

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA:

Gestação de substituição transnacional, o caso Mennesson e a Ordem Pública no Brasil

Cláudia Maria Resende Neves Guimarães*

Resumo

Este artigo traz algumas reflexões sobre qual seria a posição do Superior Tribunal de Justiça em casos de homologação de sentença estrangeira que envolva o estabelecimento de filiação resultante de gestação de substituição transnacional, tema ainda inédito no Brasil. Depois de uma breve exposição sobre o procedimento de homologação de sentença estrangeira no Brasil, procede-se à análise do comportamento do *Conseil d'État* e da *Cour de Cassation*, ambos da França sobre gestação de substituição. Na sequência, discute-se a decisão proferida na SE 4.525- US (2009/0077159-0), bem como decisões judiciais e administrativas que, de alguma forma, tangenciaram a gestação de substituição no Brasil. Por fim, tecem-se considerações sobre a jurisprudência do STJ quanto à ordem pública. Concluiu-se que o Poder Judiciário é receptivo às novas possibilidades associadas ao avanço científico na área da reprodução assistida e que o estabelecimento de vínculos parentais, sejam biológicos ou afetivos, decorrentes do uso de gestação de substituição não contraria a ordem pública.

Palavras chaves: homologação sentença estrangeira; ordem pública; gestação de substituição.

ENFORCEMENT OF FOREIGN COURT DECISIONS:

Cross border surrogacy, Mennesson case and the Public Order in Brazil

Abstract

This paper makes some considerations about what is the position of the Brazilian Superior Court of Justice (STJ) in cases of recognition and enforcement of foreign court decisions that involve establishment of parenthood resultant from cross border surrogacy, a topic still unpublished in Brazil. After a brief explanation about the procedure of recognition and enforcement of foreign court decisions in Brazil, one makes a thorough analysis of the behavior of the French *Conseil d'État* and *Cour de Cassation* regarding surrogacy. After, one discusses the decision rendered in the SE No. 4.525- US (2009/0077159-0), as well as the legal and administrative decisions that somehow touched the subject of surrogacy in Brazil.

Finally, one makes considerations about the jurisprudence of STJ regarding the public order. One concludes that the Judiciary branch is receptive to new possibilities introduced by the scientific advances in the field of assisted reproduction and that the establishment of parental bonds by means of surrogacy are not contrary to the public order, whether the bonds are biological or affective.

Key words: Enforcement of foreign court decisions; public order; surrogacy.

1 INTRODUÇÃO

A proposta deste trabalho consiste em tecer algumas considerações acerca de qual seria a posição do Superior Tribunal de Justiça em casos de homologação de sentença estrangeira que envolvam o estabelecimento de filiação resultante de gestação de substituição transnacional, tema ainda inédito no Brasil. Em um mundo de fronteiras fluidas, o mercado da gestação de substituição transnacional é uma realidade. Por isso, acredita-se que muito em breve o STJ será instado a se pronunciar a respeito. Nestas circunstâncias, seria uma sentença estrangeira homologada para produzir efeitos no Brasil ou seria indeferida por violação à ordem pública?

O interesse sobre o assunto surgiu do conhecimento acerca da chegada do “Caso Mennesson” à *Cour Européenne des Droits de l’Homme*¹. A *Cour de Cassation* francesa, em abril de 2011², negou efeitos à sentença judicial proferida pela *California Supreme Court* que reconhecia Dominique e Sylvie Mennesson como pais legais de gêmeas nascidas no estado da Califórnia fruto de gestação de substituição. Tal recusa se deu pelo fato de terem as gêmeas sido geradas mediante procedimento considerado atentatório à ordem pública francesa. Em consequência, as meninas, cidadãs americanas graças ao *jus soli*, não poderiam permanecer no território francês quando alcançada a maioridade e deveriam retornar aos Estados Unidos, com ou sem seus pais.

No Brasil, como dito, o tema é inédito em sede de homologação de sentença estrangeira. Pesquisa avançada empreendida no site do Superior Tribunal de Justiça apurou que o tema que mais se aproxima do assunto pesquisado é um pedido de homologação de

¹ Mennesson and Others v. France (65192/11), pendente de julgamento. Há um caso similar anteriormente colocado à apreciação da Corte Europeia de Direitos Humanos, também contra a França, ainda pendente de julgamento: Labassee v. France (no. 65941/11). Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Parental_ENG.pdf. Acesso em: 03 dez 2013.

² Cour de Cassation. 1^{ère} civ., 6 avril 2011, n° 09-66.486, n° 09-17.130, n° 10-19.053. *Rev Crit DIP* 2011.722

sentença estrangeira proferida pela Corte de Cook, no estado de Illinois, Estados Unidos, que concedeu a adoção de uma criança, nascida por meio de reprodução assistida, ao companheiro homoafetivo do pai biológico. Conforme será detalhado adiante, embora o relatório da decisão mencione que a técnica de reprodução assistida utilizada foi o de inseminação artificial, a análise fática do caso revelou que se tratava, em verdade, de gestação de substituição.

Após uma breve exposição sobre o procedimento de homologação de sentença estrangeira no Brasil, procede-se a uma profunda análise do comportamento do *Conseil d'État* e da *Cour de Cassation*, ambos da França, quando o assunto é gestação de substituição. Em sequência, analisa-se a SE 4.525 – US (2009/0077159-0), bem como decisões judiciais e administrativas que tangenciaram, de alguma forma, a gestação de substituição no Brasil. A expectativa é que, mediante a análise destes casos, seja possível prever o comportamento do STJ quando for instado a se manifestar a respeito.

2 O PROCEDIMENTO DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA NO BRASIL

Tradicionalmente, a decisão judicial vê sua execução limitada à jurisdição onde foi proferida. Cada Estado diz quando e como seus juízes podem decidir, não podendo, todavia, dizer como e quando estes atos serão recepcionados no estrangeiro. Conforme Soares (2010, p. 54), ao Estado não é dado pretender ver seu julgado significar mais do que um fato em outra soberania. A ordem jurídica estrangeira pode atribuir efeito diverso à decisão judicial.

Há vários modelos de reconhecimento de sentenças estrangeiras.³ Adriana Beltrame (2009, p. 50) cita, dentre outros, o sistema da *actio iudicati* e o sistema de *exequatur*. No *actio iudicati*, não se reconhece a decisão estrangeira como tal, senão como prova para que o beneficiado pelo ato jurisdicional proponha nova ação naquele país. No sistema *exequatur*, o pronunciamento jurisdicional é recepcionado propriamente como sentença, de modo a

³ Boni de Moraes Soares (2010, p. 57) ensina, ainda, que ao lado dos três sistemas internacionais, *actio iudicati*, *exequatur* por revisão de mérito e *exequatur* por delibação, “figura também o sistema de reconhecimento automático, modelo peculiarmente adotado no espaço comunitário europeu. Nos termos do Regulamento 44/2001 da Comissão Europeia, é possível o reconhecimento automático das sentenças de um Estado-membro no território do outro, sem qualquer processo de delibação. Tal sistema se presta essencialmente para possibilitar a interposição em processos internos, de exceções processuais de conexão, litispendência e coisa julgada, em razão de processos findos ou em curso no exterior. Nesses casos, silente a parte contrária à exceção, da-se o reconhecimento automático. Se há impugnação, inicia-se o processo de reconhecimento incidental, no qual conigção delibatória é exercida pelo juízo competente para julgar o processo interno principal, assim como ocorre com qualquer outra questão incidental puramente nacional.

produzir efeitos em sua integralidade, sem que novo mandamento seja produzido no Estado onde se pretende executá-lo.

O sistema de *exequatur* divide-se em: *exequatur* por vontade, em que é dado ao Estado negar a execução do ato por decisão não obrigatoriamente motivada; *exequatur* por revisão de mérito; e o sistema de *exequatur* por delibação, em que a recepção depende apenas da observância de alguns requisitos e da não interferência em garantias processuais e princípios gerais de seu ordenamento, sem que haja análise de fundo sobre o bem da vida posto em julgamento (COSTA, 2013).

Enquanto o sistema da *actio iudicati* é próprio do *common law*, o sistema do *exequatur* por delibação predomina nos países de tradição jurídica romano-germânica e tem origem no *giudizio di delibazione*, introduzido, em 1865, no *Codice di Procedura Civile* (SOARES, 2010, p. 13).

No sistema da *actio iudicati*, uma nova ação terá que ser ajuizada, na qual o interessado se valerá da decisão estrangeira como uma presunção de que possui o direito. Já no sistema *exequatur* por delibação, adotado pelo Brasil, para que uma sentença estrangeira produza efeitos no ordenamento jurídico pátrio não é necessária a propositura de uma nova ação. O ato jurisdicional estrangeiro será recepcionado propriamente como sentença, desde que cumpra os requisitos formais e observe a ordem pública e a soberania nacional.

Em decorrência da EC 45, a competência para homologação de sentença estrangeira foi deslocada do STF para o STJ. Em consequência, foi expedida a Resolução 9, de 4 de maio de 2005, que passou a regulamentar os procedimentos das Cartas Rogatórias e da Homologação da Sentença Estrangeira⁴.

No Brasil, “ordem pública” é um instituto destinado a impedir a aplicação de lei estrangeira no Brasil, para preservação dos valores essenciais da ordem jurídica. Igualmente, também impossibilita o atendimento a pedidos de cooperação realizados por países estrangeiros. É um conceito jurídico aberto, que nos modernos diplomas internacionais tem sido definido como o conjunto de princípios fundamentais de determinado ordenamento

⁴ Os requisitos indispensáveis para a homologação de uma sentença estrangeira no Brasil estão previstos nos artigos. 5º. e 6º. Res. 9 STJ e artigos 15 a 17 da LICC/LINDB, quais sejam:

- a) haver sido proferida por autoridade competente;
- b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia;
- c) ter transitado em julgado (e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida – LINDB);
- d) estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil; e
- e) não conter ofensa à soberania, à ordem pública (ou aos bons costumes – LINDB).

jurídico. Há que ser dada interpretação restritiva ao instituto, sob pena de ele ser usado indevidamente como uma barreira a cooperação jurídica internacional.⁵

3 O CASO DOMINIQUE E SYLVIE MENNESSON⁶ – FRANÇA

Sylvie e Dominique Mennesson são cidadãos franceses. Após descobrirem que não poderiam ter filhos sem auxílio das técnicas de reprodução assistida, decidiram contratar, na Califórnia, uma mulher para gerar uma criança, considerando que em França o procedimento é proibido e criminalizado.⁷ Homologado o procedimento pela Suprema Corte da Califórnia,⁸

⁵ Glossário Cooperação Internacional do Ministério Público Federal. Disponível em <http://gtld.pgr.mpf.mp.br/gtld/cooperacao-internacional/glossario/glossario-cooperacao-internacional>. Acesso em: 29 nov. 2013.

