

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional*

Leonardo Castro De Bone**

Sumário: 1. A diversidade de soluções jurídicas nacionais ao problema em questão. 2. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: alguns casos recentes; 2.1. *Menesson c. France* e *Labassee c. France*. 2.2. *D. et Autres c. Belgique*. 2.3. *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 2.4. *C et E c. France* e *D. c. France*. 2.5. *Schlittner-Hay c. Pologne*. 3. Algumas considerações críticas dos acórdãos do TEDH.

1. A diversidade de soluções jurídicas nacionais ao problema em questão

A gestação de substituição, também conhecida como barriga de aluguel, *gestación por sustitución*, *gestation pour le compte d'autrui*, *surrogazione di maternità*, *ersatzmutter*, *surrogacy agreement* e *surrogate mother* ou *surrogacy arrangement*, constitui contrato de prestação de serviço atípico¹, tendo como objeto a cessão temporária do útero (ou, simplesmente, a gestação por outrem).

Através desse contrato, uma mulher, denominada gestante de substituição, se compromete com uma ou mais pessoas, denominados beneficiários, a gestar um embrião com o fim de que a pessoa nascida tenha vínculos jurídicos de filiação com

* Estudo atualizado até a primeira quinzena de janeiro de 2022.

** Doutorando e Mestre em Direito e Ciências Jurídico-Civis pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela Faculdade de Direito de Vitória. Advogado.

¹ Corte-Real, Carlos Pamplona e Pereira, José Silva, *Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica*, 2.ª ed. atualizada, Lisboa: AAFDL, 2011, p. 246; Pinheiro, Jorge Duarte, *Direito da Família Contemporâneo*, 6.ª ed., Lisboa: AAFDL, 2018, p. 182.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

a parte beneficiária², podendo, a depender do ordenamento jurídico no qual se insere, assumir múltiplas feições. Em Portugal, por exemplo, apenas se admite a gestação de substituição a título gratuito e com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários, sendo vedado, em qualquer caso, que a gestante de substituição seja também doadora dos ovócitos usados no concreto procedimento em que é participante³. Já em alguns Estados dos Estados Unidos, como acontece na Califórnia, admite-se a substituição onerosa, dispensando-se até mesmo a contribuição genética do casal beneficiário, como é visto, por exemplo, no emblemático caso *Buzzanca v. Buzzanca*⁴. Contudo, em outros países, como acontece em França, veremos repetidamente que qualquer acordo sobre procriação ou gestação em nome dos outros é nulo e sem efeito, sendo considerado crime pela ordem jurídica francesa⁵.

A aceitação desse negócio jurídico nos mais diversos ordenamentos irá depender, em certa medida⁶, dos limites impostos a liberdade contratual⁷. Por exemplo, no sistema romano-germânico, em que a autonomia privada não é absoluta e deve conviver com outros princípios norteadores do Direito Privado,

² Conceito oferecido por Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidade subrogada. Ni alquiler de vientres*, Ebook, Barcelona: Universitat de Barcelona, 2013, p. 24.

³ Art. 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. Para um estudo mais completo sobre a gestação de substituição em Portugal, cfr. Oliveira, Guilherme de, *Mãe há só uma (duas)! Contrato de gestação*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992; Raposo, Vera Lúcia, *De mãe para mãe: Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005; Corte-Real e Pereira (nota 1), pp. 244 e ss.; Pinheiro (nota 1), pp. 178 e ss; e Pereira, Maria Margarida Silva, *Direito da Família*, Lisboa: AAFDL, 2018, pp. 802 e ss..

⁴ *Buzzanca v. Buzzanca*, 72 Cal. Rptr. 2d 280 (1998). No caso, o casal californiano, referenciado por nós como Sr. e Sra. Buzzanca, contratou gestante de substituição, que recebeu quantia em dinheiro para gestar e entregar uma criança que não estaria geneticamente ligada ao casal, já que o procedimento contou ainda com participação de doadores de esperma e ovócito.

⁵ Interpretação extraída do art. 16-7 do *Code Civil* e art. 227-12 do *Code Penal*.

⁶ Como fator de influência, pode-se ainda citar objeções meta-jurídicas, que historicamente alinham-se a influências religiosas. Por exemplo, em países com maior preponderância Católica, como é visto no Sul da Europa, tem-se a condenação da gestação de substituição pela Igreja (a Instrução *Donum vitae*, datada de 22 de fevereiro de 1987), apesar de o antigo testamento admitir tal prática (Gênesis 16:1-4 e 30:1-8). Já em países com raízes na Reforma Protestante (v.g. Calvinismo), o caminho será inverso, dado a maior liberdade conferida aos indivíduos, como nos explica Vicente, Dário Moura, “Maternidade de Substituição e Reconhecimento Internacional”, In: Marcelo Rebelo de Sousa, Fausto de Quadros, Paulo Otero e Eduardo Vera-Cruz Pinto (coords.), *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Vol. 5, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 607-626, p. 611.

⁷ Para uma análise mais profunda sobre a autonomia privada no direito comparado, cfr. Vicente, Dário Moura, *Direito Comparado. Obrigações*, Vol. 2, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 335-346.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

embora ainda constitua a base da contratação entre os particulares, comumente nos deparamos com uma maior rejeição a esse tipo contratual, como visto em Espanha⁸, França⁹, Itália¹⁰ e Alemanha¹¹, não obstante algumas exceções, como no

⁸ No direito espanhol, a proibição à gestação de substituição resulta do art. 10 da *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, que assim dispõe: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

⁹ Em França, a utilização da cessão temporária do útero é condenada pelo art. 16-7 do *Code Civil* (“*Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle*”), por contrariar a ordem pública (art. 16-9 do *Code Civil*), sendo punido criminalmente (art. 227-12 do *Code Penal*).

¹⁰ Em Itália, “*Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro*” (art. 12.º, n.º 6 da *Legge 19 febbraio 2004 n.º 40*).

¹¹ Já na Alemanha, temos que a proibição a gestação por outrem é proibida pelo § 1 Abs. 1 Satz 7 da *Embryonenschutzgesetz (ESchG)*.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

atual sistema português¹², brasileiro¹³, grego¹⁴ e argentino¹⁵, que permitem a gestação por outrem. Já no sistema anglo-americano, a liberdade de contratar encontra no direito inglês e no norte-americano sua consagração mais ampla, o

¹² Portugal, apesar de pertencer à família romano-germânica (usualmente contrária a esses acordos), adota atualmente um regime permissivo a gestação de substituição, o que veio a ocorrer em 2021, com a Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, que veio a introduzir a oitava alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. Por aqui, a criança que vier a nascer será considerada filha dos beneficiários (art. 8.º, n.º 9 da LPMA), ressalvado a hipótese em que a gestante de substituição poderá arrepender-se do compromisso inicialmente firmado (arts. 8.º, n.º 10 e 14.º, n.º 5, ambos da LPMA), o que poderá ter lugar dentro dos 20 dias imediatamente após o nascimento (art. 96.º, n.º 1 do CRC). Todavia, importa anotar que nem sempre assim sucedeu. É que, originalmente, quando da promulgação da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, optou-se primeiramente por um regime absolutamente proibitivo (antigo art.º 8), sendo que esses contratos (gratuitos ou onerosos) eram considerados nulos (n.º 1) e a gestante de substituição, mesmo que não contribuisse com seu material genético, era considerada, para todos os efeitos legais, como mãe da criança que viesse a nascer (n.º 3), aplicando-se com isso a tradicional regra romana de *mater semper certa est* (art. 1.796.º, n.º 1 do CC). Já em 2016, com a reforma inserida pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, adotou-se no país um regime legal permissivo, desde que esses contratos seguissem apertados requisitos (todos vistos no artigo 8.º da LPMA), sob pena de nulidade (n.º 12 do art. 8.º). Esse regime, contudo, não passou pelo crivo do Tribunal Constitucional em duas oportunidades, nomeadamente no Ac. n.º 225 do Tribunal Constitucional, de 07 de maio de 2018, Conselheiro Relator Pedro Machete e, mais recentemente, no Ac. n.º 465 do Tribunal Constitucional, de 18 de outubro de 2019, Conselheira Relatora Joana Fernandes Costa.

¹³ O Brasil, apesar de ser citado como pertencente à família romano-germânica e adotar um regime permissivo a gestação de substituição, importante mencionarmos que a dita “permissão” não decorre de texto legal (já que não há), mas sim de regras de deontologia do Conselho Federal de Medicina (na recente Resolução n.º 2.294/21, item VII). Dessa forma, na falta de norma jurídica proibitiva, tem-se aceitado tal prática de gestação, desde que a título gratuito e intrafamiliar (salvo substituição extrafamiliar autorizada pelo Conselho Regional de Medicina). Ainda, importa consignar proposta de alteração no Código Civil brasileiro, para constar o art. 1.597-A, que vigoraria com a seguinte redação: “Art. 1.597-A. A maternidade será presumida pela gestação. Parágrafo único: Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga” (Enunciado 129 da Jornada de Direito Civil).

