XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

LETÍCIA ALBUQUERQUE

MÔNICA NEVES AGUIAR DA SILVA

VALMIR CÉSAR POZZETTI

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

B615
Biodireito e direito dos animais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Letícia Albuquerque, Mônica Neves Aguiar Da Silva, Valmir César Pozzetti – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-210-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Biodireito. 3. Direito dos Animais.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

Apresentação

A edição do XXV Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrida em Brasília, em julho de 2016 consolida o Biodireito e o Direito dos Animais como áreas de ampla produção acadêmica em programas os mais diversos, em todos os quadrantes do país.

O grande interesse demonstrado pelos pesquisadores em estudar temas dessas áreas encontrou, nas sessões do Grupo de Trabalho realizadas no evento, uma enorme receptividade e oportunidade de discussão.

A obra que ora apresentamos reúne os artigos selecionados, pelo sistema de dupla revisão cega, por avaliadores ad hoc, para apresentação no evento.

Diversamente do ocorrido em edições anteriores, na atual obra constatamos uma diversidade temática tal, incapaz de propiciar um bloco de interesse específico dos pesquisadores, senão que estamos ampliando, cada vez mais, o alcance do Direito nos temas discutidos.

Apresentamos, assim, os trabalhos desta edição.

O trabalho intitulado “A MORTE DIGNA EM PACIENTES TERMINAIS POR MEIO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO BRASIL”, de autoria de Janaína Reckziegel e Beatriz Diana Bauermann Coninck, aborda dados historiais e a partir daí, procura oferecer suporte teórico apto a distinguir-se a eutanásia e o suicídio assistido. Ocupa-se, ainda, da ortotanásia para defini-la como uma forma digna de morrer. Examina os cuidados paliativos na realidade brasileira, e procura responder de que maneira a morte de pacientes terminais tem ocorrido no Brasil, fazendo uso do método dedutivo de abordagem qualitativa.

Os autores Valmir César Pozzetti e Lais Batista Guerra trabalham “A NECESSIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE UM CÓDIGO DE ÉTICA ALIMENTAR E DE UMA LISTA NEGRA PARA O MAU PRODUTOR DE ALIMENTOS TRANSGÊNICOS”. Após afirmarem que os alimentos transgênicos, criação da engenharia genética, foram introduzidos no mercado consumidor ao arrepio do Principio da Precaução, concluem que é possível criar um Código de Ética e uma lista negra para tipificar o produtor que cause prejuízos à sociedade.

Trazendo em seu título já anunciada a circunstância de que o trabalho é realizado em atividade comparativa entre o sistema brasileiro e o suíço Gabriela Franziska Schoch Santos Carvalho e Rafael Speck de Souza identificam no texto “A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS NO BRASIL E NA SUÍÇA: ASPECTOS LEGAIS COMPARADOS” normas constitucionais em ambos os países que se referem à defesa do direito dos animais e, em seguida, buscam analisar normas infraconstitucionais, de natureza federal, aptas a gerarem essa efetiva proteção.

Patrícia Farias dos Santos se debruça, em seu texto “A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA, ASPECTOS JURÍDICOS E A CONTROVÉRSIA JURÍDICA EM RELAÇÃO A IDENTIDADE DO DOADOR”, sobre alguns aspectos controvertidos a respeito da reprodução assistida heteróloga, em especial a questão relacionada entre o sigilo da identidade do doador e o direito ao conhecimento da identidade genética. Ao fazê-lo, procura realizar uma análise das normas legais aplicáveis no Brasil e o entendimento dos tribunais pátrios.

Carlos Augusto Lima Campos brinda seus leitores com um trabalho no qual procura analisar o discurso de profissionais da área de saúde no estado de Santa Catarina sob o título “ANÁLISE DO DISCURSO RELIGIOSO À LUZ DA ÉTICA MÉDICA: O MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA E A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA ARGUMENTATIVA”

O tema sobre “AS (IN) CERTEZAS DA TECNOCIÊNCIA E O DIREITO: UMA ABORDAGEM NECESSÁRIA” é explorado por Ester de Carvalho em estudo que pretender entender, com base na interdisciplinaridade que o tema exige e nos preceitos Bioéticos, as dificuldades afetas à resolução de conflitos tecnociêntíficos em tempos de (in) certeza. Procura demonstrar o alcance da tecnociência, dada a velocidade das modificações que propõe, e o que a autora entende como dificuldade intrínseca das ciências jurídicas em fortalecer seus institutos de 'dever ser' em situações de risco e escassez de certezas.

O direito a ter filhos, a intimidade genética e a indevida ingerência do Estado alcançando esfera eminentemente privada, foi o tema trazido por Helena Cristina Aguiar De Paula Vilela e Maria Cristina Paiva Santiago em seu texto “ASPECTOS ÉTICO-JURÍDICOS DO EMBRIÃO IN VITRO: CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA”.

Tema sempre presente em outras edições do CONPEDI, a maternidade por gestação substituta ganhou colorido especial quando abordada a questão referente à nacionalidade do

nascido no exterior, em decorrência da técnica no texto de Florisbal de Souza Del Olmo. Sob o título "BARRIGA DE ALUGUEL NO EXTERIOR E A AQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA".

Em "BIODIREITO, ANIMAL DE ESTIMAÇÃO E EQUILÍBRIO FAMILIAR: APONTAMENTOS INICIAIS", Tereza Rodrigues Vieira traça um panorama acerca da relação dos animais de estimação no âmbito familiar através das discussões levadas ao judiciário sobre a situação jurídica destes animais. Para a autora, em razão da vulnerabilidades dos animais, as soluções jurídicas adotadas nesses casos devem sempre considerar o bem-estar animal.

Mariana Carolina Lemes e Patrícia Nunes Lima Bianchi, abordam a questão dos ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS (OGMS) E A ATUAL POLITICA BRASILEIRA PARA O TEMA, ressaltando os dez anos da edição da Lei n° 11.105/2005 sobre o tema.

Diego Fonseca Mascarenhas e Debora Simões Pereira, em "DIREITO HUMANO AO BOM USO DA CIÊNCIA NA PESQUISA FARMACOLÓGICA: CRITICAS AO MÉTODO CIENTIFICO E DO PODER SOBRE O CORPO" problematizam a questão da possibilidade de desenvolvimento do direito humano a uma boa ciência ou um bom desenvolvimento da ciência, por meio do direito alinhavado à bioética, analisando a conjuntura mercadológica dos fármacos. Os autores abordam ainda questão da violência sobre os direitos fundamentais realizada pela indústria farmacêutica e discutem o enquadramento do direito e da democracia como elementos de proteção aos direitos fundamentais.

Suelen de Souza Fernandes aborda o cenário das normas brasileiras quanto aos animais não humanos e sua relação com os animais humanos, bem como a não efetividade do texto constitucional sobre a proteção dos animais não humanos, no artigo "DIREITOS ANIMAIS E A PROBLEMÁTICA DA EFETIVIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL". Ana Virginia Gabrich Fonseca Freire Ramos e Beatriz Souza Costa em "EU QUERO IR PARA O CÉU? O CASO DE JULIANNA SNOW", apresentam através do caso da menina norte-americana Julianna Snow o importante debate sobre capacidade, vulnerabilidade e autonomia privada.

Vera Lucia da Silva e Marcelo Saccardo Branco, em "LIMITAÇÕES JURÍDICAS À EXPERIMENTAÇÃO NO NOVO ESTATUTO DOS ANIMAIS" discutem a questão da

experimentação animal a partir de dois pontos principais: primeiro, uma abordagem teórica do biodireito e da bioética; e, depois, através da analise da Lei Arouca e do Projeto de Lei que visa alterar a Lei Arouca, atualmente em tramitação no Senado Federal.

