

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

THAÍS MACHADO PALOMBO

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: O RECONHECIMENTO NO BRASIL DA RELAÇÃO
PARENTO FILIAL CONSTITUÍDA NO EXTERIOR

São Paulo

2023

THAÍS MACHADO PALOMBO

Trabalho de Graduação
Interdisciplinar apresentado como
requisito para a obtenção do título
de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Orientador: Gustavo Ferraz de Campos Monaco

São Paulo
2023

THAÍS MACHADO PALOMBO

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: O RECONHECIMENTO NO BRASIL DA RELAÇÃO
PARENTO FILIAL CONSTITUÍDA NO EXTERIOR

Trabalho de Graduação
Interdisciplinar apresentado como
requisito para a obtenção do título
de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Aprovada(o) em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a):

Examinador(a):

Examinador(a):

Dedico o presente trabalho à minha família, minha mãe Marcia, minha tia Normandia e meu marido Rafael, que ao longo dos anos têm me apoiado e sonhado os meus sonhos como se deles fossem.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe e à minha tia, Marcia e Normandia, que tentam dia a dia compreender a ausência que os anos de estudo exigem.

Agradeço ao meu marido Rafael pelas inúmeras lições, apoio e suporte incondicionais desde o dia em que eu disse, já com mais de 30 anos, “vou cursar Direito”.

Ao meu professor e orientador Gustavo Ferraz de Campos Monaco, que tanto me ensinou ao longo desses anos e sempre soube incentivar a busca pelo conhecimento.

Agradeço, ainda, aos meus colegas de sala que com os anos se tornaram amigos, pois sem eles a jornada teria sido muito diferente.

“Não há egoísmo nenhum em querer ter seu próprio filho. Além disso, o ato de amor apontado [...] ocorre igualmente - e, talvez, até em dose maior - nas inseminações artificiais, onde o casal renuncia integralmente sua privacidade no ato de procriação e aceita a participação de um terceiro estranho.”

Eduardo de Oliveira Leite

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: O RECONHECIMENTO NO BRASIL DA RELAÇÃO PARENTO FILIAL CONSTITUÍDA NO EXTERIOR

Thaís Machado Palombo

RESUMO

O presente trabalho busca compreender como se estabelece no Brasil o reconhecimento da relação parento-filial estabelecida no estrangeiro por meio de gestação de substituição. Ao longo dos anos, com o avanço das técnicas de reprodução humana assistida e a possibilidade da gestação de substituição, muitos casais, ou pessoas sozinhas, que não poderiam realizar seus planos de se tornarem pais em seus países tem buscado outros Estados para que com o uso dessas técnicas possam realizar seu projeto parental. O tema gestação de substituição não é igualmente regulamentado, ou não chega a ser regulamentado, por todos os Estados e, dessa forma, favorece um fenômeno chamado de turismo procriativo. Dentre os ordenamentos silentes encontra-se o Brasil, cuja procura de seus nacionais pela gestação de substituição no estrangeiro tem se tornado uma prática cada vez mais recorrente. Em razão dessas diferenças entre os ordenamentos este é um tema de relevância ao Direito Internacional Privado, pois envolve nacionais de diferentes países, contratos que não encontram correspondência nos ordenamentos e a necessidade do reconhecimento da filiação da criança em relação aos seus pais de intenção em um país que não foi o de seu nascimento. Este estudo foi realizado por meio de revisão bibliográfica e doutrinária, focado em compreender como os países tem reconhecido, ou não, o vínculo parento-filial entre beneficiários de um contrato de gestação de substituição e a criança nascida a partir dessa técnica e como o Brasil, apesar da ausência de lei, tem estabelecido esse reconhecimento. Chegou-se a conclusão que com a prática do turismo procriativo por parte dos brasileiros exista certa facilidade em ter tal vínculo reconhecido.

PALAVRAS-CHAVES: Relação parento-filial; Gestação de substituição; Direito Internacional Privado; Legislação brasileira; Direito Comparado.

ABSTRACT

The present work seeks to understand how the recognition of the parent-child relationship established abroad through surrogacy is established in Brazil. Over the years, with the advancement of assisted human reproduction techniques and the possibility of surrogate pregnancy, many couples, or single people, who could not fulfill their plans of becoming parents in their countries have sought other states so that, with the using these techniques can carry out their parental project. The topic of surrogacy is not equally regulated, or not regulated at all, by all States and, therefore, favors a phenomenon called procreative tourism. Among the silent regulations is Brazil, whose nationals search for surrogacy abroad has become an increasingly recurrent practice. Due to these differences between the legal systems, this is a topic of relevance to Private International Law, as it involves nationals from different countries, contracts that do not correspond to the legal systems and the need to

recognize the child's filiation in relation to their intended parents in a country that was not the country of his birth. This study was carried out through a bibliographic and doctrinal review, focused on understanding how countries have recognized, or not, the parent-child bond between beneficiaries of a surrogacy contract and the child born using this technique and how Brazil, despite the absence of law, has established this recognition. The conclusion was reached that with the practice of procreative tourism by Brazilians there is a certain ease in having such a bond recognized.

KEY WORDS: Parent-child relationship; Surrogacy; International Law; Brazilian legislation; Comparative law.

Sumário: 1. Introdução. 2. O que é gestação de substituição?. 3. Ordenamentos jurídicos estrangeiros: regulamentação quanto ao uso da técnica e da transferência da parentalidade na gestação de substituição. 3.1. Ordenamentos que permitem a gestação de substituição. 3.2. Ordenamentos que proíbem a gestação de substituição. 4. Brasil: o que há sobre gestação de substituição e como tem se estabelecido o reconhecimento da relação parento-filial de uma gestação de substituição ocorrida no estrangeiro?. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas

Lista de Abreviaturas

CC - Código Civil

CEDH - Convenção Europeia de Direitos Humanos

CFM - Conselho Federal de Medicina

PL - Projeto de Lei

RMA - reprodução medicamente assistida

RHA - reprodução humana assistida

FIV - fertilização in vitro

TEDH - Tribunal Europeu de Direitos Humanos

VS - versus

1. Introdução

A gestação de substituição é uma modalidade de reprodução na qual uma mulher, que não integra o projeto parental, cede seu útero para gestar uma criança que, após o parto, deve ser entregue à pessoa ou casal que tem a intenção de efetivamente assumir o papel de pais e, para isso, precisarão ter sua parentalidade reconhecida.

O primeiro relato clínico de sucesso do uso da técnica de gestação de substituição data da década de 80 do século passado, porém na história humana é possível que se verifique o uso desse recurso, porém de forma menos complexa, desde tempos mais antigos.

O desenvolvimento da ciência e da medicina possibilitou a casais que não conseguiam conceber de forma natural, assim como aos casais de mesmo sexo, que realizassem o sonho de ter filhos biológicos e, da mesma forma, possibilitou a casais que não podem ter filhos biológicos, qualquer que seja o motivo, que tenham um bebê e possam acompanhar seu desenvolvimento desde seus primeiros momentos de vida.

Apesar de se tratar de técnica que vem se popularizando, não são todos os países que permitem ou que regulamentam o seu uso. Essa diferença entre os ordenamentos dos diferentes Estados vem causando um movimento que tem sido chamado de “turismo procriativo”¹, que consiste, em linhas gerais, na saída dos pretensos pais de seus países de origem, países esses que proíbem, que não regulamentam ou, se há regulamentação, não abrange aquela pessoa ou casal, e busquem outro país que tenha um ordenamento mais permissivo para a realização de seu sonho de serem pais.

Para que tal projeto se realize é preciso que haja a formação de um embrião, que originará uma criança, e, para isso, é possível que seja utilizado tanto o material genético dos pretensos pais quanto o de doadores anônimos ou não.

Nos países de ordenamentos permissivo há a formação de um contrato por meio do qual a mulher que cede o útero para a gestação se obriga a entregar a criança após seu nascimento. Sendo assim, quando ocorre em país diverso do de origem do casal, ou pessoa sozinha, é um negócio que envolve pessoas de nacionalidades diferentes e cujo ordenamentos tem trata do tema de forma diferente.

Para além da formação do contrato e da entrega da criança aos pais há, ainda, a necessidade do reconhecimento do vínculo parento-filial no país de origem dos pais, para

¹ O “turismo procriativo” pode ser compreendido como o fenômeno no qual um casal, ou pessoa sozinha, em razão da proibição ou não regulamentação em seu país sobre a gestação de substituição, buscar outro país para a realização de seu projeto parental por meio do uso dessa técnica reprodutiva.

Trago, ainda, a definição dada pelo autor Gustavo Ferraz de Campos Monaco (2021, p. 137): “A divergência entre as legislações a respeito das condições que permitem o emprego da técnica, da possibilidade ou não de remuneração da mãe de substituição e o desejo de ter um filho “seu” tem gerado um fenômeno que a doutrina denominou de turismo procriativo”.

Recomendo também a leitura de outros autores que tem tratado do tema, como Helena Mota, professora da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em Portugal; Anabela Susana de Sousa Gonçalves, professora da Escola de Direito Universidade do Minho, também em Portugal, e Hughes Fulchiron, professor da Universidade Jean Moulin de Lyon, na França.

onde irão retornar após o nascimento da criança, e o reconhecimento à criança da mesma nacionalidades de seus pais. Todos esses pontos citados são de interesse do Direito Internacional Privado, pois envolvem a transnacionalidade de um contrato e sua produção de efeitos em diferentes ordenamentos.

É dentro deste cenário que o presente estudo busca conhecer como se estabelece o reconhecimento no Brasil da relação parento-filial estabelecida no estrangeiro a partir da gestação de substituição.

Justifica-se compreender como tem se estabelecido tal reconhecimento pela ausência de regulamentação sobre o tema no Brasil e em razão da crescente busca de brasileiros pela psua prática em países estrangeiro onde o uso dessa técnica é permitida e regulamentada.

2. O que é gestação de substituição?

O desejo de ter filhos, as dificuldades em engravidar de forma natural ou, como afirmou Fulchiron (2014, p. 546), a diminuição do número de crianças que podem ser adotadas e, conforme relatado por Brunet (2012, p. 199), o crescimento da procura pelo uso da técnica de gestação de substituição, tem como motivos a mudança da mentalidade da sociedade, transformações nas estruturas familiares e o reconhecimento judicial dos casais do mesmo sexo enquanto instituições familiares.

Para compreender o que é a gestação de substituição é preciso conhecer a evolução no campo da medicina e da ciência que possibilitaram a reprodução humana com auxílio dessa técnica para a realização do desejo de casais, ou até de pessoa sozinha, de se tornarem pais, sendo essa relação biológica, ou não, como veremos mais adiante.