¹⁴ Na Grécia, os acordos de substituição são admitidos desde 2002, quando da Lei n.º 3089/2002, que alterou o CC grego. Por lá, a celebração desses acordos carecem de autorização judicial, que, se aprovados, afastam a regra romana do *mater semper certa est* (adotada no art. 1.463.º do CC) e a criança nascidas é considerada filha dos beneficiários.

¹⁵ O Direito argentino vive posição similar ao brasileiro. Devido à falta de regulamentação legal no país, os acordos de substituição são reconhecidos pelos tribunais argentinos. Sobre o regime argentino, cfr. Lamm (nota 2), pp. 25-26.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

que resulta num regime permissivo a gestação de substituição no Reino Unido¹⁶ e em alguns Estados norte-americanos¹⁷.

À vista dessa pluralidade, podemos considerar essencialmente duas soluções jurídicas nacionais que importarão para o surgimento do problema em questão¹⁸:

- a) De um lado, temos os países que admitem os negócios jurídicos de gestação de substituição, sendo, portanto, contratos válidos. Nesses casos, a criança que vier a nascer do procedimento será considerada filha dos beneficiários, ressalvadas as situações em que a gestante será considerada mãe¹⁹;
- b) De outro, os países que consideram os negócios jurídicos de gestação de substituição nulos, sendo reputada como mãe da criança à mulher que deu à luz (gestante de substituição).

Como resultado dessa dicotomia, surge a passos largos um problema de primeiríssima grandeza: o turismo reprodutivo. É que tem se tornado cada vez mais frequente nacionais de países que não admitem em sua ordem jurídica os contratos de gestação de substituição (letra “b”), buscarem, em outros países que admitem tal prática (letra “a”), o serviço de gestantes de substituição para gestar seus filhos, que após o parto lhes serão entregues. Desse fato, retornam esses nacionais aos seus países de origem - que, repita-se, não permitem tal prática -, que

¹⁶ No Reino Unido, o recurso à gestação de substituição é permitido por lei (*Surrogacy Arrangements Act 1985*, posteriormente alterada pela *Human Fertilization and Embriology Act 2008*), sendo a gestante de substituição considerada mãe da criança que vier a nascer do procedimento. Somente após 6 meses do nascimento da criança, poderá ser solicitado pelo casal beneficiário a transferência da parentalidade (*parental order*), que será analisada por um juiz competente (que em verdade, analisará o cumprimento dos requisitos legais).

¹⁷ Já no direito norte-americano, a resposta poderá variar de Estado para Estado, já que naquele país os Estados federados possuem autonomia legislativa para tanto. Em nível federal, interessa mencionar a *Uniform Parentage Act*, que em seu art. 8.º adotou regramento permissivo às práticas de gestação de substituição (o que é opcional de cada Estado adotar ou não).

¹⁸ Preferimos limitar nosso exemplo a sistemas permissivos (que considerem esse negócio válido) e proibitivos (que considerem esse negócio nulo), já que dessa dicotomia surgirá com grande evidência o problema do turismo reprodutivo.

¹⁹ Como acontece, por exemplo, em Portugal (arts. 8.º, n.º 10 e 14.º, n.º 5, ambos da LPMA), Grécia (art. 1.464.º do CC grego), Reino Unido (§ 54 da HFEA, de 2008), Austrália Ocidental (art. 17 [C] do *Surrogacy Act 2008*), New Hampshire (*N.H. Rev. Stat. Ann.* § 168-B:25 [2008]), Virgínia (*Va. Code Ann.* § 20-161 B [2004]), Rússia (art. 51.4.º do Código de Família russo) e África do Sul (arts. 292.º e ss. da *Children's Act 38 of 2005*).

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

agora com seus filhos em mãos, buscam o reconhecimento dessa filiação constituída no exterior.

Apesar de reconhecidamente essa filiação ser estabelecida legalmente no exterior – ou pelo menos em teoria –, coloca-se um problema de reconhecimento desse ato público em países que manifestamente não permitem tal prática e que em alguns casos até a pune criminalmente, como visto anteriormente em França.

Assim sendo, com o objetivo de ilustrarmos esse e outros problemas advindos do turismo reprodutivo, analisaremos a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que nos últimos anos tem examinado casos de gestação de substituição internacional e inúmeros pedidos de nacionais que buscam reconhecer em seus países essa filiação constituída no estrangeiro. Para tanto, consideraremos alguns casos da Corte de Estrasburgo: *Menesson c. France* e *Labassee c. France* (que serão analisados conjuntamente), *D. et Autres c. Belgique*, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, *C et E c. France* e *D. c. France* (que também serão analisados conjuntamente) e *Schlittner-Hay c. Pologne*. Ato contínuo, teceremos algumas críticas e considerações finais quanto ao posicionamento do Tribunal sobre esses acordos de gestação de substituição.

2. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: alguns casos recentes²⁰

2.1. *Menesson c. France* e *Labassee c. France*

²⁰ Nos casos que descrevermos nesse tópico, teremos sempre como base a descrição dos fatos constantes nos acórdãos do TEDH referenciados no início de cada subtópico, motivo pelo qual dispensaremos repetitivas referências bibliográficas ao longo da exposição. Ressalva-se, contudo, referências às decisões nacionais que precedem o julgamento do TEDH, oportunidade em que faremos as devidas indicações. Adicionalmente, por se tratar de análise crítica da recente jurisprudência do TEDH nos casos de gestação de substituição internacional, preservar-se-á, sempre que necessário, o texto original do acórdão para melhor compreensão do leitor quanto aos exatos termos utilizados nas decisões.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

Iniciando a análise, temos os emblemáticos casos *Menesson c. France*²¹ e *Labassee c. France*²², que como foram julgados conjuntamente pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, no dia 26 de junho de 2014, também serão analisados de igual forma, ressalvado, é claro, as particularidades pertinentes a cada um, que quando feitas, serão destacadas.

Assim, em ambos os casos, à infertilidade de Sylvie Mennesson e Monique Labassee, casadas respectivamente com Dominique Mennesson e Francis Labassee, levou os casais de franceses a buscarem auxílio de gestantes de substituição nos Estados Unidos. Os Mennesson na Califórnia e os Labassee em Minnesota, através de um *surrogacy agreement*, produziram, com o espermatozoides dos Srs. Mennesson e Labassee, e com os óvulos de doadores, embriões fertilizados *in vitro*, que posteriormente foram implantados em cada caso no útero da mulher substituta. Como resultado do procedimento, nasceram os gêmeos Valentina Mennesson e Fiorella Mennesson, em 2000, e Juliette Labassee, em 2001.

Após acórdãos proferidos na Califórnia e em Minnesota, reconhecendo Dominique Mennesson e Francis Labassee, como os pais genéticos, e Sylvie Mennesson e Monique Labassee, como mães legais, constou-se nas certidões de nascimento norte-americanas que os Mennesson eram pais dos gêmeos, e os Labassee pais de Juliette, sem, contudo, fazer qualquer referência à gestante de substituição.

Em *Menesson*, após o Consulado francês em Los Angeles negar a transcrição dos assentos de nascimento de Valentina Mennesson e Fiorella Mennesson, visto que os requerentes não apresentaram um certificado de parto, os agentes consulares informaram o ocorrido ao Ministério Público francês, por suspeitarem que o caso se tratava de *gestation pour le compte d'autrui*, que, como visto, é proibido pelo art. 16-7 do *Code Civil*. Mesmo sem a transcrição dos assentos de nascimento, o casal retornou à França com os gêmeos, oportunidade em que promotores franceses solicitaram ao serviço de registro civil de Nantes, onde o casal residia, a transcrição do nascimento dos filhos para fins de anulação, sob a

²¹ *Menesson c. France*, n.º 65192/11, 26 de junho de 2014, TEDH.

²² *Labassee c. France*, n.º 65941/11, 26 de junho de 2014, TEDH.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

alegação de que os Mennesson violaram a ordem pública francesa (art. 16-9 do *Code Civil*) ao recorrerem a um contrato de gestação de substituição. Em relação a *Labasse*, as autoridades francesas recusaram-lhes o registro de nascimento no registro francês da certidão emitida em Minnesota, também sob o argumento de que o casal recorreu a uma *gestation pour le compte d'autrui*, contrária a ordem pública do país, o que, em ambos os casos, impedia que as crianças adquirissem a nacionalidade francesa²³.