Isabele Bruna Barbieri e Paulo Roney Ávila Fagúndez em “BIODIREITO E A POLUIÇÃO INVISÍVEL: INTRODUÇÃO À COMPLEXIDADE” apresentam uma análise e reflexão sobre a importância do pensamento complexo para avaliar as diversas formas de poluição invisível, a fim de que o biodireito e a bioética atuem para melhor regulamentar os direitos humanos fundamentais, à vida, à saúde, à dignidade do homem e das demais formas de vida.

Riva Sobrado De Freitas e Daniela Zilio investigam a possibilidade de que o direito à autonomia do paciente terminal possa alicerçar um possível direito à morte digna no artigo intitulado “O DIREITO À MORTE DIGNA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO À AUTONOMIA DO PACIENTE TERMINAL”.

Em “O PARADOXO ENTRE A AUTONOMIA E A BENEFICÊNCIA NAS QUESTÕES DE SAÚDE: QUANDO O PODER ENCONTRA A VULNERABILIDADE”, Mônica Neves Aguiar da Silva apresenta uma proposta para equilibrar o respeito pela autonomia e o princípio da beneficência, de modo a afastar o paternalismo forte ou radical.

Em “O PRINCIPIO BIOÉTICO DA AUTONOMIA ANTE O RISCO DE TESTES DE MEDICAMENTOS REALIZADOS EM SERES HUMANOS”, Gustavo Oliveira e Larissa Schuller buscam, através do Princípio da Autonomia, enfatizar que a Teoria do Risco deve ser empregada com cautela no tocante ao uso de medicamentos em seres humanos, uma vez que o desenvolvimento científico deve estar a serviço da preservação da vida com dignidade. Trazem uma abordagem histórica sobre o uso de medicamentos em seres humanos, sem o consentimento esclarecido destes e, à luz dos princípios Bioéticos, da legislação nacional e internacional, e da Teoria do Risco (Ulrich Beck), concluem que a liberdade de escolha não é absoluta; eis que deve haver um equilíbrio entre tais institutos e o princípio da Dignidade da pessoa humana.

Já Heron Gordilho e Raíssa Pimentel, fazem uma análise sobre o status moral e jurídico que as correntes da filosofia ambiental reivindicam aos animais e à natureza. Em “OS ANIMAIS, A NATUREZA E AS TRÊS ECOFILOSOFIAS”, buscam fundamentar seus argumentos no texto Constitucional e na Teoria da “Ecologia Profunda”, proposta por Arne Naess (1.973). Concluem que o estudo é extremamente relevante, pois sem a natureza e sem os animais, não haverá vida no planeta e propõem a concretização de uma disciplina nos cursos de Direito, intitulada “Direitos dos Animais”, bem como a construção de uma Ética Animal.

Em “PATRIMÔNIO GENÉTICO : UMA ABORDAGEM CONCEITUAL INTERDISCIPLINAR E ANÁLISE COMPARATIVA DOS MARCOS REGULATÓRIOS BRASILEIRO E SUÍÇO”, Nathalia Brito e Émilien Reis abordam, primeiramente, o acesso como a repartição do patrimônio Genético, no Direito Comparado (Brasil x Suíça), definindo, inicialmente, o que seria Patrimônio Genético e sua composição, para depois discorrer sobre a titularidade e acesso a esse patrimônio. Destacam a proteção jurídica no Brasil, bem como na suíça e, finalizam concluindo que o Patrimônio Genético não é apenas um elemento constituinte dos seres vivos, mas compreende também : processos, substâncias e informações que podem ser utilizados pelo ser humano e que, dessa forma, a tutela do Patrimônio Genético precisa superar conflitos, buscando como norte, as diretrizes do Protocolo de Nagoya, principalmente no tocante à repartição de benefícios e transferência de tecnologia.

Célia Alcântara Lima, em “PESQUISA EM SERES HUMANOS: PERSPECTIVAS ATUAIS NO BRASIL” aborda a normatização Ética na experimentação em seres humanos no Brasil, através do CONEP. Para isso, faz uma análise dos Princípios Internacionais da Bioética buscando nestes, subsídios teóricos para a regulamentação brasileira. A autora, depois de um escorço histórico, analisa as infrações éticas ocorridas destacando o marco regulatório de pesquisas em seres humanos no Brasil e a atuação do CONEP, as diretrizes da Lei de Biossegurança (11.105/2005) e a necessidade de se aprovar o PL nº 200/2015 de propositura do Senador Aloysio Nunes Ferreira que prevê mudanças que gerarão maior proteção dos seres humanos.

Já Fernanda Medeiros e Giovana Hess tratam, em “PROTEÇÃO JURÍDICA AOS ANIMAIS NO BRASIL: REFLEXOES ENTRE O DECRETO Nº 24.645/34 E O PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL Nº 351/15”, do conteúdo do PL Nº 351/15, que visa alterar o Código Civil, para descaracterizar os animais como coisa e incluí-los como bens. Fazem um escorço histórico e legislativo do assunto até os dias de hoje, concluindo que o PL é um retrocesso legislativo, vez que todo ser vivo hodiernamente passa a ser sujeito de direito e de proteção estatal e, conforme artigo 225 da CF/88, deve ser, a eles, atribuída a “dignidade”, tendo em vista sua integração junto aos seres humanos.

Anna Rettore e Maria de Fátima Freire Sá, em “REGISTRO CIVIL DE CRIANÇAS NASCIDAS DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DE JULGAMENTOS PELO TRIBUNAL SUPREMO ESPANHOL”, tratam, com clareza e robustez, do registro civil de crianças nascidas de gestação de substituição no Brasil, onde não há legislação protetiva; o artigo faz uma comparação com o direito Espanhol e analisa, no Brasil, a Resolução nº 2.121/2015 do CRM e o Provimento nº 52/2016 do CNJ, como únicos amparos legais para assegurar a dignidade a essas crianças.

Em “TRANSPLANTE E ANIMAIS: QUESTÕES ÉTICAS E NORMATIVAS”, Mary Chalfun traz uma reflexão sobre a “coisificação” da vida não humana, no tocante ao uso indiscriminado de animais que serão utilizados para transplantar seres humanos. Faz uma reflexão sobre qual vida é mais importante: de humanos ou de não humanos ? Faz uma digressão sobre a valorização da vida dos animais e sobre a ética e fundamenta o seu discurso na Ética e Biodireito, provocando o enfrentamento da problemática: é possível a evolução da medicina em prol da saúde humana com desrespeito à vida de animais não humanos?

Fernanda Cardozo e Patrícia Marcheto, em “ZIKA VÍRUS, MICROCEFALIA E ABORTO: O PAPEL DA BIOÉTICA PERANTE O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA, O DIREITO À VIDA E À SAÚDE”, enfrentam a problemática do aborto em relação aos fetos acometidos pelo Zika Vírus, comparando-os aos fetos Anencéfalos (objeto da ADPF nº 54) e, com fundamento no Princípio da Autonomia e do dever do Estado em garantir a saúde, concluem que é possível descriminalizar o aborto do feto, em casos de Microcefalia.

Finalizando, Danielle Espinoza em “DÁ-ME TEU TESTE GENÉTICO E TE DIREI QUEM ÉS – A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DADOS GENÉTICOS NA ERA DA BIOTECNOLOGIA.”, a autora Danielle Espinoza analisa a tutela constitucional da proteção de dados biológicos do individuo no âmbito do “direito à identidade genética”. Discorre, dentre outras situações, sobre a impossibilidade de um futuro e provável empregador acessar o banco de dados genético de uma candidato a emprego e, após conhecer sua constituição genética, negar-lhe o emprego. A autora destaca que o “Direito” deve regulamentar a inovação tecnológica e o progresso cientifico à fim de evitar a “discriminação genética”, uma vez que se a discriminação genética não for vedada pela normas jurídicas, empregadores, planos de saúde, seguradoras, etc..., podem utilizar os “bancos genéticos” à prejuízo do indivíduo.