⁶ Cour de Cassation. 1^{ère} civ., 6 avril 2011, n° 09-66.486, n° 09-17.130, n° 10-19.053. *Rev Crit DIP* 2011.722

⁷ No plano internacional, muitos ordenamentos jurídicos consideram os contratos de gestação de substituição nulos ou, ao menos, destituídos de força executória, seja porque a lei expressamente aponta a consequência – a parturiente é a mãe legal da criança – ou porque estes contratos possuem objeto ilícito ou contra os bons costumes, a exemplo do que ocorre na de Suíça, na Bélgica e na Alemanha (GRUENBAUM, 2012). A Itália (BBC, 2003) e a Áustria (TIMMER, 2011) proíbem até mesmo a fertilização heteróloga, sendo a doação de esperma e de óvulos proibida. Quem ganha com tantas restrições são os países de turismo reprodutivo, a exemplo de Índia, Rússia, Ucrânia, Armênia, Geórgia, Cazaquistão e Bielorrússia (SVITNEV, 2010), além de alguns estados norte-americanos, onde a gestação de substituição na forma comercial é legal (SNYDER, 2013, p. 387 e segs.).

Outros Estados admitem a gestação de substituição exclusivamente na forma não comercial, ou altruística, o que não significa que a doadora de útero não receba nenhuma compensação por seu tempo, incômodos e dor. Neste grupo estão, por exemplo, Austrália (KEYES, 2013, p. 26), Grécia (ROKAS, 2013, p. 147), Israel (SHAKARGY, 2013, p. 233), África do Sul (SLABBERT; ROODT, 2013, p. 335) e Reino Unido (WELLS-GRECO, 2013, p. 377).

Em alguns ordenamentos, o processo é submetido ao Poder Judiciário para homologação antes da implantação do embrião na doadora temporária de útero. Em outros, todo o procedimento é feito somente por intermédio das clínicas de reprodução assistida com os envolvidos, a exemplo da Índia (SMERDON, 2013, p. 187 e segs). Em Israel (SHAKARGY, 2013, p. 238) os contratos de gestação de substituição precisam ser aprovados por um comitê formado por sete membros, sendo dois médicos especialistas em ginecologia e obstetrícia, um médico especialista em medicina interna, um psicólogo, um assistente social, um jurista e um religioso, já que um dos requisitos para a aprovação do contrato é que a doadora de útero deve ser da mesma religião dos pais contratantes, porque, de acordo com a lei judia, é judeu aquele que nasce de mãe judia. E em Israel a estipulação contratual obrigatória é complexa e extensa. Por exemplo, o acordo deve contar com a previsão de quem vai ter a custódia da criança caso os pais sociais faleçam durante a gestação ou se divorciem.

⁸ No estado da Califórnia a gestação de substituição é permitida na forma comercial, e o contrato feito entre os pais contratantes e a gestante tem força executiva. Todavia, a lei Califórnia exige que o contrato seja homologado pelo Poder Judiciário antes do início do procedimento de implantação dos embriões oriundos da F.I.V. Atendidas as formalidades legais, é expedida uma *pre-birth order*, que reconhece a paternidade e a maternidade dos pais sociais em relação à criança nascida por meio de *surrogacies*, gestação em substituição. Desde o momento da implantação do embrião na gestante em substituição, aos pais contratantes pertence a decisão sobre redução fetal e, até mesmo, sobre o aborto.

Com a *pre-birth order*, que, basicamente, é a homologação do procedimento pela Corte, antes do nascimento da criança já há determinação judicial para o hospital onde será feito o parto e para o *Californian Department of Public Health*, que os únicos nomes que deverão constar do registro de nascimento da criança são os dos pais contratantes. Não há qualquer vínculo jurídico entre a criança nascida por meio de *surrogacy* e a mulher que deu à luz. Portanto, não há que se falar em renúncia nem em destituição de pátrio poder. A vantagem do procedimento nos estados norte-americanos que reconhecem a força executiva dos contratos de substituição está na certeza de que a criança será entregue pela gestante em substituição. A desvantagem em relação aos países destinatários do turismo reprodutivo, em especial a Índia e Ucrânia, que também reconhecem os pais

os embriões fertilizados *in vitro* foram implantados na mulher contratada. Para a fertilização, foram utilizados o espermatozoide do pai contratante e o óvulo de uma doadora anônima. No ano de 2000, ao fim do período gestacional, nasceram duas meninas.

No retorno ao país de origem e domicílio dos pais, França, o senhor e a senhora Mennesson, de posse de dois atos públicos estrangeiros, um de natureza judicial, a *pre birth order*, expedida pela Suprema Corte da Califórnia, e o outro de natureza administrativa, as certidões dos registros de nascimento das duas meninas, iniciaram uma longa batalha nas Cortes francesas para transcrever os registros de nascimento norte-americanos no cartório de registro civil na França, reconhecendo como pais legais das duas meninas.

Na França, o sistema adotado para atribuir efeitos a uma sentença estrangeira é o *exequatur* de mérito, no qual a decisão poderá ser revisada em seus aspectos formais e de mérito, sendo substituída por decisão local.⁹ Segundo Perreau-Saussine e Sauvage (2013, p. 124), o Estado francês é liberal em dar efeitos a julgamentos estrangeiros que tratam de *personal status*, estado da pessoa. Desde que a *Cour de Cassation* decidiu o caso *Cornelissen*¹⁰, em 2007, a execução de decisões estrangeiras que tratam de estado da pessoa só pode ser recusada em três hipóteses: incompetência do juízo; fraude a lei; ou contrária à ordem pública, na forma ou na substância.

Com base de decisão estrangeira contrária à ordem pública, a *Cour de Cassation*, em 6 de abril de 2011, recusou a execução das duas sentenças judiciais norte-americanas, uma procedente da *Minnesota Supreme Court* e a outra da *Califórnia Supreme Court*. Ambas reconheciam cidadãos franceses como pais legais das crianças nascidas nos Estados Unidos fruto de gestação de substituição. Nos dois casos, os pais requereram às autoridades francesas a homologação das sentenças estrangeiras para, da mesma forma, reconhecê-los como pais legais das crianças e, conseqüentemente, a atribuição da nacionalidade francesa a elas, o que foi concedido em ambos os casos. Todavia, posteriormente, o governo francês tomou providências para tornar nulos estes registros, ao argumento de que eram contrários à ordem

contratantes como pais legais da criança, é o custo do procedimento, que pode ser até cinco vezes maior do que nestes países.

⁹ Nos Estados Unidos e no Reino Unido, a sentença estrangeira é aceita como prova e serve como fundamento para ação a ser instaurada nesses países. Na Bélgica, a sentença estrangeira pode ter seu mérito revisado, mas não ocorre a sua substituição. Já a Dinamarca, Holanda, Noruega e Suécia não reconhecem as decisões estrangeiras, que são tratadas como mero fato.

Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Coordenação-Geral de Cooperação Jurídica Internacional. Homologação de sentenças em matéria civil. Perguntas e respostas. Disponível em: www.portal.mj.gov.br/services. Acesso em: 28 nov. 2013.

¹⁰ Cour de Cassation, civile, Chambre civile, 1,20 février 2007, 05.14.082, Publié au bulletin. Disponível em: <http://cour-cassation.vlex.fr/vid/civile-fevrier-publie-bulletin-220847075>. Acesso em: 05 dez 2013.

pública, o que culminou no pronunciamento da Corte de Cassação francesa, em 6 de abril de 2011, indeferindo os pedidos, porque contrários à ordem pública.¹¹

A primeira vez que um contrato de gestação de substituição foi apreciado pelo plenário da *Cour de Cassation* na França foi em 1991,¹² em que se decidiu que esta espécie de acordo – em que uma mulher se comprometer a gerar uma criança para entregá-la a outrem após o nascimento – contraria dois princípios de ordem pública: primeiro, o corpo humano não pode ser objeto de acordos privados; segundo, o estado da pessoa também não. Como resultado deste julgamento, o Parlamento promulgou a Lei da Bioética, em 1994, segundo o qual qualquer substituição do nome da mulher que deu à luz por nome de outra mulher em decorrência de contratos privados, incluindo gestação em substituição, é nulo de pleno direito.

Conforme Perreau-Saussine e Sauvage (2013, p. 120), na França, desde 1539, os registros do estado civil das pessoas, *les registres de l'état civil*, são processados e arquivados em cada municipalidade, no *officier d'état civil*, que corresponde aos Cartórios de Registro Civil no Brasil. Esses registros somente podem resultar de aplicação da lei ou de julgamentos, administrativos ou judiciais, e nunca podem ser alterados mediante acordos privados. O nome da mãe que constará do registro de nascimento, nos termos do art. 311-25 do *Code Civil*, será da mulher que deu à luz à criança. Destarte, assim como no Brasil, a maternidade na França é determinada pelo parto.

Na França, o artigo 16-7 do Código Civil, com a redação dada pela Lei da Bioética, Lei 94.653, de julho de 1994, considera nula toda convenção envolvendo maternidade em substituição.¹³ Além de considerar nulos os contratos de gestação de substituição, as partes e terceiros envolvidos, tais como médicos ou intermediários, são punidas criminalmente, nos termos do art. 227-12 do Código Penal francês.¹⁴

O tipo penal consiste em simular ou ocultar o nascimento de uma criança com a intenção de modificar seu estado civil, bem como de identificar outrem que não deu à luz a criança como mãe. Nos casos de gestação de substituição, a gestante em substituição será considerada a ocultadora da criança e a mãe contratante a que simula. A prática de gestação de substituição é severamente punida com até três anos de prisão e multa de até 45.000 euros. Para terceiros que influenciarem as partes a contratar uma gestação de substituição, a pena é privativa de liberdade de até um ano e multa de até 15.000 euros. Será dobrada a pena se o

¹¹ Cour de Cassation. 1^{ère} civ., 6 avril 2011, n° 09-66.486, n° 09-17.130, n° 10-19.053. *Rev Crit DIP* 2011.722

¹² Cass Ass plén, 31 mai 1991, D 1991, p 417, rapp Y Chartier, note D Thouvenin; RTDCiv 1991, p 517, obs D Huet-Weiller; JCP G 1991, II, no. 21752, comm J Bernard, concl Dontewille, note F Terre; Defrénois 1991, p 1267, obs J-L Aubert; LPA, 23 oct 1991, no 127, p 4, note Gobert.