Após anos de disputas judiciais, os casos chegaram à *Cour de Cassation*, que, em 6 de abril de 2011, rejeitou os argumentos dos pais pretendidos e decidiu que Valentina Mennesson, Fiorella Mennesson²⁴ e Juliette Labassee²⁵, não eram cidadãs francesas. Para tanto, considerou a Corte que o registro civil de tais inscrições emitidas no estrangeiro eram produto de um acordo de gestação de substituição nulo e sem efeito para a ordem jurídica do país, ao abrigo dos já citados artigos do *Code Civil*. E mais, especificou ainda o Tribunal que a recusa das autoridades francesas não privava as crianças da filiação materna e paternal que a lei californiana reconhecia, não as impediu de viver com os pais em França, não infringia o direito das crianças ao respeito pela sua vida privada e familiar na acepção do art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, nem o seu interesse superior garantido pelo art. 3º, § 1º da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

Após derrotas na *Cour de Cassation*, ambos os casos foram apresentados em recurso ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, baseando-se na violação do art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, ao argumento de que, em detrimento do melhor interesse das crianças, os requerentes não foram capazes de obter o reconhecimento em França de relações entre pais e filhos legalmente

²³ Para os casos, a adoção não é uma solução jurídica, visto que, de acordo com as leis francesas, aqueles que buscarem o auxílio de gestantes de substituição internacional não poderão adotar, já que buscaram burlar os procedimentos legais de adoção (Hunter-Henin, Myriam, "Surrogacy: Is There Room for a New Liberty between the French Prohibitive Position and the English Ambivalence?", In: Michael Freeman (ed.), *Law and Bioethics, Current Legal Issues*, Vol. 11, 2008, p. 329-357).

²⁴ Sentença n.º 370, de 6 de abril de 2011 (19-19.053), *Cour de cassation, Première Chambre Civile*.

²⁵ Sentença n.º 371, de 6 de abril de 2011 (09-17.130), *Cour de cassation, Première Chambre Civile*.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

constituídas no exterior. Os Mennesson, por sua vez, alegaram ainda ofensa ao art. 14.º CEDH, já que para eles, a impossibilidade de o Estado francês reconhecer os gêmeos (Valentina Mennesson e Fiorella Mennesson), colocou seus filhos em situação legal discriminatória em comparação a outras crianças quando se trata de exercer o direito de respeitar a vida familiar.

Em julgamento conjunto, a Corte de Estrasburgo, reconheceu que o art. 8.º da Convenção era aplicável aos casos tanto em seu aspecto de vida familiar, quanto de vida privada. No primeiro, não restavam dúvidas de que os Mennesson e os Labasse cuidavam e viviam com as crianças como pais desde o nascimento, de maneira indistinguível a formar uma vida familiar. Quanto ao segundo, como o direito à identidade é parte integrante do conceito de vida privada e como há uma ligação direta entre vida privada das crianças geradas de processos de gestação de substituição e a determinação de sua filiação legal, o art. 8.º da CEDH também era aplicável aos casos em sua concepção de vida privada. Assim sendo, restava saber se a recusa do Estado francês de reconhecer um vínculo de filiação legalmente constituído no exterior estava de acordo com o art. 8.º da Convenção.

Em primeira linha, reconheceu a Corte que a recusa das autoridades francesas visava dois objetivos legítimos enumerados no § 2.º do art. 8.º, a saber, a “*protection de la santé*” e “*la protection des droits et libertés d’autrui*”. Observou ainda que “*le refus de la France de reconnaître un lien de filiation entre les enfants nés à l’étranger d’une gestation pour autrui et les parents d’intention procède de la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu’elle prohibe sur son territoire dans le but, selon sa perception de la problématique, de préserver les enfants et – comme cela ressort de l’étude du Conseil d’État du 9 avril 2009 (paragraphe 37 ci-dessus) – la mère porteuse*”. À vista disso, frente as difíceis questões éticas envolvidas e o dissenso sobre esses contratos no cenário europeu, admitiu que cabe aos Estados uma grande margem de apreciação nas decisões sobre a gestação de substituição. Contudo, essa margem tornou-se estreita quando envolveu fundamental aspecto da identidade dos indivíduos: a filiação.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestão de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

Com isso, nas palavras da Corte, “(...) *les choix opérés par l’État, même dans les limites de cette marge, n’échappent pas au contrôle de la Cour. Il incombe à celle-ci d’examiner attentivement les arguments dont il a été tenu compte pour parvenir à la solution retenue et de rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l’État et ceux des individus directement touchés par cette solution (voir, mutatis mutandis, S.H. et autres c. Autriche, précité, § 97). Ce faisant, elle doit avoir égard au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d’un enfant est en cause, l’intérêt supérieur de celui-ci doit primer (...)*”.

Isto posto, o TEDH entendeu que: (i) no que diz respeito à vida familiar dos recorrentes, a recusa das autoridades francesas não constituiu óbice para que pais e filhos morassem juntos no país em condições comparáveis às de outras famílias e que não havia indícios por parte das autoridades francesas em separá-los, razão pela qual considerou que a decisão da *Cour de Cassation* encontrava um equilíbrio justo entre os interesses dos demandantes e os do Estado, já que respeitado o direito à vida familiar; (ii) já no que diz respeito à vida privada, observou que as crianças encontravam-se em um estado de incerteza jurídica, já que o Estado francês, embora ciente da filiação legalmente constituída no exterior, negou-lhes esse *status* sob a lei francesa, o que prejudicava suas identidades na sociedade francesa e produzia efeitos sucessórios nefastos a elas, já que somente poderiam herdar de seus pais como legatárias, o que resultava em direitos de herança menos favoráveis.

Assim, em consonância com o melhor interesse das crianças, que nas palavras do Tribunal “*chaque fois que la situation d’un enfant est en cause, l’intérêt supérieur de celui-ci doit primer*”, concluiu que o Estado francês ultrapassou as margens de apreciação permitidas, violando o direito das crianças a sua vida privada (art. 8.º da CEDH). Em virtude dessa constatação, não considerou necessário analisar a denúncia feita pelos Mennesson, quanto a violação do art. 14.º da CEDH, multando a França a pagar indenizações por danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

Posteriormente, em casos semelhantes, designadamente *Foulon c. France*²⁶, *Bouvet c. France*²⁷, *Laborie c. France*²⁸, a Corte Europeia, baseando-se nos acórdãos de *Mennesson e Labasse*, considerou (i) que não havia violação ao art. 8.º da CEDH quanto ao direito à vida familiar dos requerentes e (ii) que havia violação ao art. 8.º da Convenção quanto ao respeito à vida privada das crianças envolvidas.

2.2. *D. et Autres c. Belgique*

Em julgamento posterior a *Mennesson e Labassee*, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos voltou a se manifestar sobre outro caso de gestação de substituição internacional. Ao contrário das duas decisões já citadas, em *D. et Autres c. Belgique*²⁹, a Corte de Estrasburgo analisou a recusa das autoridades belgas em emitir documento de viagem para uma criança nascida com o auxílio de uma gestante de substituição na Ucrânia³⁰.

Os fatos do caso apresentados perante o Tribunal, contam a história do Sr. D. e da Sra. R., um casal belga que teve um filho, chamado de A., com o auxílio de uma gestante de substituição na Ucrânia. Após o nascimento da criança em 26 de fevereiro de 2013, na Ucrânia, as autoridades do país emitiram uma certidão de nascimento, constando D. como pai de A., e R. como mãe de A. (sem, contudo, mencionar o uso de uma gestante de substituição).

Em 15 de março de 2013, o casal solicitou à embaixada belga em Kiev, a emissão de um passaporte belga para A., para que ele pudesse viajar a Bélgica, oportunidade em que apresentaram a certidão de nascimento ucraniana. Apesar de o direito belga não possuir nenhuma legislação ou regulamentação específica que proíba ou permita a prática de substituição gestacional, com base no art. 7.º da *loi du 14 août 1974, relative à la délivrance des passeports*, a emissão do passaporte de A. foi

²⁶ *Foulon c. France*, n.º 9063/14, 21 de julho de 2016, TEDH.

²⁷ *Bouvet c. France*, n.º 10410/14, 21 de julho de 2016, TEDH.

²⁸ *Laborie c. France*, n.º 44024/13, 19 de janeiro de 2017, TEDH.

²⁹ *D. et Autres c. Belgique*, n.º 29176/13, 08 de julho de 2014, TEDH.

³⁰ Na Ucrânia, vale mencionar que os aspectos legais da gestação de substituição são regidos pelo Código de Família da Ucrânia.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

recusada, diante da impossibilidade inicial de o casal comprovar a filiação com a criança, nomeadamente o certificado de gravidez emitido por um médico na Bélgica e um certificado de hospitalização na Ucrânia.

Diante da recusa da embaixada belga, D., R. e A. (representado pelos outros dois), apresentaram em 05 de abril de 2013 pedido de urgência ao *Tribunal de Première Instance* de Bruxelas, requerendo que a Corte ordene que as autoridades belgas emitam o passaporte, o que fizeram com base no art. 27.º do Código do Direito Internacional Privado. O juiz presidente, encarregado de analisar os pedidos de urgência, considerou que em cognição sumária as provas apresentadas pelos requerentes criavam muitas incertezas quanto a maternidade e a paternidade da criança, motivo pelo qual, indeferiu o pedido.

O casal, que aguardava o julgamento do recurso na *Cour d'appel* de Bruxelas, teve de retornar a Bélgica em 25 de abril de 2013, devido ao vencimento de seus vistos. Do retorno à Bélgica até o julgamento da Corte de Apelação, ficaram separados de A. por quase 3 meses, que nesse tempo ficou sob os cuidados de uma babá. Consta nos autos ainda, que em períodos curtos e alternados, visitavam a criança na Ucrânia.