Assim, a presente obra é um verdadeiro repositório de reflexões sobre Biodireito e Direito dos Animais, o que nos leva a concluir que as reflexões jurídicas, nessa obra, são contribuições valiosas no tocante a oferta de proposições que assegurem Direitos aos Animais Humanos e Não Humanos. Reflexões estas que devem ser levadas ao conhecimento de todas as Nações, uma vez que o homem não vive só, mas em harmonia com os demais seres, sendo imprescindível discutir e assegurar direitos, não só do homem, mas dos animais não-humanos.

Desejamos, pois, uma excelente leitura a todos.

Profª Drª Letícia Albuquerque

Profª Drª Mônica Neves Aguiar da Silva

Prof. Dr. Valmir César Pozzetti

BARRIGA DE ALUGUEL NO EXTERIOR E A AQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE BRASILEIRA

SURROGACY ABROAD AND THE ACQUISITION OF BRAZILIAN CITIZENSHIP

Florisbal de Souza Del Olmo [1]

Resumo

O presente trabalho versa sobre a aquisição da nacionalidade brasileira nata dos filhos de cidadãos brasileiros gerados por "barriga de aluguel" no exterior. Primeiramente, busca-se contextualizar tal prática no âmbito nacional, em vista dos dispositivos da legislação brasileira em vigor. Observa-se que a falta de instrumento normativo específico sobre o tema tem levado muitos brasileiros a recorrer a esse tipo de serviço no exterior. A seguir, analisa-se a experiência de países que permitem esse comércio transnacional. Por fim, argumenta-se que há possibilidade, na esfera do Direito Internacional Privado, de aquisição da nacionalidade brasileira nata.

Palavras-chave: Técnicas de reprodução assistida, Aquisição da nacionalidade brasileira, Gestação de substituição no exterior

Abstract/Resumen/Résumé

This article examines the acquisition of Brazilian citizenship at birth by children born abroad through surrogacy to Brazilian citizen parents. In the first part, this practice is examined in the national context, in light of the current Brazilian legislation. It is observed that the lack of a specific law covering this subject has been impelling several Brazilians to contract this kind of service abroad. Next, a brief overview of the experience of countries that allow this transnational commerce is presented. In the final part, it is argued that, based on private international law, the acquisition of Brazilian citizenship is possible.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Assisted reproductive techniques, Acquisition of brazilian citizenship, Surrogacy abroad

[1] Especialista, Mestre e Doutor em Direito. Professor do Mestrado em Direito da URI, Santo Ângelo, RS. Autor de Curso de Direito Internacional Privado, 11. ed. 2015.

Considerações iniciais

Com o avanço da medicina, muitas técnicas de reprodução assistida têm sido criadas e aperfeiçoadas com o objetivo principal de resolver dificuldades relativas à reprodução humana, consistindo em importante recurso para aqueles que têm problemas relacionados à fertilidade e à esterilidade.

Nesse contexto, a partir do momento que a fertilização *in vitro* permitiu que a fecundação do gameta masculino e o óvulo feminino ocorresse em um tubo de ensaio a fim de que, posteriormente, o embrião fosse transferido para o útero de uma mulher, surgiu a possibilidade de uma mulher (mãe gestacional) gerar um filho com o óvulo de outra (mãe genética). É possível, ainda, haver uma terceira pretendente à mãe, quando for utilizado banco de óvulos (mãe socioafetiva).

Esse método revolucionário pode ser o único meio para muitos casais, héteros ou homossexuais, realizarem o seu sonho de constituir uma família. No entanto, em nosso país, a cessão do útero somente é possível em situações bem específicas, conforme será visto no decorrer deste artigo. A mulher que ceder o seu útero para gestar o bebê de outrem não poderá receber qualquer contraprestação financeira para tanto, sendo vedado, portanto, o que se chama popularmente de "barriga de aluguel".

No Brasil, embora inexista legislação específica sobre o assunto, há normas voltadas para a comunidade médica, de cunho ético e deontológico, com o intuito de pautar a utilização de técnicas de reprodução assistida no exercício da medicina em território nacional. Assim, quando o(s) interessado(s) não se enquadrarem nos parâmetros estabelecidos para utilização de técnicas de reprodução assistida, podem vir a optar por procurar clínicas e médicos no exterior, em países onde a legislação seja mais flexível, muitos dos quais permitem a gestação de substituição mediante contraprestação financeira.

Esse fenômeno, o qual se tem denominado de "turismo reprodutivo",[1] vem sendo observado com cada vez mais frequência entre os brasileiros, advindo uma série de questões jurídicas a serem analisadas. Tais temas muitas vezes não encontram subsídios no ordenamento jurídico pátrio, que ainda apresenta muitas lacunas a respeito do assunto.

[1] ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (coords.). **Direito Internacional Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 482-483 e 499.

Questiona-se o direito dessa criança, nascida no exterior e filha de cidadão brasileiro(a), à nacionalidade brasileira nata, uma vez que normalmente é gerada por meio de gestação de substituição mediante pagamento – situação que não seria autorizada no Brasil.

O presente trabalho abordará primordialmente essa questão, analisando brevemente as normas relacionadas sobre o tema em vigor no País, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, de assaz complexidade e de dimensão interdisciplinar.

1. Gestação de substituição na legislação pátria

As técnicas de reprodução medicamente assistida ocorrerão "sempre que houver qualquer tipo de interferência médica para viabilizar ou facilitar a procriação,[2] não abrangendo tão somente os procedimentos de inseminação artificial ou fertilização *in vitro* (e suas variações), mas também outros métodos no qual há a relação sexual, como a administração de medicamentos para estimular a ovulação. A fim de melhor contextualizar o tema, vale lembrar alguns conceitos presentes ao estudarmos essas técnicas, que, de modo geral, poderão ser classificadas em:[3]

a) intracorpóreas: método por meio do qual a fecundação ocorre no interior do corpo da mulher, no qual é inserido o gameta masculino no aparelho genital feminino tal como a inseminação artificial;

b) extracorpóreas: trata-se da fertilização *in vitro* (FIV), procedimento em que o óvulo e o espermatozoide são fecundados fora do corpo da mulher, em um tubo de ensaio ou mídia de cultivo, para, posteriormente, o óvulo fecundado ser transferido para o útero;

c) homólogas: quando é utilizado o material genético – óvulo e espermatozoide – do próprio casal; e

d) heterólogas: quando é utilizado o material genético de doadores, seja o óvulo, o espermatozoide ou ambos.

A gestação de substituição, doação temporária do útero, barriga solidária ou maternidade por sub-rogação, popularmente conhecida como "barriga de aluguel", é objeto de escassa normatização pela legislação brasileira vigente, que não logra acompanhar a rapidez das evoluções científicas que a tecnologia proporciona.

---

[2] SOUZA, Marise Cunha de. As Técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e Paternidade. Bioética. **Revista da EMERJ**, v. 13, nº 50, 2010, p. 350.

[3] SOUZA, Marise Cunha de. As Técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e Paternidade. Bioética. **Revista da EMERJ**, v. 13, nº 50, 2010. p. 350-351.

Transcorridas mais de três décadas do nascimento do primeiro bebê de proveta brasileiro (nascido em 7 de outubro de 1984), ainda não há, no País, legislação específica que regule a prática, a exceção de normas de conduta médica, emanadas pelo Conselho Federal Medicina (CFM), e de poucos dispositivos do Código Civil, que são insuficientes para sanar todos os questionamentos jurídicos daí advindos – de âmbito civil, administrativo e penal –, dadas as consequências da utilização das técnicas de reprodução assistida.

