

# GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: REGRAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO E SEUS ASPECTOS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

*Nadia de Aranjó\**

*Daniela Vargas\*\**

*Letícia de Campos Velho Martel\*\*\**

SUMÁRIO: Introdução. 1 A Legislação brasileira; Os Requisitos da Resolução nº 1.957 sobre a Gestação de Substituição; A Validade do Consentimento da Gestante de Substituição. 2 A Situação do Direito Internacional Privado. 3 As Ações da Conferência da Haia sobre o Direito Internacional Privado a Respeito dos Efeitos Internacionais da Gestação por Substituição. Conclusões.

## INTRODUÇÃO

As regras de Direito de Família têm sido confrontadas com uma nova realidade determinada pelos avanços das técnicas médicas que obrigam a todos a repensar conceitos antes preestabelecidos e considerados imutáveis.

A presunção de que a mãe de uma criança é aquela que dá a luz já não representa uma situação segura nos dias de hoje. As técnicas de reprodução assistida trouxeram novidades na área jurídica, com efeitos na determinação da filiação, uma vez que permitem que um embrião de outrem seja implantado em uma mulher. Esta última servirá apenas do que popularmente se chama de “barriga de aluguel” e que na terminologia empregada pelo Conselho Federal de Medicina se denomina “gestação de substituição”.

No plano normativo brasileiro essa realidade ainda não encontra instrumentos jurídicos adequados às situações fáticas criadas por essas técnicas, gerando situações

---

\* Professora de Direito Internacional Privado, PUC-Rio, e Doutora em Direito Internacional, USP; Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

\*\* Professora de Direito Internacional Privado, PUC-Rio e Doutora em Direito Civil, UERJ.

\*\*\* Professora de Direito Constitucional, PUC-Rio, e Doutora em Direito Público, UERJ.

de incerteza quanto aos direitos e garantias das partes envolvidas no processo. Identificam-se, de início, questões relativas à determinação da gestação e da filiação, com reflexos nas relações de família, na determinação da nacionalidade e na transcrição do registro civil.

Não bastassem os problemas advindos dessa situação no plano interno, acrescenta-se ao tema os efeitos internacionais que a mobilidade da vida moderna permite aos casais que buscam soluções para seus problemas de fertilidade ou mesmo conveniência: a utilização do turismo para a procriação, a ida a um país estrangeiro para ter acesso às técnicas e arranjos jurídicos que muitas vezes não são permitidos no seu país de residência.

Assim florescem centros de reprodução assistida que anunciam seus serviços na internet e casais que se valem da possibilidade de exercer seu direito de escolha para ir a locais distantes e poder contratar com terceiros sobre a gestação de uma criança.

Este trabalho divide-se em duas partes. Na primeira parte cuidará do *status quo* do direito brasileiro a respeito da gestação de substituição, procurando discutir a natureza jurídica dessa nova relação e suas consequências para a família que daí se forma. Os poucos casos conhecidos da jurisprudência nacional serão resenhados. Na segunda parte, a análise centra-se nas situações com caráter internacional, e em suas consequências jurídicas, especialmente quando brasileiros ou estrangeiros aqui domiciliados vão ao exterior e utilizam as possibilidades locais para esta finalidade, muitas vezes em desacordo com a legislação pátria. O nosso intuito é tratar das questões relativas ao registro civil dessas crianças, nacionalidade e suas relações de parentesco.

Por fim, relata-se a preocupação da Conferência da Haia para o Direito Internacional Privado, que tem se deparado com o problema e já se pronunciou no sentido de que a sua Convenção sobre adoção transnacional é inadequada para ser utilizada nesses casos. Portanto, ante a necessidade de uma regulamentação específica da comunidade internacional, a Conferência da Haia acrescentou os efeitos de direito internacional privado da gestação de substituição ao temas de sua agenda futura<sup>1</sup>.

## 1 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No momento, o Brasil não possui legislação específica sobre gestação de substituição, que não é um tema regulado no Código Civil atual. As únicas normas sobre o assunto encontram-se na esfera da regulamentação da profissão médica, através da Resolução nº 1.957, de 2010, do Conselho Federal de Medicina, que é endereçada às

---

1 Ver no sítio da Conferência da Haia para o Direito Internacional Privado, em <www.hcch.net>, na seção de assuntos gerais, o documento nº 11 apresentado na reunião do Conselho, realizada em abril de 2011, e que foi objeto das conclusões finais da reunião anual do Conselho.

situações relativas às Técnicas de Reprodução Assistida (TRAs). O Conselho é uma autarquia federal com atribuição conferida pela lei para regulamentar a deontologia da profissão médica em todo o território nacional, o que torna obrigatórias suas resoluções<sup>2</sup>.

