

ELIZA CERUTTI

**GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS
DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A IMPUTAÇÃO DOS
LAÇOS PARENTAIS**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

PORTO ALEGRE

2015

ELIZA CERUTTI

**GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS
DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A IMPUTAÇÃO DOS
LAÇOS PARENTAIS**

Trabalho apresentado como requisito
parcial à aprovação no Curso de
Especialização Novo Direito Internacional
desenvolvido sob a orientação da
professora doutora Fabiana Ramos.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

PORTO ALEGRE

2015

RESUMO

A demanda pela gestação por substituição vem crescendo nas últimas décadas e, por se tratar de uma forma de reprodução, intimamente, atrelada a valores culturais, sociais e religiosos, tem enfrentado tratamentos jurídicos distintos. Tais divergências têm levado pessoas a buscarem por esses serviços reprodutivos no estrangeiro, o que, além de potencializar as incertezas quanto ao *status* jurídico de filiação, demandará a incidência do Direito Internacional Privado, em decorrência do contato com mais de um sistema jurídico. Os problemas gerados a partir desse fenômeno têm mobilizado diversos países e a comunidade internacional, no sentido de reverem as leis internas e criarem mecanismos de cooperação multilateral que possibilitem assegurar certeza quanto à situação legal do nascituro. À luz dessa realidade e da hipótese de que o Brasil, mesmo sem uma lei específica em matéria de reprodução humana assistida, possui marcos jurídicos suficientes para regular a gestação por substituição e assegurar a proteção do superior interesse das crianças que venham a nascer em decorrência do uso dessa técnica, o presente estudo tem por objetivo explorar como esse crescente fenômeno tem impactado a atribuição dos vínculos parentais e quais os possíveis caminhos a serem percorridos para uma tutela efetiva do interesse superior da criança. O caminho a trilhar passa pela análise da regulamentação de alguns países e de como eles vêm enfrentando o problema do turismo reprodutivo, do projeto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado de criação de um sistema de cooperação internacional em matéria de filiação e gestação por substituição, bem como da base jurídica existente no Brasil e dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional.

Palavras-chave: gestação por substituição, turismo reprodutivo, filiação, superior interesse da criança, Direito Internacional Privado.

ABSTRACT

The demand for surrogacy has increased in recent decades. Because it is a form of reproduction closely linked to cultural, social and religious values, it has faced different legal treatment. Such differences have led people to look for these reproductive services abroad, which in addition to enhancing the uncertainties regarding the legal status of parentage require the incidence of private international law, as a result of contact with more than one legal system. The issues generated by this phenomenon have mobilised several countries and the international community to revise domestic laws and establish multilateral cooperation mechanisms that ensure certainty about the legal status of the unborn child. In light of this reality and the assumption that Brazil, even without a specific law on assisted human reproduction, has sufficient legal framework to regulate surrogacy and ensure the protection of the best interests of the children that may be born as a result of this technique, the present study aims to explore how this growing phenomenon has impacted the parentage, and what are the possibilities to ensure the effective custody of the best interests of the child. The present study involves the analysis of the regulation of some countries and how they have been facing the problem of cross-border reproductive care, the Hague Conference on Private International Law which has a project to create an international system of cooperation regarding parentage and surrogacy as well as the existing legal base in Brazil and of the bills pending in Congress.

Keywords: surrogacy, cross-border reproductive care, parentage, best interests of the child, private international law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1. DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DA PARENTALIDADE	10
1.1. Avanços tecnológicos e reprodução humana assistida	10
1.2. Os filhos do <i>Admirável mundo novo</i>	19
2. DILEMAS TRANSFRONTEIRIÇOS NA IMPUTAÇÃO DOS LAÇOS PARENTAIS	29
2.1. Incertezas registraes e (in)existência jurídica no mundo globalizado	29
2.2. A Babel legislativa e o tratamento jurídico da gestação por substituição	37
3. O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA COMO ELEMENTO AGLUTINADOR DA GEOGRAFIA JUSDOGMÁTICA	48
3.1. Da Convenção sobre os direitos da criança às propostas de regramento de gestação por substituição na Conferência da Haia	48
3.2. Gestação por substituição no Brasil à luz da experiência estrangeira	56
CONCLUSÕES	67
REFERÊNCIAS	69

INTRODUÇÃO

A última metade do século XX foi marcada por profundas transformações políticas, sociais e tecnológicas. Entre o horror e a esperança, a Segunda Guerra Mundial deixou seu legado e fez florescer um mundo novo. A política viu nascer organismos internacionais de cooperação mútua e esforços para garantia do desenvolvimento econômico e da paz mundial. Mudanças sociais deixaram suas marcas na família que conhecemos hoje, mais livre, igualitária e solidária. Enquanto isso, no campo tecnológico, mudanças significativas no terreno da energia, dos transportes, das telecomunicações e da saúde fizeram surgir novas necessidades e sugerem a invenção de diferentes maneiras de se viver e se relacionar com o outro.

Quem diria que, até mesmo, a procriação, ato que se propõe tão natural, entraria nessa ciranda. O tempo, as formas e os lugares em que as pessoas se reproduzem sofreram mudanças significativas nos últimos 50 anos. Na década de 1960, surge a pílula anticoncepcional e, no final da década de 1970, o primeiro bebê concebido em um tubo de ensaio. Desde então, mais de cinco milhões de crianças nasceram no mundo a partir de técnicas de reprodução humana assistida e a média atual é de 350 mil bebês por ano.

Nesse marco, apresenta-se a figura da gestação por substituição. Caracterizada pela possibilidade de uma criança ser gestada por outra mulher, que não aquela que detém o projeto parental, possibilita que mulheres com um tipo específico de infertilidade que as impeça de gestar possam ter seus próprios filhos genéticos (ou não).

Além disso, surge como uma possibilidade para homens sozinhos e casais homoafetivos do sexo masculino que, pela chamada infertilidade estrutural, também não conseguem, sozinhos, procriar. Tal figura, por suas consequências tão transcendentais, suscita uma multiplicidade de dúvidas jurídicas, éticas e morais que variam conforme a cultura de cada país e para as quais há poucas respostas.

Essa possibilidade ganha uma dimensão especial, quando se considera que, em um mundo globalizado, proibições e (ou) restrições ao uso da técnica no âmbito interno não impedem que as pessoas realizem o procedimento em outros países, levando ao surgimento de um mercado reprodutivo internacional e

potencializando problemas decorrentes das incertezas quanto ao *status* jurídico de filiação da criança. Sem filiação determinada, ela pode enfrentar problemas no que tange à nacionalidade e a outros direitos.

Tal situação tem conduzido países a reverem suas legislações, bem como a comunidade internacional a buscar soluções práticas que permitam aos Estados trabalharem, em conjunto, em situações nas quais compartilhem o compromisso e a responsabilidade de protegerem essas crianças.

A partir dessa realidade, sem pretender esgotar o assunto, e considerada a hipótese de que o Brasil, mesmo sem uma lei específica em matéria de reprodução humana assistida, possui marcos jurídicos suficientes para regular a gestação por substituição e assegurar a proteção das crianças que venham a nascer em decorrência do uso dessa técnica, o presente estudo tem por objeto explorar como o crescente fenômeno do turismo reprodutivo tem impactado o *status* de filiação das crianças nascidas a partir de gestação por substituição, por meio da análise da regulamentação de alguns países e de como eles vêm enfrentando o problema, do projeto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado de criação de um sistema de cooperação internacional em matéria de filiação e gestação por substituição, bem como do sistema jurídico brasileiro e projetos de lei em tramitação junto ao Congresso Nacional.

Para isso, no primeiro capítulo, serão abordados os avanços tecnológicos em matéria de reprodução humana assistida, experimentados na última metade de século. Iniciando a retrospectiva, o projeto de sequenciamento do genoma humano e a descoberta das estruturas do DNA, passando pelos métodos contraceptivos e o surgimento das técnicas de reprodução humana assistida, dentre as quais, a gestação por substituição, para chegar à crioconservação de material genético, diagnósticos pré-implantatórios de embriões, transplante de útero e a possível fecundação com material genético de três pessoas. Importante, ainda, explorar os possíveis desenvolvimentos futuros, na possibilidade da clonagem humana e no desenvolvimento do útero artificial, a fim de identificar os possíveis caminhos que, talvez, venham a ser trilhados. Ainda, pretende-se abordar como as novas tecnologias, face à dissociação dos pressupostos de atribuição da filiação, têm impactado os vínculos de parentalidade.

O segundo capítulo envolve a análise da problemática da gestação por substituição e do surgimento do chamado turismo reprodutivo, caracterizado pelo deslocamento de pessoas em busca do serviço em outros países onde ele é franqueado com mais facilidade ou menores custos. Pretende-se analisar, ainda, as situações de incertezas de muitas crianças que nascem em decorrência de gestação por substituição no estrangeiro, no que tange ao *status* de filiação e todos os seus desdobramentos, dentre os quais, a nacionalidade. E, para entender melhor a problemática, faz-se necessário um percurso pelo estado da arte da gestação por substituição em distintos países, escolhidos para análise segundo a diversidade com que tratam o tema, desde os mais permissivos, como Estados Unidos, Ucrânia, Rússia, passando pelas mudanças na Índia e consequente migração para o Nepal, visitando países que conseguiram encontrar um aparente equilíbrio entre a permissão e o controle, como Reino Unido, Grécia e Israel e, por fim, analisando as possíveis tendências nos países que proíbem a gestação por substituição e negam qualquer efeito dela decorrente, mesmo quando realizada em outros países.

No terceiro capítulo, demonstra-se que, apesar das diferenças visualizadas no sistema jurídico de cada país, existe uma base jurídica mínima que deverá ser capaz de conduzir a um posicionamento, minimamente, uniforme e apto a promover a efetiva tutela dos interesses emergentes em um mundo cada vez mais globalizado, especialmente, quando esses interesses dizem respeito às crianças.

Também, serão analisados os movimentos da comunidade internacional, especialmente, da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, para a criação de instrumentos multilaterais de cooperação em matéria de filiação e gestação por substituição, que possibilite aos Estados disporem de procedimentos de controle, *a priori*, do processo de gestação por substituição, a fim de evitar abusos e permitir assegurar alguma certeza quanto à situação legal dos nascituros e nascidos.

Por fim, analisar-se-á como o Brasil tem se posicionado, juridicamente, frente à gestação por substituição, para confirmar a hipótese construída neste trabalho, qual seja, a de que, apesar da inexistência de legislação específica sobre reprodução humana assistida, o país conta com um arcabouço jurídico que lhe permite encontrar soluções capazes de promover a proteção dos interesses superiores da criança no que tange à atribuição dos vínculos parentais ou, pelo

contrário, rechaçar tal hipótese ao constatar a necessidade de uma legislação do tipo regulamentar, como existe em outros países.

Diante de tudo isso, espera-se que este estudo, apesar das suas limitações, possa auxiliar na compreensão do tema.

1. DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DA PARENTALIDADE

1.1 Avanços tecnológicos e reprodução humana assistida

A segunda metade do século XX viu florescer o início de uma revolução na biologia da reprodução. O desenvolvimento de novas tecnologias a serviço da vida e da saúde pôs em xeque as referências morais e deontológicas que, até então, figuravam nos códigos jurídicos reguladores da conduta humana¹.

Esse processo viabilizou, por um lado, o controle dos nascimentos não desejados, com a ajuda dos meios contraceptivos, usados em larga escala a partir de 1960, e mesmo do aborto, permitido em diversos países².

De outro lado, a inseminação artificial e (ou) as diferentes técnicas de fecundação *in vitro*, em alguma medida, remedeiam a esterilidade e permitem a gravidez³. A dissociação entre casamento, sexo e reprodução⁴ fez ruir a noção, até então, unívoca, da filiação⁵.

¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito, a ciência e as leis bioéticas. *In*: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp.103/104.

² Alemanha, Bélgica, Finlândia, França, Hungria, Itália, Luxemburgo e Holanda permitem o aborto a pedido da gestante, observados alguns requisitos e, normalmente, até a 12ª semana de gestação. Na Espanha, onde o sistema era mais permissivo, desde o ano de 2014, o procedimento só é permitido em caso de perigo grave contra a saúde física e psíquica da mulher, ou estupro, até a 12ª semana. A América Latina, Cuba e Uruguai são os únicos países a permitirem o aborto a pedido da gestante. Nos Estados Unidos, o aborto é permitido em todo o território nacional, sendo que, em alguns Estados, pode se dar a pedido da gestante até o nascimento e, em outros, de forma mais restrita.

³ LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*. Barcelona: Universitat de Barcelona Publicacions i Edicions, 2013, p. 17. Embora o uso das técnicas de reprodução humana assistida tenha se desenvolvido de forma mais acentuada e ganhado visibilidade no final da década de 1970 (lembrando que o nascimento da primeira criança, a partir da técnica da fertilização *in vitro*, ocorreu na Inglaterra, em 1978), há notícias de caso de fertilização artificial já em 1799 e de procedimento exitoso de fertilização heteróloga em 1884, na Philadelphia, Estados Unidos, quando um médico utilizou sêmen doado por um estudante para inseminar uma mulher cujo marido era estéril.

⁴ GARIERI, Daniela Cristina Caspani; SILVA, Luisa Ângelo Meneses Caixeta; SALOMÃO, Wandell Jones Fioravante. Reprodução humana assistida: as consequências do surgimento de famílias constituídas *in vitro*. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. Porto Alegre, ano 1, n. 3., nov./dez., 2014, Magister, p. 67.

⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito, a ciência e as leis bioéticas. *Op. cit.*, pp.103-104. No mesmo sentido, ATLAN, Henri. *O útero artificial*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006, p. 73.

Oportuno anotar que, sem prejuízos de outras expedições intelectuais não identificadas, o século XX engajou-se em três grandes projetos científicos. Ao lado do projeto Manhattan, que permitiu o uso da energia nuclear, e do projeto Apollo, que permitiu à humanidade conhecer o espaço, o projeto do sequenciamento do genoma humano⁶ é um empreendimento internacional público, iniciado em 1990 e, inicialmente, projetado para durar 15 anos, com o objetivo de identificar todos os genes e determinar a sequência de três bilhões de bases que compõem o DNA humano⁷. Ao mesmo passo em que o sequenciamento dos genes torna viável personalizar a medicina por meio de tratamentos baseados no conhecimento mais detalhado da fisiologia de cada pessoa, é capaz de gerar um biopoder incomensurável: a manipulação da vida⁸.

Pouco tempo depois, a descoberta da estrutura do DNA deu início às aventuras da biologia molecular e das tecnologias do gene⁹. Seu efeito revolucionário destruiu a incerteza da paternidade biológica, ao mesmo tempo em que revelou a necessidade de encontrar outras respostas para os dilemas da filiação e a repensar o valor da parentalidade afetiva¹⁰.

Posteriormente, a medicina e as técnicas de reprodução humana assistida avançaram a ponto de permitirem (a) a realização tardia do projeto parental ou, até mesmo, a reprodução póstuma, por meio do congelamento de gametas, (b)

⁶ LIMA NETO, Francisco Vieira. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. *In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Biodireito: ciência da vida, os novos desafios.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.122.

⁷ DIEDRICH, Gislayne Fátima. Genoma humano: direito internacional e legislação brasileira. *In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Biodireito: ciência da vida, os novos desafios.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 216.

⁸ GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira; SORDI, Sandra. Aspectos atuais do projeto genoma humano. *In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Biodireito: ciência da vida, os novos desafios.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 167. Além da manipulação da vida, esse movimento já tem gerado polêmicas relacionadas ao patenteamento de genes, que, quando autorizado, permite que empresas de biotecnologia explorem, a preços elevados e com exclusividade, exames de diagnóstico de mutações capazes de provocar doenças, como o câncer. No Brasil, a Lei de Propriedade Industrial, de 1996, não admite o patenteamento de seres vivos ou de parte deles e considera que genes naturais não são considerados uma invenção; são uma mera descoberta. Para ser considerada uma invenção, no Brasil, é preciso ter alguns pré-requisitos, como novidade, atividade inventiva ou aplicação industrial. VILAVERDE, Carolina. Entenda como funciona o registro de genes no Brasil. *Super interessante.* 21 ago. 2013. Disponível em:

<http://super.abril.com.br/blogs/supernovas/2013/08/21/entenda-como-funciona-o-registro-de-patentes-de-genes-no-brasil/>. Acesso em: 23 maio 2015.

⁹ ATLAN, Henri. *O útero artificial.* *Op. cit.*, p. 29.

¹⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito, a ciência e as leis bioéticas. *Op. cit.* p.103.

evitar doenças genéticas, escolher o sexo e outras características, diante da possibilidade de diagnóstico pré-implantatório de embriões¹¹ e, mais recentemente, (c) o transplante de útero¹² e (d) a fertilização com material genético de três pessoas¹³.

Frente a todo esse avanço científico nos campos da genética e das técnicas de reprodução humana assistida, surgem situações nem sempre acolhidas pelo Direito, especialmente, nas formas de entender as relações entre pais e filhos, provocando o que o antropólogo Maurice Godelier denominou “a metamorfose do parentesco”¹⁴. Mutações que, no campo da psicanálise, atingem as próprias estruturas sobre as quais foram originados os sistemas simbólicos que regem a identificação dos sujeitos, como a nomeação, a filiação, maternidade e paternidade e a identidade sexual¹⁵.

Retomando a trilha tecnológica, estão em desenvolvimento, ainda, pesquisas que pretendem transformar células da pele para criar células-tronco germinativas primordiais, capazes de se converterem em óvulo e espermatozoides¹⁶. No momento em que essa técnica se tornar viável e segura, dois homens ou duas mulheres poderão se tornar pais e mães genéticos, sem a necessidade de intervenção de um doador de gametas.

¹¹ ATLAN, Henri. *O útero artificial*. Op. cit. pp. 74 e 125. O diagnóstico pré-implantatório consiste numa análise genética dos embriões múltiplos produzidos por fecundação in vitro antes da implantação uterina, que permite escolher aquele ou aqueles que serão implantados e poderão se desenvolver. É uma técnica utilizada para prevenir o nascimento de crianças portadoras de anomalias genéticas graves em famílias cujo histórico indique risco.

¹² Mulher que recebeu transplante de útero dá à luz na Suécia. *G1*. São Paulo, 04 out. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2014/10/mulher-que-recebeu-transplante-de-utero-da-luz-na-suecia.html>. Acesso em: 30 maio 2015.

¹³ Câmara baixa do Reino Unido aprova fertilização in vitro com 'três pais'. *G1*. São Paulo, 03 fev. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2015/02/camara-dos-comuns-do-reino-unido-aprova-fertilizacao-vitro-com-3-pais.html>. Acesso em: 27 maio 2015. A técnica consiste em substituir a mitocôndria defeituosa, do óvulo materno, pela de uma doadora, evitando, assim, que eventuais mutações genéticas contidas no DNA mitocondrial e que poderiam provocar o desenvolvimento de doenças fatais sejam transmitidas ao bebê. O primeiro e único país a aprovar o uso da técnica em seres humanos foi o Reino Unido, em fevereiro de 2015.

¹⁴ RODRIGUEZ, Jesús flores. Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico comum europeo. *Revista de Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia. n. 27, jul./dec. 2014, pp. 71-89, p. 72.

¹⁵ TORT, Michel, *O desejo frio: procriação artificial e crise dos referenciais simbólicos*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2001, p. 9.

¹⁶ RICHARDSON, Hayley. Biological babies for same-sex parents a possibility after stem cell breakthrough. *Newsweek*. 25 fev. 2015. Disponível em: <http://europe.newsweek.com/biological-babies-same-sex-parents-possibility-after-stem-cell-breakthrough-309453>. Acesso em: 27 maio 2015.

Dentre as técnicas reprodutivas sem fecundação, a clonagem revelou-se possível em mamíferos, com o nascimento da ovelha Dolly, em 1997¹⁷. Segundo Henry Atlan, essa e outras técnicas, atualmente em desenvolvimento, encontraram barreiras na necessidade de implantação uterina. Assim, a possibilidade de gestação, fora do corpo da mulher, representará uma grande abertura para novas possibilidades¹⁸. E, quiçá, seja possível lançar mão desse mecanismo em um futuro próximo, por meio do útero artificial, cujas pesquisas estão em andamento¹⁹.

Em tal cenário, acredita-se que as primeiras realizações serão úteros artificiais capazes de substituir incubadoras e manterem vivos os bebês extremamente prematuros, reduzindo a idade de viabilidade da vida fora do útero materno, para tempo inferior às atuais 24 semanas de gestação até, gradativamente, talvez, desenvolverem-se de modo a permitir a evolução integral do feto fora do útero humano.

Assim, com a inseminação artificial²⁰ e a fertilização *in vitro*, o útero artificial será utilizado para responder ao "desejo de filhos"²¹. Em particular, associado às técnicas atuais e futuras de procriação medicamente assistida, ele permitirá a qualquer um, homem ou mulher, procriar²².

¹⁷ ATLAN, Henri. *O útero artificial. Op. cit.*, p. 30.

¹⁸ ATLAN, Henri. *O útero artificial. Op. cit.*, pp. 59/60. O prêmio Nobel Joshua Lederberg, um dos poucos biólogos que considerava possível a clonagem humana, em 1966, já dizia que a reprodução por clonagem esperaria que a octogênese (gestação fora do útero materno) se houvesse imposto como técnica dominada e totalmente aceita pela sociedade para beneficiar-se dos seus efeitos.

