

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO

JULIANA FARIA SANTIAGO

**GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO: A ORDEM PÚBLICA
INTERNACIONAL E O MELHOR INTERESSE DO MENOR**

BRASÍLIA

2020

JULIANA FARIA SANTIAGO

JULIANA FARIA SANTIAGO

**GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO: A ORDEM PÚBLICA
INTERNACIONAL E O MELHOR INTERESSE DO MENOR**

Dissertação apresentada à Universidade de Brasília – Faculdade de Direito para obtenção do Título de Mestre no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa “Internacionalização, trabalho e sustentabilidade”.

**Orientadora: Professora Doutora Inez
Lopes Matos Carneiro de Farias**

BRASÍLIA

2020

FICHA CATALOGRÁFICA

Referência Bibliográfica

SANTIAGO, J.F. (2020).

Juliana Faria Santiago

Dissertação apresentada à Universidade de Brasília – Faculdade de Direito para obtenção do Título de Mestre no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa “Internacionalização, trabalho e sustentabilidade”.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Inez Lopes Matos Carneiro de Farias
(Orientadora, Presidente)

Profa. Dra. Suzana Viegas de Lima
(Membro interno, FD-UnB)

Profa. Dra. Anabela Susana de Sousa Gonçalves
(Membro externo, Universidade do Minho – Portugal)

Dra. Janny Carrasco Medina
(Suplente)

AGRADECIMENTOS

Esta caminhada de dois anos na Pós-Graduação representa o meu retorno à Universidade de Brasília - desta vez sob um olhar diferente, reafirmando minha escolha pela jornada acadêmica que a Faculdade de Direito oportunizou-me pela primeira vez em 2011. Uma caminhada feliz, de conhecimento e autoconhecimento, que certamente me fez aproveitar mais do que a Academia tem para oferecer. Tudo isso só se tornou possível com o apoio dos familiares, professores e amigos queridos.

Primeiramente, gostaria de agradecer à professora Dr^a. Inez Lopes Matos Carneiro de Farias, pela orientação ao longo de seis anos de Universidade de Brasília e pelo incentivo desde os tempos de graduação. Tê-la como não só como inspiração, mas também como amiga, companheira de congressos e de viagens acadêmicas – os quais me oportunizaram conhecer pessoas que tanto contribuíram para esta pesquisa –, foi essencial para esta jornada.

Agradeço à professora Dr^a. Anabela Gonçalves, que em todas as oportunidades que tivemos de conviver, abrilhantou-me com seus conhecimentos acerca do Direito Internacional Privado. À professora Dr^a. Suzana Viegas de Lima, por ter aceitado o convite de avaliar, como membro da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, o presente trabalho. Agradeço ainda à professora Dr^a. Janny Carrasco, querida colega de grupo de pesquisa que me despertou o interesse, ainda nos tempos de graduação, pelo debate sobre Bioética que permeia a prática da gestação por substituição.

Aos colegas do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional, em especial a Janaina Albuquerque, Thássila Watanabe, Delphine Defossez, Maurício Brito e Rodrigo Meira, que contribuíram, desde a fase inicial do projeto, com observações essenciais para que eu conseguisse desenvolver este trabalho.

Aos amigos e amigas que compartilharam este caminho, por entenderem as ausências temporárias e por escutarem pacientemente tantas vezes sobre o tema de minha pesquisa, em especial a Luciana Correia, Fernanda Miranda, Marcela Nogueira, Juliana Cantuária, Iana Fonteboa, Rafaela Peña, Julia Veloso, Karoline Cord, Mariana Fontoura e Manuela Amaral.

A todos os meus queridos familiares, em especial à minha avó Beatriz Santiago – *in memoriam* –, que me incentivou a seguir a carreira acadêmica desde a infância, à minha tia Viviane Santiago, que sempre brinda comigo as vitórias, e às minhas irmãs Fernanda e Isabelle Santiago – mesmo quando distantes, se fazem sempre presentes nos momentos importantes.

Ao meu amor, colega de mestrado, companheiro de vida e maior incentivador deste projeto, Hícaro Quintela. Você foi minha maior inspiração para seguir este sonho e se tornou a melhor parceria que eu poderia encontrar.

Por fim, dedico este trabalho aos meus pais, Jayme e Palmira Santiago, pelo apoio incondicional. Como experientes juristas, não poderia deixar de agradecer-lhes por todo conhecimento que me transmitem dia-a-dia. Por todas as noites que passaram comigo debatendo ideias e realizando observações sempre pertinentes sobre minha pesquisa. Obrigada pela presença e por acreditarem em mim.

RESUMO

O trabalho, intitulado “Gestação por Substituição, Ordem Pública e o Melhor Interesse do Menor”, propõe-se a estudar a gestação por substituição transnacional, suas causas e consequências, a partir da análise de casos concretos que ganharam projeção internacional. Para tanto, analisa-se a regulação da prática no Brasil e nos principais países envolvidos em conflitos internacionais. A gestação por substituição consiste, essencialmente, na doação temporária do útero de uma mulher para a concretização do projeto parental idealizado por outros. Com a mudança na concepção do padrão de família na sociedade e o surgimento das técnicas de reprodução assistida, possibilitou-se a subversão de conceitos historicamente incontroversos quanto à identificação da filiação de crianças, demandando que as legislações domésticas de cada Estado evoluíssem para contemplar a nova realidade. No entanto, essa evolução não se mostrou uniforme. A discrepância entre as legislações, combinada ao fenômeno da globalização, resultou no crescimento exponencial de contratos de gestação por substituição transnacional e no consequente aumento de litígios envolvendo esses contratos. Há diferentes aspectos adjacentes desses litígios, sendo que a presente pesquisa evidencia a violação dos direitos das crianças, não raramente sujeitas à apatridia, à ausência de filiação e ao abandono. Verifica-se que a exceção de ordem pública vem sendo constantemente invocada, em desconformidade com o princípio internacional de proteção aos direitos humanos, resultando na violação sistemática dos direitos das crianças. Da recusa ao reconhecimento de decisões e certidões de nascimento estrangeiras decorrem consequências como a não observância dos direitos à filiação, à nacionalidade, à identidade, ao convívio familiar e outros, em dissonância com o que prescreve o princípio do melhor interesse da criança. Por fim, o trabalho conclui que, nos casos de litígios transnacionais envolvendo a gestação por substituição, a violação dos direitos das crianças guarda forte relação com a utilização da exceção de ordem pública pelos Estados, especialmente no que concerne à determinação de parentesco.

Palavras chaves: gestação por substituição, ordem pública, melhor interesse do menor, reprodução assistida, direito internacional privado.

ABSTRACT

This research, entitled “Surrogacy, Public Order and the Best Interest of the Child” studies surrogacy cross-border, its causes and consequences, from the analysis of concrete cases that have gained international prominence. To this end, we analyze the regulation of the practice in Brazil and in the main countries involved in international conflicts. Surrogacy essentially consists in temporary donation of a woman's uterus to provide the parenting project idealized by others. Regarding recent changes in family conception pattern in the society, and the emergence of assisted reproduction techniques, it was possible to subvert historically incontrovertible concepts regarding the identification of children, demanding that the domestic laws of each State evolve to contemplate the new reality. However, this evolution has not been uniform. The discrepancy between domestic laws, combined with the phenomenon of globalization, has resulted in the exponential growth of international surrogacy arrangements, and the consequent increase in litigation involving these agreements. There are different adjacent aspects of these disputes, and the present research stands out the violation of children's rights, that frequently leads to statelessness, absence of affiliation and abandonment. It appears that the public order exception has been constantly invoked, in disagreement with the international principle of protection of human rights, resulting in systematic violation of children's rights. The refusal to recognize foreign decisions and birth certificates results in consequences such as non-observance of the rights of affiliation, nationality, identity, family life and others, in disagreement with the principle of the best interest of the child. Finally, this research concludes that, in cases of cross-border surrogacy, the violation of children's bonds with the use of the public order exception by States, especially with regard to the determination of parentage.

Key words: surrogacy cross-border, public police, best interest of the child, artificial reproductive assistance, private international law.

LISTA DE SIGLAS

ART – Artificial Reproductive Technology

CC – Código Civil

CE – Conselho Europeu

CFM – Conselho Federal de Medicina

CIDC – Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

DUDC – Declaração Universal dos Direitos das Crianças

EUA- Estados Unidos da América

FIV- Fertilização *In Vitro*

HCCH- Hague Conference on Private International Law – Conférence de La Haye
de droit international privé

ISA – International Surrogacy Arrangement

ONU – Organização das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos

UE- União Europeia

Sumário

INTRODUÇÃO.....	2
CAPÍTULO 1 - Estabelecimento da Gestação por Substituição Transnacional e o Turismo Procriativo.	8
1.1. Evolução Histórica	8
1.2. Panorama da Surrogacy no Plano Internacional e os Litígios Internacionalmente conhecidos	13
1.2.1. Panorama da Gestação por Substituição Transnacional nos Principais Estados Envolvidos em Litígios Internacionais	15
1.2.2. Litígios Notórios Envolvendo Gestação por Substituição Transnacional	23
1.3. A filiação na gestação por substituição transnacional	29
CAPÍTULO 2 - A Gestação por Substituição no Brasil.....	34
2.1 Panorama da Gestação por Substituição no Brasil	34
2.2. Diretrizes para a Gestação por Substituição no Brasil e as Resoluções nºs 1.358, de 1992; 1.957, de 2010; 2.013, de 2013; 2.121, de 2015, e 2.168, de 2017, do Conselho Federal de Medicina.	40
2.3. Regulação da Gestação por Substituição no Brasil a partir dos Provimentos nºs 52, de 2016, e 63, de 2017, da Corregedoria Nacional de Justiça.....	47
2.4. O Futuro da Gestação por Substituição no Brasil e Transnacionalização da Prática....	50
CAPÍTULO 3 - Ordem Pública Interna e Internacional e o Melhor Interesse do Menor na Gestação por Substituição	57
3.1 A Ordem Pública Internacional e a Exceção de Ordem Pública	57
3.2. O Melhor Interesse do Menor e a Ordem Pública	61
3.3. O Projeto para Surrogacy na Conferência de Haia.....	65
3.4. Perspectivas para a Gestação por Substituição Transnacional	71
Conclusão	79
Bibliografia.....	82

INTRODUÇÃO

A gestação por substituição, também denominada maternidade por substituição ou, internacionalmente, *surrogacy*, consiste, essencialmente, na doação temporária do útero de uma mulher para a concretização do projeto parental idealizado por outros¹. Com a mudança na concepção do padrão de família na sociedade² e o surgimento das técnicas de reprodução assistida³, possibilitou-se a subversão de conceitos historicamente incontroversos quanto à identificação da filiação de crianças⁴, demandando que as legislações domésticas de cada Estado evoluíssem para contemplar a nova realidade. No entanto, essa evolução não se tem mostrado uniforme⁵.

A discrepância entre as legislações⁶, combinada ao fenômeno da globalização⁷, resultou no crescimento exponencial de contratos de gestação por substituição ao redor do mundo⁸ e no conseqüente aumento de litígios transnacionais envolvendo esses contratos.

Há diferentes aspectos adjacentes desses litígios⁹, todavia evidencia-se a violação dos direitos humanos das crianças envolvidas, por se tratarem da parte vulnerável¹⁰ nos

¹ MARTINS, Flávio Alves et al. **Maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado**, Âmbito Jurídico, UFRJ, 2011.

² Entre os novos arranjos familiares possíveis, podem ser citados, por exemplo, os casais homossexuais que querem conceber, as famílias monoparentais, e as pluriparentais. FARIAS, Inez Lopes Matos Carneiro de. **A Proteção da Família no Plano Internacional e os Direitos Humanos**, Encontro de Internacionalização do CONPEDI. 1ª Edição, Barcelona, 2015.

³ Conjunto de técnicas utilizadas por médicos especializados - designadas também pela sigla TRA - que têm como objetivo tentar viabilizar a gestação. Entre essas técnicas estão a Inseminação Artificial e a Fertilização *in vitro* - FIV. ARAUJO, N., VARGAS, D., MARTEL, L.C.V. **Gestação de Substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado**, Direito Internacional Contemporâneo, Curitiba, 2014.

⁴ Trata-se aqui das concepções *mater semper certa est*, essencialmente biológica, e *pater est* relacionada à presunção de filiação decorrente do vínculo matrimonial. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Direito de Família**, 8ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2011.

⁵ **Parentage/Surrogacy Project: An Updating Note**, Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2015.

⁶ As legislações destoam em diversos pontos: quanto à onerosidade de contratos de gestação por substituição, quanto à permissão de técnicas de reprodução assistida, quanto à previsão de uniões homossexuais, entre outros. **A preliminar Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements**, Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2012.

⁷ A criação de *websites* pelas clínicas especializadas e a possibilidade de acesso à internet em vários Estados ao redor do mundo são citadas como causas que contribuem para o crescimento do número de contratos internacionais de gestação por substituição. **The private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements**, Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, disponível em www.hcch.net/pt/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy.

⁸ A procura por clínicas em países cuja legislação seja mais permissiva e/ou que ofereçam custos mais baixos para a realização do projeto parental é fator para o aumento no número de contratos dessa natureza. GAMBLE, Natalie **Surrogacy: creating a sensible national and international legal framework**, Features, 2012.

⁹ Entre esses aspectos estão a potencial exploração de gestantes da maternidade por substituição de países subdesenvolvidos pelo turismo procriativo; a falta de regulação do funcionamento de clínicas reprodutivas; a

contratos de maternidade por substituição, vez que, em vários Estados, a organização familiar¹¹ é matéria de ordem pública interna¹².

O conflito de legislações acerca da determinação de filiação e a ausência de garantias mínimas às crianças advindas desses contratos resultaram na violação sistemática dos direitos humanos internacionalmente consagrados, em especial, o melhor interesse do menor¹³.

São observados, no cenário internacional, casos de gestação por substituição em que as crianças envolvidas ficam sujeitas à apatridia, à ausência de filiação e ao abandono¹⁴. A violação desses direitos, ligados direta ou indiretamente à determinação de parentesco, é contrária ao princípio internacionalmente consagrado do melhor interesse da criança¹⁵.

Por outro lado, pesquisas recentes¹⁶ sugerem que, diante dos litígios transnacionais que envolvem gestação por substituição, os Estados invocam a exceção de

falta de proteção legal às partes contratantes e a comercialização do corpo humano. ISAILOVIC, Ivana, *The ECtHR and the Regulation of Transnational Surrogacy Agreements*, 2010, disponível em: www.ejiltalk.org.

¹⁰ De acordo com a Declaração Universal do Direito das Crianças, “a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento”. **Declaração Universal do Direito das Crianças**, ONU, 1959.

¹¹ A determinação da filiação, nos casos de maternidade por substituição, não depende unicamente da legislação quanto à organização familiar, mas também da previsão legal de outros institutos, a depender de cada Estado.

¹² A respeito da ordem pública interna sob a ótica do direito internacional privado, Raphael Carvalho de Vasconcelos leciona: “A proteção da ordem pública do direito internacional privado consiste, nesse contexto, no resguardo do núcleo moral inegociável de determinado ordenamento por meio da aferição de atentado à ordem pública e consubstancia condicionante à geração de efeitos no foro por direito ou pronunciamento jurisdicional alienígena. O instituto funciona, desse modo, como verdadeiro escape garantidor dos valores essenciais do foro.” **A Ordem Pública no Direito Internacional Privado e a Constituição**, Revista Ética e Filosofia Política – nº 12 – Volume 2, 2010.

¹³ Refere-se aqui a determinação de filiação conferida tanto por meio de documentos públicos quanto por decisões judiciais. A determinação do parentesco das crianças adquiriu grande importância no cenário internacional, especialmente porque esta não é uma questão de cunho meramente legal, mas instituto do qual decorrem obrigações para com as crianças. Ademais, a filiação relaciona-se com elementos de extrema relevância para os direitos da personalidade, como nacionalidade e identidade.

¹⁴ Podem ser citadas, também, como consequências indiretas as questões relacionadas a suporte financeiro, direitos sucessórios e até possibilidade de adesão a plano de saúde. *A preliminar Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, 2012.

¹⁵ Tal princípio é estabelecido na Convenção Internacional de Direitos das Crianças - CIDC, de 1989, em seu artigo 3º, in verbis: Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. Ver também artigos 7º e 8º que versam sobre o direito ao nome, à identidade, à cidadania, à nacionalidade e à filiação. **Convenção Internacional de Direitos das Crianças**, ONU, 1989.

¹⁶ BRODSKY Jonhattan M., *La “maternidad subrogada” en el DIPr: análisis de la legislación argentina vigente y proyectada*, CUADERNO ASADIP, Jóvenes investigadores, 2015 e *International Surrogacy Agreements: Study of Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements*, 2014, Conferência de Haia de Direito Internacional Privado.

ordem pública¹⁷ mais frequentemente, destoando do tratamento dado a outros litígios no âmbito do Direito Internacional Privado. A alegação de ofensa à ordem pública leva à não aplicação da lei indicada pelo elemento de conexão e, em alguns casos, ao não reconhecimento de documentos e decisões judiciais de outros Estados.

Exsurge daí o questionamento de se a exceção de ordem pública está sendo invocada em conformidade com a ordem pública internacional, resguardando os direitos das crianças, ou se está privilegiando a ordem pública interna dos Estados, de forma dissociada da ordem pública internacional, em detrimento ao princípio do melhor interesse da criança, resultando na violação dos seus direitos.

Nesse contexto, investiga-se a correlação entre a exceção de ordem pública diante dos casos de gestação por substituição transnacional e a violação de direitos humanos das crianças envolvidas, no que concerne à determinação de parentesco.

Os objetivos do trabalho são compreender como se dá a gestação por substituição no Brasil e no mundo, entender os motivos provocadores de litígios transnacionais envolvendo a gestação por substituição, verificar as consequências desses litígios para as crianças envolvidas, além estudar possíveis soluções no cenário internacional. Destaca-se, quanto a este último ponto, a análise do Projeto de Filiação desenvolvido pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, cujo protocolo facultativo trata das questões envolvendo a gestação por substituição.

A metodologia de pesquisa utilizada é a qualitativa. São examinados os casos de gestação por substituição que ganharam projeção internacional¹⁸, bem como a doutrina nacional e internacional a respeito do tema. Ademais, também foram analisados, especificamente, os instrumentos que regulam o tema no Brasil – Resolução 2.168 do Conselho Federal de Medicina e Provimento 63 da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça.

¹⁷ A exceção de ordem pública, ou ofensa à ordem pública, se observa quando não se aplica a lei indicada pelo elemento de conexão cabível, mas sim a lei do foro. CARVALHO DE VASCONCELOS, Raphael. **A Ordem Pública no Direito Internacional Privado e a Constituição**, Revista Ética e Filosofia Política – nº 12 – Volume 2 – Julho de 2010.

¹⁸ Destacam-se, aqui, os casos coletados pela pesquisa realizada na Universidade de Aberdeen, em 2013, sob a orientação do professor Paul Beaumont e os casos relatados pelo grupo de *experts* que acompanham o Projeto de Filiação da Conferência de Direito Internacional Privado da Haia. BEAUMONT, Paul. TRIMMINGS, Katarina. **International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level**, Hart Publishing, 2013.

Observa-se que, por envolverem menores de idade, os litígios que tratam de casos de gestação por substituição muitas vezes tramitam sob sigilo judicial. Isso dificulta o desenvolvimento da pesquisa sobre um aspecto quantitativo, motivo pelo qual se optou pelo estudo de casos previamente coletados que vieram a se tornar públicos¹⁹. Aliás, especificamente quanto ao Brasil, observa-se que não foi encontrado nenhum caso público que houvesse tramitado pelo sistema judiciário nacional. Portanto, o estudo de casos se voltou àqueles já documentados que receberam projeção internacional.

Tendo isso em vista, o Capítulo 1 apresenta um breve histórico sobre a gestação por substituição no mundo. São analisados, com intuito de verificar a observância dos direitos das crianças envolvidas e, também, de deslindar os motivos ensejadores da transnacionalidade da prática, os casos mais relevantes no cenário internacional.

Avalia-se a atual situação de alguns países quanto ao estágio de regulação da matéria²⁰, para criar panorama internacional da prática. Para compreender o pretexto dos litígios internacionais, analisa-se o estabelecimento do vínculo de filiação e as possíveis alternativas para os casos de gestação por substituição. São também apresentados os contratos de gestação por substituição e uma breve reflexão acerca de sua natureza.

O Capítulo 2 aborda o cenário nacional, mostrando como a gestação por substituição se dá no Brasil. Após elucidação do tema da filiação sob a ótica brasileira, é apresentada a evolução da regulação da gestação por substituição no país até a vigência das atuais normas, Resolução nº 2.168 de 2017 do Conselho Federal de Medicina e Provimento nº63 de 2017 da Corregedoria Nacional de Justiça. Questiona-se posicionamento do Brasil no cenário internacional da gestação por substituição.

Por fim, o Capítulo 3 põe em evidência o papel da exceção de ordem pública nos casos de gestação por substituição transnacional. Estuda-se a correlação entre o princípio do melhor interesse do menor e a ordem pública interna e externa para verificar a qual exceção se referem os casos estudados.

¹⁹ Ver nota anterior.

²⁰ Para escolha dos países cuja situação seria analisada, utilizou-se como critério a qualificação como Estado destino ou Estado de origem no cenário internacional da gestação por substituição, segundo os estudos do grupo de experts da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. *International Surrogacy Agreements: Study of Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements*, Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2014.

Sob essa perspectiva, analisa-se o projeto, ainda em desenvolvimento, da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado para tratar de filiação transnacional e contratos de gestação por substituição. Apontam-se, então, possíveis rumos para a problemática, tendo em vista as mudanças atualmente sofridas no cenário internacional.

Pelos resultados, observa-se que a violação do melhor interesse da criança está diretamente ligada à exceção de ordem pública, invocada para prestigiar a ordem pública interna, e não a ordem pública internacional, visto que em vários Estados a organização familiar é matéria de ordem pública. Tal exceção vem sendo constantemente invocada, em desconformidade com o princípio internacional de proteção aos direitos humanos, resultando na violação sistemática dos direitos das crianças.

Da recusa ao reconhecimento de decisões e certidões de nascimento estrangeiras decorrem consequências como a não observância dos direitos à filiação, à nacionalidade, à identidade, ao convívio familiar e outros, em dissonância com o que prescreve o princípio do melhor interesse da criança.

Portanto, conclui-se que, nos casos de litígios transnacionais envolvendo a gestação por substituição, a violação dos direitos das crianças guarda forte relação com a utilização da exceção de ordem pública pelos Estados, especialmente no que concerne à determinação de parentesco.

Utiliza-se, ao longo deste trabalho, a terminologia “gestação por substituição”. Embora o termo “maternidade por substituição” também seja largamente utilizado, optou-se por evitar o uso do vocábulo “maternidade”, pois carrega sentido jurídico de “laço de parentesco entre uma mãe e seus filhos”, lógica que deturpa o conceito de gestante substituta²¹.

Para se referir às pessoas que contratam a gestação por substituição para realizar projeto parental, utilizam-se os termos “pais contratantes” ou “pais socioafetivos”²².

²¹ Em inglês, utiliza-se o termo “*surrogacy*” e em espanhol os mais comumente utilizados são “*maternidad subrogada*” e “*gestación subrogada*”.

²² Em inglês, o termo mais utilizado é “*intended parentes*”, que, em tradução literal significaria “pretensos pais”. Contudo, acredita-se que os termos “contratantes” e “socioafetivos” atendam melhor ao verdadeiro significado da expressão, em português, a depender dos diferentes contextos.

Já para se referir ao instrumento pelo qual se acerta formalmente a gestação por substituição entre as partes envolvidas, utiliza-se a expressão “contrato de gestação por substituição”²³.

Por fim, para se referir à mulher que gesta a criança, conforme definido em contrato, e com o intuito de realizar projeto parental de outrem, utiliza-se a expressão “gestante substituta”²⁴.

²³ Utiliza-se, internacionalmente, a sigla ISA – *international surrogacy arrangement*.

²⁴ Em inglês, o termo mais utilizado é *surrogate*. Não há tradução literal adequada para o português ou para o espanhol, motivo pelo qual se utiliza, aqui, a expressão “gestante substituta”.

CAPÍTULO 1 - Estabelecimento da Gestação por Substituição Transnacional e o Turismo Procriativo.

Neste capítulo, é apresentado breve histórico da evolução da gestação por substituição. Versa-se sobre o surgimento da prática e sua relação com as técnicas de reprodução assistida na atualidade, as diferentes modalidades existentes e os atores envolvidos. Contextualiza-se o contrato de gestação por substituição e suas peculiaridades.

São apresentados, a título explicativo e exemplificativo, alguns dos principais casos de litígios transnacionais envolvendo a problemática e faz-se sucinta explanação da situação da gestação por substituição nos países mais comumente envolvidos em controvérsias internacionais que encerram a gestação por substituição.

Por fim, são enunciados aspectos polêmicos concernentes ao direito de família, especialmente quanto ao estabelecimento da filiação. Busca-se elucidar os motivos que levaram à transnacionalização da prática, seu crescimento vertiginoso e as consequências advindas desse processo.

1.1. Evolução Histórica

A gestação por substituição – conhecida internacionalmente como *surrogacy* – é uma prática que remonta à antiguidade²⁵. Trata-se do ato de gestar uma criança para entregá-la a outro casal, ou seja, gestar uma criança que não será registrada ou criada como seu filho. Apesar de não se tratar de fato raro ou isolado em registros históricos, vem crescendo vertiginosamente nas últimas décadas²⁶.

Com a popularização das técnicas de reprodução assistida na década de 1980, em especial da fertilização *in vitro*²⁷, possibilitou-se a heteroidentificação entre óvulo e gestante, além da desnecessidade do envolvimento sexual para a ocorrência da gravidez. Essas novas

²⁵ Pode-se citar passagem bíblica em que Raquel tem seu filho por intermédio de sua escrava, Bila, com quem Abraão se relacionou sexualmente com o intuito de fecundação, numa espécie de maternidade por substituição tradicional: “*Aqui está minha escrava, Bila; tenha relações com ela. Quando ela tiver um filho, será como se fosse meu. Desse modo, serei mãe por meio dela*”, **Gênesis**, 30: 1-24.

²⁶ Estudos apontam um crescimento de aproximadamente 1000% no número de casos entre 2006 e 2016. ***International Surrogacy Agreements: Study of Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements***, Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2014.

²⁷ A fertilização *in vitro* (FIV) consiste na união do espermatozoide ao ovócito em ambiente laboratorial. Pode ser realizada pela deposição de um número significativo de espermatozoides (50 a 100 mil) ao redor dos ovócitos (FIV clássica ou convencional) ou pela inserção de um único espermatozoide no interior do ovócito (ICSI), procurando obter embriões de boa qualidade que poderão ser congelados ou transferidos imediatamente para a cavidade uterina. Ver também nota 3.

técnicas influenciaram diretamente no crescimento vertiginoso do número de casos de gestação por substituição.

