israel, Grécia, Holanda, Índia e Ucrânia. Dentre eles, alguns possuem legislação específica sobre o tema, outros simplesmente permitem a prática, mas não ousaram legisla-la.

Já no segundo grupo estão o Brasil, a Argentina e a China, países que aceitam a gestação sub-rogada, todavia impõem (ainda que por meio de Resoluções Médicas, como é o caso do Brasil) várias limitações ao uso da técnica de procriação humana artificial.

O último grupo é formado por países que condenam e proíbem toda e qualquer forma de utilização de um útero solidário, tendo por representantes a França e a Alemanha, que vedam a prática, e a Espanha, que vai além e prevê expressamente que a mãe é aquela que dá a luz a um filho, eliminando por completo qualquer pretensão no sentido de se estabelecer uma filiação diferente da biológica.

Imperioso ainda observar que os Estados que permitem a prática da gestação por outrem e que regulamentaram os aspectos jurídicos desta em leis específicas ou em codificações civis, são unânimes em reconhecer que a filiação advinda desta técnica de reprodução humana assistida é definida essencialmente pela vontade procriacional dos solicitantes, ou seja, o consentimento dos comitentes é suficiente para torná-los pai e mãe da criança gestada por outrem.

Interessante notar que estes Estados se preocuparam ainda em deixar claro em suas legislações que os doadores do

material genético não são, nem jamais serão, pais do rebento. O mesmo não acontece com a gestante substituta, já que sua maternidade deve, na grande maioria dos países, ser contestada judicialmente pelos comitentes, a fim de se transferir a filiação estabelecida pelo parto.

Outro ponto pacífico entre os Estados que legislaram sobre a filiação advinda das técnicas de reprodução humana assistida é de que o doador de gametas não adquire nenhuma relação jurídico-parental com o nascido e não tem nenhum dever ou direito em relação a esta criança.

Assim sendo, é possível perceber que existem leis mais e menos flexíveis ao redor do mundo, sendo esta a razão pela qual dezenas de milhares de casais têm se deslocado de seus Estados de origem em busca de possibilidades médico-legais de realizarem o sonho da maternidade/paternidade.

Neste contexto, não são raros os casos em que, após concretizado o contrato de sub-rogação transfronteiriça, e nascida a criança, os pais solicitantes enfrentam problemas de ordem jurídica para levarem o bebê para seu país de origem, ou para registrarem a criança em Estados que não reconhecem como válido tal Instrumento Particular que regulamenta a disponibilidade da vida e do corpo da mulher gestante.

O TURISMO REPRODUTIVO E A EVOLUÇÃO DO FENÔMENO MUNDIAL DA ‘BARRIGA DE ALUGUEL’

Clínicas internacionais oferecem serviços de “barriga de aluguel” em sites da internet¹⁰ com dizeres altamente comerciais e mercadológicos, tais como: “realizem seu maior sonho, tornem-se pais, nós te ajudamos”. As próprias mulheres se candidatam virtualmente para gestarem filhos alheios, muitas vezes ressaltando qualidades fenotípicas supostamente diferenciadoras de suas propostas, tais como ser alta, de pele clara,

¹⁰ www.surrogatefinder.com, na tradução livre ‘buscador de barriga de aluguel’.

olhos azuis, etc.

Há, pois, um verdadeiro comércio de gestantes no mundo todo e este fenômeno já é conhecido como ‘baby business’, na tradução livre significa ‘o negócio dos bebês’.

Neste compasso, os Estados que se destacam por oferecerem tais serviços com total ausência de restrições jurídicas e médicas são a Índia, a Ucrânia, a Rússia e alguns Estados dos E.U.A, como a Califórnia, por exemplo. Ao disponibilizarem técnicas médicas mais flexíveis, com possibilidade inclusive de aborto dos fetos excedentários e de escolha do sexo do filho, estas práticas infringem disposições legais de diversas outras nacionalidades, todavia, podem ser acessadas por qualquer pessoa que esteja disposta a buscar o famigerado “turismo reprodutivo”.

Com efeito, casais do mundo todo realizam viagens transfronteiriças para buscarem “barrigas de aluguel” em países mais “permissivos”. De um modo geral, a maioria dos “turistas de procriação” são casais ocidentais sem filhos atraídos por serviços de sub-rogação de “baixos preços” e por uma imediata disponibilidade de gestantes de aluguel em lugares como a Ásia, Europa Oriental e América do Norte.

Importante consignar que as mulheres que se submetem a estas técnicas e “alugam” seus úteros para gerarem filhos alheios, o fazem guiadas por necessidades financeiras e pelo sonho de verem seus filhos bem criados, com uma formação acadêmica e um futuro profissional que os pais nunca chegaram a cogitar para si mesmos.

A título elucidativo, cabe lembrar que na Índia a renda *per capita* média da população é de R\$ 2,80 (dois reais e oitenta centavos) por dia. Neste compasso, o mercado reprodutivo tornou-se uma oportunidade viável para muitos deixarem a pobreza, tendo-se em vista que a movimentação financeira destas clínicas de procriação artificial atinge a soma de 1 (um) bilhão

de dólares por ano¹¹, a permitir com que a gestante substituta receba por uma gestação o que seu marido talvez jamais recebesse em uma vida toda de trabalho regular¹². Tratam-se, portanto, de mulheres advindas das camadas de maior vulnerabilidade social e que vislumbram uma oportunidade de comercializarem seus corpos para adquirirem melhores condições de vida.

Surgiu, pois, uma nova forma de prostituição do corpo feminino, pois clínicas internacionais negociam valores para disponibilizarem mulheres cessionárias de úteros. Não raras vezes foram constatados indícios de um verdadeiro “mercado negro”, com tráfico de mulheres e meninas para servirem de “mães de aluguel”¹³.

Neste contexto, as vantagens de se buscar a gestante de substituição em países como a Índia e a Ucrânia é que nestes Estados os valores pagos por tais serviços são bem menores

¹¹ “Procura por barrigas de aluguel cria 'fábrica de bebês' na Índia e movimentação na economia” – reportagem veiculada no site <http://www.portali9.com.br/noticias/brasil-mundo/procura-por-barrigas-de-aluguel-cria-fabrica-de-bebes-na-india> - acessado em 14.05.2014.

¹² “Vende-se um filho: como a barriga de aluguel está mudando a economia na Índia” – reportagem veiculada no site <http://revistaglamour.globo.com/Na-Real/noticia/2014/03/vende-se-um-filho-o-modo-como-barriga-de-aluguel-esta-mudando-economia-na-india.html> - acessado em 14.05.2014.