¹⁹ ATLAN, Henri. *O útero artificial. Op. cit.*, pp. 29-33. Helen Hung Ching Liu e sua equipe, na Universidade Cornell, nos Estados Unidos, estão à frente nas pesquisas do útero artificial. As opiniões, ainda, se dividem quanto ao tempo necessário para que se chegue ao útero artificial completo, viável em grandes mamíferos e suscetível a se adaptar à espécie humana. Entretanto, nos Estados Unidos, as discussões sobre as vantagens e inconvenientes, de ordem ética e médica, da octogênese humana em relação à gestação habitual já se iniciaram. É o que indica o tema de uma Conferência internacional realizada em Oklahoma State University, em outubro de 2002: "The end of natural motherhood? The artificial womb and designer babies".

²⁰ ZANELLATTO, Marco Antonio. A procriação medicamente assistida e seus efeitos jurídicos. *In*: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 477-516, p. 487. A inseminação artificial é um método de inseminação intracorpórea, que consiste na introdução do espermatozoide no aparelho genital da mulher receptora, sem a ocorrência de relação sexual. Quando a inseminação artificial é feita com espermatozoide do marido, é chamada homóloga, e quando realizada com espermatozoide de terceiro, normalmente doador anônimo, é chamada heteróloga.

²¹ TORT, Michel, *O desejo frio: procriação artificial e crise dos referenciais simbólicos. Op. cit.*, p.17.

²² ATLAN, Henri. *O útero artificial. Op. cit.*, pp. 37-38.

Mas, enquanto o útero artificial não é uma técnica viável, nesse marco tecnológico e visando a atender ao desejo de ter filhos, a figura da gestação por substituição se revela como,

un supuesto especial de reproducción humana assistida – em pleno processo de expansión – por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar um bebé – concebido, repito, a través de las técnicas de reproducción assistida – para que outra u otras pesonas puedan ser padres, biológicos o no²³.

Os primórdios da gestação por substituição remontam ao ano de 1976, na Califórnia, Estados Unidos, quando o advogado Noel Keane fundou a *Michigan Surrogate Family Service Inc.*, nicho de mercado visando a intermediar acordos entre casais inférteis que queriam ter filhos e a viúvas da Guerra do Vietnã, que precisavam de dinheiro para sustentarem suas famílias.

Inicialmente, a gestação por substituição era realizada pela técnica da inseminação artificial, na qual a gestante precisava, necessariamente, aportar seu próprio óvulo e, portanto, possuía vínculo biológico com a criança gerada²⁴. Tal liame biológico produziu alguns dilemas éticos e jurídicos. Com o surgimento da fertilização *in vitro*²⁵, a gestante teria a função de gestar um embrião derivado da junção de gametas alheios, sem possuir, necessariamente, vínculo genético com o bebê²⁶.

Em tal contexto, além de a gestação por substituição possibilitar, pela primeira vez, o desdobramento dos elementos capazes de conduzirem à atribuição da maternidade, gestação e projeto parental, a técnica da fertilização *in vitro* tornou possível um terceiro desdobramento, o genético, pois o óvulo pode pertencer a alguém que não é necessariamente a gestante e, tampouco, outra pessoa que

²³ VELA SÁNCHEZ, Antônio J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Granada: Comares, 2012, p. 13.

²⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 68. Nesse caso, o processo é chamado gestação por substituição tradicional e a gestante, “mãe” substituta.

²⁵ ZANELLATTO, Marco Antonio. A procriação medicamente assistida e seus efeitos jurídicos. *Op. cit.*, p. 488. A fertilização *in vitro* é um método de inseminação extracorpórea, realizado em tubo de ensaio. Após a união dos gametas masculino e feminino, o zigoto é implantado no útero da mulher receptora.

²⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. *Op. cit.*, p. 68. Nesse caso, a gestante é denominada, simplesmente, portadora.

pretenda realizar o projeto parental. A partir daí, potencializaram-se os problemas relacionados à atribuição dos laços parentais.

Passados, aproximadamente, 40 anos desde o primeiro caso de gestação por substituição de que se tem ciência, projetos dessa natureza têm se tornado um fenômeno crescente em nível mundial²⁷. As razões dessa demanda, certamente, são variadas. Dentre as causas mais prováveis, é possível afirmar que o aumento do número de centros que oferecem serviços reprodutivos em todo o mundo contribuiu para tornar esse tipo de procedimento mais acessível²⁸. Indicativos desse crescimento são fornecidos pela Rede Latino-americana de Reprodução Assistida (REDLARA), que agrupa e cataloga a atividade de 90% dos centros existentes na América Latina. No ano de 1995, essa rede monitorava 50 centros; atualmente, monitora 165 centros²⁹.

Também, entra no rol das prováveis razões para o aumento da demanda pelas técnicas de reprodução humana assistida o maior índice de infertilidade³⁰, fenômeno atado às mudanças vivenciadas pelas famílias nas últimas décadas³¹.

²⁷ Desde o ano de 2010, a Conferência de Haia de Direito Internacional Privado vem desenvolvendo estudo a respeito da gestação por substituição no mundo. Os relatórios e estudos elaborados até o momento estão disponíveis em:

http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=178. Acesso em: 23 de maio de 2015.

²⁸ BRENA, Ingrid. Maternidad sub-rogada: autonomia o submision? *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 40, en./jun., 2014, pp. 133-145. Nos Estados Unidos, 25 mil casos de gestação por substituição foram registrados nos últimos 15 anos.

Especificamente, no que tange à gestação por substituição, é perceptível que o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo aumentou a demanda por acordos dessa natureza³², pois, para homens sozinhos e (ou) casais do sexo masculino que desejam realizar o projeto parental, o auxílio de uma

²⁹ Disponível em: http://www.reclara.com/aa_portugues/default.asp. Acesso em 11 maio 2015. Na Europa, essa mesma atividade é desempenhada pela European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE). Disponível em: <http://www.eshre.eu/>. Acesso em 11 maio 2015. Reprodução assistida no Brasil atinge padrão internacional. ANVISA. 04 set 2013. Disponível em <http://portal.anvisa.gov.br/wps/content/anvisa+portal/anvisa/sala+de+imprensa/assunto+de+interesse/noticias/reproducao+assistida+no+brasil+atinge+padrao+internacional>. Acesso em: 23 maio 2015. No Brasil, existiam, em 2012, cerca de 91 centros de reprodução humana assistida, que realizaram, no mesmo ano, 21.074 ciclos de fertilização in vitro, com um total de 34.964 embriões transferidos para o útero das mulheres.

³⁰ SANTOS, Juliana, Por que os homens têm cada vez menos espermatozoides? *Veja.com*. 05 fev. 2013. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/saude/por-que-os-homens-tem-cada-vez-menos-espermatozoides/>. Acesso em: 23 maio 2015. Estudos científicos constataram a queda na qualidade e quantidade de espermatozoides nos últimos anos, e as causas podem estar relacionadas ao stress, obesidade, poucas horas de sono e poluição do ar, entre outros fatores ligados à vida moderna. MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. Reprodução assistida: um pouco de história. *Revista da sociedade Brasileira de Psicologia Hospitalar*, Rio de Janeiro, v.12, n.2, dez., 2009. Dados da Sociedade Americana de Fertilidade mostram que, até os anos de 1960, o índice de infertilidade no mundo variava entre 10% e 15% da população. Hoje, os patamares oscilam entre 25% e 30%. A explicação desse fenômeno está ligada à vida moderna. Entre as razões mais conhecidas, reina a procura tardia pela gravidez e suas consequências.

³¹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. A igualdade jurídica na filiação biológica em face do novo sistema de direito de família no Brasil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira. (coord.). *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 391-413, p. 412. Uma família mais igualitária, mais libertária, mais fraterna, mais solidária, menos hipócrita, mais autêntica, mais sincera, com mais amor, com maior companheirismo, com menos opressão e prepotência, mais saudável, menos produtora de transtornos mentais e psicológicos, por consequência, deve ser um lugar que possibilita a realização de cada um de seus membros, e essa, conseqüentemente, perpassa o projeto parental enquanto decisão pessoal. BRENA, Ingrid. Maternidad sub-rogada: autonomia o submisión? *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 40, en./jun., 2014, pp. 133-145, p. 134. A autora refere, ainda, como uma possível causa de infertilidade, elemento que está diretamente relacionado com as mudanças culturais vivenciadas pelas famílias: o interesse das mulheres em buscar realização profissional ou acadêmica, deixando sua melhor etapa reprodutiva.

³² 4 mitos sobre filhos de pais gays. *Superinteressante*. fev., 2012. Disponível em: <http://super.abril.com.br/cotidiano/4-mitos-filhos-pais-gays-676889.shtml>. Acesso em: 23 maio 2015. Somente nos EUA, segundo estimativa da Escola de Direito da Universidade da Califórnia, 1 milhão de lésbicas, gays, bissexuais e transexuais criam atualmente cerca de 2 milhões de crianças. E, cada vez mais, casais gays optam por criar seus próprios filhos. Segundo o mesmo instituto, em 2009, 21.740 casais homossexuais adotaram crianças - quase o triplo do número de 2000. A estimativa é que cerca de 14 milhões de crianças, em todo o mundo, convivam com um dos pais gays. No Brasil, há mais de 60 mil casais gays vivendo em união estável.

gestante substituta sobreveio como uma alternativa para a denominada infertilidade estrutural³³.

Fato é que, a despeito da crescente demanda em nível mundial, a gestação por substituição é marcada por controvérsias que suscitam uma multiplicidade de dúvidas³⁴.

Ilustrativamente, e mesmo restringindo a abordagem ao nível jurídico, é possível identificar uma infinidade de aspectos, como o que questiona se o direito à reprodução pode ser extraído do princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto expressão do livre desenvolvimento da personalidade³⁵, ou se deve ser abordado como um problema de saúde pública, sob o ponto de vista da

³³ LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*. *Op.cit.* p.18. A infertilidade estrutural se refere à impossibilidade de reprodução não por razões médicas, mas de estrutura social. É o caso de pessoas solteiras ou casais homossexuais, que carecem de estrutura necessária para alcançar a maternidade ou paternidade, por si mesmos. Em igual sentido, GARIERI, Daniela Cristina Caspani; SILVA, Luisa Ângelo Meneses Caixeta; SALOMÃO, Wandell Jones Fioravante. Reprodução humana assistida: as consequências do surgimento de famílias constituídas in vitro. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. Porto Alegre, ano 1, n. 3, nov./dez., 2014, Magister, p. 66. VELA SÁNCHEZ, Antônio J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. *Op. cit.*, p. 16. BALDOTTI, Mariangela. Aspectos bioéticos da reprodução assistida no tratamento da infertilidade conjugal. *Revista da AMRIGS*. Porto Alegre, n. 54, out./dez., pp. 478-485, p. 483. Para as mulheres, a gestação por substituição apenas se aplica a problemas muito específicos de infertilidade que se restringem à capacidade de gestar, tais como casos de síndrome de Rokitansky (ausência congênita do útero), em pacientes hysterectomizadas (que tiveram o útero retirado), em casos de alterações anatômicas do útero que inviabilizem gravidez, em casos de abortamento de repetição sem causa, refratário a tratamento empírico, e se houver contra-indicação clínica à gravidez.

³⁴ LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*. *Op. cit.*, p.17. Deve-se aceitar a gestação por substituição com fins comerciais, ou somente altruístas? Deve haver algum tipo de vínculo afetivo ou familiar entre a gestante e as pessoas que pretendem ter relação parental com a criança? É possível que a gestante também aporte seu material genético, ou deve ela se limitar a gestar? Como devem resolver-se eventuais conflitos de interesses entre as partes, especialmente quando a gestante se arrepende e se nega a entregar a criança ou, pelo contrário, os comitentes desistem de levar o filho? O que acontece se a gestante decide abortar? Esses são apenas alguns dos vários questionamentos éticos a respeito do tema.

³⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: introdução do tema sob a perspectiva civil constitucional. *In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 515-557, p. 526. No Brasil, o direito reprodutivo é o assegurado constitucionalmente, à luz do direito ao livre planejamento familiar, condicionado ao respeito da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, conforme é possível extrair do art. 226, §7º, da CF, exercido por meio de técnicas cientificamente aceitas e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas.

infertilidade³⁶ e, a partir de uma e (ou) outra premissa, ser considerado um direito fundamental³⁷. E, caso a resposta seja positiva, quais as possíveis repercussões e limites³⁸ e qual o papel do Estado, tanto no que se refere à intervenção negativa, quanto positiva, incluído, nesse ponto, um possível dever de custeio desses serviços por parte do ente público.

Poder-se-ia explorar, ainda, o aspecto negocial, questionando se um acordo de gestação por substituição seria válido em razão da ilicitude do objeto³⁹, na medida em que contempla o serviço de gestação de uma criança⁴⁰ (ou a própria criança, como preferem alguns), além de, possivelmente, violar um direito indisponível, como a prévia renúncia à filiação⁴¹ (se ainda for possível considerar

³⁶ Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Cairo, 2014. Disponível em: <http://www.cnpd.gov.br/assuntos/cairo/cairo-94-relatorio-da-conferencia-internacional-sobre-populacao-e-desenvolvimento/>. Acesso em: 03 maio 2015. A ideia dos direitos reprodutivos como um problema de saúde pública se consolidou em nível universal a partir da Conferência Internacional sobre a População e o Desenvolvimento das Nações Unidas (CIPD), realizada no Cairo, em 1994. Na ocasião, a comunidade internacional chegou a um consenso segundo o qual a saúde reprodutiva é um direito humano e um elemento fundamental da igualdade de gênero, elaborando três metas a serem alcançadas até 2015, dentre as quais o acesso universal a uma ampla gama de serviços de saúde reprodutiva, incluindo o planejamento familiar.

³⁷ VELA SÁNCHEZ, Antônio J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. *Op. cit.*, p. 20.

³⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: introdução do tema sob a perspectiva civil constitucional. *Op. cit.*, p. 524. A posição do Parlamento Europeu, por exemplo, é a de que os fundamentos éticos devem reger o sistema relativo à procriação artificial, com limitações próprias e inerentes ao objetivo de proteger o bem-estar da criança.

³⁹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 8. O propósito de elevar a dignidade da pessoa humana à condição de destaque no sistema jurídico é proteger a condição humana, em seus mais genuínos aspectos e manifestações, tomando a pessoa sempre como um fim, e nunca como um meio e, nesse sentido, é que se revela contrário à dignidade humana tudo que puder reduzir a pessoa, sujeito de direitos, à condição de objeto.

⁴⁰ VELA SÁNCHEZ, Antônio J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. *Op. cit.*, p. 25. Para muitos, a alegação de que, na gestação por substituição, se trata o filho como mera mercancia, o que seria contrário à sua dignidade, é muito discutível, pois, na realidade, não se comercializa a criança, mas a capacidade de gestação da mulher, que tem direito a dispor livremente dessa capacidade do seu corpo, a fim de satisfazer ao legítimo desejo de uma pessoa ou pessoas de ter filho. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disposição dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 129. Na mesma linha, há o esclarecimento de que a remuneração não se faz pela entrega da criança, mas pelo abrigo do embrião em útero alheio, durante o tempo de gestação. Portanto, não haveria que se falar em compra e venda de pessoas, mas num contrato similar à prestação de serviço ou numa recompensa pela mãe hospedeira.

⁴¹ VELA SÁNCHEZ, Antônio J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. *Op. cit.*, pp. 29/30. A gestação por substituição deveria ser proibida, mesmo que de caráter altruísta, porque a capacidade de gestar é intransferível e não permite pactos nem contratos, sem esquecer que a generosidade se daria às custas do filho.

que a maternidade se determina pelo parto), que é matéria de *jus cogens*⁴². E, ainda, sobre a possível exploração de mulheres menos favorecidas economicamente e a violação aos seus direitos de personalidade, quando considerada a autonomia (ou ausência dela) de disposição sobre o próprio corpo⁴³, especialmente, quando o acordo é realizado com fins comerciais⁴⁴. Trata-se, sem dúvidas, de questões instigantes que, embora não sejam objeto de aprofundamento, em razão do corte metodológico realizado, não poderiam deixar de ser mencionadas.

Finalmente, mas ainda sem pretender esgotar a problemática que envolve o tema⁴⁵, chega-se ao ponto a ser analisado neste trabalho: como tutelar (ou, pelo menos, reduzir complexidades e assegurar algumas garantias), por meio dos mecanismos do Direito Internacional, os interesses das crianças nascidas a partir da

⁴² HERNANDEZ IBÁÑEZ, Carmen. La atribución de la maternidad en la gestación contratada. *In: II Congreso Mundial Vasco - la filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Madrid: Editorial Trivium, 1988, p. 444.

⁴³ Quanto aos direitos de personalidade da gestante, o sistema jurídico brasileiro oferece certas limitações à liberdade de disposição do próprio corpo, por força dos arts. 5º e 199 da Constituição Federal. Na esfera infraconstitucional, os arts. 13 a 15 do Código Civil dispõem que, salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo quando importar redução permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes.

⁴⁴ ARAÚJO, Nadia de; VARGAS, Daniela; MARTEL, Leticia de Campos Velho. Gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. *In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Família: entre o público e o privado*. Porto Alegre: Magister, 2012, pp. 211-224, p. 126. Como a lei brasileira permite o pagamento de alimentos gravídicos, não faria sentido proibi-los no curso da gestação de substituição, desde que confinados, nesse caso, a estreitos patamares, a fim de evitar qualquer máscara a elementos e caracteres comerciais. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disposição dos direitos de personalidade e autonomia privada*. *Op. cit.*, pp. 178/179. A autonomia privada, que permitiria à pessoa dispor sobre os direitos de personalidade, deve ter como pressuposto a presença do mínimo patrimonial. Ou seja, a pessoa que não goze dessa mínima situação patrimonial, que lhe permita viver em sociedade com as mínimas condições materiais, age por necessidade, e a atuação por necessidade afasta a atuação livre, impossibilitando falar em autonomia e exigindo a proteção do direito. A partir dessa ideia, a autora questiona as proibições à comercialização de partes do corpo naquelas situações em que a pessoa que goza do patrimônio mínimo e que pode agir por vontade e não apenas por necessidade. Embora não defenda a patrimonialização, pensa que a disposição de parte do corpo humano talvez seja menos penosa do que a alienação de 40 horas semanais, durante 11 meses do ano, durante a maior parte da vida da pessoa, em situações, às vezes, extremamente insalubres e perigosas. Sobre o mínimo patrimonial, FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁴⁵ Seria possível pensar, ainda, na possibilidade de concessão de auxílio-maternidade à gestante e àqueles que serão os pais da criança.

gestação por substituição realizada em país estrangeiro, no que tange aos vínculos de filiação e seus desdobramentos⁴⁶.

1.2 Os filhos do *Admirável mundo novo*

Parecem estar distantes estágios sociais nos quais as noções de família, de pai e de mãe tenham desaparecido ou sejam consideradas obscenidades típicas das sociedades humanas arcaicas⁴⁷. Tampouco, parece próxima qualquer organização social eugenista, na qual os seres humanos venham a ser pré-condicionados biológica e psicologicamente, para viverem em uma sociedade de castas, sob um governo mundial totalitário, como imaginado por Aldous Huxley⁴⁸. E, mesmo sem úteros artificiais ou o domínio de técnicas de geração artificial da vida, parece inegável que, com o surgimento da pílula contraceptiva, da inseminação artificial, da fecundação *in vitro*, do transplante de útero, da gestação por substituição e de tantas outras técnicas de manipulação da reprodução humana, hoje disponíveis, vive-se em um contexto no qual a da procriação por sexualidade foi desvinculada e, esta, por sua vez, não é sinônimo, necessário, de maternidade e (ou) paternidade⁴⁹. Os filhos de hoje são, portanto, filhos de um *Admirável mundo novo*.

Apesar de polêmico e controvertido o uso das técnicas reprodutivas existentes à disposição da humanidade, especialmente daquelas que podem levar à desestabilização dos vínculos parentais em razão dos desdobramentos dos seus

⁴⁶ BRASILEIRO, Luciana da Fonseca Lima. As vicissitudes da filiação: os filhos da reprodução artificial heteróloga sob a ótica do consumo. In: ALBUQUESQUE, Fabíola; EHRHARDT JR. Marcos; OLIVEIRA, Catarina Almeida de. (coords.). *Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Salvador: Jus Podium, 2010, p. 232. A autora alerta para o risco de que os futuros filhos deixem de ser sujeitos de direito, enquanto embriões, e passem a ser sonhos de consumo.

⁴⁷ Reflexão que, por não ser determinista, apesar de especular, não afirma que isso ocorrerá.

⁴⁸ HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. 27. ed. São Paulo: Globo, 2000.

⁴⁹ VILLELA, João Baptista. Procriação, paternidade e alimentos. In: CAHALI, José Francisco. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Alimentos no Código Civil: aspectos civil, constitucional, processual e penal*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 132. A paternidade é uma categoria da cultura e realiza-se na linha do afeto e do serviço; a procriação, ao contrário, é uma expressão da natureza, resulta de determinismos em que está ausente a liberdade e submete-se a outras regras.

pressupostos clássicos de atribuição⁵⁰, a determinação de homens e mulheres, provocada pelo desejo de terem filhos⁵¹, parece não encontrar limites. E, assim, em decorrência disso, muitas crianças têm nascido por meio das técnicas de reprodução assistida, fazendo com que, no início deste terceiro milênio, as discussões tenham se deslocado da concepção de família e passado a girar em torno da designação dos pais quando, por vezes, muitas pessoas trazem consigo elementos capazes de levar à atribuição dos vínculos parentais⁵², segundo o grau de intervenção na procriação⁵³.

