



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**A BUSCA POR MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO NO EXTERIOR POR
CASAS HOMOAFETIVOS NO BRASIL :ESTUDO DO CASO FONTANA-
SCHIO.**

Marcos Emílio Gouvea Santos

DRE: 116148621

Rio de Janeiro

2021



Marcos Emilio Gouvea Santos

**A BUSCA POR MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO NO EXTERIOR POR
CASAS HOMOAFETIVOS NO BRASIL :ESTUDO DO CASO FONTANA-
SCHIO.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Marcos Vinicius Torres Pereira.

Rio de Janeiro

2021

CIP - Catalogação na Publicação

SS237b Santos, Marcos Emilio Gouvea
A busca por maternidade por substituição no exterior por casais homoafetivos no Brasil: Estudo do caso Fontana-Schio / Marcos Emilio Gouvea Santos. -- Rio de Janeiro, 2021.
56 f.

Orientador: Marcos Vinícius Torres Pereira.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2021.

1. Família . 2. Reprodução assistida. 3. Direito.
I. Pereira, Marcos Vinícius Torres , orient. II.
Título.

RESUMO

O conceito de família vem modificando com o desenvolvimento social, antigas definições baseadas na união de homem e mulher não condiz com a empiria da sociedade moderna, o que acarretou inovações legislativas e tecnológicas visando atender os anseios sociais. A questão da prole ainda é presente na constituição familiar que conta com o desenvolvimento da área médica para garantir o acesso para as novas confecções familiares, sejam elas lgfts ou mesmo para suprir a deficiência de um membro com alguma infertilidade, resultando em uma nova área promissora de atuação médica com especialistas na técnica da reprodução assistida, bem como a mobilização do judiciário nacional, que através das resoluções do Conselho Federal de Medicina restringe o acesso aos casais homoafetivos, que encontram no direito estrangeiro forma de garantir a constituição da prole biológica.

Palavras-Chave: Família; Reprodução assistida; Direito.

ABSTRACT

The concept of family has been changing with the social development, old defined in the union of man and woman does not match the empiric of modern society, which resulted in general legislative and technological innovations meeting the social anxieties. The issue of offspring is still present in the Family constitution, which relies on the development of the medical area to ensure access to new Family confections, whether they are LGBT or events to make up for the deficiency of a member with some infertility, completed in a promising new area of medical action with specialists in the technique of assisted reproduction, as well as the mobilization of the national judiciary, which through these solutions of the Federal Council of Medicine restricts access to same sex couples, which is mandatory in the previous law, as a way to guarantee the constitution of biological offspring.

Key words: Family; Assisted; reproduction; Right.

ABREVIACES

ADI- Ao Direta de Inconstitucionalidade

CFM- Conselho Federal de Medicina

DUDH- Declaração Universal dos Direitos Humanos

FIV- Fertilização in Vitro

PMA- Procriação Medicamente Assistida

RA- Reprodução Assistida

TE- Transferncia de Embrião

AGRADECIMENTOS

A Realização deste trabalho não seria possível sem o apoio de pessoas que foram de suma importância em momentos de dificuldades encontradas durante toda a graduação, que exige muita paciência, persistência, dedicação e principalmente resiliência.

A Elaboração desta monografia ocorreu em boa parte durante a pandemia COVID-19 o que gerou um clima de tensão e medo que exigiu o apoio de pessoas especiais para me incentivar a continuar.

Agradeço a colega de classe, amiga e irmã de coração Ana Carolina Barros, que me apoiou durante toda a graduação e muitas vezes foi minha psicóloga quando pensava em desistir.

Às amigas Bruna Mussi, Vitória Ornelas, Larissa Abreu e Ana Mendes, que formavam uma equipe de apoio que me ajudava sempre quando estava afogado em tarefas e achava que não teria solução, sempre com o lema “ninguém solta a mão de ninguém”.

Ao meu parceiro de trabalho em dupla Felipe Vilela, que se prontificava a elaborar formas de realizamos nossa tarefa sem pesar para nenhum dos lados.