¹³ Em várias ocasiões foi constatada a prática de tráfico internacional de pessoas para gestarem por outrem, como por exemplo, as mulheres polonesas supostamente recrutadas para viajarem para a Holanda, Bélgica e Alemanha (<www.independent.co.uk/news/world/poles-hired-as-surrogate-mums-in-comercio-ilegal-1584960.html>, última consulta em 16 de março de 2012); as mulheres de Mianmar vendidas para homens chineses para trabalharem como gestantes substitutas, como parte de um esquema de tráfico (<www.chinapost.com.tw/china/local-news/other/2009/03/26/201716/China-returns.htm>, última consulta em 16 de março de 2012); preocupações relativas a práticas na Guatemala (ver, por exemplo, Articulação do Movimento do Parlamento Europeu para uma resolução sobre a Guatemala (06 de julho de 2005), que afirmou que “os abusos que ocorrem na Guatemala incluem gravidezes forçadas ou substitutas [...]” (Fonte: “Memorando: existe uma necessidade de regular os contratos internacionais de barrigas de aluguel em direito internacional privado?”, escrito sob a instrução de Peretz Segal, do Ministério da Justiça de Israel, por Jennifer Chernick, BA Stanford University, 2009.)

que nos EUA, por exemplo. Não fosse apenas por isso, imperioso ponderar que quanto mais pobre e subdesenvolvido o Estado, menos direitos a gestante terá, especialmente sobre o bebê e seu próprio corpo.

Na Grécia, por exemplo, uma mulher que contratou o empréstimo temporário de seu útero pode ser processada caso não entregue o bebê após o parto. Por outro lado, nos EUA, há casos registrados de gestantes substitutas que buscaram na Justiça o direito de não entregarem as crianças que elas geraram.

As clínicas, em geral, oferecem “pacotes” completos para os casais que buscam a gestação por substituição, com serviços que incluem não apenas a cessão do útero e dos gametas necessários (óvulo ou espermatozoide), como também a disponibilização de um carro com motorista para quando os pretensos pais forem até a Índia para buscarem o bebê recém-nascido.

Em “pacotes” mais arrojados e caros é possível negociar até mesmo a divisão dos óvulos de uma mesma mulher, para que, uma vez fertilizados com espermatozoides dos dois homens que compõem um casal homossexual, deem origem a filhos que sejam irmãos genéticos, pois terão a mesma mãe biológica. Nestes casos é ainda possível escolher o sexo da criança, desde que se pague um pouco mais por isso.

O Diretor do Centro de Bioética da Universidade da Pensylvania, na Filadélfia, Arthur Caplan, definiu a situação da gestação por substituição internacional como sendo uma prática perigosa, pois “o potencial para abuso em diferentes níveis é grande”, e complementa aduzindo tratar-se da “medicina do velho oeste”¹⁴, já que contraria inúmeros Ordenamentos Jurídicos para se criar uma nova vida humana.

Em verdade, muitos casos já foram registrados no mundo

¹⁴ “Nasce um novo e fértil setor, o de bebês globais” – matéria veiculada no Jornal THE WALL STREET JOURNAL, em 12 de dezembro de 2010 - <http://online.wsj.com/article/SB129219744469065753.html?dsk=y&mg=reno64-wsj&url=http://online.wsj.com/article/SB129219744469065753.html> - acessado em 14.05.2014.

todo em que, em razão do conflito de leis entre os Estados, os bebês nascidos desta técnica médica de reprodução artificial são desamparados por todas as legislações existentes e passam a ser considerados apátridas e sem país.

Com efeito, a maioria dos casais que se deslocam de seus Estados de origem em busca de acesso, em outros países, às práticas médicas não autorizadas pelo Ordenamento Jurídico onde residem, não se preocupa em averiguar previamente se terão condições legais de exercerem a parentalidade, quando do nascimento do bebê encomendado.

É neste contexto que se verificam os principais problemas enfrentados pelos casais comitentes quando optam por firmarem um contrato de sub-rogação internacional, sendo eles: *i)* registrar a criança e leva-la para o país de origem do casal comitente; *ii)* a regularização da nacionalidade do recém-nascido; *iii)* a definição da parentalidade (quem será o pai e a mãe do bebê); *iv)* em caso de conflito entre o casal solicitante e a gestante, qual lei deve ser aplicada: a do país da parturiente ou aquela lei advinda do país do casal comitente?

Para ilustrar cada uma das situações-problema acima delineadas, faz-se necessário trazer à baila alguns casos concretos que sintetizarão os diversos conflitos gerados pelo turismo reprodutivo, o que faremos detalhadamente no tópico abaixo.

A FILIAÇÃO E A NACIONALIDADE DA CRIANÇA OBJETO DE UM CONTRATO DE GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO TRANSFRONTEIRIÇA

Como já explicitado em linhas gerais nos tópicos anteriores, a gestação por substituição internacional é aquela em que um casal comitente contrata uma mulher de outra nacionalidade para dar a luz um filho, que por vezes é fruto de doação de material fecundante de pessoas de uma terceira nacionalidade. Neste contexto, a definição da filiação e da nacionalidade deste

infante é um ponto tormentoso e conflitante entre os Estados envolvidos, pois cada qual sustenta suas próprias regras e legislações para condução do assunto.

De início, imperioso consignar que a nacionalidade é um vínculo jurídico-político de direito público interno pelo qual o indivíduo se torna parte dos elementos integrantes de um Estado. Ocorre que cada Estado tem competência exclusiva para definir os critérios pelos quais um cidadão se tornará um nacional ou um estrangeiro em seu território, sendo que tais critérios são determinados pelo Direito Interno local.

Cabe aduzir que, em geral, existem dois critérios distintivos da nacionalidade de um cidadão, sendo eles: *i) ius solis* ou critério da territorialidade, por meio do qual a nacionalidade de uma pessoa será determinada através do local do seu nascimento, portanto, serão considerados nacionais todos aqueles que nascerem no território do Estado e *ii) ius sanguinis* ou critério da consanguinidade, em que a nacionalidade de alguém será determinada pela origem de seus ascendentes, independentemente do local de seu nascimento.

Existem Estados que adotam um ou outro dos critérios acima mencionados e Estados que, tal qual o Brasil, mantêm uma postura mista, ou seja, consideram seus nacionais tanto os indivíduos que nasceram em seu território como aqueles que, mesmo tendo nascido fora das delimitações territoriais do país, têm ascendentes nacionais, pelo que também eles se tornarão nacionais, sempre quando pleitearem tal reconhecimento.