No que diz respeito à gestação de substituição, considerando a ausência de regras em outros diplomas legais, as da Resolução nº 1.957 acabam por ter um papel indireto na relação jurídica das partes envolvidas no procedimento. Há no momento grande discussão sobre a legitimidade do CFM nessa tarefa legiferante, à margem do sistema de leis estabelecido pela CF. No entanto, a legitimidade do Conselho foi objeto de julgamento pela Justiça Federal, em outra situação, relativa à determinação sobre o que fazer com um paciente em estado crítico e terminal, e aquele juízo federal considerou adequada a regulamentação do CFM a respeito<sup>3</sup>. De notar que logo no início da Resolução, o CFM alude à atribuição que lhe foi conferida para esse fim pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, e regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958. Portanto, queira-se ou não, até que o Congresso Nacional afinal edite uma lei expressa sobre a matéria, a Resolução continua a regular a gestação de substituição. Essa regulamentação não prescinde dos dispositivos gerais da Constituição e do Código Civil Brasileiro, cuja interpretação só pode se valer do critério teleológico para chegar a uma conclusão.

De ressaltar que a leitura atenta das regras de direito de família do Código Civil nada dispõem diretamente sobre a maternidade. Tampouco o ECA possui dispositivos sobre a matéria. Há uma presunção de que quem dá à luz é a mãe, apesar da ausência de um dispositivo que determine expressamente esta regra, como se depreende do art. 10 e seus incisos<sup>4</sup>. De particular interesse para a presunção acima é o inciso II, em que

---

2 O tema era tratado pela Resolução CFM nº 1.358/92, Publicada no DOU, 19 de novembro de 1992, Seção I, p. 16.053, e que foi Revogada pela Resolução CFM nº 1.957/2010. Esta última cuida do tema no artigo VII, intitulado *Sobre a Gestação de Substituição* (Doação Temporária do Útero): As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética. 1 – As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. 2 – A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

3 A validade formal das resoluções do CFM, se *praeter legem* ou *contra legem* em temas jurídico-morais sensíveis foi alvo da Ação Civil Pública da Ortotanásia. BRASIL, TRF da 1ª Região, ACP nº 2007.34.00.014809-3.

4 *Art. 10.* Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a: *I* – manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de dezoito anos; *II* – identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente; *III* – proceder a exames visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, bem como prestar orientação aos pais; *IV* – fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato; *V* – manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à mãe.

se exige o registro do recém-nascido e de sua mãe (aqui só podendo ser interpretado como aquela que dá à luz) no momento do parto, inclusive para evitar troca de bebês e outros problemas de identificação. No entanto, não há nenhuma preocupação com a possibilidade de que a parturiente não seja a mãe genética da criança e de que tenha havido um consentimento prévio desta com relação ao futuro da criança, em razão de tratativas sobre gestação de substituição.

O Código Civil de 2002 cuidou apenas da determinação da paternidade. Possui artigo específico para casos em que a criança nasce a partir de técnicas de reprodução assistida, mas novamente só no que diz respeito a quem é o pai, nada aduzindo com relação à maternidade<sup>5</sup>. Também nota-se que a determinação da filiação e suas regras estão intimamente ligadas ao *status* matrimonial do casal. Embora não haja restrições ou diferenças para os filhos nascidos fora do casamento, a preocupação legal é com aqueles advindos da relação marital tradicional, que possuem uma presunção inicial e aos quais não se exige declaração especial para demonstrar a relação familiar. Se a mulher não for casada, é preciso que o pai declare espontaneamente sua condição e proceda ao registro. Em caso de negativa por parte deste, será necessária uma ação judicial de investigação de paternidade. Embora o teste de DNA seja hoje de extrema relevância, não é possível obrigar aquele que está sendo investigado a fazê-lo. Se não quiser realizá-lo por vontade própria, o juízo deverá decidir o caso com as provas que estiverem ao seu alcance.

Outra indicação de que o tema da gestação de substituição não é parte da preocupação das autoridades é a regulamentação do Ministério da Saúde sobre os nascimentos: o formulário preenchido pelo hospital que se consubstancia em uma declaração de “nascido vivo” não a prevê<sup>6</sup>. Como se vê no Manual de Preenchimento que informa os que preenchem a declaração, este indica o cuidado que o Profissional deve ter com uma série de informações sobre a mãe, como seus dados de residência, escolaridade, estado civil, partos anteriores, pré-natal, e ainda sobre o parto, e sobre a criança.