Nesse cenário, começaram a surgir, ao final do século XX, clínicas especializadas em fertilização *in vitro* e em gestação por substituição. Tais clínicas possuem, em geral, caráter empresarial. Não raramente, promovem o recrutamento de possíveis gestantes e disponibilizam páginas na *internet* para propaganda de seus serviços, prometendo a realização de um projeto parental com o nascimento de uma criança saudável²⁸.

Com a mudança promovida pelos avanços científicos em matéria de reprodução e a profissionalização dos serviços que envolvem a gestação por substituição, possibilitou-se conferir um maior grau de impessoalidade à prática. Assim, acredita-se que mais casais se sentiram confortáveis em recorrer à gestação por substituição sem a necessidade de criar um vínculo - social ou genético – com a mulher que viria a gestar seu filho.

Tendo isso em vista, a gestação por substituição é comumente classificada em dois subtipos: tradicional e gestacional. Na sua forma tradicional, envolve a utilização do ovócito da própria gestante, ou seja, há uma ligação genética entre gestante e a criança. Já a forma gestacional é justamente possibilitada por meio das técnicas de reprodução assistida, pois há uma heteroidentificação entre gestante e óvulo²⁹.

Diferentemente da gestação por substituição tradicional, na modalidade gestacional não há utilização do ovócito da gestante, mas de material genético doado ou fornecido pela própria mãe contratante. Essa inovação foi tida como controversa, pois possibilitou uma tripla maternidade a depender da previsão do ordenamento jurídico doméstico em matéria de parentesco: a mãe afetiva (contratante), a parturiente e a mãe biológica (genética). A gestação por substituição gestacional é, portanto, essencialmente artificial³⁰.

Devido ao caráter simples e consuetudinário que envolve a gestação por substituição tradicional, por muito tempo foi dispensada a utilização de contrato – prevalecendo o costume e a informalidade característica das relações familiares, mesmo que às sombras da lei.

²⁸ TWINE, France Winddance. *Outsourcing the Womb: Race, Class and Gestacional Surrogacy in a Global Market*. Routledge. Nova York, 2015.

²⁹ CALDWELL, Chelsea E., *Baby Got Back? Enforcing Guardianship in International Surrogacy Agreements When Tragedy Strikes*. The University of Memphis Law Review, Vol.49, 2016.

³⁰ Observa-se que em muitos países a gestação por substituição gestacional é permitida e a modalidade tradicional não o é.

A formalização da gestação por substituição foi concomitante ao surgimento da gestação por substituição gestacional. Se antes a prática decorria de acordo informal entre as partes, a partir do envolvimento das clínicas de fertilização e doadores de gametas fez-se necessária a criação de um contrato específico para se adequar à nova realidade³¹. A este acordo se dá o nome de contrato de gestação, ou, em inglês, “*surrogacy arrangement*”³².

Além da formalidade intrínseca à celebração de um contrato escrito, contribuiu também para a complexidade da prática de gestação por substituição o aumento do número de atores envolvidos no processo: pais contratantes, gestante contratada, clínicas e médicos especializados e até agências ou organizações internacionais, que se propõem a encontrar a clínica certa para cada casal. Assim, a inovação da modalidade de gestação por substituição gestacional trouxe à prática certa complexidade. Esse foi relevante fator, em alguns países, para a progressiva regulação da matéria.

Paralelamente ao avanço tecnológico em matéria reprodutiva, ocorreram outros fenômenos que contribuíram para a popularização e difusão da maternidade por substituição. Primeiramente, foi observado um aumento nos fatores que levam um casal a buscar ter um filho de forma não natural. As principais causas apontadas para esse fenômeno são o aumento da taxa de infertilidade³³ e o crescimento do número de casais homossexuais que desejam ter um filho³⁴. Como fatores secundários, são sugeridos o crescimento do número de pessoas solteiras que desejam filiar unilateralmente e de mulheres que, por opção, não desejam passar por um processo de gestação para ter um filho.

Não obstante a possibilidade da adoção para atender a esses casos, muitos casais têm preferido a gestação por substituição. Alega-se, como motivos principais para essa preferência, o desejo de ter um filho ligado geneticamente ao menos a um dos pais contratantes, a burocracia e lentidão do processo de adoção, bem como incertezas decorrentes das características físicas, idade e passado das crianças disponíveis para adoção³⁵.

³¹ *A preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2012.

³² *Op. cit.* CALDWELL, Chelsea E.

³³ Discute-se qual seria o motivo para esse aumento da taxa de infertilidade, especialmente em países da Europa. No entanto, não há, até então, uma resposta definida, sendo a idade mais avançada com que as mulheres começam a tentar engravidar, nos dias atuais, apontada como uma das causas plausíveis. KESSLER, Guillaume. *Recognition of International Surrogacy in France*. Yearbook of Private International Law, Vol. 19, 2017-2018.

³⁴ A esse fator está relacionada a progressiva legalização das uniões e casamentos homoafetivos em diversos Estados, bem como da permissão para que possam adotar uma criança.

³⁵ Muitos casais desejam criar uma criança desde recém-nascida, livre de traumas e que se assemelhe fisicamente a elas, o que os leva a desconsiderar a via da adoção. *Op. cit.* KESSLER, Guillaume.

O avanço da globalização também é apontado como fator para o aumento do número de casos de gestação por substituição. Além da promoção do fluxo de pessoas, o aumento no fluxo de informação também vem contribuindo para a difusão da gestação por substituição pelo mundo.

A internet exerceu importante papel nesse sentido. A democratização e a popularização do acesso às redes possibilitou o surgimento de *sites* especializados em divulgar e promover a gestação por substituição. No tocante ao crescimento internacional da prática, exerce ainda maior influência, pois possibilitou visibilidade às organizações e agências responsáveis por promover o contato entre casais de um país e clínicas de outro. Assim, a gestação por substituição tornou-se mais acessível e globalizada³⁶. Esse conjunto de aspectos contribuiu para o aumento significativo dos casos de gestação por substituição nas últimas décadas.

Devido a questões culturais, sociais e políticas de cada comunidade, os contratos de gestação por substituição e as técnicas de reprodução assistida recebem tratamentos diversos em diferentes países. Por haver questionamentos morais, religiosos e éticos permeando a prática, muitos países proibiram a gestação por substituição, ou até criminalizaram-na.

Já em outros países, houve a regulação da gestação por substituição, permitindo-a amplamente ou com a imposição de, pelo menos, algumas restrições. Destacam-se, como exemplos de normas restritivas existentes, a impossibilidade de comercialização da prática e sua vedação a casais homossexuais ou a pessoas solteiras.

Nada obstante, em muitos países ainda não há qualquer previsão legal a respeito do tema³⁷.

Alguns conflitos surgem justamente da falta de uniformidade com que essas matérias são tratadas. Não há, ainda, consenso internacional sobre como as questões envolvendo filiação nesses casos devem ser solucionadas. A discrepância entre legislações domésticas quanto à gestação por substituição fez com que muitas pessoas buscassem realizá-la em países cuja legislação era mais favorável à prática, dando origem à gestação por substituição transnacional, ou *cross-border surrogacy*³⁸.

³⁶ *International Surrogacy Agreements: Study of Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements*, Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, 2014.

³⁷ Ver tópico 1.2.

³⁸ *Op. Cit.* BEAUMONT, Paul, TRIMMINGS, Katarina.

Com o avanço da globalização, é mais comum que questões familiares ultrapassem as fronteiras de um país e se internacionalizem. Com isto, a gestação por substituição vem se destacando como uma questão de direito de família especialmente internacionalizada.

Além da proibição ou restrição da maternidade por substituição em alguns países, também são apontados como motivos para a procura da gestação por substituição em outros países: o valor do procedimento de fertilização *in vitro*, o valor da compensação paga à gestante, a segurança e a qualidade do serviço prestado por clínicas e pelos profissionais da saúde envolvidos, o amparo legal conferido pelo país de destino e a disponibilidade de gametas com determinadas características, que confirmam à criança vindoura um aspecto físico mais próximo ao dos pais contratantes ³⁹.

Ademais, a criminalização ou proibição das uniões homoafetivas também é fator que corrobora para o crescimento da gestação por substituição transnacional. Alguns países como Grécia e Ucrânia, por exemplo, permitem a gestação por substituição, inclusive na modalidade onerosa, entretanto proíbem a formação de família por casais do mesmo sexo ⁴⁰.

Quanto ao contrato de gestação, instrumento inerente à complexificação da prática, tem-se que é comum a estipulação, entre outros aspectos, da renúncia aos direitos parentais da gestante sobre a criança vindoura e da forma como se dará a compensação financeira.

Esse contrato desempenha não apenas o papel de explicitar as obrigações das partes – clínicas, pais contratantes e gestantes –, mas também o papel de protegê-las. Alguns países exigem, ainda, o “consentimento informado”, documento destinado especificamente à gestante, atestando sua saúde física e mental, além perfazer documento adequado para que a gestante consinta com todos os procedimentos e situações a que se submeterá, inclusive a entrega da criança aos pais contratantes. ⁴¹

Desenhado esse cenário, e com a contínua multiplicação de casos de gestação por substituição transnacional, surgiram conflitos transnacionais que dizem respeito não apenas à responsabilidade das partes contratantes, mas também ao estado civil das crianças advindas da gestação. A discrepância entre legislações, que num primeiro momento deu causa à procura

³⁹ BARUFFI, Maria Caterina. *International Surrogacy Arrangements Tests The Public Policy Exception*. . Yearbook of Private International Law, Vol. 19 (2017, 2018), p. 295-312.

⁴⁰ Assim, casais homossexuais gregos ou ucranianos buscam contratar a gestação por substituição em outros países, mesmo que a prática, em si, seja permitida nesses países. Ver tópico 1.2.

⁴¹ CALDWELL, Chelsea E. *Op. Cit.*

da gestação por substituição pelos pais contratantes em outro país, num segundo momento funcionou como propulsora de conflitos.

Visto que “filiação” é matéria de ordem pública em muitos Estados, passou-se a observar, em alguns desses países, o não reconhecimento do vínculo de filiação das crianças havidas por gestação por substituição em país diferente daquele de residência dos pais contratantes. Para a criança, as consequências extrapolam a indeterminação de parentesco, podendo chegar, em alguns casos, à apatridia e ao abandono.

As diferenças entre as leis internas dos diferentes Estados podem levar a questões complexas de direito internacional privado, considerando o estabelecimento, a contestação e o reconhecimento da filiação de crianças advindas da gestação por substituição. Essas questões estão intrinsecamente ligadas ao melhor interesse do menor e aos direitos fundamentais das crianças ⁴².

O aperfeiçoamento das técnicas de reprodução assistida gerou, ainda, dúvidas pertinentes ao estado de filiação: se o doador de material genético deve ser considerado legalmente pai ou mãe da criança, ou se a gestante substituta, mesmo sem vínculo genético, deve ser considerada mãe por força da lei. Vem ganhando força uma mudança de perspectiva quanto o estabelecimento da filiação – que contribui para que em diversos Estados se abandone uma visão estritamente biológica para abrangência, ou até a predominância, do aspecto afetivo.

O surgimento desses novos fenômenos em matéria familiar gerou desdobramentos legais internacionais envolvendo questões de filiação. No entanto, o desenrolar desses conflitos não vem se mostrando uniforme, pois ainda se atrela às diferentes estruturas culturais, políticas e sociais de cada Estado envolvido ⁴³.

Outros aspectos polêmicos que permeiam a problemática da maternidade por substituição, retardando sua regulamentação ou dando causa a regras proibitivas, são a possibilidade de tráfico humano, a exploração das gestantes e a comercialização do corpo, além da questão da guarda do menor envolvido.

1.2. Panorama da Gestação por Substituição no Plano Internacional e os Litígios Internacionalmente conhecidos

⁴² **Convenção dos Direitos das Crianças das Nações Unidas**, ONU, 1989, arts. 7 e 8.

⁴³ Ver tópico 1.2.

O atual panorama mundial de regulação da gestação por substituição ainda é muito discrepante. Entre os cenários extremos de proibição total e da permissão sem ressalvas, há uma gama de possibilidades que envolvem diversos fatores.

Entre os aspectos limitáveis da prática estão a comercialização, a perfiliação homossexual, a verificação da infertilidade, as restrições de idade, entre outros. A limitação mais comum em diversos Estados se refere à impossibilidade de onerosidade – que se refere à possibilidade de compensação financeira a ser paga à gestante substituta. Resumidamente, há quatro possíveis situações para a gestação por substituição quanto a este aspecto⁴⁴:

1) Proibição total da gestação por substituição, podendo configurar crime. Países que adotam essa postura: Finlândia, França, Alemanha, Islândia, Itália, Paquistão, China, Sérvia, Espanha e Suíça.

2) Regulação da gestação por substituição permitindo inclusive a modalidade onerosa. Países que adotam essa postura: Geórgia, Grécia, Irã, Israel, Nigéria, Rússia, Ucrânia e Estados Unidos (alguns estados).

3) Regulação da gestação por substituição permitindo somente a modalidade gratuita. Países que adotam essa postura: Austrália, Bélgica, Brasil, Canadá, Hong Kong, Hungria, Holanda, Índia, Nova Zelândia, África do Sul, Tailândia e Reino Unido.

4) Inexistência de qualquer regulação quanto à prática. Países que adotam essa postura: Argentina, Colômbia, República Tcheca, Guatemala, Irlanda, Japão, Quênia, Laos, México, Suécia e Venezuela.

É notável, geograficamente, que a Europa Ocidental é a região cujos ordenamentos jurídicos internos são predominantemente contrários à gestação por substituição, concentrando a maioria dos países que proíbem a prática. Por outro lado, é uma das regiões onde mais residem casais que buscam tal prática para realização de projeto parental, especialmente devido ao aumento da taxa de infertilidade e ao número reduzido de crianças disponíveis para adoção em alguns desses países⁴⁵.

Ressalta-se, contudo, que a atual tendência dos países europeus é a progressiva regulamentação da gestação por substituição. A União Europeia, por meio do Conselho

⁴⁴ PRANAV, Raina, AGARWAL, Devansh. *Surrogacy: Removing the Cross National Borders*. International Journal of Recent Research Aspects. 2018.

⁴⁵ BARAS, Stéphanie. *A Comparative of France's and the UK Policies Towards Surrogacy through a Marxist and Gender Approach*. Tese de Mestrado, Universidade de Linköping.

Europeu, tem buscado facilitar e simplificar a documentação para a identificação de parentesco de modo geral, inclusive com relação aos casos que envolvem a gestação por substituição. Um dos focos do órgão é buscar alternativas para solucionar os casos conflituosos envolvendo a prática ⁴⁶.

A par disso, a Ásia foi durante muitos anos o principal destino para a contratação de gestação por substituição. Alguns dos motivos que levaram a isso foram a regulação precária - sem maiores exigências para se tornar um casal elegível ou uma gestante elegível para a prática -, o baixo valor cobrado pelas clínicas para a realização do procedimento de fertilização *in vitro* e o baixo valor a ser pago à gestante à título de compensação ⁴⁷.

Devido ao crescente número de litígios no cenário internacional, esses Estados – notadamente Índia e Tailândia – têm modificado sua legislação doméstica buscando restringir as possibilidades para gestação por substituição.

A diferença entre as regulações é responsável, em grande parte, pela ocorrência de conflitos no cenário internacional. A maioria dos conflitos se dá durante a tentativa de retorno dos pais contratantes com a criança para o seu país de residência. As controvérsias, em geral, ocorrem diante do não reconhecimento de documentos estrangeiros – especialmente da certidão de nascimento – bem como da recusa à homologação de decisões judiciais que reconhecem o vínculo de parentesco entre pais contratantes e a criança ⁴⁸.

Passamos, a seguir, a explanar a situação da gestação por substituição transnacional em alguns dos principais países envolvidos em conflitos transnacionais, bem como um breve histórico dos principais litígios que influenciaram e ainda influenciam os novos rumos para a tratativa da matéria em âmbito internacional. A situação do Brasil será detalhadamente explicada no próximo capítulo.

1.2.1. Panorama da Gestação por Substituição Transnacional nos Principais Estados Envolvidos em Litígios Internacionais

⁴⁶ Observa-se que países com França e Reino Unido já vêm modificando, nas esferas legislativa e judicial, a postura com relação à gestação por substituição. Entretanto, outros países da Europa Ocidental, em especial a Espanha, ainda se mostram reticentes com relação à permissão da prática.

⁴⁷ A título exemplificativo, o valor pago a uma gestante substituta nos Estados Unidos gira em torno de 90 mil dólares. O valor médio pago na Índia é de 30 mil dólares, um terço do valor médio embolsado pela gestante substituta estadunidense. *Op. Cit.* RAINA, Pranav.

⁴⁸ SHÚILLEABHÁIN, Máire Ní. *Surrogacy, System Shopping, and Article 8 of the European Convention on Human Rights*. International Journal of Law, Policy and the Family, 2019.

Destacaram-se por muitos anos como países destino da gestação por substituição, os Estados Unidos, a Índia e a Ucrânia. Já França, Itália e Espanha configuraram por muito tempo como alguns dos países em que mais se rejeitou o registro de crianças concebidas por gestação por substituição, seja por via administrativa ou por via judicial. Reino Unido, Tailândia, Alemanha e Argentina, embora não apresentem, até os dias atuais, regulação completamente permissiva ou proibitiva, frequentemente também são sede de conflitos transnacionais envolvendo a problemática.

A) Alemanha

Na Alemanha, a gestação por substituição é vedada pela Lei de Proteção aos Embriões, que, em seu art. 1º, tipifica como crime a conduta daquele que proceder à fecundação artificial em mulher que esteja disposta a ceder definitivamente o seu filho a terceiros após o nascimento⁴⁹.

A Alemanha, assim como a França e a Espanha, é um dos países que apresenta maior número de conflitos no que concerne à gestação por substituição transnacional, devido à legislação radicalmente proibitiva quanto ao tema. Segundo a lei alemã, a parturiente deve ser considerada mãe da criança. Em casos em que a criança já se encontre sob guarda dos pais contratantes por algum tempo, as cortes alemãs vêm considerando a adoção o melhor caminho para preservar o interesse da criança sem infringir as normas internas. Alguns dos casos mais famosos no cenário internacional, como o caso *Balaz*⁵⁰, envolvem pais contratantes alemães.

Ao apreciar litígios envolvendo a gestação por substituição, os tribunais alemães admitem o reconhecimento do vínculo de filiação ao pai contratante, quando este houver contribuído com material genético.

B) Argentina

A Argentina tem um dos mais bem estabelecidos polos de gestação por substituição da América do Sul. Os procedimentos de inseminação artificial foram

⁴⁹HUTCHINSON, Anne- Marie, *The Hague Convention on Surrogacy: Should we agree to disagree?*, ABA Section of Family Law 2012 Fall CLE Conference Philadelphia, 2012.

⁵⁰ Ver tópico 1.2.2.

regulamentados pela legislação argentina em 2010, e aprimorados em 2013 pela “*Ley 26.862*”, embora o tema específico da gestação por substituição não tenha sido englobado⁵¹.

Foi tentada uma reforma ao Código Civil argentino buscando inserir a gestação por substituição no ordenamento jurídico interno, bem como para impor alguns limites à prática. Entre esses limites, destacavam-se a formalização de consentimento informado da gestante para a realização de contrato de gestação por substituição e o estabelecimento de requisitos, como residência mínima por 3 anos no país, existência de ao menos um filho próprio da gestante, entre outros. No entanto, a proposta de reforma foi rejeitada no ano de 2017.

O tema, portanto, continua sem regulação na Argentina, tornando o país um destino atraente para casais de outros países, embora com ressalvas, pois não há garantias de proteção legal que garanta os direitos de filiação aos pais contratantes⁵².

C) Espanha

Na Espanha considera-se ilícito todo contrato de gestação no qual uma mulher renuncie à maternidade em favor de outrem, pois, de acordo com a legislação doméstica “o corpo humano está fora do comércio jurídico e não pode ser objeto de contrato”. Assim, tal contrato é eivado de nulidade com base no Código Civil Espanhol e na “*Ley 14 de 2006 sobre Técnicas de Reproducción Asistida*”⁵³.

Ressalta-se que a Espanha é um dos países com maior número de católicos no mundo, tendo a religião grande influência no governo e nas leis espanholas. Esse é um dos fatores pelos quais, mesmo havendo uma tendência no cenário europeu a se regularizar a prática, não se vislumbra que tal postura seja adotada pela Espanha nos próximos anos.

Sendo um dos países em que mais se constatou a negação do registro de crianças advindas de gestação por substituição transnacional, a Espanha mantém o posicionamento de que é legítima e está de acordo com a ordem pública internacional a oposição ao registro de certidões de nascimento de fora do país, emitidas em contrariedade à legislação espanhola.

⁵¹ BRODSKY Jonhattan M. *Op. Cit.*

⁵² De acordo com Jonhattan Brodsky, no Cuaderno ASADIP de 2015, tal lacuna normativa é inadmissível: o silêncio legal leva a interpretações divergentes que provocam resoluções distintas por parte dos magistrados, gerando insegurança jurídica no país quanto à resolução dos conflitos derivados da gestação por substituição. *Op. Cit.*

⁵³ TRIMMINGS, Katarina, BEAUMONT, Paul. *Op. Cit.*

Excepcionalmente, as cortes espanholas têm admitido a adoção dessas crianças pelos pais contratantes, o que se verifica nos casos em que o vínculo afetivo já está estabelecido. Ainda assim tais hipóteses se restringem aos casos em que ao menos um dos pais contratantes tenha vínculo genético com a criança.⁵⁴

D) Estados Unidos da América

Por se tratar de um Estado Federativo que adota o sistema da *Common Law*, as unidades federativas dos Estados Unidos preveem a gestação por substituição de diferentes formas⁵⁵. Em alguns dos estados a regulação da prática decorreu de previsão por precedentes, em outros de legislação local. Em alguns estados a gestação por substituição é proibida e, em grande parte, não é regulada⁵⁶.

São exemplos de estados federados que a prática é permitida por lei sob todas as formas: Califórnia, Alabama e Nevada; estados que legalizaram a prática com restrições: Iowa, Luisiana e Kentucky; estados que não apresentam regulação legal: Georgia, Havaí e Oklahoma; e estados que a proíbem, por lei, totalmente: Nova Iorque, Indiana e Nova Jérsei.

Os Estados Unidos são um destino popular para casais que desejam contratar a gestação por substituição, apesar do custo mais alto quando comparado ao verificado em outros países. Isso se dá pela alta especialização do serviço prestado pelas clínicas de fertilização e pelo amparo legal oferecido por alguns estados, como a Califórnia. Ademais, a garantia da nacionalidade estadunidense à criança é um diferencial. Na maioria dos estados em que a gestação por substituição é permitida, as gestantes têm direito a receber cuidados médicos e nutricionais, sendo o tratamento conferido às gestantes nos E.U.A. um dos mais bem avaliados⁵⁷.

E) França

⁵⁴ A exemplo dessa exceção, tem-se o caso do “**AUTO nº 565 de 2018**”, Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona Civil, Espanha.

⁵⁵ KINTOMINAS, Angela et al. *Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A National Conversation Informed by Global Lawmaking*. Columbia Law School, 2016.

⁵⁶ Destaca-se o precedente *Baby M* que, além de pioneiro, ainda exerce forte influência no sistema nacional de precedentes estadunidense. Infere-se que, ao menos por hora, a relevância desse precedente ainda impede a sua superação na *Common Law* estadunidense e dificulta a formação de um precedente de caráter nacional em sentido contrário. *Ibid.*

⁵⁷ PRANAV, Raina. *Op. Cit.*

A França proíbe a gestação por substituição estritamente, de modo que o país se tornou palco de conflitos envolvendo a transnacionalidade da prática⁵⁸. Em casos que ficaram conhecidos como *Menesson vs. France*⁵⁹ e *Labassee vs. France*⁶⁰, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (*European Court of Human Rights, ECtHR*) determinou que a recusa do país em conferir às crianças envolvidas nacionalidade e cidadania violavam os seus direitos da personalidade.

Segundo a lei francesa, a parturiente é considerada a mãe biológica da criança para todos os efeitos. O registro de uma criança como sendo filha de uma mulher que não a gestou é considerado fraude à legislação doméstica e ato atentatório à ordem pública francesa.

Apesar da postura atual do Tribunal Europeu de Direitos Humanos a respeito do tema, por muito tempo a legislação interna da França e a jurisdição desse país adotaram a solução mais radical de negar qualquer filiação, nacionalidade ou cidadania às crianças que nasceram por meio de gestação por substituição em outros países, mesmo que os pais contratantes fossem franceses.

Contudo, tendo em vista as condenações anteriormente sofridas, bem como por um reconhecimento das cortes nacionais de que o melhor interesse da criança deveria ser observado nesses casos, a França recentemente passou a considerar, em suas decisões, a adoção pelos pais contratantes como uma solução para os litígios envolvendo gestação por substituição transnacional⁶¹.

Essa solução, contudo, não é salva de críticas internas, que a consideram uma forma de burlar a legislação doméstica francesa e deturpar o instituto da adoção.

Acrescenta-se que o país vem passando por uma série de mudanças legislativas, que culminaram na expressa permissão das técnicas de reprodução assistida em outubro de 2019, muito embora tal previsão não englobe a permissão para a gestação por substituição⁶².

F) Índia

⁵⁸ ISAILOVIC, Ivana. *Op. Cit.* e KESSLER, Guillaume. *Op. Cit.*

⁵⁹ Caso nº 65192.11 do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

⁶⁰ Caso nº 65941.11 do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

⁶¹ Contudo, tal solução tem se restringido aos casos em que a criança apresenta vínculo genético com ao menos um dos pais contratantes.

⁶² BIRBAUM, Sarah. *France moves to make reproductive technology legal for all*. Public Radio International, 2019.

A Índia foi por muitos anos um dos principais países envolvidos no cenário internacional da gestação por substituição, já que, além de permitir a prática, contava com valores médios mais baixos a serem pagos a clínicas e gestantes ⁶³.

A maior parte das clínicas indianas especializadas em fertilização *in vitro* era voltada ao atendimento de casais estrangeiros. A Índia era um destino popular para a gestação por substituição, anteriormente legalizada em 2002, pois contava com a disponibilidade de infraestrutura médica e disponibilidade de potenciais gestantes.

Essa popularidade, posteriormente, contribuiu para que o país fosse palco de muitos conflitos transnacionais envolvendo contratos de gestação por substituição. As cortes indianas, provocadas a resolver estes conflitos, apresentavam decisões conflitantes a respeito do tema ⁶⁴.