Exsurtem, daí, miríades de situações não imaginadas pela racionalidade codificadora da Modernidade⁵⁴ e, doravante, é preciso aceitar que os laços parentais transitem pelas dimensões genética, biológica⁵⁵, realçando a volitiva⁵⁶. Nesse contexto, surge o desafio de tentar encontrar respostas que permitam ultrapassar o legado reducionista do direito codificado⁵⁷.

Tal tarefa pressupõe entender que, de acordo com o sistema jurídico de grande parte dos países, tradicionalmente e, ainda nos dias de hoje, a maternidade legal é determinada pelo parto, de modo que a identidade da mãe resulta segura e,

⁵⁰ São exemplos, a fertilização heteróloga e a gestação por substituição.

⁵¹ BRENA, Ingrid. Maternidad sub-rogada: autonomia o submission? *Op. cit.*, pp. 133-145. A autora questiona a possibilidade de haver autonomia racional diante de fatores sociais, culturais e econômicos que exercem influências sobre as pessoas. No caso da mãe intencional, refere que a sociedade ainda não oferece à mulher a imagem positiva de si mesma que esteja alheia à maternidade, e essa falta de opção induz muitas a recorrerem à maternidade, como única alternativa de realização pessoal. Em relação à gestante que se submete a um procedimento de gestação por substituição, a autonomia se baseia na presunção de racionalidade e maturidade para tomar decisões, ausência de necessidades econômicas e plena informação, o que nem sempre é real.

⁵² Genético, biológico, socioafetivo, jurídico, posse de estado, projeto parental.

⁵³ HERNANDEZ IBÁÑEZ, Carmen. La atribución de la maternidad en la gestación contratada. *Op. cit.*, p.443. No mesmo sentido, FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 552-553. TORRACA DE BRITO, Leila. *Paternidades Contestadas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 3.

⁵⁴ CATALAN, Marcos. Um ensaio sobre a multiparentalidade: prospectando, no ontem, pegadas que levarão ao amanhã. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Medellín – Colombia, vol. 42, n. 117, jul./dec., 2012, p. 621-649, p. 625.

⁵⁵ Neste trabalho, as expressões parentalidade genética e parentalidade biológica foram intencionalmente dissociadas, pois, parece-nos que, enquanto a genética decorre da fusão de DNAs, a biológica ainda está ligada à gestação uterina.

⁵⁶ LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*. *Op. cit.*, p. 50.

⁵⁷ CATALAN, Marcos. Um ensaio sobre a multiparentalidade: prospectando, no ontem, pegadas que levarão ao amanhã. *Op. cit.*, p. 636.

talvez, indiscutível, de fácil determinação jurídica e biológica⁵⁸. Um contexto compreensível, haja vista que, até pouco tempo, a procriação decorria, necessariamente, da relação sexual, de modo que a mulher que gestava o fazia sempre com óvulo próprio e, dessa forma, os elementos genético e biológico materno coincidiam, nas mesmas pessoas⁵⁹. Quanto à paternidade, no contexto do casamento, essa era atribuída ao marido da mãe. Ele era o único que poderia impugná-la, em limitado prazo⁶⁰ e circunstâncias⁶¹. O sistema escolheu proteger o patrimônio e garantir a paz da família patrimonial e patriarcal então vigente⁶².

Resta saber, contudo, se (e até que ponto) um sistema lastreado na filiação, enquanto fenômeno natural e servil aos interesses de uma família patriarcal e patrimonialista, ainda se sustenta, quando consideradas as novas perspectivas surgidas a partir da evolução da genética e das técnicas de reprodução assistida.

Oportuno registrar que o primeiro impacto vivido pelo regime jurídico da filiação em face da evolução da ciência se deu na segunda metade do século passado, frente ao poder inquestionável das provas científicas do DNA⁶³. A partir desse momento, foi possível ter a certeza quanto à paternidade biológica, o que representou (embora por pouco tempo) o triunfo da verdade trazida pela genética e a relativização das presunções que, até então, orientavam o sistema vigente.

Quase ao mesmo tempo, a fertilização homóloga, que consiste na manipulação de gametas próprios do casal que pretende ter filhos, agregada às técnicas de crio-conservação, possibilitou a reprodução humana pós-morte e exigiu

⁵⁸ VELA SÁNCHEZ, Antônio J. La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo. *Op. cit.*, p. 31-32.

⁵⁹ LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres. *Op. cit.*, p.50. No mesmo sentido, VELA SÁNCHEZ, Antônio J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo. Op. cit.*, p. 34.

⁶⁰ TORRACA DE BRITO, Leila. *Paternidades Contestadas. Op. cit.*, p.19. A noção jurídica da filiação encontra-se ligada à ficção, pois são os sistemas jurídicos que determinam, por meio de regras, quem e segundo quais procedimentos é pai e quem é filho. Em outras palavras, são as leis de cada sociedade que “fabricam” o pai da criança.

⁶¹ No Brasil, por exemplo, nos termos do art. 1.601 do Código Civil, confere-se ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua esposa, sendo tal ação imprescritível.

⁶² LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 195. A presunção *pater is est quem nuptia demonstrat* impedia que se discutisse a origem da filiação, se o marido da mãe não a negasse, enquanto a presunção *mater semper certa est*, impedia a investigação da maternidade da mulher casada.

⁶³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. Op. cit.*, p. 202.

que o direito codificado oferecesse respostas no que tange ao uso desse material e das suas repercussões no campo da filiação. No caso brasileiro, optou-se por prorrogar a presunção da paternidade do marido da mãe, para além dos 300 dias após sua morte, quando ele tenha consentido com a sua utilização⁶⁴.

Uma terceira possibilidade surgiu a partir do desenvolvimento das técnicas de fertilização artificial heteróloga, realizadas com o uso de material genético alheio, facilitadas pela fertilização *in vitro*, na medida em que a fecundação fora do corpo materno tornou viável, também, a utilização de óvulos cedidos⁶⁵ por uma mulher que não fosse a titular do projeto parental. Mediante o uso dessas técnicas, segundo a opção realizada pela maioria dos países que normatizaram a reprodução humana assistida⁶⁶, o dado genético é considerado irrelevante nas fertilizações heterólogas e aqueles que se submetem a tal procedimento não podem impugnar os vínculos parentais estabelecidos⁶⁷. Mas é preciso dizer: essa não é uma posição unânime, pois as técnicas de fertilização heteróloga e *in vitro*, assim como sua extensão às pessoas solteiras ou homossexuais, são proibidas em alguns países⁶⁸.

⁶⁴ Art. 1.597, do Código Civil: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”. No Brasil, O Conselho da Justiça Federal promove Jornadas de Direito Civil, as quais reúnem especialistas com objetivo de debater o Código Civil e extrair enunciados interpretativos que possam servir de orientação aos operadores do Direito. Na primeira Jornada, editou-se o enunciado nº 106, segundo o qual, para que haja presunção da paternidade no marido falecido, a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, deve estar na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que o marido tenha deixado autorização escrita para que utilize seu material genético após sua morte.

⁶⁵ Onerosos ou gratuitos, a depender do regime jurídico interno.

⁶⁶ LAMM, Eleonora. Gestación por substitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres. *Op. cit.*, p. 36. A lei italiana nº 40/2004 proíbe as técnicas de fertilização assistida no tipo heteróloga e, ainda, regula que, em caso de violação dessa proibição, o doador de gametas não adquire nenhuma relação jurídica parental com o nascido. A lei portuguesa nº 32/2006 regula a doação de gametas quando não é possível utilizar os próprios gametas e determina a paternidade e maternidade aos donatários. No Reino Unido, há uma peculiaridade: em alguns casos, o doador de esperma será pai legal, exceto se tenha doado a uma clínica licenciada ou tenha doado a um casal casado, mesmo que de mulheres.

⁶⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. Procriação medicamente assistida e relação de paternidade. *In*: HIRONAKA, Gilselda Maria Fernandes Novaes. TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. (coords.). *Direito de família e das sucessões: temas atuais*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, pp. 348-369, p. 350.

⁶⁸ LAMM, Eleonora. Gestación por substitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres. *Op.cit.*, pp. 129-130. A Áustria veda a doação de óvulos, a fertilização *in vitro* e a gestação por substituição, embora seja permitida a doação de espermatozoide se comprovada a esterilidade do homem. Essa lei (Lei de Medicina Reprodutiva, de 04 de junho de 1992) foi questionada perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *S.H e outros v. Áustria*. O Tribunal considerou que,

Esse cenário ganhará, ainda, outros contornos se, além de o material genético advir de cessão (seja apenas o(s) óvulo, o(s) espermatozoide(s), ou ambos), a gestação também for substituta. E, ainda, quando a gestante aportar seu próprio óvulo e, assim, guardar também o vínculo genético com a criança. Nesse caso, aqueles que detêm o projeto parental não terão vínculos genéticos e, tampouco, biológicos com a criança, mas, tão somente, aqueles decorrentes da intenção e dos atos a partir dos quais resultou a procriação, enquanto a gestante guardará consigo o vínculo biológico da gestação e, por vezes, também o genético.

Além disso, não se pode ignorar, ao abordar a filiação nos dias de hoje, que, frente ao reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo e partindo da premissa de que a filiação não decorre, necessariamente, dos vínculos biológico ou genético (embora esses também possam ser coincidentes), que uma criança pode ter dois pais e/ou duas mães, sem esquecer possíveis relações de multiparentalidade⁶⁹. Apenas para ilustrar a questão aqui apresentada, tornou-se

apesar da tendência em toda a Europa de permitir a *fertilização in vitro*, trata-se de técnica que ainda suscita questões morais e éticas sensíveis que ainda não encontram consenso entre os Estados-membros, de forma que a margem de apreciação do Tribunal do Estado demandado deve ser ampla. Considerou, também, que a Áustria não veda o deslocamento dos seus nacionais a outros países que permitem a utilização de tal técnica e, inclusive, prevê, na sua lei civil, o reconhecimento da filiação nesses casos.

⁶⁹ CATALAN, Marcos. Um ensaio sobre a multiparentalidade: prospectando, no ontem, pegadas que levarão ao amanhã. *Op. cit.*, p. 621-649. Nesse sentido, transcreve-se ementa da decisão de Relatoria do Juiz José Pedro de Oliveira Eckert, na Apelação Cível nº 70062692876, da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Brasil, proferida em 12 fev. 2015, que reconheceu a multiparentalidade, determinando que o registro de nascimento da criança deveria levar o nome das duas mães e do pai que realizaram, em conjunto, o projeto parental. APELAÇÃO CÍVEL. DECLARATÓRIA DE MULTIPARENTALIDADE. REGISTRO CIVIL. DUPLA MATERNIDADE E PATERNIDADE. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. JULGAMENTO DESDE LOGO DO MÉRITO. APLICAÇÃO ARTIGO 515, § 3º DO CPC. A ausência de lei para regência de novos - e cada vez mais ocorrentes - fatos sociais decorrentes das instituições familiares, não é indicador necessário de impossibilidade jurídica do pedido. É que "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). Caso em que se desconstitui a sentença que indeferiu a petição inicial por impossibilidade jurídica do pedido e desde logo se enfrenta o mérito, fulcro no artigo 515, § 3º do CPC. Dito isso, a aplicação dos princípios da "legalidade", "tipicidade" e "especialidade", que norteiam os "Registros Públicos", com legislação originária pré-constitucional, deve ser relativizada, naquilo que não se compatibiliza com os princípios constitucionais vigentes, notadamente a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo ou qualquer outra forma de discriminação (artigo 3, IV da CF/88), bem como a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (artigo 227, § 6º, CF), "objetivos e princípios fundamentais" decorrentes do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, há que se julgar a pretensão da parte, a partir da interpretação sistemática conjunta com demais princípios infra-constitucionais, tal como a doutrina da proteção integral o do princípio do melhor interesse do menor, informadores do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), bem como, e especialmente, em atenção do fenômeno da afetividade, como formador de relações familiares e objeto de proteção Estatal, não sendo o caráter biológico o critério exclusivo na formação de vínculo familiar. Caso em que no plano fático, é flagrante o ânimo de paternidade e maternidade, em conjunto, entre o casal formado pelas

comum, nas uniões homoafetivas femininas, que uma criança seja gestada por uma das mães, mas com o óvulo da outra, de forma que ambas participem do processo⁷⁰.

Com efeito, o uso das técnicas de reprodução humana levou ao afastamento da verdade biológica como critério jurídico de atribuição da paternidade e da maternidade, trazendo à tona o critério afetivo ou social e, no contexto dessa nova ordem, vivenciou-se a substituição do elemento carnal pelo afetivo ou psicológico⁷¹.

Historicamente, a imputação de paternidade, de maternidade e de filiação se assentou no pressuposto fático da conjunção carnal ou da adoção como geradores dos vínculos de parentalidade-filiação. Hodiernamente, a gravidez e o parto perderam a importância que lhes foi conferida pela legislação, ao menos no campo da procriação assistida e, nesse sentido, o projeto parental revela-se como o pressuposto mais importante⁷².

Eis que surge outra possibilidade de compreender a filiação a partir do projeto parental, fato jurídico composto de elementos volitivos, sociais, afetivos⁷³, consoante os quais mãe e pai são aqueles que assim desejam sê-lo,

mães e do pai, em relação à menor, sendo de rigor o reconhecimento judicial da "multiparentalidade", com a publicidade decorrente do registro público de nascimento.

⁷⁰ SORDI, Jaqueline. Casal homossexual consegue registro de dupla maternidade na Justiça do RS. *Zero Hora*. 01 jun. 2013. Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2013/06/casal-homossexual-consegue-registro-de-dupla-maternidade-na-justica-do-rs-4156076.html>. Acesso em 31 de maio de 2015.

⁷¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: introdução o tema sob a perspectiva civil constitucional. *Op. cit.*, p. 528.

⁷² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008, p.376. No mesmo sentido, LIMA, Taisa Maria Macena de. Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. *Revista Brasileira de Direito de Família*. n. 13, abr./maio, 2002, pp.143-161.

⁷³ LAMM, Eleonora. Gestación por substitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres. *Op. cit.* p. 49.

independentemente dos aportes genéticos ou dos vínculos biológicos⁷⁴. Esse talvez seja, de todos os elementos possíveis na atribuição da filiação, o mais igualitário, pois não só não distingue gênero⁷⁵, como também admite e legitima a coexistência de mais de um pai e/ou mais de uma mãe, ao mesmo tempo⁷⁶.

Inegável, como se vê, é a tensão entre os modelos biológico, genético e voluntarista⁷⁷. As novas formas de procriação tornaram as presunções, tradicionalmente admitidas, em matéria de filiação, ultrapassadas ou carentes de releitura. Parece evidente que as situações criadas no *Admirável mundo novo* dificilmente poderão ser resolvidas com o recurso às velhas regras⁷⁸. Os modelos de paternidade, maternidade e filiação precisam ser revisitados com urgência, para que o Direito possa dizer a quem imputar tais papéis e quais as consequências dessas relações⁷⁹.

Nessa linha, é percebido que o Direito nunca necessitou da verdade biológica para fabricar a filiação, na medida em que a institucionalização dos

⁷⁴ HERNANDEZ IBÁÑEZ, Carmen. La atribución de la maternidad en la gestación contratada. *Op. cit.*, pp. 443/444. A mãe deve ser aquela que quis ter o filho, tendo ou não aportado seu material genético, e não a gestante, que não desejou essa criança na condução de filhos e para quem a gestação e o nascimento ocorreram por força de um contrato, a partir do qual ela renunciou a qualquer direito sobre essa criança, conhecendo todas as circunstâncias antes de se prestar a tanto. LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*. *Op. cit.*, p. 45. A maternidade deve corresponder a quem quis ter o filho, por várias razões: a mulher gestante se prestou voluntariamente a isso, renunciando a qualquer direito sobre o filho; a gestante não tem por onde alegar motivos sentimentais e laços com a criança porque todos esses detalhes já deveriam ser conhecidos antes do pacto; a gestante conhece que sua missão nesse tipo de técnica é dar à luz para depois entregar o filho. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disposição dos direitos de personalidade e autonomia privada. *Op. cit.*, p. 216. É necessário relativizar a importância do critério da paternidade biológica em favor de critérios baseados no consentimento, na intencionalidade ou na existência de um projeto parental.

⁷⁵ LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*. *Op. cit.*, p. 57.

⁷⁶ CATALAN, Marcos. Um ensaio sobre a multiparentalidade: prospectando, no ontem, pegadas que levarão ao amanhã. *Op. cit.*, p. 621-649.

⁷⁷ RODRIGUEZ, Jesús flores. *Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico comum europeo*. *Op. cit.*, p. 84.

⁷⁸ LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*. *Op. cit.*, p. 56.

⁷⁹ TORRACA DE BRITO, Leila. *Paternidades Contestadas*. *Op. cit.*, pp. 20-21. LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*. *Op. cit.*, pp. 31-45. VELA SÁNCHEZ, Antônio J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. *Op. cit.*, p. 20.

vínculos parentais é uma convenção que ultrapassa a simples transcrição de um dado natural e encontra seu fundamento em um título de atribuição⁸⁰.

É sempre oportuno lembrar que são as sociedades que instituem a paternidade e a filiação, atribuindo um nome de família a cada criança e seu lugar na genealogia, questões essenciais à formação das identidades. Em outras palavras, a noção jurídica da filiação não se refere à mera formalização dos vínculos parentais, encontrando-se ligada à ficção, à legitimação, às possibilidades de reconhecimento da existência de alguém por todos daquela sociedade. Portanto, o foco de atenção das ciências sociais, anteriormente centrado na família presumidamente consanguínea, deve ser direcionado para a maneira como se edificam os sistemas de parentesco nas diferentes culturas, moldadas pelo labor do tempo⁸¹.

A compreensão cultural da filiação permite identificar que ela pode ser determinada pelo parto, pelo vínculo genético, ou por outros fatos, como a posse de estado, o reconhecimento ou a adoção⁸², enquanto atos de vontade imantados à realização do projeto parental. É inegável, pois, que, junto à filiação “biológica”, convive uma filiação “querida” e, especialmente, “vívica”⁸³. Em outras palavras, a filiação não se considera como um fato da natureza, mas um fato cultural, que se constrói no exercício do cotidiano e se alicerça na afetividade, na intensidade das

⁸⁰ LIMA, Taisa Maria Macena de. Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. *Revista Brasileira de Direito de Família*. n. 13, abr./maio, 2002, p. 144.

⁸¹ TORRACA DE BRITO, Leila. *Paternidades Contestadas*. *Op. cit.*, pp. 13-14 e 18.

⁸² RODRIGUEZ, Jesús flores. Gestación por sustitución: más cerca de um estatuto jurídico comum europeo. *Op. cit.*, p. 85. Na adoção, também, há uma tensão entre o modelo naturalista e voluntarista da filiação. Não resulta difícil, portanto, traçar analogias entre a filiação adotiva e a aquela que tem lugar a partir da gestação por substituição. A adoção tem seu fundamento em um substrato biológico e se constitui a partir de um ato negocial em um processo travado entre o judicial e o administrativo, de modo que é uma criação do Direito. Como ocorre com a adoção plena, também, na gestação por substituição, desaparece o vínculo de filiação com a gestante, nesse caso, por aplicação do direito pessoal estrangeiro da última, inclusive quando a gestação se origina a partir dos gametas de um doador anônimo, não resulta possível estabelecer o vínculo biológico com algum dos pais de intenção. Sem dúvida, é nessa hipótese que a situação da criança resulta mais precária e resulta urgente a intervenção do Direito. A vontade negocial rodeada das precisas garantias constitui a chave do processo. Pouco importaria a discussão acerca da sua verdadeira natureza jurídica, que estejamos frente a uma filiação biológica ou adotiva, questão que tanto parece preocupar. Em efeito, alguns prefeririam tratar a questão como uma hipótese de adoção simples, o que permite manter o vínculo com a mãe biológica sempre que resulta possível; no entanto, alguns recomendam a criação de um estatuto jurídico *ad hoc*, análogo à paternidade. Em suma, uma teoria contratualista de filiação se impõe quando se analisa a adoção ou os usos de técnica de reprodução assistida.

⁸³ RODRIGUEZ, Jesús flores. Gestación por sustitución: más cerca de um estatuto jurídico comum europeo. *Op. cit.*, pp. 84-85.

relações que interligam pais e filhos, independentemente das origens biológicas ou genéticas.

Fato é que, qualquer que seja o critério a ser usado na imputação dos laços parentais, não parece possível que haja uma resposta prévia, especialmente porque a relação paterno-filial é extremamente complexa e movediça e não se esgota na fragilidade de um momento capaz de decidir toda uma vida, ou na fecundação de um óvulo pelo espermatozoide; ela evolui e se desdobra com a vida, de acordo com mobilidades imprevistas, cuja única constância, precisamente, é a imprevisibilidade⁸⁴.