O art.1.597 do Código Civil limita-se a prever a presunção da paternidade, no âmbito da união matrimonial, em casos que envolvem fertilização assistida.[4] Infelizmente, o referido documento legal é silente no que diz respeito à configuração da maternidade em tais situações. Segundo a lei civil, mãe é a parturiente – aquela que gestou e deu a luz à criança – e em seu nome será emitida a Declaração de Nascido Vivo (DNS), que subsidiará o registro civil do menor.[5] No entanto, a utilização de métodos de reprodução assistida flexibilizou um dos mais antigos e tradicionais princípios do direito – *mater semper certa est* – uma vez que a mãe gestacional pode não ser a mãe genética.

Apesar de louvável, a tentativa do legislador de abordar a matéria deixou a desejar e suscitou mais questionamentos do que preencheu lacunas. Nesse sentido, VENOSA adverte que o Código Civil não autorizou nem regulamentou a reprodução assistida, solucionando apenas esse aspecto sobre a presunção da paternidade.[6]

Cumpre ressaltar que já tramitaram ou tramitam no Congresso Nacional inúmeros projetos de lei com vistas a regulamentar a utilização das técnicas de reprodução assistida. Entre eles pode-se citar: PL nº 3.638/1993, PL nº 2.855/1997, PL nº 4.655/2001, PL nº 1.135/2003, PL nº 1.184/2003, PL nº 2.061/2003, PL nº 4.892/2012 e PL nº 115/2015. Em sua maioria, eles proíbem a gestação por sub-rogação na sua forma comercial.

Em vista da lacuna legal, o órgão de fiscalização específico da classe médica, o Conselho Federal de Medicina, criado pela Lei nº 3.268/57, estabeleceu diretrizes básicas de conduta ética sobre o assunto, por meio de resolução, que tem como destinatários os médicos que atuam no território nacional. Tal órgão, que tem natureza jurídica de autarquia federal, exerce a atividade de fiscalização do exercício profissional da medicina.[7]

---

[4] Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...)
III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

[5] Nesse sentido, ver o art. 10 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

[6] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 240-241.

[7] Nesse sentido, ver ADI 1.717-6/DF e o MS 22.643-9/SC.

Atualmente, a principal norma sobre o assunto consiste na Resolução nº 2.121, de 24 de setembro de 2015. Antes dela, as Resoluções nº 2.013/2013, nº 1.957/2010 e nº 1.358/1992 traziam disposições sobre o tema. De acordo com a Resolução, os médicos, no desempenho de suas funções em clínicas, centros e serviços de reprodução humana, deverão observar certos princípios na utilização de métodos de reprodução assistida, tais como: não podem ser utilizadas para a escolha de sexo ou de qualquer característica biológica do futuro filho (exceto em casos de possível doença genética relacionada ao sexo); a doação de gametas não deverá ter caráter lucrativo comercial; e não podem ser implantados mais de quatro óvulos fertilizados por mulher (o número de óvulos dependerá da idade da mulher). Em relação às resoluções anteriores, o documento de 2015 trouxe duas principais novidades: a possibilidade de gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não haja infertilidade e a possibilidade excepcional de que mulheres com mais de 50 anos utilizem técnicas de reprodução assistida.

No que diz respeito especificamente à utilização da técnica de reprodução assistida para criar a situação identificada como "gestação de substituição", a norma é clara ao determinar alguns requisitos a serem preenchidos. São eles:

a) somente será possível nos casos em que houver algum problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva. Ou seja, tecnicamente, a cessão do útero não poderia ocorrer pelo simples acordo entre a mãe infértil e a mãe portadora, devendo haver um diagnóstico médico contraindicando a gestação por parte da mãe genética.[8]

Salienta-se que a resolução permitiu explicitamente, assim como já o fizera a resolução de 2013, o uso da técnica para uniões homoafetivas, adaptando-se à realidade jurídico-social brasileira diante da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 132, segundo a qual a união entre parceiros do mesmo sexo foi reconhecida como uma forma de entidade familiar. O acórdão esclareceu que o art. 1.723 do Código Civil deve ser interpretado conforme a Constituição, de forma a reconhecer a união estável homoafetiva segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

b) a cedente do útero deve pertencer à família de um dos autores do projeto parental num parentesco consanguíneo de até o quarto grau (mãe, avó, irmã, tia ou prima). Ausente o laço de parentesco, o procedimento somente poderá ser efetuado após autorização do Conselho Regional de Medicina. A resolução de 2013 aumentou o leque de possíveis cedentes

[8] VIEIRA, Tereza Rodrigues; SIMÃO, Pedro Alci. "Barriga de aluguel" – aspectos bioéticos e jurídicos. **Revista Jurídica Consulex**. Ano XIII. N. 291. 28 de fevereiro de 2009. p. 29.

de útero, enquanto as resoluções anteriores restringiam a utilização da técnica apenas para parentes de até segundo grau de parentesco (mãe, avó e irmã). A resolução de 2015 manteve o mesmo rol.

c) a cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. Portanto, casos de "barriga de aluguel", no qual a mulher que cede o útero recebe contraprestação pecuniária para realizar esse "serviço", não podem ser aceitos pelas clínicas e profissionais médicos. Interessante notar que resolução anterior citava o "contrato" que deveria ser assinado entre os pacientes – pais genéticos – e a doadora temporária do útero – a mulher que gestou o bebê e deu à luz – estabelecendo explicitamente a filiação da criança gerada; enquanto a resolução de 2015 utilizou a expressão "termo de compromisso" a ser firmado entre as partes.

Não obstante as referidas regras estabelecidas pelo CFM, sabe-se que em nosso país muitas mulheres oferecem o serviço de "barriga de aluguel" – a cessão do útero mediante contraprestação financeira –, podendo-se encontrar, inclusive, anúncios nos classificados dos principais jornais ou, mais facilmente, na internet.[9] Especula-se que boa parte das gestações por substituição efetuadas no Brasil sejam realizadas mediante pagamento, em desacordo com as disposições da Resolução do CFM e, principalmente, ignorando as inúmeras implicações de caráter jurídico, moral, ético, psicológico, social e, até mesmo, religioso.[10]

Como já observado, a referida norma do CFM destina-se à classe médica, de modo que permanecem inúmeros questionamentos acerca do tema, que paira em um limbo jurídico. A título de exemplo, podem-se apontar as seguintes questões ainda não contempladas pela legislação brasileira: quais os direitos e garantias das partes envolvidas; como definir a parentalidade da criança diante de possível conflito positivo de maternidade e paternidade; o que deve ocorrer com as mulheres que oferecem o "serviço" de "barriga de aluguel" no Brasil; e qual será o procedimento para a lavratura do registro de nascimento da criança nesses casos.

Cumpre lembrar que, por previsão constitucional (art. 199, §4º), a comercialização do corpo ou parte dele é proibida. Conforme esclarece DELMANTO,[11] a lei proíbe expressamente, de acordo com tratados internacionais, resoluções da Organização Mundial da

[9] Nesse sentido: COLLUCCI, Claudia. Análise: Sem lei, conflito pode ir além do comércio ilegal de útero. **Folha de S. Paulo,** São Paulo, 07 ago. 2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/08/1496907-analise-sem-lei-conflito-pode-ir-alem-do-comercio-ilegal-de-utero.shtml>. Acesso em: 16/03/2016.

