

Recensão à obra *Gestación por sustitución. Ni maternidade subrogada. Ni alquiler de vientres*, de Eleonora Lamm*

*Leonardo Castro De Bone***

Identificação da Obra: Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidade subrogada. Ni alquiler de vientres*, Ebook, Barcelona: Universitat de Barcelona, 2013, 336 pp.

1. Redigido em espanhol, o livro “*Gestación por sustitución. Ni maternidade subrogada. Ni alquiler de vientres*”, é o resultado de um exercício honesto de maturação da própria autora, que em outras oportunidades demonstrou possuir um apurado conhecimento sobre a gestação de substituição¹. Agora, Eleonora Lamm, apresenta-nos, com grande maestria, um amplo e detalhado estudo sobre esse fenômeno reprodutivo, dividindo estruturalmente sua análise em seis capítulos, antecedidos por um prólogo, seguidos das referências bibliográficas.

* O presente texto corresponde, com pequenas adaptações, à recensão apresentada na disciplina de Metodologia de Investigação Científica Avançada, do Doutoramento em Direito e Ciências Jurídico-Civis da Universidade de Lisboa, sob a orientação da Professora Doutora Margarida Seixas.

** Doutorando e Mestre em Direito e Ciências Jurídico-Civis pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela Faculdade de Direito de Vitória. Advogado.

¹ Para tanto, cfr. Lamm, Eleonora, “La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal”, *Revista de Derecho de Familia*, n.º 50, 2011, pp. 107-132; Lamm, Eleonora, “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Vol. 3, Barcelona, 2012, n.p., disponível em: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/909_es.pdf, consultado em 22/12/2021; e Lamm, Eleonora, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, n.º 24, 2012, p. 76-91. Após a publicação do livro agora analisado, a autora examinou ainda a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional (em Lamm, Eleonora, “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global”, *Revista de Bioética y Derecho*, n.º 37, 2016, p. 149-170).

Embora se reconheça que o tema trabalhado não é necessariamente novo, já que há muito desperta interesse na doutrina², até mesmo o leitor mais especializado e acostumado com esses acordos encontrará, nesses escritos, uma riquíssima e valiosa contribuição sobre o estudo da gestação de substituição.

2. No capítulo primeiro (pp. 17-30) - *La gestación por substitución* -, a jurista argentina introduz-nos, em poucas páginas, ao tema proposto, que embora seja anunciado como um fenômeno de tempos longínquos, com antecedentes históricos no Antigo Testamento (Gênesis 16:1-4 e Gênesis 30:1-8), é enquadrado dentro da estrutura das técnicas laboratoriais de reprodução, responsáveis por desencadear uma verdadeira *revolución reproductiva*, ao permitir a separação entre reprodução humana e sexualidade. Nesse contexto, enfatiza o célebre caso norte-americano *Baby M*³, que ganhou visibilidade pública na década de 80, por representar a primeira demanda judicial no mundo a abordar a problemática da gestação de substituição.

Em termos conceituais, a autora é adepta de uma concepção mais atualizada e aberta da gestação de substituição, o que se revela importante, pois reconhece a possibilidade de se utilizar técnicas laboratoriais mais modernas, como também inclui no rol de beneficiários casais homossexuais e homens solteiros. Essa abordagem contrasta com definições que considera desatualizadas e menos inclusivas, por se referirem apenas ao uso da inseminação artificial, hipótese em que a gestante contribuiria com seu material genético, e por restringirem o acesso aos casais heterossexuais.