No Brasil, a Lei n. 9.263 de 1996 regulamenta o direito ao planejamento familiar a todos os cidadãos, direito também expressamente reconhecido pelo art. 226, § 7º da Constituição Federal (CF)². (CAVALCANTI; SCHWARTZ, 2018, p. 7).

O casal que tem planos ter constituir uma família com filhos, de maneira geral, inicia a execução desse planejamento pelo método de reprodução natural, que seria, no caso de casais de sexos diferentes, a gravidez natural na mulher.

² Art. 226 § 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.”

Seja por fatores femininos ou masculinos, como hoje sabemos, a gravidez pode não ocorrer. Não existe qualquer recomendação médica do número de relações necessárias para a concretização da gravidez e, uma vez que ela não venha a ocorrer de forma natural após um determinado período, uma investigação de fatores de infertilidade pode ser necessária. (YAMAKAMI, 2017, p. 229)

Como já mencionado, hoje já se sabe que a infertilidade não está vinculada apenas ao homem ou apenas a mulher, porém essa não foi a realidade durante muitos séculos. Desde os tempos mais antigos enquanto a fertilidade feminina era celebrada, admirada e atribuída a noções positivas como a fortuna, a prosperidade, a alegria e uma dádiva divina; a infertilidade era vista como uma forma de maldição, influência de bruxas ou como castigo divino e nada se falava, ou se conhecia, sobre haver infertilidade ou esterilidade masculina. Apenas no ano de 1677, quase 100 anos após a descoberta do microscópio ocorrida em 1590, foi relatado que uma baixa quantidade ou até a ausência de espermatozóides no sêmen poderia ser razão de esterilidade masculina. (LEITE, 1995, p. 17 e 18)

Ao longo dos séculos seguintes foram feitas diversas descobertas no campo do sistema reprodutor feminino e masculino, assim como avanços no campo da medicina reprodutiva. (LEITE, 1995, p. 19)

A reprodução humana assistida (RHA) ou reprodução medicamente assistida (RMA), trata da intervenção médica no processo de reprodução natural, podendo ser homóloga, nos casos de uso de material genético do próprio casal, ou heteróloga, nos casos em que há uso de material genético de terceiro, dólares que podem ou não serem anônimos. Por material genético, entenda-se sêmen, óvulo³ ou embrião congelado. (CAVALCANTI; SCHWARTZ, 2018, p. 5).

Entre os anos de 1970 e 1975 cientistas apresentaram estudos sobre FIV, procedimento que faz parte das técnicas de RHA, com material genético humano. (LEITE, 1995, p. 19).

A FIV, vale explicar, é técnica por meio da qual forma-se um embrião, pela junção do óvulo e do espermatozóide fora do corpo da mulher para posteriormente ser transferido para o útero com a expectativa de que ele lá se implante e continue seu desenvolvimento que resultará no nascimento de um bebê. (MAKUCH; FILETTO, 2010, p.772).

³ O que comumente chamados de óvulo simplifica as diversas fases pelas quais passa o oócito que, quando fecundado por um espermatozóide, dá origem a um embrião. (GUYTON; HALL, 2017, p. 468-473).

Ainda na década de 70, do século XX, no ano de 1978, na Inglaterra, nasceu o primeiro “bebê de proveta”, como foram chamados os bebês provenientes do uso de RHA e, apenas em 1984, nasceu o primeiro bebê de proveta da América Latina. Tratou-se do nascimento de um bebê do sexo feminino ocorrido no Brasil, na cidade de São José dos Pinhais no Paraná⁴, década na qual o mundo já contava com mais de 20 clínicas com programas de fertilização. (LEITE, 1995, p. 19 e 20).

Dentre os possíveis recursos de RHA para a realização do projeto parental a cessão temporária do útero é técnica por meio da qual uma mulher, que não integra o casal, irá suportar a gravidez e, após dar à luz, entregará a criança ao casal, ou pessoa sozinha, sendo esses os chamados pais de intenção⁵. (MIYADAHIRA, 2017, p. 222).

A primeira publicação sobre o sucesso do uso dessa técnica é do ano de 1985, tendo o bebê nascido em 1986 nos Estados Unidos⁶. (MIYADAHIRA, 2017, p. 222). Porém, dataria de 1963, no Japão, e de 1975, também nos Estados Unidos, os primeiros relatos clínicos sobre o que viria a ser chamado de gestação de substituição. (LEITE, 1995, p. 66).

Contudo, esse método de concretização do desejo de ter filhos pode ser ainda mais antigo. Como lembrou o autor Gustavo Ferraz de Campos Monaco (2021, p. 132), há na Bíblia uma passagem que narra uma modalidade menos complexa de gestação de substituição, na qual Raquel, esposa de Jacó, pede ao marido que conceba um filho com sua escrava Bila, tendo como intenção ter essa criança como sua após seu nascimento (Genesis 30:3)⁷.

Os autores Ana Elizabeth Cavalcanti e Germano Schwartz (2018, p. 12) também relembram um costume semelhante entre os romanos, no qual o homem cedia sua esposa a um amigo que havia se casado com uma mulher estéril para que a este fosse assegurada a sua descendência.

⁴Para ler a reportagem completa, acesse: <https://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2014/10/primeiro-bebe-proveta-do-brasil-e-da-america-latina-completa-30-anos.html>

⁵ O termo “pais de intenção”, “pai de intenção” e “mãe de intenção” são usados para designar os beneficiários do contrato de gestação de substituição especialmente quando os gametas usados na concepção da criança não pertence a elas.

⁶ Acesse a reportagem completa em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/ansa/2016/04/15/ha-30-anos-nascia-primeira-crianca-de-barriga-de-aluguel.htm>

⁷ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Gestação de Substituição. *In*: Direitos da Criança e Adição Internacional. Declínio de um instituto em razão das técnicas de gestação por substituição?. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 134.

O tema gestação de substituição já foi, inclusive, tratado em uma novela produzida e transmitida pela rede Globo de televisão nos anos de 1990 e 1991, na qual trama central consistia em uma mulher que havia sido a “barriga de aluguel”⁸ para um casal não querer entregar o bebê aos seus pais biológicos após o nascimento. (CAVALCANTI; SCHWARTZ, 2018, p. 12).

A gestação de substituição, para além da cessão do útero, pode envolver uma gama de possibilidades quanto a formação do embrião, como o uso de material genético dos pais de intenção, que nesse caso são também pais biológicos da criança; o uso de material genético de apenas um dos integrantes do casal, juntamente com o material genético da mulher que também irá gestar a criança, ou seja, além de ceder o útero também há doação de óvulo fazendo com ela também tenha relação biológica com a criança; ou o uso de material exclusivamente de terceiros desconhecidos e alheios a relação, situação na qual a criança não terá qualquer vínculo genético com os pais de intenção ou com a mulher que suportará a gravidez. (PEDRO, 2018, p. 198-199)

Os motivos pelos quais um casal recorre a uma terceira pessoa para realização de seu projeto parental são diversos, existindo condições fisiológicas e patológicas, relacionadas tanto ao homem quanto a mulher, que impedem ou dificultam que a mulher possa conceber ou gerar uma criança em seu próprio útero. (CAETANO, *et al.* 2018, p. 139-140).

Há casos em que a pessoa tem o desejo de ter filhos, porém não possui um companheiro(a) para concretizá-lo pelas vias naturais. Podemos citar, ainda, casais compostos por pessoas do mesmo sexo, sejam ambos homens ou mulheres, em que há impossibilidade ou dificuldade de uma gravidez de forma natural. (PEREIRA; ESMERALDO, 2018, p. 231).

No Brasil, a Resolução do Conselho Federal de Medicina, que em termos ético e de orientação de conduta profissional médica, prevê a possibilidade da utilização de RHA para mulheres sozinhas desde 1992, porém, aos casais homossexuais apenas em 2017 tal possibilidade passou a constar na resolução. (PEREIRA; ESMERALDO, 2018, p. 231).

Os citados avanços da ciência e da medicina tem apresentado e criado questionamentos e situações jurídicas que buscam e precisam de respostas, pois como explicou Camille Vedel (2018, p. 1036), a técnica da gestação de substituição trouxe inovação não apenas à medicina e a ciência, mas também ao Direito, uma vez que, possibilita a

⁸ O termo se popularizou, no Brasil, com a novela, porém, o termo “gestação de substituição” é o mais difundido e utilizado inclusive em doutrina estrangeira.

dissociação da gestante da mãe genética da criança e colocando em xeque o princípio *mater semper certa est*⁹.

No Brasil, pelo Direito ter suas bases no Direito Romano, é adotado o princípio *mater semper certa est*, que estabelece vínculo jurídico entre a criança nascida e a mulher que a deu à luz. Nos casos em que essa mulher é casada, ao seu marido é estendido o vínculo parental, sendo esse mesmo entendido estendido aos casais em união estável, *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*¹⁰. (GONÇALVES, 2020. p. 318-322)

No ordenamento brasileiro o vínculo parento filial costumava ser assim reconhecido, porém o advento da RHA e da gestação de substituição trouxeram mudanças quanto aos estabelecimento desse vínculo e esse modelo passou a não refletir todas as formas de vínculos parentais ou da própria realidade vivida por aqueles que recorrem ou que colaboram com o uso dessas técnicas.

A possibilidade de que uma gestação de substituição ocorra em outro país trouxe mais uma situação ao reconhecimento e estabelecimento da relação parento-filial, sendo necessário recorrer ao Direito Internacional Privado para compreendê-la, uma vez que, ao retornar ao Brasil o casal, ou pessoa sozinha, com seu filho irão aqui pleitear pelo reconhecimento de sua parentalidade para com aquela criança.

3. Ordenamentos jurídicos estrangeiros: regulamentação quanto ao uso da técnica e da transferência da parentalidade na gestação de substituição

Eduardo de Oliveria Leite, em seu livro “Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos”, de 1995, acreditava que “o silêncio da lei não mais justifica a abstenção do legislador.”, “A favor ou contra¹¹, é fundamental que a lei se posicione ...”. Porém, quase 30 anos após a legislação brasileira permanece silente.

Há entre os países diferenças quanto a forma de tratar o tema da gestação de substituição. Alguns ordenamentos permitem e regulamentam o uso da técnica por meio de sua legislação, outros não permitem expressamente em sua legislação, mas também não proibem permanecendo, assim, com legislação silente sobre o tema; e um grupo de países que não permitem o recurso da gestação de substituição e proibem expressamente em seus

⁹ A mãe é sempre certa.

¹⁰ O pai é aquele indicado pelas núpcias.

¹¹ O autor se refere à procriação artificial.

ordenamentos tal prática, algumas vezes tratando-a como um ilícito. (GONÇALVES, 2018, p. 8).