¹³ Art. 16-7. *Toute convention portant sur la procreation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle*

¹⁴ Art. 227-13 Código Penal Francês

contrato for oneroso. Já para os as agências intermediadoras, a pena de multa é de até 450.000 euros, de acordo com o art. 227-13. Para os médicos que realizem o procedimento, a pena é privativa de liberdade de até 5 anos e multa de até 75.000 euros.

Conclui-se que, qualquer que seja o caso, por razões altruísticas ou financeiras, a gestação em substituição na França é proibida.

Mas pouco menos de um mês após a decisão da *Cour de Cassation* no caso Mennesson, o *Conseil d'État*,¹⁵ viu-se diante da seguinte situação: um cidadão francês foi parte contratante de uma gestante em substituição na Índia, tendo fornecido seu gameta na fertilização *in vitro*. Nascida a criança, o pai biológico requereu às autoridades consulares francesas na Índia documentos de viagem para a criança, a fim de retornar à França. O pedido foi indeferido, ao argumento de que, considerando que a gestação de substituição é proibida na França, seria contrário à ordem pública reconhecer o vínculo jurídico entre o pai biológico e a criança nascida.

A criança, então, encontrava-se no estado de apátrida. É que quando a mulher indiana que deu à luz renunciou ao pátrio poder em favor do pai biológico a criança não poderia ser atribuída a nacionalidade indiana, em razão da ausência do *jus soli* na Índia, nem a nacionalidade francesa, por ser resultado de procedimento contrário à ordem pública na França (PERREAU-SAUSSINE; SAUVAGE, 2013, p. 125 -126).

Diante da magnitude das consequências da negativa de expedição dos documentos de viagem pelas autoridades consulares para a criança, o pai requereu ao *Conseil d'Etat* que expedisse o passaporte francês para a filha. Em decisão de 4 de maio de 2011,¹⁶ o Conselho de Estado, em atendimento à urgência da situação, concedeu um *laissez-passer* autorizando a criança a entrar no território francês, mas recusou-se a emitir o passaporte requerido.

Laissez-passer é um documento de viagem provisório, geralmente utilizado em casos de perda de documentos de viagem, permitindo a entrada no país em uma única viagem, em circunstâncias excepcionais, nos termos do Decreto 2004-1543, de dezembro de 2004,

¹⁵ O *Conseil d'Etat*, ou Conselho de Estado, foi criado por Napoleão I, em 1860 (decretos de 11 e de 22 de julho), como órgão responsável para o julgamento dos litígios envolvendo a Administração. Ao contrário do sistema adotado pelo Brasil, de jurisdição una, nos moldes do sistema inglês, no qual os atos administrativos sempre podem ser analisados pelo Poder Judiciário, que é o único que finalizará os conflitos, estabilizando-os com a definitividade própria da coisa julgada, no sistema francês, ou do contencioso administrativo, os atos administrativos são excluídos da apreciação judicial. Nesse sistema, há uma jurisdição especial do contencioso administrativo, formada por tribunais de índole administrativa, o que determina a existência de uma dualidade de jurisdição. O órgão supremo do contencioso administrativo é o *Conseil d'Etat* e o órgão supremo do contencioso judicial é a *Cour de Cassation*.

¹⁶ CE 4. mai. 2011, 348778, *Ministre d'Etat, ministre des affaires étrangères et européennes c/ Morin*, D. 2011. 1347, 1995, obs. A. Gouttenoire, 2012. 308, obs. J.-C. Galloux, et 390, obs. F. Jault-Seséke; AJDA 2011. 928; AJ fam. 2011. 328, obs. F. Miloudi; AJCT 2011. 414, obs. C. Siffrein-Blanc; RTD civ. 2011. 530, obs. J. Hauser)

quando há presunção de que a pessoa possa ser considerada cidadão francês. No caso em questão, a fundamentação para a emissão do documento de viagem pelo *Conseil d'Etat*, autoridade máxima administrativa em França, foi feita em duas etapas. Na primeira, apoiou-se no art. 47 do *Code Civil*,¹⁷ o qual expressa que todos os registros de cidadãos franceses ou estrangeiros provenientes de estados estrangeiros e utilizados em formulários na França são considerados autênticos, a menos que haja elementos suficientes para tê-los como irregular, forjados ou que os fatos neles declarados não correspondam à realidade. Assim, o *Conseil d'Etat* entendeu que a certidão de nascimento emitida na Índia era autêntica e que, conforme demonstrado pelo teste de DNA, era incontestado o vínculo biológico entre o pai, cidadão francês, e a criança. E, mais, considerando que a renúncia ao pátrio poder foi feita pela mãe indiana, nos termos e formalidades da lei indiana e em benefício do pai, havia a presunção de cidadania francesa em favor da criança.

Na segunda etapa, o *Conseil d'Etat* entendeu que as circunstâncias em que se deram a concepção e o nascimento da criança, no que diz respeito a contrato nulo, porque contrário à ordem pública, não poderiam afetar a obrigação das autoridades administrativas de, em todas as suas ações, levar em consideração, primeiramente, o melhor interesse da criança, em conformidade com o art. 3º, § 1º. da *United Nations Convention of the Rights of the Child*. Em outras palavras, o *Conseil d'Etat* não se pronunciou sobre uma possível nulidade do contrato, mas, sim, que, mesmo que o contrato seja nulo, a administração tem a obrigação de presumir a nacionalidade francesa da criança para ingressar no território francês, com base no melhor interesse da criança.

Na mesma linha de entendimento, em 25 de janeiro de 2013, o ministro da Justiça francês emitiu um memorando acerca da interpretação do art. 47 do *Code Civil* nos casos de *cross-border surrogacy*, gestação de substituição transnacional, no sentido de que, desde que preenchidas as condições do art. 47, a nacionalidade francesa deve ser emitida, se acaso requerida, e que a simples presunção de uso de contrato de gestação de substituição no exterior não é suficiente para recusar o requerimento de nacionalidade.

Assim, na prática, os Cartórios de Registro Civil na França não poderão considerar como autêntica a relação de parentesco da criança com a mãe social porventura constante na certidão de registro de nascimento. Todavia, em relação à paternidade, deverão considerar autênticas as informações constantes do certificado de nascimento, desde que o teste de DNA

¹⁷ Nos termos do artigo 47 do Código Civil « *Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toute vérification utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* ».

seja positivo. Do texto do memorando, conclui-se que, mesmo que a mãe social constante na certidão de nascimento coincida com a mãe biológica, fato comprovado pelo teste de DNA, não será o registro transcrito no Cartório de Registro Civil na França constando a mãe social/biológica como mãe legal da criança. É que na França, como no Brasil, a atribuição da maternidade é feita pelo parto, e as autoridades administrativas não devem – mesmo porque não podem – decidir sobre quem é a mãe legal neste caso, se a biológica, a social ou a que deu à luz.

O fato é que, embora não incluída a mãe social/biológica na transcrição do registro de nascimento, com a expedição do memorando pelo ministro da Justiça na França fica resolvido o problema maior, a possibilidade de a criança ser tida como apátrida. Não só é permitido seu ingresso no território francês em companhia dos pais como também sua permanência nele como nacional.

Voltando ao caso *Menesson*, ao contrário do que ocorre na Índia, as crianças não eram apátridas, mas cidadãs americanas, graças ao *jus soli*, que nos Estados Unidos é um dos critérios de estabelecimento de nacionalidade. Como dito, desde a decisão da *Cour de Cassation* de 2007 no caso *Cornelissen*, somente em três hipóteses poderia ser negada a execução de sentença estrangeira em ações que versassem estado de pessoa: por incompetência do juízo; por fraude à lei; ou de decisão contrária à ordem pública, na forma e na substância. No caso de gestação de substituição transnacional, a Corte de Cassação claramente rejeitou a execução das sentenças judiciais estrangeiras, porque contrárias à ordem pública na França. Como resultado, as crianças não poderiam ser registradas na França como filhas de ambos dos pais contratantes.

Comparando a decisão proferida pela *Cour de Cassation* com a proferida pelo *Conseil d'État*, de início, vale salientar que os dois órgãos não possuem a mesma competência em razão da matéria. A competência do *Conseil d'État* é restrita à matéria administrativa, incluindo entrada no território francês e a emissão de passaporte, enquanto a da *Cour de Cassation* envolve matéria comercial, criminal e civil, aí incluídas as ações que versam estado de pessoa. Assim, o *Conseil d'État* não trabalha com o dilema de determinar quem é a mãe legal: se a mãe social ou a gestante. Tal função da *Cour de Cassation*. As circunstâncias fáticas e legais com as quais o *Conseil d'État* trabalhou limitaram-se a verificar se a nacionalidade do pai biológico, cidadão francês, pode ser transmitida a seu filho biológico. Respondendo positivamente a esta questão, deixou claro que o princípio do melhor interesse da criança deve ser o primeiro norte a ser seguido em tais circunstâncias. Houvesse sido a mãe social a solicitar o *lassaiz-passer* para a criança, talvez o imbróglio não tivesse o mesmo

desfecho. Importante salientar que enquanto disputas de paternidade na França se resolvem por meio de teste de DNA as disputas relativas à maternidade são resolvidas por meio da aplicação do princípio *mater semper certa est*.

Neste caso, a mãe seria a que deu à luz, sendo irrelevante que tenha, no caso concreto, renunciado ao pátrio poder em favor da mãe social. Não é juridicamente possível a transferência da posição jurídica de mãe a outrem por acordo privado.

Na opinião de Perreau-Saussine e Sauvage (2013, p. 126), a *Cour de Cassation* não teve a oportunidade de fazer uma distinção entre maternidade e paternidade neste caso, porque o julgamento foi focado na execução (transcrição) de uma ordem judicial estrangeira que estabeleceu a parentalidade por meio de um contrato de gestação de substituição. É que a França pode decidir parcialmente sobre a execução de determinada sentença estrangeira se ela puder ser dividida em partes, para apreciação em apartado. Mas se não for possível dividir a matéria posta em julgamento, a execução deve ser rejeitada ou aprovada *in totum*, de acordo com o sistema de *exequatur* adotado pelo Estado francês sobre a homologação e execução de sentenças estrangeiras. Assim, como o estabelecimento da parentalidade por meio do uso da técnica de gestação em substituição não poderia ser dividido em paternidade e maternidade, a *Cour de Cassation* tecnicamente não poderia adotar regras distintas para apreciação da maternidade e paternidade.