Ainda nesse capítulo, demonstra bom conhecimento técnico e rigor científico ao afastar terminologias que considera equivocadas. Segue-se, a esse propósito, a própria essência do título: “*Gestación por substitución. Ni maternidade subrogada. Ni alquiler de*

² Em Portugal, por exemplo, antes da referida publicação, já se percebia na doutrina alguns contributos, como Ascensão, José de Oliveira, “Direito e Bioética”, *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1991, p. 09- 38, pp 36-38; Oliveira, Guilherme de, *Mãe há só uma (duas)! Contrato de gestação*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992; Araújo, Fernando, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, Coimbra: Almedina, 1999, pp. 26-43; Raposo, Vera Lúcia, *De mãe para mãe: Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005; Pinheiro, Jorge Duarte, “Mãe portadora. A problemática da maternidade de substituição”, *Separata de Estudos de Direito da Bioética*, Lisboa: Almedina, 2008, pp. 323-344; Corte-Real, Carlos Pamplona e Pereira, José Silva, *Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica*, 2.ª ed. atual., Lisboa: AAFDL, 2011, pp. 244-247; e Otero, Paulo, “A dimensão ética da maternidade de substituição”, *Direito & Política*, Loures, n.º 1, 2012, p. 82-91.

³ *Baby M*, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 1988).

vientres”. Para terminar, desenvolve algumas características desses acordos, essencialmente voltadas a contribuição genética da gestante e dos beneficiários. Outras características básicas (como a substituição onerosa ou gratuita, intrafamiliar ou extrafamiliar e formal ou informal), contudo, são esquecidas, o que para um leitor mais especializado seria provavelmente pouco contributivo, mas para uma obra que se propõe a trabalhar com tanto rigor e detalhes, não se justifica o lapso.

Em seguida, no capítulo segundo do livro (pp. 31-70) - *Maternidad y paternidad* -, Eleonora Lamm examina criticamente a determinação dos vínculos jurídicos de filiação resultante desses acordos, confrontando teorias que buscam indicar o critério jurídico a ser adotado na definição da parentalidade. Com recurso a bibliografia especializada e fontes jurisprudenciais relevantes, a autora dedica algumas páginas ao desenvolvimento das teorias *de la contribución genética, de la preferencia de la gestante e de la intención*, e, de seguida, acaba por acompanhar o entendimento inicialmente elaborado em *Johnson v. Calvert*⁴, e depois replicado em *Buzzanca v. Buzzanca*⁵ e *S.N. v. M.B.*⁶, como também nas doutrinas de Hernández Ibáñez⁷, Bernaldo de Quirós⁸, Maguire Schultz⁹ e Lawrence Hill¹⁰, ao defender a vontade como elemento fundamental nesses acordos, independente do contributo genético e gestacional. Desenvolve, com isso, o conceito de *voluntad procreacional* e atribui a maternidade e a paternidade aos contratantes. A ideia da autora pressupõe que “*Las situaciones nuevas no pueden resolverse intentado imponer viejas reglas; deben buscarse nuevas soluciones, acordes a las nuevas realidades*” (p. 55). Deve sinalizar-se que, neste capítulo, é trabalhado o aspecto de maior dificuldade e interesse no estudo da gestação de substituição, isto porque muitos dos desenvolvimentos doutrinários e opções legislativas evidenciados pela autora, mostram-

⁴ *Johnson v. Calvert*, 851 P.2d 776 (1993).

⁵ *Buzzanca v. Buzzanca*, 72 Cal. Rptr. 2d 280 (1998).

⁶ *S.N. v. M.B.*, 188 Ohio App. 3d 324 (2010).

⁷ Hernández Ibáñez, Carmen, “La filiación en la fecundación asistida: consecuencias jurídicas en torno a la misma”, In: Marino Barbero Santos (edt.), *Ingeniería genética y reproducción asistida*, Autor-Editor: Madrid, 1989, p. 259.

⁸ Bernaldo De Quirós, Peña, *Derecho de Familia*, Madrid: Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1989, pp. 491-492.

⁹ Schultz, Marjorie Maguire, “Reproductive Technology and Intention-based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality”, *Wisconsin Law Review*, 1990, pp. 297-398.

¹⁰ Hill, John Lawrence, “What does it mean to be a “parent”? The claims of biology as the basis for parental rights”, *New York University Law Review*, n.º 66, 1991, pp. 353-420.

se estáticos aos conceitos clássicos de maternidade e paternidade, sempre fiéis a um critério biológico¹¹.