As possibilidades de gestação por substituição na Índia vêm diminuindo progressivamente desde o início da década. Em 2013 foi elaborado um projeto de lei com vistas a proibir a modalidade comercial na Índia. Em 2016 foi apresentado novo projeto que permitia a prática apenas para casais heterossexuais indianos. No ano de 2020, esse segundo projeto ainda tramita no parlamento indiano ⁶⁵.

Os citados projetos de lei visam a proibição da modalidade onerosa, permitindo apenas o ressarcimento com despesas médicas. Busca-se restringir as possibilidades da gestação por substituição somente a casais heterossexuais residentes na Índia, que ainda não tenham nenhum filho e pela modalidade altruísta.

G) Itália

A Itália não apenas proíbe a gestação por substituição como também a criminaliza – prevendo pena de 2 anos de prisão, além de indenização para quem incorrer na prática. O registro de crianças nascidas por gestação por substituição pelos pais contratantes e a homologação de sentenças estrangeiras que reconheçam a filiação aos pais contratantes são considerados atos atentatórios à ordem pública italiana ⁶⁶.

⁶³ HUTCHINSON, Anne- Marie. *Op. Cit.*

⁶⁴ Ver tópico 1.2.2.

⁶⁵ Referido projeto foi aprovado pelo “*Lok Sabha*” em agosto de 2019. *Commercial Surrogacy Banned in India*, disponível em timesofindia.com.

⁶⁶ BARUFFI, Maria Caterina. *Op. Cit.*

A recusa italiana em reconhecer a gestação por substituição como meio válido de filiação foi motivo para um dos emblemáticos litígios no continente europeu, o caso *Paradiso*⁶⁷.

Contudo, a exceção de ordem pública se tornou, nos anos recentes, menos utilizada no país. As cortes italianas vêm entendendo que o melhor interesse do menor deve ser entendido numa balança dos princípios conflitantes, com ponderação, e isso deve ser levado em conta quando do julgamento dos casos de gestação por substituição transnacional.

Nesse sentido, o entendimento atual é de que o reconhecimento de uma decisão ou um documento estrangeiros não podem levar em conta, unicamente, a ordem pública interna, mas também os interesses da criança envolvida. A exceção de ordem pública, portanto, vem sendo mitigada também para evitar que a relação de parentesco seja diferente em estados diferentes.

Ressalta-se, contudo, que as cortes italianas são contundentes em afirmar que, embora o melhor interesse do menor seja prioridade absoluta, em qualquer causa, isso não deve ser entendido como justificção para a homologação de sentença estrangeira em todo e qualquer caso, especialmente quando verificada fraude na tentativa de obter cidadania europeia⁶⁸.

H) Reino Unido

O Reino Unido proibiu a gestação por substituição em sua modalidade comercial pelo “*Surrogacy Arrangements Act*”, de 1995, prevendo sanção àqueles que descumprissem a norma. Por outro lado, admitiu implicitamente a prática quando realizada e forma altruística⁶⁹.

Em 2008, o país aprovou o “*Human Fertilization and Embriology Act*” que, apesar de não tratar especificamente da maternidade por substituição, regula a reprodução assistida e questões envolvendo embriões e células tronco, em geral.

A legislação do Reino Unido conferia à gestante, até o ano de 2019, o direito de requerer a criança de volta por até 2 anos após o seu nascimento. Existem no sistema, ainda,

⁶⁷ Caso nº 25358.12 do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Ver tópico 1.2.2.

⁶⁸ Assim como em outros países da Europa Ocidental, a Itália também tem conferido mais facilidade para o reconhecimento de filiação ou para o processo de adoção quando ao menos um dos pais contratantes possui vínculo genético com a criança. BARUFFI, Maria Caterina. *Op. Cit.*

⁶⁹ GAMBLE, Natalie. *Op. Cit.* e BARAS, Stéphanie. *Op. Cit.*

embora não mais predominantes, as presunções relativas de que a mãe da criança é a parturiente e de que o pai da criança é o marido da parturiente ⁷⁰.

De acordo com a legislação atual, depois do nascimento da criança os pais contratantes podem requerer ao judiciário sua filiação. Qualquer acordo escrito, perante a lei, não será imediatamente exequível, sendo necessária decisão judicial para tanto. Entretanto, para que seja possível esse processo de regularização da filiação, é necessário que a criança seja geneticamente ligada a um dos pais contratantes, ao menos. Outra solução por vezes utilizada é a adoção.

No ano de 2019, foi aprovado projeto de lei que busca regular a gestação por substituição, de modo a relativizar os casos de proibição antes vigentes⁷¹.

I) Tailândia

A Tailândia foi, por muitos anos, um destino procurado para o turismo procriativo. Até meados da década de 2010, a Tailândia era o país mais procurado por casais contratantes residentes no Japão, na Austrália e na Nova Zelândia. Além da proximidade geográfica, a falta de regulação a respeito da gestação por substituição, a existência de clínicas especializadas e a disponibilidades de mulheres elegíveis para se tornarem gestantes substitutas são fatores indicados para essa preferência ⁷².

No entanto, desde 2014, a prática vem sofrendo restrições pelo governo tailandês. Casos como “*Baby Gammy*”⁷³ causaram forte comoção nacional e internacional, mudando visão do país quanto à gestação por substituição transnacional.

Atualmente, a prática na modalidade comercial é vedada para estrangeiros, segundo lei tailandesa aprovada em 2015. De acordo com a legislação vigente, apenas casais heterossexuais tailandeses podem proceder à gestação por substituição comercial. Ao menos uma das pessoas do casal tem que ser nacional tailandês para que seja possível passar pelo processo de gestação por substituição. Outra condição imposta é a duração mínima de 3 anos de união antes de buscar a gestação por substituição ⁷⁴.

⁷⁰ Ver tópico 1.2.

⁷¹ Ver Capítulo 3, tópico 3.4.

⁷² HENAGHAN, Mark. *International Surrogacy Trends: How Family Law is Coping*, Australian Journal of Adoption Vol. 7 No.3.

⁷³ Ver tópico 1.2.2.

⁷⁴ *Op. Cit.* HENAGHAN.

A lei restringiu também as possibilidades para se tornar uma gestante elegível: a mulher deve ser irmã de um dos pais contratantes, ser solteira ou ter o consentimento do marido e deve ter ao menos um filho próprio.

Outrossim, no caminho de buscar coibir qualquer caráter comercial da prática, a venda de gametas se tornou proibida.

J) Ucrânia

Na Ucrânia a gestação por substituição é permitida por lei desde 2004. No entanto, a prática restringe-se a casais heterossexuais e comprovadamente inférteis. Mesmo com essa restrição, o país é considerado um dos destinos mais populares para a gestação por substituição transnacional, especialmente para casais da Europa Ocidental ⁷⁵.

A multiplicidade de clínicas especializadas, bem como o valor médio relativamente baixo cobrado para realização da fertilização *in vitro* e para o pagamento de compensação à gestante substituta são considerados fatores para a popularidade do destino.

Uma das condições impostas aos pais contratantes pela Ucrânia para a gestação por substituição é que ao menos um dos pais contratantes forneça material genético para o procedimento, não podendo ser óvulo e espermatozoides ambos doados

Já as condições para se tornar uma gestante substituta são: idade mínima de 18 anos, atestado de sanidade física e mental e a existência de ao menos um filho próprio. A legislação atual prevê que a criança, ao nascer, será registrada pelo pai contratante e pela gestante contratada e, depois da renúncia aos direitos parentais desta, poderá ser registrada pela mãe contratante.

Ressalta-se que, assim como vem ocorrendo em outros destinos populares para a gestação por substituição transnacional, há projetos legislativos na Ucrânia visando restringir a possibilidade da prática apenas a residentes, devido à existência de conflitos na esfera internacional ⁷⁶.

1.2.2. Litígios Notórios Envolvendo Gestação por Substituição Transnacional

⁷⁵ ERGAS, Yasmin. *Babies Without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy*, Emora International Law Review, Vol. 33, p. 122, 2013 e ISAILOVIC, Ivana. Op. Cit.

⁷⁶ HERMAN, Anastasia. *Surrogacy Law Changes: What to Expect*. Anastasia Herman Law Office, 2019.

Á medida que a prática da gestação por substituição transnacional se popularizava, passaram a surgir litígios transnacionais envolvendo o tema. Diferenciam-se dois tipos de conflitos: aqueles impostos inteiramente pela resistência estatal ao reconhecimento do vínculo de filiação da criança com os pais contratantes, e aqueles em que as partes envolvidas também são corresponsáveis pelo litígio. Em ambas as situações, a regulação da matéria - ou sua ausência - é um dos fatores de conflito.

Na primeira hipótese, observam-se alguns casos de gestação por substituição transnacional que ganharam notoriedade pelo limbo a que foram sujeitas as crianças envolvidas. Embora tenha havido comoção por parte da mídia e da sociedade, não houve resolução célere, o que causou, inevitavelmente, transtornos que duraram anos na vida das crianças e das famílias envolvidas.

Do estudo desses casos, observa-se que a atuação dos órgãos jurisdicionais internos dos Estados envolvidos teve papel relevante para a perpetuação dos litígios. A reiterada profissão de julgados protetivos desses órgãos com relação às suas legislações domésticas levou à postergação, por anos, da situação insustentável de apatridia e até abandono de crianças. Podem ser citados, a exemplo, os casos *Balaz*, *Baby Manji* e *Menesson*⁷⁷.

Percebe-se, desses casos, que tanto pais contratantes, quanto gestantes e clínicas estavam de comum acordo sobre as questões parentais, mas após o nascimento crianças surgiram as dificuldades para a entrada destas com os pais contratantes no país de residência destes. Os conflitos judiciais perduraram, em sua maioria, por anos, alongando a situação jurídica delicada das crianças.

Os tribunais e demais órgãos jurisdicionais internos dos países envolvidos atuaram, muitas vezes, de forma a não atender o melhor interesse do menor, permitindo que as crianças fossem expostas a situações adversas, privadas do convívio de seus pais socioafetivos, sem perspectiva de obtenção de cidadania ou de solução para o conflito.

Já na segunda hipótese, observam-se casos em que os Estados não são os únicos responsáveis pelo surgimento do litígio. As partes envolvidas nesses casos também contribuíram para a exposição da criança a uma situação e vulnerabilidade.

Nesses casos, a violação dos direitos das crianças relaciona-se ao caráter contratual de que se reveste a gestação por substituição na modalidade gestacional: ao não prever cláusulas específicas que garantam a proteção ao menor, o contrato possibilita a

⁷⁷ ERGAS, Yasmin. *Op. Cit.*

disposição dos direitos das crianças segundo a vontade das outras partes envolvidas. Juntando-se esse fator à ausência de regulação, decorre o embaraço à plenitude de direitos das crianças. São exemplos os casos Beasley, Gammy e D. e L.⁷⁸

A seguir, expõem-se alguns dos casos mais notórios de litígios envolvendo a gestação por substituição transnacional:

A) Caso Balaz

Em 2008 um casal alemão celebrou um contrato de gestação por substituição com uma clínica indiana, na Índia, restando estabelecido que seriam utilizados gametas do sr. Balaz e ovócitos doados⁷⁹.

Do processo, nasceram irmãos gêmeos. No entanto, os Balaz não conseguiram retornar para a Alemanha com os bebês, restando ao casal permanecer na Índia com as crianças, situação que perdurou por dois anos. Durante esse período, não foram conferidas às crianças qualquer cidadania ou nacionalidade, pois os gêmeos não eram considerados nacionais nem pela lei indiana, nem pela lei alemã.

As autoridades alemãs recusaram o reconhecimento das certidões de nascimento emitidas na Índia, onde se reconhecia a filiação dos gêmeos aos Balaz. Na tentativa de retornar com as crianças para a Alemanha, os Balaz acionaram o sistema judiciário na Índia, para obter o reconhecimento de nacionalidade indiana às crianças e, assim, possibilitar a emissão de passaportes indianos que permitissem a entrada na Alemanha.

Em sede de recurso, o casal conseguiu o direito de modificar a certidão de nascimento das crianças, prevendo a gestante substituta como mãe dos gêmeos, possibilitando, assim, o requerimento de passaporte para as crianças.

No entanto, meses depois, o Ministro das Relações Internacionais da Índia ordenou a entrega dos passaportes dos gêmeos enquanto não transitado em julgado o processo.

A questão chegou à Corte Superior da Índia, porém, antes de se chegar a uma solução por esse tribunal, os Balaz conseguiram emitir passaportes alemães para os gêmeos, que foram, posteriormente, adotados por eles segundo a lei alemã.

⁷⁸A gravidez múltipla ou a doença congênita, por exemplo, são imprevisíveis mesmo numa gravidez típica. São fatores totalmente incontroláveis e independentes da disposição dos pais.

⁷⁹*Ibid.*

B) Caso Baby Manji

Em 2007 foi celebrado, na Índia, um contrato de gestação por substituição entre um casal japonês (Yamada) e uma clínica indiana. Utilizaram-se, no procedimento, os gametas do Sr. Yamada, e óvulos doados por uma mulher indiana⁸⁰.

Pouco antes do nascimento da criança – que ficou conhecida como Baby Manji, os Yamada se divorciaram e a Sr^a. Yamada não reivindicou a guarda ou qualquer outro direito de filiação sobre a criança.

Com o nascimento do bebê, emitiu-se a certidão reconhecendo filiação somente ao Sr. Yamada. Ao tentar retornar ao Japão com o bebê, as autoridades japonesas informaram que isso só seria possível se a criança emitisse passaporte indiano, para sua posterior adoção pelo Sr. Yamada, segundo as leis japonesas.

No entanto, o Sr. Yamada não conseguiu emitir um passaporte indiano para o bebê, já que este não era considerado nacional segundo as leis da Índia.

Após acionar o sistema judiciário indiano, foi possível emitir um passaporte provisório para *Baby Manji*, com validade de um ano. Transcorrido alguns meses após o nascimento da criança, o Sr. Yamada conseguiu retornar ao Japão. No entanto, a situação da criança no Japão permaneceu indefinida, não tendo cidadania ou filiação documentadas.

C) Caso Menesson

Em 2000, um casal francês celebrou um contrato de gestação por substituição com uma mulher estadunidense na Califórnia - Estados Unidos. No procedimento, foram utilizados gametas do Sr. Menesson e óvulos doados de uma amiga⁸¹.

Nasceram então, na Califórnia, as gêmeas Menesson. Das certidões de nascimento emitidas nos Estados Unidos, já constava o casal francês como pais das crianças. Embora a família tenha conseguido retornar à França, as gêmeas Menesson passaram 10 anos sem filiação ou nacionalidade reconhecidas pelo país onde residiam.

Apenas em 2010 o judiciário francês reconheceu o vínculo de filiação das gêmeas com os Menesson, mas, ainda assim, recusou-lhes a cidadania francesa. Somente em 2014,

⁸⁰ POINTS, Kari. *Commercial Surrogacy and fertility tourism in India: The Case for Baby Manji*. The Kenan Centre for Ethics. Disponível em: <http://www.duke.edu/web/kenanethics/CaseStudies/BabyManji.pdf>

⁸¹ *Case of Menesson v. France, Judgement Extracts*, TEDH - Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Estrasburgo, 2014. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-145389%22%5D%7D>

após processo deflagrado no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a França foi compelida a conceder cidadania francesa para as gêmeas.

D) Caso Beasley

No ano de 2000, o casal Wheler e Berman firmou, na Califórnia, um contrato de maternidade por substituição com uma mulher inglesa, a Sr^a. Beasley. Uma das cláusulas do contrato firmado entre as partes previa que Beasley abortaria em caso de gravidez múltipla ⁸².

Segundo a Sr^a. Beasley, as partes acordaram oralmente que qualquer aborto só seria realizado até a décima segunda semana de gestação. Na oitava semana Beasley foi informada que estava grávida de gêmeos e logo informou o casal californiano.

No entanto, apenas na décima terceira semana de gestação o casal contratante teria providenciado a eliminação de um dos fetos. A Sr^a. Beasley não concordou em prosseguir com essa eliminação, alegando ser moralmente errado proceder dessa forma naquele estágio da gravidez, além de se preocupar com os efeitos que o aborto poderia causar ao feto remanescente e à sua própria saúde.

O casal contratante, inconformado a decisão de Beasley, informou-lhe que eles não tinham mais interesse em nenhuma das crianças que ela gestava e que, devido ao descumprimento do contrato, não efetuariam qualquer pagamento.

A Sr^a Beasley, na pendência de solução para o impasse, se mudou temporariamente para a Califórnia para nascimento das crianças, já que, se permanecesse na Inglaterra, seria considerada a mãe dos bebês para todos os efeitos legais, segundo a legislação vigente.

O casal Wheler e Berman, após desistir das crianças, processou, no estado da Califórnia, a Sr^a Beasley pelo descumprimento do contrato. Esta, por sua vez, processou o casal por danos morais e pediu à justiça californiana que fosse desconsiderada a filiação das crianças ao casal, conferida por contrato, para que fosse possível inseri-las no sistema de adoção, já que ela mesma não tinha a intenção de perfilhá-las.

A Sr^a Beasley teve sua ação julgada procedente, tendo recebido a indenização pleiteada e conseguido inserir as crianças no sistema de adoção.

E) Caso Baby Gammy

⁸² BERYS, Flavia. *Interpreting a Rent-a-Womb Contract: How California Courts Should Proceed When Gestational Surrogacy Arrangements Go Sour*. *California Western Law Review*. Volume 42, nº 2. 2006.

Em 2014, um casal australiano – os Farnell - celebrou um contrato de gestação por substituição com uma mulher tailandesa, Janbua, na Tailândia. A fertilização *in vitro* foi realizada e Janbua engravidou de gêmeos. No sétimo mês de gravidez, foi detectado que um dos bebês portava *Síndrome de Down*. Os Farnell, então, pediram que a gestante abortasse o feto que apresentava a mutação genética ⁸³.

No entanto, Janbua se recusou, pois o aborto seria contra as suas crenças budistas. Após o nascimento dos gêmeos, o casal levou a bebê menina, Pipah, para a Austrália, deixando o bebê menino, Gammy, portador de *Síndrome de Down*, na Tailândia.

Janbua processou os Farnell, na Austrália, por abandono. Ao cabo do processo restou decidido que Gammy não fora abandonado pelo casal ⁸⁴. O caso gerou grande comoção popular, provocando as autoridades tailandesas a modificarem a lei de forma a restringir a gestação por substituição apenas a casais heterossexuais residentes

F) Caso D. e L.

Em 2010, um casal homossexual formado por um britânico e um belga, residentes inicialmente na Bélgica, celebrou contrato de gestação por substituição com uma clínica na Índia. Foram utilizados, no procedimento, gametas do britânico e um ovócito doado ⁸⁵.

O casal participou da criação das crianças tão logo estas nasceram. No entanto, a clínica contratada nunca chegou a requerer o documento de consentimento informado à gestante. Tal documento era imprescindível, segundo a lei indiana, para o registro dos bebês pelos pais contratantes, para evitar o tráfico de menores.

Passadas seis semanas após o nascimento das crianças, a clínica indiana foi incapaz de reencontrar a gestante para que confirmasse o consentimento.

Os pais contratantes conseguiram emitir passaportes para as crianças e foram para o Reino Unido. Contudo, sem o documento do consentimento informado, não conseguiram regularizar a situação das crianças.

⁸³ CAMPBELL, Jacky. *The Baby Gammy Case*. Forte Family Lawyers. Australia, 2016.

⁸⁴ “*'Baby Gammy' was not abandoned in Thailand, court rules.*” Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/news/2016/04/14/baby-gammy-was-not-abandoned-in-thailand-court-rules/>

⁸⁵ GAMBLE, Natalie. *Op. Cit.*

O casal acionou o sistema judiciário do Reino Unido, requerendo o reconhecimento de filiação das crianças segundo a lei indiana – já que a maternidade por substituição nessa modalidade não seria possível no país de residência.

Em 2012, de forma excepcional, a Corte Real de Justiça em Londres reconheceu a filiação dos gêmeos ao casal, fazendo “excepcional exceção”, já que, mesmo segundo a lei indiana, ainda faltaria documento indispensável para o reconhecimento de filiação das crianças aos pais contratantes.

G) Caso Paradiso

Um casal italiano – Paradiso e Campanelo – celebrou um contrato de gestação por substituição com uma clínica na Rússia. No entanto, ao retornarem com a criança, o Estado Italiano não reconheceu a certidão de nascimento da criança como válida e, portanto, esta não foi registrada ⁸⁶.

A criança, então, foi colocada para adoção na Itália, tendo sido retirada à força do convívio da família. O casal recorreu ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que não conferiu a devolução da criança ao casal de imediato, mas reconheceu que a Itália havia infringido a regra de que a criança só pode ser tomada do convívio familiar em casos de iminente risco.

Em recurso interposto pelo Estado Italiano, o Tribunal considerou que a atuação da Itália, no sentido de colocar a criança para adoção, foi correta - já que não havia vínculo biológico entre a criança e o casal. O Tribunal entendeu que o melhor interesse da criança estava sendo observado dessa forma, pois esse não deveria ser sempre convergente com os interesses dos pais contratantes.

1.3. A filiação na gestação por substituição transnacional

Dos casos estudados, observa-se que o estabelecimento do vínculo de filiação é ponto comum entre os litígios transnacionais envolvendo a gestação por substituição. Filiação é a ligação de um ser humano a outro pelo parentesco maternidade ou paternidade. O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco atribuída a alguém,

⁸⁶ BARUFFI, Maria Caterina. *Op. Cit.*

compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados⁸⁷. A filiação pode ser ainda biológica ou socioafetiva⁸⁸.

Nas legislações mais contemporâneas, é considerada direito personalíssimo, indisponível e imprescindível da criança, independentemente de esta ser fruto, ou não, de um casamento. O vínculo que se perfaz é perene e não se desfaz por morte, emancipação ou maioridade. Segundo a lei brasileira, a única forma de desfazimento da filiação é por meio de decisão judicial – quando houver reconhecimento de casos envolvendo erro em registros cartoriais, fraudes ou para fins de adoção⁸⁹.

Historicamente, a questão da identificação da filiação de uma criança, na maior parte dos Estados, permaneceu relativamente incontroversa. A verdade biológica era antes tida como uma “verdade real”. Fatores históricos, religiosos e ideológicos contribuíram – e, em certa medida, ainda contribuem - para uma concepção patriarcal e matrimonializada da filiação⁹⁰. Contudo, mudanças nos padrões familiares e avanços médicos nas últimas décadas levaram a certa nebulosidade nessa área.

Num processo que data do início do século XX, a filiação começou a desligar-se da origem biológica, passando a admitir outras origens. Atualmente, pode-se afirmar que o estado de filiação é gênero, das quais são espécies as filiações biológica e não-biológica. Destaca-se, nesse processo, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças (CIDC)⁹¹, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1989. Considera-se esse marco como a inversão do norte nas questões relevantes à filiação: a primazia do interesse dos pais foi substituída pela primazia do interesse da criança.

Tem-se, sob esse novo paradigma, a aquisição da posse do estado de filiação. Tal fenômeno se observa quando alguém assume o papel de filho em face daquele ou daquela que assume o papel de pai ou mãe. A posse do estado é, portanto, a exteriorização da convivência familiar e da afetividade⁹².

⁸⁷ No Direito Brasileiro, a constituição da filiação se dá *ope legis* ou a *fortiori social*. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2004.

⁸⁸ Segundo a Lei brasileira, levando em conta a filiação socioafetiva, podem ser registrados até dois pais e duas mães. **Código Civil**, BRASIL, 2002.

⁸⁹ Nesta última hipótese, mantêm-se os impedimentos matrimoniais. *Op. Cit.*

⁹⁰ Legítimo era o filho biológico, nascido de pais unidos pelo matrimônio. Ao longo do século XX a legislação brasileira passou a acompanhar uma linha de tendência ocidental e ampliou os círculos de inclusão dos filhos ilegítimos, culminando a Constituição de 1988 no reconhecimento completo da igualdade entre filhos. **Constituição Federal**, BRASIL, 1988.

⁹¹ Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, ONU, 1989.

⁹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. Cit.*

Nesse sentido, a filiação pode estar ou não relacionada a fatores biológicos. Alguns países reconhecem tão somente a filiação biológica. Nessa concepção, o registro de crianças não relacionadas biologicamente àqueles que alegam parentesco é considerado fraude. Por isso, a “verdade biológica” ainda é relevante em muitos Estados.

Historicamente, podem-se apontar duas formas clássicas de filiação previstas em legislação: o nascimento de filho biológico – filiação natural - e a adoção. No primeiro caso, há a presunção “*mater semper certa est*”, de que seria mãe aquela que gestou a criança e a presunção “*pater is eis*”, de que o pai da criança gerada na constância do casamento seria o marido da gestante⁹³. Apesar de, nos dias atuais, tais presunções terem sofrido mitigação, ainda são predominantes em diversos Estados⁹⁴.

A adoção, por sua vez, é prática milenar que foi sendo progressivamente regulada pelos Estados e configura outra forma historicamente reconhecida de adquirir filiação. No âmbito internacional, regula a matéria a “Convenção sobre a Proteção de Menores e a Cooperação em Matéria de Adoção Internacional de 1993”⁹⁵, elaborada pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e popularmente conhecida como Convenção da Haia. Normalmente, o reconhecimento do vínculo de filiação, nos casos de adoção, se dá pelas vias judicial ou administrativa – mas não por contrato privado⁹⁶.

Contemporaneamente, no plano transnacional, o estabelecimento da filiação se dá por três formas: por força da lei, quando a lei prevê obrigatória a filiação em algum caso⁹⁷; por reconhecimento, quando se reconhece uma situação previamente existente, mas ainda não estabelecida⁹⁸; ou por decisão judicial – caso da adoção⁹⁹.

Além da intrínseca correlação com o direito à nacionalidade, decorrem da filiação os direitos à guarda e à sucessão. Tendo em conta esse aspecto, o não reconhecimento do vínculo de parentesco acarreta reflexos negativos na vida da criança, tolhendo-lhe o direito à identidade e à vida digna.

⁹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit*

⁹⁴ Tem-se como reflexo dessas presunções, por exemplo, no Direito Brasileiro, a causa suspensiva de casamento de viúva ou de mulher que teve o casamento anulado, pelo prazo de 10 meses – período aproximado de uma gestação. BRASIL, Código Civil de 2002.

⁹⁵ **Convenção sobre a Proteção de Menores e a Cooperação em Matéria de Adoção Internacional**, Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 1993.

⁹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. Cit*.

⁹⁷ É o caso de quando lei prevê, por exemplo, que a parturiente é necessariamente a mãe da criança. Ver Capítulo 3.

⁹⁸ Caso da maternidade e paternidade socioafetivas, ou reconhecimento de paternidade após realização teste de DNA.

⁹⁹ **International Surrogacy Agreements: Study of Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements**, Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2014.