No grupo de países que permitem e regulamentam a gestação de substituição podemos citar a Ucrânia, alguns Estados dos Estados Unidos da América (como a Califórnia, Flórida, Utah, Texas, Alabama e Illinois¹²), Grécia, Reino Unido, África do Sul, Israel, Índia, Rússia, Geórgia e Tailândia. Porém, torna-se relevante destacar que cada um desses ordenamentos possui previsões diferentes quanto a prática. (MOTA, 2017, p. 68).

Dentre os países que não regulamentam a gestação de substituição, mas que também não tratam do tema em seus ordenamentos, situação que a autora Anabela Susana de Sousa Gonçalves (2018) chamou de “vazio legal”, estão o Brasil, a Holanda, Bélgica, Irlanda, Dinamarca, Suécia, dentre os países europeus, e Estados norte-americanos como a Carolina do Sul, Colorado, Iowa, Idaho, Dakota do Sul, Massachusetts, Havaí, Tennessee, Kansas, Pensilvânia e a Louisiana. (GONÇALVES, 2018, p. 11).

Por não possuírem legislação que trate do assunto, ou que tampouco proíba a prática, não significa dizer que o uso do recurso a essa técnica não ocorra. Nesses países ou Estados, como veremos mais adiante, a gestação de substituição ocorre, mas encontra limitações.

Quanto ao outro grupo de países que proíbe a gestação por substituição e, inclusive, prevêem sanções civis e penais àqueles que a praticam, estão a França, Portugal, Espanha, Itália, Alemanha e a Áustria. (GONÇALVES, 2018, p. 11).

Na primeira parte deste tópico apresentaremos os países de ordenamento permissivo, as formas de regulamentação quanto ao uso das técnicas de RHA, incluindo a gestação de substituição, e como ocorre a transferência da parentalidade nesses ordenamentos.

Na segunda parte, falaremos sobre os países que proíbem a gestação de substituição. Importante ressaltar que a proibição da gestação de substituição pode não incluir que outras técnicas de RHA também sejam proibidas.

Quanto ao ordenamento brasileiro, que não possui regulamentação como já mencionado, trataremos com mais detalhes no tópico 3.

3.1 Ordenamentos que permitem a gestação de substituição

¹² Para conhecer mais Estados dos Estados Unidos da América que permitem e regulamentam a prática confira na página: <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/>

Dentro do assunto de RHA e de gestação de substituição, o Reino Unido é conhecido por ter estabelecido a primeira legislação europeia regulamentando a gestação de substituição por meio do *Surrogacy Arrangements Act 1985*¹³, portanto, é possível dizer que possui um ordenamento permissivo, porém diante dos seguintes pressupostos: proibição de contrato oneroso e, portanto, a mulher que concorda em gestar o fará de forma altruísta (gratuita)¹⁴ e realizado por instituição sem fins lucrativos. Podem recorrer ao uso dessa técnica apenas casais, hetero ou homossexuais, casados ou em união estável, e deve ser usado material genético de ao menos um dos membros do casal. Porém, um homem ou mulher sozinhos, que não tenham um(a) companheiro(a), não foram contemplados pelo ordenamento para que pudessem recorrer a esse método para realizar o seu projeto parental. (GONÇALVES, 2018, p. 10; MOTA, 2017, p. 68).

O modelo de transferência de parentalidade adotado pelo ordenamento do Reino Unido é o de transferência judicial na qual os beneficiários do contrato devem requerer uma *parental order*¹⁵ para obter a transferência da parentalidade, pois para este ordenamento a mulher que deu à luz é considerada a mãe. Tanto a gestante quanto seu cônjuge devem dar seus consentimentos para a realização do contrato e a gestante só pode consentir validamente 6 semanas após o parto e a entrega da criança. (GONÇALVES, 2018, p. 10)

Na Grécia, a gestação de substituição é permitida apenas como método substitutivo e gratuito, acessível apenas aos cidadãos residentes habituais, contemplando casais heterossexuais e mulheres sozinhas, nos casos em que a mulher não pode ter filhos. No uso dessa técnica não é permitida a ligação genética entre a gestante de substituição e a criança, contudo, não exige que haja ligação biológica entre a criança e os pais de intenção, sendo os doadores nesses casos obrigatoriamente anônimos. (MOTA, 2017, p. 68).

O ordenamento grego também tem o modelo de transferência legal e exige uma pré-autorização para o uso dessa técnica que é dada através de decisão judicial após

¹³ *Surrogacy Arrangements Act 1985* - regulamenta atividades que estejam relacionadas a acordar celebrados que tenham como finalidade uma mulher gestar uma criança como mãe em substituição. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>

¹⁴ *Surrogacy Arrangements Act 1985*:

(3) For the purposes of this section, a person does an act on a commercial basis (subject to subsection (4) below) if

(a) any payment is at any time received by himself or another in respect of it, or

(b) he does it with a view to any payment being received by himself or another in respect of making, or negotiating or facilitating the making of, any surrogacy arrangement. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>. Acesso em: 02 set 2023

¹⁵ *Parental order*: ordem parental.

verificação do cumprimento dos pressupostos legais. A transferência da parentalidade só ocorre mediante aprovação judicial desse contrato, caso contrário a lei grega faz valer o princípio *mater semper certa est* e aquela que gerou a criança será considerada como mãe. (GONÇALVES, 2018, p. 9)

Ao estabelecer como requisito ser “cidadão residente habitual” quis evitar o chamado “turismo procriativo”, situação na qual um casal estrangeiro residente de país de ordenamento que não prevê ou que proíbe a gestação de substituição, viaja para um país onde o ordenamento prevê e regulamenta o uso da técnica, tendo como única finalidade ter concretizado seu projeto parental. (MOTA, 2017, p. 68).

Apesar de ser um ordenamento permissivo, dentro dos citados requisitos, Helena Mota (2018; p. 68) lembra que há previsão de que a violação desses requisitos constitui “*crime e os intervenientes serão civilmente responsáveis*”.

Na Rússia, a gestação de substituição, é permitida por contrato oneroso e contempla apenas casais heterossexuais, casados ou em união estável, ou mulheres solteiras. Estabelece que a gestante não pode ser também a doadora de óvulos para a formação do embrião, sendo assim, não pode haver ligação genética entre ela e a criança, e mesmo diante da ausência de ligação genética garante à gestante o direito de arrependimento. (GONÇALVES, 2018, p. 8).

Ao passo que a gestante substituta não pode ser também a doadora de óvulos, exige que o material genético usado deva pertencer a pelos menos um dos pais de intenção, ou da mulher solteira, que fará uso da técnica. Dessa forma, parece garantir que haja algum vínculo genético entre os pais de intenção e a criança. (GONÇALVES, 2018, p. 8).

No que diz respeito a transferência de parentalidade, como explica Anabela Gonçalves (2018, p. 8), o direito russo, assim como na Grécia e no Reino Unido, consagra o princípio *mater semper certa est* e, em razão desse princípio, é necessário o consentimento da mulher que deu à luz renunciando aos seus direitos maternos. A renúncia da gestante juntamente com o atestado médico da clínica que realizou a intermediação da relação contratual é permitido aos pais de intenção que façam o registro da criança como sua filha. Adotando, assim, o modelo de transferência de parentalidade legal, pois ocorre de forma direta e imediata, após o parto, e, mesmo que mediante consentimento da gestante, é resultado de lei.

Na África do Sul, que também possui legislação permissiva sobre gestação de substituição, há certa semelhança com o ordenamento grego, como a obrigatoriedade de

pré-autorização por decisão judicial para a realização da técnica. Por meio do requerimento dessa autorização o tribunal poderá inquirir e avaliar as motivações para que se tenha recorrido à gestação de substituição, podendo ser o pedido deferido ou não. (MOTA, 2017, p. 69).

A legislação sulafricana permite que a gestante seja também mãe biológica da criança, contudo, é obrigatório que haja material genético de pelo menos um dos integrantes do casal, seja este composto por pessoas do mesmo sexo ou sexos diferentes, e concede a possibilidade da revogação do consentimento da gestante, se esta também for mãe biológica do bebê, em até 60 dias após o consentimento da transferência de parentalidade. (MOTA, 2017, p. 69).

Nos Estados Unidos da América (EUA)¹⁶, como já citado, diversos são os Estados que permitem e regulamentam o uso da gestação de substituição¹⁷, porém por se tratar de um país sem legislação unificada, onde cada Estado estabelece sua própria forma de regulamentação (ou não regulamenta, mas reconhece a decisão de outros Estados quanto a transferência de parentalidade), definindo os requisitos para o uso da técnica e as regras de transferência legal ou judicial de parentalidade. (TORRES; SHAPIRO; MACKEY, 2019, p. 2)

Os EUA é um Estado Federativo cuja organização teve origem após a Revolução Americana de 1776, quando foi adotado o sistema de *common law* inglês¹⁸. Trata-se de ordenamento baseado nas decisões judiciais e de precedentes, contando com alguma codificação, de legislações e estatutos, e uma Constituição escrita que organiza e estabelece instituições governamentais e determina, em linhas gerais, os direitos e liberdades de seus cidadãos, porém existe a liberdade de que cada Estado legisle de forma independente. (GRAZIUSO, 20, p. 63)

Devido a essa particularidade os estados norte americanos podem ser divididos em três grupos, sendo eles: estados que possuem legislação permissiva a gestação de substituição;

¹⁶ Primeiro país a realizar publicação clínica sobre a técnica, hoje é um dos países cuja prática é bastante difundida e, inclusive, muitos famosos já recorreram ao uso dessa técnica. É o caso das socialites e irmãs Khloe e Kim Kardashian, Naomi Campbell, Tyra Banks, Ricky Martin, Sarah Jessica Parker, que é casada com o também ator Matthew Broderick e Nicole Kidman. Confira em: <https://www.revistaloficial.com.br/pop-culture/khloe-kardashian-e-tristan-thompson-esperam-segundo-bebe-juntos>. E também em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-64426107>

¹⁷ O termo em inglês é *surrogacy*.

¹⁸ *Common law* - direito misto, costumeiro (costumes) e jurisprudencial (jurisdição), baseado em precedentes.

estados que proíbem a gestação de substituição em sua legislação ou estatuto e estados que nem proíbem e nem permitem o uso dessa técnica reprodutiva¹⁹.

A Califórnia, um dos destinos mais procurados, é um dos Estados no qual a gestação de substituição é permitida em seu Estatuto na Seção de Direito de Família, mesma seção na qual também estão previstas as formas de registro legal da criança²⁰.

Em Nova Iorque até o ano de 2021 a gestação de substituição era proibida. O *Child-Parent Security Act* de 2020, que tornou-se efetivo em fevereiro de 2021, passou a permitir o contrato oneroso de gestação de substituição, além de regulamentar aspectos como a quem podem pertencer o material genético. Até essa data apenas a firma altruísta era permitida, sendo que a mulher que gesta a criança era também sua mãe genética e após o parto deveria abrir mão de seus direitos maternos em favor da adoção da criança pelos pais de intenção²¹.