No caso de gestação por substituição internacional, as definições de nacionalidade, por vezes, fazem com que as crianças não sejam reconhecidas como nacionais em nenhum Estado. Com efeito, quando o embrião é fruto de uma doação de gametas, a criança não guardará identidade genética com o casal que encomendou seu nascimento, pelo que não terá “seu sangue” e não fará *jus* à nacionalidade sob o critério do *ius sanguinis*. Neste compasso, se esta mesma criança nascer em

um Estado que não adota o critério do *ius solis*, também não poderá adquirir a nacionalidade em razão do seu nascimento, o que a tornará uma cidadã apátrida.

Oportuno observar que, uma vez sendo negada a nacionalidade a esta criança e configurando-se apátrida, ela não terá como deixar o país onde nasceu para acompanhar os pais solicitantes em sua “viagem de volta para casa”, pois não lhe serão emitidos documentos de viagens, tais como passaporte ou registro de nascimento perante as autoridades consulares locais.

Ocorre, todavia, que os conflitos jurídicos de ordem internacional não param por aí. Esta criança ainda se encontra sujeita a não conseguir regularizar a filiação que a vincule a algum ascendente. Isso acontece quando as leis do Estado em que o bebê nascer considerar como mãe a mulher que solicitou a gravidez, ou seja, que elaborou o projeto parental, todavia, em contrapartida, o Estado de origem da mulher solicitante ser guiado por leis que determinem ser mãe apenas aquela que dá a luz um filho. Nesta situação em que as leis são conflitantes, nenhum Estado reconhece que seu nacional seja mãe/pai daquele bebê, o que faz com que a criança fique também sem filiação.

Um caso muito interessante se deu na Ucrânia e merece ser aqui reproduzido para elucidar a matéria em voga. Um casal solicitante inglês viajou até a Ucrânia para contratar uma gestação por sub-rogação. A gestante ucraniana que cedeu o útero era casada e deu a luz duas garotas gêmeas, que foram frutos de uma inseminação heteróloga, obtida através da junção de um óvulo doado por uma terceira mulher com o espermatozoide do homem que compunha o casal comitente. Ocorre que a lei inglesa entende que os pais dos bebês só poderiam ser a ucraniana e seu marido, pois vige neste Estado a regra de que “mãe é aquela que dá a luz” e, presumidamente, o pai seria o marido ou companheiro desta mulher parturiente. A contrário senso, a lei ucraniana entendia que os pais eram os ingleses

solicitantes, ao passo que defende a teoria jurídica de que pais são aqueles que idealizaram o projeto parental e solicitaram uma gravidez através de terceira pessoa, além do mais, o homem inglês foi quem aportou material genético, sendo o pai biológico das gêmeas.

Diante deste conflito legislativo, as crianças gêmeas se encontraram em um limbo jurídico, tornando-se, pois, apátridas e com filiação incerta. Os pais solicitantes, por sua vez, não puderam permanecer na Ucrânia por tempo indeterminado, em razão das limitações de ordem migratórias, e tiveram que retornar para o Reino Unido¹⁵.

Foi proposto um processo e após um longo atraso devido a testes de DNA, foi permitida a entrada das crianças no Reino Unido – fazendo-o "fora das regras", pois elas não tinham documentos –, a fim de que o casal inglês pudesse pleitear a parentalidade (parental order). A decisão foi baseada no princípio do melhor interesse da criança e concedeu a parentalidade ao casal inglês. Todavia, a concessão de uma "parental order" não confere automaticamente a nacionalidade, que foi posteriormente objeto de um processo autônomo.

Relevante consignar que, em muitos outros casos, as soluções dadas aos conflitos gerados pelos contratos de gestação por substituição internacionais foram ainda mais complexas, tendo como expoente o ocorrido com o notório caso *Baby Manji Yamada v. Union of India & Anr.*¹⁶

No mencionado caso, um casal japonês recorreu à gestação sub-rogada na Índia. Todavia, duas semanas antes do nascimento do bebê encomendado, o casal se divorciou e a mulher comitente simplesmente desistiu do projeto parental, não querendo mais participar do contrato que viabilizou o nascimento do bebê Manji. Em consequência desta irresponsável desistên-

¹⁵ EWHC 3030 Fam, [2009] 1 FLR 733.

¹⁶ Baby Manji Yamada v. Union of India & Anr. Writ petition No 369 de 2008 da Suprema Corte da Índia.

cia, o homem comitente enfrentou sérias dificuldades para obter a documentação de registro e viagem do filho, a fim de retirá-lo da Índia e levá-lo para o Japão. Somente depois de três longos meses de incertezas e discussões jurídicas é que o bebê Manji conseguiu ser registrado na Índia e, com isso, obteve uma autorização para viajar para o Japão, onde sua entrada foi permitida tão somente por meio de um visto emitido por razões humanitárias.

Cabe ainda aduzir que diante do desespero de verem seus filhos aprisionados em um país que não é sua pátria de origem e pela incapacidade de regularizar a filiação da criança, muitos homens e mulheres chegaram a cometer atos impensados e criminosos, falsificando documentos ou até mesmo contrabandando os menores para levá-los de volta ao Estado de onde os pais vieram.¹⁷

Os conflitos também são de ordem moral e ética, quando se descobre, por exemplo, que o bebê que cresce no útero de outra mulher tem problemas de saúde ou deficiências e se questiona a quem caberia a decisão sobre abortar ou manter a gravidez e viabilizar o nascimento. Somente a mulher gestante teria poder de decisão sobre seu próprio corpo ou o casal solicitante – e doador do material fecundante – poderia obrigá-la a não prosseguir com a gestação em razão de serem os supostos “proprietários” do nascituro que tem semelhança genética com eles?

Por fim, cabe ainda observar que problemas de ordem financeira também são causadores de discussões entre a mulher gestante e o casal comitente, quando valores acordados contra-

¹⁷ Por exemplo, o homem solicitante francês que tentou contrabandear meninas gêmeas nascidas de uma mãe de aluguel na Ucrânia para a Hungria: <http://www.rferl.org/content/womb_for_hire_ukraine_surrogacy_boom_is_not_risk_free/24215336.html> (última consulta em 16 de março de 2012) ou o casal do mesmo sexo belga que tentou contrabandear seu filho da Ucrânia para a Polónia : <http://www.msnbc.msn.com/id/41800437/ns/world_news-wonderful_world/t/boy-stuck-years-ukraine-arrives-belgium/> (Última consulta em 16 de março de 2012).

tualmente deixam de ser pagos ou novos gastos com a gestação surgem depois de assinado o contrato de gestação por substituição e as partes se negam a aportar mais dinheiro. Nestes casos que envolvem a discussão pura e simples sobre o cumprimento e execução do contrato, não há uma definição sobre qual legislação seguir ou qual seria o Estado competente para julgar uma eventual demanda: aquele em que reside a gestante substituta ou aquele de onde proveio o casal comitente.