Quanto ao estabelecimento da filiação nos casos de gestação por substituição ainda não há consenso. Por permear questões eticamente sensíveis, a regulação da filiação encontra resistência em vários países¹⁰⁰.

A utilização da adoção já foi acatada como solução para alguns casos conflituosos¹⁰¹. Ainda é a medida defendida por alguns especialistas e também é a postura adotada por alguns países, como uma forma de não permitir a apatridia da criança sem ofender a ordem pública interna. Todavia, tal hipótese não é isenta de críticas, por se tratarem, adoção e gestação por substituição, de institutos completamente distintos¹⁰².

A adoção, segundo a doutrina mais moderna, é instituto essencialmente gratuito e que deve, sempre, ser motivado por amor, carinho e solidariedade, sendo ato de desprendimento e altruísmo. As ideias de compensação financeira e de determinação da filiação por contrato são rechaçadas, pois desviam as motivações essenciais do instituto¹⁰³. Nesse sentido, a Convenção da Haia sobre Adoção prevê que as adoções internacionais sejam feitas com base no interesse superior da criança e respeitando seus direitos fundamentais, como forma de prevenir o tráfico de crianças¹⁰⁴.

A gestação por substituição se diferencia por envolver, atualmente, aspectos contratuais em matéria de organização familiar, especificamente quanto ao vínculo de filiação da criança¹⁰⁵.

De modo geral, em países que proíbem a gestação por substituição, observa-se previsão expressa em lei que confere à criança vínculo de parentesco com quem a gestou. Dessa forma, qualquer contrato, documento ou decisão que preveja filiação diferente à criança é considerado fraude à lei doméstica¹⁰⁶.

Quanto aos países que regulam a prática, não se observa homogeneidade entre as legislações. Em alguns países, a criança gestada é considerada filha dos pais contratantes

¹⁰⁰ Ver tópico 1.2.1.

¹⁰¹ Ver tópico 1.2.2.

¹⁰² *International Surrogacy Agreements: Study of Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements*, Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2014.

¹⁰³ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *Adoção – Direito da Criança e do Adolescente*. 5ª Edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

¹⁰⁴ Ademais, em seu artigo 11, alínea “a”, a Convenção prevê expressamente que os organismos envolvidos não podem perseguir fins lucrativos. **Convenção sobre a Proteção de Menores e a Cooperação em Matéria de Adoção Internacional**, Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 1993.

¹⁰⁵ Podem ser citadas como questões éticas relevantes que dificultam a regularização da prática a maternidade e paternidade heterogêneas, a eugenia e a capitalização da reprodução humana, entre outras. *International Surrogacy Agreements: Study of Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements*, Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, 2014.

¹⁰⁶ Alguns países onde este cenário é observado são França, Itália, Espanha. Ver tópico 1.2.1.

desde o nascimento¹⁰⁷. Em outros, a criança é inicialmente registrada como filha da gestante e somente após a renúncia dos direitos parentais é que pode ser registrada pelos pais contratantes¹⁰⁸.

As questões reflexas à filiação, como pensão, guarda, licenças e sucessão também recebem tratamento distinto em muitos países. A depender do que for acordado pelas partes no contrato de gestação por substituição e do que está estabelecido na lei local, a criança pode ser prejudicada.¹⁰⁹

Admitindo-se a possibilidade de concessão do vínculo de parentesco por previsão contratual, há relevantes questões que não prescindem de regulação. A definição do termo inicial da eficácia do contrato, a possibilidade do estabelecimento do nascimento com vida como condição suspensiva e as possibilidades de rescisão são fatores que, se não previstos em lei ou contrato, podem levar a situações de insegurança jurídica que, em última instância, obstam a observância do melhor interesse do menor e incrementam o surgimento de conflitos transnacionais¹¹⁰.

Questiona-se, então como o Brasil se coloca, diante das possibilidades de regulação e definição da filiação nos casos de gestação por substituição. Qual seria o lugar ocupado pelo Brasil no panorama da gestação por substituição transnacional?

¹⁰⁷ Pode-se observar essa previsão, por exemplo, em alguns estados dos Estados Unidos, como a Califórnia. Ver tópico 1.2.1.

¹⁰⁸ Tal situação se observa em países como Ucrânia e Reino Unido, por exemplo.

¹⁰⁹ Embora as legislações mais rígidas se apresentem como reações que buscam, muitas vezes, resguardar as crianças que possam advir de contratos de gestação por substituição, o que se observa dos conflitos transnacionais é a punição da criança que foi concebida dessa forma.

¹¹⁰ A título exemplificativo, são observados no cenário internacional conflitos envolvendo a guarda de uma criança que ainda está sendo gestada, aborto intencional ou não intencional e de rescisão do contrato por alguma das partes envolvidas. CALDWELL, Chelsea E. *Op. Cit.*

CAPÍTULO 2 - A Gestação por Substituição no Brasil

Estabelecido o cenário internacional da gestação por substituição, questiona-se o papel do Brasil frente a tal problemática. Embora seja tema ainda controverso no País, o Brasil não frequenta os principais litígios transnacionais. Diante disso, neste capítulo busca-se elucidar o atual panorama da gestação por substituição no Brasil, com destaque para a apresentação das correntes doutrinárias que abordam a temática.

É realizada análise dos instrumentos infralegais que regulamentam a gestação por substituição no País, notadamente a Resolução nº 2.168, de 2017, do Conselho Federal de Medicina (CFM)¹¹¹ e o Provimento nº 63, de 2017, da Corregedoria Nacional de Justiça¹¹², órgão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Investiga-se a possibilidade de mudanças legislativas quanto à matéria.

Este capítulo objetiva a reflexão a respeito do lugar ocupado pelo Brasil no panorama internacional da gestação por substituição, bem como o apontamento de novas tendências para o País no cenário interno e externo.

2.1 Panorama da Gestação por Substituição no Brasil

O Brasil, atualmente, se insere no panorama internacional da gestação por substituição como um Estado com regulação intermediária, que conta com clínicas especializadas em reprodução assistida, oferecendo os procedimentos de técnica de fertilização *in vitro* a custos médios a baixos¹¹³.

De modo geral, pode-se afirmar que o Brasil ainda adota postura cautelosa com relação à gestação por substituição. A modalidade onerosa da prática é vedada e a modalidade

¹¹¹ O Conselho Federal de Medicina é autarquia federal classificada como conselho de classe. Possui atribuições constitucionais de fiscalização e normatização da prática médica.

¹¹² A Corregedoria Nacional de Justiça é órgão do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que atua na orientação, coordenação e execução de políticas públicas voltadas à atividade correccional e ao bom desempenho da atividade judiciária dos tribunais e juízos do país.

¹¹³ Os custos para a concretização do processo de gestação por substituição, no Brasil, são equivalentes ao valor do procedimento de técnica de reprodução assistida somado aos honorários médicos e aos custos relativos ao parto. O valor da FIV – método utilizado no Brasil – gira em torno de R\$ 25.000,00, ou U\$5.000, aproximadamente. O custo total abaixo da média internacional se deve principalmente à vedação da modalidade comercial da gestação por substituição no País. Assim, os custos básicos são relativos ao processo de FIV, podendo alcançar valores mais altos a depender da vinculação, ou não, a plano de saúde que cubra o parto da gestante, da pactuação de pensão alimentícia, entre outros fatores. Informações fornecidas pelo Dr. Adelino Amaral Silva, médico especializado em reprodução assistida e membro da Comissão Técnica de Reprodução Assistida do Conselho Federal de Medicina.

altruística é permitida com uma série de restrições¹¹⁴. Vale ressaltar que somente é permitida no Brasil a gestação por substituição gestacional, que ocorre por meio de reprodução assistida, sem utilização de gameta da gestante substituta. A gestação por substituição tradicional – quando a criança é concebida naturalmente pela gestante – é prática totalmente vedada no País¹¹⁵.

No atual estágio de regulação, destaca-se o processo de mitigação das presunções de maternidade e paternidade historicamente admitidas pela lei brasileira. Isso porque, no tocante ao reconhecimento de vínculo de filiação, segundo uma visão clássica, os filhos nascidos na constância do casamento presumem-se filhos genéticos do casal. O ordenamento jurídico nacional adota a presunção relativa de que mãe é quem gesta (*mater semper certa est*) e, mais discretamente, a presunção de que o marido da gestante é o pai legítimo (*pater est*).

Nesse sentido, o art. 1.597 do Código Civil¹¹⁶:

“Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

Na doutrina civilista pátria, a gestação por substituição é tema controverso. O contrato de cessão de útero é, para a maioria dos doutrinadores, inválido em razão da ilicitude do objeto¹¹⁷. Nessa esteira, segundo Sílvio Salvo Venosa:

¹¹⁴ Ver tópicos 2.2 e 2.3.

¹¹⁵ Observa-se que a prática da “adoção à brasileira”, que consiste no registro de uma criança por pessoas que não sejam seus pais biológicos, é muito comum no Brasil, embora não haja respaldo legal. Devido à dificuldade de averiguação desses casos – em que predomina a informalidade nas relações – nem sempre é possível o rastreamento, o que contribui para a perpetuação da prática. GONÇALVES, Carlo Roberto. *Op. cit.*

¹¹⁶ Os artigos 1.597 e seguintes do Código Civil exemplificam as presunções *mater certa est* e *pater est*. Segundo o art. 1600, nem mesmo a confissão da mulher é suficiente para ilidir a presunção de paternidade do marido, embora este tenha direito imprescritível a questionar a filiação. BRASIL, **Código Civil**, 2002.

¹¹⁷ Sérgio Ferraz é ferrenho opositor da gestação de substituição. Para ele, não há como cogitar a possibilidade de contrato e muito menos de remuneração pela prática, porquanto “pessoas, presentes ou futuras, não podem ser objeto de contrato”. Já Heloíza Helena Barboza entende que, embora o § 4º do art. 199 da Constituição Federal de 1988 não se aplique diretamente aos casos de gestação de substituição, o contrato é ineficaz, considerando que o estado de filiação implica a existência de direitos indisponíveis, o que representa a impossibilidade de negociação, especialmente de natureza onerosa. FERRAZ, Sérgio. **Manipulações Biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre, S.A. Fabris, 1991 e BARBOZA, Heloíza Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro***. Rio de Janeiro, Renovar, 1993.

“Quanto à maternidade, deve ser considerada mãe aquela que teve o óvulo fecundado, não se admitindo outra solução, uma vez que o estado de família é irrenunciável e não admite transação. Nem sempre será essa, porém, uma solução eticamente justa e moralmente aceita por todos. A discussão permanece em aberto. Muito difícil poderá ser a decisão do juiz ao deparar com um caso concreto. Tantos são os problemas, das mais variadas ordens, inclusive de natureza psicológica na mãe de aluguel, que o mesmo projeto de lei sobre reprodução assistida citado, em tramitação legislativa, proíbe a cessão do útero de uma mulher para gestação de filho alheio, tipificando inclusive essa conduta como crime. Sem dúvida, essa é a melhor solução. No entanto, a proibição não impedirá que a sociedade e os tribunais defrontem com casos consumados, ou seja, nascimentos que ocorreram dessa forma, impondo-se uma solução quanto à titularidade da maternidade. Sob o ponto de vista do filho assim gerado, contudo, é inafastável que nessa situação inconveniente terá ele duas mães, uma biológica e outra geratriz. Não bastassem os conflitos sociológicos e psicológicos, os conflitos jurídicos serão inevitáveis na ausência de norma expressa” (**Direito Civil: direito de família**, 2007, São Paulo: Atlas, 7ª ed., pág. 224)

Para esses autores, a gestação por substituição revela problemas como a comercialização do parto, a dissonância na criação dos filhos, o risco de exploração das mulheres – especialmente as menos favorecidas sob o prisma socioeconômico – e a desestruturação do tradicional modelo de família¹¹⁸.

Embora em minoria, alguns civilistas defendem que a gestação por substituição se coaduna com a Constituição Federal e com o ordenamento jurídico interno. Para os defensores da validade do contrato de gestação por substituição, o argumento é que o objeto contratual não seria a criança, mas sim o empréstimo ou a cessão do útero¹¹⁹.

Segundo esta corrente, para o estabelecimento da parentalidade-filiação nos casos de gestação por substituição, deve-se levar em conta o melhor interesse da criança¹²⁰. Ainda que o nome da gestante substituta conste da declaração de nascido vivo¹²¹, para esta corrente, é necessário assegurar aos pais socioafetivos ou contratantes - que não necessariamente são pais genéticos - o direito de figurar no registro de nascimento da criança¹²².

Em consonância com essa visão, o entendimento de Guilherme Calmon, para quem deve prevalecer a solução que mais bem se adequar ao melhor interesse da criança:

¹¹⁸ Como uma criança não pode ser objeto de contrato, a avença seria nula, por ilicitude de seu objeto, nos termos do inciso II do art. 104 do Código Civil, além da possibilidade de ser configurado ilícito penal, que pune dar parto alheio como próprio e registrar como seu filho o de outrem. BRASIL, **Código Penal**, art. 242.

¹¹⁹ Segundo essa corrente, a “locadora do útero” seria uma profissional. O fato de a remuneração ser feita no ato da entrega do bebê não atrelaria um valor à criança em si, mas ao “empréstimo” do órgão, como uma espécie de serviço que faz jus à remuneração, com as responsabilidades que lhe são peculiares.

¹²⁰ GUIMARÃES, Cláudia Maira Resende Neves. **Homologação de Sentença Estrangeira: Gestação de Substituição Transnacional, o caso Menesson e a Ordem Pública no Brasil**. Fundação Boiteux, 2014.

¹²¹ Sobre a Declaração de Nascido Vivo (DNV), ver tópico 2.2.

¹²² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

“Em se admitindo como legítima a prática da maternidade-de-substituição e, especialmente, apesar de ilegítima se ela efetivamente ocorrer, a solução a respeito da maternidade jurídica, data vénia, não pode ficar a mercê daquela (ou daquelas) que envolveram suas ações em tal prática. Devem-se abstrair os fatos jurídicos da gravidez e do parto, levando em conta que a concepção se dá em momento anterior a tais fatos e, desse modo, os pressupostos para o estabelecimento da maternidade e paternidade devem ocorrer antes da concepção. Nesse sentido, considerando a inexistência da relação sexual entre o homem e a mulher, mas verificando que a conjunção carnal foi substituída pela vontade vinculada a determinados outros pressupostos, como o projeto parental, é fundamental reconhecer que, para o Direito, apenas será mãe a mulher que desejou procriar, e não a mulher que engravidou”

(...)

“Em havendo a prática - mesmo que de forma ilícita -, logicamente que a criança não poderá ser considerada espúria e, conseqüentemente, deve ter resguardados os seus direitos e interesses, entre eles o de integrar uma família onde terá condições de ser amparada, sustentada, educada e amada, para permitir seu desenvolvimento pleno e integral em todos os sentidos, cumprindo-se, desse modo, os princípios e regras constitucionais a respeito do tema. Quanto à paternidade, maternidade e filiação originárias, no entanto, é oportuno observar o mesmo raciocínio anteriormente desenvolvidos a respeito da vontade como principal pressuposto para o estabelecimento dos vínculos, em substituição à relação sexual, já que também na maternidade-de-substituição - como prática associada às técnicas de procriação assistida - não há que se cogitar na conjunção carnal para o fim de permitir a concepção e o início da gravidez da mulher gestante” (O Biodireito e as Relações Parentais, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 747 a 863)

A despeito da corrente vanguardista, a visão doutrinária brasileira majoritariamente contrária à legalização da gestação por substituição reflete o sentimento de relevante parcela da sociedade quanto ao tema. A problemática ainda trava, no Brasil, impasses de cunho ético, jurídico e religioso, vez que desafia questões ligadas a institutos basilares do direito de família¹²³.

A controvérsia doutrinária e a predominância das religiões cristã e de matriz judaica na sociedade brasileira são fatores que dificultam, ainda hoje, regulação da gestação por substituição por meio de lei em sentido estrito. Não obstante, diante do avanço das técnicas de reprodução assistida no País e do respectivo crescimento da demanda por esses métodos, surgiu com o passar dos anos a necessidade de regulamentar, progressivamente, as técnicas de reprodução assistida e a gestação por substituição.

Diante do silêncio do legislador, restou dúvida quanto à legalidade ou não da prática, que começou a ser realizada no Brasil no final da década de 1980. Partindo-se da premissa que, nas relações privadas, é permitido tudo aquilo que não for vedado em lei¹²⁴ - desde que não contrarie os bons costumes ou a ordem pública, deu-se a regulamentação da prática por meio de instrumentos infralegais.

¹²³ LEITE, Eduardo Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo. Revista dos Tribunais 1995.

¹²⁴ Segundo o art. 5º, inciso II da Constituição Federal “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, BRASIL, **Constituição Federal**, art. 5º, 1988.

A regulamentação da maternidade por substituição no Brasil, portanto, não deriva de previsão estritamente legal, mas encontra no texto constitucional fundamentação suficiente para sua existência. Nesse sentido, a Constituição Federal estabelece garantias ao exercício dos direitos reprodutivos em seu artigo 226, §7º, expressando os princípios basilares desses direitos¹²⁵:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

.....
 § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Perante o cenário de ausência de provimento legal¹²⁶ em sentido estrito, ou de apoio doutrinário nesse sentido – seja por desinteresse dos legisladores quanto ao tema, seja pelo entrave ideológico que permeia a prática – tal regulamentação da gestação por substituição e das técnicas de reprodução assistida se deu, inicialmente, por resolução Conselho Federal de Medicina, em 1992.

Atualmente, a matéria é regulada no Brasil pela Resolução nº 2.168, de 2017¹²⁷, do Conselho Federal de Medicina e pelo Provimento nº 63, de 2017¹²⁸, da Corregedoria Nacional de Justiça¹²⁹.

¹²⁵ Acrescenta-se que há previsões constitucionais referentes à proteção dos direitos reprodutivos em artigos esparsos na Carta Magna, que são aplicáveis a ceara civil, penal e trabalhista, a exemplo da proteção à maternidade (art. 6º, caput); do salário família e da licença a gestante (art. 7º, XII e XVIII); da igualdade de direitos aos filhos adotados, extraconjugais e sanguíneos (art. 227, §6º); dos deveres conjugais (art. 226, §5º); do direito previdenciário e da assistência social (art. 201, III e 203, I); e do serviço de saúde (art. 196). BRASIL, **Constituição Federal**, 1988.

¹²⁶ Desde a década de 1990 foram apresentados alguns projetos para tratar da gestação por substituição. O primeiro projeto de lei que tratou da reprodução assistida no Brasil foi o PL 90/1990, que pretendia a proibição da prática. Após vários substitutivos, foi convertido no PL 1.184 de 2003, cujo art. 3º também proíbe a gestação de substituição. Segundo o projeto, participar do procedimento, seja na condição de beneficiário, de intermediário ou de executor da técnica, constituirá crime, com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa. Já o PL 4.892/12 pretende autorizar a gestação de substituição, emprestando executoriedade aos contratos entre os pais sociais e as gestantes substitutas, desde que homologados pelo Poder Judiciário. Atualmente, tramita o projeto de lei 5.768 de 2019 que também prevê a autorização da gestação por substituição. GUIMARÃES, Cláudia Maria Resende Neves. *Op. Cit.*; e consulta ao sítio da Câmara dos Deputados (consultado em 17 de janeiro de 2020). Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=630782C12DADC658E195A583CAEDAA94.proposicoesWebExterno1?codteor=1832321&filename=A+vulso+-PL+5768/2019

¹²⁷ Resolução, no caso específico, é o regramento feito para uma determinada categoria, com validade *interna corporis*. A Resolução 2.168, de 2017, estabelece normas éticas e técnicas para solucionar os problemas relacionados à reprodução humana, partindo da premissa de que a infertilidade é um problema de saúde que diz respeito à prática médica. BRASIL, **Resolução 2.168 de 2017**, Conselho Federal de Medicina.

¹²⁸ Cumpre mencionar que as resoluções e provimentos citados abordam a reprodução assistida em geral. A gestação por substituição é tratada em tópicos específicos ao longo do corpo das referidas normas.

¹²⁹ BRASIL, **Provimento nº 63**, de 2017, da Corregedoria Nacional de Justiça.

De todo modo, mesmo da atual previsão pode-se depreender que o caráter altruísta e familiar atrelado à gestação por substituição pelas resoluções do Conselho Federal de Medicina e do Corregedoria Nacional de Justiça converge, relativamente, com o modelo cristão de formação de família. Esse é um fator indicativo de que a possibilidade de ampliação da regulação da gestação por substituição – como a previsão da modalidade comercial, por exemplo – ainda encontra barreiras na sociedade brasileira.

Quanto à determinação de filiação, a atual regulação conferida pela Resolução nº 2.168, de 2017, do CFM colaborou para tendência de um entendimento mais progressista no Brasil, relativizando as presunções de maternidade e paternidade certas. Atualmente, o registro da criança tida por gestação por substituição, pelos pais socioafetivos (genéticos ou contratantes), independe de decisão judicial, confirmando tal tendência¹³⁰.

A dicotomia entre maioria doutrinária e ausência de previsão legislativa contrárias à legalização da gestação por substituição, de um lado, e sua a regulação pelo Conselho Federal de Medicina e pela Corregedoria Nacional de Justiça, por outro, contribui para situar o Brasil em grau intermediário de regulação da gestação por substituição e de segurança jurídica para as partes contratantes, quando considerado o cenário internacional.

É recomendado, pelo Conselho Federal de Medicina, que seja formalizado contrato entre os pais contratantes e a receptora, com ou sem participação da clínica de reprodução assistida, para dirimir possíveis conflitos. Embora não seja obrigatório, o contrato é meio idôneo para assegurar os direitos e obrigações das partes, estipular restrições e eventual direito de indenização.

A natureza jurídica do contrato oneroso de cessão uterina, no Direito Brasileiro, é objeto de discussão¹³¹. Por ora, as especificidades do contrato oneroso de cessão temporária de útero não permitem enquadrá-lo em nenhuma modalidade prevista legalmente, o que não obsta a sua celebração - apresentando natureza atípica ou *sui generis*. Perante a liberdade negocial adequada ao caso, cada contrato pode conter especificidades para orientar a cessão temporária uterina e sanar conflitos¹³². Ressalta-se que, por tratar de direitos da personalidade, é defendido pela doutrina que devem prevalecer os direitos humanos sobre as questões patrimoniais envolvidas, em caso de litígio¹³³.

¹³⁰ Ver tópico 2.2.

¹³¹ O contrato poderia se caracterizar como locação, comodato e prestação de serviço, por exemplo.

¹³² Algumas das possíveis cláusulas para esses contratos são a previsão dos procedimentos a serem tomados em caso de aborto espontâneo, restrições à gestante substituta, direito de arrependimento – anterior à implementação do embrião- por ambas as partes, e a possibilidade de reparação em caso de vício oculto.

¹³³ CALMON, Guilherme. **O Biodireito e as Relações Parentais**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Dado esse cenário, observa-se que as maiores dificuldades para a realização da gestação por substituição no País não são relativas às questões de domínio da técnica médica adequada aos procedimentos para realização da fertilização *in vitro*. O avanço da biomedicina e das técnicas de reprodução assistida no Brasil já possibilita que clínicas especializadas existentes no país ofereçam os procedimentos com práticas atualizadas segundo parâmetros internacionais, a um custo relativamente acessível.

Atualmente a grande dificuldade para a realização da gestação por substituição no Brasil reside principalmente nas questões de ordem jurídica, pois ainda revelam-se limitadas as possibilidades permitidas para a prática.

2.2. Diretrizes para a Gestação por Substituição no Brasil e as Resoluções nºs 1.358, de 1992; 1.957, de 2010; 2.013, de 2013; 2.121, de 2015, e 2.168, de 2017, do Conselho Federal de Medicina.

As “Normas Éticas para Reprodução Assistida”, criadas pela Resolução nº 1.358, de 1992, do Conselho Federal de Medicina e mantidas pelas resoluções seguintes, instituíram os princípios a serem seguidos pelas técnicas de reprodução assistida e para a gestação por substituição no Brasil¹³⁴. Dentre essas normas, destacam-se os seguintes comandos:

- 1) a reprodução assistida deve ser subsidiária, isto é, somente pode ser buscada no caso de outras técnicas convencionais de reprodução falharem ou não serem biologicamente viáveis¹³⁵;
- 2) toda manipulação genética deve evitar a eugenia;
- 3) a gestante substituta deve ser pessoa da família dos pais contratantes¹³⁶; e
- 4) a doação temporária do útero não pode ter caráter lucrativo ou comercial, por entender-se que a modalidade onerosa da gestação por substituição viola princípios éticos basilares da sociedade brasileira.

¹³⁴ BRASIL, **Resolução 1.358 de 1992**, Conselho Federal de Medicina.

¹³⁵ Essa diretriz vem sendo relativizada ao longo dos anos. Embora ainda haja rejeição à utilização do método para fins meramente estéticos, por exemplo, não é mais exigido que haja o esgotamento das outras vias por meio de sucessivas tentativas para que se realize a gestação por substituição, desde que seja o método mais adequado ao caso concreto para o planejamento parental.

¹³⁶ Tal previsão evita, teoricamente, a contratação onerosa para a realização da gestação de substituição, preservando-se o caráter altruístico do processo. A resolução vigente relativiza essa previsão.

Em resumo, desde a primeira resolução editada pelo Conselho, os princípios que norteiam o regime de doação gratuita e temporária do útero são parentesco, benemerência, gratuidade e impossibilidade de reprodução pelas vias normais. Tais princípios continuam embasando a aplicação das resoluções posteriores do Conselho Federal de Medicina que versam sobre o tema.

A primeira revisão realizada pelo Conselho, Resolução nº 1.957, de 2010, inovou em quatro novas previsões: a) permissão para utilização de reprodução assistida por todas as pessoas, independentemente do estado civil, que desejarem o tratamento; b) limitação do número de embriões transferidos de acordo com a idade da paciente; c) regularização da reprodução *post mortem*; e d) possibilidade de criopreservar apenas embriões saudáveis¹³⁷.

Pouco depois da revisão realizada em 2010, se deu o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, das uniões homoafetivas no Brasil¹³⁸. A crescente procura da gestação por substituição por parte de casais homossexuais fez surgir a necessidade de previsão expressa que permitisse a prática por casais homoafetivos, masculinos ou femininos, mesmo que não fosse constatada a infertilidade de qualquer um dos cônjuges ou companheiros(as)¹³⁹. Tal previsão passou a constar das normas do Conselho Federal de Medicina para técnicas de reprodução assistida a partir da Resolução nº 2.013, de 2013¹⁴⁰.

Dois anos depois, a Resolução nº 2.121 de 2015 inovou ao alterar o procedimento de registro das crianças geradas por técnicas de reprodução assistida em cartório, prevendo que deveria ser realizado “com base no tratamento médico realizado”, de forma a permitir que os pais contratantes (socioafetivos) possam registrar a criança como seu filho(a)¹⁴¹.