Em 31 de julho de 2013, a *Cour d'appel* de Bruxelas decidiu por dar provimento ao recurso e considerou que as provas adicionais recolhidas pelos recorrentes desde o primeiro julgamento no *Tribunal de Première Instance* eram suficientes para comprovar a paternidade biológica de A.. Adicionalmente, observou o Tribunal de Recursos que os elementos sobre a concepção da criança pareciam respeitar às condições exigidas pela lei ucraniana para a validade de contratos de substituição gestacional³¹. Assim, decidiu que, enquanto as partes aguardavam o resultado do processo, deveria A. retornar ao convívio familiar com D. e R., oportunidade em que ordenou que o Estado belga emitisse para A. um *laissez-passer* ou qualquer outro documento administrativo adequado que permitisse que

³¹ A lei ucraniana determina que os cônjuges que se submeterem a um procedimento de procriação assistida com recurso à uma gestante de substituição, são considerados pais da criança que vier a nascer. Para tanto, pelo menos um dos cônjuges deverá contribuir com seu material genético, não podendo, de forma alguma, que a gestante contribua com seus óvulos no procedimento em que é partícipe.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

A. viajasse para a Bélgica. Com isso, desde 06 de agosto de 2013, D., R. e A. moram juntos na Bélgica.

À vista desses fatos, o casal belga processou a Bélgica no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos pela recusa inicial em emitir o passaporte, o que resultou na separação temporária do filho. Para eles, a separação causada pela recusa das autoridades belgas quebrou as relações entre um bebê de poucas semanas e seus pais, o que seria contrário a seu melhor interesse e violaria seu direito ao respeito pela vida familiar (art. 8.º da CEDH). Baseando-se agora no art. 3.º da Convenção, o casal sustentou ainda que a separação havia submetido os três (pai, mãe e filho) a um tratamento desumano e degradante. Por fim, à luz do art. 13.º, conjugado também com os arts. 3.º, 6.º e 8.º da Convenção, alegaram que nenhum recurso eficaz estava disponível para eles, tendo no que se refere à duração do processo interno instaurado em Bruxelas para permitir que A. viajasse para a Bélgica.

Isto posto, em acórdão do dia 08 de julho de 2014, a Corte de Estrasburgo pronunciou-se nos seguintes termos: (i) quanto à denúncia de violação do art. 8.º da CEDH, motivada pela recusa inicial das autoridades belgas, o que resultou na separação de A., reconheceu que a interferência no direito à vida familiar das partes era prevista por lei (*loi du 14 août 1974, relative à la délivrance des passeports*) e foi motivada pela necessidade de verificar se as leis belgas e ucranianas foram respeitadas. Observou ainda que a interferência foi justificada por motivos legítimos de prevenir crimes, especialmente o tráfico internacional de crianças, e de proteger direitos de terceiros, como o da gestante de substituição e da criança (o que coaduna com o § 2.º do art. 8.º da CEDH). Não cabe a Corte, nesse sentido, obrigar Estados membros a permitir a entrada de crianças nascidas no exterior de gestantes de substituição sem que as autoridades nacionais façam as devidas verificações legais. E mais, considerou ainda que o período em que ficaram separados não era excessivamente longo, sendo, em verdade, atribuído ao casal, já que o atraso na obtenção do *laissez-passer* foi ocasionado pelas provas insuficientes juntadas à época do julgamento no *Tribunal de Première Instance*. A esse propósito, observou também que o casal poderia ter previsto o procedimento correto a ser seguido para o reconhecimento daquela filiação, especialmente

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

porque tinham sido aconselhados por um advogado belga e outro ucraniano. Em conclusão, considera que o Estado belga agiu dentro dos limites da margem de apreciação que lhe desfruta, motivo pelo qual julgou a denúncia prevista no art. 8.º manifestamente infundada; (ii) quanto à denúncia de violação do art. 3.º da CEDH, motivada pela separação temporária, compreende como descabida, já que nas palavras da Corte, deve ser apoiada por provas apropriadas; (iii) já quanto à violação dos arts. 6.º e 13.º, ambos da CEDH, considerou infundada pelas considerações já feitas quanto aos arts. 3.º e 8.º.

2.3. *Paradiso et Campanelli c. Italie*

Agora em *Paradiso et Campanelli c. Italie*³², questionava-se um acordo de substituição realizado por um casal de italianos na Rússia. De acordo com os fatos, Donatina Paradiso e Giovanni Campanelli, um casal de idosos italianos que não conseguiam engravidar após anos de tentativas e que também foram desqualificados da adoção devido à idade avançada, buscaram em Moscou os serviços de uma clínica de *maternità surrogata*, proibido em seu país, mas legal na Rússia³³.

A criança, concebida de um procedimento de fertilização *in vitro*, que contou ainda com a participação de uma gestante de substituição e a doação anônima de esperma e óvulo, nasceu em 2011. A gestante que deu à luz, prestou seu consentimento por escrito para que a criança fosse registrada como filha biológica do casal italiano. Alguns dias depois, Donatina Paradiso e Giovanni Campanelli, foram registrados como mãe e pai do recém-nascido (sem que a certidão mencionasse o acordo de substituição). A certidão de nascimento russa foi ainda apostilada de acordo com às disposições da Convenção de Haia, de 5 de outubro de 1961.

³² *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n.º 25358/12, 24 de janeiro de 2017, TEDH.

³³ Na Rússia, os aspectos da gestação de substituição são regidos pelo Código de Família da Federação Russa e a Lei Federal de Saúde.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

Ao retornarem a Itália, contudo, as autoridades do país recusaram-lhes a transcrição da certidão de nascimento da criança no registro civil italiano, oportunidade em que o Consulado da Itália em Moscou informou as autoridades italianas que a certidão de nascimento continha informações falsas. À vista disso, o casal foi indiciado por adulteração civil e por falsificação, na aceção dos arts. 567.º, 489.º e 479.º, todos do *Codice Penale*. Ainda, as autoridades do país enquadraram o casal na violação do art. 72.º da *Legge 4 maggio 1983, n. 184*, que disciplina o processo de adoção.

Após testes de DNA ordenado por um Tribunal, provou-se que Donatina Paradiso e Giovanni Campanelli não eram mãe e pai biológico daquela criança³⁴, o que, nos termos da lei italiana, colocavam-na em estado de abandono. Sendo seus verdadeiros pais desconhecidos e a pedido do Ministério Público italiano, o *Tribunale per i Minorenni di Campobasso* determinou que a criança fosse retirada da custódia do casal e entregue a adoção.

Em 2013, dois anos depois de iniciadas as discussões, o *Tribunale di Campobasso* confirmou que a recusa das autoridades italianas de registrar a certidão de nascimento russa era legítima, na medida em que não existiam vínculos genéticos entre a criança e os “pais” registrados na então certidão; que a lei russa exigia ao menos o vínculo genético com um dos membros do casal com a criança para caracterizar gestação de substituição; que por isso, não houve gestação de substituição, deduzindo-se, portanto, que a certidão de nascimento era falsa e contrária a ordem pública. Com isso, a criança, que esteve em lar adotivo desde 2011 e conduzida a uma família adotiva em 2013 (período em que esteve afastada do casal italiano), recebeu, por determinação do Tribunal, um novo nome e certidão de nascimento indicando que havia nascido de pais desconhecidos.

Em recurso à Corte de Estrasburgo, Donatina Paradiso e Giovanni Campanelli, alegaram que a recusa das autoridades italianas e a remoção da criança ordenada

³⁴ Segundo os fatos, o casal alega que sua intenção era de que Giovanni Campanelli tivesse vínculo genético com a criança, razão pelo qual a fertilização *in vitro* havia sido feita com suas células reprodutoras. Contudo, por motivos que desconhecem, a procedência paterna da criança era desconhecida.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestão de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

pelos tribunais italianos violaram a Convenção de Haia de 1961, bem como o direito deles e da criança ao respeito à vida privada e familiar (art. 8.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos). Em complemento, à luz do art. 6.º da CEDH, reclamaram ainda que a remoção da criança de seus cuidados não respeitou um processo equitativo.