Pode-se, pois, constatar que toda ordem de questionamentos e incertezas paira sobre o ‘turismo reprodutivo’, especialmente pelo fato de haver um completo vazio na regulamentação internacional sobre os contratos de sub-rogação, já que nenhum dos instrumentos internacionais existentes contém disposições específicas destinadas a regularem esta área emergente de Direito de Família internacional.

Tamanha é a preocupação da comunidade internacional com o assunto que, em 05.04.2011 foi editada uma Resolução do Parlamento Europeu sobre “as prioridades e definição de um novo quadro estratégico da União Europeia para combater a violência contra as mulheres”, sendo que em tal documento se reconheceu que os Estados-Membros devem se voltar para o grave problema da sub-rogação e enfatiza que “mulheres e crianças estão sujeitas às mesmas formas de exploração, podendo ambas serem vistas como produtos no mercado reprodutivo internacional, e que estes novos métodos reprodutivos, como as mães hospedeiras, estão a fazer aumentar o tráfico de mulheres e crianças e a adoção ilegal através das fronteiras nacionais.”¹⁸

Diante da magnitude transfronteiriça que a gestação por substituição tem alcançado no decorrer dos anos, acrescido aos inúmeros conflitos já constatados ao redor do globo, não há

¹⁸ Resolução do Parlamento Europeu de 05.04.2011 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0127+0+DOC+XML+V0//PT>, acessado em 21 de maio de 2014.

dúvidas de que a unificação, em nível internacional, das regras de jurisdição das cortes, das leis aplicáveis (escolha de leis), e o reconhecimento e cumprimento de decisões estrangeiras que versam sobre esta matéria, têm se tornado mais necessários do que nunca anteriormente, sendo esta a razão pela qual a Convenção de Haia de Direito Internacional Privado voltou suas atenções para o tema. Vejamos:

A CONVENÇÃO DE HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A BUSCA POR SOLUÇÃO.

Diante da premência de se buscar uma solução multilateral para os problemas trazidos pela gestação por substituição transfronteiriça, a Convenção de Haia de Direito Internacional Privado tem demonstrado preocupação com o assunto, ao passo que soluções domésticas e a mera proibição de utilização de tal técnica médica já não são mais suficientes para conter os famigerados abusos percebidos ao longo dos anos.

Acredita-se que somente o Direito Internacional Privado seja capaz de fomentar medidas multilaterais que regulamentem a matéria e vinculem os Estados a ponto de fazê-los 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 gestantes substitutas.

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.¹⁹

¹⁹ Inspirado, com adaptação, na clássica definição de Ferrer Correia. Ver FERRER CORREIA, A. Lições de direito internacional privado. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1, p. 11.

Para tanto, este ramo do Direito objetiva auxiliar na seleção *i)* da lei aplicável em caso de disputas que envolvem mais de um Estado, *ii)* da competência de uma jurisdição nacional para conhecer e julgar os litígios transfronteiriços e, por fim, *iii)* das regras que permitam a execução e cumprimento de uma decisão de um Estado em outro.

A importância do Direito Internacional Privado está justamente em harmonizar a soberania de cada Estado com a necessidade de se resolver conflitos plurilocalizados, que colocam em choque dois ou mais ordenamentos jurídicos, diante da inegável circulação de direitos e obrigações advinda da própria movimentação das pessoas pelo globo. A intenção maior do Direito Internacional Privado é, pois, possibilitar a estabilidade e a continuidade destas relações transfronteiriças, para que haja pacificação social e segurança jurídica.

Em verdade, o Direito Internacional, como um todo, tem o objetivo de eliminar tensões entre os Estados e de garantir direitos mínimos para todo cidadão, independentemente do local em que ele nasça ou viva, impedindo-se que as fronteiras políticas sejam utilizadas como argumento para se negar a aplicação da justiça, na mais ampla acepção do termo.

Neste contexto, cada Estado estabelece em seu ordenamento jurídico regras e critério para escolha da lei aplicável ao caso concreto, que envolva litígios ou disputas de caráter estrangeiro. Assim, o Direito interno possibilita a aplicação de leis estrangeiras e a competência para o seu próprio Judiciário conhecer e julgar matéria infranacional.

Com o objetivo de unificar progressivamente as regras de Direito Internacional Privado e viabilizar uma maior interação e cooperação entre os Estados – sejam eles membros ou não-membros – foi criada, em 1893, uma organização intergovernamental, com sede em Haia, na Holanda: a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado.

No âmbito desta organização foram concluídos, desde

1951 a 2007, 39 (trinta e nove) instrumentos internacionais sobre várias áreas do Direito Internacional Privado.

A Conferência em voga é composta por 76 (setenta e seis) Estados Membros, sendo 75 (setenta e cinco) Estados e a União Europeia. Relevante ponderar que para ser membro da Convenção é necessário que cada Estado declare ter aceitado o Estatuto editado por esta organização, estatuto este que entrou em vigor em 15 de Julho de 1955. Os Estados não-membros da Conferência podem se vincular livremente a qualquer convenção internacional adotada por esta organização, sem qualquer restrição.

Os membros desta organização se reúnem periodicamente, de 4 (quatro) em 4 (quatro) anos, em sessões plenárias (Sessão Diplomática Ordinária), para negociarem e adotarem as Convenções Internacionais Multilaterais nas diferentes áreas do Direitos Internacional Privado (direito da família, direito comercial, direito das obrigações e cooperação judiciária e administrativa internacional), além de decidirem sobre os futuros trabalhos a serem empreendidos pela Secretária Permanente.

As duas primeiras Convenções editadas pela organização em comento foram as Convenções sobre a Resolução Pacífica de Controvérsias Internacionais (1899 e 1907), tendo grande destaque no cenário internacional por se tratarem de tratados internacionais pioneiros sobre as leis e os crimes de guerra. Em razão da importância de tais tratados, a Convenção de Haia ficou conhecida por muitos anos como a Conferência da paz.

Dentre as principais convenções editadas pela Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, destacam-se:

- A Convenção de 29 de Maio de 1993, relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional,
- A Convenção de 19 de Outubro de 1996, relativa à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento, à

execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Proteção das Crianças,

- Convenção de 13 de Janeiro de 2000, sobre a Proteção Internacional dos Adultos;
- Convenção de 23 de Novembro de 2007, sobre a Cobrança Internacional de Apoio à Criança e Outros Membros da Família.

Em Abril de 2011, o Secretariado apresentou ao Conselho de Assuntos Gerais e Política da Conferência de Haia um relatório sobre a necessidade de se apreciar a matéria relativa à gestação por substituição internacional, tendo sido, na mesma oportunidade, autorizada a realização de pesquisas e estudos sobre a situação legal mundial dos contratos de sub-rogação transnacionais.