5 *Art. 1.597*. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: *I* – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; *II* – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; *III* – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; *IV* – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; *V* – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

6 Há um manual editado pelo Ministério da Saúde, que possui as instruções para o preenchimento do documento padrão do Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos (Sinasc), a Declaração de Nascido Vivo (DN) (anexo I). Essa declaração é decorrente de uma das aplicações da Lei nº 6.015 – de 31 de dezembro 1973 (7). A Declaração de Nascido Vivo (DN) é um documento padronizado pelo Ministério da Saúde, pré-numerado e apresentado em três vias, de distintas cores, cuja finalidade é explicada adiante, no item que se refere ao fluxo da DN. A DN deve ser preenchida, em todo o território nacional, para todos os nascidos vivos: nas unidades de internação ou de emergência dos estabelecimentos de saúde; fora dos estabelecimentos de saúde, mas que neles venham a receber assistência imediata; em domicílio ou em outros locais. No Bloco III, relativo às informações da mãe, refere-se à informação sobre a história reprodutiva da mãe, sua identificação e algumas de suas características.

O formulário, no Bloco IV, trata da gestação e do parto, e refere-se às características da gestação e do parto que deram origem ao recém-nascido em questão. Aqui há informações sobre o tipo de gravidez, e poderia haver um campo para a gestação de substituição, mas nada há nesse sentido. No entanto, no local adequado, o espaço para indicar a parturiente é o local em que se indica a mãe, e em nenhum momento há a possibilidade de que a parturiente seja tão somente a portadora da criança, concebida com o embrião de terceiros. Para isso, seria necessário que o formulário tivesse um campo distinto para essa informação, o que não ocorre.

Como este documento é considerado o primeiro com informações sobre a criança e é a base para o posterior assentamento no Registro Civil, já de início haverá problemas para obter no registro a transcrição de informação não prevista no documento do Ministério da Saúde, a saber a de que a mãe da criança é pessoa distinta daquela que lhe deu à luz.

É no momento do registro que surgem os problemas relativos aos aspectos jurídicos da gestação de substituição, porque esse documento acaba por ser a prova da filiação e das relações de parentesco. No Brasil, o registro é obrigatório e regulado pela Lei nº 6.015/75. No caso de dúvida, o oficial do registro se reporta a um juiz determinado, que decide a controvérsia.

Com relação ao registro de crianças, as questões que surgiram no passado e que suscitaram dúvidas diziam respeito a como proceder ao assentamento de crianças adotadas por pessoas do mesmo sexo. Pacificou-se a possibilidade de incluir os nomes de ambos adotantes. Agora, a legislação que normatizou a certidão de nascimento, menciona apenas “filiação” e não mais dois itens, pai e mãe.

Um fato peculiar no ponto relativo às transcrições de nascimento de crianças no Brasil é o histórico de casos de registro de uma criança no nome de outra mãe, por acordo informal entre elas. No passado, era comum o registro de uma criança em nome de outrem, o que ficou conhecido como “adoção à brasileira”, que depois foi coibido de forma ampla, gerando inclusive um crime específico no Código Penal. Isso porque a adoção é um instituto que conta com regulamentação própria, tanto no plano interno quanto internacional, e suas regras não podem ser violadas por disposições privadas que contrariam a legislação sobre o tema.

A existência desse crime específico para o registro irregular tem consequências sobre a gestação de substituição, cujo desejo de registro da pretensa mãe colide com a realidade espelhada pela situação da parturiente, diante da declaração de nascido vivo. Isso impede que o oficial de registro proceda ao registro não previsto pela legislação, e que ainda por cima é objeto de sanção na esfera penal.

## OS REQUISITOS DA RESOLUÇÃO Nº 1.957 SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

A Resolução nº 1.957 possui requisitos gerais e específicos para a gestação de substituição. Para ter acesso ao procedimento, é necessário que todas as partes interessadas sejam maiores e capazes e possam exercer plenamente seus direitos civis.

O profissional da medicina que fará o procedimento precisa ser licenciado para tal, assim como a clínica em que ele ocorrerá, com a fiscalização das agências próprias. Entre outras obrigações do médico ou médica, uma delas é de dar informações claras e amplas sobre o procedimento, inclusive explicando os riscos envolvidos.