[10] VIEIRA, Tereza Rodrigues; SIMÃO, Pedro Alci. "Barriga de aluguel" – aspectos bioéticos e jurídicos. **Revista Jurídica Consulex**. Ano XIII. N. 291. 28 de fevereiro de 2009. p. 31.

[11] DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Leis Penais Especiais Comentadas**. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 397.

Saúde e da nossa Constituição da República, que uma pessoa comercialize parte de seu corpo, sejam órgãos, tecidos ou membros, impondo-se limitação ao princípio de que todos são donos de seu próprio corpo.

Nessa linha de pensamento, parte da doutrina entende que o fato poderia ser enquadrado no art. 15 da Lei nº 9.434/1997, segundo o qual poderá ser punido com pena de reclusão de 3 a 8 anos quem "comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do copo humano".[12] Nos termos do referido tipo penal, incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufere qualquer vantagem com a transação.

Outro dispositivo que eventualmente poderia abarcar essas situações é o art. 242 do Código Penal, que penaliza os atos de "dar parto alheio como próprio" e "registrar como seu filho de outrem".

Os inúmeros problemas e desdobramentos jurídicos que podem advir do procedimento do "barriga de aluguel", tal como a recusa da mãe biológica de entregar a criança ou a recusa dos pais genéticos de acolherem a criança com má formação fetal, demonstra a necessidade premente de que o assunto seja regulamentado na esfera civil, administrativa e penal brasileira. Os avanços tecnológicos permitem que tais técnicas sejam utilizadas e elas continuarão ocorrendo, sendo ou não regulamentadas pelo direito.

Esse assunto tem gerado acalorada discussão a respeito da validade jurídica de eventual contrato oneroso de gestação de substituição. Para parte considerável da doutrina, tal contrato deverá ser considerado nulo, já que seu objeto é imoral, ferindo a dignidade do ser humano ao acarretar a coisificação da pessoa.[13] No entanto, alguns juristas entendem que tal contrato não seria injurídico,[14] já que não se configura conduta típica penal. Como não é o escopo do presente trabalho adentrar na discussão jurídica dessa questão específica, deixaremos o assunto para uma próxima oportunidade.

À luz do que precede, pode-se inferir que, no Brasil, a gestação de substituição somente deverá ser utilizada em último caso – contraindicação médica de gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva –, por motivos de solidariedade e de afeto – sem o

[12] BRASIL. Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em<www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em: 11/07/2014.

[13] Nesse sentido: VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 247-248; DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 27. ed. Saraiva: São Paulo, 2012. p. 490; GONÇALVES, Fernando David de Melo. A maternidade substituta no Brasil. **Revista Jurídica Consulex**. Ano XIII. N. 291, 28 de fevereiro de 2009. p. 24.

[14] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: Família. Sucessões. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 175.

recebimento de pagamento pela cessão do útero, exceto referente ao tratamento e acompanhamento médico da mãe doadora temporariamente do útero, até o puerpério.

2. O comércio internacional da "barriga de aluguel"

Segundo dados da Organização Mundial da Saúde (OMS),[15] estima-se que um em cada quatro casais em países em desenvolvimento tem algum problema relacionado à fertilidade, ou seja, que não consegue engravidar após 12 meses de relações sexuais regulares sem a utilização de qualquer método contraceptivo. Em alguns desses casos, gerar uma criança valendo-se de técnicas de reprodução assistida por meio da cessão de útero por terceiro pode ser a única forma para realizar o sonho de ter um filho. Essa também pode ser a única opção para casais homoafetivos ou pessoas solteiras.

A falta de previsão legal de gestação substituta comercial na grande maioria dos Estados tem fomentado o que passou a se chamar de "turismo reprodutivo": cidadãos que saem dos seus países de origem ou de domicílio com destino a locais com legislação mais permissiva, que lhes permita pagar pela cessão temporária do útero de uma mãe substituta, realizando o sonho de constituir uma família.

Como já visto, a fim de valer-se de tal procedimento no Brasil, os interessados devem atender às disposições da Resolução nº 2.121/2015 do CFM, o que pode não ser a realidade de muitas famílias. Ceder o útero para parente de até quarto grau para fins de gestar o filho de outro(s), submetendo-se a todas as mudanças físicas e emocionais que uma gestação implica na vida de uma mulher, sem contar com o desprendimento e preparo psicológico para, após o parto, dar aos pais socioafetivos a criança com a qual se inevitavelmente criou laços, é, de fato, uma grande demonstração de amor e solidariedade. Situação mais complexa ainda é contar com terceiro, sem laços sanguíneos, disposto a realizar o procedimento – o que, ademais, dependeria de autorização prévia do Conselho Regional de Medicina. Desse modo, não raras vezes, muitos interessados ficam inviabilizados de realizar o procedimento de gestação de substituição no Brasil, pelo menos de forma lícita.

Em vista disso, muitos brasileiros, sejam solteiros, sejam casais hétero ou homoafetivos, têm procurado alternativas em outros países, cujas legislações, mais flexíveis, permitem a forma comercial da gestação substituta. Comentaremos, brevemente, sobre

[15] **Global Prevalence of Infertility, Infecundity and Childlessness**. WHO. Disponível em: <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/burden/en/>. Acesso em: 10/03/2016.

exemplos de destinos comumente procurados pelos interessados em contratar esse "serviço", alguns dos quais se tornaram verdadeiras mecas da "barriga de aluguel".

Cumpre lembrar que inúmeras questões éticas e jurídicas de direito internacional privado surgem dessa realidade que envolve leis de diferentes Estados, notadamente relacionadas ao conceito de família, tais como: quem é considerada a mãe da criança, qual é a nacionalidade da criança, qual é o seu status migratório, se o pagamento pela gestação e pelo parto seria juridicamente legal e se poderia ser objeto de contrato ou configuraria um caso de exploração da parte mais fraca (já que, normalmente, as mulheres dispostas a comercializarem seus corpos advêm das camadas de maior vulnerabilidade social). Em que pese a complexidade de questionamentos, a cessão do útero mediante contraprestação financeira é realidade em alguns países e, quando permitido a cidadãos estrangeiros, atrai interessados de outros Estados.

Segundo a *Families Through Surrogacy*, organização internacional sem fins lucrativos, o custo médio estimado para contratar o serviço de "barriga de aluguel" é de aproximadamente:[16]

– Estados Unidos: US$ 119.000,00

– Índia: US$ 47.350,00

– Tailândia: US$ 52.000,00

– Ucrânia: US$ 42.350,00

– Geórgia: US$ 57.500,00

– México: US$ 60.000,00

Nos Estados Unidos, o serviço de "barriga de aluguel" existe há mais de 30 anos, surgindo pouco depois do nascimento do primeiro bebê gerado por meio da fertilização *in vitro* no Reino Unido.[17] As legislações estaduais regulam (ou não) a prática. Estima-se que cerca de duas dezenas de estados norte-americanos permitem a "barriga de aluguel" na sua forma comercial, enquanto outros dez a reconhecem na sua forma altruísta. Via de regra, quando permitida, há regulamentação que confere segurança jurídica mínima tanto para a mãe gestacional quanto para os pais genéticos e/ou socioafetivos. As legislações tendem a facilitar a lavratura do registro da criança, de forma que os pais que contrataram o serviço constem como seus genitores. É permitido que cidadãos estrangeiros contratem esse "serviço", o que

[16] **Families Through Surrogacy**. Disponível em <http://www.familiesthrusurrogacy.com/surrogacy-costs/>. Acesso em: 14/03/2016.

[17] LEWIN, Tamar. Estados Unidos se tornam meca da barriga de aluguel. **Folha de S. Paulo**. São Paulo. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2014/07/1488286-estados-unidos-se-tornam-meca-da-barriga-de-aluguel.shtml>. Acesso em: 01/03/2016.

fez brotar centenas de agências e clínicas especializadas em assessorar nacionais estrangeiros interessados no procedimento, auxiliando desde a escolha da mãe gestacional, até com questões burocráticas e jurídicas.