Frente a tal constatação, saber que elementos priorizar para atribuição dos vínculos parentais, quando o biológico, o genético e o projeto parental estão dissociados, é uma questão em aberto. Quiçá, tal resposta exija a inexistência de balizas estanques, quando, o que se pretende, sempre, é atender aos interesses dos filhos. Em outras palavras, nenhum preceito deve dar, direta e previamente, o critério de filiação que se busca. Ele deverá ser procurado relacionando muitos preceitos e, só do seu conjunto, poderá resultar a resposta quanto à determinação da filiação⁸⁵.

O desafio está posto. Ele consiste em ultrapassar o legado reducionista, que contamina o Direito codificado, e redimensionar, hermeneuticamente, as possibilidades normativas contidas no universo das relações parentais, fortalecendo as realidades familiares e estimulando a assunção de responsabilidades, atentando, assim, às necessidades do ser humano concreto e para a centralidade por ele ocupada em um sistema jurídico que pretende ser democrático e de direito e que, também por isso, deve fazer prevalecer o melhor interesse da criança.

⁸⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. Exame de DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira. (coords.). *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. v. 4., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp.188-221, p.193.

⁸⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Procriação medicamente assistida e relação de paternidade. *Op. cit.* p. 351.

2. DILEMAS TRANSFRONTEIRIÇOS NA IMPUTAÇÃO DOS LAÇOS PARENTAIS

2.1 Incertezas registraes e (in)existência jurídica no mundo globalizado

A gestação por substituição é um fenômeno crescente e, por mais empecilhos que, internamente, alguns Estados imponham, talvez seja impossível contê-lo em um mundo globalizado⁸⁶.

Frente a essa constatação, surge a preocupação de como tutelar os interesses das crianças que, nascidas em país estrangeiro, poderão se encontrar diante de incertezas registraes e, até mesmo, da inexistência perante o Direito. Com o escopo de apresentação do problema, o relato de alguns casos, quiçá, permita compreender a dimensão dessa problemática.

⁸⁶ SANTOS BELANDRO, Rubens. La maternidad sub-rogada consumada en el extranjero: eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales y/o administrativas y de la circulación internacional de los documentos relacionados con ella. *e/Dial*. 25 nov. 2011. Buenos Aires.

Uma dessas crianças é Samuel. Ele nasceu na Ucrânia, em decorrência de acordo de gestação por substituição realizado entre a gestante, ucraniana, e um casal, formado por um cidadão belga e um francês. O registro de nascimento do menino foi emitido pelas autoridades ucranianas, contendo, como mãe, a gestante e, como pai, o cidadão belga, pois foi quem aportou o material genético. A embaixada belga, em Kiev, não reconheceu o certificado de nascimento emitido pela Ucrânia, por constatar que se tratava de uma criança nascida de gestação por substituição, prática que é vedada no país. Expirado o visto de permanência dos pais, eles precisaram retornar à Bélgica e, lá, promoveram ação judicial visando ao reconhecimento da filiação. Após constatar a existência de vínculo genético entre o cidadão belga e a criança, o Tribunal reconheceu a filiação, mencionando que isso não significava dar eficácia ao acordo de gestação por substituição, que é contrário à ordem pública interna. Desde o nascimento de Samuel, até a emissão do seu passaporte, que lhe permitiu deixar a Ucrânia e viajar com seus pais para a Bélgica, mais de dois anos se passaram. Durante esse período, o menino permaneceu em um orfanato, pois seus pais não possuíam condições financeiras para mantê-lo no país, não fosse dessa maneira⁸⁷.

História semelhante marca as vidas de Leonard e Nikolas Balaz. Os dois meninos nasceram na Índia, também em virtude de um acordo de gestação por substituição, realizado por um casal de alemães. Como a gestante, cidadã indiana, não tinha vínculo biológico com os bebês, a Índia não poderia inscrever o nascimento das crianças. A Alemanha, por sua vez, não reconheceu a filiação frente ao cidadão alemão, apesar da existência de vínculo genético, invocando a nulidade da gestação por substituição e argumentando, ademais, que, segundo suas leis internas, a maternidade deveria ser atribuída à gestante e, a paternidade, ao marido dela. Diante desse impasse, o pai precisou permanecer no país, com os filhos, por um período de dois anos, sem que estes tivessem certidão de nascimento, até que a Agência de Adoção Central da Índia, por questões humanitárias, flexibilizou as regras internas, para permitir a adoção das crianças pelo casal de alemães. Foi

⁸⁷ RUBAJA, Nieve. El derecho internacional privado al servicio de los derechos fundamentales de los niños nacidos por el empleo de la gestación por sustitución en el extranjero. In: MORENO RODRIGUEZ, José Antonio. MARQUES, Cláudia Lima. *Los servicios en el derecho internacional privado: jornadas de la ASADIP 2014*. Porto Alegre/Asunción: Gráfica e Editora URJ, 2014, pp. 281-336, pp. 306-307.

destacado, na ocasião, que tal decisão se dava em benefício exclusivo das crianças, não dos pais⁸⁸.

Os dramas existenciais vividos em decorrência dos avanços da tecnologia se multiplicam.

Na Itália, um menino, nascido em decorrência de um acordo de gestação por substituição realizado na Rússia, foi afastado do casal de italianos, que desejou e promoveu seu nascimento, e encaminhado para adoção. Tal decisão foi tomada pelo Tribunal de Menores de Campobasso, diante da percepção de que o menino não possuía parentes conhecidos, na medida em que nasceu a partir de fertilização com uso de gametas doados anonimamente e, ainda, por considerar que o casal de italianos não poderia adotá-lo, porque teria infringido a proibição de uso de gametas doados, bem como as regras que balizam a adoção no país.

Esse caso, denominado *Paradiso y Campanelli contra Italia*⁸⁹, foi julgado, recentemente, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que considerou que a Itália não agiu abusivamente ao ignorar o *status* legal conferido ao menino na Rússia e ao aplicar sua lei interna para estabelecer as relações de parentesco, pois, com isso, pretendia desestimular situações contrárias ao seu Direito. No entanto, condenou a Itália por infringir o direito à vida familiar e privada, reputando que as autoridades Italianas não conseguiram promover o equilíbrio dos interesses em jogo e que as medidas adotadas em respeito à criança, em especial, seu afastamento do núcleo daquela família, foram desproporcionais e ignoraram seus interesses⁹⁰.

As histórias relatadas não são episódios isolados⁹¹.

⁸⁸ MORTAZAV, Sarah. It takes a village to make a child: creating guidelines for international surrogacy. Disponível em: <http://georgetownlawjournal.org/files/2012/08/14Mortazavi.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2015.

⁸⁹ App. nº 25358/12.

⁹⁰ Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2015_01_181_ENG.pdf. Acesso em: 21 abr. 2015.

⁹¹ RUBAJA, Nieve. El derecho internacional privado al servicio de los derechos fundamentales de los niños nacidos por el empleo de la gestación por sustitución en el extranjero. *Op. cit.*, pp. 281-336. Um dos casos mais ilustrativos foi o *Baby Manji Yamada v. Union of India & Anr.* Um casal japonês recorreu à gestação por substituição na Índia, mas se divorciou antes de o bebê nascer, e a mulher se negou a seguir participando do acordo. O pai se viu em enormes dificuldades para obter o reconhecimento de filiação e, assim, a nacionalidade e os documentos necessários para deixar a Índia e voltar com a criança para o Japão. Depois de três meses, por questões humanitárias, a Índia concedeu um documento de identidade e documentos de viagem, e a embaixada japonesa outorgou um visto provisório de um ano, para que o pai pudesse pleitear, no seu país, o reconhecimento da

Elas ilustram a abundante quantidade de casos vivenciados por crianças nascidas em processo de gestação por substituição havido no estrangeiro e imersas em contexto permeado pela incerteza e potencial vulneração de seus mais primitivos direitos.

São, sem dúvida, situações complexas, cuja compreensão pressupõe aceitar que as dimensões culturais que informam os direitos locais foram estruturadas a partir de realidades distintas, que poderão conduzir a soluções, igualmente, diversas, em um mundo que parece cada vez mais globalizado.

A questão ganha importância, quando se nota que, entre permissões e restrições, produziu-se, no âmbito do uso das técnicas de reprodução humana assistida, o fenômeno do turismo reprodutivo⁹², identificado pelo deslocamento de pessoas em busca desse tipo de serviço em outros países, por motivações que podem depender (a) da qualidade dos serviços, (b) dos preços mais acessíveis⁹³, (c) das leis menos restritivas⁹⁴.

filiação. Na Alemanha, no caso *Cologne*, um casal de alemães não conseguiu transcrever, na Alemanha, o certificado de nascimento emitido na Índia, mesmo um deles tendo aportado material genético, por se entender que, pelas leis alemãs, a criança era filha da gestante e do marido desta. A Bélgica foi demandada frente ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso “D y D c. Bélgica” (app. nº29176/13), pois o registro de nascimento emitido na Ucrânia não foi aceito pela embaixada belga para emissão do passaporte, exigindo-se documentos que comprovassem a filiação. Expirado o visto de permanência, o casal precisou regressar à Bélgica e deixar a criança na Ucrânia com uma enfermeira. O pai reconheceu a paternidade ante um notário em Bruxelas e, em julho de 2013, o Tribunal de Apelação de Bruxelas, com base na paternidade biológica, concedeu a documentação necessária para viajar com o menino à Bélgica. Na Espanha, um casal homossexual de homens realizou um contrato de gestação por substituição na Califórnia, Estados Unidos e, uma vez nascidas duas crianças, obteve o reconhecimento direto de filiação pelas autoridades norte-americanas, sem que fosse referido o nome da gestante. Contudo, ao tentarem inscrever o registro de nascimento junto ao Consultado Espanhol, esse ato lhes foi negado, sob a justificativa de que o registro de nascimento não referia o nome da gestante, a partir do que se presumia que as crianças teriam sido fruto de um acordo de gestação por substituição, considerado nulo no país, inviabilizando o reconhecimento da filiação. O Tribunal Supremo da Espanha considerou que a negativa de inscrição do registro de nascimento emitido pelas autoridades norte-americanas não violaria os interesses dos menores, pois ao pai genético era possível reclamar a filiação, sendo admitida a adoção pelo cônjuge, ou seja, resolver-se-ia a filiação por via reversa.

⁹² LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres. *Op. cit.*, p. 193. A European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE) tem criticado essa terminologia, por banalizar os motivos que levam às pessoas a migrarem para se submeterem às técnicas de reprodução assistida, sugerindo o termo *cross-border reproductive care*.

⁹³ FARNÓS AMORÓS, Esther. European Society Human Reproduction and Embryology: 26 Annual Meeting. *InDret*. 3/2010, p. 10. A motivação que leva muitas pessoas a procurarem por serviços reprodutivos fora do próprio país varia de acordo com a procedência. Ilustrativamente, os cidadãos britânicos, que têm uma das legislações mais liberais da Europa em matéria de técnicas de reprodução humana assistida, migram para a Espanha, por razões, geralmente, de ordem econômica e, ainda, para assegurarem o anonimato de doadores de gametas. Os cidadãos italianos, por outro

A circulação de pessoas em busca de serviços reprodutivos parece ter início com o desenvolvimento das técnicas reprodutivas, na segunda metade do século XX, tendo se intensificado no início do século XXI. Inicialmente, enquanto o domínio da ciência que viabilizou a reprodução humana assistida estava em fase de maturação e era acessível a poucos, possivelmente, a migração foi determinada pela disponibilidade dos serviços em alguns poucos países.

À medida que as técnicas de reprodução humana assistida passaram a ser realizadas por clínicas presentes em mais países, ingressando em um disputado mercado de consumo, acredita-se que o deslocamento de pessoas passou a ser determinado pela qualidade e/ou custos dos serviços⁹⁵.

Posteriormente, devido (a) ao desenvolvimento de técnicas mais avançadas, como a fecundação heteróloga, a fertilização *in vitro* e a gestação por substituição, (b) ao maciço ingresso das mulheres no mercado de trabalho e a consequente postergação da maternidade e (c), mais recentemente, ao surgimento da demanda provocada pelo reconhecimento de famílias menos tradicionais, como pessoas solteiras e casais do mesmo sexo⁹⁶, a possibilidade de realização do projeto parental, no estrangeiro, representou, para muitos, uma maneira de contornar as restrições⁹⁷ impostas pelo sistema jurídico do país de origem⁹⁸.

lado, buscam tais serviços em clínicas espanholas, porque a legislação da Itália não permite a fecundação heteróloga.

⁹⁴ LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres. *Op. cit.*, p. 193.

⁹⁵ COSTAS, Ruth. Sol, praia e fertilização: Espanha vira Meca do turismo reprodutivo. *BBC*. 03 set. 2012. Disponível em:

http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/09/120821_turismo_reproducao_espanha_ru.shtml. Acesso em 05 jun. 2015.

⁹⁶ MELLO, Patrícia Campos. Israel resgata do Nepal 26 bebês de mães de aluguel. *Folha de São Paulo*. 28 abr. 2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/04/1621994-israel-resgata-do-nepal-26-bebes-de-maes-de-aluguel.shtml>. Acesso em 06 jun. 2015. Em Israel, a legislação veda o acesso à gestação por substituição a casais homossexuais. Para contornar essa proibição, muitos realizam o procedimento no estrangeiro. Por ocasião do terremoto ocorrido no Nepal, em abril de 2015, o governo de Israel resgatou 26 bebês e quatro grávidas que emprestaram seus úteros a israelenses, na maioria, casais homossexuais. Há notícias de que, naquele momento, havia mais de cem mulheres nepalesas e indianas, grávidas de filhos de israelenses.

⁹⁷ FARNÓS AMORÓS, Esther. European Society Human Reproduction and Embryology: 26 Annual Meeting. *Op. cit.*, p. 10. A busca por serviços reprodutivos em outros países, além de contornar restrições, pode decorrer da intenção de evitar outros possíveis desdobramentos, como a possibilidade de investigação da ascendência genética, em caso de fecundação heteróloga com doação de gametas. No Reino Unido, de acordo com a reforma legislativa, ocorrida em 2014 (*Statutory Instruments 2004 No. 1511 - The Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004*), as pessoas concebidas após abril de 2005 mediante doação

Especificamente, no campo da gestação por substituição, a circulação de pessoas em meio a sistemas jurídicos tão diversos tem resultado em dificuldades centradas, sobretudo, nas incertezas em torno das questões relativas às crianças, dentre elas, no que tange ao direito de filiação, do qual se desdobram (a) a nacionalidade, (b) o poder familiar, (c) os alimentos, (d) a guarda, (e) os direitos previdenciários, (f) a sucessão, dentre tantos outros.

São situações com elevado grau de complexidade, já que exigem a ressignificação de conceitos básicos como os de maternidade e paternidade, a releitura de regras jurídicas existentes e, quiçá, regras novas, que possam guiar o intérprete à densificação da ideia de melhor interesse da criança⁹⁹.

E, embora se trate de uma problemática importante no âmbito interno, ela ganha especial relevo nas arestas de internacionalidade, visto que entram em colisão os distintos ordenamentos jurídicos nacionais.

Isso decorre do fato de que os países se veem forçados a enfrentar o problema de responder se reconhecem os efeitos da gestação por substituição, muitas vezes, consolidados no estrangeiro e dos quais derivam vínculos de filiação que, por vezes, podem contradizer alguns princípios básicos e irrenunciáveis de ordem pública¹⁰⁰. Nesses casos, o Direito Internacional Privado precisa estar a serviço dessas relações, considerando sempre o bem maior: os interesses das crianças.

de gametas ou pré-embriões em centros britânicos, uma vez alcançada a maioria, poderão solicitar informações que identifiquem os doadores.

⁹⁸ FARNÓS AMORÓS, Esther. *European Society Human Reproduction and Embryology: 26 Annual Meeting*. *Op. cit.*, p. 07. A autora refere que um estudo da ESHRE, baseado em 1.230 ciclos de técnicas de reprodução humana assistida, realizados em seis países europeus que são tradicionais destinos de acesso às técnicas reprodutivas, como Bélgica, República Checa, Dinamarca, Suíça, Eslovênia e Espanha, evidencia que, cada vez mais, cidadãos viajam a outro país da União Europeia para evadir a legislação restritiva de seu país de origem. A pesquisa apurou que as restrições legais são as razões mais indicadas por cidadãos alemães (80,2%), noruegueses (71,6%), italianos (70,6%) e franceses (64,5%) que viajam ao estrangeiro em busca de tratamento.

⁹⁹ BARRÓN ARNICHES, Paloma de. La posibilidad de inscribir en el registro civil español a los nacidos en el extranjero, de una madre de alquiler. *Revista de derecho y genoma humano*. n. 31, jul./dec., 2009., pp. 29-41. O principal interesse do menor, nesses casos, é estar salvaguardado de possíveis conflitos futuros.

¹⁰⁰ ALVAREZ GONZÁLES, Santiago. Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución. In: FORNER DELAYGUA, Joaquim; GONZÁLES BEILFUSS, Cristina; VIÑAS FARRET, Ramón. (coords.) *Entre Bruselas y la Haya: estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: 2013, pp. 77-90.

Com efeito, nos casos em que o acordo de gestação por substituição tenha sido realizado em outro país, dois problemas iniciais poderão surgir, dependendo dos procedimentos estabelecidos no local do nascimento da criança: (a) ela será apátrida, com filiação incerta, ou (b) enfrentará dificuldades quanto ao reconhecimento do registro de nascimento emitido por país estrangeiro e, por consequência, para obter a nacionalidade no país de domicílio de seus pais e/ou mães¹⁰¹.

A primeira hipótese parece ser a mais grave e, geralmente, é vivenciada nos países onde vige o sistema *ius sanguinis*¹⁰², como a Índia e a Ucrânia. Nesses casos, o registro de nascimento da criança deve ser realizado pelo país de domicílio ou residência dos pais, de acordo com as regras de conexão próprias e segundo a lei interna.

E, caso tal país não reconheça os vínculos parentais, por força da nulidade do acordo de gestação por substituição ou por outra causa, a criança permanecerá apátrida e com filiação incerta. Dessa forma, ela não existirá perante o Direito e não obterá documentos que permitam a ela deixar o país de nascimento¹⁰³.

Essa foi a situação vivenciada pelos gêmeos Leonard e Nikolas Balaz, na Índia.

Na segunda hipótese, comum em países nos quais vige o sistema *ius solis*¹⁰⁴, como os Estados Unidos, o registro de nascimento da criança é realizado com a atribuição da filiação de acordo com as leis internas. Estrangeiros (ou não), a

¹⁰¹ LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres. *Op. cit.*, p. 196. No mesmo sentido, RUBAJA, Nieve. El derecho internacional privado al servicio de los derechos fundamentales de los niños nacidos por el empleo de la gestación por sustitución en el extranjero. *Op. cit.*, p. 282.

¹⁰² SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 319-320. Segundo o sistema *ius sanguinis*, o que determina a nacionalidade originária da pessoa são os vínculos de sangue, reputando-se nacionais os filhos de nacionais. Destaca o autor que, em geral, os países de emigração, como a maioria dos europeus, preferem a regra do *ius sanguinis*, com base na qual a diminuição da sua população pela saída para outros países não importará em redução dos integrantes da nacionalidade e, em contrapartida, os Estados de imigração, como a maioria dos americanos, acolhem a do *ius solis*, pela qual os descendentes da massa dos imigrantes passam a integrar a sua nacionalidade, o que não ocorreria se perfilhassem o critério do sangue.

¹⁰³ RUBAJA, Nieve. El derecho internacional privado al servicio de los derechos fundamentales de los niños nacidos por el empleo de la gestación por sustitución en el extranjero. *Op. cit.*, p. 290.

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. *Op. cit.*, p. 319. De acordo com o sistema *ius solis*, a nacionalidade originária é obtida em virtude do território onde a pessoa tenha nascido.

nacionalidade é conferida ao nascido. A criança, dessa maneira, passa a existir perante o Direito, podendo se deslocar para o país de domicílio dos pais.

Esse registro pode ser aceito pelo país de domicílio dos pais, pelo método do reconhecimento de decisão ou registro estrangeiro, ou por prova do vínculo biológico com um ou com ambos os pais. Em outros casos, porém, mesmo existindo vínculos biológicos entre a criança e o(s) pai(s) ou mãe(s), não é possível superar a vedação que informa a nulidade do acordo de gestação por substituição.

Assim, sob o argumento da ofensa à ordem pública, a filiação deixa de ser reconhecida, exurgindo problemas de imigração e residência no país de domicílio dos pais¹⁰⁵. Nesses casos, cabe questionar qual é o *status* dos menores que vivem em determinado país, sob os cuidados das pessoas que são seus pais de acordo com uma lei estrangeira, mas, paradoxalmente, não o são, de acordo com o Direito interno¹⁰⁶.

Isso foi o que aconteceu nos casos “Menesson”¹⁰⁷ e “Labassi”¹⁰⁸, que chegaram à apreciação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. As crianças, duas meninas, no primeiro caso, e uma, no segundo, nasceram em um contexto de gestação por substituição realizada nos Estados Unidos. Os registros de nascimento, emitidos pelas autoridades norte-americanas, foram inscritos na França, mas, apesar dos vínculos genéticos com os pais, o Ministério Público francês requereu declaração de nulidade desses atos jurídicos, por reputar contrários à ordem pública, eis que a França veda a gestação por substituição. A Corte de Cassação francesa decidiu que as decisões não ofendiam os direitos das crianças, posto que reconheciam o estado de filiação adquirido nos Estados Unidos e permitiam a permanência dos filhos na França, embora sem conceder às meninas a nacionalidade francesa¹⁰⁹.