Um requisito importante e indispensável tanto para a pretensa mãe ou mãe contratante e para gestante de substituição é que entre elas haja uma relação de parentesco até o segundo grau. Ou seja, é preciso pertencer à mesma família. No entanto, a resolução permite que os Conselhos Regionais de Medicina tratem caso a caso das autorizações para situações em que o parentesco seja diferente ou mesmo inexistente, desde que motivado. A Resolução é lacônica sobre quais os critérios que devem ser levados em consideração para esses casos.

O outro requisito aplicável a esta relação jurídica é a proibição de comercialização, ou seja, somente a forma altruística e sem fins lucrativos é aceita. Ao proibir a comercialização na gestação por substituição, a resolução do CFM seguiu um costume arraigado no Brasil, além de ter compactuado com as interpretações majoritárias dos dispositivos constitucionais e civilistas provavelmente aplicáveis à espécie<sup>7</sup>. No entanto, isso não exclui a possibilidade de reembolso de despesas, em especial despesas médicas e as relativas à sobrevivência da gestante no período da gestação. De notar que uma vez que a lei brasileira permite o pagamento de alimentos gravídicos, não faria sentido proibi-los no curso da gestação de substituição, desde que confinados, *in casu*, a estreitos patamares, a fim de evitar qualquer máscara a elementos e caracteres comerciais. Pode-se especular que a gestante em questão poderia requerer em juízo o pagamento desses alimentos ao casal que sustenta o projeto parental, com base na citada lei, e isto não representaria contrariedade à regra geral da proibição da comercialização dado ao caráter alimentar da prestação. Cientes de que todo procedimento médico envolve risco, em havendo dano à gestante em qualquer etapa, caberá indenização, que pode, inclusive, ser pactuada anteriormente ou contar com seguro. A interpretação é obtida por analogia à situação dos sujeitos de pesquisa no ordenamento brasileiro, conforme a Resolução nº 196/96/CNS.

7 Na doutrina, prevalece a noção de que o Art. 199 da CF é aplicável à gestação por substituição. Porém, há dúvida razoável acerca da incidência do enunciado normativo, uma vez que ele parece referir-se primariamente à remoção de órgãos, tecidos e material humano.

No que diz respeito à mãe que pretende ir adiante com o projeto parental, há ainda duas condições essenciais: para que a gestação de substituição seja permitida, ela precisa ter um problema médico que impeça a gestação. O problema pode ser infertilidade ou algum outro, que obste ou contraindique a gestação, e deve ser doadora do material genético da criança. Essa fórmula empregada pela Resolução nos parece aleatória e sem justificativa. Permite o acesso à gestação de substituição apenas a mulheres com tipos muito específicos de infertilidade, excluindo uma parcela significativa de mulheres reputadas inférteis, pois simultaneamente tem que ser capaz de ovular e, não de gestar. Além disso, permite que duas mulheres em uma relação afetiva, sendo uma delas infértil, procriem, mas não estende esse mesmo direito se ambas estiverem em condições de fertilidade. E ainda não permite que um projeto desta natureza seja levado a cabo por uma relação homossexual entre dois homens, o que cria uma situação de desigualdade sem qualquer critério racional.

Outras questões não foram tratadas pela Resolução, pelo que se infere que não há qualquer impedimento no sistema brasileiro com relação à situação civil, tanto da doadora quanto da gestante, que não precisam ser casadas, podendo ser solteiras ou estar em uma união estável.

## A VALIDADE DO CONSENTIMENTO DA GESTANTE DE SUBSTITUIÇÃO

Ainda que no direito brasileiro a contratação de uma gestante por substituição seja proibida, na modalidade de contrato oneroso, muito se discute sobre a natureza jurídica do documento de consentimento que esta deve aceder, em conjunto com pais do projeto parental. Este documento é obrigatório pelas regras do CFM, logo no início da Resolução onde constam os princípios gerais e é chamado de *consentimento informado*<sup>8</sup>.

Desta forma, considerando as características do documento descritas na resolução, é evidente que se trata de um contrato, ainda que a título gratuito, e conseqüentemente, as disposições gerais do Código Civil se aplicam a ele. No entanto, até o presente momento, da pesquisa realizada não foi encontrado nenhum caso em que a validade desta disposição de vontade tenha sido especificamente analisada<sup>9</sup>.

8 Item 3, do capítulo de princípios gerais – O consentimento informado será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores. Os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será expresso em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida.

9 A respeito da disposição de direitos fundamentais: MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis*: limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: UERJ, 2010.