No Alabama, a permissão para o uso dessa técnica se dá pela ausência de proibição em seu Estatuto ou de caso judicial publicado. Contudo, por ter uma legislação silente a esse respeito para os pais de intenção consigam registrar a criança nascida como seu filho a forma mais fácil é através de uma ação de adoção, que pode ser conseguida por decisão judicial mesmo antes do nascimento e torna-se 5 dias após o nascimento do bebê²².

Nesses Estados de ordenamento silente, ou seja, que não regulamentam, mas também não proíbem a gestação de substituição, a ausência de regulamentação, como explica Anabela Gonçalves (2018, p. 11), causa consequências que a autora não considera como adequadas do ponto de vista jurídico. Diante desses ordenamentos, para que os pais de intenção possam obter a filiação da criança nascida, a gestante de substituição a abandona após o parto para que os pais de intenção recorram a uma adoção e, dessa forma, seja estabelecida a parentalidade.

A Ucrânia, país que permite a gestação de substituição desde 2000, ganhou destaque quanto ao assunto gestação de substituição com o início da guerra imposta pela Rússia em

¹⁹ Uma das clínicas que oferece esse recurso criou um mapa no qual é possível identificar como cada Estado trata do assunto e as chances de sucesso em obter a transferência da parentalidade e o deixa disponível para consulta em: <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/>

²⁰ Para consultar o trecho do Estatuto que tratada sobra a determinação da relação entre pai(s) e filho(s) acesse: https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=FAM&division=12.&title=&part=3.&chapter=4.&article=1.

²¹ *Surrogacy Agreement*, disponível em: <https://www.nysenate.gov/legislation/laws/FCT/581-401>

²² Para consultar a citada divisão, acesse: <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/alabama/>

fevereiro de 2022, pois é um dos países mais procurados por brasileiros para a realização de seu projeto parental²³. (SQUEFF; MARTINS, 2020, p. 543; GONÇALVES, 2018, p. 9).

O ordenamento ucraniano regulamenta o recurso da gestação de substituição, permitindo-o a casais heterossexuais, por meio de contrato oneroso ou gratuito e a transferência de parentalidade ocorre de forma automática após o parto, nos casos em que é usado material genético dos pais, não sendo necessário que se recorra a um procedimento judicial. (SQUEFF; MARTINS, 2020, p. 543; GONÇALVES, 2018, p. 9).

A Índia, que permitiu por muitos anos o uso da técnica da gestação de substituição por estrangeiros, a partir de agosto de 2016 passou a proibir, por meio de lei, o contrato de gestação de substituição, inclusive os de caráter internacional, o qual era permitido desde que a mulher gestante não fosse também a mãe genética, ou seja, não poderia haver uso de seus óvulos para a formação da criança. Na época, se houvesse uso de material genético de ao menos um dos pais de intenção o negócio poderia ser realizado. Dessa forma, a criança nascida teria vínculo legal com um dos pais, sendo reconhecido sua nacionalidade no país de origem deste, já que a Índia não reconhecia cidadania às crianças havias por gestação de substituição, já que não ligação genética entre a criança e um cidadão indiano. (VAN WICHELEN, 2021, p. 90-91).

O motivo pelo qual a Índia passou a proibir a gestação de substituição, apesar de ser um dos países pioneiros em fertilização *in vitro* e contar com grande número de clínicas que ofereciam os serviços, está relacionado aos casos conhecidos como “baby Manji” de 2008 e “gêmeos Balaz” de 2009. (VAN WICHELEN, 2021, p. 90).

No caso Manji, um casal japonês que contratou os serviços de gestação de substituição veio a se divorciar. O pai de intenção, que também era o pai genético de Manji, mesmo após o divórcio queria ficar com a bebê, porém sua ex-esposa não, importante lembrar que ela não tinha qualquer ligação genética com a criança, pois fora gerada com óvulos de doadora anônima. O pai de Manji enfrentou dificuldades em deixar o país com a criança, pois a lei indiana não permitia a adoção por homens solteiros. (VAN WICHELEN, 2021, p. 90).

Em Israel, no ano de 2018, houve uma modificação legislativa que passou a permitir que mulheres sozinhas recorressem a gestação de substituição. Contudo, tal modificação na

²³ Leia uma breve matéria sobre o assunto em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/leitura-legal/360800/a-maternidade-de-substituicao-durante-a-guerra-na-ucrania-e-no-brasil>

lei não contemplou casais de mesmo sexo ou homens sozinhos e o uso da técnica é apenas permitida aos seus cidadãos, sendo de forma altruísta. (SQUEFF; MARTINS, 2020, p. 543).

Podemos verificar após o exposto que os ordenamentos mais permissivos o fazem de forma ampla, não apenas aos seus nacionais residentes, mas também a estrangeiros não residentes, e outros países que também são permissivos reservam o uso da gestação de substituição aos seus nacionais e, nesse caso, em sua maioria que ocorra de forma altruísta, não onerosa, com a pretensão de prevenir que o país torne-se um destino de turismo procriativo.

Diferente é o cenário encontrado nos ordenamentos que expressamente proíbem a prática e que já geraram situações que foram levadas ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e que serão tratados no próximo tópico.

3.2 Ordenamentos que proíbem a gestação de substituição

Com relação aos ordenamentos que proíbem a gestação por substituição temos, como já mencionamos, a França, Itália, Espanha, Portugal e Alemanha fazem parte desse grupo.

Na França, o artigo 16-7, de seu Código Civil, proíbe expressamente a gestação de substituição, pois considera esse contrato nulo²⁴ e em seu artigo 16-9, do mesmo código, estabelece que as disposições deste capítulo são de ordem pública²⁵. (VEDEL, 2018, p. 1036).

Contudo, à exceção da gestação de substituição, a fertilização *in vitro* (FIV) é técnica permitida, mas reservada a casais heterossexuais, casados ou em união estável, que estejam em idade reprodutiva e que tenham sido atestados por um médico de sua infertilidade ou de uma doença grave que possa ser transmitida à criança ou ao parceiro se a reprodução ocorrer por meios naturais. (SANTIAGO, 2020, p. 19; VEDEL, 2018, p. 1036).

Em razão da proibição da gestação de substituição casais franceses buscam a realização de seu projeto parental em Estados onde há regulamentação, porém ao retornarem à França e pleitearem pelo reconhecimento da relação parento-filial e a atribuição da nacionalidade francesa à criança viam seus pedidos negados, pois para o Direito Francês a

²⁴ Article 16-7 - Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle. (Version en vigueur depuis le 30 juillet 1994). Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006419302. Acesso em: 28 set 2023.

²⁵ Article 16-9 - Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public.(Version en vigueur depuis le 30 juillet 1994). Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006419304. Acesso em: 28 set 2023.

mãe biológica é considerada aquela que deu à luz a criança e o contrato de gestação de substituição é proibido. (SANTIAGO, 2020, p. 19; VEDEL, 2018, p. 1036).

Há dois casos emblemáticos que envolveram nacionais franceses e o Estado da França que foram levados ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), são os casos *Mennesson e Labasse versus (vs) França*. Em ambos os casais franceses buscaram Estados do EUA onde havia, e ainda há, permissão e regulamentação da gestação de substituição devido a infertilidade. Na Califórnia, no caso dos *Mennesson*, e em Minnesota, no caso dos *Labasse*, os Estados norte-americanos, por meio de uma decisão judicial foi reconhecida a filiação aos pais de cada casal, sendo eles também pais genéticos das crianças, e o reconhecimento de suas esposas como mães legais. (BONE, 2022, p. 1176).

Após terem a transcrição de nascimento negada pelo serviços consulares franceses, retornaram à França onde foram acusados de terem violado a proibição de estabelecer um contrato de gestação de substituição, sendo tais contratos contrários à ordem pública, além do impedimento do reconhecimento da nacionalidade francesa às crianças. (BONE, 2022, p. 1177).

Os casos chegaram à Corte de Cassação francesa em abril de 2011, quando as criança já tinham por volta de 10 ou 11 anos, e foi considerado que o registro civil emitido pelos estados norte-americanos não tinham efeitos, pois considerados nulos conforme o ordenamento da França. Contudo, a Corte de Cassação não impediu que as crianças permanecessem com os seus pais de intenção. Dessa forma, não infringiu o artigo 8º da Convenção Europeia de Direito Humanos (CEDH), respeitando o direito à vida privada e familiar das crianças e, ao mesmo tempo, fazendo com que o superior interesse da criança também fosse respeitado, conforme o art. 3º, § 1º da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. (BONE, 2022, p. 1177-1178).

Em razão dessas decisões obtidas na França, os casais *Mennesson e Labasse*, por meio de recurso, levaram os casos ao TEDH. O Tribunal reconheceu que a recusa do reconhecimento pela Corte francesa tinha como objetivo a “*protection de la santé*”²⁶ e “*la protection des droits et libertés d’autrui*”²⁷ e que cabe margem aos Estados para decidir sobre a gestação de substituição ocorrida em país estrangeiro, mas que tal margem é mais estreita no

²⁶ Em tradução livre seria: proteção à saúde.

²⁷ Em tradução livre seria: proteção dos direitos e liberdade de terceiros

que diz respeito ao reconhecimento da filiação, pois envolve um direito à identidade dos indivíduos. (BONE, 2022, p. 1179).

O Tribunal reconheceu que o Estado francês encontrou um equilíbrio em sua decisão, pois, mesmo negando o reconhecimento da filiação ou a atribuição da nacionalidade às crianças, não proibiu que pais e filhos permanecessem juntos em condição semelhantes a outras famílias, respeitando, assim, o direito à vida familiar. Já com relação ao direito à vida privada, considerou a decisão da Corte francesa com prejudicial, pois mesmo havendo a filiação legalmente estabelecida em Estado estrangeiro, não conferiu na França os mesmo efeitos, prejudicando assim o direito à identidade das crianças, violando assim o artigo 8º da CEDH. (BONE, 2022, p. 1180).

Camile Vedel (2018, p. 1037-1040), traz que apesar da proibição da gestação de substituição na França, após os casos *Mennesson e Labasse vs França*, levado ao TEDH, a Corte de Cassação francesa em 2015 passou a adotar um princípio, o qual a autora classifica como “novo”, pelo qual aceita a transcrição e o estabelecimento do reconhecimento parento filial estabelecido no estrangeiro por meio de gestação de substituição relativamente ao membro do casal, pai ou mãe, que tem vínculo genético com a criança, enquanto ao outro o reconhecimento da filiação se dá como uma adoção.

A Itália, assim como a França, tem ordenamento que expressamente proíbe a gestação de substituição e também possui um caso emblemático relacionado ao tema, o caso *Campanelli e Paradiso vs Itália*.