O fato é que a Corte Judicial foi convidada pela Corte Administrativa a dar início a um refinamento quanto à posição do pai genético. A resposta dada pelo *Conseil d'État* e pelo Ministério da Justiça francês resolve de forma parcial a nacionalidade da criança nos casos em que a gestação de substituição é levada a efeito nos países em que o não procedimento não necessita de homologação pelo Poder Judiciário, a exemplo da Índia e da Ucrânia. Isto porque, como dito, nos termos do art. 47 do *Code Civile*, os Cartórios de Registro Civil farão a transcrição da certidão de nascimento estrangeira considerando o pai genético como o pai legal da criança e desconsiderando a circunstância do nascimento por meio de gestação de substituição, em obediência ao art. 18 do *Code Civile*, que garante a cidadania francesa pelo *jus sanguinis*. Entretanto, não adotarão o mesmo procedimento para a mãe social. Neste caso, os oficiais de registro não podem tomar como “autêntica” a informação relativa à mãe social constante da certidão de nascimento, em razão do princípio *mater semper certa est*: na França a maternidade é atribuída pelo parto.

Por fim, importa mencionar que o casal Mennesson recorreu da decisão da *Cour de Cassation* para a Corte Europeia de Direitos Humanos,¹⁸ estando o caso pendente de julgamento.

4 SENTENÇA ESTRANGEIRA 4.525 – US (2009/0077159-0) – BRASIL

J. H., brasileiro, e D. L. M., norte-americano, formularam pedido de homologação de sentença estrangeira proferida pelo Juízo Federal do Condado de Cook, Estado de Illinois, Estados Unidos, que, em 6 de janeiro de 2009, concedeu a D. L. M. a adoção de A. E. H., nascida nos Estados Unidos, a fim de que conste no assentamento da menor A. E. H., a condição de ser filha de ambos, sem ser declarada a condição de cada qual como pai ou mãe. Consta do relatório da decisão que

(...) a concepção da criança foi originada a partir de uma inseminação artificial heteróloga, com a utilização de óvulos doados por uma mulher não identificada, de acordo com as regras norte-americanas, que foram combinados com o material genético de J.H., o qual, por isso, é o pai biológico da menor e detém sobre ela o poder familiar.

Todavia, não obstante do relatório da decisão do Superior Tribunal de Justiça constar que a técnica utilizada foi inseminação artificial¹⁹, acredita-se ser, em verdade, gestação em substituição, porquanto foi utilizado o gameta masculino do requerente, cidadão brasileiro, e óvulo de doadora anônima, o que somente é possível, tecnicamente, através da fertilização *in vitro*.²⁰ É que se o óvulo for de doadora anônima não só a técnica deve ser, forçosamente, a fertilização *in vitro* como se entende que a implantação do embrião foi em mulher diversa da doadora, caso contrário não seria a doadora “anônima”.²¹ E, mais: se o relatório da decisão

¹⁸ Vide nota 1.

¹⁹ A inseminação intrauterina, ou inseminação artificial, é utilizada em casos em que os espermatozoides não conseguem atingir as trompas. Consiste em transferir para a cavidade uterina os espermatozoides previamente recolhidos e processados com a seleção dos morfologicamente mais normais e móveis.

²⁰ A fertilização *in vitro* (FIV) é uma técnica de reprodução medicamente assistida que consiste na colocação, em ambiente laboratorial, (*in vitro*), de um número significativo de espermatozoides, 50 a 100 mil, ao redor de cada ovócito II, procurando obter pré-embriões de boa qualidade que serão transferidos, posteriormente, para a cavidade uterina.

²¹ Os estados americanos não tratam igualmente a questão do anonimato do doador/vendedor de esperma e óvulos. Esta é, dentre muitas, uma das opções para o comprador/receptor do material. Ele poderá escolher entre vendedor anônimo ou a descoberto, e o preço para a compra do material varia de acordo com esta opção. Na modalidade à descoberto, mais valorizada no mercado, o vendedor(a) do esperma ou óvulo concorda que a criança tenha conhecimento da sua identidade e até do seu endereço, mas não haverá nenhum vínculo de filiação. Para saber mais sobre anonimato e identidade de doador nos Estados Unidos, veja BLAKE, Lucy. *Families Created by Gamete Donation: Disclosure and Family Functioning when Children are Seven Years Old*. Cambridge University. 2011. Disponível em:

homologatória do STJ não menciona que no julgado alienígena houve a renúncia ou perda de direitos parentais por parte da mãe, condição *sine qua non* para o deferimento de adoção, a conclusão caminha no sentido de que a criança nasceu por meio de gestação em substituição na modalidade gestacional.²² Ademais, no estado de Illinois, conforme *Gestacional surrogacy Act*, de 2005,²³ não só é permitida a sua forma comercial,²⁴ como o contrato de gestação de substituição tem força executiva.²⁵

De acordo com a lei de Illinois, a mulher que dá à luz será a mãe legal da criança, exceto se for o caso de gestação de substituição. Neste caso, desde o nascimento da criança a mãe legal será a contratante, a *intended mother*, nos termos da Seção 15. b. 1. do *Gestacional surrogacy Act* 2005. Além do disposto na Seção 15. b. 6 do mesmo dispositivo legal, a gestante e tampouco seu marido poderão ser os pais legais da criança nascida por meio de gestação de substituição. O material genético de pelo menos um dos pais pretendentes, obrigatoriamente, deve ser utilizado no procedimento. No estado de Illinois é proibida a gestação de substituição na forma tradicional. Ou seja, não haverá coincidência entre a mulher que dá à luz e a mãe biológica.

Destarte, seja pelas circunstâncias fáticas – impossibilidade de inseminação artificial com óvulo de doadora anônima –, seja pela legislação do estado de Illinois, tudo leva a crer que a sentença estrangeira, proferida pela Corte do Condado de Cook/ Illinois, concedeu a

<https://www.repository.cam.ac.uk/bitstream/handle/1810/242012/Lucy%20Blake%20PhD.pdf;jsessionid=C900712245AD441781E9D0DF7BDCF4C0?sequence=1>. Acesso em: 25 nov 2013.

²² Na gestação de substituição na forma tradicional, o óvulo da gestante será utilizado no procedimento. Haverá, neste caso, coincidência entre a mulher que fornece o material genético e a que gesta a criança. Já na modalidade gestacional, a única legalmente admitida no estado de Illinois, não é permitida a realização do procedimento com a utilização de óvulo da gestante. Necessariamente deve ser o óvulo utilizado na fertilização *in vitro* proveniente de doadora ou vendedora, não necessariamente anônima.

²³ Gestational Surrogacy Act. P.A. 93-921, eff. 1-1-05. Disponível em: <http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2613&ChapterID=59>. Acesso em: 03 dez 2013.

²⁴ No site da agência *Conceive Abilities*, que intermedia a contratação de venda de óvulos e aluguel de útero no estado de Illinois, Estados Unidos, a compensação da gestante em substituição, em dólares americanos, segue a seguinte tabela: 25.000 ao final da gravidez. Se residir no estado de Illinois, serão 30.000: Cada experiência anterior em gestação de substituição, acresce 5.000 à compensação final; 1.500 para indenizar o repouso por ocasião da transferência do embrião; 750 em roupas para a gestante; 1500 em despesas de viagem; 3.200 para despesas com documentação, transporte, estacionamento, telefone e vitaminas. As despesas com médicos e exames correm por conta dos pais contratantes. Quanto à estipulação por perdas: 750,00 em caso de redução fetal; 2.000 em caso de indução ao parto; 2.500 em caso de perda de útero; 5.000 em caso de histerectomia; 1.000 em caso perda de uma ou das duas trompas e 1.000 em caso de gravidez ectópica. Seguro de vida, invalidez, lucros cessantes e despesas com contratação de housekeeping em caso de necessidade de repouso da gestante serão TBD – *to be defined*, a ser definido. Quanto à compensação pela venda de óvulos, o preço varia entre 5 a 10 mil dólares, dependendo da diversidade étnica. Asiática, judia e do leste indiano são mais valorizadas. Disponível em: http://www.conceiveabilities.com/surrogate_compensation.htm. Acesso em: 04 dez 2013.

²⁵ Gestational Surrogacy Act. Section 25 . 4. d. Vale salientar que o valor da compensação acordada entre os pais contratantes e a gestante em substituição deve ser depositado em uma conta caução, a fim de garantir o pagamento da quantia contratada por ocasião do nascimento da criança. Disponível em: <http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2613&ChapterID=59>. Acesso em: 03 dez 2013.

adoção da criança nascida por meio de gestação de substituição ao companheiro do pai biológico e o requerimento de homologação de sentença estrangeira protocolado no Superior Tribunal de Justiça objetivou dar efetividade no Brasil à adoção deferida nos Estados Unidos.

Pleitearam os requerentes a homologação da sentença de adoção para que constasse no assento de nascimento da menor A. E. H. a condição de ser filha de ambos, sem ser declarada a condição de cada qual como pai ou mãe. O parecer ministerial foi pela homologação da sentença estrangeira, salientando que aquela foi “enfática ao reconhecer serem favoráveis a personalidade e as condições financeiras do adotante.”

Ao apreciar o pedido, a autoridade competente, o presidente do STJ, teve por atendidos os requisitos legais à homologação, em especial que a pretensão não ofende a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes. Restou, portanto, homologada a sentença estrangeira.

De início, vale salientar que não se aplica ao caso a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da necessidade, ou não, de as sentenças estrangeiras declaratórias serem homologadas. Embora relativa ao estado da pessoa, a sentença que concede a adoção é de natureza constitutiva, então somente produzirá efeitos a partir de seu trânsito em julgado e da consequente averbação no Cartório de Registro Civil (artigo 10, III, do Código Civil), salvo na hipótese de falecimento do adotante durante o trâmite da ação, caso em que os efeitos serão produzidos a partir de seu óbito, denominada “adoção póstuma”.

Como a matéria tratada na sentença estrangeira é adoção por casal do mesmo sexo, não é possível averiguar *in concreto* qual seria a postura da autoridade competente acerca da contrariedade, ou não, da utilização de gestação de substituição à ordem pública, como ocorreu em França. O Superior Tribunal de Justiça ainda não foi instado a homologar sentença estrangeira que estabeleça vínculo parental com criança nascida por meio de gestação de substituição. Como a proposta deste trabalho é verificar qual seria a tendência do STJ nestas circunstâncias, torna-se necessário verificar qual é o estado da arte da gestação de substituição no Brasil.

5 A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL

Reprodução assistida é matéria relativamente nova no Brasil e no mundo. Também não está disciplinada da mesma forma no Direito Comparado, como de resto não o é o próprio Direito Civil, área que mais sofre influência da cultura, da moral, da ética e da religião de cada povo.