A situação traz muitas dúvidas, como a definição da maternidade ante a dicotomia antes inexistente, criada pelas possibilidades agora advindas das técnicas de reprodução assistida: uma gerou e a outra gestou. Diante da ausência de normas, o juízo terá que decidir ante o caso concreto, levando em consideração vários princípios, como a força da autonomia privada em relação ao melhores interesses da criança, bem como a filiação por *status* ou contratual. Até o presente momento, não há decisões judiciais dos tribunais colegiados ou superiores sobre o tema, mormente envolvendo os seguintes conflitos: entre a mãe doadora e a mãe gestante; sobre o cumprimento do que fora previamente acordado e, sobre a validade do consentimento informado.

Os casos judiciais conhecidos que discutiram gestação de substituição o fizeram para resolver as dificuldades surgidas no momento da transcrição do assentamento de nascimento. As partes só queriam assegurar o reconhecimento da situação fática *vis-à-vis* a legislação aplicável ao registro de pessoas naturais. Em todos eles, nota-se ausência de litígio, prevalecendo o desejo de todos de ver reconhecido no plano jurídico aquela situação de fato que se estabeleceu, ou seja, o registro da criança em nome dos pais que optaram pelo projeto parental e não em nome da mãe que atuou como gestante por substituição.

## 2 A SITUAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

As regras de Direito Internacional Privado brasileiras estão consubstanciadas, na sua maioria, na Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), agora substituída pela Lei nº 12.377/2010, que tão somente modificou a ementa da LICC para Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LIN). No que diz respeito ao direito de família, o único artigo que trata da matéria é o art. 7º, que adotou o critério de domicílio para reger todas as questões de direito de família. O artigo é lacônico e deixa em aberto diversas situações jurídicas, mormente quanto partes envolvidas estão em domicílios diferentes, sendo a norma geral insuficiente para resolver os problemas.

O art. 7º nada aduz sobre outras situações direito de família já consolidadas, como alimentos e questões ligadas à guarda parental. Não admira que a gestação de substituição seja desprovida de qualquer norma.

Tampouco as convenções internacionais das quais o Brasil faz parte, na área de direito de família, tratam da matéria, sejam aquelas de cunho regional, realizadas pela Organização dos Estados Americanos, OEA, sejam aquelas de caráter global, como as realizadas pela Conferência da Haia sobre o Direito Internacional Privado.

No entanto, a lacuna normativa não pode impedir que partes privadas tomem em suas mãos decidir sua vida e partam para soluções no direito de família em outros países. Por muitos anos foi assim na adoção internacional, posteriormente regula-

mentada pela Conferência da Haia através da Convenção de Adoção Internacional, que obteve grande sucesso em coibir os abusos antes existentes.

Convivem no mundo sistemas muito diversos sobre a gestação de substituição: há os que permitem sem restrições, inclusive em contratos comerciais, outros que permitem de forma limitada, até aqueles que a proíbem expressamente em qualquer condição<sup>10</sup>. No primeiro caso temos os Estados Unidos, que têm situação particular porque cada estado da federação regulamenta o tema de forma diferente, o Canadá, o Reino Unido, Israel, Grécia, Holanda, Índia e Ucrânia. Ainda assim, nesse grupo, há os que possuem legislação específica e os que permitem apenas sua prática, sem regras especiais. A maioria parece ter optado pela regulamentação do tema no âmbito das técnicas de reprodução assistida. No segundo pode-se incluir o Brasil, a Argentina e a China, em que a permissão tem uma série de limitações. No terceiro grupo estão aqueles países em que a gestação de substituição é proibida de todas as maneiras, como a França<sup>11</sup> e a Alemanha, que proíbem qualquer tipo de contratação desse tipo e a Espanha, que além da restrição tem norma expressa de que mãe é aquela que dá à luz.

Essas diferenças dão margem às pessoas de elidir as proibições das suas legislações internas para levar a cabo o seu projeto parental, e fizeram florescer o que se convencionou chamar de “turismo procriativo”, com inúmeras consequências para o Direito Internacional Privado. Diante da proibição no direito doméstico, resta responder à questão do que fazer com os efeitos de situações ocorridas no estrangeiro, em inegável tentativa de fraude à lei.

No que diz respeito ao direito brasileiro, nossas considerações são especulações a partir do sistema de regras de DIPr brasileiras e das decisões do STF e STJ, em áreas afins, em que, por analogia, se poderia imaginar a direção que tomaria a jurisprudência. No entanto, na ausência de casos concretos, ainda é cedo para antever como serão as decisões judiciais.

Dois são os problemas que nos preocupam: o primeiro diz respeito à determinação da nacionalidade brasileira, e o segundo ao reconhecimento de decisões estrangeiras para execução no Brasil.