À Silvana Limongi, uma amiga que me tem como filho e assim cuidou de mim em momentos de extrema dificuldade não medindo esforços para me ver bem.

À Eduardo Fontana que contribui com essa pesquisa fornecendo os dados da formação da sua família, sempre solícito e pronto a me ajudar.

Agradeço a minha família que mesmo de longe se faz presente no coração, mostrando que não importa a distância eu sempre poderei contar com eles.

À todos os professores da Faculdade Nacional de Direito que sempre buscam a qualidade do ensino e nos proporcionam aulas incríveis.

SUMÁRIO

METODOLOGIA	8
INTRODUÇÃO	9
1. STATUS DOS CASAIS HOMOAFETIVOS NO BRASIL	12
1.1. A modificação do conceito de família com a união estável homoafetiva	12
1.2. Breve Histórico de segregação.	14
1.3. Reconhecimento da união estável homoafetiva	16
1.4. Consequências do reconhecimento da união estável.	18
1.5. A adoção por casais homoafetivos	19
1.6. O direito de gerar filhos.	21
2. ASPECTOS DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO SOB A ÓTICA DO DIREITO BRASILEIRO	27
2.1. Alguns aspectos históricos	27
2.2. A normatização através das Resoluções do Conselho Federal de Medicina.	29
2.3. A resolução 2.013/2013 e clausula de consciência.	30
3. ASPECTOS TRANSNACIONAIS DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO ATRAVÉS DE UM ESSTUDO DE CASO	34
3.1. A maternidade de substituição no direito brasileiro	34
3.1.1. Regras do direito internacional privado brasileiro pertinentes ao caso.	35
3.1.2. Novas confecções de família e o caso Eduardo Possamai Fontana e Pedro Schio.	38
3.2. Breve relato do caso Fontana e Schio.	41
3.3. Maternidade de substituição.	43
3.4. Pós Nascimento e aquisição da nacionalidade.	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

METODOLOGIA

A presente pesquisa será confeccionada utilizando método qualitativo com o objetivo de entender de forma crítica como a mudança do conceito de família possibilitou alternativas tecnológicas para suas novas confecções buscarem a prole.

Por meio deste método buscamos maior riqueza na análise dos conceitos encontrando na bibliografia contribuições que tornem possível a organização e a compreensão dos termos que confeccionam o panorama da reprodução assistida no Brasil.

A compreensão da legislação vigente nacional será feita por meio da leitura de manuais de direito civil, na área de direito da família, bem como os projetos de lei e resoluções do CFM (conselho federal de medicina) sobre reprodução assistida, acompanhados pelas discussões realizadas em teses e publicações científicas.

Para ilustrar como ocorre na empiria o processo de litigância, que conta com apoio de instituições que utilizam direito internacional para os novos modelos de família constituírem prole, utilizaremos o método de estudo de caso que será central no projeto.

Analisaremos o caso do casal Eduardo Possamai Fontana e Pedro Schio, que por meio da empresa Tammuz adotaram seu filho nos EUA, com advento da popularmente conhecida “ barriga de aluguel” que não é permitida na legislação brasileira, daí a necessidade de contar com apoio de uma instituição que utiliza o direito internacional.

O caso revela como a legislação brasileira ainda precisa se atualizar para atender os anseios das novas famílias, pois o processo se torna custoso e burocrático devido as restrições impostas pela legislação nacional, fortalecendo a atuação de empresas que buscam por meio da legislação estrangeira instrumentalizar a adoção e a reprodução assistida.

INTRODUÇÃO

O termo família vem se modificando com o desenvolvimento social, segundo Maria Brasil Nogueira, em seu artigo “A família: Conceito e evolução histórica e sua importância”, define o termo família: “... etimologicamente, deriva do latim família e, designando o conjunto de escravos e servidores que viviam sob a jurisdição do pater famílias. Com sua ampliação tornou-se sinônimo de Gens que seria o conjunto de agnados (os submetidos ao poder em decorrência do casamento) e os cognados (parentes pelo lado materno).” “A família é uma sociedade natural formada por indivíduos, unidos por laço de sangue ou de afinidade. Os laços de sangue resultam da descendência. A afinidade se dá com a entrada dos cônjuges e seus parentes que se agregam à entidade familiar pelo casamento.”