¹³⁷ BRASIL, **Resolução 1.957 de 2010**, Conselho Federal de Medicina. Embora a Resolução 1.957 de 2010 já possibilitasse que casais homoafetivos contratassem a gestação por substituição, apenas com o advento da Resolução 2.013 de 2013 essa situação restou clara e explicitamente regulada.

¹³⁸ O Brasil reconheceu as uniões homoafetivas em 2011, por meio das ações diretas ADI 4.277 e ADPF 132 no Supremo Tribunal Federal. Com isso, foram estendidos aos casais homoafetivos os mesmos direitos já reconhecidos aos casais heteroafetivos. As resoluções mais recentes do Conselho Federal de Medicina, atentando-se para essa nova realidade, garantem expressamente a possibilidade de realização da gestação por substituição para casais homoafetivos, nos mesmos termos em que é permitida aos casais heteroafetivos. BRASIL, **Resolução nº 2.121, de 2015**, Conselho Federal de Medicina, BRASIL, **ADPF nº 132 de 2011**, Superior Tribunal Federal e BRASIL, **ADI nº 4.277 de 2011**, Superior Tribunal Federal.

¹³⁹ Quanto a este ponto, observa-se que é permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade. Considera-se gestação compartilhada a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do(s) oócito(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira. BRASIL, **Resolução nº 2.168, de 2017**, Conselho Federal de Medicina.

¹⁴⁰ Ressalta-se que mesmo na atual previsão ainda é respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico. BRASIL, **Resolução nº 2.013 de 2013**, Conselho Federal de Medicina.

¹⁴¹ Para tanto, estabeleceu uma série de documentos devem constar no prontuário do paciente mantido pela clínica e ser apresentados no ato de registro das crianças vindouras. Ver o rol de tais documentos no tópico seguinte. BRASIL, **Resolução nº 2.121 de 2015**, Conselho Federal de Medicina.

Observa-se que o registro deve ser feito diretamente pelos pais contratantes, em conformidade com o Provimento nº 63, de 2017, do Conselho Nacional de Justiça¹⁴². Contudo, na “Declaração de Nascido Vivo”, documento previsto na Lei nº 12.662, de 2012, e obrigatório para todos aqueles que nascerem com vida, deve constar o nome da parturiente, e não o da mãe contratante - um resquício da previsão *mater certa est*¹⁴³.

Das previsões trazidas pela Resolução nº 2.121, de 2015, do Conselho Federal de Medicina, destaca-se também a exigência do “Consentimento livre, esclarecido e informado” como um dos requisitos para a celebração do contrato de gestação por substituição – em consonância com as tendências internacionais da prática.

O “Consentimento livre e informado” deve assentar a concordância entre os pais contratantes e a gestante substituta, a ser deduzido antes da realização do procedimento de fertilização *in vitro*. Abrange aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação da técnica utilizada, bem como informações de caráter biológico, jurídico e ético. O documento deve assegurar, segundo a Resolução nº 2.121, de 2015, que sejam de conhecimento de todas as partes as seguintes regras e garantias¹⁴⁴:

1- o direito à informação, garantido pelas clínicas aos pais contratantes e à gestante, acerca de todos os aspectos biopsicossociais do ciclo gravídico-puerperal e de todas as consequências advindas da gravidez. Inclui-se aqui o direito à informação acerca das possibilidades de aborto na lei brasileira: frente ao risco à saúde da gestante ou por anomalias no feto que impeçam a vida extrauterina¹⁴⁵;

2- o direito à realização do registro civil da criança pelos pais socioafetivos (contratantes), não obstante a constância do nome da parturiente na supramencionada “Declaração de Nascido Vivo”¹⁴⁶.

¹⁴² Ver tópico 2.4.

¹⁴³ BRASIL, **Lei 12.662, de 2012**. Assegura a validade nacional à Declaração do Nascido Vivo- DNV.

¹⁴⁴ BRASIL, **Resolução nº 2.121, de 2015**, Conselho Federal de Medicina.

¹⁴⁵ Desse modo, as clínicas e os profissionais da saúde envolvidos devem manter as partes sempre informadas das consequências advindas de suas escolhas.

¹⁴⁶ Esse requisito confere segurança tanto aos pais que planejaram a gravidez, quanto à gestante por substituição, no caso de eventual conflito negativo de parentalidade. Busca garantir, também, que a criança tenha direito a filiação, nacionalidade e cidadania;

3- o direito a tratamento e acompanhamento médico conferido à gestante substituta durante toda gravidez e no período pós-puerperal, que deverá ser garantido pelos pais contratantes;

4- o direito a pensão alimentícia para a gestante, de obrigação ser paga pelos pais contratantes, devendo esta ser equivalente aos gastos que a gravidez acarreta. Deve-se levar em conta o padrão de vida da gestante, proibidos valores que descaracterizem o altruísmo da prática¹⁴⁷.

A Resolução nº 2.168, de 2017, do CFM é a previsão mais atual e completa em matéria de gestação por substituição e reprodução assistida no Brasil, tendo sido publicada em 10/11/2017. Com ela, foi revogada a Resolução nº 2.121, de 2015, sem contudo retroceder nos direitos ali previstos, mas sim ampliando e esclarecendo a regulação das questões relativas à reprodução assistida. Na ausência de lei em sentido estrito, a Resolução nº 2.168, de 2017, regula plenamente os temas por ela abordados.

Com a edição dessa resolução, não mais se exige estado específico civil nem dos pais contratantes, nem da gestante. Atualmente, não é exigido de nenhuma das partes que sejam casadas ou solteiras¹⁴⁸. A gestação por substituição passou a ser aceita nos casos de pessoas em situação de infertilidade social, ou seja, aquelas que, embora fisicamente aptas a reproduzir-se, encontram outras barreiras e obstáculos, que podem ser superados com segurança mediante emprego de técnicas de reprodução medicamente assistida.

O ato normativo vigente entende a crescente infertilidade humana como um problema de saúde que acarreta complicações médicas e psicológicas, concebendo como legítimo o anseio em superar essa patologia.

Alguns limites atualmente estabelecidos são relativos a todos os processos envolvendo as técnicas de reprodução assistida: a vedação à escolha de sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho¹⁴⁹ e a proibição da fecundação de oócitos

¹⁴⁷ Podem ser considerados gastos acarretados pela gestação os valores extras desembolsados com alimentação, remédios e roupas, por exemplo.

¹⁴⁸ BRASIL, **Resolução 2.168 de 2017**, Conselho Federal de Medicina.

¹⁴⁹ Excetua-se a possibilidade de evitar doenças genéticas por meio da seleção de embriões saudáveis. As técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA-compatíveis com algum irmão já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente. BRASIL, **Resolução 2.168 de 2017**, Conselho Federal de Medicina.

humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana. Em caso de gravidez múltipla, a resolução mantém a vedação a eliminação de embriões excedentes¹⁵⁰.

Segundo a Resolução 2.168, de 2017, norteiam a prática das técnicas de reprodução assistida e da gestação por substituição: o auxílio à resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação, a sua utilização para preservação social e/ou oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos, e a limitação aos casos em que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o(a) paciente ou o possível descendente¹⁵¹.

Quanto à doação de embriões, tema que concerne mais especificamente à gestação por substituição, é vedado o caráter lucrativo ou comercial. Os doadores não podem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. É estabelecido, ainda, limite de idade para a doação de gametas - que é de 35 anos para a mulher e de 50 anos para o homem.

A criação de regras direcionadas às clínicas de reprodução assistida é outra novidade da resolução vigente. Para os médicos e para a equipe clínica, são previstos deveres de caráter técnico e ético¹⁵². Já às clínicas, especificamente, são impostas regras que visam à minimização de possíveis transtornos futuros às partes envolvidas¹⁵³, como dever de manter, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores, o registro permanente dos pacientes e a sujeição desses registros à fiscalização do Conselho Federal de Medicina¹⁵⁴.

Interessante regra permite a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em reprodução assistida, em que doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos

¹⁵⁰ Há, ainda, uma limitação quanto ao número de embriões transferidos. As regras são estabelecidas pelo art. 7º da resolução. BRASIL, **Resolução 2.168 de 2017**, Conselho Federal de Medicina.

¹⁵¹ Estes princípios não anulam aqueles previstos desde a Resolução 1.358 de 1992, mas a eles se acrescentam, no sentido de ajustar as diretrizes da prática da gestação por substituição à nova realidade do século XXI.

¹⁵² Pode-se citar, como exemplo de dever técnico, a escolha das doadoras de oócitos, que é de responsabilidade do médico assistente. Segundo a resolução, dentro do possível, o médico deverá garantir que a doadora tenha maior semelhança fenotípica com a receptora. Como exemplo de dever ético pode-se mencionar a proibição aos médicos, funcionários e demais integrantes da equipe multidisciplinar das clínicas em participar como doadores nos programas de reprodução assistida. BRASIL, **Resolução 2.168 de 2017**, Conselho Federal de Medicina.

¹⁵³ As clínicas, centros ou serviços onde são feitas as doações devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com legislação vigente. Ademais, na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes. Um(a) mesmo(a) doador(a) poderá contribuir com quantas gestações forem desejadas, desde que em uma mesma família receptora. BRASIL, **Resolução 2.168 de 2017**, Conselho Federal de Medicina.

¹⁵⁴ Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a). BRASIL, **Resolução 2.168 de 2017**, Conselho Federal de Medicina.

financeiros que envolvem o procedimento. Nesse caso, a doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido¹⁵⁵.

Quanto à preservação de embriões, a resolução estipula que as clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, oócitos, embriões e tecidos gonádicos¹⁵⁶. No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

Nesse ponto, destaca-se que o Brasil apresenta previsão vanguardista quando comparado a outros Estados onde não há nenhuma previsão quanto ao destino de embriões nos casos de ausência dos pais contratantes. No entanto, ressalta-se que algumas previsões no tocante ao descarte de embriões ainda são alvo de debate e controvérsias, tanto no meio médico quanto na sociedade¹⁵⁷.

A atual resolução permite, ainda, a reprodução assistida *post-mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

Especificamente quanto à gestação por substituição, a Resolução nº 2.168, de 2017, do CFM os seguintes critérios e limitações para a realização da prática:

- a) parentesco de até 4º grau entre a gestante substituta e qualquer um dos pais contratantes, sendo permitidas exceções previamente avaliadas mediante parecer emitido pelo respectivo Conselho Regional de Medicina¹⁵⁸;
- b) vedação ao caráter comercial prática, não se incluindo nesta regra o reembolso de despesas relacionadas à gestação¹⁵⁹;
- c) plena capacidade civil das partes envolvidas;

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ O número total de embriões gerados em laboratório será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, conforme determina a Resolução. Os excedentes, viáveis, devem ser criopreservados. BRASIL, **Resolução 2.168 de 2017**, Conselho Federal de Medicina.

¹⁵⁷ Os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados. É considerado embrião abandonado é aquele em que os responsáveis descumpriram o contrato pré-estabelecido e não foram localizados pela clínica. BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução N° 2.268 de 2017**.

¹⁵⁸ A Resolução prevê que: “A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau - mãe/filha; segundo grau - avó/irmã; terceiro grau - tia/sobrinha; quarto grau - prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.” BRASIL, **Resolução 2.168 de 2017**, Conselho Federal de Medicina.

¹⁵⁹ A Lei 11.804 disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido. BRASIL, **Lei 11.804 de 2008**.

d) idade máxima de 50 anos da gestante substituta – permitidas exceções com prévia autorização médica¹⁶⁰;

e) prontuário médico, de responsabilidade da clínica constando os seguintes documentos:

- documento de “consentimento livre e esclarecido” assinado pelos pais contratantes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação¹⁶¹;

- relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;

- termo de compromisso entre pais e a cedente temporária do útero, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

- termo de compromisso, assumido pelos pais contratantes, de arcar com o tratamento e o acompanhamento médico multidisciplinar - se necessário – da gestante substituta, até o puerpério;

- termo de compromisso, assumido pelos pais contratantes, em proceder ao registro civil da criança, devendo a documentação ser providenciada durante a gestação;

- aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável¹⁶².

¹⁶⁰ De acordo com o art. 3º, §1º da Resolução, “As exceções a esse limite serão aceitas baseadas em critérios técnicos e científicos fundamentados pelo médico responsável quanto à ausência de comorbidades da mulher e após esclarecimento ao(s) candidato(s) quanto aos riscos envolvidos para a paciente e para os descendentes eventualmente gerados a partir da intervenção, respeitando-se a autonomia da paciente.”. BRASIL, **Resolução 2.168 de 2017**, Conselho Federal de Medicina.

¹⁶¹ É o documento por meio do qual os pais contratantes e a gestante substituta consentem em se submeter aos processos vindouros e informam estar a par de todas as obrigações e direitos decorrentes da gestação por substituição. O documento deve ser assinado antes da realização da técnica de reprodução assistida e deve abranger aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação da fertilização *in vitro*, bem como informações pertinentes ao caráter biológico, jurídico e ético da prática. De acordo com o art. 4º da Resolução, o consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de reprodução assistida deverão ser detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. O documento de consentimento livre e esclarecido deverá ser elaborado em formulário especial e estar completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas. BRASIL, **Resolução 2.168 de 2017**, Conselho Federal de Medicina.

Destaca-se, por fim, que os maiores avanços da Resolução nº 2.168, de 2017, com relação à norma revogada são relativos à ampliação das possibilidades para potenciais gestantes substitutas. Nessa resolução foi acrescentada expressamente a possibilidade de filha e sobrinha doarem temporariamente o útero – desde que observados os demais limites impostos¹⁶³ além de restarem esclarecidas as hipóteses em que podem ser concedidas exceções a mulheres com mais de 50 anos e a mulheres que não possuem vínculo familiar com os pais contratantes (socioafetivos).

Da evolução das resoluções depreende-se que, progressivamente, estenderam-se as possibilidades de realização da gestação por substituição. Abandonou-se a visão de que a prática deveria servir como último recurso para pessoas em situação de infertilidade clínica, conceituada ao ensejo de um modelo biomédico.

2.3. Regulação da Gestação por Substituição no Brasil a partir dos Provimentos nºs 52, de 2016, e 63, de 2017, da Corregedoria Nacional de Justiça

O Provimento nº 63, de 2017, da Corregedoria Nacional de Justiça garante, juntamente com a Resolução nº 2.168, de 2017, do Conselho Federal de Medicina, a realização de registro da criança havida por gestação por substituição por seus pais socioafetivos¹⁶⁴, sem a necessidade de constar do registro o nome da parturiente. Veda, ainda, a recusa ao registro de filhos havidos por gestação por substituição (e demais técnicas de reprodução assistida) ou de filhos de casais homoafetivos.

De acordo com a Corregedoria Nacional de Justiça, o assento de nascimento dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida independe de prévia autorização judicial. Exige-se, contudo, o cumprimento da legislação pertinente ao tema – atualmente condensada na Resolução 2.168 do CFM- e o comparecimento dos pais, seja casal heteroafetivo ou homoafetivo, munidos da documentação exigida¹⁶⁵.

¹⁶² Essa regra se faz importante porque o ordenamento jurídico brasileiro, *a priori*, considera como sendo o pai de uma criança o cônjuge da mulher que lhe dá a luz. Com o consentimento do cônjuge da gestante por substituição, comprova-se a sua ciência da situação e da paternidade de fato da criança.

¹⁶³ A Resolução 2.121 de 2015 já previa a possibilidade de que tias, irmãs, mães e primas de um dos futuros pais pudessem ser gestantes substitutas.

¹⁶⁴ Desde que presentes os já mencionados requisitos estabelecidos pelo CFM. Ver tópico anterior.

¹⁶⁵ Se os pais forem casados ou conviverem em união estável, poderá somente um deles comparecer no ato de registro, desde que apresentado o termo referido no art. 2º, § 1º, inciso III deste Provimento. Nas hipóteses de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem haver qualquer distinção quanto à ascendência paterna ou materna. BRASIL, **Provimento nº 63 de 2017**, Corregedoria Nacional de Justiça.

Os documentos cuja apresentação é indispensável para fins de registro e da emissão da certidão de nascimento, em caso de reprodução assistida, são os seguintes:

I - declaração de nascido vivo - DNV¹⁶⁶;

II - declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando a técnica adotada, o nome do doador ou da doadora, com registro de seus dados clínicos de caráter geral e características fenotípicas, assim como o nome dos seus beneficiários;

III - certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável casal, se for o caso.

Especificamente nas hipóteses de doação voluntária de gametas ou de gestação por substituição, deverão ser também apresentados:

I - termo de consentimento prévio, por instrumento público, do doador ou doadora, autorizando, expressamente, que o registro de nascimento da criança a ser concebida se dê em nome de outrem;

II - termo de aprovação prévia, por instrumento público, do cônjuge ou de quem convive em união estável com o doador ou doadora, autorizando, expressamente, a realização do procedimento de reprodução assistida;

III - termo de consentimento, por instrumento público, do cônjuge ou do companheiro da beneficiária ou receptora da reprodução assistida, autorizando expressamente a realização do procedimento.

Assim como a Resolução 2.168, de 2017, do CFM, o Provimento 63, da Corregedoria Nacional de Justiça, também determina que, na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro da criança o nome da parturiente, informado tão somente na declaração de nascido vivo¹⁶⁷.

Outra previsão que se coaduna com as tendências internacionais que permeiam a regulação das técnicas de reprodução assistida é a de que o conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco entre doador ou doadora e a criança gerada por meio da reprodução assistida. Essa previsão traz segurança jurídica aos

¹⁶⁶ Ver tópico 2.2.

¹⁶⁷ Nesse aspecto, o Brasil apresenta legislação progressista quando comparado a outros Estados que permitem alguma modalidade da gestação por substituição. Em muitos países, a emissão da certidão de nascimento deve ser registrada constando obrigatoriamente o nome da parturiente, com mudança da filiação sendo realizada apenas por meio de decisão judicial. Ver Capítulo 1.

doadores de material genético, ao mesmo tempo em que respeita o direito da criança ao conhecimento de suas origens.

O Provimento nº 52, de 2016, o primeiro a ser editado pela Corregedoria Nacional de Justiça, destinou-se especialmente aos cartórios, tendo em vista diversos casos em que ocorria a recusa em registrar crianças advindas de técnicas de reprodução assistida, contrariamente ao que já era previsto por meio de resoluções do Conselho Federal de Medicina¹⁶⁸.

Desde o Provimento nº 52 foi previsto que todos os documentos citados deveriam permanecer arquivados em livro próprio do Cartório de Registro Civil – o que busca resguardar a segurança jurídica dos envolvidos, bem como o direito da criança ao conhecimento de suas origens.

Nesse sentido, é vedado explicitamente aos Oficiais Registradores a recusa ao registro de nascimento e emissão da respectiva certidão para os filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, desde que cumpridas as supramencionadas exigências. O Provimento nº 52 já previa que a desobediência desse comando deveria ser punida disciplinarmente¹⁶⁹.

Por sua vez, o vigente Provimento nº 63, da Corregedoria Nacional de Justiça, publicado no dia 17 de novembro de 2017, buscou a uniformização dos registros de nascimento e da emissão da respectiva certidão para filhos havidos por técnica de reprodução assistida de casais homoafetivos ou heteroafetivos, dedicando uma seção específica para tratar dos casos de gestação por substituição.

Quanto à gestação por substituição, o artigo 2, § 2º do Provimento nº 52 já especificava que "na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo - DNV"¹⁷⁰.

O novo Provimento, de nº 63 acrescentou à previsão a obrigatoriedade de apresentar “termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação”. Manteve também a obrigatoriedade de apresentação dos documentos estabelecidos pelo provimento anterior, com pequenas alterações.

Com relação à obrigatoriedade da presença de ambos os pais quando do registro da criança havida por técnica de reprodução assistida, passou-se a prever, a partir do Provimento nº 63, que, se os pais forem casados ou conviverem em união estável, poderá

¹⁶⁸ BRASIL, **Provimento nº 52 de 2016**, Corregedoria Nacional de Justiça.

¹⁶⁹ BRASIL, **Provimento nº 63 de 2017**, Corregedoria Nacional de Justiça.

¹⁷⁰ BRASIL, **Provimento nº 52 de 2016**, Corregedoria Nacional de Justiça.

somente um deles comparecer ao ato de registro, desde que apresente a documentação referida no art. 17¹⁷¹.

Por fim, no caso de filhos de casais homoafetivos, o provimento vigente determina que o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quanto à ascendência paterna ou materna¹⁷².

2.4. O Futuro da Gestação por Substituição no Brasil e Transnacionalização da Prática

Atualmente, a gestação por substituição carece de previsão por lei em sentido estrito, embora a Resolução nº 2.168, de 2017, do Conselho Federal de Medicina e, de forma complementar, o Provimento nº 63, de 2017, da Corregedoria Nacional de Justiça cumpram o papel de regular a prática no Brasil.

Em escala de regulação do tema, o Brasil é mais bem posicionado que países que não possuem qualquer regulação, ou que países onde a gestação por substituição é proibida completamente. Contudo, a postura frente à gestação por substituição no país é vista como moderada, seja pela vedação da modalidade comercial, seja pela série de limitações impostas à modalidade altruísta.

Ao se considerar o panorama internacional, o Brasil não se caracteriza como destino de predileção para a realização de projeto parental por meio de gestação por substituição. Aliás, o país aproxima-se da caracterização de um país de procedência de casais contratantes: há relevante procura, por parte de residentes no Brasil, pela realização da gestação por substituição no exterior¹⁷³.

Observa-se que as limitações impostas pela atual resolução vigente do Conselho Federal de Medicina dificultam a prática da gestação por substituição no território nacional, o que ocasiona, em certa medida, que sua prática se dê na clandestinidade.

¹⁷¹ BRASIL, **Provimento nº 63 de 2017**, Corregedoria Nacional de Justiça.

¹⁷² Registra-se outra alteração quanto à comunicação do descumprimento por parte do cartório, que segundo o provimento nº 52 deveria ser direcionado ao juiz corregedor. O atual provimento em vigor, de nº 63, estabelece que tal comunicação deverá ser feita ao juiz local para que sejam tomadas as devidas providências de punição disciplinar. BRASIL, **Provimento nº 63 de 2017**, Corregedoria Nacional de Justiça.

¹⁷³ Quanto a este ponto, destacam-se como países de destino para brasileiros realizarem a gestação por substituição os Estados Unidos, a Rússia e a Ucrânia. GUIMARÃES, Cláudia Maria Resende Neves. *Op.Cit.*

De todo modo, para que haja mudanças significativas no processo de gestação por substituição, como a permissão da modalidade comercial, a tendência é que seja necessária regulação por lei em sentido estrito¹⁷⁴. Eventual autorização da prática por meio de lei também possibilitaria uma limitação explícita às atuais presunções de maternidade e paternidade certas, ao trazer um conceito planejado, não biologicamente definido, de filiação¹⁷⁵.

Contudo, a criação de uma lei a respeito do tema no Brasil ainda é uma realidade distante. Não se podem ignorar aspectos morais e religiosos que permeiam a sociedade brasileira e adentram o debate do biodireito e da reprodução assistida. Tais aspectos apresentam-se como dificuldades para que o Congresso Nacional regule, por meio de lei, a gestação por substituição. Em verdade, alguns dos projetos de lei que já tramitaram sobre o tema buscavam justamente a proibição e até criminalização da prática no Brasil.

O Poder Legislativo pátrio tem se mostrado reticente, ao longo das últimas décadas, em regular a gestação por substituição, seja no sentido de permiti-la, seja no sentido de proibi-la. Desde 1990 foram apresentados projetos e substitutivos com esse intuito, sendo que, até o momento, nenhum deles foi aprovado. Atualmente, tramita o Projeto de Lei nº 5.768, de 2019, que prevê a autorização da gestação por substituição¹⁷⁶.

Por outra perspectiva, a atual previsão do Conselho Federal de Medicina, apesar de trazer limitações que dificultem a realização da gestação por substituição no Brasil em maior escala, por um lado, e de não refletir um consenso social ou doutrinário, por outro, não tem sofrido grande rejeição por parte da sociedade civil¹⁷⁷.

Estabelecido o cenário atual da regulação da gestação por substituição no Brasil, tem-se que o País, atualmente, melhor se caracteriza como Estado de procedência de pessoas que buscam realizar seu planejamento parental em outro lugar, cuja legislação lhes seja mais favorável¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Como já mencionado no tópico 2.1, apesar de a regulação do Conselho Federal de Medicina ser suficientemente aceita para não ter sido extirpada do ordenamento jurídico ao longo das últimas décadas, não se observa uma tendência a mudanças radicais.

¹⁷⁵ Reitera-se que, embora tais presunções já sejam mitigadas na prática, ainda não há previsão legal nesse sentido. MARTINS, Flávio Alves et al, *Op. Cit.*

¹⁷⁶ Ver tópico 2.1.

¹⁷⁷ Quanto a esse ponto, o Dr. Adelino Amaral Silva - especialista em reprodução assistida e membro da Câmara Técnica de Reprodução Assistida do Conselho Federal de Medicina - afirma que a regulação por meio de Resolução é adequada ao tema, pois, por envolver avanços médicos e técnicas constantemente em evolução, a Resolução se ajusta mais facilmente ao longo do tempo, ao passo que eventual regulação por Lei poderia engessar o tema, a despeito de avanços na prática médica.

¹⁷⁸ GUIMARÃES, Cláudia Maria Resende Neves. *Op. Cit.*

Não raramente, são retratados nos canais de notícias casais brasileiro que contrataram a gestação por substituição em outro país¹⁷⁹. Essas divulgações não resultaram em comoção generalizada por parte da população ou do Poder Público. Observa-se, tão somente, a comoção de setores religiosos da sociedade e, mesmo assim, com baixo alcance. Como explicação para ausência de repercussão jurídica no país, apesar da reiterada prática de gestação por substituição transnacional contratada por brasileiros, especulam-se alguns motivos.

É possível que haja alto índice de subnotificação, com conseqüente deturpação entre os registros oficiais e os casos subnotificados, especialmente levando-se em consideração a possibilidade da “adoção à brasileira” aos casos de gestação por substituição¹⁸⁰. Também é possível que a permissão da modalidade gratuita da gestação por substituição atenua a rejeição pela gestação por substituição transnacional na modalidade onerosa¹⁸¹.

De modo geral, observa-se que não há uma rejeição direcionada, por parte do Estado Brasileiro, à gestação por substituição transnacional - muito embora pudesse configurar uma burla às normas internas e, potencialmente, ofensa à ordem pública doméstica¹⁸².