¹⁰⁵ RUBAJA, Nieve. El derecho internacional privado al servicio de los derechos fundamentales de los niños nacidos por el empleo de la gestación por sustitución en el extranjero. *Op. cit.*, pp. 289-290.

¹⁰⁶ ALVAREZ GONZÁLES, Santiago. Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución. *Op. Cit.*, pp. 77-90.

¹⁰⁷ App. nº 65192/11.

¹⁰⁸ App. nº 65941/11.

¹⁰⁹ VELA SÁNCHEZ, Antônio J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. *Op. cit.* Nos casos de gestação por substituição realizadas na Índia, onde a criança não adquire a nacionalidade do Estado de nascimento, com material genético de francês, a França concede Laissez-Passer, que é uma permissão de entrada e permanência no país, mas sem conferir a nacionalidade.

Em ambos os julgamentos, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos condenou a França a reconhecer a filiação, em atenção ao interesse superior das crianças e da vulneração do direito à vida privada, que inclui diversos aspectos de identidade, entre eles, o estabelecimento da filiação. Na sentença, o Tribunal Europeu reconheceu o direito dos Estados de regular, da forma que quiserem, a gestação por substituição, em virtude das difíceis questões éticas envolvidas e da falta de consenso sobre a matéria, destacando que a atitude da França visava a desestimular que cidadãos franceses recorressem ao uso dessas técnicas fora do país como meio de proteger as crianças e as gestantes de situações de exploração. Concluiu, no entanto, que, quando presente um aspecto tão importante como a identidade das crianças, a margem de apreciação dos Estados se restringe, pois o respeito à vida privada exige que todos possam estabelecer sua identidade como seres humanos, o que inclui o direito à filiação e todas as consequências jurídicas daí decorrentes¹¹⁰.

Tal panorama ilustra situações atadas à incerteza registral e (in)existência jurídica em um mundo globalizado, que pode expor crianças nascidas da gestação por substituição no estrangeiro. E isso sem excluir a possibilidade de diferentes respostas serem dadas pelo mesmo sistema jurídico, a depender das peculiaridades do caso, em especial, da existência (ou não) de vínculos biológicos com os titulares do projeto parental e, ainda, a mitigação da ordem pública e aferição de possível violação ao interesse superior da criança¹¹¹.

2.2 A Babel legislativa e a arquitetura jurídica da gestação por substituição na contemporaneidade

Em matéria de reprodução humana assistida, a gestação por substituição, possivelmente, revela-se como uma das práticas mais controvertidas, dentre as utilizadas hodiernamente.

¹¹⁰ RUBAJA, Nieve. El derecho internacional privado al servicio de los derechos fundamentales de los niños nacidos por el empleo de la gestación por sustitución en el extranjero. *Op. cit.*, pp. 296-398.

¹¹¹ RUBAJA, Nieve. El derecho internacional privado al servicio de los derechos fundamentales de los niños nacidos por el empleo de la gestación por sustitución en el extranjero. *Op. cit.*, pp. 312-313.

Em boa parte, porque os valores morais e culturais que informam diferentes sistemas jurídicos têm conduzido à maior ou menor aceitação do uso dessa técnica. Entretanto, em um mundo cada vez mais globalizado, a opção pela proibição efetuada por países como Espanha, Alemanha, França e Itália não se mostra suficiente para impedir que seus cidadãos recorram à apontada técnica, uma vez que muitos ultrapassam as fronteiras geográficas de seus países em busca da realização do projeto parental¹¹².

Aliás, mesmo tendo sido identificada a discussão sobre a necessidade de regulamentação da matéria e (ou) a revisão de leis restritivas¹¹³, é preciso compreender que o debate há de ir além da singela decisão por restringir ou liberar tal prática no âmbito interno de cada país.

Isso porque, mesmo que se opte pela vedação do uso da gestação por substituição como alternativa para infertilidade¹¹⁴, a problemática se mantém, diante da necessidade de oferecer respostas às situações havidas no estrangeiro, especialmente, no que tange ao reconhecimento dos vínculos parentais e de todas as consequências jurídicas daí decorrentes.

Para tanto, é razoável afirmar que os países, em especial os que fazem parte da Comunidade Europeia, precisarão pautar-se pelas recentes conclusões emanadas do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Esse Tribunal se pronunciou sobre o problema, concluindo que, embora se deva respeitar a soberania dos Estados para regulamentar, internamente, a gestação por substituição, o não reconhecimento dos vínculos parentais da criança nascida em decorrência do uso dessa técnica no estrangeiro representa violação ao direito à identidade e à vida privada e familiar.

A regulamentação ou a revisão legislativa que venha a permitir a gestação por substituição exige pensar questões como (a) o caráter altruísta ou comercial da relação jurídica; (b) a impossibilidade (ou não) de gestação do(s) detentor(es) do projeto parental; (c) a exigência (ou não) de um sistema de

¹¹² Os casos relatados no item 2.1 são uma pequena amostra do problema.

¹¹³ Em paralelo, a comunidade internacional analisa a possibilidade de criação de mecanismos para solucionar ou, pelo menos, conferir um mínimo de segurança às situações com arestas de internacionalidade.

¹¹⁴ Aqui, considera-se, também, a infertilidade estrutural, que impede pessoas sozinhas ou do mesmo sexo de procriarem.

autorização prévia; (d) a decisão sobre quem pode (ou não) fornecer o material genético; (e) o fato de a gestante ter (ou não) vínculo de parentesco com os pais intencionais e (f) se ela possui (ou não) direito ao arrependimento e à reivindicação da filiação após o nascimento da criança; (g) o estado civil e orientação sexual dos pais intencionais ou, ainda, (h) a forma de atribuição dos vínculos de filiação. Em outras palavras, não basta dizer que permite; parece ser preciso oferecer balizas coerentes, pois, assim como a absoluta vedação pode fomentar a vulnerabilidade dos envolvidos, a liberação descontrolada, talvez, também, possa levar à violação de importantes direitos.

Um passeio pelos sistemas jurídicos de alguns países que optaram por permitir ou tolerar a gestação por substituição evidencia essa preocupação em fornecer algumas balizas e permite perceber em que medida a multiplicidade de soluções reproduzem os valores envolvidos em cada sociedade¹¹⁵.

Um dos sistemas mais liberais, dentre os visitados, é o norte-americano. O Estado pouco interfere nas relações privadas. Em face da soberania estatal, a faculdade de permitir ou vedar a gestação por substituição e os seus efeitos, especialmente no que diz respeito à atribuição da filiação, variam em cada estado¹¹⁶.

É possível afirmar que, mesmo naqueles estados que a proíbem e até a criminalizam, se prioriza a liberdade e se atribui a filiação aos detentores do projeto parental, desde que haja consenso entre os envolvidos¹¹⁷.

¹¹⁵ Apenas a título ilustrativo, em Israel, a gestante deverá professar a mesma religião dos pais intencionais, a menos que nenhum dos envolvidos professe a religião judaica. A Lei vigente em Israel é a nº 5756/1996.

¹¹⁶ Alguns proíbem a gestação por substituição, em todas as formas (Louisiana, Arizona e Columbia); outros proíbem somente a modalidade comercial (Nova York e Nebraska), enquanto outros, ainda, criminalizam a realização de contratos dessa natureza (Michigan). Por outro lado, há estados que, expressamente, permitem a gestação por substituição (Texas, Utah, Illinois, Virgínia, Flórida, New Hampshire) e outros que não possuem lei, mas têm sido permissivos, por força de jurisprudência (Califórnia, Carolina do Sul, Pensilvânia, Massachusetts e Ohio).

¹¹⁷ LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres. *Op. cit.*, p. 42. Quando não há consenso entre os envolvidos, a solução precisa ser encontrada judicialmente. No início da década de 90, com os primeiros litígios em matéria de gestação por substituição nos Estados Unidos, começou-se a valorar a intenção como um novo critério de determinação da filiação. A primeira vez em que uma corte norte-americana se deparou com a necessidade de decidir se a mãe era quem havia dado à luz ou quem havia aportado o material genético, foi, na Califórnia, em 1993, no caso Johnson v. Calvert, decidindo-se que a maternidade deveria ser atribuída à mulher que aportou o material genético, porque era ela quem detinha o projeto parental.

Em termos gerais, nos estados que permitem ou não regulamentam a gestação por substituição, não costuma haver limitações quanto (a) ao caráter oneroso do acordo, (b) ao estado civil e/ou orientação sexual de quem recorre ao uso dessa técnica, (c) à possibilidade (ou não) de gestar, enquanto condição de acesso, (d) quem aportará o material genético, embora seja evitada a utilização de gametas da própria gestante.

Assim, em razão da maior liberdade, bem como em decorrência da concessão de nacionalidade às crianças nascidas em seu território¹¹⁸, os Estados Unidos parecem ser um dos países mais seguros para a realização de procedimentos dessa natureza.

Em contrapartida, é também onde os custos da gestação por substituição são os mais elevados. Enquanto, nos Estados Unidos, um processo de gestação por substituição, com doação de óvulos, custa em torno de \$130.000,00, na Índia e no Nepal, o mesmo procedimento custa, no máximo, \$40.000,00¹¹⁹.

Tamanha diferença se deve, substancialmente, às condições socioeconômicas vivenciadas na Índia, onde 540.000 pessoas estão abaixo da linha da pobreza e 73% das mulheres são analfabetas. Não admira, portanto, que, enquanto uma gestante norte-americana receba em torno de \$35.000,00, a indiana receba \$7.000,00 e, para ela, é muito, quando se considera que seus maridos não ganham, em regra, mais que \$100,00 por mês¹²⁰.

Em razão dos preços mais acessíveis e, também, da ausência de legislação¹²¹, estabeleceu-se, na Índia, uma prática permissiva para a gestação por substituição comercial no país, que se tornou um destino de um massivo turismo reprodutivo.

¹¹⁸ A concessão na nacionalidade, pelo sistema *ius solis*, é importante porque a criança, uma vez registrada, poderá obter documentos que lhe permitam viajar ao país de domicílio dos pais.

¹¹⁹ Valores extraídos da página eletrônica da clínica Tammuz Internation Surrogacy. Disponível em <http://www.tammuz.com/por/>. Acesso em: 07 jun. 2015.

¹²⁰ BRENA, Ingrid. Maternidad sub-rogada: autonomia o submission? *Op. Cit.*, pp. 133-145. A gestação por substituição gerava à Índia divisas na ordem de 2,3 bilhões de dólares ao ano, por meio das atividades de 200 mil clínicas privadas.

¹²¹ Está em tramitação um projeto de Lei, o *Assisted Reproductive Technology Bill and Rules* de 2010. Contudo, enquanto não há lei, são observadas as *National Guidelines for accreditation, supervision and regulation of art clinics*, que são regras de procedimento direcionados às clínicas.

E, também por isso, a exploração dessa atividade não tardou a provocar graves problemas existenciais, como a exploração de gestantes e situação de grande insegurança que emoldura o presente e o futuro de crianças, que, muitas vezes, permanecem apátridas, sem poder sair do país, caso o Estado da nacionalidade dos pais não reconheça os vínculos de filiação¹²².

Com a intenção de contornar esse problema, em 2012, o Ministério do Interior passou a exigir visto médico a estrangeiros que pretendam recorrer às técnicas de reprodução assistida no país, cuja obtenção depende de prova de casamento heterossexual (há, pelo menos, dois anos) e de carta da embaixada do país de origem que indique, claramente, que reconhece a gestação por substituição e que permitirá a entrada da criança no país, como filho de seus nacionais.

Afora isso, ainda se exige que os titulares do projeto parental não possam gerar, que, pelo menos, um deles aporte o próprio material genético e que os gametas femininos não advenham da gestante¹²³.

Tais limitações provocaram a redução do número de acordos de gestação por substituição internacional na Índia. Rapidamente, as agências que intermedeiam esses negócios e as clínicas de reprodução humana assistida transferiram suas atividades, pelo menos, em parte, para o Nepal¹²⁴, onde ainda não existe legislação a respeito e, portanto, aparentemente, não há limitações, embora se constate que as clínicas e agências não realizem o procedimento com a utilização de gametas da própria gestante¹²⁵.

Também, são destinos procurados por pessoas em busca desse serviço reprodutivo a Ucrânia e a Rússia¹²⁶. Em ambos, quem recorre à técnica deverá ser

¹²² Os dados constam denunciados no *Surrogate Motherhood-Ethical or Commercial*, elaborado pelo Centro de Investigação Social da Índia.

¹²³ LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres. *Op. cit.*, pp. 179-181.

¹²⁴ MELLO, Patrícia Campos. Israel resgata do Nepal 26 bebês de mães de aluguel. *Folha de São Paulo*. 28 abr. 2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/04/1621994-israel-resgata-do-nepal-26-bebes-de-maes-de-aluguel.shtml>. Acesso em 07 jun. 2015.

¹²⁵ GAUTAM, Manish. Door opens to foreigners for surrogacy. *The Kathmandu post*. 04 dic. 2014. Disponível em: <http://www.ekantipur.com/the-kathmandu-post/2014/12/03/top-stories/door-opens-to-foreigners-for-surrogacy/270400.html>. Acesso em: 09 jun. 2015.

¹²⁶ Na Rússia, a gestação por substituição é regida pelo Código de Família, pela Lei Federal de Saúde, pela Lei Federal sobre atos de Registro do Estado Civil e pela Ordem nº 67, do Ministério da Saúde Pública.

incapaz de gestar, a gestante não poderá aportar seu material genético e, como os dois países vedam o casamento entre pessoas do mesmo sexo, casais heterossexuais não podem recorrer à gestação por substituição.

A diferença é que, enquanto, na Rússia, pessoas solteiras também têm acesso à técnica e não é necessário que o(s) titular(es) do projeto parental aporte(m) seu material genético, na Ucrânia, somente pessoas casadas, têm acesso à técnica¹²⁷ e, pelo menos, um dos titulares do projeto parental deve aportar o próprio material genético¹²⁸.

Oportuno afirmar, ainda, que a filiação, na Rússia, será imputada diretamente ao(s) titular(es) do projeto parental, se houver o consentimento da gestante, mas caso ela desista do acordo e negue o consentimento, a filiação será atribuída a ela, prevalecendo a presunção *mater semper certa est*¹²⁹. Na Ucrânia, que, como visto, restringe, de forma mais ampla, o acesso à gestação por substituição, o registro será feito, diretamente, em nome daquele(s) que aportou(aportaram) seu material genético.

Há outros países, contudo, que, embora permitam a gestação por substituição, criaram mecanismos visando a evitar o turismo reprodutivo em seus territórios. Além de não permitirem a exploração comercial da gestação por substituição, o Reino Unido e a Grécia apenas concedem o acesso a essa técnica de reprodução assistida a cidadãos e/ou residentes. Em Israel, assim como também ocorre na Grécia, há um rigoroso sistema de aprovação prévia.

Interessante destacar que, no Reino Unido, a legislação¹³⁰ estabelece a clara distinção entre a validade do acordo de gestação por substituição, que pressupõe a gratuidade (ou, pelos menos, pagamento dos gastos que serão suportados pela gestante)¹³¹ e a atribuição do vínculo parental, realizado a *posteriori*

¹²⁷ Para impedir que um casal homossexual, casado em outro país, recorresse à gestação por substituição na Ucrânia, houve uma alteração legislativa, para explicitar que os cônjuges devem ser homem e mulher.

¹²⁸ LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres. *Op. cit.*, pp. 174-177.

¹²⁹ LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres. *Op. cit.*, pp. 170-174.

¹³⁰ Surrogacy Arrangements Act, de 1985.

¹³¹ LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres. *Op. cit.*, p. 132.

mediante o cumprimento de alguns requisitos, dentre os quais, a incapacidade de gestar, o fato de os detentores do projeto parental serem casados ou viverem em união estável, independentemente da sua orientação sexual, e de, pelo menos, um deles ter vínculo genético com a criança.

Diante do nascimento, a filiação será atribuída à gestante e ao seu marido, se consentiu com o procedimento¹³² e, seis semanas mais tarde, por meio de um procedimento judicial, respeitados os requisitos apontados, será transferida a filiação.

Na Grécia¹³³, os requisitos são similares, com a diferença de que a atribuição da filiação decorre de um sistema de aprovação judicial prévia à implantação do embrião¹³⁴.

Além disso, a legislação exige que o acordo seja altruísta, que o titular do projeto parental seja incapaz de gestar, mas que aporte seu material genético, que os pais intencionais sejam casados e heterossexuais, ou que o projeto seja uniparental.

O sistema estabelecido em Israel, por sua vez, é bastante peculiar¹³⁵. A aprovação do acordo de gestação por substituição é prévia, realizada por um comitê e aprovada por ordem judicial.

Tal comitê é composto por dois ginecologistas e obstetras, um especialista em medicina interna, um psicólogo clínico, um assistente social, um

¹³² LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres. *Op. cit.*, p. 134. Se a gestante não for casada ou viver em união estável, o homem que aportou o material genético ou que detém o projeto parental pode, automaticamente, assumir a paternidade e ser inscrito como tal.

¹³³ Na Grécia, a gestação por substituição está regulada em duas leis, a 3089/2002 e a 3305/2005.

¹³⁴ LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres. *Op. cit.*, pp. 150-153. A implantação do embrião pressupõe autorização judicial prévia e, uma vez implantado o embrião, a gestante não tem direito ao arrependimento e a atribuição da filiação se dará diretamente em nome dos detentores do projeto parental.

¹³⁵ LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres. *Op. cit.*, p. 159. Lei 5756/1996. Em Israel, a regulamentação da gestação por substituição se deu após o caso Nahmani v. Nahmani, que envolvia a discussão entre o casal, então divorciado, a respeito da possibilidade de utilização de embriões fecundados em gestação por substituição que seria realizada nos Estados Unidos. A Corte Suprema¹³⁵ decidiu que o homem não poderia retirar seu consentimento depois de fecundar o óvulo da mulher, assim como ocorre pelas vias naturais, e, ainda, que, não fosse dessa forma, a mulher estaria privada de ter filhos naturais.

representante da religião das partes e um jurista. Dentre esses profissionais, deverá haver, pelo menos, três mulheres e três homens.

A técnica é permitida quando altruísta, a casais heterossexuais¹³⁶, mesmo que não casados, que tenham incapacidade de gestar, que os gametas masculinos advenham do detentor do projeto parental (o óvulo pode ser doado), que a gestante não tenha vínculo de parentesco com os pais intencionais e que não aporte seu material genético. Exige-se, ainda, que a gestante professe a mesma religião dos pais intencionais, a menos que nenhuma das partes seja judia¹³⁷.

Ainda, na esfera de países que permitem a gestação por substituição, pode-se incluir o Brasil. Embora não haja lei sobre reprodução humana assistida, algumas balizas importantes são tratadas pela Resolução do Conselho Federal de Medicina¹³⁸, que orienta os médicos a realizarem o procedimento de gestação por substituição quando seja altruísta, haja impossibilidade de o(s) titular(es) do projeto parental gestarem e, pelo menos, um deles aporte seu material genético e que a gestante tenha vínculo de parentesco de até quarto grau com os pais intencionais. Importante observar, ainda, que não há qualquer vedação de acesso ao uso da técnica segundo o estado civil e a orientação sexual.

Feito esse breve passeio pelos sistemas jurídicos de alguns países que se posicionam permitindo ou tolerando a gestação por substituição, a reflexão das opções feitas e as respectivas consequências vivenciadas permite constatar que não é a postura permissiva, por si, o elemento capaz de fomentar o turismo reprodutivo.

Esse fenômeno parece ser determinado pela possibilidade de exploração econômica da técnica, como se vê, com maior frequência, nos Estados Unidos, na Índia, no Nepal, na Rússia e na Ucrânia.

¹³⁶ LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres. *Op. cit.*, p. 163. A lei é aplicada apenas aos acordos realizados no território de Israel, sendo que o Ministério da Justiça já se pronunciou no sentido de que a gestação por substituição internacional não é proibida e, portanto, consiste em alternativa para os casais homossexuais que não podem realizá-la em Israel, mas precisarão provar que a criança possui vínculo genético com, pelo menos, um dos comitentes para obter a filiação de um e viabilizar a adoção pelo outro.

¹³⁷ LAMM, Eleonora. Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres. *Op. cit.*, pp. 159-162. O casal recebe a criança na presença das autoridades sociais, que serão as guardiãs até que haja pronunciamento judicial, e devem promover a ação nos sete dias subsequentes ao nascimento.

¹³⁸ Resolução nº 2013/2013.

Em linhas gerais, ainda, com exceção dos Estados Unidos, há pontos comuns que podem demonstrar tendências que tendem a imantar futuras regulamentações da matéria, dentre elas, a incapacidade de gestar e a necessidade de existência de vínculo genético com, pelo menos, um dos pais intencionais¹³⁹.

Por outro lado, as leis são bastante diversificadas quando investigam aspectos como o estado civil e a orientação sexual daquele(s) que pretende(m) fazer uso da técnica.