Os membros da Convenção de Haia demonstraram, naquela ocasião, grande preocupação com a situação da criança nascida por tais técnicas médicas de reprodução humana, bem como com a vulnerabilidade das mulheres que se sujeitam a serem “mães de aluguel”, pelo que foram editadas recomendações ao Secretariado no sentido de aprofundar os estudos e a coleta de informações dos sistemas jurídicos dos países que estão envolvidos com a prática, bem como o mapeamento do problema, com o apontamento dos principais conflitos e dissensos.

Seguindo tais orientações, os estudos solicitados foram apresentados pelo Secretariado na reunião anual do Conselho de 2012²⁰. Por meio do Documento Preliminar n. 10, de 2012, o Secretariado destacou a necessidade de se regular a matéria em âmbito multilateral, já que as soluções unilaterais tentadas até aquele momento tinham se mostrado insuficientes para con-

²⁰Hague Conference Of Private International Law. Hague Conference Permanent Bureau, *Conclusions and Recommendations adopted by the Council, Council on General Affairs and Policy of the Conference*. 17. 20, abril de 2012.

ter abusos e irregularidades. Foi neste sentido que os Estados membros presentes naquela reunião aprovaram a continuação dos trabalhos, cientes de que ainda não haviam sido esgotadas as possibilidades que culminariam na solução adequada do problema.

Para atingir tal objetivo, foi proposta a elaboração de questionários especificamente dirigidos aos Estados, projeto este que compõe a pesquisa dos Professores Paul Beaumont e Katarina Trimmings, da Universidade de Aberdeen, na Escócia, intitulado: “International Surrogacy Arrangements: an urgent need for a legal regulation at the international level”, obra cujos resultados preliminares já haviam sido apresentados e foram objeto de análise no documento n. 10, da Conferência da Haia. Tais estudos foram publicados no ano seguinte, 2013, em um livro sobre *International Surrogacy Arrangements*²¹.

Os estudos internacionais empreendidos pela Conferência de Haia, em parceria com a Universidade de Aberdeen, visam desenvolver uma regulamentação jurídica que vincule os Estados que praticam ou de alguma forma têm cidadãos envolvidos com as gestações por substituição internacionais. Mais do que isso, a pretensão maior da Conferência é criar mecanismos de supervisão do cumprimento das normas por ela editadas, bem como possibilitar uma cooperação entre as jurisdições envolvidas (o Estado de origem da mulher gestante e o Estado de origem do casal solicitante), com canais formais de comunicação entre estas jurisdições.

²¹ Ver Trimmings, K., Beaumont, P. *General report on surrogacy*. Em: Trimmings, K., Beaumont, P. (eds.). *International Surrogacy Arrangements*. Hart Publishing, Reino Unido, 2013, pp. 439-550.

Ver também Hague Conference Of Private International Law. Hague Conference Permanent Bureau, *Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*. General Affairs and Policy: Doc. Prel. Núm. 11, março de 2011, e Hague Conference Of Private International Law. Hague Conference Permanent Bureau, *Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*. General Affairs and Policy: Doc. Prel. n.º 10, março de 2012.

Para tanto, serão analisadas: *i*) a escala e o padrão do problema; *ii*) a magnitude dos casos já registrados; *iii*) a legislação nacional sobre gestação por substituição de cada um dos Estados (Austrália, Argentina, Bélgica, Brasil, Canadá, China, República Checa, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Índia, Irlanda, Israel, Japão, México, Holanda, Nova Zelândia, Romênia, Rússia, África do Sul, Espanha, Uganda, Ucrânia, Reino Unido, Estados Unidos e Venezuela); e *iv*) as incompatibilidades mais preocupantes nas diversas leis nacionais sobre ‘barriga de aluguel’.

Os métodos de pesquisa empregados pelos estudiosos envolvem o levantamento estatístico dos acordos de sub-rogação internacionais, bem como o mapeamento da situação legal da técnica de reprodução humana medicamente assistida.

Foram, então, elaborados 4 (quatro) tipos de questionários:

- Questionário nº 1: dirigido aos membros da Conferência da Haia e outros Estados interessados;
- Questionário nº 2: destina-se aos profissionais jurídicos com experiência prática relevante nesta área;
- Questionário nº 3: destina-se aos profissionais de saúde que trabalham nesta área;
- Questionário nº 4: será respondido pelas agências e clínicas de sub-rogação.

As respostas aos questionários estatísticos serão analisadas utilizando o software SPSS. Além disso, serão confeccionados gráficos, utilizando-se o programa Excel, para facilitação do acesso e leitura das informações coletadas.

Nas reuniões anuais ocorridas em 2013 e 2014, os Estados membros da Convenção de Haia optaram por prosseguir com os estudos e os trabalhos de investigação, ao passo que reconheceram que o Secretariado ainda não está apto a apresentar um relatório final.

Imperiosos aduzir, desde já, que vários formatos de Convenção sobre esta matéria estão em análise, seja aquela em que se faz uma regulamentação do tema em âmbito global, seja aquela em que se prepara um conjunto de princípios gerais para orientação dos signatários da Convenção, a conhecida *soft Law*.

Independentemente da forma escolhida para se traçar diretrizes para os Estados sobre a gestação por substituição, uma orientação multilateral é de extrema importância, pois somente um quadro jurídico multilateral poderia garantir que as normas jurídicas internacionais que já existem sejam aplicadas em um contexto transnacional, e que novas salvaguardas sejam introduzidas, sempre que necessário, para garantir a proteção das pessoas envolvidas.

Com efeito, não há como negar que a maior consequência de se abordar multilateralmente o tema seja a aproximação dos Estados, possibilitando, assim, a fomentação do respeito mútuo e da confiança entre os diferentes sistemas jurídicos em voga, pois, tal como já ocorre com as demais Convenções de Haia, um quadro multilateral sobre a gestação sub-rogada criaria oportunidades para que os Estados trabalhassem em conjunto para a defesa da dignidade da pessoa humana, independentemente de onde ela nasça ou dê a luz um filho.

Decidiu-se, portanto, adiar a decisão final sobre o assunto para a Reunião anual de 2015. De toda forma, pelos estudos até então empreendidos, já foi possível constatar uma tendência internacional dos Estados em legislar internamente a matéria e de se preocuparem em regulamentar o pagamento pela gestação por substituição, mas não como retributividade pelo serviço de gestar, se não como “compensação” pelos gastos advindos do estado puerperal.

REGULAMENTAR A MANEIRA PELA QUAL OS HOMENS PODEM/DEVEM SE REPRODUZIR NÃO É UMA FORMA DE EXERCER O PODER? É FAZER POLÍ-

TICA?