No ordenamento pátrio, há um vácuo legislativo²⁶ a respeito do tema, sendo regulado apenas pela Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, que não tem natureza cogente. Na parte que se refere à gestação de substituição, tal Resolução, que alterou a Resolução CFM 1.957/2010, abrange a sua possibilidade, na modalidade intrafamiliar, até o quarto grau de ambos os beneficiários quando se tratar de casal. Anteriormente, a gestação de substituição era permitida até o segundo grau de parentesco, mãe ou irmã, somente da mulher. No caso de a doadora temporária de útero não pertencer à família do casal, será necessária autorização do Conselho Regional de Medicina do estado dos requerentes, a exemplo da Consulta 126.750/05 do CREMESP.²⁷

Na doutrina pátria, a gestação de substituição é veementemente atacada. O contrato de gestação de substituição é para a maioria dos doutrinadores inválido em razão da ilicitude do objeto, por violar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Quanto à noção de dignidade da pessoa humana, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 853) esclarece que esta “varia de acordo com os valores culturais e morais aceitos em determinada comunidade e em certa época da história da civilização humana”. No entanto, há um núcleo intangível da dignidade da pessoa humana, que acarreta a proibição de comportamentos que impliquem a coisificação e a instrumentalização da pessoa. A pessoa deve ser um fim, e não um meio.

Sérgio Ferraz (1991, p. 56) também é ferrenho opositor da gestação de substituição. Para ele, não há como cogitar de contrato e muito menos de remuneração, porquanto “pessoas, presentes ou futuras, não podem ser objeto de contrato”.

Heloíza Helena Barboza (1993, p. 88) entende que, embora o § 4º do art. 199 da Constituição Federal de 1988 não se aplicar diretamente aos casos de gestação de substituição, o contrato é ineficaz, considerando que o estado de filiação implica a existência de direitos indisponíveis, o que representa a impossibilidade de negociação, especialmente de natureza onerosa.

²⁶ Atualmente, há dois projetos de lei que tratam de reprodução assistida em tramitação: o PL 1.184/03 e o PL 4.892/12. Em verdade, o primeiro projeto de lei que tratou da reprodução assistida no Brasil foi o PL 90/1990, que proibia a gestação de substituição. Após vários substitutivos, foi convertido no PL 1.184 de 2003, cujo art. 3º proíbe a gestação de substituição. Participar do procedimento, seja na condição de beneficiário, de intermediário ou de executor da técnica, constitui crime, com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa. Já o PL 4.892/12 autoriza a gestação de substituição e empresta executoriedade aos contratos entre os pais sociais e as gestantes substitutas, desde que homologados pelo Poder Judiciário.

²⁷ Consulta 126.750/05. Assunto: Autorização para a transferência de embriões para uma terceira pessoa/receptora. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=6391&tipo=PARECER&orgao=Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%20E3o%20Paulo&numero=126750&situacao=&data=17-04-2006>. Acesso em: 05 dez 2013.

Também para Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 398) a gestação de substituição revela problemas, como a comercialização do parto, a educação dos filhos, o risco de exploração das mulheres – especialmente as menos favorecidas, sob o prisma econômico – e a desestruturação do tradicional conceito de família.

Para Maria Berenice Dias (2011, p. 362), como uma criança não pode ser objeto de contrato, a avença seria nula, por ilicitude de seu objeto, nos termos do inciso II do art. 104 do Código Civil, além da possibilidade de ser configurado ilícito penal, que pune dar parto alheio como próprio e registrar como seu filho o de outrem (Código Penal, art. 242). Quanto à possibilidade de uso de útero alheio, há a eliminação da presunção *mater semper certa est*, bem como da presunção *pater est*. Na hipótese de gestação de substituição, o que se pode afirmar é que a *gestatriz é sempre certa*.

Para os defensores da validade do contrato de gestação de substituição, em número bem menor, o argumento é que o objeto contratual não seria a criança, e sim a prestação de serviço de útero de terceiro. A propósito, Hryniewicz e Sauwen (2008, p. 108) argumentam:

Tal como ocorre em qualquer outra profissão, a “locadora do útero” seria uma profissional, com direito à recompensa. O fato de a remuneração ser feita no ato da entrega do bebê não significa que o mesmo esteja comprado, é próprio de um serviço com certas responsabilidades.

Sobre o estabelecimento da parentalidade-filiação da criança nascida por meio de gestação de substituição, Gama (2003, p. 745) alerta que o princípio *mater sempre certa est* exige reformulação diante do desenvolvimento das ciências da vida e que não pode o direito se negar a resolver a questão: “a vontade, ínsita ao projeto parental da mulher que deseja ter filho, deverá ser considerado o pressuposto mais importante no que tange à maternidade-filiação.” E, mais:

Em se admitindo como legítima a prática da maternidade-de-substituição e, especialmente, apesar de ilegítima se ela efetivamente ocorrer, a solução a respeito da maternidade jurídica, data vénia, não pode ficar a mercê daquela (ou daquelas) que envolveram suas ações em tal prática. Devem-se abstrair os fatos jurídicos da gravidez e do parto, levando em conta que a concepção se dá em momento anterior a tais fatos e, desse modo, os pressupostos para o estabelecimento da maternidade e paternidade devem ocorrer antes da concepção. Nesse sentido, considerando a inexistência da relação sexual entre o homem e a mulher, mas verificando que a conjunção carnal foi substituída pela vontade vinculada a determinados outros pressupostos, como o projeto parental, é fundamental reconhecer que, para o Direito, apenas será mãe a mulher que desejou procriar, e não a mulher que engravidou (GAMA, 2003, p. 747).

Ainda no mesmo sentido, Maria Helena Diniz (2001, p. 471) e Heloíza Helena Barboza (1994, p. 95) entendem que para o estabelecimento da parentalidade-filiação a solução deve levar em conta o melhor interesse da criança.

Maria Berenice Dias (2011, p. 362), ao citar o precedente 2006.143.424-0, 2ª Vara de Registros Públicos, Comarca de São Paulo-SP, J. 10.05.2006, Juiz Márcio Martins Bonilha Filho, esclarece:

Nas hipóteses de gravidez por substituição, ainda que seja a mãe gestacional quem recebe a declaração de nascido vivo, imperioso é assegurar àquela que também desejou o filho – e que não necessariamente é a mãe genética – o direito de figurar no seu registro. Tal possibilidade cabe ser buscada em juízo, mesmo antes do nascimento para que, ao nascer, seja-lhe assegurado o direito à identidade.

Há, ainda, um precedente judicial²⁸ do Juízo de Direito da 1ª Vara de Família e Registro Civil da Comarca de Recife, Dr. Glicério Bezerra e Silva, no qual os fatos são idênticos à sentença estrangeira proferida pelo Condado de Cook, em Illinois, cuja homologação foi postulada ao Superior Tribunal de Justiça. No caso de Pernambuco, um casal do mesmo sexo buscou realizar o sonho da paternidade por meio da gestação de substituição, sendo o esperma fornecido por um deles e o óvulo de doadora anônima. Após a fertilização *in vitro*, foi o embrião implantado no útero em substituição de A. L. S, a qual atestou, mediante Escritura Pública de Termo de Consentimento, sua livre participação na gestação em substituição, a partir de óvulo proveniente de banco de armazenamento, reconhecendo a dupla paternidade dos requerentes em relação a menor. O pedido foi julgado procedente, para que fosse lavrado o assentamento do registro de nascimento da criança como filha de M. A. A e W. A. A, bem como os respectivos quatro avós paternos. Quanto à fundamentação, não foi dado enfoque ao procedimento utilizado: gestação de substituição. Toda a argumentação girou em torno da possibilidade de dupla paternidade e da proteção da família homoafetiva reconhecida pelo STF em 5 de maio de 2011 e que não haveria coerência o Estado-Juiz legitimar no plano jurídico o exercício da conjugalidade homoafetiva e não reconhecer, de outro lado, o exercício da parentalidade. Revelar-se-ia discriminatório garantir o desempenho de ambos os papéis, conjugal e parental, às famílias compostas de casais heteroafetivos em detrimento daquelas compostas por casais homoafetivos.

²⁸ Disponível em: <http://mp-pe.jusbrasil.com.br/noticias/3042657/casal-homoafetivo-registra-filha-com-parecer-inedito-do-mppe>. Acesso em: 01 dez 2013.

No mesmo sentido, decisão da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo no processo 2009/104323, de 21 de maio de 2010.²⁹ Neste caso, os pais sociais coincidem com a paternidade e a maternidade biológicas, porquanto forneceram, ambos, o material genético para a fertilização *in vitro*.³⁰ Posteriormente, o embrião foi implantado em doadora de útero temporária. Nascida a criança, foi autorizado pelo juiz corregedor permanente a lavratura do assento de nascimento da criança, constando como pais legais os genitores biológicos. Desta decisão, o Ministério Público do Estado de São Paulo recorreu, ao argumento de que no ordenamento pátrio a maternidade é definida pelo parto e que o contrato celebrado entre as partes não supera princípio da maternidade certa pela gestação e pelo parto. Argumentou, ainda, que a lavratura do nascimento da criança na forma pretendida não possibilitará o futuro conhecimento pela criança de sua real origem, porque ocultará a verdadeira maternidade, considerando, ainda, que a mulher que deu à luz a criança não tem parentesco com os supostos pais biológicos, o que contraria resolução do Conselho Federal de Medicina destinada a impedir a comercialização do útero.

O juiz corregedor permanente do oficial de registro civil das pessoas naturais e tabelião de notas do distrito de Barão Geraldo, da comarca de Campinas, afastou a recusa da lavratura de assentos de nascimento constando como pais os biológicos, com fundamento, relativamente à mãe biológica, no melhor interesse da criança. Quanto à paternidade, o fundamento utilizado foi a natureza relativa das presunções de paternidade decorrente da lei.

³¹ “Admite-se, outrossim, que na falta ou defeito do termo de nascimento seja a prova da filiação realizada por qualquer modo admissível em direito quando houver começo de prova escrita, proveniente do pai ou da mãe, e quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos (artigo 1.605, incisos I e II, do Código Civil).”

Em outubro de 2012, outro pedido de providências foi protocolado na Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo, processo 0050236-30-2012. Suzana Petersen Schetty e Luiz Renato Jimenez requereram autorização para a lavratura do assento de nascimento de gêmeos, filhos biológicos, concebidos por intermédio de fertilização *in vitro*

²⁹ Íntegra da decisão disponível em: <http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2199440/cgj-sp-profere-decisao-sobre-reproducao-assistida-processo-n-2009-104323>. Acesso em: 05 dez 2013.

³⁰ A prova do fornecimento do material genético não foi feita por meio de teste de DNA, mas pela documentação do procedimento arquivado na clínica de reprodução assistida.