Em separado, analisa ainda o acesso à gestação de substituição por casais do mesmo sexo e aos homens solteiros. Embora a fundamentação utilizada pela autora para deferir a parentalidade seja a mesma das uniões heterossexuais (*la intención*), a opção por se trabalhar em apartado se entende, dado existir uma maior rejeição as uniões homoafetivas e a monoparentalidade. Com essa escolha, Eleonora Lamm enfatiza com maior atenção alguns aspectos igualitários importantes, permitindo a construção de argumentos a favor de uma adequada tutela jurídica a esses núcleos familiares.

A investigação prossegue e a autora debruça-se, no capítulo terceiro (pp. 71-192) - *Análisis normativo. Derecho comparado* -, em uma análise normativa do direito espanhol e argentino e só depois expande seus horizontes a um riquíssimo e detalhado estudo de direito comparado. Em Espanha, parte da regulamentação do art. 10.º da *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, para enquadrar um quadro normativo proibitivo aos acordos de substituição no país. Aliás, dessa realidade, a autora recorre a outras fontes doutrinárias, como Vidal Martínez¹², Michelle Giroux¹³ e Lledó Yagüe¹⁴, para sustentar criticamente a via adotiva como forma de suprir o estabelecimento da filiação em favor dos beneficiários, nas hipóteses em que recorram ilegalmente a esses acordos em Espanha, o que, para si, não constituiria fraude a *Ley 14/2006, de 26 de mayo*. É ainda dessa proibição legal que demonstra um preocupante e atual cenário de turismo reprodutivo, em que muitos casais impossibilitados de recorrer a esses contratos em seus país buscam, em outras localidades que permitem a figura, o serviço de gestantes de substituição. Reconhecer esse contexto permite compreender melhor os efeitos colaterais de regimes mais proibitivos, como a dificuldade em se obter

¹¹ Solução que, aliás, passou a vigorar em Portugal, no final de 2021, com a entrada em vigor da Lei 90/2021, de 16 de dezembro, que alterou o regime jurídico aplicável à gestação de substituição (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho), permitindo que a substituta se arrependa do compromisso inicialmente firmado e fique com a criança para si (art. 8.º, n.º 10 da LPMA).

¹² Vidal Martínez, Jaime, *Las nuevas formas de Reproducción Humana*, Madrid: Civitas, 1988, p. 163.

¹³ Giroux, Michelle, “L’encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l’intérêt de l’enfant”, *Revue générale de droit*, Vol. 28, n.º 4, 1997, pp. 535-547, pp. 542 e ss.

¹⁴ Lledó Yagüe, Francisco, “Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica”, In: Díaz Martínez (coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Madrid: Dykinson, 2007, pp. 175 e ss.

documentos de viagem para a criança retornar ao país de origem de seus pais e a negativa de muitos Estados em reconhecer no registro civil do país aquela certidão de nascimento legalmente constituída no estrangeiro.

Já na Argentina, o percurso da autora é semelhante, mas dessa vez parte da omissão do legislador sobre a matéria, para depois indicar a admissibilidade jurisprudencial de acordos de substituição legalmente constituídos no estrangeiro, até finalizar com a análise do projeto de reforma do *Código Civil y Comercial*, de 2012, que teria o propósito de regulamentar a gestação de substituição e incorporar esta figura no Código Civil argentino¹⁵.

No exame de outros ordenamentos jurídicos, a análise da autora é robusta e certamente chama atenção. Utiliza-se de uma subdivisão em quatro pontos para trabalhar diferentes soluções jurídicas. Começa por enfatizar aqueles países que proíbem os acordos de substituição, como França, Alemanha, Querétaro e Coahuila no México, Suíça, Itália, Áustria e Portugal; segue para outros que permitem apenas os acordos gratuitos, como Reino Unido, alguns Estados da Austrália, Canadá, Grécia, Brasil, Tabasco no México, Israel e África do Sul; avança para soluções mais liberais e que admitem irrestritamente a celebração desses contratos, como Rússia, Ucrânia e Sinaloa no México; e finaliza, em separado, com a gestação de substituição nos Estados Unidos.