Outra relevante questão que merece especial apreço no presente trabalho acadêmico é o fato de que, por meio da regulamentação da gestação por substituição, os Estados buscam, inegavelmente, controlar a forma pela qual o ser humano se reproduz, criando regras e delimitando uma decisão que é o ápice da intimidade em um relacionamento humano: aquela que culmina no nascimento de um filho.

Tal postura, apesar de parecer inofensiva, e muitas vezes até mesmo um dever estatal, no sentido de conter abusos e irregularidades, configura-se como uma maneira de exercer o poder, a política. Com efeito, referimo-nos aqui à biopolítica, trazida do pensamento do filósofo francês Michel Foucault.

Por definição, “biopolítica é um campo que permite agregar, aproximar, associar setores da realidade relacionados com a vida, a natureza e o conhecimento, cujas mudanças ao longo do tempo foram provocadas pela indústria, pela ciência e pela tecnologia, que hoje disputam o campo político-econômico mundial”²².

Na teoria de Michel Foucault, a biopolítica é um estilo de governar e regulamentar a população por meio do biopoder, ou seja, a configuração do impacto do poder político sobre todos os aspectos da vida humana na Terra. Nas obras deste filósofo, o termo ‘biopolítica’ surgiu com o intuito de designar uma mudança percebida no exercício do Poder entre o final do século XIX e começo do século XX, uma vez que as práticas disciplinadoras dos governos deixaram de ter seus focos no indivíduo e passaram a tê-los no conjunto de pessoas, na população.

É neste contexto que no exercício do biopoder, a população é tanto alvo como instrumento da relação de poder: “Os instrumentos que o governo se dará para obter esses fins –

²² Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Biopol%C3%ADtica>. Acessado em 25.05.2014

atendimento das necessidades e desejos da população – que são, de algum modo, imanentes ao campo da população, serão essencialmente a população sobre o qual ele age"²³

De forma poética e lúdica, o filósofo Foucault resume toda sua tese sobre a biopolítica nas palavras que pedimos vênha para colacionar abaixo:

“O que é governar um navio? É certamente se ocupar dos marinheiros, da nau e da carga; governar um navio é também prestar atenção aos ventos, aos recifes, às tempestades, às intempéries, etc.; são estes relacionamentos que caracterizam o governo de um navio. Governar uma casa, uma família, não é essencialmente ter por fim salvar as propriedades da família; é ter como objetivo os indivíduos que compõem a família, suas riquezas e prosperidades; é prestar atenção aos acontecimentos possíveis, às mortes, aos nascimentos, às alianças com outras famílias; é esta gestão geral que caracteriza o governo [...] O essencial é, portanto, este conjunto de coisas e homens; o território e a propriedade são apenas variáveis.”²⁴

Vê-se, portanto, que a influência do Estado na vida privada do cidadão não deixa de ser uma forma direta de exercer o Poder, razão pela qual é extremamente relevante o tema abordado neste estudo acadêmico, ao passo que a reprodução humana e as técnicas médicas utilizadas para auxiliarem no nascimento de um filho devem sim ser objeto de regulamentações, tanto nacionais, como multilaterais, todavia, a população de maneira geral, não pode se tornar refém de políticas que permitem a utilização de seres humanos socialmente vulneráveis para satisfação do sonho dos mais afortunados de se tornarem pais.

Na atual ‘desordem’ jurídica que permeia as contratações de mulheres pobres e necessitadas para servirem de ‘mães de aluguel’, tudo parece ser permitido, uma vez que a lógica norteadora dos avanços biotecnológicos passa uma falsa impressão

²³ FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Graal, Rio de Janeiro, 1989.

²⁴ Idem

de que todos estão se beneficiando com um suposto melhoramento da fertilidade, da vida e da saúde das sociedades opulentas.

Este exercício de biopolítica atual nada mais faz que reproduzir as velhas estratégias de poder exercidas no século XIX, na ocasião em que as pesquisas em seres humanos eram realizadas em cidadãos sem direitos, advindos das colônias pobres.

Neste contexto, é primordial que se incentive o desenvolvimento biotecnológico, inclusive possibilitando que casais e pessoas inférteis busquem soluções médicas adequadas para se tornarem pais. Todavia, a resistência ou a aceitação das práticas médicas que dizem respeito à reprodução humana assistida devem sempre ser dirigidas no sentido de se conter abusos que foram e que ainda são cometidos em nome do bem comum e do melhoramento da saúde das populações, sendo que dispor as maneiras pelas quais o Homem pode e deve se reproduzir certamente configura um dos muitos modos pelos quais a biopolítica e o biopoder podem ser exercidos, especialmente com o objetivo de consolidar os estados-nação.

CONCLUSÃO

Como detalhadamente explicitado nas linhas acima, a globalização é um fenômeno transformador da sociedade, capaz de alterar não apenas o direito material de cada país que sofre a sua influência direta, como, sobretudo, as regras de Direito Internacional Privado, especialmente as normas referentes ao Direito de Família.²⁵ Isso ocorre porque a família também foi afetada pela constante transposição de fronteiras, que possibilitaram a aproximação de povos e culturas outrora

²⁵ NORTH, Peter M. Development of rules of private international law in the files of family law. Recueil des cours. 1980, p. 19.

dísparos.²⁶

Neste contexto, no decorrer do levantamento bibliográfico empreendido neste trabalho acadêmico, pôde-se perceber que a globalização influenciou também a forma pela qual os seres humanos se reproduzem, pois possibilitou que pessoas inférteis ou com problemas para gestar, procurassem viagens transfronteiriças para que, a partir de uma doação temporária de útero e uma eventual cessão de gametas de terceiros, fosse atingida a gestação.

Demonstrou-se aqui que a “barriga de aluguel” ganhou contornos muito mais complexos e delicados, à medida que passou a se caracterizar como um fenômeno mundial, a exigir uma maior atenção da comunidade internacional, especialmente porque atingiu o patamar de “turismo reprodutivo”.

Com efeito, muitos são os casais que se deslocam de seus países de origem em busca de legislações mais flexíveis e permissivas, de mulheres dispostas a “cederem” seus corpos para gerarem filhos alheios e de “baixos preços” por estes serviços, o que inevitavelmente deu ensejo a abusos e ilegalidades, a ponto de confirmarem a exploração da mulher e o desamparo do melhor interesse do menor que nascerá por tais técnicas médicas de procriação artificial.