³¹ Presume-se a maternidade em favor daquela que consta na Declaração de Nascido Vivo (artigos 1.603 e 1.608 Código Civil c/c art. 10, inciso IV, da Lei 8.069/90) e a paternidade em favor do marido quanto aos filhos nascidos na constância do casamento, ainda que havidos por inseminação artificial heteróloga consentida (artigos 1.597 e 1600 do Código Civil).

homóloga³², com transferência dos embriões para o útero de uma doadora temporária. Vale transcrever a decisão da Corregedoria do TJSP, na parte que interessa:

[...] Os elementos probatórios coligidos nos autos autorizam a formação do convencimento judicial no sentido de infirmar a presunção das DNV's (fls. 36/37), a exemplo do precedente análogo desta Vara (Processo no. 66/00-RC), impondo-se o reconhecimento de que a Sra. Ana processou a gestação, sem, contudo, contribuir com o componente genético. Todo o procedimento técnico está cabalmente detalhado, destacando-se que as partes envolvidas, de forma unívoca, concordaram expressamente com o pleito aqui, legitimamente, reivindicado pelos pais biológicos. Por conseguinte, autorizo a lavratura dos assentos de nascimento, na forma requerida, reputando desnecessário o exame de DNA. Ciência aos requerentes e ao Sr. Oficial (D.J.E. de 22.10.2012).³³

Observe-se que nesta manifestação da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo, que determinou a lavratura dos assentos de nascimento dos gêmeos, constando como pais os que contribuíram com o material genético, sequer menciona o princípio do melhor interesse da criança nem sobre possível afastamento do critério de atribuição da maternidade pelo parto, nos termos do art. 1.603 e 1.608 do Código Civil. Em verdade, o fundamento utilizado foi que, como as partes envolvidas concordaram expressamente com o pleito, a reivindicação dos pais biológicos é legítima. Em outras palavras, a modificação de posição jurídica – no caso, a de mãe – poderia ser feita por acordo privado de vontade.

Por fim, em 13 janeiro 2014 o STJ divulgou notícia intitulada “criança nascida de barriga de aluguel será mantida com o pai que a registrou,” o que levou à falsa impressão de que o Superior Tribunal de Justiça havia apreciado, no mérito, a legalidade do procedimento de “barriga de aluguel” no Brasil. Todavia, basta a leitura dos fatos narrados na notícia – o número do processo não é divulgado em razão de segredo judicial – para concluir que não é o caso de gestação de substituição, mas de adoção à brasileira.

No âmbito administrativo, também o Poder Executivo, por meio das autoridades de imigração, não veem na gestação de substituição contrariedade à ordem pública, como ocorreu na França.

³² A fecundação *in vitro* homóloga é feita com o óvulo e o esperma provenientes do próprio casal de quem o embrião vai ser filho. A do tipo heteróloga é aquela em que pelo menos um dos gametas utilizados na criação do embrião provém de um doador externo ao casal.

³³ Íntegra da decisão disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/41626886/djsp-judicial-1a-instancia-capital-22-10-2012-pg-416>. Acesso em: 05 dez 2013.

É que na edição de 27 de novembro de 2013, a revista Veja, em matéria intitulada “Caminho da Índia”, reporta o turismo reprodutivo,³⁴ fazendo uma comparação entre legislação, preço e situação jurídica da gestante em substituição no Brasil, na Índia e nos Estados Unidos. Segundo a reportagem de Thaís Botelho (2013, p. 124-126), “casais brasileiros atravessam o mundo para contratar barrigas de aluguel em clínicas indianas. É legal, mais barato e quase sem vínculos com as mães alternativas”. À fl. 125, a reportagem informa, ainda, que “segundo a Embaixada do Brasil na Índia, quinze bebês foram gerados de mães de aluguel indianas para cidadãos nacionais neste ano”.

O fato é que a Índia nunca proibiu a gestação de substituição, mesmo na forma comercial, mas recentemente reconheceu a necessidade de regulamentar a indústria, em razão dos inúmeros problemas com *cross-border surrogacy* – gestação de substituição além das fronteiras, que acaba por deixar as crianças nascidas com o emprego da técnica em um limbo no que se refere à nacionalidade. Conforme Smerdon (2013, p. 189), há um projeto de lei tramitando no Parlamento, *Assisted Reproductive Technologies (Regulation) Bill 2010*, que tem por objetivo principal dar mais segurança às *surrogate mothers*. Neste ínterim, regulou de forma indireta o procedimento nos casos de *cross-border surrogacy* por meio do visto para os estrangeiros ingressarem na Índia. Antes, o visto exigido era o comum, com propósito de turismo. A partir de julho de 2012, depois que o ministro das relações domésticas encaminhou uma carta ao ministro das relações exteriores, o único visto disponível para o propósito de gestação de substituição é o *medical visa*. Dentre outros requisitos³⁵, o *medical visa*, com o

³⁴ Os outros destinos também procurados são os estados da Califórnia, Illinois e Arkansas nos Estados Unidos, Ucrânia e Rússia. Alguns fatores que mais influenciam na escolha do destino para uma viagem com propósito reprodutivo são: a certeza da entrega da criança, preço do procedimento e se o país de destino aceita casais do mesmo sexo ou individuais. A certeza da entrega da criança basicamente, é traduzida pela legislação e jurisprudência do destino, se os contratos de gestação de substituição têm força executiva ou não. Na Ucrânia, Índia, Califórnia, Illinois e Arkansas, os pais contratantes detêm direito legal sobre o feto desde o momento da implantação do embrião, a eles cabendo decidir sobre redução fetal e aborto. Ao nascer, constará da certidão de nascimento os nomes dos pais sociais, dispensando qualquer outro procedimento de retificação de registro. Já na Rússia o contrato de gestação de substituição somente tem força executiva na parte financeira. Ou seja, se os pais contratantes não pagarem o *quantum* acordado pelo aluguel do útero a contratada tem o poder de executar o contrato. Por outro lado, se ela mudar de ideia e não quiser entregar a criança após o nascimento não poderá ser obrigada a tanto.

Na briga pelo mercado reprodutivo no Leste Europeu, Ucrânia e Rússia jogam com as armas de que dispõem: a Ucrânia, embora garanta a entrega da criança, não aceita realizar o procedimento em casais do mesmo sexo e em individuais. Já a Rússia aceita qualquer *status* civil dos pretendentes, solteiros ou casados, individuais ou casais, sem discriminação pela orientação sexual. Todavia, não garante a entrega da criança.

³⁵ O *medical visa*, com o propósito de contratar uma mãe de aluguel, somente será concedido se:

- a) o casal estrangeiro for formado por homem e mulher, casados há pelo menos dois anos;
- b) o formulário de requerimento do Visa necessariamente deve incluir uma carta da embaixada na Índia ou do Ministério das Relações Exteriores do país de origem dos *intended parents* em que conste (1) aquele país reconhece a gestação de substituição como um procedimento legal e (2) que a criança a nascer por meio do aluguel de útero de uma mulher indiana será recebida no país dos pais contratantes como filha destes;

propósito de contratar uma mãe de aluguel, somente será concedido se o formulário de requerimento incluir uma carta da Embaixada ou do Ministério das Relações Exteriores do país de origem dos pais pretendentes em que conste (1) que aquele país reconhece a gestação de substituição como um procedimento legal e (2) que a criança a nascer por meio do aluguel de útero de uma mulher indiana será recebida no país dos pais contratantes como filha destes.

Em meados de 2012, a exigência das autoridades de imigração na Índia para a concessão do *Medical Visa* foi comunicada às embaixadas na Índia. Desde o início de 2013, tornou-se imprescindível a concordância do país de origem dos pais pretendentes para a realização do procedimento. Destarte, se a informação veiculada na revista *Veja* é que no ano de 2013 foram gerados 15 bebês na Índia para cidadãos brasileiros, conclui-se que a Embaixada do Brasil na Índia está fornecendo aos pais pretendentes brasileiros a carta exigida pelas autoridades indianas constando expressamente que gestação de substituição não é proibida no Brasil e que a criança nascida por meio de gestação de substituição na Índia será reconhecida como filha dos cidadãos brasileiros.

6 A ORDEM PÚBLICA NA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO TRANSNACIONAL

De acordo com Soares (2010, p. 74), é extremamente difícil conceituar ordem pública e sua compreensão não pode estar focada em avaliação abstrata. Segundo Vischer (1992, p. 101, *apud* SOARES, 2010, p. 75), no Direito Internacional Privado ordem pública é algo que se conhece na realidade concreta, caso a caso. Para Soares,

[...] a consequência dessa compreensão é a ideia de que a ordem pública não pode mesmo ter seu conteúdo fixado em qualquer norma escrita, ainda que de ordem constitucional. A variabilidade do conteúdo da ordem pública impõe nos ordenamentos jurídicos a adoção de cláusula aberta, a ser preenchida em cada momento histórico, por cada magistrado, caso a caso. [...] Para definir concretamente o conteúdo da ordem pública, cabe ao magistrado revelar não uma percepção individual sobre o que pensa quanto ao conceito naquele dado momento histórico, mas uma interpretação que traduza o entendimento médio do povo sobre a relação entre a ordem pública e a específica lei ou decisão estrangeira que se pretende cumprir em nosso território.

-
- c) o casal contratante fornecer e empreender tudo o que for necessário para a criança que nascer por meio do aluguel de útero de uma mulher indiana;
 - d) o tratamento médico for, obrigatoriamente, feito em clínicas reconhecidas pelo *Indian Consil of Medical Research*; e
 - e) o casal contratante providenciar um contrato, devidamente autenticado, com a mulher indiana que alugará o seu útero.

A exceção de ordem pública consiste em um mecanismo de proteção do ordenamento jurídico contra atos e decisões proferidos no exterior que possam ofender os valores mais importantes do ordenamento jurídico pátrio. Como salientado por Boni Soares (2010, p. 75), deve ser preenchido em cada momento histórico, por um magistrado, caso a caso. Para exemplificar como a exceção de ordem pública pode variar no tempo, cita-se decisão do STF que, em 2003, negou *exequatur* na Carta Rogatória 10.415³⁶ para citar réu para pagamento de dívidas de jogo. Em 2008, o STJ, em situação idêntica, citação de réu para pagamento de dívidas de jogo, concedeu o *exequatur*. Do voto condutor vale destacar o seguinte trecho:

(...)A concessão de *exequatur* não passa por exame da ação ajuizada na Justiça rogante. A questão em jogo numa rogatória é saber se o ato rogado pode ser cumprido em nosso País e não se a ação proposta na Justiça rogante seria julgada procedente em nosso Judiciário! Se concluirmos o contrário, seremos forçados a conhecer o mérito de todas as ações das quais se extraíram as rogatórias enviadas ao Brasil e ainda teremos que avaliar se o pedido da demanda lá proposta seria acolhido aqui. Data vênia, nada mais sem razão, pois os Estados são soberanos para entrega de Jurisdição nos limites dos respectivos territórios. Além disso, a concessão de *exequatur* não significa nem pressupõe que o autor da demanda esteja com razão segundo nosso ordenamento jurídico.