Embora se utilize dessa estrutura fragmentada, o que certamente facilita a localização do leitor numa percepção geral, as indicações normativas, doutrinárias e jurisprudenciais de cada país não são trabalhadas de forma simplória e superficial pela autora. Nesse aspecto, Eleonora Lamm demonstra um registro rigoroso e detalhado de cada ordenamento jurídico, evidenciando suas particularidades, ainda que algumas se repitam. Mais do que isso: da análise meticulosa que nos é oferecida, pode-se perceber a adoção de diferentes teorias na determinação dos vínculos jurídicos de filiação, o que acaba por criar um bom paralelismo com as ideias desenvolvidas no capítulo anterior.

No que diz respeito à análise em separado da realidade norte-americana, a opção da autora se justifica por duas ordens de razão: a primeira, se consideramos a autonomia

¹⁵ Importa registrar que, por falta de consenso nos debates legislativos, a matéria foi posteriormente excluída do CC argentino. Sobre o assunto, cfr. Graiewski, Mónica, “Gestación por sustitución: el vacío del nuevo Código, *Clarín*”, 13 de agosto de 2015, n.p., disponível em: https://www.clarin.com/opinion/alquiler-vientre-codigo-civil-comercial-filiacion-derechos-nino_o_rnixsVFvme.html, consultado em 26/12/2021.

legislativa de cada Estado federado, o que acaba por resultar numa variedade de soluções legais a esse respeito; a segunda, que evidencia a importância de se desenvolver com certo cuidado as contribuições norte-americanas para esses acordos, já que estamos a tratar da principal referência em termos de *surrogacy agreement*. Ganha aqui um diferencial positivo face a outras obras que não demonstram a mesma preocupação e rigor.

Já no capítulo quarto (pp. 193-214) - *La gestación por sustitución internacional* -, a autora desenvolve, mais uma vez, o problema do turismo reprodutivo e as consequências daí advindas (“*Incapacidad de los comitentes y del niño de viajar al país de residencia de los comitentes debido a que no pueden obtener pasaporte o documentos de viaje para el niño*” e “*Incapacidad de los comitentes para regularizar la situación legal del niño una vez que está en el Estado de residencia de los padres (o durante el proceso migratorio)*”). De âmbito claramente mais amplo face ao que é trabalhado no capítulo terceiro, muitas das considerações agora aprofundadas soam-nos repetitivas. Nesse aspecto, parece-nos que seria mais adequado, em termos estruturais, o tratamento autônomo dessas consequências neste capítulo, o que certamente não representaria um prejuízo a análise normativa anteriormente feita. Aliás, esse desenvolvimento demonstraria, com maior ênfase, que o problema do turismo reprodutivo é um resultado direto da pluralidade de soluções jurídicas apresentadas.

De todo modo, é de se considerar relevante a solução apontada pela autora no final do capítulo, ao sustentar a existência de um convênio internacional para regulamentar os acordos de gestação de substituição transfronteiriços. Para ela, deve-se pensar em uma estrutura de garantias mínimas, num sistema de cooperação entre as autoridades nacionais, como forma de se evitar eventuais abusos, de se outorgar uma certa previsibilidade às partes e de se garantir o melhor interesse da criança. Analisa, a esse propósito, os trabalhos da Conferência de Haia sobre a preparação de um convênio específico.

No capítulo quinto (pp. 215-300) - *Regulación de la gestación por sustitución* -, por sua vez, a autora dedica-se a analisar os argumentos e as razões a favor da regulamentação legal dos acordos de gestação de substituição em Espanha e Argentina e, depois, a investigar as condições e requisitos que devem ser contemplados pelo

legislador ao se adotar um regime legal permissivo. Na análise do primeiro ponto, Eleonora Lamm busca desconstruir criticamente alguns dos principais argumentos invocados para se sustentar a proibição desses contratos, confrontando-os com auxílio a fontes doutrinárias e jurisprudenciais, o que acaba por evidenciar a fragilidade dessas construções. Aliás, demonstra com clareza e convicção as razões pelas quais considera importante se adotar um regime legal permissivo a esses acordos, com ênfase no superior interesse da criança, no direito a procriar dos beneficiários, na dignidade da gestante e no princípio da igualdade e não discriminação de casais homossexuais e de mulheres que por razões médicas não poderão gestar.