Conforme delineado nos capítulos deste trabalho acadêmico, tal cenário mundial alarmante tornou-se objeto de estudos da Convenção da Haia de Direito Internacional Privado, órgão intergovernamental que se dedica a estipular uma cooperação multilateral para regular a utilização das gestações por sub-rogação transfronteiriça, bem como medidas de contenção do crescimento do “turismo reprodutivo” e da odiosa explora-

²⁶ Segundo Antony Giddens, cultura pode ser definida como aspectos da sociedade humana que são apreendidos e não herdados. Conceitua o autor “A cultura de uma sociedade engloba tanto os aspectos intangíveis – as crenças, as idéias e os valores que constituem o teor da cultura – como os aspectos tangíveis – os objectos, os símbolos ou a tecnologia que representam esse conteúdo” GIDDENS, Antony. Sociologia. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007, p. 22.

ção da fragilidade humana, seja ela caracterizada pela exploração do corpo feminino, ou pelo desamparo do menor que vem ao mundo desprovido da mínima garantia de direitos.

A Convenção de Haia voltou sua atenção para o problema da gestação por substituição transfronteiriça justamente porque, concomitantemente com o avanço biotecnológico detalhado neste estudo acadêmico, foi se criando uma enorme lacuna jurídica, pois os ordenamentos jurídicos ao redor do mundo e o próprio Direito Internacional Privado, não acompanharam tal progresso e simplesmente têm se omitindo quanto à necessidade de legislarem sobre os aspectos jurídicos da reprodução humana assistida concretizada através da ‘barriga de aluguel’.

Neste diapasão, a relevância do presente estudo está justamente em alertar sobre os perigos existentes na omissão legislativa sobre o tema, e da necessidade de se buscar uma cooperação internacional, por meio de tratados multilaterais, para que haja segurança jurídica e pacificação social em relação a este assunto, garantindo-se, em consequência, mais estabilidade nos relacionamentos entre pais e filhos e entre os Estados envolvidos nesta celeuma.

A Convenção de Haia de Direito Internacional Privado é o órgão adequado para editar regras internacionais neste sentido, pois tem por objetivo primordial justamente buscar a harmonização do Direito Internacional Privado no mundo. Assim, desde 2011, o Secretariado da Convenção, em parceria com a Universidade de Aberdeen, na Escócia, tem se dedicado a estudar com profundidade a magnitude e a atual situação da gestação por substituição transfronteiriça, pretendendo, ao final das investigações e coletas de material, traçar parâmetros mínimos para condução dos atos reprodutivos que envolvam mais de um Estado.

Não há um consenso, até o presente momento, sobre qual forma de regulamentação a Conferência de Haia redigirá para seus Membros, havendo dúvidas quanto à adoção de uma con-

venção internacional do tipo clássico ou uma declaração de princípios, no estilo *soft law*. De toda forma, independentemente da opção exarada pela Conferência, importante notar que regras internacionais de caráter uniforme apenas garantiriam o reconhecimento de direitos básicos para a gestante, para o casal solicitante e, especialmente, para a criança nascida através de tais técnicas médicas, que atualmente se encontra em um limbo jurídico, sendo, muitas vezes, considerada apátrida e sem filiação definida.

É de suma relevância, portanto, que os governos ao redor do mundo se conscientizem de que o incentivo ao desenvolvimento biotecnológico é necessário e não pode deixar de ocorrer, pois possibilita que casais e pessoas inférteis busquem soluções médicas adequadas para se tornarem pais. Todavia, a resistência ou a aceitação das práticas médicas que dizem respeito à reprodução humana assistida devem sempre ser dirigidas no sentido de se conter abusos que foram – e que ainda são – cometidos em nome do bem comum e do melhoramento da saúde das populações. Destarte, dispor as maneiras pelas quais o Homem pode e deve se reproduzir certamente configura um dos muitos modos pelos quais o Poder é exercido, devendo, assim, tal exercício ser pautado na igualdade de direitos e no respeito à dignidade da pessoa humana, independentemente do local onde ela nasça ou dê a luz um filho.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Laura Dutra de. A renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição - principais aspectos nos Direitos Português e Brasileiro. Dissertação de Mestrado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2008,

145 p.

- _____. Renúncia da maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição - principais aspectos no Direito Português e Brasileiro. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, IBDFAM, Magister, v. 11, ago./set. 2009, p. 93-104.
- ALKOBY, Asher. Theories of Compliance with International Law and the Challenge of Cultural Difference Journal of International Law and International Relations. v. 4, n. 1, 2008
- ARAÚJO, Nadia de. VARGAS, Daniela. MARTEL, Letícia de Campos Velho. Gestação de Substituição: Regramento no Direito Brasileiro e seus Aspectos de Direito Internacional Privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família entre o Público e o Privado*. Porto Alegre; IBDFAM-Lex Magister, 2012, p.211.
- ASCENSÃO, José Oliveira. A Lei nº 32/06, sobre a procriação medicamente assistida. Disponível em: <<http://www.apdi.pt/apdi/doutrina/lei%2032-06%20pma.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2010.
- Baby Manji Yamada v. Union of India & Anr. Writ petition No 369 de 2008 da Suprema Corte da Índia.
- BARBOSA, Águida Arruda. Direito de Família/; livro didático/ Águida Arruda Barbosa, Claudia Stein Vieira: design institucional Carmem Maria Cipriani Pandini, Karla Leonora, Dahse Nunes, Flavia Lumi Matuzzawa – Palhoça: UnisulVirtual, 2005
- BARBOSA, Heloísa Helena. A filiação em face da Inseminação artificial e da fertilização in vitro /Heloísa Helena Barbosa Rio de Janeiro:Renovar,1993.
- BBC Brasil. Finlandeses passam a ter acesso a banda larga garantido por lei. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2010/07/100701_finlandia_banda_larga_mv.shtml. Acesso em: 05 set.

2010.

- BENDA-BECKMANN, Franz Von et al. *Mobile People, Mobile Law: expanding legal relations in a contracting world*. England, Ashgate Publishing Company, 2005.
- BIBLIA SAGRADA. Antigo e Novo Testamento. Traduzida em português segundo a Vulgata Latina pelo Padre Antônio Pereira de Figueiredo. Vol. 1. Livros do Brasil S.A, Rio de Janeiro, 1962.
- BRAUNER, Maria Claudia. *Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental: contribuição para o debate no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm>>. Acesso em: 10 out. 2009.
- BOGDANDY, Armin von. *The European Union as Situation, Executive, and Promoter of the International Law of Cultural Diversity –Elements of a Beautiful Friendship*. *The European Journal of International Law*. v. 19 n.2, 2008.
- BUCHER, Adreas. *La famille em droit international prive*. *Recueil des Cours*, 2000.
- CORRÊA, Marilena Cordeiro Dias Villela. "Reprodução Assistida. Regulação Possível? Quem controla o quê e como?" *Revista do Conselho Federal da Medicina*, Abril/2000, p. 8-9.
- COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A cidade antiga*. Traduzido por Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- FACHINI, Luiz Edson (coord.), *comentários á Lei nº 8.560/92. Averiguação Oficiosa e investigação de paternidade*. Curitiba: Gênese, 1995. In: BRAUNER, Maria Crespo. *O direito de família: descobrindo novos caminhos*. São Leopoldo: Edição da Autora, 2001.
- FERNANDES, Tycho Brahe. *A Reprodução Assistida em face da Bioética e do Biodireito: Aspectos do direito de família e do direito das sucessões*. Ed. Diploma Legal: Flórida-