No caso italiano o casal recorreu a uma clínica russa para concretização de seu projeto parental. Neste caso o material genético não pertencia ao casal, pais de intenção, não existindo assim qualquer ligação genética entre eles e a criança ou entre a criança e a mulher que suportou a gestação. (CARAVACA; GONZÁLEZ, 2015, p. 95)

Para a lei russa a criança nascida por gestação de substituição é considerada como filha dos pais de intenção e seu registro de nascimento é expedido com os nomes dos pais de intenção como pais biológicos da criança. Tal certidão não menciona o contrato de gestação de substituição e, no caso *Paradiso e Campanelli*, foi apostilada conforme a Convenção de Haia de outubro de 1961. (BONE, 2022, p. 1184; FARNÓS-AMORÓS, 2017, p. 233).

Ao retornarem para a Itália com a criança o casal foi acusado dos crimes de alteração da filiação, falsificação documental e contravenção do procedimento de adoção internacional,

tendo sido negado o reconhecimento da nacionalidade italiana ao bebê e, da mesma forma, negado o reconhecimento do registro de nascimento em nome do casal como pais. O bebê foi retirado do casal, após comprovação por meio de exames de DNA que não havia ligação genética entre eles, entregue a uma “casa de acolhida” e aberto procedimento para sua adoção, para a qual o casal Campanelli e Paradiso não estaria apto, segundo o direito italiano, por terem infringido as leis italianas. (BONE, 2022, p. 1185; CARAVACA; GONZÁLEZ, 2015, p. 95; FARNÓS-AMORÓS, 2017, p. 233).

O casal italiano levou o caso ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) por considerar que teve seu direito a vida privada e familiar infringido, direito este protegido pelo artigo 8, da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH). (FARNÓS-AMORÓS, 2017, p. 233).

Por sua vez, o TEDH, por meio de sentença de 24 de janeiro de 2017, considerou que não houve violação o artigo 8 da CEDH, pois entendeu que a permanência da criança com o casal, que tinha como intenção que tal relação pudesse ser convertida em adoção, seria como legalizar uma situação criada a partir da infração das leis italianas. (FARNÓS-AMORÓS, 2020, p. 234).

Destaca a autora Esther Farnós-Amorós (2017, p. 234 e 235), que apesar de parecer que os casos, *Mennesson e Labasse vs França e Paradiso* e *Campanelli vs Itália*, são semelhantes, em verdade não são, não podendo a decisão do primeiro, caso francês, ser aplicada ao segundo, caso italiano, pois no primeiro havia ligação genética entre o pai e a criança, situação que não se verificou no caso italiano; no caso italiano não foi objeto o reconhecimento da filiação pelo registro de nascimento expedido pela Rússia, o que levou a entender que a criança estava em situação de abandono já que não tinha registro válido ou parentes na Itália e, por fim, no caso italiano a criança não era parte no processo, já que o casal italiano, separado dela, alegaram tão somente a violação do artigo 8 do CEDH em relação a si mesmos.

Uma situação semelhante, porém com desfecho diverso, também pode ser verificada na Espanha.

Para a legislação espanhola os contratos de gestação de substituição são nulos, conforme o artigo 10.1 da Lei 14/2006²⁸, e a criança nascida é considerada filha da mulher

²⁸ Artigo 10.1 da Lei 14/2006. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>. Acesso em 04 out 2023.

que deu a luz²⁹. Essa posição é defendida com a justificativa de evitar a exploração da mulher e de comércio do corpo humano. Entretanto, alguns estudiosos defendem que tal entendimento está distante da realidade social. (CARAVACA; GONZÁLEZ, 2015, p. 47).

A autora Aurora Rodríguez (2014, p. 153), entende que apesar da legislação espanhola não prever sanções penais àqueles que fizeram uso dessa técnica, deixa a criança desprotegida por considerar como sua mãe legal a mulher que suportou a gestação, porém, nesse caso, não se trata de uma mulher cuja intenção era a de ter um filho e que pode não ter qualquer ligação genética com essa criança e, ainda assim, a pela lei a criança teria que ficar com ela.

Mesmo que houvesse a proibição em seu ordenamento, a Espanha não negava o registro de nascimento ou de nacionalidade às crianças nascidas por gestação de substituição em outros países onde o ordenamento fosse permissivo. O primeiro caso de que se teve relato do uso dessa técnica por um nacional espanhol ocorreu em 2003 e foi comunicado amplamente pela mídia por se tratar de uma aristocrata espanhola que concretizou seu projeto parental em Los Angeles, nos EUA. (RODRIGUÉZ; 2014, p. 154).

Em 2008, o Consulado da Espanha em Los Angeles negou o registro civil de uma criança nascida em San Diego. Em fevereiro de 2009, resolução do Direção Geral de Registro e Notariado considerou que o registro civil e o reconhecimento da nacionalidade fossem realizados por não ser necessária sentença judicial para tal reconhecimento e por não haver impedimento no ordenamento espanhol. Porém, mesmo após anos de recursos aos tribunais, em 2014 o Supremo Tribunal da Espanha negou o registro civil e o reconhecimento da nacionalidade das crianças. (CARAVACA; GONZÁLEZ; 2015, p. 52; RODRÍGUEZ; 2014, p. 155).

Como medida para contornar essa situação a Espanha passou a admitir o reconhecimento da parentalidade entre a criança e o pai ou mãe biológico e a adoção por seu cônjuge. (MARTINS; SQUEFF, 2020, p. 544).

Em Portugal a regulamentação da RHA é encontrada na Lei n. 32 de 2006, como método subsidiário e não alternativo, permitido a casais heterossexuais casados ou em união de facto³⁰, proibida a inseminação *post mortem* e à época de sua entrada em vigor também

²⁹ Artigo 10.2 da Lei 14/2006. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>. Acesso em 04 out 2023.

³⁰ O ordenamento português dá-se o nome de “união de facto” o que no ordenamento brasileiro chamamos de união estável.

proibia o uso dessas técnicas por pessoas sozinhas, fosse homem ou mulher. (GUIMARÃES; 2018, p. 136 e 137).

Pelo artigo 8º, n.º 1, da referida lei, considerados “nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição” e, em seu n.º 3, do mesmo artigo, trouxe previsão de que mãe é aquela que deu à luz, ainda esta estivesse suportando a gravidez de substituição de outra mulher. (OLIVEIRA, 2019, p. 48).

Após 10 anos, a Lei n.º 25/2016, trouxe alteração ao artigo 8º, n.º 2, passando a permitir a gestação de substituição como negócio gratuito, excepcional e desde que se tratasse de condição médica que impossibilite a gravidez. Houve alteração também no n.º 3, do referido artigo, que passou a autorizar o uso da técnica desde que ao menos um dos pais beneficiário tivesse ligação genética com a criança, prevendo, assim, a obrigatoriedade do uso de material de um dos integrantes do casal e, ainda no mesmo n.º 3, estava prevista a proibição de que a mulher que suportaria a gravidez fosse também a doadora do óvulo para a formação do embrião. (OLIVEIRA, 2019, p. 48).

Com a Lei n.º 25/2016, além dos casais heterossexuais, os casais compostos por mulheres (homossexuais) e mulheres sozinhas, ainda que não tivessem diagnóstico de infertilidade, passaram a ser contemplados pelo uso das técnicas de RHA. Ainda de 2016, em agosto, passou-se a permitir a gestação de substituição, desde que se tratasse de negócio jurídico bilateral, não oneroso e realizado por escrito. (GUIMARÃES; 2018, p. 136 e 137).

Quanto a relação de parentalidade, esta ficou estabelecida no n.º 7, do artigo 8º, que a criança nascida por método de gestação de substituição deve ser considerada como filha dos beneficiários. (OLIVEIRA, 2019, p. 48).

Conforme explica a autora Maria Raquel Guimarães (2018, p. 137), em razão das inúmeras perguntas sem respostas que passaram a existir após a aprovação da Lei n.º 25/2016, o Tribunal Constitucional português veio a tomar decisões através do Acórdão n.º 225/2018. Tais decisões foram no sentido de declarar a inconstitucionalidade da lei e da possibilidade da gestação de substituição.

A autora Elsa Dias Oliveira (2019, p. 48), explica que a Lei n.º 32/2006 é compatível com o Código Civil português, que em seu artigo 1796º, n.º 1, traz a previsão de que a relação de filiação se dá com o nascimento.

Nos casos em que cidadãos portugueses recorrem ao uso da gestação de substituição em outro país e posteriormente vem requerer o registro da criança no Registro Civil português, este exige apenas que o registro apresentado tenha sido lavrado no estrangeiro por entidade competente e que a lei estrangeira tenha sido respeitada. Outro requisito é a prova de que esses atos não contrariam os princípios fundamentais da ordem pública do Estado Português. (OLIVEIRA, 2019, p. 48 e 49).

Com relação ao requerimento do registro de nascimento dessa criança no Registro Civil português, a autora Elsa Dias de Olivera (2019, p. 49 e 50) considerou duas situações. A primeira das situações seria que não constando nada no documento estrangeiro que fale sobre a gestação de substituição, se a parte nada revelar sobre ou se o funcionário do Registro Civil não tiver conhecimento do fato, não haverá razões para recusar esse registro. A segunda situação seria o caso de no registro de nascimento constar que os pais portugueses são os pais legais e há indicação do uso da gestação de substituição ou há comunicação ao funcionário do Registro Civil sobre esse fato. Esse registro só poderá ocorrer se “não contrariar a reserva de ordem pública internacional portuguesa”.

Assim como nos demais ordenamentos neste capítulo citados, e também como no Brasil, para o direito português, mãe é a aquela que dá à luz e tendo sido um nascimento através de gestação de substituição, não é possível a atribuição de filiação de uma situação que é expressamente proibida em lei, logo seria contrária à ordem pública interna³¹. (OLIVEIRA, 2019, p. 50).

4. Brasil: o que há sobre gestação de substituição e como tem se estabelecido o reconhecimento da relação parento-filial de uma gestação de substituição ocorrida no estrangeiro?

Para falarmos do Brasil é importante que inicialmente exista a compreensão de que a Resolução nº 2320/2022 do Conselho Federal de Medicina (CFM)³², e qualquer resolução anterior a ela, não se trata de legislação a respeito do tema. É, sim, uma orientação ética

³¹ A autora Elsa Dias Oliveira (2019, p.50), explica que não basta que haja contrariedade à ordem pública, é necessário que seja uma contrariedade à reserva de ordem pública internacional. É preciso determinar se os efeitos que esse registro irá produzir podem ser considerados como contrários à reserva de ordem pública internacional.