De seguida, uma vez que se manifesta a favor da validade e da regulamentação desses contratos, recorre com certa frequência às soluções vistas no Direito comparado para indicar uma série de condições e requisitos absolutamente importantes para um bom e seguro desenvolvimento desse acordo. Mostrando coerência com muitas das ideias desenvolvidas ao longo da obra, é nesse ponto que a autora defende, por exemplo, um sistema de intervenção da via judiciária; a verificação do consentimento prestado pela gestante, que deverá ser livre, pleno e informado; a não contribuição genética da substituta, que deverá ter ao menos um filho prévio ao acordo; a não restrição de acesso aos casais homossexuais ou as pessoas solteiras; a necessidade de contributo genético por parte dos beneficiários; a proibição de cláusulas que eximam os pais contratantes de suas responsabilidades parentais ou que limitem direitos da gestante; a impossibilidade de se estabelecer contraprestações pecuniárias pelo serviço prestado; a determinação da filiação jurídica pelo critério da vontade, independente do contributo genético e gestacional; a impossibilidade de arrependimento da gestante de substituição, quando queira a criança para si; e a proibição de regimes anônimos, que escondam da criança a identidade da mulher que a gestou, ainda que não seja considerada mãe em termos jurídicos.

Em decorrência dessas considerações, a autora utiliza o sexto e último capítulo (pp. 301-310) - *Propuesta de ley sobre gestación por substitución* - para oferecer ao legislador, em especial o espanhol, uma proposta de lei para regulamentar a gestação de substituição. Depois de expor alguns motivos que, em sua opinião, justificam essa regulamentação, apresenta ao longo de vinte e dois artigos, subdivididos em nove títulos

(I. *Disposiciones generales*, II. *De los requisitos de las partes*, III. *De la autorización judicial*, IV. *Del equipo multidisciplinario*, V. *De los requisitos para la homologación del acuerdo*, VI. *Del registro de gestantes*, VII. *De los efectos de la resolución judicial*, VIII. *Del derecho a conocer* e IX. *De los efectos de la falta de autorización judicial*), as disposições legais que considera adequadas. Sobre essa proposição, não há novidades, porque o que se nota, em boa verdade, é uma conclusão, ainda que em termos de proposta legislativa, das ideias desenvolvidas e amadurecidas pela autora ao longo da obra. É, afinal, uma contribuição valiosa ao cenário que se vê em Espanha, o que certamente não poderá ser ignorado pelo legislador.

3. Sem dúvida, não estamos a tratar de uma obra qualquer. O estudo oferecido por Eleonora Lamm excede, com tranquilidade, ao desafio que é investigar um fenômeno reprodutivo com desdobramentos jurídicos tão complexos. A esse propósito, a autora demonstra um alargado conhecimento sobre o tema, com recurso a referências bibliográficas importantes, em especial as fontes espanholas e argentinas. Contudo, não se limita a reproduzir trabalhos de outros autores. Aventura-se a explorar conceitos, levantar interrogações, questionar fundamentos e, acima de tudo, a oferecer uma leitura crítica e propositiva aos muitos problemas suscitados pela gestação de substituição.

Pela sua abrangência, há a todo tempo um riquíssimo contributo em nível de Direito comparado, com referências aos ordenamentos espanhol, argentino, francês, mexicano, suíço, italiano, austríaco, português, inglês, australiano, canadense, grego, brasileiro, israelense, sul-africano, russo, ucraniano e norte-americano, o que oferece ao leitor uma valiosa fonte de estudo. É certamente um diferencial significativo, pouco explorado em outras obras do gênero.

Ao final, como já se percebe, o livro é fruto de uma pesquisa notável e aprofundada, que caminha com facilidade sobre o fenômeno da gestação de substituição. Apesar de pequenos lapsos, se revela uma obra marcante que se destaca pelo seu rigor, criatividade e abrangência.