Como observado, dentre os países que aceitam a forma comercial de "barriga de aluguel", nos Estados Unidos o valor total do procedimento tende a ser substancialmente mais elevado, podendo chegar a custar até US$ 150.000,00, incluindo aí o pagamento da mãe gestacional, da fertilização *in vitro*, do parto e pós-parto, da taxa da agência e de eventual doador de esperma/óvulo. O alto custo é um dos principais fatores que estimula os interessados a procurarem alternativas. Mesmo assim, estima-se que, em 2014, foram gerados, no estado americano, em torno de 2000 bebês por meio de "barriga de aluguel", quase três vezes mais do que há uma década.[18]

Até outubro de 2015, a Índia configurava como um dos destinos mais procurados por estrangeiros interessados em contratar o serviço de gestação substituta. O baixo custo da tecnologia, a oferta de médicos habilidosos e a grande demanda de mulheres dispostas a ceder o útero por contrapartida financeira transformou o país em referência mundial na área. De acordo com cifras oficiais, aproximadamente 5000 bebês têm sido gerados anualmente por meio de "barriga de aluguel"[19] nas cerca de 3000 clínicas de fertilização espalhadas pelo país.[20] Estima-se que essa indústria chegou a movimentar cifras em torno de US$ 1 bilhão de dólares por ano.[21]

A forma comercial de gestação substituta é permitida na Índia desde 2002. No entanto, inexiste, até o momento, legislação que regulamente a matéria, que tem sido regulada por decisões da Suprema Corte e por instruções do Ministério do Interior Indiano.

Em 2008, foi proposto projeto de lei sobre o tema – o "Assisted Reproductive Technolgy Bill" (ART) –, mas que, até o momento, não foi aprovado. Em julho de 2012, o Ministério do Interior Indiano emitiu a Diretiva 25022/74/2011-F.I,[22] que tornou mais severas

---

[18] LEWIN, Tamar. Estados Unidos se tornam meca da barriga de aluguel. **Folha de S. Paulo**. São Paulo. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2014/07/1488286-estados-unidos-se-tornam-meca-de-barriga-de-aluguel.shtml>. Acesso em: 01/03/2016.

[19] Despair over ban in India's surrogacy hub. **BBC**, Londres 22 nov. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/news/world-asia-india-34876458>. Acesso em: 10/03/2016.

[20] MELLO, Patrícia Campos. Justiça da Índia quer vetar aluguel de barriga a estrangeiros. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 16 de out. 2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/10/1695108-justica-da-india-quer-vetar-aluguel-de-barriga-a-estrangeiro.shtml>. Acesso em: 10/03/2016.

[21] WALLIS, Lucy. Demanda por barrigas de aluguel cria "fábrica de bebês" na Índia. **BBC News**. Brasília, 02/10/2013. Disponível em <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/10/131001_barriga_de_aluguel_india_an.shtml.> Acesso em: 11/07/2014.

[22] **Guidelines issued by the Ministry of Home Affairs vide letter no. 25022/74/2011- F.I.** 9 de jul. de 2012. Disponível em <http://mha1.nic.in/pdfs/Surrogacy-111013.pdf>. Acesso em: 10/03/2016.

as normas a respeito do tema. Essa nova regulamentação estabeleceu que, para fins da contratação de gestação de substituição, os interessados devem adentrar em território indiano portando "visto médico", o qual poderá ser concedido mediante o preenchimento das seguintes condições:

> a) somente casais heterossexuais e com vínculo matrimonial há, no mínimo, dois anos poderão contratar o serviço;
>
> b) o casal deverá apresentar carta da Embaixada do país na Índia ou do seu Ministério das Relações Exteriores, declarando que o país reconhece a gestação de substituição e que a criança gerada terá direito a entrar no país como filho biológico dos pais contratantes;
>
> c) o casal deverá assumir os cuidados da criança nascida por meio do procedimento;
>
> d) o procedimento deverá ser efetuado em clínica de técnica de reprodução assistida reconhecida pelo órgão competente local (Indian Council of Medical Research – ICMR); e
>
> e) o casal deverá ter contrato notarizado com a mãe gestacional indiana.

Seguindo essa mesma linha restritiva, em outubro de 2015, o governo indiano declarou não mais apoiar a comercialização de serviços de gestação substituta. O Indian Council of Medical Research – órgão vinculado ao Ministério da Saúde e Bem-Estar da Família –, teria instruído as clínicas especializadas a não aceitarem mais clientes estrangeiros. Também foi proposta lei que permite a gestação de substituição somente para casais indianos.[23] Nesse contexto, questiona-se os rumos que essa indústria tomará nos próximos meses.

A Tailândia também foi um polo de "barriga de aluguel" muito procurado por cidadãos estrangeiros hétero e homoafetivos, devido ao vácuo jurídico sobre o tema. No entanto, em 19 de fevereiro de 2015 a Assembleia Legislativa da Tailândia emanou o "ART Act" ("*Protection for Children Born Through Assisted Reproductive Technologies Act"*), que passou a vigorar em julho do mesmo ano. Tal norma visou estabelecer o status legal dos genitores e proibiu expressamente a forma comercial de gestação de substituição. Entre outras regras, vetou o procedimento para casais homoafetivos – tendo em vista que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não é reconhecido no país –, bem como para cidadãos estrangeiros, sendo possível somente para casais tailandeses ou de cidadão tailandês e

[23] Despair over ban in India's surrogacy hub. **BBC**, Londres 22 nov. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/news/world-asia-india-34876458>. Acesso em: 10/03/2016.

estrangeiro, desde que casados há mais de três anos. A mãe gestacional, que não deve ser a doadora dos óvulos e necessita do consentimento do marido, deve ser, em princípio, parente de um dos interessados (exceto ascendente ou descendente).[24] A nova lei acarretou na exclusão da Tailândia da lista de países procurados por estrangeiros para contratar o serviço.

No âmbito europeu, na Ucrânia a forma comercial de gestação de substituição foi permitida a partir do ano 2000, inclusive para cidadãos estrangeiros, desde que sejam casados (homem e mulher). O art. 123 do Código de Família Ucraniano estabelece que no caso de gestação de substituição os pais genéticos serão considerados os genitores do bebê (e não a mãe gestacional).[25]

Segundo a *Families Through Surrogacy*, a Geórgia aceita a gestação de substituição na sua forma comercial desde 1997, sendo possível somente para casais heterossexuais legalmente casados. Desde 2010, a procura do país por estrangeiros, principalmente advindos do Reino Unido, Estados Unidos, Israel, Austrália e Europa continental, tem aumentado substancialmente. Os nomes dos pais socioafetivos constarão na certidão de nascimento do menor.[26]

3. A aquisição da nacionalidade brasileira pelos filhos de brasileiros nascidos por meio de "barriga de aluguel" no exterior

A Constituição Federal prevê, na alínea *c* do inc. I do art. 12, que serão brasileiros natos os filhos, nascidos no exterior, de cidadão(s) brasileiro(s), desde que registrados em repartição competente ou vierem a residir no Brasil e optarem, a qualquer tempo, após atingir a maioridade, pela nacionalidade brasileira. Ou seja, regra geral, na prática, há duas formas de esses menores adquirirem a nacionalidade brasileira:

a) efetuar o registro de nascimento em Missão Diplomática ou Repartição Consular brasileira no exterior e, posteriormente, providenciar o seu traslado em cartório de registro civil no Brasil, nos termos do art. 32 da Lei nº 6.015/1973 e da Resolução nº 155 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ); ou