Explica, ainda, que para ser contrária a ordem pública internacional a aplicação da lei material estrangeira resultaria em efeitos que contrariam os princípios estruturantes do foro.

³² Consulte a resolução na íntegra, disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf. Acesso em: 08 out 2023.

voltada ao uso das técnicas de reprodução humana assistida (RHA), sendo que a gestação de substituição é técnica que faz parte dessas técnicas.

Ana Elizabeth Cavalcanti e Germano Schwartz (2018, p. 12), explicam que a resolução do CFM estabelece “normas deontológicas para que os profissionais médicos possam agir, de forma ética, e de acordo com as diretrizes do Conselho”, no caso referindo-se ao conselho de medicina.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) vem editando resoluções sobre RHA desde 1992, ano da primeira resolução de nº 1.358 e na qual já era tratado o tema da gestação de substituição, que também é referida como doação temporária de útero. (CAVALCANTI; SCHWARTZ, 2018, p. 12).

De acordo com as orientações da Resolução n. 2320 de 2022, o recurso da gestação de substituição pode ser usado em casos que exista risco baixo à gestante ou a criança, exceções devem respeitar critérios técnicos e científicos e todos os envolvidos devem dar seu consentimento livre e esclarecido.

Critérios técnicos, como o número de embriões que podem ser implantados no útero da mulher que irá gestar de acordo com a sua idade, a proibição de selecionar sexo ou características biológicas, assim como, a proibição de método que reuza o número de embriões em casos de gestação múltipla.

A resolução também estabelece critérios para a gestação de substituição como: não poder ter caráter lucrativo ou comercial, o anonimato dos doares em relação aos receptores e vice-versa, exceto quando se tratar de parentesco até 4º grau; a mulher que é doadora do óvulo não pode ser também a cedente do útero; manutenção de registro permanente dos dados clínicos que terão caráter geral e a vedação de que um mesmo doador seja o responsável por 2 (dois) nascimentos de crianças de sexos diferentes em uma área de 1 milhão de habitantes, exceto quando irmãos de uma mesma família.

Estabelece, ainda, condições para que uma mulher seja a gestante de substituição, como ter ao menos 1 (um) filho vivo, haver grau de parentesco (até 4º grau) entre ela e um dos membros do casal e, não havendo esse parentesco, uma autorização ao Conselho Regional de Medicina (CRM) deve ser solicitada.

Para o Direito brasileiro a maternidade também é estabelecida pelo nascimento, mãe é aquela que deu à luz. Porém com a evolução das técnicas de RHA e a possibilidade gestação de substituição que se verifica na Resolução do CFM e a ausência de legislação que regulamente-a ou que a proíba, como ocorre o registro dessa criança? Para que se compreenda como esse registro é realizado é preciso conhecer como, no Direito Brasileiro se dá o vínculo parental.

Como já mencionado anteriormente, não há legislação que trate da temática que seja de RHA ou de gestação de substituição. Dessa forma, não há contrato que se estabeleça sobre a gestação de substituição, pois vedado pela Constituição Federal (CF), em seu artigo 199, § 4º, a comercialização de qualquer órgão, tecido ou substância, além de nulo o contrato que tenha como objeto a entrega de uma criança, conforme o artigo 104, II, do Código Civil (CC)³³, e da configuração de um ilícito penal, de acordo com o art. 242, do Código Penal (CP)³⁴, que pune o parto alheio como próprio e o registro da criança como sua quando está for de outra pessoa. (PARISE e EMMEL, 2022, p. 146).

Como ensina Carlos Roberto Gonçalves (2020, p. 316-322), o nascimento estabelece o vínculo parental entre a mulher e a criança nascida. Já o vínculo com o pai, pelo Código Civil brasileiro (CC), essa relação se estabelece entre os filhos nascidos na constância do casamento, conforme as previsões do artigo 1.597, incisos I a V, do referido código³⁵; sendo que a disposição do inciso II, desse artigo, aplica-se à união estável, conforme entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Apesar da ausência, até o momento, de legislação que trate do tema da gestação de substituição, os incisos III, IV e V, do art. 1.597 do CC, tratam do reconhecimento de paternidade da criança nascida com recurso de RHA, destaco os incisos IV e V que trazem expressa a expressão “concepção artificial homóloga” e “inseminação artificial heteróloga”, respectivamente, mas nada falam sobre gestação de substituição.

³³ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 08 out 2023.

³⁴ Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

Pena - reclusão, de dois a seis anos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 08 out 2023.

³⁵ O citado artigo encontra-se no Capítulo II - Da Filiação, do Código Civil - Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002; disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 08 out 2023.

No âmbito nacional os Enunciados 103 e 108, da I Jornada de Direito Civil, reconheceu no art. 1.593, do CC, “outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da parentalidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho³⁶”. E, pelo enunciado 108, reconheceu ao art. 1.603, relativamente ao fato jurídico do nascimento “à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consangüínea e também a socioafetiva³⁷”.

O CC brasileiro ainda trata das situações em que o uso da técnica de RHA pode resultar em embriões excedentes, ou seja, ao final do tratamento do casal, ainda há embriões que não foram utilizados para a concretização da gravidez. Esses embriões não podem ser utilizados por casal que não tenha relação genética com a criança, inclusive para a formação de família monoparental. Caso ocorra o descumprimento dessa vedação, será considerada como mãe a mulher que der à luz a criança e, se casada ou em união estável, este homem será considerado como pai. (GONÇALVES, 2020, p. 324).

Ainda que não exista regulamentação legislativa quanto aos procedimentos e contratos de RHA, incluindo a gestação de substituição, verifica-se sua ocorrência no Brasil sob as orientações da Resolução do CFM e quanto ao registro do nascimento dessa criança, conforme explica Cavalcanti e Schwartz (2018, p. 17), ocorria, antes do novo Código de Processo Civil, de 2015, quando havia o emprego da técnica de gestação de substituição, a mãe biológica deveria recorrer ao judiciário, por meio de uma ação de jurisdição voluntária, atualmente constante nos artigos 719 a 725 do citado código³⁸, para requerer que “no Registro Civil, constasse o seu nome como mãe”. Tal ação só poderia ser iniciada após o nascimento

³⁶ Enunciado n. 103 da I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 08 out 2023.

³⁷ Enunciado 108 da I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 08 out 2023.

³⁸ O grupo de artigos citados é encontrado no Código de Processo Civil de 2015 e está inserido no Capítulo XV, Seção I, que trata das disposições gerais da jurisdição voluntária. Wambier e Talamini (2020, p. 119), explicam que jurisdição voluntária é aquela na qual não existe conflito, desde que tem início já se sabe a quem pertence a tutela jurisdicional. Trata-se de “ato ou negócio jurídico cuja relevância exige a intervenção do órgão judicial”. Ressaltam, ainda, que se essa não fosse a exigência do ordenamento poderia ser tratada de forma mais simple, pelas próprias práticas ou junto a um agente administrativo, como um tabelião por exemplo. Entendo que pela relevância que existe em se transferir, ou como me parece, admitir, a filiação de uma criança a uma mulher que não é aquela que a está gestando, ou que a gestou, justifica a necessidade de que tal ato tenha seus pressupostos verificados pela autoridade judicial.

da criança e o juiz, de maneira geral, solicitava o exame de DNA para prova da ligação genética.

Posteriormente, o Provimento n. 52 da Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ), de 14 de março de 2016, em seu artigo 2º e parágrafos, passou a dispor sobre o registro de nascimento e a emissão da certidão dos filhos havidos por reprodução assistida.

Nesse provimento, sem que houvesse para o registro qualquer restrição aos casais de mesmo sexo ou, no caso do recurso à gestação de substituição, se ocorrida no país ou fora dele, elencou os documentos necessários para a realização do registro da criança. Entre os documentos solicitados estavam a Declaração de Nascido Vivo (DNV); declaração do diretor técnico da clínica ou centro onde fora realizado o procedimento de RHA, com indicação da técnica adotada, características fenotípicas dos doadores e nome dos beneficiários; termo de aprovação prévia do cônjuge ou convivente da geratriz autorizando expressamente o procedimento. Ainda no § 2º do referido artigo constava que o nome da parturiente, portanto constante da DNV, não constaria no registro de nascimento da criança³⁹.

Com o Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017, o CNJ revogou o Provimento 52, e em seu artigo 17, que tratava dos documentos necessários para o registro de nascimento, excluiu a necessidade do termo de autorização expressa do cônjuge ou convivente da mulher que suporta a gravidez, sendo as demais disposições mantidas⁴⁰.

Explicam Parise e Emmel (2022, p. 147 e 148), que mesmo que a Declaração de Nascido Vivo (DNV) tenha o nome da mãe gestante, o registro de nascimento pode ser feito em nome dos pais de intenção, seja uma casal hetero ou homossexual, ainda que nenhum deles tenha relação biológica com a criança, mediante a apresentação do termo de compromisso assinado pela mulher que cedeu seu útero para gestar a criança em favor da realização do projeto parental do casal e, ainda, ressaltam que não é necessário que exista prévia autorização judicial.

Tanto no Provimento n. 52, quanto no Provimento n. 63 do CNJ, determinou-se que no registro de nascimento da criança não constaria qualquer menção ao nome da gestante,

³⁹ Para consultar o texto original do Provimento n. 52 do CNJ, acesse: https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_52_14032016_19032018105533.pdf. Acesso em: 10 out 2023.

⁴⁰ Para consultar o texto original do Provimento n. 63 do CNJ, acesse: https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_63_14112017_19032018150944.pdf. Acesso em: 10 out 2023.

havendo apenas o nome dos pais de intenção. (CAVALCANTI e SCHWARTZ, 2018, p. 17; PARISE e EMMEL, 2022, p. 147 e 148).

Em 30 de agosto de 2023 o Provimento n. 63 foi alterado, mantendo-se apenas os seus anexos, pelo Provimento 149, do CNJ, em razão da unificação da instituição do “Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça - Foro Extrajudicial (CNN/ CN/CNJ-Extra), que regulamenta os serviços notariais e de registro”⁴¹, sendo que agora é encontrado no art. 513, § 1⁴², do provimento supracitado, a reprodução do mesmo texto do provimento alterado que trata do ato de registro da criança nascida por gestação de substituição⁴³.

Até este ponto estamos tratando do uso da técnica e registro da criança em âmbito nacional, porém é nosso objeto o reconhecimento da relação parento filial de nascimentos ocorridos no estrangeiro e, dessa forma, faz-se necessário inicialmente que recordemos que em países de legislação permissiva o acesso ao uso da técnica, em geral, é amplo, não havendo distinções para seu uso por casais de mesmo sexo ou de sexos diferentes, que em alguns países será preciso uma ação judicial para reconhecimento da relação de filiação, em outros a transferência é imediata após o nascimento e, com o retorno dos pais com a crianças a seus países de origem é possível que estes encontrem barreiras para o registro da criança, reconhecimento da filiação e atribuição da nacionalidade a ela.