Não se observam grandes empecilhos para o retorno daqueles que buscaram alternativas em outros países com legislação mais permissiva, apesar das restrições previstas pelo ordenamento jurídico nacional quanto à prática da gestação por substituição. Constatam-se apenas problemas reflexos ao reconhecimento da filiação aos pais socioafetivos (contratantes), mas não de modo a esta ser totalmente rejeitada pelo Estado brasileiro¹⁸³.

¹⁷⁹ Exemplificando outros casos, cita-se a matéria “**Paulo Gustavo será pai de gêmeos por barriga de aluguel**”, publicada pela revista CARAS em 13 de outubro de 2017.

¹⁸⁰ Ressalta-se, aqui, que ainda há alguma confusão entre as duas práticas. A adoção à brasileira poderia ser considerada modalidade de gestação por substituição na modalidade tradicional, se acordada antes do nascimento da criança, prática vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro e diferente daquela prevista pelo Conselho Federal de Medicina, que envolve técnicas de reprodução assistida. GUIMARÃES, Cláudia Maria Resende Neves. *Op. Cit.*

¹⁸¹ Diferentemente de outros países, onde a gestação por substituição transnacional foi considerada fraude à lei interna, com a ocorrência de casos que se tornaram emblemáticos pelo não reconhecimento de filiação ou nacionalidade e pelo abandono parental. Ver capítulo 1.

¹⁸² A exemplo dessa situação, cita-se a edição de 27 de novembro de 2013, a revista Veja, em matéria intitulada “**Caminho da Índia**” que reporta o crescimento do turismo reprodutivo de brasileiros na Índia, fazendo uma comparação entre legislação, preço e situação jurídica da gestante em substituição no Brasil, na Índia e nos Estados Unidos. Segundo a reportagem de Thaís Botelho, “*casais brasileiros atravessam o mundo para contratar barrigas de aluguel em clínicas indianas. É legal, mais barato e quase sem vínculos com as mães alternativas*”. A reportagem informa, ainda, que “*segundo a Embaixada do Brasil na Índia, quinze bebês foram gerados de mães de aluguel indianas para cidadãos nacionais neste ano*”.

¹⁸³ Há registros de dificuldade para obtenção de licença maternidade e para o reconhecimento de filiação pelo outro cônjuge, em casos de casais homoafetivos, quando o país destino da gestação por substituição não

Isso leva a uma curiosa situação: mesmo que haja alguma dificuldade em regular por lei, em sentido estrito, a prática da gestação por substituição o Brasil, especialmente na modalidade onerosa, não se verifica forte rejeição por parte da sociedade ou do Estado brasileiros em acatar os casos de gestação por substituição transnacional envolvendo pessoas domiciliadas no Brasil.

Outrossim, não há registros de casos envolvendo esta problemática em tribunais superiores, inexistindo até então pedido de homologação de sentença estrangeira referente ao tema no Superior Tribunal de Justiça. Os problemas registrados por casais que buscaram a gestação por substituição em outro país foram resolvidos, de modo geral, na esfera administrativa¹⁸⁴.

Ressalta-se que a Constituição Federal garante a nacionalidade brasileira a filhos de pais brasileiros, mesmo que nascidos fora do território nacional:

“Art. 12. São brasileiros:

I – natos:

- a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;
- b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;
- c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira.

.....”

Nos casos de gestação por substituição transnacional envolvendo pais contratantes brasileiros, na prática, é efetivado o registro da criança em missão diplomática ou repartição consular brasileira no respectivo país, para posterior traslado para um cartório de registro civil

reconhece uniões homoafetivas e, portanto, não permite o registro da criança como filho de ambos os pais contratantes. Apenas como exemplo, pode-se conferir matéria veiculada pela Folha de São Paulo acerca de caso de casal homossexual brasileiro que encontrou dificuldades para registrar seus filhos gêmeos - que foram concebidos mediante gestação por substituição no México. **Pai não consegue registrar filho gerado por barriga de aluguel no exterior**, Folha de São Paulo, 2017. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/03/1863727-pai-nao-consegueregistrar-filho-gerado-apos-barriga-de-aluguel.shtml>.

¹⁸⁴ Ressalva-se a SE 4.525 – US (2009/0077159-0) referente a sentença estrangeira proferida pela Corte de Cook, no estado de Illinois, Estados Unidos, que concedeu a adoção de uma criança, nascida por meio de reprodução assistida, ao companheiro homoafetivo do pai biológico. Embora o relatório da decisão mencione que a técnica de reprodução assistida utilizada foi o de inseminação artificial, a análise aprofundada do caso revelou que se tratava, em verdade, de gestação de substituição. O parecer ministerial foi pela homologação da sentença estrangeira, salientando que aquela foi “enfática ao reconhecer serem favoráveis a personalidade e as condições financeiras do adotante.” Ao apreciar o pedido, a autoridade competente - presidente do STJ - teve por atendidos os requisitos legais necessários à homologação, em especial a não ofensa à soberania nacional, à ordem pública ou aos bons costumes. Restou, portanto, homologada a sentença estrangeira. GUIMARÃES, Cláudia Maria Resende Neves. *Op. Cit.*

no Brasil, conforme o artigo 32 da Lei nº 6.015, de 1973,¹⁸⁵ e a Resolução nº 155, da Corregedoria Nacional de Justiça¹⁸⁶.

Mesmo na ausência de registro perante autoridade consular brasileira, os filhos de brasileiros nascidos no exterior por gestação por substituição transnacional que residirem no Brasil, após completar a maioridade, poderão, a qualquer tempo, propor ação específica na Justiça Federal para optar pela nacionalidade brasileira, conforme o art. 12, inciso I, alínea “c” da Constituição Federal.

Essas previsões também contribuem para que haja maior facilidade para o retorno dos pais com a criança para o Brasil, após o processo da gestação por substituição. Ao contrário do que ocorreu em outros países como França ou a Espanha¹⁸⁷, não foi apontada pelo Poder Público, até então, uma fraude à lei doméstica. Atualmente, o registro da criança em consulado ou repartição consular supre as exigências para o reconhecimento da filiação e da nacionalidade brasileira¹⁸⁸,

Nesse sentido, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, em seu artigo 7º adota a *lex domicili* como regra de conexão para o direito de família¹⁸⁹:

Art. 7º. A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.

Observa-se a ressalva feita pelo art. 17 do mesmo diploma legal, que aborda a ineficácia de leis estrangeiras no país quando contrariarem os princípios políticos, jurídicos e sociais regentes no território brasileiro, aplicando-se nessas hipóteses a lei brasileira:

“Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.”

O atual entendimento na esfera administrativa, entretanto, é de que a realização da gestação por substituição, mesmo que onerosa, quando permitida no país em que os

¹⁸⁵ A Lei 6.015 dispõe sobre os registros públicos no Brasil. BRASIL, **Lei 6.105**, 1973.

¹⁸⁶ A Resolução 155 do Conselho Nacional de Justiça dispõe sobre o traslado de assentos de nascimento, casamento e óbito de brasileiros em país estrangeiro, tomados por autoridade consular brasileira, nos termos da Lei 6.015, de 1973. BRASIL, **Resolução 155, de 2012**, Conselho Nacional de Justiça.

¹⁸⁷ Ver Capítulo 1.

¹⁸⁸ A lei brasileira pode, até mesmo, reconhecer nacionalidade à criança que não tenha obtido a nacionalidade do país de nascença, segundo os critérios lá estabelecidos, desde que se encaixe nas hipóteses previstas na Constituição Federal. O Brasil, em convergência com as atuais tendências internacionais, busca combater a apatridia das crianças como forma de alcançar o melhor interesse do menor e o respeito aos direitos humanos.

¹⁸⁹ BRASIL, **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**, 2010.

brasileiros passaram pela gestação por substituição, não afronta a lei brasileira e rege-se de acordo com a lei local, afastado qualquer menção de fraude ao ordenamento pátrio.

Assim, atualmente, diante da inexistência de lei no Brasil que regulamente a gestação por substituição e não havendo vedação expressa, prevalece a lei do local da expedição dos documentos, preservando-se a eficácia dos atos e contratos praticados no exterior.

O registro em missão diplomática ou repartição consular, garantido pela Constituição Federal, é realizado mediante apresentação da certidão do local do nascimento da criança, com o registro dos pais contratantes, isento de referências da receptora e de possíveis doadores do material genético, quando for o caso, não sendo atribuição da autoridade consular questionar os autores do projeto parental.

Nesse sentido, o Manual do Servidor Consular conta com diretriz que busca resguardar os casos de gestação por substituição transnacional envolvendo brasileiros¹⁹⁰:

“Não se levará em consideração o método utilizado para a fecundação, que poderá ter sido homóloga ou heteróloga, e tampouco o fato de o registrando ter nascido por meio de gestação de substituição.” (MANUAL DO SERVIDOR CONSULAR, p. 129)

O traslado de assento de nascimento de uma criança nascida no exterior, mesmo que por meio de gestação de substituição, não depende de homologação do Superior Tribunal de Justiça. É garantido também, no Brasil, o reconhecimento dos pais que constarem da certidão de nascimento estrangeira.

Por fim, ressalta-se que o Brasil ratificou e promulgou em 1990 a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças. Ao incorporar ao ordenamento jurídico interno, por meio do Decreto Legislativo nº 28, de 1990 e do Decreto nº 99.710, de 1990, o Brasil se obrigou a, em toda e qualquer ação, considerar prioritariamente o melhor interesse da criança.

Portanto, o País assumiu compromisso internacional que seria descumprido em caso de negativa ao reconhecimento da filiação ou nacionalidade da criança nascida por meio da cessão onerosa de útero, se restar configurada a violação ao melhor interesse do menor¹⁹¹. Dispõe o art. 3, item 1, da mencionada Convenção:

“Art. 3

¹⁹⁰ BRASIL, Manual do Servidor Consular, 2010.

¹⁹¹ ONU, **Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças**, 1989. Ver também capítulo 3.

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.
.....”

Embora não restem claros os motivos, não se apresenta grande rejeição à transnacionalidade da prática da gestação por substituição, em afronte à lei doméstica. O Brasil se configura como um país com regulação intermediária quanto à gestação por substituição, caracterizando-se, atualmente, como um país de procedência de pais contratantes no cenário transnacional da prática. Não se vislumbram grandes mudanças legislativas quanto ao tema num futuro próximo.

Esclarecida a situação da gestação por substituição transnacional no Brasil, passa-se ao exame da exceção de ordem pública nos conflitos transnacionais em matéria de gestação por substituição.

CAPÍTULO 3 - Ordem Pública Interna e Internacional e o Melhor Interesse do Menor na Gestão por Substituição

Delineados os cenários nacional e internacional da problemática da gestão por substituição, resta compreender os impactos que os litígios transnacionais trazem às crianças. Questiona-se a relação entre a resistência imposta pelos ordenamentos jurídicos internos em diferentes países e as consequências sofridas pelos menores.

Como observado dos casos estudados no Capítulo 1, a maioria dos litígios está relacionada à resistência dos Estados em acatar uma situação que vai de encontro ao ordenamento jurídico do país. Indaga-se, então, o papel desenvolvido pela ordem pública interna e pela ordem pública internacional nesses conflitos. Para tanto, será realizada breve exposição das correntes doutrinárias atuais a respeito da ordem pública.

Isso posto, esquadrinham-se possíveis caminhos para a gestão por substituição transnacional. É realizado exame do atual projeto da Conferência de Direito Internacional Privado da Haia, a respeito de filiação transnacional, cujo protocolo facultativo aborda a gestão por substituição.

Por fim, analisar-se-ão as tendências internacionais quanto ao tema, as possíveis mudanças legislativas em cada Estado e uma provável mudança na rota da gestão por substituição, apontando possíveis soluções que atendam ao melhor interesse da criança no cenário internacional.

3.1 A Ordem Pública Internacional e a Exceção de Ordem Pública

A ordem pública é questão central nos conflitos internacionais envolvendo a gestão por substituição¹⁹², visto que a invocação da exceção de ordem pública é identificada frequentemente em casos em que houve o não reconhecimento do vínculo de filiação entre a criança e os pais contratantes¹⁹³.

Trata-se de conceito aberto e, por isso mesmo, a ordem pública não pode ser limitada a ter seu conteúdo fixado por qualquer norma escrita, ainda que de natureza

¹⁹² De acordo com os documentos disponibilizados pela Conferência da Haia a respeito do projeto existente, a exceção de ordem pública nos casos de gestão por substituição é uma questão relevante que não foi completamente esclarecida. *Report Of The Experts Group On The Parantage/ Surrogacy Project*, Conferência de Haia da Direito Internacional Privado, 2017.

¹⁹³ Ver Capítulo 1, tópico 1.2.

constitucional¹⁹⁴. Essa variabilidade de conteúdo impõe nos ordenamentos jurídicos a adoção de cláusula aberta, a ser preenchida em cada momento histórico, caso a caso¹⁹⁵.

No plano internacional, faz-se necessário distinguir a ordem pública interna da ordem pública internacional. Segundo Dolinger, pode-se falar em três diferentes graus para a ordem pública. No primeiro grau, haveria a ordem pública interna, referente a cada Estado. No segundo grau, uma ordem pública interna nas relações internacionais, característica do direito internacional privado. Já num terceiro grau, se encontraria a ordem pública verdadeiramente internacional, pertinente aos valores intrínsecos à comunidade internacional¹⁹⁶.

A ordem pública interna pode ser entendida, em sua acepção formal, como o conjunto de valores, princípios e normas que devem ser observados em uma sociedade. Já em sua acepção material, pode ser compreendida como resultado da própria sociedade, de forma a permitir seu funcionamento regular e estável¹⁹⁷.

Cada sociedade, com suas peculiaridades e legislação distintas, possui uma ordem pública interna única. Em muitos Estados, a organização familiar compõe a ordem pública interna, pois diz respeito a questões éticas e morais consideradas essenciais para os valores e funcionamento daquela sociedade. Assim, o instituto funciona como verdadeiro escape garantidor dos valores essenciais do foro¹⁹⁸.

Sob a ótica do direito internacional privado, a ordem pública interna tem o papel de levar à não aplicação de normas alienígenas quando ofensivas aos princípios básicos da ordem jurídica do foro, apesar da indicação de sua competência pelas regras de conexão do direito internacional privado¹⁹⁹.

¹⁹⁴ SOARES, Boni de Moraes. Juízo de prelibação no Direito Processual Internacional. Brasília, 2010.

¹⁹⁵ Para definir concretamente o conteúdo da ordem pública, cabe ao magistrado revelar não uma percepção individual sobre o que pensa quanto ao conceito naquele dado momento histórico, mas uma interpretação que traduza o entendimento médio do povo sobre a relação entre a ordem pública e a específica lei ou decisão estrangeira que se pretende cumprir em no território pátrio. No direito internacional privado, ordem pública é algo que se conhece na realidade concreta, caso a caso. *Op cit.*

¹⁹⁶ DOLINGER, Jacob. **Ordem Pública Mundial: Ordem Pública Verdadeiramente Internacional no Direito Internacional Privado**, Revista Informativa Legislativa, 23ª edição, nº 90, abr-jun de 1986.

¹⁹⁷ LAZZARINI, Álvaro. **A Ordem Constitucional de 1988 e a Ordem Pública**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 29, n. 115, 1992.

¹⁹⁸ A respeito da ordem pública interna sob a ótica do direito internacional privado, Raphael Carvalho de Vasconcelos leciona: “A proteção da ordem pública do direito internacional privado consiste, nesse contexto, no resguardo do núcleo moral inegociável de determinado ordenamento por meio da aferição de atentado à ordem pública e consubstancia condicionante à geração de efeitos no foro por direito ou pronunciamento jurisdicional alienígena. O instituto funciona, desse modo, como verdadeiro escape garantidor dos valores essenciais do foro.” CARVALHO DE VASCONCELOS, Raphael. *Op cit.*

¹⁹⁹ Para Carvalho de Vasconcelos, é “o resguardo do núcleo moral inegociável de determinado ordenamento por meio da aferição de atentado à ordem pública e consubstancia condicionante à geração de efeitos no foro por direito ou pronunciamento jurisdicional alienígena”. *Op cit.*

Comumente, os tribunais lançam mão da exceção, ou da alegação de ofensa à ordem pública, para recusar o conhecimento de uma ação ou rejeitar a aplicabilidade da lei estrangeira indicada pelo elemento de conexão. Consiste isso em um mecanismo de proteção do ordenamento jurídico contra atos e decisões proferidos no exterior que possam ofender os valores mais importantes do ordenamento jurídico pátrio²⁰⁰.

Nesse contexto, deve-se ter em conta que os Estados são soberanos para entrega de jurisdição nos limites dos respectivos territórios. A concessão de *exequatur* não significa nem pressupõe que o pedido do autor da demanda esteja em consonância com o melhor direito segundo o ordenamento jurídico do país do foro. Não significa, tampouco, ausência completa de apreciação material do ato estrangeiro.

Há no juízo deliberatório uma apreciação material do ato, ainda que mínima, restrita à aferição de eventual ofensa à ordem pública. Em outras palavras, há uma análise superficial do mérito para aferir eventual confronto entre a decisão estrangeira e os princípios fundamentais do ordenamento jurídico.

Na determinação da lei aplicável, por um lado, valores fundantes podem excluir a aplicação de regras conflitantes – por meio das chamadas “*mandatory rules*”. Por outro lado, a exceção de ordem pública pode ser invocada quando do reconhecimento de julgamentos estrangeiros²⁰¹. Pela ótica da ordem pública interna, mesmo que uma decisão estrangeira contrarie regras mandatórias de um Estado, pode haver o seu reconhecimento, desde que tais normas sejam mandatórias numa perspectiva estritamente interna. O reconhecimento da decisão estrangeira, nesse caso, não deve causar consequências inaceitáveis à ordem.

Nesse sentido, a ordem pública internacional pode conviver com a ordem pública interna. Além disso, é indevida a invocação da exceção quando, embora não haja conformidade com a ordem pública interna, se observe o cumprimento da ordem pública internacional²⁰².

²⁰⁰ SOARES, Boni de Moraes. *Op. Cit.*

²⁰¹ MORSE, C. **A unificação do direito internacional privado e a Convenção CEE em matéria de lei aplicável às obrigações contratuais**. King's College, Londres. Tradução: Professora Anna Maria Villela.

²⁰² Cita-se, como exemplo no Brasil, o caso da possibilidade de cobrança de dívida de jogo contraída no exterior, embora tal prática seja vedada no Brasil. BRASIL, STJ. **REsp 1.628.974-SP**, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13 de junho de 2017.

Diferentemente da ordem pública interna, a ordem pública internacional é uma, possuindo como normas nucleares as regras de *jus cogens* e os princípios gerais do Direito Internacional²⁰³.

Segundo Savigny, em “*System des Heutigen Romischen Rechts*” - as leis de algumas nações, ao preverem institutos como escravidão e pena de morte civil, violariam os princípios da chamada “comunidade judicial dos povos”. Ocorreria, então, a rejeição de normas estrangeiras que consubstanciam valores inaceitáveis aos padrões morais e legais dessa comunidade²⁰⁴.

Nyboyet agregou ao conceito de ordem pública internacional a “inclusão de todos os homens e todas as sociedades”²⁰⁵. Haveria uma ordem pública mundial, verdadeiramente internacional, comum às nações civilizadas que têm obrigação de respeitar para não serem excluídas da comunidade jurídica, que seria a base do Direito Internacional.

Seguindo essa perspectiva, o consenso de alguns países, ou mesmo de todos os países, sobre um assunto não o transmuta em ordem pública, que requer a existência de interesse comum da humanidade, compondo uma ordem pública verdadeiramente internacional.

No plano prático, a ordem pública internacional não se presta a resolver a colisão de interesses circunstanciais das nações individualmente consideradas. Casos individuais não configuram ofensa à ordem pública internacional, apenas aqueles que atingem a comunidade global.

Nem por isso a ordem pública internacional é necessariamente mais abrangente do que a ordem pública interna. Pelo contrário, o caráter casuístico confere à ordem pública internacional aspecto restrito. Abarca direitos entendidos como vitais à comunidade internacional, não abrangendo aqueles mais peculiares a Estados específicos, nem se engessando a um ordenamento jurídico ou a direitos pré-determinados.

²⁰³ Maury agregou ao conceito a ideia de uma composição por regras de *jus cogens* e por princípios gerais de direitos reconhecidos pelas nações civilizadas MAURY, J., *L'Eviction de la Loi Normalement Compétent: L'Ordre Public International et la Fraude à la Loi*, 1942, p.140.

²⁰⁴ SAVIGNY, *Le Traité de Droit Romain*, traduzido por Guenoux, 2ª edição, 1860.

²⁰⁵ NYOBET, *Le rôle de la Justice Internationale em Droit International Privé, Illecuiel de Cours*, nº 40, 1932, pp. 157-177.

Apesar do caráter disperso, tem se consolidado no cenário internacional progressiva convergência entre a ordem pública e os direitos humanos, especialmente no tocante à ordem pública internacional²⁰⁶.

Para Erik Jayme, os direitos humanos seriam as novas “normas fundamentais” e esses direitos, incluídos nas constituições, influenciaram o novo direito privado. O Direito assume um novo papel social, “*como limite da intervenção do Estado, como protetor do indivíduo e como inibidor de abusos, mas também como incentivador de uma ação afirmativa do Estado para alcançar a equidade e a igualdade material entre todas as pessoas na nova sociedade multicultural*”, formando os direitos humanos o núcleo da ordem pública internacional²⁰⁷.

Assim, os direitos fundamentais, entendidos nessa concepção como os direitos humanos, passariam a compor um núcleo intransponível que limitaria a ordem pública internacional²⁰⁸.

Por essa perspectiva, a exceção de ordem pública – necessariamente internacional - deve ser invocada tão somente quando constatada violação às diretrizes da comunidade internacional. Assim, tal instituto não serve como uma limitação à diversidade, para se contrapor aos valores éticos, sociais e econômicos de uma sociedade, pois deve abarcar o conceito de direito à identidade cultural dos povos²⁰⁹.

3.2. O Melhor Interesse do Menor e a Ordem Pública

Partindo-se da visão de que os direitos humanos compõem essencialmente a ordem pública internacional, indaga-se como o princípio do melhor interesse do menor figura diante da problemática da gestação por substituição transnacional. O tema da proteção à criança inclui-se no âmbito da proteção aos direitos humanos e sua regulamentação, mesmo no aspecto privado, não perde de vista esse viés.

²⁰⁶ Para Dolinger, “trata-se de uma ordem de valores situada acima dos sistemas jurídicos internos, que, eventualmente, poderá estar até mesmo em colisão com interesses circunstanciais das nações individualmente consideradas”. DOLINGER, Jacob. *Op. Cit.*

²⁰⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Direito na Pós-Modernidade e a Teoria de Erik Jayme**. In: OLIVEIRA JR. José Alcebíades de Oliveira (organizador). **Faces do Multiculturalismo: Teoria, Política, Direito**. Santo Ângelo: EDIURI, 2007.

²⁰⁸ ROJAS TAMOYO, Daniel. *Aplicación de la ley extranjera em el Derecho Francés*. Revista de Derecho Prevado de a Universidad Externada de Colombia, nº 19, 2010.

²⁰⁹ JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, Recueil des cours, Volume 251, 1995.

O melhor interesse do menor, que se desdobra em outros princípios, direitos e garantias, é internacionalmente reconhecido por diversos diplomas.

De acordo com a Declaração Universal dos Direitos das Crianças (DUDC), de 1959, “a criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços a serem estabelecidos em lei e por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade.” A DUDC prevê também que, ao promulgar leis com este fim, se atenderá fundamentalmente ao interesse superior da criança. Em seu artigo 2º, explicita que toda criança tem direito a uma nacionalidade²¹⁰.

Já a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças de 1989 (CIDC) prevê, em seu artigo 3º que²¹¹:

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

Quanto aos direitos civis, a CIDC aduz que “a criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles”. Em seu artigo oitavo, expõe que “quando uma criança se vir privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados Partes deverão prestar assistência e proteção adequadas com vistas a restabelecer rapidamente sua identidade”²¹².

Os Estados, de modo geral, aderiram ao princípio do melhor interesse do menor em seus ordenamentos jurídicos internos e, atualmente, há um arcabouço legislativo no Brasil e no mundo resguardando os direitos da criança. Destaca-se o melhor interesse da criança

²¹⁰ Declaração Universal dos Direitos das Crianças, ONU, 1959.

²¹¹ ONU, **Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança**, 1989. Internalizada no Brasil pelo Decreto 99.710/1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.html.

²¹² Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, ONU, 1989.

como independente e prevalente aos interesses dos pais. Tanto é assim que os documentos internacionais passaram a resguardar os interesses da criança como superiores, nos moldes do artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Por se tratar de princípio, o melhor interesse do menor carrega subjetividade, o que leva a casos de discricionariedade em sua aplicação. Mesmo assim, se excluem dessa subjetividade o direito a filiação, nacionalidade e cidadania, pois são explícitos na CIDC e claramente abarcados pelo conceito de “melhor interesse do menor”.

O melhor interesse do menor, que inclui o direito à filiação e conexos, deve ser considerado integrado à noção de ordem pública internacional, haja vista a ampla proteção que recebe não apenas dos ordenamentos jurídicos de cada país, mas de convenções internacionais que declaram os direitos das crianças.

A consequência desta constatação é que não se pode alegar exceção à ordem pública, de forma a violar o melhor interesse do menor em questões relativas ao direito de filiação, mesmo que as regras referentes ao tema sejam diferentes no país de origem da decisão ou documento estrangeiro. Nesse sentido, pela prevalência da ordem pública internacional, não poderia ser alegada violação às “*mandatory rules*” do ordenamento jurídico de um Estado para excluir a aplicação da jurisdição de outro Estado que age em cumprimento do melhor interesse da criança.

No entanto, foi constatado que os Estados invocam a exceção de ordem pública mais frequentemente nos litígios que envolvem gestação por substituição, destoando do tratamento dado a outros temas no âmbito do direito internacional privado²¹³. A alegação de ofensa à ordem pública, nesses casos, leva ao não reconhecimento de decisões ou de documentos estrangeiros ou à não aplicação da lei indicada pelo elemento de conexão. A consequência é a negação do vínculo de filiação entre a criança e os pais contratantes ou socioafetivos.

Do estudo dos casos litigiosos envolvendo a gestação por substituição no cenário internacional²¹⁴, depreende-se que a exceção de ordem pública não está sendo invocada em conformidade com a ordem pública internacional, resguardando os direitos das crianças. O instituto é invocado justamente com intenções e consequências opostas, se referindo à ordem pública interna dos Estados.

²¹³ *Study of Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangement*, Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2014.

²¹⁴ Ver Capítulo 1.

Observa-se, dos casos estudados, que os tribunais dos países de algumas das regiões predominantes para os casos gestação por substituição, como Europa Ocidental e a Ásia, priorizaram a fiel obediência à lei interna, no que diz respeito à filiação e organização familiar, em detrimento do princípio do melhor interesse da criança.