No primeiro caso, mistura-se à questão de nacionalidade os problemas relativos ao registro das pessoas naturais. Pelo sistema brasileiro, a regra para a nacionalidade

---

10 Para maiores informações, veja-se o livro *Gestation por autrui: surrogate motherhood*, Académie de Droit Comparé, XVIII Congrès, Washington DC, 2010, sob a coordenação de Françoise Moneger, Paris, 2011. O livro traz os resultados do Congresso, a partir de um questionário elaborado pela coordenadora e respondido por 17 países, nos quais a situação de cada um sobre o tema é esclarecida.

11 A Corte de Cassação Francesa decidiu recentemente um caso em que a maternidade por substituição ocorreu na Califórnia e os pretensos pais registraram a criança no Consulado Francês. O Ministério Público promoveu uma ação de anulação do registro, o que foi confirmado pela Corte de Cassação, que considera a maternidade por substituição uma ação ilícita e uma tentativa de evasão das regras sobre adoção.

é a do *ius soli*, ou seja, são brasileiros os nascidos no Brasil. No entanto, o sistema é misto e os filhos de brasileiros nascidos no exterior serão considerados brasileiros natos em duas hipóteses: de forma automática, se houver o registro do nascimento no Consulado do Brasil no exterior; pelo exercício da opção, quando na ausência de registro, posteriormente vier a pessoa a residir no Brasil e fizer a opção perante a justiça federal. Nesse último, embora seja necessária a comprovação de certos requisitos, a sentença é meramente declaratória de um estado que já lhe pertence.

Desta forma, se a criança nascer no Brasil, certamente terá respeitado as regras restritas, do CFM, que não impede o acesso dos estrangeiros, mas indiretamente desencoraja estrangeiros não residentes pelas dificuldades existentes. No entanto, não há nenhuma proibição formal a respeito. No caso de estrangeiros, o registro de nascimento no Consulado de seu país se dará segundo as regras estrangeiras. Desta forma, poderá ser deferido sem problemas se o país assim o permitir; ou indeferido, se ferir a ordem pública do mesmo, como ocorreria caso se tratasse da França. Essa situação não afeta o direito brasileiro, em que a criança será registrada segundo o nosso direito e tem a nacionalidade brasileira assegurada já que a regra do *ius soli* a ela se aplica. Se o casal estrangeiro quiser registrar no seu nome e não no da gestante de substituição, enfrentará a mesma situação de um casal brasileiro.

A situação contrária – se a criança nascer no exterior de pai ou mãe brasileiros – gera outros problemas. Duas hipóteses podem ocorrer: se um casal brasileiro for residente e domiciliado no exterior, e fizer um contrato oneroso de gestação de substituição, sendo o direito local respeitado, não se pode falar em fraude à lei brasileira. O registro no consulado brasileiro, no entanto, enfrentará os mesmos problemas de um registro no Brasil, e os casos encontrados têm demonstrado que isso é possível, ainda que a lei não disponha a respeito.

Mas um ponto que não foi abordado nos casos locais de registro diz respeito à nacionalidade. Isso porque a regra de *ius sanguinis* exige que um dos pais seja brasileiro. Se a mãe do projeto parental não for considerada como mãe pelo direito brasileiro no processo de dúvida, e o pai for desconhecido, poderemos ter uma questão de difícil solução para o reconhecimento da nacionalidade brasileira. Nesse caso, se o direito local não utilizar o *ius soli*, mas sim o *ius sanguinis* e a nacionalidade brasileira não for atribuída pela lei brasileira, a criança será apátrida.

No entanto, se um casal de brasileiros ou estrangeiros residentes no Brasil quiser ir ao exterior para um contrato oneroso de gestação de substituição, que aqui é proibido, estaremos diante de um caso que pode ser considerado como atentatório à ordem pública brasileira. No passado, quando o divórcio não era permitido no Brasil, ante a proibição constitucional, a tentativa de homologação de uma sentença

de divórcio realizado por procuração no México era indeferida por ferir a ordem pública brasileira.

Aqui podem surgir alguns problemas. O primeiro deles no momento do registro do nascimento da criança no Consulado brasileiro, porque aí a dúvida suscitada é de outra natureza e em desacordo com a regra de conexão brasileira, que diz ser a lei do domicílio aquela que rege a capacidade e o direito de família. Nessa situação temos um caso contrário às regras brasileiras que proíbem a gestação de substituição a título oneroso, a despeito da situação ter ocorrido no exterior e lá ser permitida, já que o casal é domiciliado no Brasil.