Em primeiro julgamento, o caso foi atribuído à Segunda Seção do TEDH que, em 27 de janeiro de 2015, admitiu o recurso dos recorrentes, oportunidade em que: (i) rejeitou a denúncia apresentada em nome do menor, por ser o casal ilegítimo para agir em nome da criança, que não vivia com eles há mais de dois anos e já estava inserida em família adotiva; (ii) rejeitou a dita violação a Convenção de Haia de 1961, já que a escolha dos tribunais italianos em aplicar a lei italiana em relação à filiação (e não a lei russa), era compatível com a Convenção. Nesse ponto, como a criança nasceu com o auxílio de doação anônima, seus pais eram desconhecidos e, portanto, sua nacionalidade não foi estabelecida aos olhos dos Tribunais nacionais. Assim, é aplicável para o caso o art. 37.º-*bis* da *Legge 4 maggio 1983, n. 184*, que estabelece que a lei sobre adoção, acolhimento e medidas necessárias em caso de emergência aplica-se a crianças estrangeiras na Itália em situação de abandono; (iii) rejeitou, por falta de esgotamento dos recursos internos que dispunham, a dita violação ao art. 8.º da CEDH, quanto à impossibilidade de se reconhecer em Itália a certidão de nascimento emitida na Rússia; (iv) admitiu a denúncia do casal quanto à remoção da criança de sua custódia, que, para a Corte de Estrasburgo, violou a vida familiar *de fato* existente entre eles (art. 8.º da CEDH). Nesse particular, reconheceu o Tribunal que, apesar de o casal ter convivido com a criança por um período relativamente curto de 6 meses e não existir qualquer ligação genética entre eles, Donatina Paradiso e Giovanni Campanelli comportaram-se em relação à criança como se pais fossem, indicando a existência de uma vida familiar *de fato*; (v) condenou o Estado italiano a pagar indenizações por danos patrimoniais e extrapatrimoniais³⁵.

³⁵ Em votos dissidentes, os juízes Guido Raimondi e Robert Spano, destacaram que “*cette ingérence était prévue par la loi, poursuivait un but légitime et était nécessaire dans une société démocratique.*”. Em suas opiniões, defenderam que nos casos em que “*les juridictions nationales sont confrontées à*

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

Após recurso do governo italiano, o caso foi posteriormente remetido à Grande Seção, que proferiu julgamento substancialmente diferente em 24 de janeiro de 2017. Em primeira medida, mantém intacta a decisão da Segunda Seção quanto aos itens (i), (ii) e (iii) supracitados, pelos fundamentos já consagrados naquele acórdão. Ato contínuo, passa a analisar se o art. 8.º da CEDH é aplicável ao caso *Paradiso and Campanelli* e, se sim, se as medidas adotadas pelas autoridades italianas que resultaram na separação da criança e do casal violaram o direito dos requerentes ao respeito a sua vida privada e familiar, na concepção do já citado artigo 8.º.

Isto posto, quanto a existência de vida familiar ou não entre o casal e a criança, entendeu que diante *“l’absence de tout lien biologique entre l’enfant et les parents d’intention, la courte durée de la relation avec l’enfant et la précarité des liens du point de vue juridique, et malgré l’existence d’un projet parental et la qualité des liens affectifs, la Cour estime que les conditions permettant de conclure à l’existence d’une vie familiale de facto ne sont pas remplies”*. Com isso, pelos fundamentos expostos na decisão, concluiu a Corte pela inexistência de vida familiar.

Já quanto a violação da vida privada, reconheceu o Tribunal que o caso entra na vida privada do casal, na medida em que *“avaient conçu un véritable projet parental, en passant d’abord par des tentatives de fécondation in vitro, puis en demandant et obtenant l’agrément pour adopter, et, enfin, en se tournant vers le don d’ovules et le recours à une mère porteuse. Une grande partie de leur vie était projetée vers l’accomplissement de leur projet, devenir parents en vue d’aimer et éduquer un enfant. Est en cause dès lors le droit au respect de la décision des requérants de devenir parents (S.H. et autres c. Autriche, précité, § 82), ainsi que le développement personnel des intéressés à travers le rôle de parents qu’ils souhaitaient assumer vis-à-vis de l’enfant. Enfin, dès lors que la procédure devant le tribunal pour mineurs se*

des questions difficiles de mise en balance des intérêts de l’enfant d’une part et des exigences d’ordre public de l’autre, la Cour devrait à notre avis faire preuve de retenue, et se limiter à vérifier si l’évaluation des juges nationaux est entachée d’arbitraire”. Além disso, arrematam seu posicionamento, criticando a postura do Tribunal, que com decisões como essa, desmantelavam a autoridade do Estado e negava-lhes a legitimidade da escolha de não reconhecer contratos de gestação de substituição.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

rapportait à la question de l'existence de liens biologiques entre l'enfant et le requérant, cette procédure et l'établissement des données génétiques ont eu un impact sur l'identité de ce dernier, ainsi que sur la relation des deux requérants". Concluiu, portanto, que o art. 8.º da Convenção era aplicável ao caso (na acepção de vida privada), o que, contudo, não conduziu o Tribunal a desfecho semelhante visto na Segunda Seção.

Para a Corte, apesar de reconhecidamente as medidas de remoção adotadas pelas autoridades italianas interferirem na privacidade do casal, essa interferência é justificada segundo o § 2.º do art.º 8.º da CEDH, "*c'est-à-dire si elle était « prévue par la loi », poursuivait un ou plusieurs buts légitimes énumérés dans cette disposition et était « nécessaire, dans une société démocratique », pour atteindre ce ou ces buts*". Admitir que a criança fique com Donatina Paradiso e Giovanni Campanelli, seria o mesmo que legalizar situação por eles criada em violação a própria ordem jurídica italiana, motivo pelo qual entendeu o Tribunal que os interesses nacionais em impedir ilegalidades e proteger a ordem pública prevaleciam sobre o direito à vida privada do casal, rematando pela não violação do art. 8.º.

2.4. *C et E c. France e D. c. France*

Retornando a discussão vista em *Menesson e Labassee*, que posteriormente foi replicada em *Foulon, Bouvet e Laborie*, em *C et E c. France*³⁶ e *D. c. France*³⁷, para além da semelhança no polo passivo das demandas, todos os casos versam sobre a recusa das autoridades nacionais em registrar no registro francês de nascimento, casamento e óbito, os detalhes de uma certidão de nascimento estrangeira de crianças nascidas no exterior com o recurso à substituição gestacional, a qual designa como pai da criança o pai pretendido (e também biológico) e como mãe a mãe pretendida, sem, contudo, mencionar o uso de uma

³⁶ *C et E c. France*, n.ºs 1462/18 e 17348/18, 19 de novembro de 2019, TEDH.

³⁷ *D. c. France*, n.º 11288/18, 16 de julho de 2020, TEDH.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

gestante de substituição. Em *D. c. France*, acrescenta-se aos fatos também a contribuição genética da mãe pretendida.

Contudo, ao contrário do que vimos em *Menesson e Labassee*, ou ainda nos citados *Foulon, Bouvet e Laborie*, os casos que colocamos agora sob análise tiveram suas denúncias julgadas como improcedentes pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, mas não por alteração da jurisprudência da Corte de Estrasburgo, e sim por mudança interna na França que permitiu um desfecho diferente daqueles.

À vista disso, retornemos, pelo menos nesse momento, ao caso *Menesson c. France*. Na época do acórdão da Corte Europeia, o casal *Menesson* apresentou a decisão do TEDH à *Cour de Cassation* para revisão da sentença proferida pela Corte francesa, por incompatibilidade dessa com a recente decisão da Corte europeia. Por sua vez, a *Cour de Cassation*, antes da emissão de qualquer decisão sobre o caso, ratificou o Protocolo n.º 16 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que nos termos de seu art. 1.º, permite às instâncias superiores dos Estados contratantes colocarem questões relativas à interpretação ou aplicação do Direito europeu ao TEDH.

Em seu pedido de *parecer consultivo*, a Corte de Cassação francesa apontou que sua jurisprudência havia mudado desde o julgamento de *Menesson*, em 6 de abril de 2011. Agora, nos acordos de gestação de substituição no exterior, o pai pretendido, desde que contribua com seu material genético e conste na certidão de nascimento como pai, tem o direito de registrar as crianças concebidas desses acordos no registro francês. A dúvida da *Cour de Cassation*, contudo, residia na condição jurídica da mulher casada com o pai biológico (mãe pretendida), que, como colocado pela Corte, não era possível de reconhecimento no Registro Civil do país como mãe legal, por não ser ela a mulher que deu à luz a criança. Apesar de constar como mãe na certidão de nascimento estrangeira, lhe era agora ofertado a opção de adotar a criança, resultado de alterações legislativas na França que facilitaram a adoção por um cônjuge do filho do outro cônjuge.

Com isso, a *Cour de Cassation* colocou duas questões ao TEDH, que em seu pedido de *parecer consultivo* têm a seguinte redação: “1. *En refusant de transcrire sur les registres de l'état civil l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger à l'issue*

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

d'une gestation pour autrui, en ce qu'il désigne comme étant sa « mère légale » la « mère d'intention », alors que la transcription de l'acte a été admise en tant qu'il désigne le « père d'intention », père biologique de l'enfant, un État-partie excède-t-il la marge d'appréciation dont il dispose au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? À cet égard, y a-t-il lieu de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la « mère d'intention? 2. Dans l'hypothèse d'une réponse positive à l'une des deux questions précédentes, la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, ce qui constitue un mode d'établissement de la filiation à son égard, permet-elle de respecter les exigences de l'article 8 de la Convention?».