Além de tudo que foi dito, se é certo que nosso ordenamento não obriga ao pagamento de dívidas de jogo ou aposta (contraídas em solo nacional - que fique claro!), não é menos correto que rejeita o enriquecimento sem causa (CC, Art. 884) e a má-fé (CC, Arts. 113, 187 e 422). Logo, não ofende nossa soberania ou ordem pública conceder *exequatur* para citar alguém a se defender contra cobrança de dívida de jogo contraída e exigida em Estado estrangeiro.³⁷

Todavia, considerando que a concessão de *exequatur* aa Cartas Rogatórias é feita por decisão monocrática do presidente do Superior Tribunal de Justiça, a decisão não irá refletir o entendimento do Tribunal, mas sim de seu presidente. No caso de cobrança de dívida de jogo feita no exterior, no AgRg CR 3.198/2008 os ministros Fernando Gonçalves e Castro Meira foram suficientemente claros no sentido de que a mera citação do réu não contrariava a ordem pública. Mas se o requerimento fosse de homologação de sentença estrangeira para pagamento de dívida de jogo, atentaria, sim, contra a ordem pública.

Como dito no item 2, de acordo com o sistema de *exequatur* por delibação, o Estado requerido não adentra no mérito do julgado. Todavia, não adentrar no mérito não significa ausência completa de apreciação material do ato estrangeiro. Segundo Boni Soares (2010, p.

³⁶ STF. CR 10.415/2003, Rel. Min. Maurício Corrêa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2032957>. Acesso em: 07 dez 2013.

³⁷ STJ. CR 3.198/2008. Rel. Min. César Asfor Rocha. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800690369&dt_publicacao=11/09/2008. Acesso em: 07 dez. 2013.

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

No que se refere ao tema tratado neste trabalho, homologação de sentença estrangeira que envolva gestação de substituição transnacional, vale salientar que, assim como um casamento realizado no exterior não precisa passar por um processo de homologação para ser transcrito no livro “E” do Cartório de Registro Civil competente no Brasil³⁸, o traslado de assento de nascimento de uma criança nascida no exterior, mesmo que por meio de gestação de substituição, não dependerá de homologação do STJ e os nomes dos pais que constarem da certidão de nascimento serão os pais legais também no Brasil. Esse traslado, no entanto, deverá obedecer à Resolução 155/ 2012 do CNJ³⁹ c/c art. 32 da Lei 6.015/73.

Assim, se nascer uma criança por meio de gestação de substituição em um local que considere, desde o nascimento, os contratantes como pais legais, a exemplo de Índia, Ucrânia, Califórnia e Illinois, tem-se que não haverá dificuldades no traslado dos assentos de nascimento no Brasil. Tanto assim é que não se têm notícias sobre de dificuldade de ingresso no território brasileiro ou no traslado dos assentos de nascimento dos 15 bebês nascidos na Índia em 2013 por meio de gestação de substituição para casais brasileiros.⁴⁰

Mas quando, então, o STJ poderá ser instado a homologar uma sentença estrangeira que estabeleça filiação de criança nascida por meio de gestação de substituição? A resposta está no conflito positivo de maternidade. Havendo conflito no exterior sobre quem é a mãe e uma vez reconhecida a filiação à mãe social, a sentença estrangeira terá que ser submetida ao procedimento de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. Neste caso, deverá o STJ se pronunciar a respeito. Reconhecer outra mulher que não a parturiente como mãe ofende ou não à ordem pública?

Pelas decisões judiciais e administrativas mencionadas neste trabalho, tem-se que, ainda que a gestação por substituição futuramente seja tida ilegal pelo legislador ordinário e,

³⁸ No caso do casamento, a transcrição do ato não tem efeito constitutivo, e sim declaratório. A finalidade é dar publicidade ao ato. Os nubentes são considerados casados desde a celebração do casamento no exterior, não sendo o registro no cartório brasileiro que constitui essa situação jurídica.

³⁹ Art. 1º. O traslado de assentos de nascimento, casamento e óbito de brasileiros em país estrangeiro, tomados por autoridade consular brasileira, nos termos do regulamento consular, ou por autoridade estrangeira competente, a que se refere o caput do art. 32 da Lei 6.015/1973, será efetuado no Livro "E" do 1º. Ofício de Registro Civil de Pessoas Naturais da Comarca do domicílio do interessado ou do 1º Ofício de Registro Civil de Pessoas Naturais do Distrito Federal, sem a necessidade de autorização judicial.

Resolução 155, de 16 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/2013-resolucao-n-155-de-16-de-julho-de-2012>. Acesso em: 07 dez 2013.

⁴⁰ Reportagem Caminho da Índia. Revista Veja, edição de 27 de novembro de 2013, p. 124-126.

em princípio, contrária a ordem pública pelo Superior Tribunal de Justiça, acredita-se que princípios como o da dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança, aliados à relevância que a socioafetividade tem assumido no ordenamento jurídico pátrio, conduzirão à homologação da sentença estrangeira. Esta tem sido a solução dada pelo Reino Unido no caso de gestação de substituição transnacional.

No Reino Unido, o melhor interesse da criança prevalece à possível ofensa à ordem pública pela gestação de substituição na forma comercial. Lá a lei não reconhece o contrato de gestação de substituição como instrumento capaz de obrigar a mãe a abrir mão da criança e a mulher que gesta a criança será a mãe legal, mesmo que não seja relacionada geneticamente com a criança. E, mais, é irrelevante se a gestação ocorreu no Reino Unido, ou, ainda, se a criança nasceu no Reino Unido ou em qualquer outro lugar do mundo. As únicas formas que permitem a mulher que deu à luz a criança não ser considerada legalmente sua mãe é por meio da adoção ou por meio de uma *parental order*, que é uma ordem judicial que transfere a filiação, nos mesmos moldes da adoção. No entanto, se a gestação de substituição se deu no exterior poderá haver complicações na concessão da *parental order*, trazendo sérias consequências para a criança.

Como o Reino Unido tão somente tolera a gestação de substituição altruística, a demora em conseguir uma doadora de útero temporário impulsiona pais desesperados por um filho em direção ao turismo reprodutivo. Cidadãos britânicos contratam o aluguel de útero de mulheres em países como a Índia, a Ucrânia e a Rússia e, após o nascimento da criança, a certidão de nascimento é expedida constando os pais contratantes como pais legais da criança. Todavia, não há exceção no ordenamento jurídico do Reino Unido: a filiação é definida pelo parto, ou pela adoção, ou pela concessão de *parental order*. Começa, então, a *via crucis* para a obtenção da cidadania britânica para a criança fruto de *cross border surrogacy*.

Para a expedição da *parental order* deve-se comprovar o cumprimento de todos os requisitos constantes do HFEA 2008.⁴¹ O casal britânico deve provar que não foram pagos à

⁴¹ De acordo com o *Human Fertilisation Embryology Act - 2008*, há algumas condições especiais que devem ser cumpridas pelos *intended parents* e pela *surrogate mother* para que uma *parental order* seja concedida, a saber: a) Ambos os pais sociais devem apresentar o requerimento para a *parental order*. “Ambos” significa que pode ser o marido e esposa, ou que vivem em união estável ou, ainda, casais do mesmo sexo. Sob o HFEA, pessoas solteiras ainda não estão habilitadas a requerer uma *parental order*, embora haja um precedente, *A and A v P, P and B* [2011] EWHC 1738 (Fam).

b) Ao menos um dos pais sociais deve ser geneticamente relacionado à criança.

c) O requerimento deve ser feito após seis semanas do nascimento da criança, mas a menos de seis meses do seu nascimento.

d) Ao tempo do requerimento e da concessão da ordem, ambos os requerentes devem ser domiciliados no Reino Unido ou em Channel Islands ou na Isle of Man.

e) Ao tempo da concessão da ordem, ambos os requerentes devem ter a idade mínima de 18 anos.

mulher que alugou o útero valores monetários além das despesas razoáveis para o procedimento. Todavia, como bem salienta Wells-Greco (2013, p. 379), quando esta prova é oportunizada, a criança já está no território de um dos três sistemas jurídicos do Reino Unido, já está convivendo com os pais sociais e já está sendo suprida em as todas suas necessidades físicas e, provavelmente, nas psicológicas. Evidentemente que esta realidade praticamente obriga as cortes a acatarem e sancionarem qualquer pagamento que tenha sido feito, sob pena de colocar em risco o bem estar das crianças, ao abandonar o princípio do melhor interesse do menor.

A propósito, Weels-Greco (2013, p. 379) transcreve parte de decisão proferida no Reino Unido pelo juiz Hedley J. no julgamento do caso *Re X Y (Children)*, [2011], EWHC 3147:

O que o tribunal está sendo obrigado a fazer é equilibrar dois conceitos concorrentes e potencialmente irreconciliáveis. O Parlamento claramente tem o direito de legislar contra a gestação de substituição comercial e também é clara a sua expectativa de que os tribunais devem implementar essa política em suas decisões. No entanto, é forçoso reconhecer que todo o rigor desta análise política vai recair sobre uma pessoa que está totalmente despreparada para compreender e muito menos lidar com suas consequências (isto é, a criança em questão), de forma que o rigor deve ser mitigado em face do bem-estar dessa criança. Essa abordagem é simultaneamente humana e intelectualmente coerente. A dificuldade é que é quase impossível imaginar um conjunto de circunstâncias em que no momento em que o caso chegar às cortes o bem-estar de qualquer criança (especialmente uma criança estrangeira) não esteja gravemente comprometido (no mínimo) por uma recusa desta ordem⁴² (*Re X Y (Children)*, [2011], EWHC 3147) (tradução livre da autora).

f) Os requerentes devem convencer a corte que a doadora temporária de útero é a mulher que deu a luz à criança; ou seja, que é legalmente a mãe. Deve o requerimento ser instruído com formulário próprio (Form C52 na Inglaterra e País de Gales e Form 23 na Escócia), com o consentimento livre e esclarecido da doadora temporária de útero de que concorda com a *parental order*. Este consentimento livre e esclarecido só é válido se feito após seis semanas do nascimento da criança.

g) Nenhum dinheiro ou outros benefícios além das despesas razoáveis pode ser oferecido ou recebido pelos requerentes.