Antes de encerrar esse capítulo, é impossível não apontar que, dentre os países que proíbem a gestação por substituição¹⁴⁰ (com sistemas jurídicos similares), estão a França, a Alemanha, a Espanha e a Itália¹⁴¹. Sancionando com a nulidade de acordos dessa natureza e a ilicitude do objeto, preocupam-se em evitar a exploração de gestantes e de crianças, que, na percepção desses países, seriam convertidas em objetos de negócios jurídicos.

Aliás, quando cidadãos desses países emigram na tentativa de contornar tal vedação e realizar a gestação por substituição no estrangeiro, em princípio, assumem o risco atado ao não reconhecimento do vínculo parental, sendo bastante comum o uso de argumentos como a fraude à lei e à ordem pública, como razão para a não imputação dos laços parentais ao(s) titular(es) do projeto parental. Essa situação esteve presente nos casos “*Menesson*” e “*Labasse*” (que levaram à condenação da França pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos). Entretanto, é fonte de perplexidade.

¹³⁹ Uma das justificativas possíveis é a de que a gestação por substituição se destinaria às pessoas que querem ter um filho genético e, sendo isso inviável, o projeto parental deveria ser realizado por meio da adoção.

¹⁴⁰ RODRIGUEZ, Jesús flores. Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico comum europeo. *Op. cit.*, pp. 73-74. Dentre os países que possuem legislação específica que reputa nula a gestação por substituição, destacam-se a Alemanha, a Áustria, a Espanha, a Estônia, a Finlândia, a França, a Islândia, a Itália, Moldavia, Montenegro, a Sérvia, a Eslovênia, a Suécia, a Suíça e a Turquia. Dentre os países de cujas disposições gerais se extrai a nulidade da gestação por substituição, destacam-se Andorra, a Bósnia-Herzegovina, a Hungria, a Irlanda, a Letônia, a Lituânia, Malta, Mônaco, a Romênia e San Marino.

¹⁴¹ FARNÓS AMORÓS, Esther. European Society Human Reproduction and Embriology: 26 Annual Meeting. *Op. cit.*, p. 06. A Itália possui leis bastante restritivas no que tange à reprodução humana assistida (Lei nº 40, de 19 de fevereiro de 2004). Além de restringir o acesso às técnicas reprodutivas a pessoas heterossexuais casadas ou que convivam em união estável e proibir a fecundação do tipo heteróloga, inicialmente, também restringia a criação e conservação a, no máximo, três pré-embriões e, ainda, até a data da transferência, se essa não pudesse ser realizada imediatamente por motivo de força maior. Em 2009, o Tribunal constitucional declarou inconstitucional a regra de única e contemporânea transferência, assim como a proibição de produzir um máximo de três pré-embriões por ciclo.

O passeio realizado pode ser sintetizado neste quadro comparativo dos distintos sistemas jurídicos analisados, construído com o escopo de permitir, com maior facilidade, aferir distintos aspectos envolvidos na gestação por substituição¹⁴².

País	Admite gestação por substituição	Admite gestação por substituição comercial	Impossibilidade de gestar	Vínculo genético com os titulares	Gestante pode aportar seu óvulo	Acesso pessoas sozinhas	Acesso homossexuais	Atribuição da filiação
Estados Unidos – Califórnia	Sim	Sim	Não	Não	Sim	Sim	Sim	Direta, com aprovação judicial prévia.
Índia	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Não	Não	Direta, segundo o liame genético.
Nepal	Sim	Sim	Não	Não	Sim	Sim	Sim	Direta, segundo o liame genético.
Ucrânia	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Não	Não	Direta, segundo o liame genético.
Rússia	Sim	Sim	Sim	Não	Não	Sim	Não	Direta, com consentimento da gestante.
Reino Unido	Sim	Não	Sim	Sim	Sim	Não	Sim	Transmitida, com ordem judicial. Só a residentes.
Grécia	Sim	Não	Sim	Sim	Não	Não	Não	Direta, com ordem judicial prévia. Somente a cidadãos residentes.
Israel	Sim	Não	Sim	Sim	Não	Não	Não	Transmitida, com ordem judicial prévia.
Brasil	Sim	Não	Sim	Sim	Não	Sim	Sim	Atribuída aos titulares do projeto parental.
Espanha	Não	Não	Não	Não	Não	Não	Não	À gestante e ao marido. Se não for casada, a quem tiver vínculo genético.
Itália	Não	Não	Não	Não	Não	Não	Não	A maternidade é atribuída à gestante.

¹⁴² Os dados compilados na tabela foram extraídos das seguintes obras: VELA SÁNCHEZ, Antônio J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Op. cit. LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*. Op. cit. RUBAJA, Nieve. *El derecho internacional privado al servicio de los derechos fundamentales de los niños nacidos por el empleo de la gestación por sustitución en el extranjero*. Op. cit.

França	Não	A maternidade é atribuída à gestante						
Alemanha	Não	A maternidade é atribuída à gestante						

É preciso identificar, contudo, que, mesmo dentre aqueles países que vedam a gestação por substituição, ao fim e ao cabo, nascida uma criança no estrangeiro, há tendência de atenuar a ordem pública em prol do interesse da criança, o que viabiliza a materialização do vínculo de filiação mediante a técnica do exequátur, pela técnica do reconhecimento (transcrição direta da sentença estrangeira ou ata de nascimento no registro civil) ou, ainda, por meio da adoção, o que não impede que alguma lesão seja suportada pela criança.

Um fato indicativo disso é que, no ano de 2013, o Ministério da Justiça da França emitiu circular¹⁴³, por meio da qual os Tribunais deverão facilitar a concessão da nacionalidade francesa para crianças nascidas no estrangeiro em decorrência de gestação por substituição, sempre que o pai genético for francês¹⁴⁴.

A Espanha, a seu turno, embora considere nulo o acordo de gestação por substituição, não veda que o homem que aportou o material genético reclame o vínculo de filiação com a criança¹⁴⁵ e, além disso, possibilita a transcrição do registro de nascimento expedido por autoridade estrangeira, desde que observados alguns requisitos¹⁴⁶.

Seja como for, a diversidade no tratamento da gestação por substituição pelos países aqui visitados, mesmo dentre aqueles que a admitem, somada ao aumento da circulação de pessoas que parecem não medir esforços para a realização do projeto parental, exige a adoção de medidas harmônicas, que sejam capazes de promover a proteção das crianças nascidas a partir do uso dessas

¹⁴³ *Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse – état civil étranger.*

¹⁴⁴ LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres. Op. cit., p. 124.*

¹⁴⁵ Art. 10, §3º, da Lei nº 14/2006.

¹⁴⁶ Segundo a Instrução da Direção Geral de Registos e Notários, de 5 de outubro de 2010, a inscrição no registro civil espanhol de filiação de nascidos mediante convênio de gestação por substituição, tem como requisitos a existência de uma resolução judicial estrangeira que determine dita filiação a respeito de pelo menos um progenitor espanhol.

técnicas ou, pelo menos, de reduzir as complexidades que permeiam a atribuição dos vínculos parentais.

E isso, sempre, com o objetivo de proteção à criança!

3. O SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA COMO ELEMENTO AGLUTINADOR DOS DIREITOS NACIONAIS

3.1 Da edição da Convenção Internacional dos Direitos da Criança ao projeto de cooperação multilateral da Conferência da Haia em matéria de gestação por substituição.

Além das diferenças no Direito material interno de cada país, todo problema que apresente um elemento de estrangeira costuma exigir a utilização dos recursos de Direito Internacional Privado, que, por sua vez, também poderão variar em cada lugar. Isto é, um Estado pode (ou não) reconhecer atos administrativos ou judiciais emanados de outro Estado, a depender das regras que aplica a cada circunstância, tais como (a) a determinação da lei aplicável, (b) quem detém jurisdição para atribuir a filiação, (c) em que momento esses elementos serão analisados e (d) se o ato que se pretende reconhecer fere (ou não) a ordem pública interna.

O desafio, frente a tantas divergências, consiste na tentativa de encontrar uma base comum composta por regras, princípios e instrumentos capazes de conduzir a um posicionamento, minimamente, uniforme, apto a promover a efetiva tutela dos interesses emergentes em um mundo cada vez mais globalizado.

Quando se tratar dos direitos, diretamente, relacionados às crianças nascidas a partir de acordos de gestação por substituição, essa base comum parece estar erigida nos direitos humanos e decorre de garantias, expressamente, insertas em vários diplomas legais¹⁴⁷.

A especificidade do tema abordado impõe, entretanto, especial alusão à Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada em 1989 e, atualmente, ratificada por todos os países espalhados pela Terra, exceto Estados Unidos¹⁴⁸.

Antes de se adentrar, contudo, nas diretivas e princípios insertos na Convenção, é preciso recordar a noção que se tem da infância, como um coletivo, especialmente, vulnerável, e das crianças enquanto sujeitos de direito, em fase de desenvolvimento e que requerem cuidados e proteção especiais. Tal noção é uma criação recente. As crianças, até o final do século XIX, eram vendidas, presas, torturadas, usadas em trabalho árduo no interior das minas e fábricas, como resultado da industrialização. Foi apenas depois da revolução industrial, apoiada na separação entre vida privada e pública, favorecida pelas importantes contribuições das ciências sociais, especialmente, a psicologia, pedagogia e sociologia, que começa a surgir a concepção da criança como sujeito digno de proteção¹⁴⁹.

Os primeiros movimentos para a criação de uma associação destinada aos cuidados da infância remontam ao começo do século XX, mas o início da Primeira Guerra Mundial impediu sua concretização, que só ocorreu posteriormente. Em 1920, a Cruz Vermelha havia criado a União Internacional de Socorro às Crianças, com atenção especial a tempos de guerra, mas que se converteu em Declaração dos Direitos da Criança, em 1924. A seguir, a humanidade vivenciou a Segunda Guerra Mundial, suportando o legado das tragédias e dramáticas consequências. Todavia, finalizada a guerra, a Organização das Nações Unidas editou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948 e teve a iniciativa de

¹⁴⁷ Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, Convênio Europeu de Direitos Humanos, Declaração Americana de Direitos Humanos, Carta Europeia dos Direitos da Criança.

¹⁴⁸ El Gobierno de Somalia ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Disponível em: http://www.unicef.org/spanish/media/media_78732.html. Acesso em 12 jun. 2015. A Somália ratificou a Convenção Internacional dos Direitos da Criança em 20 de janeiro de 2015.

¹⁴⁹ REVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. *Marco internacional e interno del derecho de la infancia y de la adolescencia*. Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Máster en derecho de familia e infancia. Barcelona, 2014, p. 06.

criação de seu próprio Diploma de proteção dos direitos da infância, editando a Declaração Universal dos Direitos da Infância, em 1959. Porém, tal declaração consiste em uma carta de intenções, sem possuir direito cogente, o que resta contornado depois da Segunda Guerra Mundial, com a criação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em 1989, consolidando a ideia de criança enquanto sujeito vulnerável e merecedor de proteção integral e reforçando-se a ideia de interesse superior da criança¹⁵⁰.

Tal substrato é composto por direitos e garantias que devem ser asseguradas a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de qualquer espécie e independentemente da raça, cor, sexo, língua, religião, posicionamento político, origem nacional, étnica ou social, riqueza, deficiência e - o que ganha importância especial quando se trata de técnicas de reprodução assistida e gestação por substituição - sem distinção quanto às circunstâncias nas quais ocorreu o nascimento. No âmbito da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, a noção de superior interesse da criança ganha relevância enquanto princípio que deve orientar toda ação em favor da infância.

Com dimensão de um princípio universal – ante a maciça adesão, outrora noticiada -, o superior interesse da criança se justifica e se edifica na percepção de que as crianças e os adolescentes possuem direitos especiais pela falta de maturidade física e intelectual e por se encontrarem em plena fase de desenvolvimento de suas personalidades e de suas potencialidades¹⁵¹. Na infância, a vulnerabilidade é um estado *a priori*, pela fragilidade que a torna, facilmente, vítima¹⁵² e, por isso, merecedora de atenção especial.

Da análise dos instrumentos internacionais e internos¹⁵³, aparecem duas faces da proteção à criança e ao adolescente: uma direta, de proteção enquanto sujeito e, uma indireta, de igualdade na família, de direitos e qualificações, e ambas,

¹⁵⁰ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. *Marco internacional e interno del derecho de la infancia y de la adolescencia*. Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Máster en derecho de familia e infancia. Barcelona, 2014, pp. 06-08.

¹⁵¹ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 12-13.

¹⁵² MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 129.

¹⁵³ No Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8.069/1990, a Constituição Federal e o Código Civil são os instrumentos legais que conduzirão à proteção dos direitos da infância.

amalgamadas pelos elementos que marcam a contemporaneidade, tais como o pluralismo, a comunicação, a narração e o retorno dos sentimentos, que conduzem à compreensão do melhor interesse da criança e do adolescente a partir de um duplo sentido: (a) bem-estar econômico e afetivo e (b) direitos à identidade cultural e respeito dos direitos humanos¹⁵⁴.

O melhor interesse da criança, que parece, ao mesmo tempo, ser a manjedoura de direitos subjetivos e baliza hermenêutica, que possui delimitação complexa, flexível e adaptável e que ganhará concretude em cada caso, de forma personalizada, mas não solipsista e, muito menos, leviana¹⁵⁵.

Aliás, importante registrar que, no ano de 2013, depois de quase 25 anos de vigência da Convenção das Nações Unidas, pela primeira vez, o Comitê dos Direitos da Criança se posicionou quanto ao significado do princípio do superior interesse da criança, definindo balizas para a sua compreensão, em especial, na compreensão de decisões judiciais e administrativas e esclarecendo que decisões pré-concebidas não atendem, não respeitam e, no mais das vezes, ignoram os interesses das crianças e adolescentes, pois estes só podem vir a ser identificados nas peculiaridades dos casos concretos. Além disso, o Comitê também considerou

¹⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. *Op. cit.*, p. 131.

¹⁵⁵ Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Disponível em: http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf. Acesso em 13 jun. 2015. Oportuno apontar que outras vezes o consideram um direito substantivo, um princípio jurídico interpretativo e uma norma de procedimento. Um direito substantivo significa que o direito da criança a que seu interesse superior seja uma consideração primordial, que se avalie e tenha em conta, ao sopesar distintos interesses para tomar uma decisão sobre uma questão debatida, e a garantia de que esse direito se colocará em prática sempre que se tenha que adotar uma decisão que afete uma criança, um grupo de crianças concreto ou genérico ou as crianças em geral. O artigo 3, parágrafo 1, estabelece uma obrigação intrínseca para os Estados, é de aplicação direta (aplicabilidade imediata) e pode ser invocada ante os Tribunais. Um princípio jurídico interpretativo fundamental significa que, se uma disposição jurídica admite mais de uma interpretação, se elegerá a interpretação que satisfaça, de maneira mais efetiva, o interesse superior da criança. Os direitos consagrados na Convenção e seus Protocolos facultativos estabelecem o marco interpretativo. Uma norma de procedimento significa que, sempre que se tenha que tomar uma decisão que afete uma criança em concreto, um grupo de crianças concreto ou as crianças em geral, o processo de adoção de decisões deverá incluir uma estimativa das possíveis repercussões (positivas ou negativas) da decisão na criança ou crianças interessadas. A avaliação e determinação do interesse superior da criança requerem garantias processuais. Ademais, a justificação das decisões deve deixar patente que se leva em conta, explicitamente, esse direito. Nesse sentido, os Estados-parte deverão explicar como têm respeitado esse direito na decisão, ou seja, que considerou que atendia ao interesse superior da criança, em que critérios se baseou a decisão e como ponderou os interesses da criança frente a outras considerações, já que se trata de questões normativas gerais ou de casos concretos.

que o interesse superior da criança merece consideração primordial e prioritária em razão da situação especial da infância¹⁵⁶.

Sendo assim e transcendendo os limites da abstração, é possível afirmar que os Estados que firmaram e ratificaram a Convenção Internacional dos Direitos da Criança assumiram a obrigação de alocar os interesses da criança em primeiro lugar, à frente dos interesses da família, da sociedade, do Estado e, por tal razão, capazes, até mesmo, de justificar a atenuação da ordem pública, ante a necessidade concreta de sua proteção¹⁵⁷.

Portanto, parece inegável que, quando do enfrentamento de questões próprias do direito das famílias, concomitantemente, em contato com mais de um sistema jurídico, como é o caso da atribuição dos vínculos parentais às crianças nascidas em decorrência de gestação por substituição no estrangeiro, sempre que um infante seja parte ou que seus direitos possam ser afetados em um conflito, tais interesses deverão não ser levados em consideração, mas ter primazia na solução do litígio. É por isso que parâmetros mínimos permitirão aferir (ou não) o respeito ao conteúdo do princípio do superior interesse da criança, tais como a materialização (a) da proteção da família, (b) da obtenção de filiação e a estabilidade dos vínculos filiais, (c) do direito à identidade e à nacionalidade e (d) à igualdade.

Além disso, em grande medida, tais direitos ordenarão e marcarão o rumo de todo procedimento multinacional. Seja quanto (a) à determinação da competência internacional, (b) da lei aplicável, (c) do auxílio judicial internacional necessário para alcançar a solução de maneira rápida e efetiva quando do reconhecimento das decisões outorgadas no estrangeiro e, também, (d) fornecer certa margem de excepcionalidade necessária à ordem pública internacional, visando a compatibilizar soluções divergentes em diferentes Estados¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Disponível em: http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf. Acesso em: 13 jun. 2015.

¹⁵⁷ RUBAJA, Nieve. El derecho internacional privado al servicio de los derechos fundamentales de los niños nacidos por el empleo de la gestación por sustitución en el extranjero. *Op. cit.*, p. 323.

¹⁵⁸ RUBAJA, Nieve. El derecho internacional privado al servicio de los derechos fundamentales de los niños nacidos por el empleo de la gestación por sustitución en el extranjero. *Op. cit.*, p. 322.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança também refere que a protecção efetiva dos direitos das crianças através de fronteiras não pode ser alcançada sem a cooperação interestadual.

E, nesse aspecto, é possível dizer que se está avançando. No caso da gestação por substituição, isso pode ser constatado a partir de algumas ações empreendidas pelos Estados.

Em 2010, Cônsules da Alemanha, França, Bélgica, Espanha, Itália, Países Baixos, Polónia e República Checa, países que não reconhecem a gestação por substituição, enviaram uma carta conjunta a mais de 10 clínicas de reprodução assistida na Índia, solicitando que elas deixassem de realizar acordos dessa natureza, quando envolvessem cidadãos dos respectivos países, em razão dos problemas que poderiam advir face ao não reconhecimento dos efeitos de tal pacto¹⁵⁹.

Ainda que essa não pareça a melhor resposta para os dilemas que pulsam da realidade, com esse mesmo viés, alguns Estados têm estudado a inclusão, em futuras legislações, de meios de cooperação multilateral, mediante a construção de um sistema de pré-aprovação pelo país de residência dos que pretendem, por meio da gestação por substituição, realizar o projeto parental. Dessa forma, pessoas que não consigam realizar gestação por substituição em seus próprios países, dificilmente, conseguirão realizá-la fora.

Esse foi o caso da reforma operada na Índia, em 2012, que levou à exigência de visto médico para estrangeiros e uma declaração da Embaixada do país de domicílio, declarando que reconhecerão a filiação da criança.

Dentre as iniciativas de harmonização e cooperação internacional, ganha relevo o trabalho desenvolvido pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado¹⁶⁰. Pioneira no desenvolvimento de sistemas de cooperação internacional,

¹⁵⁹ IVF centres direct foreigners to consulates over surrogacy issue. *Industan times*. 15 jul. 2010. Disponível em: <http://www.hindustantimes.com/mumbai/ivf-centres-direct-foreigners-to-consulates-over-surrogacy-issue/article1-572534.aspx>. Acesso em 14 jun. 2015.

¹⁶⁰ A Conferência da Haia iniciou suas atividades em 1893, adquirindo carácter permanente a partir de 1951, ano de aprovação do seu estatuto, e o estabelecimento de seu escritório permanente em 1955, sediado na cidade de Haia, nos Países Baixos. É uma organização intergovernamental de âmbito mundial, que se dedica à codificação do Direito Internacional Privado através da regulamentação de diversas matérias, especialmente na área do Direito de Família, e conta hoje com mais de 70 países membros.

visando a fornecer soluções práticas que permitam aos Estados trabalhar, em conjunto, em situações nas quais compartilhem o compromisso e a responsabilidade de proteger as crianças¹⁶¹, desde o ano de 2010, vendo o crescimento do negócio da gestação por substituição em muitos países¹⁶² e as situações de incertezas que daí emergem, a Conferência da Haia incluiu o tema em sua agenda.

E foi assim que, inicialmente, em parceria com a Fundação Nuffield, sediada em Londres, foi subvencionado o projeto *Internacional surrogacy arrangements: an urgent need for a legal regulation at the international level*, pensado para embasar uma futura convenção internacional sobre o tema. A partir dessa e de outras investigações, o escritório permanente da Conferência da Haia preparou e apresentou, em abril de 2012, um documento preliminar¹⁶³ ao seu Conselho de Assuntos Gerais e Política.

Esse primeiro passo consistiu em conhecer o sistema jurídico de cada Estado no que se refere à atribuição da filiação e como isso afeta (ou não) a concessão da nacionalidade. Com tais informações, buscou-se aferir o grau de harmonia ou de diversidade entre os diferentes sistemas jurídicos e, então, identificar se e como poderia ocorrer a harmonização de leis internas.