Do pedido de parecer consultivo, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em 10 de abril de 2019, emitiu o *avis consultatif* nº P16-2018-001³⁸, com vistas a esclarecer as questões suscitadas pela França³⁹. Para o TEDH, duas dúvidas deveriam ser respondidas no parecer: (i) saber se o direito ao respeito pela vida privada, na aceção do art. 8.º da CEDH, de uma criança nascida no exterior de acordo de gestação de substituição, cujo vínculo de filiação com o pai pretendido

³⁸ *Avis consultatif*, nº P16-2018-001, 10 de abril de 2019, TEDH.

³⁹ Antes, contudo, de emitir seu parecer, recordou o Tribunal a *radio decidendi* do caso *Mennesson c. France*, que, inclusive, originou o parecer consultivo: «*le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation* », et qu'«*un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation* » (voir le paragraphe 96 de l'arrêt). Elle a ajouté que «*le droit au respect de la vie privée [des enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui], qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouv[ait] significativement affecté [par la non-reconnaissance en droit français du lien de filiation entre ces enfants et les parents d'intention]* ». Elle en a déduit que se posait «*une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant* » (voir les paragraphes 96 et 99 de l'arrêt). Para mais, relembra ainda que «*[L']analyse [rappelée ci-dessus] prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (...), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or non seulement le lien entre les [enfants] requérantes et leur père biologique n'a pas été admis à l'occasion de la demande de transcription des actes de naissance, mais encore sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption ou par l'effet de la possession d'état se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation (...). La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des [enfants] requérantes, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation.*».

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

(e também biológico) é reconhecido no direito interno, também exige o reconhecimento no direito interno de relação legal com a mãe pretendida, a qual não é mãe biológica; e (ii) sendo a primeira dúvida respondida afirmativamente, restaria saber se o reconhecimento desse vínculo com a mãe pretendida deveria fazer-se por inscrição no registro de nascimento, casamento e óbito da certidão de nascimento legalmente estabelecida no exterior, ou se poderia ser feito por outros meios, como a adoção da criança pela mãe pretendida.

E assim, dentro dos limites de conformação elencados pela *Cour de Cassation*⁴⁰, para responder o primeiro questionamento, o Tribunal considerou os melhores interesses da criança⁴¹, que, neste particular, resultaria numa margem de apreciação reduzida pelos Estados. Dessa forma, assim como posto originalmente em *Menesson*, a falta de reconhecimento de uma relação legal entre a criança nascida de um contrato de gestação de substituição no exterior e sua mãe, resultaria num impacto negativo no direito da criança de respeito por sua vida privada, como na incerteza quanto à sua identidade na sociedade, direitos de herança menos favoráveis e até mesmo na desproteção quanto a própria mãe pretendida, caso essa negligencie ou se recuse a cuidar da criança. Com isso, considerou que a impossibilidade geral e absoluta de se obter o reconhecimento desse vínculo estabelecido em certidão de nascimento no exterior não era conciliável com os melhores interesses da criança, o que, assim sendo, exige que o direito interno forneça a possibilidade de reconhecimento de uma relação entre filho e mãe pretendida.

Dessa conclusão, passou então a responder o segundo questionamento. Nesse ponto, considerou que os melhores interesses da criança não implicavam na obrigação dos Estados a registrar os detalhes da certidão de nascimento estrangeira

⁴⁰ A esse propósito, observa o TEDH que “*la question à examiner en l’espèce inclut explicitement un élément factuel selon lequel le père d’intention a un lien biologique avec l’enfant concerné. La Cour va circonscrire sa réponse en conséquence. Elle précise toutefois qu’elle pourrait être appelée à l’avenir à développer sa jurisprudence dans ce domaine, étant donné en particulier l’évolution de la question de la gestation pour autrui*”.

⁴¹ Segundo a jurisprudência do TEDH, o melhor interesse da criança é princípio essencial e já consagrado na jurisprudência da Corte, segundo o qual, sempre que a situação da criança estiver em questão, o melhor interesse dela deve ter precedência, como visto nos já citados *Paradiso et Campenelli* (§ 208), *Menesson* (§§ 81 e 99) e *Labasse* (§§ 60 e 78).

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

que designe a mãe pretendida como mãe legal, mas sim na adoção de mecanismos eficazes para reconhecer aquele relacionamento, como é o caso da adoção, que, tratando-se do reconhecimento dessa relação, produz efeitos semelhantes ao registro dos detalhes da certidão de nascimento estrangeira. O importante, para o Tribunal, é que de acordo com a avaliação das circunstâncias de cada caso, a relação criança-mãe pretendida se torne uma realidade prática.

Com isso, adotou o TEDH o seguinte *parecer consultivo*: “*Dans la situation où, comme dans l’hypothèse formulée dans les questions de la Cour de cassation, un enfant est né à l’étranger par gestation pour autrui et est issu des gamètes du père d’intention et d’une tierce donneuse, et où le lien de filiation entre l’enfant et le père d’intention a été reconnu en droit interne: 1. le droit au respect de la vie privée de l’enfant, au sens de l’article 8 de la Convention, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d’un lien de filiation entre cet enfant et la mère d’intention, désignée dans l’acte de naissance légalement établi à l’étranger comme étant la « mère légale »; 2. le droit au respect de la vie privée de l’enfant, au sens de l’article 8 de la Convention, ne requiert pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l’état civil de l’acte de naissance légalement établi à l’étranger ; elle peut se faire par une autre voie, telle que l’adoption de l’enfant par la mère d’intention, à la condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l’effectivité et la célérité de sa mise en œuvre, conformément à l’intérêt supérieur de l’enfant.*”

Do caso *Menesson*, a Corte de Estrasburgo aplicou à *C et E c. France e D. c. France*, o entendimento estabelecido no *avis consultatif nº P16-2018-001*. Em *C et E c. France*, por exemplo, após acórdãos da *Cour de Cassation*, confirmando a possibilidade de registro civil da criança pelo pai pretendido (também pai biológico), mas não pela mãe pretendida (que poderia apenas usar a via da adoção do filho do cônjuge), o TEDH considerou que a recusa das autoridades francesas em transcrever as certidões de nascimento de crianças nascidas no exterior no registro do estado civil francês quanto a mãe pretendida, apesar de reconhecidamente interferir no direito de respeito à vida privada das crianças, não era desproporcional aos objetivos perseguidos, a saber, a “*protection de la santé*” e

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

“*la protection des droits et libertés d’autrui*” (§ 2.º do art. 8.º). Nesse ponto, observou que a decisão da Corte não colocava um fardo excessivo sobre as crianças envolvidas, que agora teriam um processo de adoção para ver reconhecida a filiação filho-mãe pretendida, já que, dos elementos acostados pelo governo francês, o tempo médio necessário para se obter uma decisão de adoção era de apenas 4,1 meses para os casos de adoção completa e 4,7 meses para o caso de adoção simples. Para mais, considerou ainda como infundadas as denúncias de tratamento discriminatório com base no nascimento (em comparação com outras crianças nascidas no exterior), que só permitiria aos nascidos de acordos de gestação por outrem obterem a transcrição parcial do registro de nascimento (em relação ao pai pretendido, também pai biológico). Nesse particular, explica que a única diferença entre uma criança nascida no exterior de gestação de substituição e outra criança nascida no exterior sem o recurso à gestação de substituição não reside no fato de a primeira não poder obter reconhecimento no direito interno de uma parentalidade em relação à mãe pretendida, cujo nome consta como mãe na certidão de nascimento estrangeira, mas sim no fato de que a primeira, para fins de reconhecimento de filiação, obtém a transcrição completa da certidão de nascimento estrangeira passando pela adoção. Na verdade, recorda o Tribunal que o art. 8.º da Convenção não imputa aos Estados uma obrigação geral de reconhecer *ab initio* um vínculo de filiação entre a criança e a mãe pretendida, mas sim o reconhecimento de fato desse vínculo, o que, dentro dos parâmetros estabelecidos pela legislação francesa seria possível e, portanto, dentro das margens de apreciação dos Estados.

Em *D. c. France*, apesar de a mulher designada como mãe na certidão de nascimento estrangeira também ser mãe genética, concluiu o TEDH dentro dos mesmos parâmetros vistos em *C et E c. France*. Segundo o Tribunal, o fato de existir uma ligação genética não significa que o direito ao respeito pela vida privada da criança exija que o reconhecimento do vínculo de filiação entre a criança e o pai ou a mãe de intenção seja feito especificamente através da transcrição de sua certidão de nascimento estrangeira. Assim como em *C et E c. France*, importaria o acesso a um mecanismo eficaz e suficientemente rápido que permita o

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

reconhecimento daquela filiação jurídica, como é o caso da adoção do filho do cônjuge (para a mãe pretendida), o que, de fato, produz efeitos similares ao registro dos detalhes da certidão de nascimento estrangeira. Quanto a particular denúncia de discriminação sofrida pela mãe pretendida, o Tribunal europeu observou que não estava em conformidade com o § 1.º do art. 35.º da Convenção, já que os recorrentes ocultaram das autoridades e dos tribunais nacionais a informação de que a mãe pretendida também era mãe genética, sendo, portanto, inadmissível, nos termos dos §§ 1.º e 4.º do art. 35.º da CEDH.