A segunda hipótese diz respeito à filiação decorrente de uma sentença estrangeira, quando esta tiver que ser homologada para ter seus efeitos reconhecidos no Brasil. Novamente, pode surgir o argumento da ofensa à ordem pública, que venha a impedir o reconhecimento da sentença no processo de homologação. Ante a ausência da ocorrência de um caso com essas características, não se pode saber qual o argumento que terá preponderância no STJ.

### **3 AS AÇÕES DA CONFERÊNCIA DA HAIJA SOBRE O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO A RESPEITO DOS EFEITOS INTERNACIONAIS DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO**

A Conferência da Haia é uma organização intergovernamental de âmbito mundial, que iniciou suas atividades em 1893, adquirindo caráter permanente a partir de 1951<sup>12</sup>, ano de aprovação do seu estatuto, e o estabelecimento de seu escritório permanente em 1955. A Conferência da Haia dedica-se à codificação do direito internacional privado através da regulamentação de diversas matérias, especialmente na área do direito de família, e conta hoje com mais de 70 países membros. A partir da sua 17ª Sessão, a Conferência decidiu que um de seus objetivos principais seria o de ser um centro mundial a serviço da cooperação internacional judiciária e administrativa em matéria de direito privado, notadamente no âmbito da proteção da infância<sup>13</sup>. Ao longo dos anos vem promovendo a elaboração de instrumentos internacionais

---

12 Para maiores informações, ver a página na internet, [www.hcch.net](http://www.hcch.net), com a lista e texto das convenções já adotadas, trabalhos em andamento e demais informações. Confira-se, também o completo estudo de OVERBECK, Alfred von, "La contribution de la Conférence de La Haye au développement du Droit International Privé", *Recueil de Cours*, tomo 233, 1992, p. 9-98.

13 A mais recente convenção finalizada pela Conferência da Haia é a Convenção sobre cobrança de alimentos no exterior, de caráter universal, com o objetivo de substituir a Convenção de Nova York, pois é mais abrangente nos aspectos relativos à cooperação administrativa entre os países. O Brasil participou ativamente das negociações, através do envio de delegações especializadas para as reuniões da Comissão Especial e para a 21ª Reunião Diplomática, em novembro de 2007, que aprovou a Convenção.

voltados à proteção da infância, de grande importância e utilidade para a comunidade internacional<sup>14</sup>.

O tema da gestação de substituição consta entre aqueles em que o Conselho de Assuntos Gerais está iniciando os trabalhos para uma futura codificação. Isso porque a Comissão Especial, reunida em junho de 2010 para avaliar a utilização da Convenção sobre adoção internacional<sup>15</sup>, concluiu que essa Convenção não era o documento adequado para tratar da gestação de substituição e que algum tipo de regulamentação específica era necessária. Nas conclusões finais da reunião, o tema da gestação por substituição foi objeto do item 25 do relatório, em que a Comissão especial apontou o crescimento do número de casos de arranjos para a gestação de substituição e demonstrou sua preocupação com a incerteza gerada para as crianças no que diz respeito ao seu estatuto pessoal. Considerou ainda inapropriada a utilização da Convenção sobre adoção internacional para tais casos e recomendou ao Secretariado que estudasse o tema, com ênfase na repercussão do tema no direito internacional privado.

Seguindo as diretrizes do mandato que lhe fora confiado pela Comissão especial, o Secretariado produziu um documento sobre o tema, apresentado ao Conselho de Assuntos Gerais na reunião de abril de 2011. O relatório foi muito elogiado e o Conselho reputou positiva a avaliação ali apresentada sobre as questões de direito internacional privado relativo à situação das crianças e outras envolvendo a gestação de substituição. Nas suas recomendações finais, convidou o Secretariado a continuar os estudos e a coleta de informações de outros sistemas jurídicos para uma análise de direito comparado sobre as necessidades práticas do tema. Também enfatizou que o Secretariado deveria envidar esforços para mapear as possibilidades sobre um consenso dentro de uma visão global. Indicou ao Secretariado a importância de efetuar consultas com profissionais de outras áreas, em especial da área de saúde, para levantar a natureza dos problemas que ocorrem na gestação de substituição. Um relatório preliminar sobre os estudos deverá ser apresentado pelo Secretariado na reunião anual do Conselho em 2012.