A partir dessa ideia e pensando nos casos em que nacionais brasileiros recorrem ao uso da técnica em Estado estrangeiro é relevante que nos atentemos aos requisitos para a entrada de criança ou adolescente em território brasileiro, que encontramos na Lei 13.445, de 2017, e que, em linhas gerais, não permite a entrada de estrangeiros menores de 18 anos

⁴¹ Para consultar a alteração ocorrida em 30 de agosto de 2023, acesse: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado2130412023092965174201ae1a0.pdf>. Acesso em: 10 out 2023.

⁴² Para consultar a íntegra do Provimento n. 149 do CNJ, acesse: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado2130412023092965174201ae1a0.pdf>. Acesso em: 10 out 2023.

⁴³ Art. 513. Será indispensável, para fins de **registro e de emissão** da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos: (grifo nosso)

I — declaração de nascido vivo (DNV);

II — declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários;

III — certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.

§ 1.º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação.

Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado2130412023092965174201ae1a0.pdf>. Acesso em: 10 out 2023.

desacompanhados ou sem “autorização de viagem por escrito dos responsáveis legais ou de autoridade competente”. Sendo assim, caso a criança tenha nacionalidade diversa da brasileira e, estando acompanhada de seus pais, já que vimos que haverá documentação emitida em outros países com reconhecimento da filiação em relação aos pais de intenção, não deve haver dificuldades para o ingresso dessa criança no Brasil.

Nos casos de nascimento ocorrido fora do Brasil é possível, além de ser um direito constitucional, que a criança seja registrada em Repartição Consular, por ambos ou apenas um de seus genitores, mediante procedimento que não requer a presença da criança que tenha até 12 anos, preenchimento de formulário e apresentação de documentação que pode ser encontrada online⁴⁴.

O direito constitucional ao registro de nascimento, com a consequente atribuição da nacionalidade é encontrado no artigo 12, I, alínea “c”, da CF, é conferido aos nascidos de pai ou mãe brasileira no estrangeiro, que não estejam a serviço do país, mas que sejam registrados em repartição brasileira competente.

O referido direito constitucional é relativo a atribuição da nacionalidade que, nesse caso, é atribuída em razão do *jus sanguinis*⁴⁵, por se considerar a relação de parentesco sanguíneo, logo, biológico, com o pai ou com a mãe e, como já mencionado, reconhecida como mãe, pelo CC brasileiro, a mulher que deu à luz e, como pai, aquele que com ela é casado ou mantém união estável.

O registro do nascimento no exterior, apesar de certa distinção da documentação solicitada de acordo com a faixa etária da criança ou adolescente e, inclusive, podendo ser realizados por aqueles que já atingiram a maioridade, 18 anos no caso da lei brasileira⁴⁶, para que produza efeitos no Brasil este deve posteriormente ser transcrito no Cartório do 1º Ofício

⁴⁴ Confira os documentos solicitados para o registro do nascimento de acordo com cada faixa etária e situação de existência ou não de registro de nascimento no local em:

<https://www.gov.br/pt-br/servicos/registrar-nascimento-no-externo>. Acesso em: 10 out 2023.

⁴⁵ Na Constituição Federal brasileira há previsão de dois critérios para a atribuição da condição de brasileiro nato, o *jus solis*, que significa o nascimento em território brasileiro, e o *jus sanguinis*, critério atribuído aos nascidos que tenham origem sanguínea brasileira, correspondente a nacionalidade dos genitores. (TAVARES, 2022, p.300)

⁴⁶ Conforme o explica Carlos Roberto Gonçalves (2019, p. 139), a pessoa ao completar 18 anos torna-se apta para atividades da vida civil. Trata-se de critério puramente etário, sem distinção entre os sexos e ainda que haja maturidade precoce em alguns casos. Tal disposição está expressa no Código Civil brasileiro em seu artigo 5º, caput.

Art. 5 - A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11 out 2023.

do Registro Civil do local de domicílio do registrado, no Brasil, ou na falta de domicílio, no Cartório do 1º Ofício do Registro Civil do Distrito Federal⁴⁷.

O traslado da certidão de nascimento emitida no exterior deve seguir, conforme estabelecido pela Resolução nº 419, de 21 de setembro de 2021, do CNJ⁴⁸, os modelos e padrões estabelecidos pela já citado Provimento Nº 63, do CNJ, que aqui já foi ressaltado ter sido alterado, porém mantendo mesma redação, pelo Provimento nº 149, de 30 de agosto de 2023⁴⁹.

Porém, conforme verificado na legislação brasileira, não foi encontrada lei que estabeleça como deve ocorrer o reconhecimento da filiação em casos de gestação de substituição no estrangeiro e os (raros) artigos que encontramos do CC brasileiro não são capazes de solucionar tal situação.

Foi verificado que existem projetos de lei (PL), ainda em tramitação, que tratam da regulamentação da aplicação e utilização das técnicas de RHA, incluindo a gestação de substituição, e seus efeitos no âmbito das relações civis e sociais.

O PL mais antigo é o PL 1184 de 2003, o qual traz expressa proibição do uso da técnica de gestação de substituição e que encontra-se parado em razão do final da legislatura do relator.

Em 2012, o PL 4892, foi apensado ao PL 1184/2003, e também encontra-se em tramitação. Neste caso, a gestação de substituição é tratada no Capítulo V - Da Cessão Temporária de Útero. No referido capítulo há previsão de que deve se tratar de um recurso possível apenas ao casal que tenham algum impedimento à gestação, é estabelecido alguns critérios sobre quem poderá vir a ser a mulher gestante, que deve se tratar de um contrato gratuito, da necessidade de homologação judicial do pacto para a o uso da técnica e da documentação necessária para o reconhecimento da filiação. Tratando-se tal documentação para o estabelecimento da filiação em favor do pais de intenção “o pacto de substituição homologado o comprovação do nascimento emitida pelo hospital, declaração do médico

⁴⁷ A seguinte informação está disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/registrar-nascimento-no-exterior>. Acesso em: 11 out 2023.

⁴⁸ Para conferir a íntegra da Resolução nº 419, disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4124>. Acesso em: 11 out 2023.

⁴⁹ Até a data da finalização deste trabalho o Provimento nº 149, de 30 de agosto de 2023, era o documento mais atualizado sobre registro e emissão de certidão de nascimento em caso de gestação de substituição.

responsável pelo tratamento descrevendo a técnica empregada e o termo de consentimento médico informado”⁵⁰.

O PL 115/2015, apensado ao PL supracitado com ele guarda grande semelhança, tendo as mesmas disposições em seu, também, Capítulo V - Da Cessão Temporária de Útero, no qual também prevê a necessidade de homologação judicial do pacto de gestação de substituição, a proibição do contrato ser oneroso e a documentação necessária para a lavratura do registro de nascimento⁵¹.

Tais projetos por não terem ainda validade no ordenamento, por hora, não possuem força normativa para regulamentar as situações que já são um fato. Tão relevante e concreto que levaram a Senadora Mara Gabrilli a propor o PL 787 de 2022⁵², que dispõe sobre a validade, ainda que em caráter excepcional, dos contratos de gestação de substituição estabelecidos na Ucrânia por questões humanitárias em razão da guerra que se iniciou em fevereiro de 2022.

Ainda que os citados projetos de lei fossem aprovados, tornando-se leis, ainda haveria a questão de que, como verificamos tópicos acima, os países que permitem o contrato gratuito para a realização da gestação de substituição a permitem apenas aos seus nacionais e que nos casos de casais, ou pessoas sozinhas, que buscam em Estado permissivo pela gestação de substituição, tais contratos, em grande maioria, são onerosos e haveria aí um conflito entre as normas.

5. Conclusão

Diante da situação que se encontrou com a realização dessa pesquisa é possível concluir que, ainda que não exista lei regulamentando o uso da técnica da gestação de substituição no Brasil e, tampouco, sobre o reconhecimento da filiação dela proveniente, sua prática em âmbito nacional e, principalmente, em Estado estrangeiro é um fato.

⁵⁰ O inteiro teor do PL, encontra-se disponível: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1051906. Acesso em: 11 out 2023.

⁵¹ O inteiro teor do PL, encontra-se disponível: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296985&filename=PL%20115/2015. Acesso em: 11 out 2023.

⁵² Para consultar o inteiro teor do PL, acesse: O inteiro teor do PL, encontra-se disponível: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9126177&ts=1683640880311&disposition=inline&gl=1*cxeqk*_ga*MTU3MTcyNzcxNi4xNjk2OTc2ODY4*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5Njk3Njg2OC4xLjEuMTY5Njk3Njg4MC4wLjAuMA. Acesso em: 11 out 2023.

A prática e o registro da criança em âmbito nacional parece encontrar maior dificuldade, já que não há amparo legal, ficando os pais de intenção apenas com a expectativa de que, após juntados os documentos conforme o Provimento n.º 149, do CNJ, o registro ocorra sem objeções.

Tais inseguranças não parece encontrar o casal que busca o uso da técnica em Estado estrangeiro, pois, em regra, devido a sua regulamentação do uso da técnica na maioria dos exemplos aqui usados permitem que o registro de nascimento estrangeiro seja emitido em nome dos pais de intenção, tal qual o reconhecimento da filiação, e, ao levar essa documentação para registro no Consulado brasileiro, não há qualquer questionamento da origem desse vínculo.

Contudo, não está sendo dito que a procura por um Estado estrangeiro, o qual tenha regulamentação o uso da técnica, a busca por uma clínica nesse Estado, encontrar uma mulher que esteja disposta e apta a gestar um bebê por outra pessoa, o custo financeiro e, inclusive, psicológico que esse processo pode ter, além dos posteriores trâmites para o registro dessa criança em nome dos pais de intenção nesse Estado estrangeiro, seja cenário mais fácil, menos desgastante ou complexo que o uso da técnica da gestação de substituição em território brasileiro.

O que pretende-se ressaltar é, uma vez que os pais de intenção obtenham o registro de nascimento emitido por Estado estrangeiro, seu traslado para a obtenção do registro brasileiro, ao que pareceu diante do estudo, encontra um menor número de barreiras ou nem chega a encontrá-las.

Dessa forma, podemos ser levados a entender que o Brasil, pela ausência de regulamentação sobre gestação de substituição, não venha a se tornar um destino de turismo procriativo. Em contrapartida, seus nacionais, diante do silêncio legislativo e maiores dificuldades em realizar o uso da técnica em território nacional, torna-se-ão praticantes de tal fenômeno quando não puderem, ou não conseguirem, cumprir os requisitos estabelecidos pela Resolução do CFM.