Nesse quesito, percebeu-se uma grande discrepância entre os países, especialmente, quanto à atribuição da filiação em casos de reprodução humana

¹⁶¹ Los convenios de la Haya sobre los niños: protección para los niños a través de las fronteras multinacionales. *Hague Conference on private international law*. Disponível em: [http://www.iin.oea.org/sim/pdf/LOS CONVENIOS DE LA HAYA SOBRE LOS NI%C3%91OS s %20mem.pdf](http://www.iin.oea.org/sim/pdf/LOS_CONVENIOS_DE_LA_HAYA SOBRE LOS NI%C3%91OS_s_%20mem.pdf). Acesso em 11 jun. 2015. Nos últimos 25 anos, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado desenvolveu três Convenções, visando a fornecer a estrutura prática que permitisse aos Estados trabalhar em conjunto em situações nas quais compartilhavam a responsabilidade de proteger as crianças. São elas: a Convenção sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças, Convenção relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional e Convenção relativa à competência, lei aplicável ao reconhecimento, execução e cooperação em matéria de responsabilidade parental e medidas de proteção das crianças.

¹⁶² A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements. 1º mar. 2012. Disponível em: <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf> Documento preliminar nº 10, denominado. Acesso em 14 jun. 2015. Segundo o levantamento realizado, embora sem poder precisar o número de acordos de gestação por substituição, segundo cinco agências de reprodução assistida, os números aumentaram em 1.000% entre 2006 e 2010. Uma agência líder de mercado apontou, também, um maior alcance internacional, na medida em que, em 2007, os clientes estrangeiros representavam 20% do total, aumentando para 40% no ano de 2008.

¹⁶³ A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements. 1º mar. 2012. Disponível em: <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf> Documento preliminar nº 10, denominado. Acesso em 14 jun. 2015.

assistida e em famílias menos tradicionais, como as uniparentais e as constituídas por pessoas do mesmo sexo.

Frente a isso, constatou-se que a harmonização de leis internas seria inviável, pelo menos, neste momento e que a solução talvez pudesse estar na construção de pontes que liguem os diferentes sistemas jurídicos, com base em princípios comuns, estabelecidos internacionalmente.

Cientes da necessidade de pesquisas adicionais e dando início a uma segunda etapa das pesquisas, a partir de 2012, foram elaborados quatro questionários, que foram submetidos a Estados, profissionais do Direito, profissionais da saúde e agências de reprodução assistida, com objetivo de compreender quais são os recursos de Direito Internacional Privado adotados em cada Estado¹⁶⁴. Buscou-se obter informações mais detalhadas sobre a natureza e o alcance das questões de Direito Internacional Privado, vinculadas aos acordos internacionais de gestação por substituição¹⁶⁵.

O conteúdo extraído das respostas a esses questionários embasou um segundo documento, apresentado em 2014¹⁶⁶, que reconheceu a necessidade de continuar trabalhando e constatou, a partir desses resultados preliminares, que o êxito de qualquer documento multilateral de cooperação dependerá, inicialmente, do âmbito de aplicação, definindo-se se envolverá (a) os acordos de gestação por substituição, especificamente, (b) se conterá soluções de Direito Internacional Privado para o estabelecimento da filiação, de um modo geral, ou (c) se será uma combinação de ambas as possibilidades. Em segundo lugar, o consenso, também, depende da natureza do documento, se (a) um instrumento vinculante ou (b) uma

¹⁶⁴ Alguns Estados tendem a adotar o método do reconhecimento, que implica reconhecer uma situação jurídica criada com amparo do Direito estrangeiro e com a finalidade de que ele gere efeitos no foro, sem necessidade de exaquéatur. Ele fornecerá continuidade e coerência de uma relação privada através das fronteiras jurídicas. Outros Estados requerem certa proximidade do caso com o foro para justificar o pedido, sujeito a condições variadas; outros, por meio de diferentes métodos, como o conflitual, que consiste em determinar qual a lei aplicável que pode dar seu suporte em caso de uma normativa internacional para criar uma situação específica. Para isso, teria que se precisar o momento determinante das conexões possíveis, que pode ser o momento do parto, em função das conexões genéticas, projeto parental, entre outras, que implica determinar, novamente, o parentesco, segundo suas leis materiais internas. Conforme o método aplicado pelo Estado, a resposta oferecida à criança pode variar, resultando em situação de incerteza jurídica.

¹⁶⁵ LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*. *Op. cit.*, p. 212-213.

¹⁶⁶ The desirability and feasibility of further work on the parentage/surrogacy Project. abr. 2014. Disponível em: http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd03b_en.pdf. Acesso em 14 jun. 2015.

declaração de princípios e orientações não obrigatórias (soft law), pelo menos, no primeiro momento¹⁶⁷.

A principal proposta da Conferência da Haia consiste na adoção de um instrumento internacional que permita o estabelecimento de um marco de cooperação, possibilitando que os Estados disponham de procedimentos de controle, *a priori*, do processo de gestação por substituição, a fim de evitar abusos e permitir assegurar, de antemão, que, nesses casos, haja certeza quanto à situação legal do nascituro, assegurando-se os direitos primordiais de toda a criança gestada em decorrência de tal contrato¹⁶⁸.

3.2 Gestação por substituição no Brasil e os desafios latentes da imputação dos laços parentais

O Brasil participou dos estudos preliminares desenvolvidos pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado em matéria de filiação e gestação por substituição¹⁶⁹, embora, aparentemente, ainda não esteja enfrentando problemas como os que pretende combater com um futuro instrumento de cooperação: incertezas jurídicas quanto à atribuição de filiação de crianças nascidas em decorrência de gestação por substituição em país estrangeiro. Pelo menos, não na intensidade como ele vem sendo vivenciado, há, pelo menos, uma década, por outros países. Talvez, também, por isso, o país, ainda, não possua lei específica sobre a reprodução humana assistida.

Vislumbra-se, porém, que dados da realidade já provocam distorções diante da aparente lacuna da lei, na medida em que centros de fertilização, agências que intermediam serviços reprodutivos e, ainda, os recursos da Internet a serviço de um intercâmbio eficiente entre pessoas dos mais longínquos lugares começam a

¹⁶⁷ RUBAJA, Nieve. El derecho internacional privado al servicio de los derechos fundamentales de los niños nacidos por el empleo de la gestación por sustitución en el extranjero. *Op. cit.*, p. 333.

¹⁶⁸ LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*. *Op. cit.*, pp. 211-212.

¹⁶⁹ O Brasil apresentou relatório elaborado por Nadia de Araújo, Daniela Vargas e Letícia de Campos Velho Martel.

atuar onde o Direito ainda não chegou¹⁷⁰. Com efeito, basta o acesso a uma das tantas páginas eletrônicas dedicadas ao tema da gestação por substituição, para identificar que brasileiros fazem parte desse mercado, seja oferecendo, seja contratando o serviço de gestação¹⁷¹.

Por ora, a disciplina encontra suas principais balizas na Constituição Federal, em especial (a) no princípio da dignidade da pessoa humana¹⁷², (b) na tutela especial da família, respeitada sua pluralidade¹⁷³, (c) na igualdade entre seus membros¹⁷⁴, (d) na liberdade, (e) na solidariedade¹⁷⁵, (f) no princípio da proteção e prioridade absoluta dos interesses da criança¹⁷⁶, (g) na paternidade responsável¹⁷⁷. Com base nessas balizas, é que deverão ser analisados todos e quaisquer casos que digam respeito à reprodução humana assistida¹⁷⁸.

¹⁷⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 247.

¹⁷¹ COTTA, Elaine. "Alugo meu ventre por motivos financeiros". *Revista Crescer*. 04 jul. 2013. Disponível em: <http://revistacrescer.globo.com/Gravidez/Planejando-a-gravidez/noticia/2013/07/alugo-meu-ventre-por-motivos-financeiros.html>. Acesso em: 16 jun. 2015.

¹⁷² Art. 1º, III, da Constituição Federal: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana".

¹⁷³ Art. 226, da Constitui. "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes."

¹⁷⁴ Art. 5º, I, da Constituição Federal: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".

¹⁷⁵ Art. 3º, I, da Constituição Federal: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária (...)"

¹⁷⁶ Art. 227 da Constituição Federal: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...) § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação."

¹⁷⁷ Art. 226, §7 da Constituição Federal "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."

¹⁷⁸ GAMA, Guilherme Nogueira. *Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado*. *Op. cit.*, p.13.

Em matéria de gestação por substituição, o Brasil tem se valido das balizas emanadas de Resoluções do Conselho Federal de Medicina¹⁷⁹. A primeira a respeito do tema foi editada no ano de 1992 e, depois de algumas atualizações, a Resolução nº 2013/2013¹⁸⁰ autoriza os médicos a empregarem a gestação por substituição (a) quando ela for realizada em caráter altruísta, (b) desde que a mulher que pretende ter o filho detenha algum problema médico que impeça a gestação ou se trate de casal homoafetivo (infertilidade estrutural), (c) que os pretensos pais aportem o próprio material genético¹⁸¹ e, ainda, (d) que a gestante tenha relação de parentesco consanguíneo de até quarto grau com os pais da criança.

Apesar de se tratar de uma regulamentação que carece de juridicidade, ao que parece, as sucessivas Resoluções do Conselho Federal de Medicina vêm conseguido conter (não sem algumas críticas, como se verá adiante) as demandas pela gestação por substituição, por meio de um sistema permissivo, mas com certa dose de controle. Prova disso é que, dentre os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional brasileiro, visando a regular a reprodução humana assistida, parece existir uma tendência em seguir, em alguma medida, balizas similares às estabelecidas pelo Conselho Federal de Medicina.

¹⁷⁹ O Conselho Federal de Medicina é um órgão que, dentre suas atribuições, promulga normas para regular as demandas de caráter ético da profissão médica. Contudo, as Resoluções que edita não têm força de lei e, portanto, é destinada aos médicos e seu descumprimento gera unicamente sanções administrativas aos profissionais.

¹⁸⁰ Resolução n. 2013/2013, do Conselho Federal de Medicina: "(...)VII – Sobre a gestação de substituição (doação temporária de útero). As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva. 1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos. 2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. (...)”

¹⁸¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disposição dos direitos de personalidade e autonomia privada. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 127. Essa fórmula empregada pela Resolução parece aleatória e sem justificativa, pois permite o acesso à gestação de substituição apenas a mulheres com tipos muito específicos de infertilidade, excluindo uma parcela significativa de mulheres reputadas inférteis, pois, simultaneamente, tem que ser capaz de ovular, e não de gestar. Além disso, permite que duas mulheres em uma relação afetiva, sendo uma delas infértil, procriem, mas não estende esse mesmo direito se ambas estiverem em condições de fertilidade. E, ainda, não permite que um projeto dessa natureza seja levado a cabo por uma relação homossexual entre dois homens, o que cria uma situação de desigualdade sem qualquer critério racional.

O projeto de lei mais recente, nº 115/2015¹⁸², repetindo bases muito similares às do projeto de lei nº 2.855/97, autoriza a gestação por substituição nos casos em que (a) haja indicação médica que identifique qualquer fator de saúde que impeça ou contraindique a gestação por um dos cônjuges, companheiros ou pessoa que se submete ao tratamento¹⁸³, (b) desde que não implique nenhuma retribuição econômica à gestante¹⁸⁴, (c) a cessionária pertença à família dos cônjuges ou companheiros, em um parentesco até segundo grau¹⁸⁵, estabelecendo, ainda, (d) a formalização do pacto e sua homologação judicial prévia ao início dos procedimentos médicos de implantação, sob pena de nulidade e atribuição da maternidade à gestante¹⁸⁶.

É possível apontar, contudo, pelos menos, quatro problemas nesse projeto, os quais, também, se estendem, em alguma medida, à Resolução do Conselho Federal de Medicina.

Ao restringir a gestação por substituição a casos em que haja problema de saúde que impeça a gestação, o projeto de lei deixa à margem casais do mesmo sexo e pessoas sozinhas do sexo masculino que, por ausência de capacidade estrutural, não conseguirão gestar. Além de inconstitucional, tal disposição se mostra mais restrita do que estabelece a atual Resolução do Conselho Federal de Medicina¹⁸⁷, que, aliás, quando alterada, no ano de 2013, o foi, justamente, para

¹⁸²

Disponível

em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296985&filename=PL+115/2015. Acesso em: 17 maio 2015.

¹⁸³ Art. 21 do projeto de lei nº 115/2015. “A cessão temporária de útero é permitida para casos em que a indicação médica identifique qualquer fator de saúde que impeça ou contraindique a gestação por um dos cônjuges, companheiros ou pessoa que se submete ao tratamento.”

¹⁸⁴ Art. 22 do projeto de lei nº 115/2015. “A cessão temporária de útero não poderá implicar em nenhuma retribuição econômica à mulher que cede seu útero à gestação.”

¹⁸⁵ Art. 23 do projeto de lei nº 115/2015. “A cessionária deverá pertencer à família dos cônjuges ou companheiros, em um parentesco até 2º. Grau. Parágrafo único. Excepcionalmente e desde que comprovadas a indicação e compatibilidade da receptora, será admitida a gestação por pessoa que não seja parente do casal, após parecer prévio do Conselho Regional de Medicina.”

¹⁸⁶ Art. 24 do projeto de lei nº 115/2015. “Em todos os casos indicados, a cessão temporária de útero será formalizada por pacto de gestação de substituição, homologado judicialmente antes do início dos procedimentos médicos de implantação. Parágrafo único. São nulos os pactos de gestação de substituição sem a devida homologação judicial, considerando-se, nesse caso, a mulher que suportou a gravidez como a mãe, para todos os efeitos legais, da criança que vier a nascer.”

¹⁸⁷ Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina. “VII – Sobre a gestação de substituição (doação temporária de útero). As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista

incluir a possibilidade de pessoas do mesmo sexo se submeterem não apenas à gestação por substituição, mas a todas as outras técnicas reprodutivas¹⁸⁸.

A vedação a qualquer remuneração econômica à gestante, também, parece desarrazoada ou, no mínimo, exagerada. Mesmo nos países que exigem a gratuidade da gestação por substituição, é permitida retribuição à gestante, a fim de compensar atividades que deixou de exercer e (ou) custos gerados pela gestação e, nem por isso, em países como Reino Unido, Grécia e Israel, houve a mercantilização de serviços dessa natureza, haja vista a existência de balizas adequadas.

Ademais, no caso do Brasil, onde há previsão de pagamento de verba alimentar à gestante, os chamados alimentos gravídicos, não faria sentido proibi-los no curso da gestação de substituição. A contraprestação teria, nessa hipótese, caráter alimentar¹⁸⁹.

Também, nesse aspecto, o projeto de lei nº 115/2015 se mostra mais restritivo do que a Resolução nº 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina, que é precisa ao vedar o caráter lucrativo e (ou) comercial¹⁹⁰, o que não se confunde com retribuição e (ou) compensação das atividades que a gestante deixou de exercer e (ou) custos gerados pela gestação.

Uma terceira crítica diz respeito ao vínculo de parentesco que deve existir entre a gestante e os pais intencionais até segundo grau. Aparentemente, essa restrição tem, como objetivo, evitar que a gestante, pelos laços afetivos criados com o bebê, se negue a entregá-lo, haja vista que ele permanecerá na família. Entretanto, essa regra pode gerar outro problema: a confusão, por parte da mãe gestacional, do seu papel de avó ou tia, em relação à criança que ajudou a gerar,

um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.”

¹⁸⁸ Trecho da exposição de motivos da Resolução nº 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina. “Considerando que o pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 5.5.2011, reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132) (...)”.

¹⁸⁹ ARAÚJO, Nadia de; VARGAS, Daniela; MARTEL, Leticia de Campos Velho. Gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. *Op. cit.*, p. 126.

¹⁹⁰ Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina. “VII – Sobre a gestação de substituição (doação temporária de útero). 2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.”

com o papel de mãe¹⁹¹. A experiência jurídica de outros países que permitem a gestação por substituição mostra que é desnecessário impor condição como essa. Bastam regras claras quanto à atribuição da filiação para evitar conflitos positivos ou negativos no ato de entregar a criança aos detentores do projeto parental.

Importante referir que, igualmente, nesse ponto, o projeto de lei se mostra mais restrito do que a Resolução do Conselho Federal de Medicina, que estende o vínculo de parentesco até o quarto grau¹⁹², embora, também, possibilite a exceção, mediante parecer prévio do Conselho Regional de Medicina quando à indicação e compatibilidade da gestante.

No que tange à atribuição da filiação em casos de gestação por substituição, o projeto de lei disciplina a atribuição da filiação do nascituro aos detentores do projeto parental. Contudo, dispõe que, caso não haja a homologação judicial prévia do pacto de gestação por substituição, a maternidade da criança seria atribuída à gestante. Entende-se, porém, que não deve haver a vinculação entre a possível invalidade e (ou) irregularidade procedimental do pacto de gestação por substituição e a atribuição da filiação, para que não se repita o sistema de negação do direito do filho espúrio à paternidade e/ou à maternidade, que vigorou por longas décadas¹⁹³. Ademais, tal posicionamento representaria o mesmo que atribuir a maternidade a título de sanção, para dissuadir da prática desses negócios. E, parece claro, a filiação deve ser determinada no interesse da criança, nunca como sanção de um comportamento que a lei reprova¹⁹⁴.

Outro projeto de lei em tramitação no Brasil é o nº 1184/2003. Em caminho oposto ao dos projetos de lei nº 115/2015 e nº 2.855/97, ele veda a gestação por substituição em qualquer modalidade. Seria desnecessário dizer que uma regulamentação restritiva potencializa situações de clandestinidade e

¹⁹¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disposição dos direitos de personalidade e autonomia privada*. Op. cit., p. 218.

¹⁹² ¹⁹² Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina. “VII – Sobre a gestação de substituição (doação temporária de útero). 1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos.”

¹⁹³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 374.

¹⁹⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Procriação medicamente assistida e relação de paternidade*. Op. cit., p.360 e 362.

insegurança, além de fomentar o turismo reprodutivo, pois, nunca é demais lembrar, vivemos em um mundo globalizado, e a experiência vivenciada em outros países mostra os perigos de uma legislação restritiva¹⁹⁵.

Aparentemente, o debate legislativo ainda não está maduro o suficiente para que se chegue à aprovação de qualquer desses projetos, o que parece refletir a dificuldade legislativa em termos de direitos existenciais em um país de grandes dimensões e rico em diversidade econômica, social, cultural e religiosa, pois são temas que envolvem diferentes valores¹⁹⁶.

Frente a isso, quiçá seja salutar que a abordagem do tema tome, como referência, a experiência legislativa e jurisprudencial de países que estão mais avançados em matéria de gestação por substituição, por meio da análise crítica que permita identificar aquilo que possa ser adaptado ao sistema jurídico interno¹⁹⁷. E, enquanto não houver o necessário amadurecimento, possivelmente, seja preferível a ausência de lei específica e a condução da solução de cada caso pela via judiciária a uma lei inadequada aos anseios sociais da contemporaneidade.

Quanto aos pressupostos de atribuição da filiação, o sistema jurídico brasileiro contempla, além dos dispositivos constitucionais já referidos, também, as regras extraídas do Código Civil. Acompanhando as balizas constitucionais de igualdade e proteção da infância, o Código Civil reproduz, no art. 1593, que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem¹⁹⁸, e no art. 1.596, assegura que os filhos terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à

¹⁹⁵ Vide item 2.1 deste trabalho.

¹⁹⁶ Indicativo disso é que o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo ainda não conseguiu superar o processo legislativo no Brasil. Frente aos anseios de grande parte da sociedade, no ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou a ação direta de inconstitucionalidade nº 4277-DF, declarando a inconstitucionalidade de qualquer tipo de discriminação nas formas de constituição familiar, em razão de sexo e/ou de orientação sexual. No mesmo ano, à luz da decisão da Corte Suprema, o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.183.378-RS, declarou que o casamento também pode ser contraído por pessoas do mesmo sexo. Após ambas as decisões, o tratamento do tema foi uniformizado no país, em 2013, por meio da Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça, que vinculou todos os Notários a aceitarem a habilitação de casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

¹⁹⁷ GAMA, Guilherme Nogueira. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. *Op. cit.*, pp.8-9.

¹⁹⁸ Artigo 1593, do Código Civil: "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem".

filiação¹⁹⁹. Embora tais disposições fossem desnecessárias, pois a norma constitucional é dotada de força normativa própria, suficiente e autoexecutável, suas reproduções contribuem para reforçar que a interpretação das normas relativas à filiação não podem revelar qualquer resíduo de desigualdade de tratamento aos filhos, independentemente de sua origem²⁰⁰.

Tais dispositivos têm exercido o papel conciliador dos anseios da contemporaneidade, ao servirem de estrutura para as construções doutrinárias e jurisprudenciais. Isso significa que, embora o Código Civil não contemple, explicitamente, todas as hipóteses de filiação decorrentes da reprodução humana assistida, adota um conceito de filiação afeto aos anseios da contemporaneidade²⁰¹, pois não admite adjetivações ou discriminações de qualquer natureza²⁰².