- nópolis, SC, 2000.
- FERRAZ, Sérgio. Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução, Antonio Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991.
- FERRER CORREIA, A. Lições de direito internacional privado. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1
- FIÚZA, César. Direito Civil: curso completo / César Fiúza – 6 ed. Ver. Atual, de acordo com o Código Civil de 2002 – Belo Horizonte, Del Rey, 2003.
- FOUCAULT, Michel. A história da sexualidade I. Siglo XXI, México, 1978
- FOUCAULT, Michel. El yo minimalista. Biblioteca de la Mirada, Buenos Aires, 1996.
- FOUCAULT, Michel. Resumo dos Cursos do Collège de France (1970-1982). Zahar, Rio de Janeiro, 1994.
- FOUCAULT, Michel. Genealogia do racismo. Caronte, Buenos Aires, 1992.
- FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Graal, Rio de Janeiro, 1989
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e Reprodução Assistida: Introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. Revista Brasileira de Direito de Família nº. 5, abril/maio/junho/2000.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Reprodução assistida heteróloga sob a ótica do Novo Código Civil. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 5, n. 19, p. 43, ago-set. 2003.
- GARRETON, Antonio Manuel et al. América Latina no século XXI: em direção a uma nova matriz sociopolítica. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 37.
- GIDDENS, Antony. Sociologia. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007
- GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito de Família, volume 2/ Carlos Roberto Gonçalves – 10 ed. Atual de acordo com

- o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002) – São Paulo: Saraiva, 2005 – (Coleção sinopses jurídicas)
- Hague Conference Of Private International Law. Hague Conference Permanent Bureau, *Conclusions and Recommendations adopted by the Council, Council on General Affairs and Policy of the Conference*. 17. 20, abril de 2012.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 8, abr-jun. 1999.
- KANTROWITZ B. in LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1995.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento. Curitiba: Juruá, 1991.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1995.
- LEITE, Gisele. Clonagem e demais manipulações modernas em face do direito. www.jus.com.br, em 9/5/2002.
- MAIA, Renato. Filiação Parental e seus efeitos. São Paulo: SRS Editora, 2008.
- McECELEAVY, Peter. Free Movement of Persons and Cross-Border Relationships. *International Law forum du droit international*. v. 7, nº 3, 2005.
- MCGLYNN, Clare. Family Reunion and the Free Movement of Persons in European Union Law. *International Law forum du droit international*. v. 7, nº 3, 2005.
- MEDEIROS, Noé. Lições de Direito Civil: Direito de Família, Direito das Sucessões. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1997.
- MENDES, Christine Keler de Lima. Mães Substitutadas e a determinação da maternidade: implicações da reprodução medicamente assistida na fertilização in vitro. Revista

- Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, IBDFAM, Síntese, n. 0, out./nov. 2007. p. 34-56.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público* - I Volume. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- "Memorando: existe uma necessidade de regular os contratos internacionais de barrigas de aluguel em direito internacional privado?", escrito sob a instrução de Peretz Segal, do Ministério da Justiça de Israel, por Jennifer Chernick, BA Stanford University, 2009.)
- “Nasce um novo e fértil setor, o de bebês globais” – matéria veiculada no Jornal THE WALL STREET JOURNAL, em 12 de dezembro de 2010 - [http://online.wsj.com/article/SB129219744469065753.html](http://online.wsj.com/article/SB129219744469065753.html?dsk=y&mg=reno64-wsj&url=http://online.wsj.com/article/SB129219744469065753.html) - acessado em 14.05.2014.
- NOGUEIRA, Jenny Magnani. A Instituição da Família em A Cidade Antiga.
- NORTH, Peter M. Development of rules of private international law in the files of family law. Recueil des cours. 1980, p. 19.
- OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de. Reprodução assistida: até onde podemos chegar?: compreendendo a ética e a lei / Deborah Ciocci Alvarez de Oliveira, Edson Borges Jr.- São Paulo: Gaia, 2000.
- OLIVEIRA, Neiva Flávia de. A Evolução da Pesquisa Genética e o novo conceito de família: Limites Bioéticos. Revista dos Tribunais nº. 777, julho/2000.
- PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Problemas Atuais de Bioética. 3ª edição, Editora Loyola, São Paulo, 1991.
- “Procura por barrigas de aluguel cria 'fábrica de bebês' na Índia e movimenta a economia” – reportagem veiculada no site

- <http://www.portali9.com.br/noticias/brasil-mundo/procura-por-barrigas-de-aluguel-cria-fabrica-de-bebes-na-india> - acessado em 14.05.2014.
- RAFFUL, Ana Cristina. *A Reprodução Artificial e os direitos de personalidade.*, Ed. Themis, SP, 2000.
- Resolução do Parlamento Europeu de 05.04.2011 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0127+0+DOC+XML+V0//PT>, acessado em 21 de maio de 2014.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Fecundação Artificial*. Revista *Ajuris* nº. 52, RS, 1991.
- SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. "O Direito "in vitro": Da bioética ao biodireito.", 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2000.
- SGRECCIA, Elio. Engenharia genética humana: problemas éticos. In: STANISLAUS, Ladusâns (coord). *Questões atuais da bioética*. São Paulo: Ed. Loyola, 1990.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito Positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: Carlos Maria Romeo Casabona e Juliane Fernandes Queiroz (Coords.). *Biotechnology e suas implicações técnico-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 309-322.
- TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. *General report on surrogacy*. Em: TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. (eds.). *International Surrogacy Arrangements*. Hart Publishing, Reino Unido, 2013
- UNESCO. *The internet and some international regulatory issues relating to content: a pilot comparative study commissioned by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*. Relatório de setembro/1997.
- VENOSA, Silvio de Salvo. "A reprodução assistida e seus aspectos legais.", www.valoronline.com.br, 23/3/2002

ano 3 nº. 474.

“Vende-se um filho: como a barriga de aluguel está mudando a economia na Índia” – reportagem veiculada no site <http://revistaglamour.globo.com/Na-Real/noticia/2014/03/vende-se-um-filho-o-modo-como-barriga-de-aluguel-esta-mudando-economia-na-india.html> - acessado em 14.05.2014.

WALD, Arnoldo. O novo direito de família. São Paulo: Saraiva, 2002.