Ainda que exista a Convenção em Haia que pretenda criar um mecanismo para se evitar o turismo procriativo, a anacionalidade da criança nascida a partir de gestação de substituição ou até mesmo futuras disputas judiciais, é preciso que primeiro todos os Estados tenham regulamentação a respeito do tema, seja permissivo ou proibitivo, não só sobre gestação de

substituição, mas, também, quanto as formas de estabelecimento da relação parento-filial proveniente dela.

No Brasil, a procura e utilização da técnica de gestação de substituição no estrangeiro e que, como já citado, acabou ganhando destaque e contornos preocupantes em razão dos casais que buscaram pela sua realização na Ucrânia, país que está em guerra desde 2022, torna-se ainda mais urgente que exista tal regulamentação. Haja vista a criação do projeto de lei feito pela Senadora Mara Gabrilli, PL 787/2022, o qual dispõem, de forma equivocada, que há permissão para a prática da gestação substitutiva no Brasil e que está regulamentada pela Resolução do CFM, e que aqui lembramos que trata-se de uma orientação técnica e deontológica aos profissionais médicos que realizam as técnicas de RHA, e pelo Provimento nº 63 de 2017, que como já visto, hoje alterado pelo Provimento nº 149 de 2023, e que trata da uniformização dos registros e não de regulamentação legislativa quanto ao uso das técnicas de RHA ou de reconhecimento parento-filial.

Acredito que seja de fundamental importância, para que não exista qualquer dúvida sobre a origem, nacionalidade e filiação das crianças provenientes de uma gestação de substituição, que exista regulamentação nacional do uso da técnica, resguardando-se assim tanto o interesse da criança quanto evitando-se a prática do turismo procriativo por brasileiros.

A partir dessa regulamentação, não apenas o direito à constituição de família como, também, o superior interesse da criança será assegurado, razão está que deveria estar, inclusive, sobreposta ao desejo da concretização do projeto parental.

6. Referências Bibliográficas

BONE, Leonardo Castro de. A Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos do Homem dos casos de gestação de substituição internacional. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 8, n. 6, p. 1169-1204, 2022. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2022/6/2022_06_1169_1204.pdf. Acesso em: 05 out 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm#art124. Acesso em: 13 set 2023.

BRASIL. [Projeto de Lei]. Projeto de Lei n.º 1184 de junho de 2003. Dispõe sobre a Reprodução Assistida. Senador José Sarney. Brasília: Senado Federal, 2003, 10 p. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=137589. Acesso em: 13 set 2023.

BRASIL. [Projeto de Lei]. Projeto de Lei n.º 4892 de dezembro de 2012. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Deputado Eleuses Paiva. Brasília: Congresso Nacional, 2012, 26 p. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1051906. Acesso em: 13 set 2023.

BRASIL. [Projeto de Lei]. Projeto de Lei n.º 115 de janeiro de 2015. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Deputado Juscelino Rezende Filho. Brasília: Congresso Nacional, 2015, 22 p. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296985&filename=PL%20115/2015. Acesso em: 13 set 2023.

BRASIL. [Projeto de Lei]. Projeto de Lei n.º 787 de 2022. Dispõe, em caráter excepcional, sobre a gestação por substituição envolvendo gestantes que vieram ao Brasil no contexto do conflito armado entre a Ucrânia e a Rússia no ano de 2022. Senadora Mara Gabrielli. Brasília: Senado Federal, 2022, 7 p. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9126177&ts=1683640880311&disposition=inline#:~:text=PROJETO%20DE%20LEI%20N%C2%BA%20%2C%20DE,R%C3%BAssia%20no%20ano%20de%202022>. Acesso em: 05 set 2023.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução 2320, de 1º de setembro de 2022. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.294, publicada no Diário Oficial da União de 15 de junho de 2021, Seção I, p. 60. Publicada no Diário Oficial da União, de 20 de setembro de 2022, Seção I, pag. 107. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf. Acesso em: 02 set 2023.

BRASIL. Serviços e Informações do Brasil. Registrar nascimento no exterior. “Registro de nascimento”, “Certidão de nascimento”. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/registrar-nascimento-no-externo>. Acesso em: 13 set 2023.

BRUNET, Laurence. La globalisation internationale de la gestation pour autrui. Travail, genre et sociétés, n. 28, p. 199-205, fev. 2012. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-travail-genre-et-societes-2012-2-page-199.htm>. Acesso em: 01 set 2023.

CAETANO, João Pedro Junqueira; PEREIRA, Leonardo Matheus Ribeiro; MARINHO, Ricardo Mello; CANÇADO, Marcelo Lopes. Fertilização *in Vitro*. *In: Manual SOGIMIG - Reprodução Assistida*. Rio de Janeiro: Medbook, 2018. p. 139-145.

CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. Gestación por Sustitución y Derecho Internacional Privado. Más Allá Del Tribunal Supremo y Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 7, n. 2, p. 45-113, out. 2015.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; SCHWARTZ, Germano. Gestação De Substituição Na Sociedade De Informação: Situação Fática E Legal No Direito Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre*, v. 34, n. 1, p. 1-23, jan./jun. 2018.

FARNÓS-AMORÓS, Esther. Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho. *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, v. 40, p. 231-242, jul. 2017.

FULCHIRON, Hugues. La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale?. p. 563-588, avri - juin 2014.

GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa. Ainda a gestação de substituição na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 14, n. 2, p. 1234- 1240, out. 2022.

GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa. O reconhecimento da filiação constituída no estrangeiro em resultado de uma gestação de substituição. *In: Temas de Direito e Bioética*, vol. 1 - Novas questões do Direito da Saúde. Centro de Investigação de Justiça e Governação, Braga, p. 7-32, dez. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Livro I Das Pessoas Título I Das Pessoas Naturais Capítulo I Da Personalidade e da Capacidade - Das Incapacidades. *In: Direito Civil Brasileiro 1 Parte Geral*. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. p. 114-148.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Título II Das Relações de Parentesco Capítulo II - Da Filiação. *In: Direito Civil Brasileiro 6 Direito de Família*. São Paulo: Saraiva Jur, 2020. p. 316-339.

GUIMARÃES, Maria Raquel. O regime do contrato de gestação de substituição no direito português, à luz do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018. *In: Temas de Direito e Bioética*, vol. 1 - Novas questões do Direito da Saúde. Centro de Investigação de Justiça e Governação, Braga, p. 135-160, dez. 2018.

GUYTON, Arthur C.; HALL, John E. Fisiologia Feminina Antes da Gravidez e Hormônios Femininos. *In: Fundamentos de Fisiologia*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017. p. 468-473.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito (Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MAKUCH, Maria Yolanda; FILETTO, Juliana Nicolau. Procedimentos de fertilização in vitro: experiência de mulheres e homens. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 15, n. 4, p. 771-779, out./dez. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. O Valor da Constituição - Perspectiva Histórica. *In: Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 39-54

MIYADAHIRA, Eduardo Hideki, Cessão Temporária do Útero. *In: Condutas Práticas em Infertilidade e Reprodução Assistida - Mulher*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. p. 222.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Direitos da Criança e Adição Internacional. Declínio de um instituto em razão das técnicas de gestação por substituição?. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MOTA, Helena. A Gestação De Substituição No Direito Internacional Privado Português. *In: Debatoando a procriação medicamente assistida*. Porto: Centro de Investigação Jurídico-Económica - CIJE, 2017. p. 63-81.

PARISE, Luíza Sartoti; EMMEL, Natália Trindade. Gestação de Substituição: comparação entre os ordenamentos jurídicos brasileiro, português e americano. *In: Família e Sucessões: Perspectivas em rede: I Encontro Internacional da Rede de Pesquisa em Direito de Família e Sucessões (REFAM)*. São Paulo: Dialética. 2022. p. 137-166.

PEDRO, Rute Teixeira. O estabelecimento da filiação de criança nascida com recurso a contratos de gestação de substituição – reflexões à luz do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de abril. *Temas de Bioética*, Minho, v. 1, p. 197-226, dez. 2018.

PEREIRA, Francisco de Assis Nunes; ESMERALDO, Giselle Barandier Teixeira. Técnicas de Reprodução Assistida para Casais Homoafetivos ou Pacientes sem Parceiro(a). *In: Manual SOGIMIG - Reprodução Assistida*. Rio de Janeiro: Medbook, 2018. p. 231-232.

RAWLINSON, Kevin. Interpol investigates 'baby factory' as man fathers 16 surrogate children. Lawyer for Mitsutoki Shigeta, 24, says the businessman simply wants a large family and has the means to support it. *The Guardian*, 23 ago 2014. Disponível em: <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2014/aug/23/interpol-japanese-baby-factory-man-fathered-16-children>. Acesso em: 10 set 2023.

RODRÍGUEZ, Aurora Hernández. Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 6, n. 2, p.147-174, oct. 2015.

TAVARES, André Ramos. Capítulo XXVIII Direitos da Nacionalidade. *In: Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 299-323.

TORRES, Gloria; SHAPIRO, Anne; MACKEY, Tim K. A review of surrogate motherhood regulation in south American countries: pointing to a need for an international legal framework. *BMC Pregnancy and Childbirth*, p. 1-12. Disponível em: <https://bmcpregnancychildbirth.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12884-019-2182-1>. Acesso em: 07 jun 2023.

VAN WICHELEN, Sonja. O governo da gestação por substituição na era da biotecnologia: as biolegalidades cambiantes do parentesco. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, n. 61, p.

85-111, set./dez. 2021. <https://doi.org/10.1590/S0104-71832021000300003>. Disponível em: [SciELO - Brasil - O governo da gestação por substituição na era da biotecnologia: as biolegalidades cambiantes do parentesco O governo da gestação por substituição na era da biotecnologia: as biolegalidades cambiantes do parentesco](#) . Acesso em: 15 set. 2023.

VEDEL, Camille. Le tourisme procréatif: vers une réforme contrainte de l'adoption en droit français?. *Les Cahiers de Droit*. Faculté de droit de l'Université Laval, Québec, v. 59, n. 4, p. 1033-1072, dez. 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Parte II - Jurisdição. *In: Curso Avançado de Processo Civil. Teoria Geral do Processo* 1. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p.111-144.

YAMAKAMI, Lucas Yugo Shiguehara. Definição de Infertilidade e Momento de Investigar. *In: Conduas Práticas em Infertilidade e Reprodução Assistida - Mulher*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. p. 229.



TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Thais Machado Palombo

discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 31944809, período 10, turma T, tendo realizado o TCC com o título: GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: O RECONHECIMENTO NO BRASIL DA RELAÇÃO PARENTO FILIAL CONSTITUÍDA NO EXTERIOR

sob a orientação do(a) Professor(a) Gustavo Ferraz de Campos Monaco

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 06 de novembro de 2023.

Assinatura do discente