Aliás, ao regular a filiação decorrente do uso de técnicas de reprodução humana assistida, o Código Civil o faz de forma bastante incipiente, quiçá, como resultado do longo processo legislativo que envolveu sua aprovação²⁰³. O único dispositivo que trata da reprodução assistida, art.1.597 do Código Civil²⁰⁴, dispõe que a paternidade será imputada ao marido da mãe, quando a concepção decorrer de fertilização homóloga ou, no caso de fertilização heteróloga, quando houver consentimento expresso. Visando a orientar a aplicação do Direito Civil, as Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal²⁰⁵ aprovaram alguns enunciados

¹⁹⁹ Art. 1.596, do Código Civil. “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

²⁰⁰ LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. *Op. cit.*, pp. 193-194.

²⁰¹ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Filiação na contemporaneidade. *In*: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina. (Coords.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça de Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 447.

²⁰² LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. *Op. cit.*, p. 192.

²⁰³ O projeto do atual Código Civil brasileiro, em vigor desde 2003, permaneceu mais de 25 anos em tramitação. Nesse interregno, além de todas as mudanças sociais e tecnológicas vivenciadas, com o advento da Constituição Brasileira de 1988, instituindo o Estado Democrático de Direito, muitos dispositivos precisaram ser alterados.

²⁰⁴ Artigo 1.597, do Código Civil brasileiro: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) 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.”

²⁰⁵ O Conselho da Justiça Federal promove, a cada dois anos, as Jornadas de Direito Civil. O encontro de juristas de todo o país tem por escopo a promoção de debates em torno do Código Civil e aprovação de enunciados que possam servir de orientação à aplicação do Direito Civil.

interpretativos a respeito desse dispositivo. Em linhas gerais, as conclusões dizem respeito apenas à paternidade, dispondo que, em caso de fecundação heteróloga²⁰⁶ ou homóloga²⁰⁷ com utilização de material genético crioconservado após o óbito ou divórcio, a atribuição da paternidade pressupõe o consentimento. Contudo, o princípio constitucional da igualdade impõe que as mesmas balizas sejam utilizadas para o caso de atribuição da maternidade.

É possível extrair de tal comando a natureza, fundamentalmente, socioafetiva da filiação, advinda do compromisso irrevogável e vinculante daqueles que decidem assumir a paternidade e (ou) a maternidade, mesmo que o elemento genético não lhes pertença²⁰⁸. E, portanto, em caso de gestação por substituição, essa será a baliza aplicável.

No plano do Direito Internacional, embora haja notícias de caso de gestação por substituição realizada no estrangeiro que, aparentemente, não suscitou problemas quanto ao reconhecimento da filiação atribuída aos detentores do projeto parental²⁰⁹, ainda, não há precedentes judiciais.

O Brasil fez a opção pelo método conflitual, configurando-o como elemento de conexão para reger a capacidade e o Direito de Família à lei do

²⁰⁶ Enunciado nº 104, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. “Art. 1.597: no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou, eventualmente, pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.”

Enunciado nº 258, da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. “Arts. 1.597 e 1.601: Não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta”.

²⁰⁷ Enunciado nº 106, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. “Art. 1.597, inc. III: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte”.

Enunciado nº 107, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. “Art. 1.597, IV: finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões”.

²⁰⁸ LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. *Op. cit.*, p. 202.

²⁰⁹ KRESCH, Daniela. Casal gay de MG cruza três continentes para ter filhos. *O Globo*. 23 out. 2014. Disponível em <http://oglobo.globo.com/sociedade/casal-gay-de-mg-cruza-tres-continentes-para-ter-filhos-14329638>, acesso em 20 de maio de 2015. Parte desses anúncios pode ser localizados em www.surrogatefinder.com

domicílio²¹⁰. Sendo assim, caso um brasileiro, residente no Brasil, realize um contrato de gestação por substituição em outro país, o registro do nascimento da criança poderá ser realizado junto ao consulado brasileiro no exterior, e a lei brasileira regerá o estatuto da filiação²¹¹.

No caso de gestação por substituição que venha a ser realizada por estrangeiro em território brasileiro, a criança será registrada segundo a lei brasileira e terá a nacionalidade brasileira assegurada, já que a regra do *ius soli* a ela se aplica. Entretanto, o registro de nascimento no Consulado de seu país se dará segundo as regras estrangeiras²¹².

Em últimas linhas, é possível constatar que, mesmo sem possuir uma lei específica que regule a matéria, o Brasil vem conseguindo conter e, aparentemente, oferecer respostas adequadas à gestação por substituição e à atribuição dos laços parentais de crianças nascidas em decorrência de acordos dessa natureza. Isso se deve a uma base constitucional adequada, às balizas específicas estabelecidas pela Resolução do Conselho Federal de Medicina e à atuação da doutrina e da jurisprudência no sentido de oferecer caminhos capazes de solucionar divergências e algumas dificuldades pontuais.

Aliás, não se pode deixar de considerar que não é unânime entre os juristas a necessidade de regulação específica do tema. A ausência de um entendimento suficientemente alargado na matéria, para que se possa legislar sobre ela, e a consideração de que, só depois de se generalizarem tendências firmes sobre os diversos problemas suscitados pela procriação assistida, a lei deverá tornar vinculante a consciência jurídica prevalecente, é um dos possíveis argumentos contrários à criação de leis específicas. Também, há quem defenda que uma disciplina normativa da reprodução humana assistida preferiria a técnica legislativa por princípios a uma do tipo regulamentar e, mesmo assim, poderia ser duvidoso

²¹⁰ Artigo 7, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiras: “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.”

²¹¹ ARAÚJO, Nadia de; VARGAS, Daniela; MARTEL, Leticia de Campos Velho. Gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. *Op. cit.*, pp. 220-221.

²¹² ARAÚJO, Nadia de; VARGAS, Daniela; MARTEL, Leticia de Campos Velho. Gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. *Op. cit.*, pp. 220-221.

que, também, uma lei formulada com princípios fosse útil, na medida em que os princípios relativos aos problemas da pessoa já encontram expressão na Constituição Federal²¹³.

Isso se deve ao fato de que o Direito brasileiro se constitui de princípios e regras que legitimam a ordem jurídica, exprimindo seus valores fundamentais e proporcionando-lhe uma abertura e uma flexibilidade que influirão no processo de criação jurídica. Abertura no sentido de sistema inacabado, incompleto, capaz de dominar, dedutivamente, todos os problemas e flexibilidade no sentido de uma estrutura elástica de princípios de valoração e de uma ausência de formação rígida de previsões normativas²¹⁴.

Estima-se que a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, ambos por sua estrutura, função e fundamento, possam contribuir com essa metodologia da realização do Direito²¹⁵ e, diante dos desafios vindouros, quiçá, provocados pela gestação por substituição, ela possa fornecer balizas interpretativas para uma justa aplicação do Direito e tutela da proteção do superior interesse da criança.

²¹³ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2002, p. 175.

²¹⁴ AMARAL, Francisco. Uma carta de princípios para um direito como ordem prática. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.) *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 129.

²¹⁵ AMARAL, Francisco. Uma carta de princípios para um direito como ordem prática. *Op. cit.*, p.130. Quando o autor se refere à crise do Direito, refere-se às teorias jurídicas formais e racionalistas do pensamento sistemático, dominante da modernidade, principalmente, no século XIX, o século das codificações, do raciocínio lógico dedutivo, na crença da superioridade absoluta da lei e na plenitude do sistema jurídico.

CONCLUSÕES

Diante das complexidades e incertezas que permeiam o tema da gestação por substituição, a primeira conclusão possível é que nenhuma resposta dada, nesse momento, poderá ser considerada definitiva.

É compreensível que, diante dos valores morais, culturais e religiosos presentes em cada sociedade - e quando considerado, ainda, que esses mesmos valores divergirão, em uma mesma sociedade, a depender do momento histórico vivenciado -, as posições não sejam uníssonas no que diz respeito a aceitar (ou não) a figura da gestação por substituição e seus desdobramentos.

Da mesma forma, uma vez constatado que a parentalidade não está atrelada a um dado natural, mas é imputada segundo pressupostos culturais escolhidos por cada povo, fica fácil concluir como sua abordagem será diferente em cada lugar.

Entretanto, diante das distâncias cada vez mais curtas, a permitir a livre circulação de pessoas, bem como às fronteiras culturais mais sutis, o tratamento jurídico que cada país venha a conferir à gestação por substituição não impedirá que as pessoas lancem mão dessa possibilidade de realização do projeto parental no estrangeiro. Frente a isso, além da necessidade de cada país repensar seu direito interno, o direito internacional privado também deverá colocar suas ferramentas em prol da cooperação internacional, a fim de tutelar os valores universalmente protegidos.

Em relação ao Brasil, não existe lei específica em matéria de reprodução humana assistida, mas há uma consolidação prática estabelecida por força da aplicação da Resolução nº 2013/2013, do Conselho Federal de Medicina, que, em que pese não possuir efeito cogente, somada a uma base constitucional e infraconstitucional sólida, às contribuições da doutrina e da jurisprudência, tem conseguido contornar as demandas existentes e, assim, tutelar os interesses envolvidos. Ademais, conclui-se que é preferível a manutenção do status legal vigente, à aprovação dos projetos de lei atualmente em tramitação no Congresso Nacional, por se mostrarem mais restritivas e, assim, passíveis de provocar, no Brasil, o fenômeno que se vivencia em outros países do mundo que fizeram a mesma opção e, atualmente, estão em vias de rever suas posições.

Por fim, reputa-se que o debate no tema da gestação por substituição ainda é incipiente no Brasil - quiçá por não se vivenciar, internamente, problemas existenciais como os que vêm ocorrendo em outros países – e precisa se fomentar, pelo que se espera que o presente estudo possa deixar suas singelas contribuições.

REFERÊNCIAS

4 mitos sobre filhos de pais gays. *Super interessante*. fev. 2012. Disponível em: <http://super.abril.com.br/cotidiano/4-mitos-filhos-pais-gays-676889.shtml>. Acesso em: 23 maio 2015.

AKORTA IDIAKEZ, Itzar. Regulación de la medicina reproductiva en norteamérica o el salvaje oeste de la medicina – parte II. *Revista de derecho y genoma humano*. n. 19, jul./dec., 2003, pp. 41-89.

ALVAREZ GONZÁLES, Santiago. Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución. *In*: FORNER DELAYGUA, Joaquim; GONZÁLES BEILFUSS, Cristina; VIÑAS FARRET, Ramón. (Coords.) *Entre Bruselas y la Haya: estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: 2013, pp. 77-90.

AMARAL, Francisco. Uma carta de princípios para um direito como ordem prática. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.) *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARAÚJO, Nadia de; VARGAS, Daniela; MARTEL, Letícia de Campos Velho. Gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família: entre o público e o privado*. Porto Alegre: Magister, 2012, pp. 211-224.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Procria o medicamente assistida e rela o de paternidade. *In*: HIRONAKA, Gilselda Maria Fernandes Novaes. TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. (Coords.) *Direito de família e das sucessões: temas atuais*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, pp. 348-369.

ATLAN, Henri. *O útero artificial*. Rio de Janeiro; Fiocruz, 2006.

BALDOTTI, Mariangela. Aspectos bioéticos da reprodu o assistida no tratamento da infertilidade conjugal. *Revista da AMRIGS*. Porto Alegre, n. 54, out./dez., pp. 478-485.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. *Marco internacional e interno del derecho de la infancia y de la adolescencia*. Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Máster en derecho de familia e infancia. Barcelona, 2014.

BARRÓN ARNICHES, Paloma de. La posibilidad de inscribir en el registro civil español a los nacidos en el extranjero, de una madre de alquiler. *Revista de derecho y genoma humano*. n. 31, jul./dec., 2009., pp. 29-41.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disposição dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASILEIRO, Luciana da Fonseca Lima. As vicissitudes da filiação: os filhos da reprodução artificial heteróloga sob a ótica do consumo. In: ALBUQUESQUE, Fabíola. EHRHARDT JR. Marcos. OLIVEIRA, Catarina Almeida de. (Coords.) *Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Salvador: Jus Podium, 2010.

BRENA, Ingrid. Maternidad sub-rogada: autonomía o submisión? *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 40, en./jun., 2014, pp. 133-145.

Câmara baixa do Reino Unido aprova fertilização in vitro com 'três pais'. *G1*. São Paulo, 03 fev. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2015/02/camara-dos-comuns-do-reino-unido-aprova-fertilizacao-vitro-com-3-pais.html>. Acesso em: 27 maio 2015.

Casal consegue reconhecimento de filho nascido em útero de outra mulher. Disponível em <http://app.tjsc.jus.br/noticias/listanoticia!viewNoticia.action?cdnoticia=21552>, acesso em 17 de maio de 2015.

CATALAN, Marcos. Um ensaio sobre a multiparentalidade: prospectando, no ontem, pegadas que levarão ao amanhã. *Revista Facultad de Derecho Y Ciencias Políticas*. vol. 42, n. 117, Medellín - Colombia. jul./dic., 2012, pp. 621-649.

Conheça o homem grávido que já deu à luz três bebês. Disponível em: <http://www.gadoo.com.br/noticias/conheca-o-homem-gravido-que-ja-deu-luz-tres-bebes/>. Acesso em: 11 maio 2015.

COSTAS, Ruth. Sol, praia e fertilização: Espanha vira Meca do turismo reprodutivo. *BBC*. 03 set. 2012. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/09/120821_turismo_reproducao_esp_anha_ru.shtml. Acesso em 05 jun. 2015.

COTTA, Elaine. Alugo meu ventre por motivos financeiros. *Revista Crescer*. 04 jul. 2013. Disponível em: <http://revistacrescer.globo.com/Gravidez/Planejando-a-gravidez/noticia/2013/07/alugo-meu-ventre-por-motivos-financeiros.html>. Acesso em: 16 jun. 2015.

DIEDRICH, Gislayne Fátima. Genoma humano: direito internacional e legislação brasileira. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.216

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FARNÓS AMORÓS, Esther. *European Society Human Reproduction and Embryology: 26 Annual Meeting*. *InDret*. 3/2010.

Filho gerado em útero de terceira pessoa deve ser registrado por casal que forneceu material genético. Disponível <http://www.jornaldaordem.com.br/noticia-ler/filho-gerado-em-utero-terceira-pessoa-deve-ser-registrado-por-casal-que-forneceu-material-genetico/21222>, acesso em 17 de maio de 2015.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Filiação na contemporaneidade. *In*: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina. (Coords.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça de Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: introdução o tema sob a perspectiva civil constitucional. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *Problemas de direito civil- constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 515-557.

GAMA, Guilherme Nogueira. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. *Revista brasileira de direito de família*. n. 5, abr./maio./jun. 2000. Porto Alegre: Síntese, 2000, pp.7-28, p.18.

GARIERI, Daniela Cristina Caspani; SILVA, Luisa Ângelo Meneses Caixeta; SALOMÃO, Wandell Jones Fioravante. Reprodução humana assistida: as consequências do surgimento de famílias constituídas in vitro. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*. Porto Alegre, ano 1., n. 3., nov./dez., 2014, Magister, pp. 66.

GAUTAM, Manish. Door opens to foreigners for surrogacy. *The Kathmandu post*. 04 dic. 2014. Disponível em: <http://www.ekantipur.com/the-kathmandu-post/2014/12/03/top-stories/door-opens-to-foreigners-for-surrogacy/270400.html>. Acesso em: 09 jun. 2015.

GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira. SORDI, Sandra. Aspectos atuais do projeto genoma humano. *In*: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HERNANDEZ IBÁÑEZ, Carmen. La atribución de la maternidad en la gestación contratada. *II Congreso Mundial Vasco - la filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Madrid: Editorial Trivium, 1988.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Bioética e biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e perspectiva jurídica inquietante*. Revista brasileira de direito de família. n. 16, jan./fev./mar. 2003, Porto Alegre: Síntese, 2003, pp. 40-55.

Homem grávido dá a luz a menina após cesariana na Argentina. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2013/12/1388413-homem-gravido-da-a-luz-a-menina-apos-cesariana-na-argentina.shtml>, acesso em 11 de maio de 2015.

KRESCH, Daniela. Casal gay de MG cruza três continentes para ter filhos. *O Globo*. 23 out. 2014. Disponível em <http://oglobo.globo.com/sociedade/casal-gay-de-mg-cruza-tres-continentes-para-ter-filhos-14329638>, acesso em 20 de maio de 2015.

LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*. Barcelona: Universitat de Barcelona Publicacions i Edicions, 2013.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Exame de DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. LEITE, Eduardo de Oliveira. (coord.). *Repertório de doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp.188-221.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito, a ciência e as leis bioéticas. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LIMA NETO, Francisco Vieira. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. n. 13, abr-maio/2002, pp.143-161.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZA, Malu, Primeiro bebê de proveta do Brasil e da América Latina completa 30 anos. *G1*. 07 out. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2014/10/primeiro-bebe-proveta-do-brasil-e-da-america-latina-completa-30-anos.html>. Acesso em 18 jun. 2015

MELLO, Patrícia Campos. Israel resgata do Nepal 26 bebês de mães de aluguel. *Folha de São Paulo*. 28 abr. 2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/04/1621994-israel-resgata-do-nepal-26-bebes-de-maes-de-aluguel.shtml>. Acesso em 06 jun. 2015

MORTAZAV, Sarah. *It takes a village to make a child: creating guidelines for international surrogacy*. Disponível em: <http://georgetownlawjournal.org/files/2012/08/14Mortazavi.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2015.

MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. Reprodução assistida: um pouco de história. *Revista da sociedade Brasileira de Psicologia Hospitalar*, Rio de Janeiro, v.12, n.2, dez., 2009 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2002.

Mulher que recebeu transplante de útero dá à luz na Suécia. *G1*. São Paulo, 04 out. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2014/10/mulher-que-recebeu-transplante-de-utero-da-luz-na-suecia.html>. Acesso em: 30 maio 2015.

Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Disponível em: http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf. Acesso em 13 jun. 2015.

Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Cairo, 2014. Disponível em: <http://www.cnpd.gov.br/assuntos/cairo/cairo-94-relatorio-da-conferencia-internacional-sobre-populacao-e-desenvolvimento/>. Acesso em: 03 maio 2015

RICHARDSON, Hayley. Biological babies for same-sex parents a possibility after stem cell breakthrough. *Newsweek*. 25 fev. 2015. Disponível em: <http://europe.newsweek.com/biological-babies-same-sex-parents-possibility-after-stem-cell-breakthrough-309453>. Acesso em: 27 maio 2015.

RODRIGUEZ, Jesús flores. Gestación por sustitución: más cerca de um estatuto jurídico comum europeo. *Revista de Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia. n. 27, jul./dec. 2014, pp. 71 - 89.

RUBAJA, Nieve. El derecho internacional privado al servicio de los derechos fundamentales de los niños nascidos por el empleo de la gestación por sustitución en el extranjero. In: MORENO RODRIGUEZ, José Antonio. MARQUES, Cláudia Lima. *Los servicios en el derecho internacional privado: jornadas de la ASADIP 2014*. Porto Alegre/Asunción: Gráfica e editora URJ, 2014, pp. 281-336.

SANTOS BELANDRO, Rubens. La maternidad sub-rogada consumada en el extranjero: eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales y/o administrativas y de la circulación internacional de los documentos relacionados con ella. *eDial*. 25 nov. 2011. Buenos Aires.

SANTOS, Juliana, Por que os homens têm cada vez menos espermatozoides? *Veja.com*. 05 fev. 2013. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/saude/por-que-os-homens-tem-cada-vez-menos-espermatozoides/>. Acesso em: 23 maio 2015.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SORDI, Jaqueline. Casal homossexual consegue registro de dupla maternidade na Justiça do RS. *Zero Hora*. 01 jun. 2013. Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2013/06/casal-homossexual-consegue-registro-de-dupla-maternidade-na-justica-do-rs-4156076.html>. Acesso em 31 de maio de 2015.

TORRACA DE BRITO, Leila. *Paternidades Contestadas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TORT, Michel. *O desejo frio: procriação artificial e crise dos referenciais simbólicos*. Rio de Janeiro: civilização brasileira, 2001.

VELA SÁNCHEZ, Antônio J. *La maternidad subrogada: estudo ante un reto normativo*. Granada: Comares, 2012.

VELA SÁNCHEZ, Antônio J. Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico. *Revista de derecho de familia*. n. 53, 4 trim., 2011, año XIII, Lex Novo, pp. 67-85.

VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

VILA-CORO, Antonio. *Madre no hay más que cinco*. Disponível em <http://www.huffingtonpost.es/antonio-vila-coro/madre-no-hay-mas-que-cinc b 1967162.html>, acesso em 10/05/2015.

VILAVERDE, Carolina. Entenda como funciona o registro de genes no Brasil. *Super interessante*. 21 ago. 2013. Disponível em: <http://super.abril.com.br/blogs/supernovas/2013/08/21/entenda-como-funciona-o-registro-de-patentes-de-genes-no-brasil/>. Acesso em: 23 maio 2015

VILLELA, João Baptista. Procriação, paternidade e alimentos. In: CAHALI, José Francisco. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Alimentos no Código Civil: aspectos civil, constitucional, processual e penal*. São Paulo: Saraiva, 2005.

WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre filiação biológica e socioafetiva. In: *Revista brasileira de direito de família*. n.14, jul-ago/2002, pp.128-163.

ZANELLATTO, Marco Antonio. A procriação medicamente assistida e seus efeitos jurídicos. In: FILOMENO, José Geraldo Brito. WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos dos direitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 477-516.