2.5. *Schlittner-Hay c. Pologne*

Por fim, temos *Schlittner-Hay c. Pologne*⁴², que apesar de pendente de análise pelo TEDH, é o mais recente caso de gestação de substituição internacional na Corte de Estrasburgo, o que poderá fomentar novas discussões sobre o assunto.

Assim, em termos mais simples, *Schlittner-Hay* apresenta o caso de um casal homossexual masculino, Schlittner (israelense-polonês) e Hay (israelense), que residiam em Israel e através de um contrato de gestação de substituição na Califórnia, tiveram Matan e Segev (gêmeos).

Após acórdão proferido no Tribunal Superior da Califórnia, Schlittner e Hay foram considerados pais naturais, conjuntos e iguais das crianças gestadas por Kristy Sharee Calkins (gestante de substituição), sendo que o primeiro é pai genético dos gêmeos e que a última não é mãe natural, nem genética. O julgamento especificou ainda que na certidão de nascimento das crianças deverá constar que Schlittner é pai/mãe e Hay é mãe/pai. Em 26 de setembro de 2010 nasceu Matan e Segev, que foram registrados conforme estabelecido no acórdão.

Quanto ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a discussão começa quando as autoridades polonesas se recusaram a conceder aos gêmeos a nacionalidade polonesa, apesar da ligação genética com Schlittner, cidadão polonês. As autoridades nacionais observaram que as certidões de nascimento das

⁴² *Schlittner-Hay c. Pologne*, n.ºs 56846/15 e 56849/15, ainda sem julgamento, TEDH.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

crianças não foram transcritas por um registro civil polonês. Além disso, sustentam também que as leis do país não permitem acordos de gestação de substituição, sendo mãe a mulher que dá à luz (adotando a tradicional regra romana de *mater semper certa est*), o que imputaria a maternidade à gestante de substituição. Ao mesmo tempo, dado a presunção *pater is est* (o pai do filho de uma mulher é seu marido), o pai dos gêmeos seria o marido de Kristy Sharee Calkins.

Da negativa inicial, o caso passou ainda pelo Ministro do Interior, pelo *Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie* (Tribunal Administrativo Regional de Varsóvia) e pelo *Naczelny Sąd Administracyjny* (Supremo Tribunal Administrativo), que em todas as instâncias julgaram improcedentes os recursos. Oportunamente, para além dos argumentos lançados na recusa inicial, observaram que os efeitos legais do acórdão emitido pelo Tribunal Superior da Califórnia não era aplicável à ordem jurídica polonesa, já que nos termos do art. 1.145.º do Código de Processo Civil polonês, para que o acórdão fosse aplicado na Polónia, deveria ter sido confirmado por um tribunal civil nacional, o que não ocorreu. Dessa forma, tem-se como pré-requisito para a obtenção da nacionalidade o reconhecimento da filiação.

Dito isso, o caso é posto perante a Corte de Estrasburgo, sob o arrimo do art. 8.º (direito ao respeito pela vida privada e familiar) e 14.º (proibição de discriminação) da CEDH, onde aguarda julgamento.

3. Algumas considerações críticas dos acórdãos do TEDH

Da jurisprudência arrolada, algumas críticas e considerações finais podem ser feitas:

- (i) *Permite-se regimes proibitivos à gestação de substituição, mas restringe-se seus impactos.* O problema na jurisprudência do TEDH nunca pareceu ser a admissão ou não de regimes proibitivos à acordos de gestação de substituição. Em *Mennesson e Labasse c. France*, por exemplo, a Corte de Estrasburgo considerou que os Estados, em

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

princípio, possuem larga margem de apreciação sobre a legalidade desses acordos, que não gozam de consenso na Europa e levantam questões éticas delicadas. Para a Corte, inclusive, é concebível que França possa desejar desencorajar seus nacionais a recorrerem no exterior a um método de procriação que proíbe em seu território, o que, particularmente, visa proteger dois objetivos legítimos enumerados no § 2.º do art. 8.º, a saber, a “*protection de la santé*” e “*la protection des droits et libertés d’autrui*”. Contudo, segue-se que do não reconhecimento no direito francês de uma relação de filiação entre filhos assim concebidos e seus futuros pais colocará em questão não somente o direito dos pais, que sozinhos fizeram a escolha de um método de procriação proibido em seu país, mas também (e principalmente) o respeito à vida privada das próprias crianças, que nesse particular garante a elas o estabelecimento de suas identidades, o que inclui sua linhagem⁴³. Além disso, mesmo que o art. 8.º da CEDH não garanta, *ipsis litteris*, um direito a adquirir uma determinada nacionalidade, o fato é que a nacionalidade é um elemento da identidade da pessoa⁴⁴. Surge para o Tribunal, portanto, um problema de compatibilidade dos interesses estatais com os melhores interesses da criança, cujo respeito deve nortear todas as decisões em que a situação de uma criança estiver em causa⁴⁵. À vista disso, o TEDH considera que as restrições impostas à identidade das crianças constituem grave obstáculo aos seus melhores interesses, o que, na

⁴³ *Mennesson* (§ 46), *Labassee* (§ 38), *Mikulić c. Croatie*, n.º 53176/99, § 34, 07 de fevereiro de 2002, TEDH e *Jäggi c. Suisse* n.º 58757/00, § 37, 13 de julho de 2006, TEDH.

⁴⁴ *Mennesson* (§ 97), *Labassee* (§ 76) e *Genovese c. Malte*, n.º 53124/09, § 33, 11 de outubro de 2011, TEDH.

⁴⁵ *Mennesson* (§ 81), *Labasse* (§ 58) e *Paradiso et Campenelli* (§ 208). No mesmo sentido, ver também *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, n.º 76240/01, §§ 133-134, 28 junho 2007, TEDH e *E.B. c. France*, n.º 43546/02, §§ 76 e 95, 22 de janeiro de 2008, TEDH. No âmbito internacional, essa proteção especial ganha força com a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, que em seu art. 3.º estabelece que “Todas as ações relativas à criança, sejam elas levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de assistência social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar primordialmente o melhor interesse da criança”.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

prática, afetaria negativamente a definição de suas próprias identidades e, nos moldes da legislação francesa, resultaria também em direitos sucessórios menos favoráveis. Dessa forma, extrai-se da jurisprudência da Corte de Estrasburgo que o art. 8.º da CEDH exige que os ordenamentos jurídicos internos prevejam ao menos a possibilidade de reconhecimento da relação entre uma criança nascida por meio de uma gestação de substituição no exterior e o pai pretendido (na hipótese de também figurar como pai biológico), resultando, portanto, numa margem de apreciação reduzida pelos Estados⁴⁶. Em *Foulon, Bouvet e Laborie c. France*, vemos a repetição dos argumentos já postos em *Menesson e Labasse*. Particularmente em *C et E e D. c. France*, apesar de a decisão do Tribunal Europeu não seguir os exatos termos de seus antecessores, não há que se desconsiderar a linha jurisprudencial ora estabelecida, até porque nas duas últimas decisões não estava em questão a recusa das autoridades nacionais em proceder o reconhecimento da filiação (que já era possível), mas sim em saber se o direito ao respeito pela vida privada de uma criança nascida no exterior de acordo de gestação de substituição exigiria o reconhecimento da filiação materna (e não biológica) por inscrição no registro de nascimento ou se poderia ser feito por outro meio, como a adoção da criança pela mãe pretendida.

- (ii) *Exige-se o reconhecimento da filiação materna constituída de acordos de substituição gestacional no exterior, mas que não necessariamente seja feita por inscrição na certidão de nascimento. De Menesson ao parecer consultivo (avis consultatif) nº P16-2018-001, temos um vislumbre do teor das futuras decisões do TEDH sobre o reconhecimento da filiação materna de uma criança nascida no exterior de acordo de gestação de substituição. Para mais, tem-se também possíveis soluções jurídicas nacionais para o reconhecimento dessa filiação dentro dos*

⁴⁶ *Menesson* (§§ 100-101) e *Labassee* (§§ 79-80).