Mesmo que em alguns países haja flexibilização das regras internas para atender ao interesse das crianças, o alongado atraso na deliberação do litígio já é suficiente para causar danos às crianças envolvidas, privadas do direito à identidade ou até do direito ao convívio familiar durante a primeira infância.

Por vezes, a exceção de ordem pública é invocada explicitamente em suposta defesa ao melhor interesse do menor. No caso *Paradiso*²¹⁵, foi defendido pelo tribunal italiano que o melhor interesse da criança seria observado caso o menor envolvido fosse inserido no sistema de adoção, para ser adotado por pessoas que, obedientes à lei, buscaram realizar o projeto parental dentro dos trâmites legais permitidos no país.

Contudo, essas decisões desconsideram o vínculo já existente entre a criança e os pais contratantes (socioafetivos), que na maioria dos casos já possuem, de fato, a guarda da criança envolvida por alguns meses ou anos. Muitas vezes, além da guarda, ao menos um dos pais ainda possui vínculo genético com a criança²¹⁶, e mesmo assim, por se tratar de gestação por substituição, a exceção de ordem pública é comumente invocada. Constata-se que mesmo as crianças que permanecem com os pais, seja no país em que foi realizada a gestação por substituição, seja no país de residência dos pais, continuam em situação irregular.

Portanto, não se observa, como resultado da invocação da exceção de ordem pública, o alcance ao princípio do melhor interesse do menor. Ao contrário, a consequência da alegação de ofensa - que é a negativa ao vínculo de filiação - é causadora de problemas às crianças. Nos casos em que o Estado alegou ofensa à ordem pública, as crianças envolvidas foram expostas à carência de direitos importantes, como cidadania ou nacionalidade.

Sem o reconhecimento do vínculo de filiação - e muitas vezes de nacionalidade, a criança envolvida permanece em limbo jurídico, desamparada, em prol da observância da lei que determina a filiação nesses países. A exceção de ordem pública, então, vem sendo invocada em contrariedade ao princípio do melhor interesse da criança nos casos de gestação por substituição transnacional, em prestígio à lei interna, de forma a concretizar a violação de direitos humanos no plano internacional.

²¹⁵ Ver Capítulo 1, tópico 1.2.2.

²¹⁶ Por isso, não raramente é reconhecido este vínculo e se procede à adoção da criança pela mãe ou pai contratante com quem a criança não tem vínculo genético. Ver casos relatados no Capítulo 1.

Pode-se concluir, a despeito do alegado em certas decisões, que a exceção de ordem pública para o não reconhecimento do vínculo de filiação entre os pais contratantes e as crianças tidas por gestação por substituição transnacional se refere a uma ordem pública eminentemente interna, e não a uma ordem pública internacional.

A alegada fraude às leis internas que versam sobre filiação e família são cerne da invocação da exceção. Observa-se que a violação aos direitos das crianças e mulheres e a correlação com o tráfico de pessoas são pretextos para a invocação da exceção. Contudo, dos casos concretos, pôde-se observar que, no anseio de punir os pais responsáveis pela contratação da gestação por substituição transnacional a situação da criança foi negligenciada pelos estados envolvidos.

Tal padrão de primazia da legislação interna sobre o princípio do melhor interesse do menor é característica comum aos litígios de gestação por substituição transnacional. Entretanto, tal comportamento vai de encontro à tendência internacional quanto aos temas de direito internacional privado envolvendo o direito de família.

A estigmatização da criança como mero objeto de um contrato, ou resultado de um projeto parental, é reforçada pela invocação de exceção de ordem pública nos conflitos. Os Estados, tribunais e demais órgãos jurisdicionais internos, sem enxergar a criança envolvida como sujeito de direito, acabam por impor-lhes situações degradantes de ausência de filiação, nacionalidade e cidadania, contrariamente ao que dispõe a ordem pública internacional.

3.3. O Projeto para Filiação e Gestação por Substituição na Conferência da Haia

Os conflitos envolvendo a filiação de crianças em casos de contratos de gestação por substituição transnacional podem levar à ausência de reconhecimento de filiação, abandono, apatridia, dificuldades em imigração, dificuldades relativas à guarda e outras responsabilidades parentais e questões identitárias da criança. Nada obstante, o número de contratos transnacionais de gestação por substituição cresce rapidamente.

Tendo isso em vista, os Estados estão buscando se adaptar a essa nova realidade. No entanto, respostas díspares para um fenômeno global podem não resolver a problemática, que exige uma solução também global.

Dado esse cenário, a Conferência de Direito Internacional Privado da Haia passou a estudar as questões envolvendo o direito internacional privado quanto à filiação de crianças, visando à elaboração de um instrumento que trouxesse mais harmonia aos sistemas jurídicos²¹⁷.

Atenta à questão da gestação por substituição e da filiação transnacional, a Conferência vem promovendo debates quanto ao tema desde 2010, buscando alinhar a proteção ao menor quanto à questão filiação com as já existentes previsões contidas nas convenções relativas aos direitos da criança²¹⁸.

Em 2011, quando do primeiro encontro de especialistas na Conferência da Haia para discutir a questão, a organização constatou que a gestação por substituição transnacional se tornou uma questão crescente e global, com múltiplos desafios que ainda não haviam tido a devida atenção da comunidade internacional, incluindo o *status* das crianças advindas desse processo²¹⁹.

Atentos às múltiplas políticas internacionais sobre gestação por substituição, com diferentes abordagens para as questões relativas ao bem-estar da criança, à liberdade de reprodução, à exploração dos vulneráveis, às questões envolvendo saúde pública e também às questões de gênero, os especialistas decidiram que a gestação por substituição transnacional é um fenômeno internacional que demanda atenção da comunidade internacional e solução mais uniforme²²⁰.

Ao longo dos anos, diversas reuniões foram realizadas até a definição da situação atual quanto ao instrumento ideal para tratar da filiação transnacional e da gestação por substituição transnacional. Estabeleceu-se, em 2019, a intenção da Conferência em projetar dois instrumentos separados quanto ao tema: um instrumento abordando reconhecimento de filiação em geral em decisões judiciais alienígenas e um protocolo separado que abordará o

²¹⁷ A Conferência de Haia de Direito Internacional Privado é uma organização internacional de caráter governamental, que atua desde 1893, em busca da codificação das regras pertinentes ao Direito Internacional Privado. Busca, primordialmente, a harmonização dos sistemas jurídicos existentes, de países membros e não membros, especialmente quanto a temas caros e sensíveis para a comunidade internacional, como a proteção da criança. ARAÚJO, Nádia. VARGAS, Daniela. **Comentário ao REsp 1.239.777: o dilema entre a pronta devolução e a dilação probatória na Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de menores**. Artigo publicado na Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, v. 14, p; 117-137, 2012.

²¹⁸ Segundo o grupo de experts: “Existing Hague Conventions may also provide sources of “inspiration” for any future instrument. In particular, the 1996 Hague Child Protection Convention and the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention “inspire” some of the thoughts which follow concerning possible future approaches to multilateral regulation in this field.”, *Study of Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements*, Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2014.

²¹⁹ *Preliminary Note on the private international law issues surrounding the status of children*, Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2011.

²²⁰ *Ibid.*

reconhecimento de filiação em decisões judiciais estrangeiras especificamente envolvendo contratos internacionais de estação por substituição²²¹.

Quanto ao protocolo específico para tratar da gestação por substituição, a organização informou que priorizará a cooperação internacional, reconhecendo as diferentes abordagens dadas ao tema, buscando uma divisão de responsabilidades entre os Estados²²². Assim, a Conferência afirma buscar a atuação multilateral dos Estados, privilegiando os direitos humanos e, mais especificamente, o melhor interesse da criança.

O projeto de instrumento multilateral em desenvolvimento estabelecerá estruturas e procedimentos para assegurar obrigações das partes no contexto da gestação por substituição transnacional. Entre essas obrigações, seriam incluídas as de acertar questões referentes à filiação, assegurar que crianças obtenham nacionalidade, tenham direito a saber de suas origens e sejam protegidas integralmente.

A princípio, o eventual protocolo trataria especificamente dos acordos ou contratos internacionais de gestação por substituição²²³. Segundo a organização, esses acordos deverão ser escritos, assegurando transparente proteção às partes envolvidas. Ademais, deverão ser pactuados necessariamente antes da concepção da criança. Quanto aos julgamentos referentes aos casos de gestação por substituição transnacional, de acordo com a Conferência, o protocolo deverá prever que estes terão de ser tomados rapidamente após o nascimento da criança.

Contrariamente à visão predominante na doutrina, a Conferência expressou, em relatório elaborado pelo grupo de especialistas em 2019, que a adoção doméstica pode ser incluída no escopo do futuro instrumento como forma pela qual pode ser reconhecida a filiação nos casos de gestação por substituição transnacional²²⁴.

²²¹ A organização ressalva que tais instrumentos não se consubstanciarão em um esforço para promover a gestação por substituição transnacional, mas sim em tentativas de prevenção de abusos, buscando a proteção e o melhor interesse do menor, *Report of the October November 2019 meeting of the Experts' Group on Parentage Surrogacy*, Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2019.

²²² Pela natureza iminente internacional das questões envolvendo os contratos de gestação por substituição transnacional, seria difícil, se não impossível, encontrar uma solução por meio da atuação dos Estados individualmente. A cooperação multilateral seria, para solução dessa problemática, mais efetiva. *Ibid.*

²²³ A organização utiliza largamente a sigla ISA (*International Surrogacy Arrangements*) para se referir a esses acordos.

²²⁴ Nos relatórios anteriores, entre 2012 e 2015 o grupo tendia à ideia de que a utilização da adoção como solução para os casos de gestação por substituição transnacional poderia deturpar o instituto, além de não fornecer efetiva resolução para a problemática. Contudo, em vista do sucesso de casos em que se procedeu à adoção doméstica, o grupo indicou mudança quanto a este posicionamento. Ressalta-se que ainda há ressalvas quanto a este ponto: *"The Group agreed, however, that provisions relating to the recognition of legal parentage flowing from domestic adoptions would require further discussion because of the challenges that can arise in distinguishing between domestic adoptions and intercountry adoptions, and the need to ensure that the proposed Convention does not undermine in any way the 1993 HCCH Intercountry Adoption Convention."*, *Report of the*

Sob outra perspectiva, há muitos aspectos relevantes à gestação por substituição que não serão abordados pelo protocolo, tais como doação de material genético, compensação financeira a ser paga à gestante, ou mesmo definição da nacionalidade da criança²²⁵. O protocolo abordaria as normas internacionais já existentes que pudessem ser aplicadas no contexto internacional, além de outras salvaguardas consideradas necessárias pela organização, para assegurar a proteção das crianças²²⁶.

O objetivo da Conferência, no estágio atual do desenvolvimento dos projetos, levando-se em conta a questão da ordem pública inerente aos casos de gestação por substituição transnacional, é realizar uma abordagem de reconhecimento de decisões estrangeiras envolvendo a questão da filiação nos casos de gestação por substituição²²⁷. A princípio, o protocolo serviria aos casos em que, mesmo que algum Estado recuse a aplicação de lei estrangeira aplicável, possa, mesmo assim, aceitar os efeitos de uma decisão judicial estrangeira de modo a garantir filiação à criança.

Resta ainda, à Conferência, definir o estabelecimento dos parâmetros do escopo para que seja possível, por meio da aplicação de eventual protocolo, o reconhecimento da decisão estrangeira que confere o vínculo de filiação. Basicamente, os parâmetros serão estabelecidos por salvaguardas e estas são, inevitavelmente, interligadas à noção de ordem pública. Entretanto, é importante reconhecer que o estabelecimento dessas salvaguardas não necessariamente facilitará o sistema estabelecido em um futuro protocolo²²⁸.

Para melhor desenrolar dos casos de gestação por substituição transnacional, seria efetiva a adoção de um sistema com mínimas salvaguardas, combinado a um sistema de cooperação, norteados pelo “princípio de reconhecimento”. Estas seriam maneiras seguras de

October November 2019 meeting of the Experts’ Group on Parentage Surrogacy, Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2019.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ Segundo o grupo de experts: “*As with many Hague Conventions, a multilateral framework would create structures through which States work together to ensure the rights of all those involved. Indeed, the combined nature of the 1993 Convention as a human rights instrument, an instrument for judicial and administrative cooperation and a private international law instrument may provide an approach to consider in the context of international surrogacy arrangements.*” *Ibid.*

²²⁷ Cogitou-se realizar uma abordagem focada na harmonização das regras em direito internacional privado relativas a estabelecimento e contestação de filiação, estabelecendo regras uniformes quanto ao tema, todavia tal abordagem seria, segundo os *experts*, de difícil implementação. *Ibid.*

²²⁸ Sobre as salvaguardas, o grupo traz que “*This is indeed a common denominator between international surrogacy and intercountry adoption. Contracting States to the 1993 Convention are not bound to engage in any particular level of intercountry adoption. Indeed, “[u]nder the [1993] Convention, Contracting States remain entirely free to regulate or restrict intercountry adoptions in whatever way they deem fit, as long as they respect its minimum safeguards.*” **Report of the October November 2019 meeting of the Experts’ Group on Parentage Surrogacy**, Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2019.

prevenir abusos na dinâmica da gestação por substituição e de evitar que uma criança fique sem reconhecimento de filiação²²⁹.

Na perspectiva da Conferência, um instrumento focado em cooperação nos casos de gestação por substituição transnacional poderia assegurar essas salvaguardas de forma que a gestação por substituição transnacional passe ser um fenômeno em que se observa, via de regra, o respeito aos direitos humanos e aos interesses da criança nascida.

Assim, a adesão a eventual protocolo, nos moldes como se planeja atualmente, colocaria os Estados em um lugar de controle *a priori* no processo para prevenir abusos e também para garantir que os contratos de gestação por substituição transnacional assegurem a filiação da criança.

Portanto, o protocolo em desenvolvimento, em tese, se destina a promover predictibilidade e continuidade às situações envolvendo questões de filiação transnacional para todos os indivíduos envolvidos, levando em conta seus direitos, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das crianças e, em especial, o melhor interesse da criança.

A opção por elaborar um instrumento que aborde somente o reconhecimento de decisões judiciais foi realizada levando em consideração a possibilidade de adesão e eficácia do eventual instrumento, especialmente considerando a frequência da alegação de exceção ordem pública nos casos de gestação por substituição transnacional.

Se o projeto se concretizar, o protocolo deverá ser aplicado a decisões que abordam o tema da filiação, não importando o nome que levem estas decisões, se constitutivas ou declaratórias, se estabelecendo ou contestando o estado de filiação. Observa-se que, segundo a Conferência da Haia, eventual protocolo deveria ser aplicado ao reconhecimento de decisões estrangeiras sobre filiação somente, e não sobre os direitos e obrigações delas advindos, como pensão, sucessão ou nacionalidade.

O reconhecimento de decisões alienígenas que versam sobre filiação nos casos de gestação por substituição transnacional, segundo o protocolo em desenvolvimento, deveria se dar por força da lei e estar sujeito à satisfação de certas bases de jurisdição indireta no Estado onde o julgamento for processado²³⁰. Quanto a essas, para o grupo de especialistas da Conferência, é necessário haver um limite, assegurando suficiente proximidade entre a matéria e o Estado de julgamento da demanda.

²²⁹ Na perspectiva do grupo de *experts*, esta seria uma forma também de evitar a harmonização complexa de variadas regras de direito internacional privado referentes a filiação. *Ibid.*

²³⁰ *Report of the October November 2019 meeting of the Experts' Group on Parentage Surrogacy*, Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2019.

Restaram definidas, por ora, como bases de jurisdição indireta: a) residência habitual da criança – sendo excepcionados casos crianças refugiadas, por exemplo; e b) a residência habitual do réu (que pode ser o próprio Estado do foro, em alguns casos). Ademais, havendo uma clara e substancial conexão, também poderão ser definidas outras bases de jurisdição indireta, mas a escolha do foro não deve ser livre às partes²³¹.

Já quanto à recusa ao reconhecimento de decisões, até agora o grupo de *experts* tem entendimento no sentido de que a exceção de ordem pública pode ser uma de suas causas, desde que leve em conta o melhor interesse da criança. Processos em que o réu não teve oportunidade de ser ouvido ou de participar devidamente, ou em que há julgamentos inconsistentes, procedimentos paralelos ou fraude, também poderão ser incluídos entre as possibilidades de recusa²³².

Todavia, até então não restou claro quais questões poderiam ser alegadas como ofensa à ordem pública em respeito ao melhor interesse do menor, nem ficou especificado, pela Conferência, qual o parâmetro para o cumprimento do melhor interesse do menor nos casos de litígio envolvendo filiação transnacional.

Levando em conta que em numerosos casos o reconhecimento de filiação não se dá por meio de decisões judiciais, outras técnicas de direito internacional privado serão necessárias para dar continuidade aos trabalhos dos futuros instrumentos quanto à filiação. Embora o grupo de especialistas tenha optado por uma abordagem que não inclui a uniformidade de leis aplicáveis, estas seriam úteis para assegurar a continuidade da filiação transnacional na falta de uma decisão judicial a respeito do tema.

Com relação aos documentos estrangeiros referentes à filiação, para a Conferência, seria positiva a previsão de presunção de validade dos documentos emitidos por autoridade previamente designada. Tal regra não iria, por si só, assegurar o reconhecimento de filiação nos casos transnacionais, mas poderia promover mais segurança, uma vez combinada à lei aplicável²³³.

A falta de especificação quanto à questão da exceção de ordem pública no estágio atual dos trabalhos do grupo de *experts* na Conferência da Haia pode apontar para outro problema adjacente: as salvaguardas a serem definidas para aplicação do protocolo podem

²³¹ *Ibid.*

²³² *Report of the October November 2019 meeting of the Experts' Group on Parentage Surrogacy*, Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2019.

²³³ Segundo o relatório: “*Experts discussed the possible advantages of having, upon request, a multilingual model form to facilitate the translation and circulation of foreign public documents. Such a form could also specify the effects of the public document under national law, and the authority issuing the document. Some Experts suggested that consideration be given to an international certificate on legal parentage.*” *Ibid.*

configurar essencialmente elementos de ordem pública interna de alguns Estados, a depender dos rumos tomados doravante ²³⁴. Tal situação pode, num momento inicial, aparentar fator que enseje a minimização da exceção de ordem pública. Contudo, vislumbra-se que este impasse possa ser substituído pela dificuldade excessiva na aplicação do protocolo aos casos concretos.

Alguns dos possíveis critérios – salvaguardas - para o reconhecimento de julgamentos nos casos de gestação por substituição transnacional devem levar em conta, especialmente, o bem-estar das partes envolvidas e, principalmente, o melhor interesse da criança.

Visando facilitar o reconhecimento do vínculo de filiação, há a possibilidade de o protocolo adotar uma espécie de certificado, para verificar a presença das condições estabelecidas. Tal certificado asseguraria que os acordos de gestação por substituição fossem permitidos pela lei do Estado de origem no momento em que foi executado ²³⁵.

Uma provável salvaguarda seria a exigência do “consentimento livre e informado” da gestante substituta como condição para o reconhecimento da decisão judicial acerca da filiação da criança ²³⁶. Há outros critérios possíveis, já apontados pela organização, como a limitação do envolvimento de intermediários nos acordos de gestação por substituição transnacional, ou a definição de parâmetros mínimos para se tornar elegível a gestante substituta e pais contratantes. De toda forma, restou clara a intenção de evitar a subtração e o tráfico de menores.

Por fim, destaca-se que o projeto tem como base o conceito de que não há mais que se falar em filhos legítimos ou ilegítimos, vez que qualquer prole tem os mesmos direitos, tidas, ou não, durante a constância do matrimônio. Adota-se a visão de que a relação entre adultos em nada afeta a relação do progenitor com a criança. Assim, mesmo que não explicitamente, o projeto trata da relativização dos conceitos de maternidade e paternidade certas, seguindo tendência internacional.

3.4. Perspectivas para a Gestação por Substituição Transnacional

²³⁴ Nesse sentido, a preocupação é de que as salvaguardas se aproximem materialmente da ordem pública interna de Estados da Europa Ocidental, que por sua vez configuram como países onde comumente é invocada a exceção de ordem pública nos casos de gestação por substituição transnacional.

²³⁵ *Report of the October November 2019 meeting of the Experts' Group on Parentage Surrogacy*, Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2019.

²³⁶ No Capítulo 2 explica-se o conceito técnico desse documento.

Dadas as distintas formas de regulação da gestação por substituição pelo mundo, houve exponencial crescimento do turismo reprodutivo transnacional. As dificuldades, em sua maioria, surgem quando há problemas no retorno da criança ao país de residência dos pais contratantes ou quando da emissão de documentos – registro de nascimento ou emissão de passaporte. Essas dificuldades guardam relação com a determinação de parentesco. Não há, contudo, consenso internacional sobre como se deve estabelecer filiação legal nos casos de contratos de gestação por substituição transnacional.

Como visto, a questão de ordem pública permeia a temática da gestação por substituição transnacional, paralelamente à observância do melhor interesse do menor. O desafio central da comunidade internacional está na proteção das crianças e na harmonização entre essa prioridade e o ordenamento jurídico dos Estados. Assim, a ordem pública ainda representa o principal obstáculo ao reconhecimento de decisões e documentos estrangeiros. O conflito entre a situação internacional e a lei doméstica é forte fator para a invocação da exceção de ordem pública nos casos de gestação por substituição transnacional.

Isto posto, verifica-se que a questão das certidões de nascimento emitidas em outros países e o seu não reconhecimento por via judicial ou administrativa por conter, supostamente, informações fraudulentas quanto à filiação, ainda é o principal motivo para a alegação de ofensa à ordem pública e para a conseqüente negação do vínculo de parentesco da criança com os pais contratantes.

Em alguns casos, esforços diplomáticos foram negociados entre os Estados; em outros, se procedeu à adoção internacional para solucionar o problema expoente. Mesmo assim, não é observado o melhor interesse da criança quando estas ficam sujeitas a ausência de filiação, apatridia, abandono, ou mesmo quando o processo de negociação leva tempo demasiado para o alcance da solução, de forma a prejudicar o desenvolvimento normal e saudável da criança envolvida.

Devido à negação de alguns Estados em reconhecer filiação à criança, de forma contrária à ordem pública internacional, não raramente a criança permanece em um país onde não é reconhecida como filha das pessoas que cuidam dela e que, de fato, têm a sua guarda. Quanto aos contratos de gestação por substituição internacional, especificamente, destaca-se que em muitos países estes não são executáveis. Neste ponto, as diferenças quanto às normas contratuais dos Estados também podem ser causadoras dos conflitos²³⁷.

²³⁷ BARUFFI, Maria Caterina. *Op. Cit.*

Já com relação ao estabelecimento ou contestação de filiação, partindo-se da perspectiva do direito internacional privado, observa-se que a maioria dos Estados oferece a opção do registro das crianças em território nacional, mas também confere registro àquelas nascidas no estrangeiro – seja em consulado, seja após o retorno dos pais ao país de sua nacionalidade²³⁸.

Quando do registro de uma criança, para o estabelecimento da filiação, o Estado normalmente aplica suas próprias de direito internacional privado, concernentes ao elemento de conexão, o que normalmente leva à aplicação da lei do foro. Se a criança for registrada tanto no país onde nasceu, quanto no país onde seus pais têm residência, no caso de se tratarem de países distintos, ela terá duas certidões de nascimento. Isso pode, de acordo com as regras de cada Estado, levar a uma situação de filiação diferente da criança em cada país²³⁹.

Em muitos Estados, após o nascimento da criança, a filiação é definida por força da lei – *operation of law*²⁴⁰ - quando são verificadas, em vários sistemas, as presunções clássicas *mater certa est e pater est* ou quando há lei regulamentando as regras de filiação para o caso específico da gestação por substituição. Na ausência de regras uniformes para definição da lei aplicável para o estabelecimento do estado de filiação, essas diferentes regras se traduzem em empecilhos ao melhor direito da criança.

Em outros países também se confere o estado de filiação por meio de reconhecimento - *aknowledgement*²⁴¹. Como nem todos os países possuem leis aplicáveis para o reconhecimento voluntário, alguns conflitos surgem devido às diferentes formas de se assegurar parentesco. Isso porque, sob algumas jurisdições, o reconhecimento voluntário do vínculo de filiação depende da certificação por uma autoridade pública, para que se torne válido. Em muitos casos, esse processo envolve uma investigação acerca do parentesco da criança, por parte do Estado.

Quanto às bases de jurisdição para estabelecer ou contestar filiação, há grande diferença entre o que preveem os diferentes ordenamentos pelo mundo. Alguns não apresentam regras específicas no que concerne a filiação legal – apenas regras gerais de direito civil. Normalmente, o domicílio do réu é uma base de jurisdição apontada pelos

²³⁸ *Study of Legal Parantage and the issues arrising from International Surrogacy Arrangements*, Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2014.

²³⁹ A depender, também, do critério adotado para o reconhecimento de nacionalidade originária – *jus solis, jus sanguinis*, ou outro. *Ibid.*

²⁴⁰ “*Operation of law*” e “*Aknowledgement*” são os termos técnicos utilizados pelos estudos do Projeto de Filiação na Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.

²⁴¹ Ver nota acima.

ordenamentos jurídicos domésticos. Outras possibilidades são o domicílio ou residência da criança envolvida, ou até nacionalidade das partes.

É comum que os Estados que adotam a *common law* apliquem como elemento de conexão a *lex fori* para estabelecimento e contestação da filiação. Já em Estados que adotam *civil law*, é comum observar outros elementos de conexão. A favor do estabelecimento do vínculo de filiação, muitos países trazem esses elementos de conexão de forma alternativa, ou em cascata²⁴².

O não reconhecimento se dá, normalmente, pela afirmação da ausência de competência do órgão jurisdicional em que se deu a decisão, de acordo com suas próprias regras de competência de jurisdição, por violação da ordem pública do Estado que recebe a decisão estrangeira, por fraude, ou pela existência de outra decisão conflitante no Estado de destino. Em caso de previsão de competência exclusiva no ordenamento jurídico para tratar de filiação, também pode ser recusado o reconhecimento por incompetência segundo as regras de jurisdição do Estado que recebe a decisão estrangeira.

Dadas tais discrepâncias no cenário internacional, o aumento da cooperação internacional se torna um atrativo meio para promover o desenvolvimento de uma regulação legal mais clara e previsível para as partes quanto ao tema da filiação nos casos de gestação por substituição.

Para a efetiva cooperação entre autoridades, desejável pelo atual projeto em desenvolvimento pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, faz-se necessário o estabelecimento de um claro canal de comunicação entre os Estados. O mecanismo de utilização de autoridades centrais tem se provado útil em convenções anteriores que concernem os interesses das crianças, como a Convenção de Adoção e a Convenção de Subtração²⁴³.