Nesse sentido, instada e em colaboração com a Conferência da Haia, a Universidade de Aberdeen, sob o comando dos Professores Paul Beaumont e Katarina

---

14 A Conferência da Haia aprovou, nos últimos anos, várias convenções que cuidam de questões da infância. São elas: Duas convenções sobre alimentos, 1973; Convenção sobre os aspectos civis do sequestro de menores, 1980; Convenção sobre adoção internacional, 1993; Convenção sobre proteção das crianças, 1996, e, em 2007, a nova Convenção sobre alimentos. Todos os textos e a lista dos países que delas participam estão disponíveis no *site* <[www.hcch.net](http://www.hcch.net)>.

15 Documento final de conclusões e recomendações da Reunião da Comissão Especial sobre a operação da Convenção sobre adoção internacional, realizada em junho de 2010, disponível na página da Conferência da Haia, em <[www.hcch.net](http://www.hcch.net)>, na seção relativa a adoção internacional.

Trimblings, iniciaram uma pesquisa de direito comparado com o título: “International Surrogacy Arrangements: an urgent need for a legal regulation at the international level”. Na justificativa do projeto, os professores apontam o rápido desenvolvimento na área de medicina reprodutiva, e entre seus resultados uma significativa popularização da técnica de gestação de substituição.

Uma das variáveis relativas à expansão da gestação por substituição são as dificuldades e restrições à adoção, tanto no plano interno, como no internacional. Outra variável é a grande lacuna legislativa, não sendo exagero dizer que existe um florescente mercado para a gestação de substituição que está ganhando atenção da mídia. A gestação de substituição no plano internacional traz grande preocupação pela ausência de regulamentação adequada. O projeto procura explorar as possibilidades da criação de regras especiais para a gestação de substituição no plano internacional.

Para discutir a primeira fase do tema, elencando as questões de direito comparado, foi enviado aos especialistas dos países convidados um questionário com os itens relevantes. Em seguida, realizou-se uma reunião do grupo de trabalho, na Universidade de Aberdeen, em agosto de 2011, no qual os relatórios foram apresentados, discutidos e apontadas as diferenças entre os sistemas jurídicos. No momento, a versão escrita do relatório será enviada e a sua publicação está prevista para meados de 2012. O Brasil foi representado pelo Grupo de Pesquisa sobre Gestação de Substituição da PUC-Rio, composto pelas autoras desse artigo<sup>16</sup>.

O próximo passo será a discussão na Reunião de 2012 do Conselho de Assuntos Gerais da Conferência da Haia do relatório a ser apresentado pelo Secretariado, ainda na sua versão preliminar, pois só em 2013 será decidido qual o rumo da regulamentação dos aspectos internacionais da gestação de substituição no âmbito da Conferência da Haia. Vários formatos estão em análise, seja o da convocação de uma Comissão Especial dos Estados membros para a elaboração de uma convenção internacional que regule o tema no âmbito global, seja para a elaboração de um conjunto de princípios gerais, conhecidos como *soft law*.

## CONCLUSÕES

O estudo empreendido até o momento demonstra as dificuldades encontradas no que diz respeito à normatização da gestação de substituição, tanto no plano interno quanto internacional, ambos lacunosos e carentes de racionalidade nas poucas regras encontradas.

---

16 Para maiores informações, ver em <[www.abdn.ac.uk/law/surrogacy/](http://www.abdn.ac.uk/law/surrogacy/)>.

O tema releva uma reflexão mais ampla do que o mero debate sobre conflitos ou possíveis conflitos positivos de maternidade. É imperiosa a adoção pelos responsáveis, tanto no plano interno, quanto internacional de uma regulamentação que defina a maternidade nos casos de gestação de substituição de forma expressa.

Essa regulamentação deve contemplar um leque variado de tópicos, entre os quais destacamos: a) se a opção da legislação será pelo contrato do tipo oneroso ou gratuito; b) a possibilidade da determinação da maternidade através de contrato, o que possui duas implicações – no que diz respeito ao registro de nascimento que espelhe essa nova situação, e às consequências advindas do registro para a determinação da nacionalidade brasileira por *ius sanguinis*, pois a situação cria um novo critério para sua declaração; c) aceitando-se a validade do acordado, não se pode deixar de impor aos pais contratantes todas as obrigações decorrentes da filiação; d) determinar com clareza os limites impostos àquela que se dispõe a participar como gestante de substituição; e) prever um sistema de supervisão e fiscalização das clínicas que praticam as técnicas da gestação de substituição, não apenas nos aspectos médicos, mas também quanto à observância das regras que regulamentam a prática médica e a bioética. Por fim, a regulamentação deveria preocupar-se com as consequências da prática do turismo procriativo, no plano jurídico, ao menos até que a comunidade internacional se manifeste e produza um documento global.