[24] UMEDA, Sayuri. Thailand: New Surrogacy Law. **The Law Library of Congress**. 06/04/2015. Disponível em <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/thailand-new-surrogacy-law/>. Acesso em: 14/03/2016.
[25] **Ukrainian Surrogacy Laws**. 30 ago 2012. Disponível em <http://www.familylaw.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=68>. Acesso em: 16/03/2016.
[26] **Families Through Surrogacy**. Disponível em <http://www.familiesthrusurrogacy.com/surrogacy-in-georgia/>. Acesso em 05/02/2016. Sobre o assunto, ver: Law of Georgia on Health Care. Disponível em <https://matsne.gov.ge/en/document/view/29980>. Acesso em: 05/02/2016.

b) vir a residir no Brasil e optar, após atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira, mediante o ajuizamento de ação específica perante a Justiça Federal. Nesse meio tempo, os pais desses menores podem legalizar a certidão estrangeira de nascimento do menor junto à Missão Diplomática ou à Repartição Consular brasileira com jurisdição sobre o seu local de emissão e traduzi-la por tradutor público juramentado no País para, posteriormente, providenciar o seu traslado em cartório de registro civil, nos termos do art. 32 da Lei nº 6.015/1973 e da Resolução nº 155 do CNJ. Tal ato garantirá a esse menor a nacionalidade brasileira "provisória" até os 18 anos.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto-Lei nº 4.657/1942, estabelece, em seu art. 7º, que "a lei do país em que é domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família". Ou seja, a regra de conexão brasileira para o direito de família é a *lex domicilii*. Por sua vez, o art. 17 prevê que leis, atos e sentenças de outro país não terão eficácia no Brasil quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes. Nesse ínterim, questiona-se se configuraria ofensa a ordem pública brasileira a contratação de "barriga de aluguel" no exterior.

Nessa seara, se cidadãos brasileiros, domiciliados em país no qual a legislação civil permite a celebração de contrato oneroso de gestação de substituição, valerem-se desse procedimento, estarão agindo de acordo com a lei local, não se cogitando eventual fraude à norma brasileira. Por outro lado, como esclarecem ARAUJO, VARGAS e MARTEL, caso cidadãos brasileiros sejam domiciliados no Brasil, a lei brasileira seria aplicável à capacidade de contratar e a celebração desse acordo oneroso poderia vir a ser considerada como atentatória à ordem pública brasileira. Complementam que, em tese, a violação à ordem pública poderia ser arguida por ocasião do registro consular de nascimento, mesmo este tendo ocorrido no exterior, já que as normas pátrias regem a capacidade e o direito de família de todos os domiciliados no País.[27]

No entanto, as referidas autoras ressaltam que a tradição brasileira moderna tem sido de respeito à lei do foro no que tange a documentos locais. Nesse sentido, não ocorrendo litígio sobre a relação contratual entre as partes e havendo certidão local de nascimento lavrada nos termos das normas do país, não haveria razão para que a Autoridade Consular brasileira extrapolasse suas funções questionando a validade jurídica de um contrato que não

[27] ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (coords.). **Direito Internacional Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 501-502.

diz respeito diretamente ao ato sob sua responsabilidade: o registro de nascimento válido no local em que foi emitido, com base no qual ela lavrará o registro consular de nascimento brasileiro.[28]

Exatamente nesse sentido posiciona-se o regulamento consular brasileiro: o Manual do Serviço Consular e Jurídico, baixado pela Portaria nº 457, de 02/08/2010, do Ministro de Estado das Relações Exteriores, de aplicação obrigatória pelas Repartições Consulares, bem como demais Postos do Governo brasileiro no exterior. Segundo as disposições acerca do registro de nascimento, a Autoridade Consular deverá lavrar o registro consular de filhos de pai brasileiro ou de mãe brasileira ocorrido no país sede da Repartição Consular. O registro consular, por sua vez, terá como base a certidão estrangeira de nascimento do registrando, que servirá como prova do nascimento e da filiação, e que é lavrada, por óbvio, de acordo com os termos do ordenamento jurídico local.[29]

É comum que, em países que reconhecem a gestação de substituição na sua forma comercial, haja disposições legais acerca da emissão do registro civil local dessa criança no sentido de constar como genitores os pais contratantes, autores do projeto parental. Assim ocorre em alguns estados dos Estados Unidos, na Geórgia, na Ucrânia e, anteriormente, na Índia. Ademais, essa criança não terá, em princípio, por força contratual, qualquer ligação com a mãe de aluguel e, muitas vezes, com o país onde nasceu.[30]

Nesse contexto, por ocasião da solicitação do registro consular, será apresentada perante a Embaixada ou Consulado brasileiro uma certidão local de nascimento na qual os pais socioafetivos (genéticos ou não) brasileiros constam como genitores do bebê. Nesse documento, não há anotação sobre a forma em que a criança foi concebida e gerada, fugindo das atribuições da Autoridade Consular efetuar quaisquer questionamentos a respeito. Competirá à Autoridade Consular brasileira lavrar o registro de nascimento desse bebê, o que lhe garantirá a aquisição da nacionalidade brasileira nata, conforme estabelecido na Carta Magna.

---

[28] ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (coords.). **Direito Internacional Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 501.

[29] Nos termos das Normas do Serviço Consular e Jurídico NSCJ 4.4.1, *caput*, e NSCJ 4.4.7 do Manual do Serviço Consular e Jurídico. O teor atualizado das normas referentes ao assunto foi gentilmente enviado pelo Setor de Legislação Consular da Divisão de Assistência Consular do Ministério das Relações Exteriores.

[30] Crianças nascidas na Índia ou na Geórgia por meio do procedimento de gestação de substituição não terão, em princípio, a nacionalidade Indiana ou Georgiana, respectivamente. Por seu turno, crianças nascidas nos Estados Unidos serão americanas, pois o critério norte-americano de aquisição de nacionalidade é o *jus soli*.

Caso partíssemos do pressuposto que o procedimento de "barriga de aluguel" efetuado no exterior fosse contrário à ordem pública ou os bons costumes, mesmo assim não seria razoável aceitar a possibilidade de negar o registro consular de nascimento a esse menor, filho biológico e/ou socioafetivo de nacional brasileiro, sob o risco de deixá-lo apátrida e desamparado.

Salienta-se que a regra consular específica sobre a lavratura de registro de nascimento com genitores do mesmo sexo prevê que "não se levará em consideração o método utilizado para a fecundação, que poderá ter sido homóloga ou heteróloga, e tampouco o fato de o registrando ter nascido por meio de gestação de substituição ("barriga de aluguel")".[31]

No âmbito internacional, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças de 1990, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 99.710/1990, prevê, em seu art. 3º, que "Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança".[32] Ainda, o art. 7º do mesmo tratado dispõe que "A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles". Indubitavelmente, é o interesse maior da criança de ter uma nacionalidade, preferencialmente a de seus genitores. Assim, se o direito à nacionalidade brasileira viesse a ser negado a esses menores, poder-se-ia afirmar que o Brasil estaria descumprindo esse importante tratado internacional.

O princípio constitucional do melhor interesse da criança tem embasado inúmeros julgados dos tribunais pátrios, inclusive superiores, razão pela qual concordamos com ARAUJO, VARGAS e MARTEL no que diz respeito à viabilidade de o STJ vir a homologar uma sentença estrangeira que tenha reconhecido a filiação de filho gerado por meio de gestação de substituição onerosa. Acreditamos que, em que pese o argumento acerca da eventual ofensa à ordem pública, o princípio do melhor interesse da criança deve sobrepor-se, em vista das razões já citadas. Resta aguardar que o STJ julgue um caso concreto a respeito do tema para vislumbrarmos a argumentação utilizada pelo tribunal.[33]

---

[31] Nos termos do item 1 da NSCJ 4.4.49 (norma do serviço consular e jurídico 4.4.46) do Manual do Serviço Consular e Jurídico.