⁴² *What the court is required to do is balance two competing and potentially irreconcilably conflicting concepts. Parliament is clearly entitled to legislate against commercial surrogacy and is clearly entitled to expect that the courts should implement that policy consideration in its decisions. Yet it is also recognised that as the full rigor of that policy consideration will bear on one wholly unequipped to comprehend it let alone deal with its consequences (ie the child concerned) that rigor must be mitigated by an application of a consideration of that child's welfare. That approach is both humane and intellectually coherent. The difficulty is that it is almost impossible to imagine a set of circumstances in which by the time the case comes to court, the welfare of any child (particular a foreign child) would not be gravely compromised (at the very least) by a refusal to make an order.*

7 CONCLUSÃO

A reprodução assistida traz para o debate da sociedade vários temas que, pelos aspectos moral, religioso e ético ou por suas consequências no plano jurídico, mereceriam extensas pesquisas.

O fato é que a ciência, ao dominar a técnica da fecundação *in vitro*, abriu as portas para a gestação de substituição, provocando forte abalo no princípio que parecia inquestionável até então, *mater semper certa est*, havendo quem já proponha sua substituição pelo princípio *mater non semper certa est*.

Na era da globalização, o mercado da gestação de substituição transnacional é uma realidade e acredita-se que em breve o Superior Tribunal de Justiça será instado a se pronunciar a respeito de homologação de sentença estrangeira nestas circunstâncias. Pelas decisões já proferidas nos âmbitos judicial e administrativo retromencionadas, tem-se que o Poder Judiciário brasileiro está aberto a essas novas possibilidades que foram introduzidas pelo avanço científico na área da reprodução assistida e que o estabelecimento de vínculos parentais, sejam biológicos ou afetivos, decorrentes do uso de gestação de substituição não contraria a ordem pública. E, ainda que futuramente o Parlamento decida pela ilegalidade da gestação de substituição em quaisquer das suas formas, se levada a efeito além das fronteiras brasileiras estará consolidada a situação e o melhor interesse da criança deverá prevalecer, deferindo-se a homologação da sentença estrangeira.

REFÊRENCIAS

BAKER, Hannah. A possible future instrument on international surrogacy arrangements: are there 'lessons' to be learnt from the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention? In: TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. (Edit.) . Legal regulation at the international level. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing. 2013. P. 411-435.

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

BBC NEWS. **Italy bans donor sperm and eggs**. 11 dez 2003. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/3311031.stm>. Acesso em: 28 out 2013.

BELTRAME, Adriana. **Reconhecimento de sentenças estrangeiras**. Rio de Janeiro: Gz Editora, 2009.

BOTELHO, Thaís. Caminho da Índia. **Revista Veja**. 27 de novembro 2013, p. 124-126.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Coordenação-Geral de Cooperação Jurídica Internacional. **Homologação de sentenças em matéria civil**. Perguntas e respostas. Disponível em: www.portal.mj.gov.br/services. Acesso em: 28 nov. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resolução no. 9**, de 4 de maio de 2005, publicada DJ 06/05.2005. p. 154. Seção I

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira no. 4.525- US (2009/0077159-0)**. Ministro César Asfor Rocha. DJ 02.08.2010. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15453866/suspensao-de-execucao-se-4525>. Acesso em: 25 nov 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Carta Rogatória 10.415/2003**, Rel. Min. Maurício Corrêa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2032957>. Acesso em: 07 dez 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Carta Rogatória 3.198/2008**. Rel. Min. César Asfor Rocha. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200800690369&dt_publicacao=11/09/2008. Acesso em: 07 dez. 2013

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto no. 99.710**, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 30 nov 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM Nº 2.013/13**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resol_ucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 14 out 2013.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Consulta nº 126.750/05**. Assunto: Autorização para a transferência de embriões para uma terceira pessoa/receptora. 04.04.2006. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=6391&tipo=PARECER&orgao=Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%20E%3o%20Paulo&numero=126750&situacao=&data=17-04-2006>. Acesso em: 05 dez 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7ª. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ESTADOS UNIDOS. Illinois General Assembly. **Gestational Surrogacy Act**. P.A. 93-921, eff. 1-1-05. Disponível em: <http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2613&ChapterID=59>. Acesso em: 03 dez 2013.

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

FRANÇA. **Code Civil**. Version consolidée au 1 septembre 2013. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20131202>. Acesso em: 30 nov 2013.

_____. Cour de Cassation, civile, 1re, 6 avr. 2011, n° 10-19.053, n° 09-66.486 et n° 09-17.130, D. 2011. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet, 1001, édito F. Rome, 1064, entretien X. Labbé, 1585, spéc. 1587, obs. F. Granet-Lambrechts, 1995, obs. A. Gouttenoire, et 2012. 308, obs. J.-C. Galloux; AJ fam. 2011. 262, obs. F. Chénéde, 265, obs. B. Haftel, et 266, interview M. Domingo; AJCT 2011. 301, obs. C. Siffrein-Blanc; Rev. crit. DIP 2011. 722, note P. Hammje; RTD civ. 2011. 340, obs. J. Hauser

_____. Cour de Cassation, civile, Chambre civile, 1, 20 février 2007, 05.14.082. Disponível em: <http://cour-cassation.vlex.fr/vid/civile-fevrier-publie-bulletin-220847075>. Acesso em: 05 dez 2013.

_____. Cour de Cassation. Assemblée Plénière [Cass.plén.] 31.5.1991, Rev. Crit. DIP. 1991, p. 417, 712, Juris-Classeur Périodique: Edition Général (La Semaine Juridique) [JCP] 1991 II 21.752, **Revue Trimestrielle de Droit Civil** [RTD civ] 1991, 517.

_____. Conseil d'Etat. 4 mai 2011, n° 348778, Ministre d'Etat, ministre des affaires étrangères et européennes c/ Morin, D. 2011. 1347, 1995, obs. A. Gouttenoire, 2012. 308, obs. J.-C. Galloux, et 390, obs. F. Jault-Seseke; AJDA 2011. 928; AJ fam. 2011. 328, obs. F. Miloudi; AJCT 2011. 414, obs. C. Siffrein-Blanc; RTD civ. 2011. 530, obs. J. Hauser)

_____. Prime Minister. **Decree No. 2005-851** of 27 July 2005 amends Decree No. 2004-1543 of 30 December 2004. Disponível em: <http://www.careproject.eu/database/scheda.php?caseother=9>. Acesso em: 29 nov 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GRUENBAUM, Daniel. **Foreign surrogate motherhood: mater semper certa eratt**. 60 Am. J. Comp. L. 475 2012. Disponível em: <http://comparativelaw.metapress.com/content/e753w13317w50368/>. Acesso em: 20 jun 2013.

KEYES, Mary. Australia. In: TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. (Edit.) **International surrogacy arrangements**. Legal regulation at the international level. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing. 2013. p. 25-47.

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

PERREAU-SAUSSINE, Louis; SAUVAGE, Nicolas. France. In: TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. (Edit.). **International surrogacy arrangements**. Legal regulation at the international level. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing. 2013. p. 119-127.

REINO UNIDO. High Court of Justice. Family Division. FE08P01466. **X and Y (Foreign surrogacy)** [2008] EWFHC 3030 (Fam). 19 dez 2008. Disponível em: <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed28706>. Acesso em: 28 out 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Corregedoria Geral. **Processo 2009/104323**. Desembargador Antônio Carlos Munhoz Soares. de 26 de março de 2010. Disponível em: <http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2199440/cgj-sp-profere-decisao-sobre-reproducao-assistida-processo-n-2009-104323>. Acesso em: 05 dez 2013.

_____. Tribunal de Justiça. Corregedoria Geral. Processo 0050236-30-2012. DJSP. **Diário de Justiça do Estado de São Paulo de 22 de Outubro de 2012**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/41626886/djsp-judicial-1a-instancia-capital-22-10-2012-pg-416>. Acesso em: 05 dez 2013.

SHAKARGY, Sharon. Israel. In: TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. (Edit.) **International surrogacy arrangements**. Legal regulation at the international level. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing. 2013. p. 231-245.

SHENFIELD, J. et al. Cross border reproductive care in six European countries. **Human Reproduction**, Vol.25, No.6 pp. 1361–1368, 2010. Disponível em: <http://humrep.oxfordjournals.org/content/25/6/1361.full.pdf+html>. Acesso em: 28 out 2013.

SLABBERT, M.N.; ROODT Christa. South Africa. In: TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. (Edit.) **International surrogacy arrangements**. Legal regulation at the international level. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing. 2013. p. 325-344.

SMERDON, Usha Rengachary. India. In: TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. **International surrogacy arrangements**. Legal regulation at the international level. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing. 2013, p.p. 187-218.

SNYDER, Steven H; BYRN, Mary Patrícia. The use of prebirth parentage orders in surrogacy proceedings. 39 **Family Law Quarterly** 633 (Fall 2005) . Disponível em: <http://open.wmitchell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1231&context=facsch>. Acesso em: 27 set 2013.

SNYDER, Steven H. United States of America. In: TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. (Edit.). **International surrogacy arrangements**. Legal regulation at the international level. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing. 2013. p. 387-396.

SOARES, Boni de Moraes. **Juízo de prelibação no direito processual internacional**. Dissertação (mestrado) apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília. 222 f. Brasília. 2010.

STARK, Barbara. Transnational surrogacy and international human rights Law. 18 **ILSA J. Int'l & Comp. L.** 369 2011-2012. Disponível em: http://hrcolumbia.org/gender/papers/stark_transnational_surrogacy.doc. Acesso em: 25 set 2013.

STORROW. Richard F. “The phantom Children of the republic”: international surrogacy and the new illegitimacy 20 **Am. U. J. Gender Soc. Pol’y & L.** 561 2011-2012. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2072399. Acesso em: 25 set 2013.

SVITNEY K. **New russian legislation on assisted reproduction.** Disponível em: <http://www.omicsonline.org/scientific-reports/srep207.php>. Acesso em: 27 out 2013.

TIBÚRCIO, Carmem. As inovações da EC 45/2004 em matéria de homologação de sentenças estrangeiras. **Revista de Processo**, vol. 132, pp. 123-142, fev. 2006, p. 135).

TIMMER, Alexandra. **S.H. and others v. Austria: margin of appreciation and IVF.** Strasbourg Observers. 09 nov 2011. Disponível em: <http://strasbourgobservers.com/2011/11/09/s-h-and-others-v-austria-margin-of-appreciation-and-ivf/>. Acesso em: 28 out 2013.

TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. (Edit). **International surrogacy arrangements.** Legal regulation at the international level. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing. 2013.

UNITED NATIONS. **Convention on the Rights of the Child.** Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989, entry into force 2 September 1990, in accordance with article 49. Disponível em: <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>. Acesso em: 11 dez. 2013.

WELLS-GRECO, Michael. United Kingdom. In: TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. (Edit.). **International surrogacy arrangements.** Legal regulation at the international level. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing. 2013. p. 367-385.