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

ordenamentos jurídicos internos. Na situação em que, como visto em *Mennesson*, uma criança nasce no exterior por gestação de substituição e nasce dos gâmetas do pai pretendido e de uma terceira doadora, e onde o vínculo de filiação entre a criança e o pai pretendido foi reconhecido no direito interno: o direito ao respeito pela privacidade da criança, na acepção do art. 8.º da CEDH, exige que a lei interna preveja a possibilidade de reconhecer uma relação de filiação entre a criança e a mãe de intenção, referida na certidão de nascimento legalmente estabelecida no exterior como a mãe legal; contudo, o direito ao respeito pela vida privada da criança não exige que tal reconhecimento seja efetuado pela transcrição nos registros do estado civil do registro de nascimento legalmente estabelecido no exterior; com isso, poderá ser efetuado por outro meio, como a adoção da criança pela mãe pretendida, desde que as disposições previstas pela lei interna garantam sua implementação efetiva e rápida, de acordo com o melhor interesse da criança. E mesmo para o caso de também existir uma ligação genética entre a criança e a mãe pretendida, não conclui o Tribunal que esse reconhecimento deverá também ser feito especificamente através da transcrição de sua certidão de nascimento estrangeira. Na verdade, na jurisprudência da Corte de Estrasburgo, importa apenas que o direito interno disponibilize um mecanismo eficaz e suficientemente rápido que permita o reconhecimento dessa filiação jurídica, como é o caso da adoção do filho do cônjuge (para a mãe pretendida e genética), o que, de fato, produz efeitos similares ao registro dos detalhes da certidão de nascimento estrangeira. Contudo, curioso será a resolução de futuras alegações de discriminação sofrida pela mãe pretendida, nas hipóteses em que também figurar como mãe genética, já que em *D. c. France*, nos termos § 1.º do art. 35.º da CEDH, a discussão ainda não foi resolvida.

- (iii) *O tráfico internacional de crianças, que sob as vestes da gestação de substituição busca uma aparente legalidade. À primeira vista, imaginar*

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

como um acordo de gestação de substituição se relaciona com o tráfico humano pode não ser um exercício simples. Contudo, basta olharmos para os fatos vistos em *Paradiso et Campanelli c. Italie* para compreendermos com clareza quão facilmente o tráfico de pessoas pode ser formalmente representado como (e coberto por) um acordo de substituição gestacional⁴⁷. Lá, temos a facilidade com que um casal de italianos obteve no estrangeiro, sob a justificativa de uma gestação de substituição, o registro civil de nascimento de uma criança gestada por outra pessoa e com vínculo genético com outras duas. Não se diga com isso, que o problema estaria na existência de uma vida familiar de fato, quando ausentes de laços biológicos com a criança. Trata-se, em verdade, de se reconhecer “laços pessoais genuínos”⁴⁸, que não necessariamente ligam-se a existência de vínculos biológicos⁴⁹. Ao trazermos o exemplo de *Paradiso et Campanelli*, não buscamos afirmar que o caso tratava, efetivamente, de uma situação de tráfico internacional de crianças. Buscamos, na realidade, colocar em discussão a facilidade com que crianças vítimas de tráfico de seres humanos são encomendadas e adquiridas sob o rótulo de um acordo de gestação de substituição, já que, como característica do procedimento, a gestação é por outrem e pode contar ainda com o auxílio de terceiros doadores (o que poderia muito bem mascarar situações de tráfico).

- (iv) *Em complemento, possíveis soluções ao problema do tráfico internacional de crianças.* Em nosso sentir, a solução do problema não estaria na proibição de acordos de substituição gestacional, até porque atribuiríamos “culpa” a quem serviu de mero instrumento para dissimular a realidade. Antes, preferimos a adoção de medidas rígidas

⁴⁷ Conforme alerta o juiz Dedov, que compôs o julgamento de *Paradiso et Campanelli*.

⁴⁸ *Paradiso et Campanelli* (§ 148).

⁴⁹ Em *Moretti et Benedetti c. Italie*, n.º 16318/07, § 48, 27 de abril de 2010, TEDH, *Kopf et Liberda c. Autriche*, n.º 1598/06, § 37, 17 de janeiro de 2012, TEDH, e *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, n.º 76240/01, § 117, 28 junho 2007, TEDH, a Corte de Estrasburgo reconheceu a existência de vida familiar de fato (quando ausente de laços biológicos).

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

de controle, como visto em *D. et Autres c. Belgique*. No caso, mesmo diante de uma ligação genética entre a criança e um dos pais pretendidos (que de início não foi comprovada), o TEDH observou que a recusa inicial das autoridades belgas em autorizar a chegada daquela criança ao território nacional foi motivada pela necessidade de se verificar se as leis belgas e ucranianas foram respeitadas, sendo, portanto, uma interferência justificada no direito ao respeito pela vida familiar dos então recorrentes, especialmente se considerarmos o combate ao tráfico internacional de crianças. Para mais, no que diz respeito à gestação de substituição e o combate ao tráfico internacional de crianças, mostra-se de grande valia a adoção de medidas judiciais de controle, como visto nos Estados Unidos e no Reino Unido, que exigem a homologação judicial e a transferência judicial da parentalidade (*parental order*), respectivamente⁵⁰; a proibição de acordos onerosos⁵¹; a fertilização do embrião com os gametas de pelo menos um dos membros do casal⁵²; ou ainda a restrição de acesso ao procedimento a determinados beneficiários, como nacionais, apátridas e estrangeiros que residam naquele país por um tempo considerável⁵³.

- (v) *Por fim, uma possível conclusão para Schlittner-Hay c. Pologne*. Apesar de ainda aguardar pronunciamento da Corte Europeia, pode-se antecipadamente concluir que a denúncia formulada será inadmissível.

⁵⁰ Sobre o assunto, cfr. notas 19 e 20.

⁵¹ Evitando-se também a chamada “*exploitation of the bodies of women from the third world*”. A expressão é utilizada no Relatório preliminar sobre a violência contra a mulher, suas causas e consequências, em conformidade com a resolução 1994/45 da Comissão de Direitos Humanos (E/CN.4/1995/42, n.º 56). Isso porque, segundo o Relatório, a prática da gestação de substituição também resulta na exploração dos corpos das mulheres do terceiro mundo.

⁵² Inclusive, Fuente Hernandez, L. Alfonso de la, “Proposta de bases gerais para o regulamento da gestação de substituição em Espanha”, In: Maria João Antunes e Margarida Silvestre (coords.), *Que futuro para a gestação de substituição em Portugal: Colóquio internacional*, 1.ª ed., Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, p. 107-113, p. 111, alerta que a ausência de vínculos biológicos entre a criança e o casal beneficiário favorece situações de tráfico e comércio de crianças.

⁵³ Apesar de não acolhida pelo parlamento português, essa proposta foi feita pelo CNPMA em Audição Parlamentar n.º 5-GT-PMA-GS-XIII, quando das discussões do Projeto de Lei n.º 1030/XIII (que posteriormente resultou na Lei n.º 48/2019).

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de gestação de substituição internacional

Leonardo Castro De Bone

É que, em *Schlittner-Hay*, os recorrentes não transcreveram o registro de nascimento californiano no registro civil polonês e não foi intentada ação nos termos do art. 1.145.º do Código de Processo Civil polonês e, como consequência, nos termos do art. 35º, n.º 1 da CEDH, o “*Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas*”, o que, como visto, não aconteceu. A esse propósito, no seguimento da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, é preciso considerar que o objetivo do art. 35.º é dar aos Estados a oportunidade de prevenir ou reparar eventuais violações alegadas contra eles antes que sejam submetidas aos órgãos da Convenção. A regra baseia-se no pressuposto do art. 13.º da Convenção, de que a ordem jurídica interna oferece um recurso efetivo em relação à suposta violação e, com isso, os Estados não têm que responder por seus atos perante um organismo internacional antes de terem a oportunidade de corrigir a situação dentro da ordem jurídica interna⁵⁴. A esse respeito, no mesmo contexto de *Schlittner-Hay*, os instrumentos internos mostram-se eficazes, na medida em que na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Administrativo polonês, a nacionalidade polonesa deve ser concedida a criança nascida de gestação de substituição no exterior, incluindo no relacionamento entre homossexuais, desde que um dos membros do casal seja polonês⁵⁵. Em verdade, para o *Naczelny Sąd Administracyjny*, uma criança não pode ser discriminada pela forma como veio ao mundo ou pelo relacionamento de seus pais. Trata-se, na realidade, de

⁵⁴ *Selmouni c. France*, n.º 25803/94, § 74, 28 de julho de 1999, TEDH. Também é *Kudla c. Pologne*, n.º 30210/96, § 152, 26 de outubro de 2000, TEDH e *Andrásik et Autres c. Slovaquie*, n.ºs 57984/00, 60237/00, 60242/00, 60679/00, 60680/00, 68563/01 e 60226/00, 22 de outubro de 2002, TEDH. Em *Demopoulos et Autres c. Turquie*, n.ºs 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04 e 21819/04, § 97, 01 de março de 2010, TEDH, por exemplo, reconheceu a Corte de Estrasburgo que a regra do esgotamento dos recursos internos é um princípio básico, apesar de em alguns casos flexibilizá-la, dado o contexto de proteção dos direitos do homem (*Ringeisen c. Autriche*, n.º 2614/65, § 89, 16 de julho de 1971, TEDH e *Lehtinen c. Finlande*, n.º 39076/97, 14 de outubro de 1999, TEDH).

⁵⁵ Referência II OSK 1868/16, II OSK 1869/16, II OSK 1870/16, II OSK 1871/16, de 30 de outubro de 2018, *Naczelny Sąd Administracyjny*.

**A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
nos casos de gestação de substituição internacional**

Leonardo Castro de Bone

salvaguardar seus melhores interesses, em consonância com a
Convenção sobre os Direitos da Criança.