[32] BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 10/02/2016.

[33] ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (coords.). **Direito Internacional Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 502.

Esclarecem as referidas autoras que a ofensa à ordem pública como argumento para impedir a homologação de sentença estrangeira é um princípio que deve ser utilizado com parcimônia naqueles casos em que não só a ordem pública interna está sendo violada, mas, também, a ordem pública internacional.[34]

Como observado no decorrer deste artigo, a variada legislação interna dos países pode gerar inúmeros problemas legais e jurídicos no que concerne à filiação de crianças geradas por meio de gestação de substituição, notadamente quando envolve reprodução medicamente assistida transfronteiriça, o que torna uma questão a ser solucionada pelo direito internacional privado. O tema versa diretamente sobre direitos fundamentais da criança, aumentando ainda mais a sua importância. Exemplos de problemas comuns que podem surgir dessa situação são a respeito da nacionalidade do menor, do seu status migratório, da definição da parentalidade da criança, de quem paira a responsabilidade familiar em relação à criança, entre outros.

Em vista da falta de consenso no âmbito dos Estados e da premência de encontrar uma solução multilateral sobre o tema, estão sendo efetuados estudos no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado com vistas a regulamentar e unificar a orientação do Direito Internacional Privado sobre o assunto, no sentido de formular possível projeto de convenção internacional que solucionaria essas questões.[35] Eventual convenção internacional seria uma evolução ideal para harmonizar o tratamento da questão e promover as garantias e os direitos da criança, da mãe substituta e dos autores do projeto parental.

Considerações finais

A legislação brasileira vigente não contempla adequadamente as inúmeras situações que poderão surgir com a utilização de técnicas de reprodução assistida, notadamente a cessão de útero por terceiro. Ao não acompanhar o atual estágio da ciência reprodutiva e genética e não regulamentar tais situações, incorre-se em situação de instabilidade jurídica e social. A Resolução nº 2.121/2015, do Conselho Federal de Medicina, consiste em norma ética destinada para a comunidade médica e, portanto, supre apenas parcialmente a necessidade de regulamentação. A doutrina se divide no que diz respeito à validade jurídica de eventual

[34] ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (coords.). **Direito Internacional Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 502.

[35] **Hague Conference on Private International Law**. Disponível em <https://www.hcch.net/en/search-results/?q=surrogacy>. Acesso em: 17/03/2016.

contrato de “barriga de aluguel”, prevalecendo a corrente que defende na sua nulidade. Em que pese concordarmos com esse entendimento, como solucionar o caso de cidadãos brasileiros que saem do Brasil para efetuar o procedimento no exterior, em país no qual a forma comercial de gestação de substituição seja legalmente aceita? O presente artigo buscou abordar e esclarecer essa questão específica.

Uma vez gerada uma criança por meio do procedimento no exterior, sendo os pais brasileiros (genéticos ou não, mas, sempre, socioafetivos), parece-nos não restar dúvidas de que o interesse maior da criança é ser legalmente considerada filha de seus pais socioafetivos, entendimento que vai ao encontro do disposto na Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças de 1990.

Assim, entendemos que, acertadamente, o regulamento consular brasileiro prevê a possibilidade de que o registro de nascimento desse menor seja lavrado em missão diplomática ou repartição consular do Brasil no exterior, garantindo-lhe, nos termos do art. 12, I, *c*, da Constituição Federal, a nacionalidade brasileira nata, e possibilitando que ele solicite documento de viagem para ir ao Brasil com o(s) seu(s) genitor(es). A condição primordial para que o registro de nascimento seja efetuado é a apresentação da certidão estrangeira de nascimento do menor, lavrada segundo a legislação local, e na qual deve constar como genitores do menor os pais socioafetivos – aqueles que contrataram o serviço de “barriga de aluguel”. Nesse entendimento, não caberá à Autoridade Consular questionar como se deu a concepção e o nascimento daquela criança.

Conclui-se, portanto, que, embora haja lacuna legislativa a respeito do procedimento de gestação de substituição no Brasil, o ordenamento jurídico brasileiro não impede a lavratura, independentemente de decisão judicial, em Missão Diplomática ou Repartição Consular brasileira, de registro de nascimento de filho de cidadão brasileiro gerado por “barriga de aluguel” no exterior, desde que preenchidos os requisitos para que se efetue o registro. Nesses casos, tal procedimento é amparado pela legislação local.

Referências

ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (coords.). **Direito Internacional Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 481-510.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 10/02/2016.

BRASIL. Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em: 11/07/2014.

COLLUCCI, Claudia. Análise: Sem lei, conflito pode ir além do comércio ilegal de útero. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 07 ago. 2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/08/1496907-analise-sem-lei-conflito-pode-ir-alem-do-comercio-ilegal-de-utero.shtml>. Acesso em: 16/03/2016.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Leis Penais Especiais Comentadas**. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

Despair over ban in India's surrogacy hub. **BBC**, Londres 22 nov. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/news/world-asia-india-34876458>. Acesso em: 10/03/2016.

Families Through Surrogacy. Disponível em: <http://www.familiesthrusurrogacy.com/surrogacy-in-georgia/>. Acesso em: 05/02/2016.

Global Prevalence of Infertility, Infecundity and Childlessness. WHO. Disponível em: <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/burden/en/>. Acesso em: 10/03/16

GONÇALVES, Fernando David de Melo. A maternidade substituta no Brasil. **Revista Jurídica Consulex**. Ano XIII. N. 291, 28 de fevereiro de 2009.

Guidelines issued by the Ministry of Home Affairs vide letter no. 25022/74/2011- F.I. 9 de jul. de 2012. Disponível em <http://mha1.nic.in/pdfs/Surrogacy-111013.pdf>. Acesso em: 10/03/2016.

Hague Conference on Private International Law. Disponível em <https://www.hcch.net/en/search-results/?q=surrogacy>. Acesso em 17/03/2016.

HEAD, Jonathan. Thailand bans commercial surrogacy for foreigners. **BBC**. 20/02/2015. Disponível em <http://www.bbc.com/news/world-asia-31546717>. Acesso em: 02/02/2016.

LEWIN, Tamar. Estados Unidos se tornam meca da barriga de aluguel. **Folha de S. Paulo**. São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2014/07/1488286-estados-unidos-se-tornam-meca-de-barriga-de-aluguel.shtml>. Acesso em: 01/07/2014.

MELLO, Patrícia Campos. Justiça da Índia quer vetar aluguel de barriga a estrangeiros. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 16 de out. 2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/10/1695108-justica-da-india-quer-vetar-aluguel-de-barriga-a-estrangeiro.shtml>. Acesso em: 10/03/2016.

SOUZA, Marise Cunha de. As Técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e Paternidade. Bioética. **Revista da EMERJ**, v. 13, nº 50, 2010

UMEDA, Sayuri. Thailand: New Surrogacy Law. **The Law Library of Congress**. 06/04/2015. Disponível em <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/thailand-new-surrogacy-law/>. Acesso em: 14/03/2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WALLIS, Lucy. Demanda por barrigas de aluguel cria "fábrica de bebês" na Índia. **BBC News**. Brasília, 02/10/2013. Disponível em http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/10/131001_barriga_de_aluguel_india_an.shtml. Acesso em: 11/07/2014.

Ukrainian Surrogacy Laws. 30 ago 2012. Disponível em <http://www.familylaw.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=68>. Acesso em: 16/03/2016.