Ressalta-se que há esforços internacionais e regionais para tratar as questões envolvendo a filiação na gestação por substituição transnacional, ainda que tardiamente. O resultado da cooperação entre autoridades centrais pode servir de parâmetro para futuros instrumentos multilaterais, além de estimular o desenvolvimento de outras formas de colaboração mútua.

²⁴² *Study of Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements*, Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2014.

²⁴³ *Ibid.*

Em termos regionais, destaca-se o desenvolvimento de esforços do Conselho Europeu²⁴⁴, que tem tomado uma série de iniciativas buscando harmonizar as leis dos estados membros da União Europeia quanto à filiação²⁴⁵.

A adoção é a solução optada em muitos casos por tribunais na Europa, como uma brecha para escapar da configuração da ofensa à ordem pública interna, e, ao mesmo tempo, assegurar o melhor interesse do menor. Contudo, doutrinariamente se ressalva que se trata de uma deturpação do instituto da adoção, para o qual já existe uma convenção em âmbito internacional – que, aliás, se conflita em muito com os aspectos que permeiam a gestação por substituição transnacional²⁴⁶.

Observam-se avanços significativos para a legalização da gestação por substituição em países da Europa ocidental, seja na esfera judicial - pelo reconhecimento do vínculo de filiação ou pela concessão da adoção - seja na esfera legislativa - pela promulgação de leis que esclarecem a questão do parentesco no caso da gestação por substituição.

Na Inglaterra houve recente atualização do *Human Fertilization and Embriology Act* de 2008, que passou a permitir, em 2019, a transferência do vínculo de filiação pelo contrato de *surrogacy*, vínculo este que anteriormente era assegurado à gestante por até 2 anos após o nascimento da criança²⁴⁷.

Já na França, também em 2019, houve o reconhecimento do vínculo de filiação entre as crianças e os pais contratantes no paradigmático caso *Menesson*, após uma série de recursos nos tribunais franceses, além da legalização da utilização de técnicas de reprodução assistida - embora a gestação por substituição não tenha sido prevista pela nova lei²⁴⁸.

²⁴⁴ Quanto ao Conselho Europeu: “*The International Commission on Civil Status (ICCS) has as its aim the facilitation of international co-operation in civil status matters and the improvement of the operation of national civil status departments. The ICCS has long standing experience in establishing, through multilateral Conventions, co-operation between civil status authorities, common substantive rules, the harmonisation of civil status documents and the facilitation of their circulation, as well as common applicable law rules on the voluntary acknowledgement of parentage.*” *Ibid.*

²⁴⁵ A União Europeia tem considerado uma ação em seu âmbito para facilitar a circulação de certidões que atestam estado civil e filiação dentro de seus territórios: “*The 1975 European Convention on the Legal Status of Children Born Out of Wedlock (ETS No 85) enabled progress to be made regarding the protection of children against discrimination based on their parents’ status. However, a broader instrument is currently being drafted within the Council of Europe which covers the rights and legal status of children and parental responsibilities in respect of children. Regarding international surrogacy, a research document produced for the Committee on Legal Affairs of the European Parliament has recommended that, “the EU should put efforts into the elaboration of international convention on private international law aspects of cross-border surrogacy in a close communication with the Hague Conference for Private International Law”* *Ibid.*

²⁴⁶ Kessler afirma que, além da França, outros países também optaram pela saída da adoção, como Japão, Grécia e Alemanha. Afirma também que tal medida não é contrária ao art. 8 da EChR. KESSLER, Guillaume. *Op. Cit.*

²⁴⁷ REINO UNIDO, *Human Fertilization and Embriology Act*, Disponível em hfea.gov.uk, Acessado em 4 de janeiro de 2020.

²⁴⁸ “*GPA à l'étranger: le lien de filiation d'un couple et leurs filles reconnu par la justice*”, *Le Monde*, publicado em 4 de outubro de 2019.

Em sentido contrário, outros países vêm retraindo suas legislações, anteriormente permissivas, ou criando obstáculos antes inexistentes - devido à ausência de legislação-, como formas de combater os casos de gestação por substituição transnacional. Entre tais países podem ser citados Índia, Tailândia e Ucrânia.

A Índia, antes vista como principal destino da gestação por substituição, após diversos casos controversos, promoveu progressivas restrições na última década, reduzindo drasticamente as hipóteses de um contrato transnacional. Em 2013 o país banuiu a prática por casais do mesmo sexo, já em 2015 foi proibida a modalidade comercial. Em 2016 foi proposto projeto de lei, ainda em tramitação, que impõe uma série de restrições como tempo mínimo de casamento para recorrer à gestação por substituição e esgotamento de outros meios para realização do projeto parental²⁴⁹.

Na Tailândia, o paradigmático caso *Baby Gammy* culminou na proibição da *surrogacy* transnacional no país em 2015. Atualmente, somente casais heterossexuais residentes no país podem recorrer a um contrato oneroso de *surrogacy*²⁵⁰. Já na Ucrânia, em 2018 foram registrados diversos projetos de lei buscando mudar regulação atual para a gestação por substituição. Destaca-se o projeto de Lei nº 8.625, que busca restringir a prática aos cidadãos ucranianos ou residentes no país com os mesmos direitos, apenas²⁵¹.

Dado o atual cenário de mudanças políticas, judiciais e legislativas quanto à gestação por substituição, observa-se um deslocamento no eixo da problemática no âmbito internacional. As perspectivas são de que aqueles que desejam realizar a gestação por substituição fora do seu país de residência passem a buscar países onde a regulação ainda é escassa, como os países do continente Africano. Em sua maioria, a África ainda apresenta um número tímido, porém crescente, de casos de gestação por substituição transnacional.

Países com Quênia, Nigéria e Gana, por exemplo, começaram a aparecer no mapa internacional da gestação por substituição como opções que apresentam pouca regulação e oferecem baixo custo para a realização do processo²⁵².

A mudança da lei doméstica de alguns dos países mais envolvidos nos casos de litígios internacionais não se mostra capaz de solucionar a problemática em nível internacional. Isso porque, mesmo com certa flexibilização em países que antes proibiam a

²⁴⁹ *The Surrogacy Regulation Bill*, PRS Legislative Research, disponível em prsindia.org .

²⁵⁰ “*Thailand to ban commercial surrogacy in wake of Gammy Scandal*”, The Guardian, publicado em 13 de agosto de 2014.

²⁵¹ HERMAN, Anastasia. *Surrogacy law chances: what to expect*. Publicado em 2 de abril de 2019 em www.anastasiaherman.com .

²⁵² BROUGHTON, TANIA. *Surrogacy Growing in Africa*. Publicado em 10 de abril de 2019 em Africa-legal.com.

prática, ou com o controle mais rígido em países que antes eram tidos como destino para o turismo reprodutivo, aqueles que não são abarcados pelas regras de seu país de residência buscam realizar seu projeto parental em outros lugares onde a prática ainda não é regulada. A mudança no eixo da gestação por substituição transacional não tem capacidade, portanto, ser evitada por leis domésticas dos países, isoladamente.

No futuro seria desejável, levando-se em consideração o melhor interesse do menor, mais uniformidade nas decisões quanto à gestação por substituição transnacional. A consistente aplicação das regras nas leis que regulam o tema colaboraria para a resolução prevenção de conflitos. A elaboração de eventual legislação uniforme para definição de filiação em matéria de gestação por substituição deve promover correspondência ao reconhecimento e à execução de decisões que se referem a parentesco.

Embora tal perspectiva não seja abarcada pelo atual projeto da Conferência da Haia, a criação de regras uniformes para aplicação de leis que assistem o estabelecimento de parentesco legal, por lei ou por acordo ente partes, colaboraria para a mitigação de conflitos no âmbito internacional e para a proteção do menor envolvido.

Internacionalmente, destaca-se a preocupação com o tráfico de crianças, especialmente quando nos Estados em que se dá a prática há pouca ou nenhuma regulação. Outras questões como o destino da criança caso os pais faleçam ou desistam dela - e não haja nada no contrato ou na lei do país em que se deu a gestação por substituição que preveja o que acontece nessas situações - estão em aberto no cenário internacional²⁵³.

Já o direito da criança à sua identidade e de saber suas origens – resguardado o direito de anonimato de doadores de material genético – vem atingindo progressivo consenso na comunidade internacional²⁵⁴.

O futuro da gestação por substituição permeia também a questão da regulação das agências ou clínicas que promovem as técnicas de reprodução assistida. Atualmente, essa regulação varia muito: em alguns países essas agências só podem atuar de forma voluntária, sem retorno financeiro, já em outros é permitido que constituam empresas, podendo visar lucro²⁵⁵.

Ressalta-se a relevância da cooperação internacional na tratativa do tema e os esforços da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado em criar regras uniformes

²⁵³ CALDWELL, Chelsea E. *Op cit.*

²⁵⁴ *Ibid.* Ainda nesse sentido, a previsão da DUDC: “*The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and, as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents.*” ONU, 1959.

²⁵⁵ Questiona-se a possível regulação dessas agências nos moldes da Convenção de Adoção de 1993.

para o reconhecimento de sentenças estrangeiras envolvendo a filiação nos casos de gestação por substituição. Embora possa não ser suficiente para solucionar todos os casos de gestação por substituição transnacional, constitui um grande passo para assegurar o melhor interesse da criança nos casos de gestação por substituição transnacional.

Por fim, evidente o reticente descompasso internacional em matéria de gestação por substituição, tem-se que o reconhecimento de uma decisão ou um documento estrangeiros em determinado Estado - abordagem escolhida pelos trabalhos promovidos na Conferência da Haia - não pode privilegiar interesses de Estados em detrimento do melhor interesse da criança.

Sendo assim, a exceção de ordem pública deve se restringir aos casos em que se constata grave violação aos direitos humanos, com prejuízo para o menor, em conformidade com a ordem pública internacional.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou a compreensão das peculiaridades que permeiam a gestação por substituição como questão de direito de família especialmente internacionalizada, bem como dos motivos ensejadores dos existentes litígios transnacionais, em especial, a exceção de ordem pública. Pretendeu-se avaliar os modelos de regulação para a prática e averiguar possíveis soluções e rumos para a gestação por substituição no cenário internacional.

No Capítulo 1, **“Estabelecimento da Gestação por Substituição Transnacional e o Turismo Procriativo”**, foram estudados alguns casos exemplificativos para delimitar as causas dos litígios transnacionais envolvendo a gestação por substituição. Analisou-se, também, o estágio de regulação da prática nos principais países envolvidos.

Verificou-se que, em alguns casos, todas as partes do contrato estão de acordo, mas os Estados envolvidos agem de forma refratária à situação considerada ilegal em face do ordenamento jurídico interno, seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial. Quanto ao estudo da filiação nos casos de gestação por substituição, concluiu-se que esta é estabelecida, via de regra, por contrato, diferentemente do que ocorre na filiação natural, quando esta é biologicamente presumida, e na adoção, quando se dá por via administrativa ou judicial.

A filiação determinada por contrato é problemática, pois expõe a criança a um estado de vulnerabilidade, já que seus interesses, em geral, não vêm sendo representados no contrato. Depreende-se, da pesquisa, que a criança é vista como objeto do planejamento parental dos pais contratantes, ou resultado natural da execução de um contrato que visa, finalisticamente, vantagem financeira. Dessa forma, frente à ausência de regulação dos contratos de gestação por substituição, não são assegurados à criança os direitos à filiação, cidadania, nacionalidade e outros.

O Capítulo 2, **“A Gestação por Substituição no Brasil”** prestou-se a analisar a situação da gestação por substituição no Brasil, haja vista a curiosa inexistência de casos em tramitação nos órgãos jurisdicionais do País.

Pôde-se observar que o Brasil apresenta regulação intermediária da matéria, comparado aos demais países no cenário internacional da gestação por substituição. A prática, no território nacional, é regulada por duas normas infralegais: a Resolução 2.168 de 2017 do Conselho Federal de Medicina e o Provimento nº 63 de 2017 da Corregedoria Nacional de Justiça. Esses instrumentos permitem a realização da gestação por substituição no Brasil, desde que observadas algumas condições, das quais se destacam a impossibilidade do caráter

oneroso da prática e a necessidade, *a priori*, de parentesco entre a gestante substituta e um dos pais contratantes. Tais condições contribuem para o reduzido número de casos de gestação por substituição ocorridos no País e para o aumento da procura, por brasileiros, pela realização da prática no exterior.

Ademais, observou-se que, no Brasil, a recepção aos casos de gestação por substituição transnacional não encontra resistência. Um possível motivo para essa peculiaridade é a facilidade de registro, em consulados, do nascimentos de filhos de pais brasileiros nascidos no estrangeiro. Embora possa configurar, teoricamente, uma espécie de fraude à lei brasileira, não se observou comoção por parte da população ou do Poder Público, mesmo que diversos casos tenham se tornado populares na mídia.

Concluiu-se, também, que a regulação da gestação por substituição por meio de lei, em sentido estrito ainda é realidade distante no País – não obstante a existência de vários projetos de lei que abordam a matéria.

Por fim, o Capítulo 3, “**Gestação por substituição, Ordem Pública Interna e Internacional**” buscou compreender a relevância da exceção de ordem pública no desenvolver dos litígios de gestação por substituição transnacional. Avaliou-se o atual projeto desenvolvido pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado para tratar de filiação e o futuro da gestação por substituição no plano internacional.

Questionaram-se as diferenças entre a ordem pública interna e a ordem pública internacional, para verificar qual desses institutos se aplicaria aos casos de gestação por substituição transnacional. Pôde-se concluir que o princípio do melhor interesse do menor participa do núcleo indissociável da ordem pública internacional.

Quando um país despreza o princípio do melhor interesse da criança com o pretexto de obedecer, à risca, à lei doméstica, visando resguardar sua ordem pública interna, age em desarmonia com direitos internacionalmente consagrados. A proteção integral da criança, que é princípio internacional, não pode ser afastada, exclusivamente, pela exceção de ofensa à lei interna de cada país.

A exceção à ordem pública, nos casos de gestação por substituição, deve se voltar à proteção dos valores fundantes do ordenamento jurídico, em conformidade com o melhor interesse do menor. Nesse sentido, o reconhecimento de uma decisão ou um documento estrangeiros não podem levar em conta, unicamente, a ordem pública interna, pois também devem considerar os interesses da criança. Assim, a exceção de ordem pública não deve servir, por si só, de instrumento para que a relação de parentesco das crianças seja diferentemente determinada em Estados diferentes, causando-lhes consequências prejudiciais.

A regulação da gestação por substituição no âmbito internacional pode colaborar para o atendimento ao melhor interesse do menor. Acredita-se que a uniformização de regras, especialmente quanto à determinação de parentesco, pode contribuir para garantia dos direitos das crianças envolvidas, evitando uma situação de vulnerabilidade.

Ademais, a uniformização internacional de critérios para o reconhecimento de filiação, em se tratando de da gestação por substituição, pode incentivar o avanço das legislações internas no âmbito interno de cada Estado. Essa regulação em esfera internacional deve visar, sobretudo, o combate ao desvirtuamento da prática da gestação por substituição.

Como forma de filiação com objetivo de formar família, os contratos de gestação por substituição devem ter como base os direitos da personalidade da criança envolvida, os vínculos afetivos desenvolvidos e os valores de solidariedade e altruísmo, mesmo quando houver interesses financeiros envolvidos.

Portanto, conclui-se que, para salvaguardar o contrato de gestação por substituição, a criação de regras uniformes no âmbito internacional deve prever que as partes estejam previamente bem informadas e concordem em buscar o melhor interesse da criança vindoura para que aquele se concretize.

Por fim, como principal solução para a atual problemática, indica-se o aprofundamento da cooperação internacional como forma de desenvolver uma regulação mais clara e previsível da matéria, seja no âmbito interno dos países, seja no âmbito internacional. Apesar da diversidade jurídica sobre determinação de parentesco e técnicas de reprodução assistida, os Estados devem fomentar políticas internacionais que impeçam o uso inadequado das tecnologias em desfavor do melhor interesse do menor.

Bibliografia

ARAUJO, Nádia, **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**, 5a. Ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2011.

ARAÚJO, Nádia. VARGAS, Daniela. **Comentário ao REsp 1.239.777: o dilema entre a pronta devolução e a dilação probatória na Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de menores**. Artigo publicado na Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, v. 14, p; 117-137, 2012.

ARAUJO, N., VARGAS, D., MARTEL, L.C.V. **Gestação de Substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado** **Direito Internacional Contemporâneo**, Curitiba, 2014.

BARAS, Stéphanie. **A Comparative of France's and the UK Policies Towards Surrogacy through a Marxist and Gender Approach**. Tese de Mestrado, Universidade de Linkoping.

BARBOZA, Heloísa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro***. Rio de Janeiro, Renovar, 1993.

BARUFFI, Maria Caterina. **International Surrogacy Arrangements Test The Public Policy Exception**. Yearbook of Private International Law, Vol. 19 (2017, 2018), p. 295-312.

BEAUMONT, Paul, TRIMMINGS, Katarina. **International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level**. Hart Publishing, 2013.

BRODSKY Jonhattan M. **La “maternidad subrogada” en el DIPr: análisis de la legislación argentina vigente y proyectada**. CUADERNO ASADIP, Jóvenes investigadores, 2015.

BERYS, Flavia. **Interpreting a Rent-a-Womb Contract: How California Courts Should Proceed When Gestational Surrogacy Arrangements Go Sour**. **California Western Law Review**. Volume 42, nº 2, 2006.

BIRBAUM, Sarah. **France moves to make reproductive technology legal for all**. Public Radio International, 2019.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Adoção - Direito da Criança e do Adolescente**. 5ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

BRASIL, **Constituição Federal**, 1988.

BRASIL, **Código Civil**, 2002.

BRASIL, **Provimento nº 52**, Corregedoria Nacional de Justiça, 2016.

BRASIL, **Provimento nº 63**, da Corregedoria Nacional de Justiça, 2017.

BRASIL, **Resolução nº 1.358**, Conselho Federal de Medicina, 1992.

BRASIL, **Resolução nº 1.957**, Conselho Federal de Medicina, 2010.

BRASIL, **Resolução nº 2.013**, Conselho Federal de Medicina, 2013.

BRASIL, **Resolução nº 2.121**, Conselho Federal de Medicina, 2015.

BRASIL, **Resolução nº 2.168**, Conselho Federal de Medicina, 2017.

BRASIL, **ADPF nº 132**, Superior Tribunal Federal, 2011.

BRASIL, **ADI nº 4.277** de 2011, Superior Tribunal Federal, 2011.

BRASIL, **REsp 1.628.974-SP**, Superior Tribunal de Justiça, 2017.

BRASIL, **Lei 12.662**, 2012.

BRASIL, **Lei 11.804**, 2008.

BRASIL, **SE 4.525 – US (2009/0077159-0)**, Superior Tribunal de Justiça, 2009.

BRASIL, **Resolução nº 155**, Conselho Nacional de Justiça, 2012.

BRASIL, **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**, 2010.

BRASIL, **Manual do Servidor Consular**, Ministério das Relações Exteriores, 2010.

BROUGHTON, Tania. **Surrogacy Growing in Africa**, Africa-legal.com, 2019.

BROWN, Louise. **To Baby M and Beyond: A Proposed Framework for Understanding Surrogacy**, 65 RUTGERS L. REV. 851, 2013.

CALDWELL, Chelsea E. **Baby Got Back? Enforcing Guardianship in International Surrogacy Agreements When Tragedy Strikes**. The University of Memphis Law Review, Vol.49.

CALMON, Guilherme. **O Biodireito e as Relações Parentais**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPBELL, Jacky. **The Baby Gammy Case**. Forte Family Lawyers. Australia, 2016.

CARVALHO DE VASCONCELOS, Raphael. **A Ordem Pública no Direito Internacional Privado e a Constituição**, Revista Ética e Filosofia Política – Nº 12 – Volume 2 – Julho de 2010.

CHOUDHURY, Cyra Akila. **Transnational Commercial Surrogacy: Contracts, Conflicts, and the Prospects of International Legal Regulation**, Oxford Handbooks, 2016.

CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. **A preliminar Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements**, 2012.

CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. **International Surrogacy Agreements: Study of Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements**, 2014.

CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. **Parentage/Surrogacy Project: An Updating Note**, 2015.

CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. **The private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements**, Disponível em www.hcch.net/pt/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy .

CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. **Report of The Experts Group on The Parantage/ Surrogacy Project**, 2017.

CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO, **Report of the October November 2019 meeting of the Experts' Group on Parentage Surrogacy**, 2019.

CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO, **Convenção sobre a Proteção de Menores e a Cooperação em Matéria de Adoção Internacional**, 1993.

DAVID, René. **Os Grandes sistemas do Direito Contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho, São Paulo, Martins Fontes, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

DOLINGER, Jacob. **Ordem Pública Mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado**, Revista Informativa Legislativa, 23ª edição, nº90, abr-jun de 1986.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado - a Criança no Direito Internacional**, Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003.

ERGAS, Yasmin. **Babies Without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy**, *Emora International Law Review*, Vol. 33, p. 122, 2013.

ESPANHA. **AUTO nº 565 de 2018**, Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona Civil, 2018.

FARIAS, Inez Lopes Matos Carneiro de. **A dignidade da pessoa humana nas relações privadas internacionais: os novos tipos de família**, 2016.

FARIAS, Inez Lopes Matos Carneiro de. **A Proteção da Família no Plano Internacional e os Direitos Humanos**, In: José Fernando Vidal de Souza, Riva Sobrado de Freitas. (Org.). *Encontro de Internacionalização do CONPEDI*, 1ª edição, Barcelona, 2016.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações Biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**, Porto Alegre, S.A. Fabris, 1991.

FOLHA DE SÃO PAULO, **Pai não consegue registrar filho gerado por barriga de aluguel no exterior**, 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais. O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMBLE, Natalie. **Surrogacy: creating a sensible national and international legal framework**, Features, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Direito de Família**, 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUIMARÃES, Cláudia Maira Resende Neves. **Homologação de Sentença Estrangeira: Gestação de Substituição Transnacional, o caso Menesson e a Ordem Pública no Brasil**. Fundação Boiteux, 2014.

HENAGHAN, Mark **International Surrogacy Trends: How Family Law is Coping**, Australian Journal of Adoption Vol. 7 No.3.

HERMAN, Anastasia. **Surrogacy Law Changes: What to Expect**, Anastasia Herman Law Office, 2019.

HESSE, Konrad, **Die normative Kraft der Verfassung** (1959) - Traduzido para o português por Gilmar Ferreira Mendes sob o título de “**A Força Normativa da Constituição**” Fabris, 1991.

HUTCHINSON, Anne- Marie, **The Hague Convention on Surrogacy: Should we agree to disagree?**, ABA Section of Family Law 2012 Fall CLE Conference Philadelphia, 2012.

ISAILOVIC, Ivana. **The ECtHR and the Regulation of Transnational Surrogacy Agreements**, disponível em: ejiltalk.org, 2010.

JACKSON, Vicki C. **Baby M and the Question of Parenthood**, 76 GEO. L. J., 1988.

JAYME, Erik. **Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des cours**, Volume 251, 1995.

KELSEN, Hans, **Teoria Pura do Direito**, Coimbra: Arménio Amado, 1979.

KESSLER, Guillaume. **Recognition of International Surrogacy in France**, Yearbook of Private International Law, Vol. 19 (2017, 2018).

KINTOMINAS, Angela et al. **Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A National Conversation Informed by Global Lawmaking**, Columbia Law School, 2016.

LAZZARINI, Álvaro. **A Ordem Constitucional de 1988 e a Ordem Pública**, Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 29, n. 115, 1992.

LE MONDE. **GPA à l'étranger: le lien de filiation d'un couple et leurs filles reconnu par la justice**, 2019.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**, São Paulo, Revista dos Tribunais 1995.

LOBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: Famílias**, 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. **Direito na Pós-Modernidade e a Teoria de Erik Jayme**. In: OLIVEIRA JR. José Alcebíades de Oliveira (organizador). **Faces do Multiculturalismo: Teoria, Política, Direito**. Santo Ângelo: EDIURI, 2007.

MARTINS, Flávio Alves et al. **Maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado**, Âmbito Jurídico, UFRJ, 2014.

MAURY, **L'Eviction de la Loi Normalement Compétent: L'Ordre Public International et la Fraude à la Loi**, 1942.

MORSE, C. **A unificação do direito internacional privado e a Convenção CEE em matéria de lei aplicável às obrigações contratuais**, King's College, Londres. Tradução: Professora Anna Maria Villela.

NICHOLS, Michael QC. **Legal problems with international surrogacy arrangements**, 2013.

NYOBET, **Le rôle de la Justice Internationale em Droit International Privé**, Heuuiel de Cours, nº 40, 1932.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal do Direito das Crianças**, 1959.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional dos Direitos das Crianças**, 1990.

POINTS, Kari. **Commercial Surrogacy and fertility tourism in India: The Case for Baby Manji**, The Kenan Centre for Ethics. Disponível em: <http://www.duke.edu/web/kenanethics/CaseStudies/BabyManji.pdf>.

PRANAV, Raina, AGARWAL, Devansh. **Surrogacy: Removing the Cross National Borders**. International Journal of Recent Research Aspects. 2018.

PRS LEGISLATIVE RESEARCH, **The Surrogacy Regulation Bill**, Disponível em prsindia.org.

REINO UNIDO. **Human Fertilization and Embriology Act**, 2008.

REVISTA VEJA. **“Caminho da Índia”**, reportagem de Thaís Botelho, 2013.

ROJAS TAMOYO, Daniel. **Aplicación de la ley extranjera em el Derecho Francés**, Revista de Derecho Prevado de a Universidad Externada de Colombia, nº 19, 2010.

SAVIGNY, **Traite de Droit Romain**, traduzido por Guenoux, 2ª edição, 1860.

SHÚILLEABHÁIN, Máire Ní. **Surrogacy, System Shopping, and Article 8 of the European Convention on Human Rights**, International Journal of Law, Policy and the Family, 2019.

SOARES, Boni de Moraes. **Juízo de prelibação no Direito Processual Internacional**, Brasília, 2010.

STEINBOCK, Bonnie. **Surrogate Motherhood as Prenatal Adoption**, Law, Medicine & Health Care, 1988.

THE GUARDIAN. **Thailand to ban commercial surrogacy in wake of Gammy Scandal**, 2014.

TIMES OF INDIA, **Commercial Surrogacy Banned in India**, disponível em timesofindia.com.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, **Menesson vs. França - Tema nº 65192.11**, 2011.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, **Labassee vs. França - Tema nº 65941.11** , 2011.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, **Paradiso vs. Itália – Tema nº 25358.12** , 2012.

TWINE, France Winddance. **Outsourcing the Womb: Race, Class and Gestacional Surrogacy in a Global Market.**Routledge, Nova York, 2015.

VALLADÃO, H. **Direito Internacional Privado I**, 1980.