Esta definição não supre as constituições de famílias da sociedade contemporânea, principalmente com o advento do reconhecimento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil.

O Supremo Tribunal Federal em 5 de maio de 2011 no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4277, proposta pela Procuradoria-Geral da República, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 132, apresentada pelo governador do estado do Rio de Janeiro. Desta forma, no Brasil, são reconhecidos às uniões estáveis homoafetivas todos os direitos conferidos às uniões estáveis entre um homem e uma mulher.

Este importante marco nacional possibilitou novas confecções familiares fortalecendo a questão da prole.

Os casais, principalmente homoafetivos, buscam por meio da ciência aumentarem suas famílias e o método da reprodução assistida cumpre uma importante função para tornar isso possível.

A Regulação Nacional às técnicas de reprodução assistidas é elaborada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), órgão que desde 1951 é responsável do registro profissional do médico, bem como definir parâmetros éticos e observar se a atuação dos profissionais condizem com suas normas.

No Brasil, tratando-se de reprodução humana assistida, as únicas regras existentes, são as resoluções estabelecidas pelo CFM, que apesar de não ter caráter jurídico vinculativo é o que vem determinando o acesso das pessoas à PMA, os

tratamentos autorizados, além das obrigatoriedades éticas a serem cumpridas pelas clínicas que oferecem tais recursos (RANZONI,2017).

As resoluções geram questões jurídicas complexas, envolvendo idade para o acesso ao tratamento, sigilo dos doadores, pacientes e usuários (ampliados com o advento da união homoafetiva e a inclusão de mulheres solteiras), questões que alocam a reprodução assistida sob o panorama da infertilidade humana como um problema de saúde com implicações médicas e psicológicas.

As regras determinadas pelo conselho federal ainda restringem diversas pessoas a buscarem o método, na medida em que determinam o grau de parentesco na gestação de substituição, a resolução determina que a cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau - mãe/filha; segundo grau - avó/irmã; terceiro grau tia/sobrinha; quarto grau - prima). Deixando a previsão de demais casos para análise do conselho e proibindo o caráter lucrativo e comercial da cedente.

A legislação civil nacional, caminha a passos lentos sobre a questão, temos principalmente o art 1.597 que versa sobre a presunção de filiação nas hipóteses de reprodução homóloga e heteróloga deixando dúvidas se as técnicas de procriação estão permitidas, se os beneficiários são apenas pessoas casadas ou até mesmo se as pessoas em união estável não teriam essa presunção de filiação.

Podemos identificar na carta Magna normas gerais que destacam a importância do tema, como o art 6º do Capítulo II, que legitima ao Estado a obrigação de fazer, por meio de políticas públicas, ações que garantam tratamentos à saúde física, mental e comportamental.

A opção de não reproduzir pode partir de indivíduos saudáveis e biologicamente habilitados, porém, em casos de casais homoafetivos e casais com patologias relacionadas a fertilidade a questão da reprodução não se relaciona com opção e sim por condição, o que gera a necessidade do amparo estatal.

Em seu Art 226, caput, a Constituição Federal determina que a família tem especial proteção do Estado, com o advento da união entre pessoas do mesmo sexo, podemos inferir que a Constituição abarca confecções familiares modernas.

Essas questões que dificultam o acesso a determinadas pessoas, fazem com que muitos nacionais busquem amparo na legislação estrangeira o que gera a necessidade de uma legislação global sobre o tema.

Vários instrumentos internacionais, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH), vêm trazendo, ainda que implicitamente, reconhecimento de liberdades, direitos que em referência às questões familiares, tratam também da reprodução humana.

Atualmente o assunto é discutido no âmbito do direito internacional privado por meio da Conferência de Haia.

Com 88 Estados membros representando todos os continentes, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado é uma organização intergovernamental de caráter global. Mescla de diversas tradições jurídicas, ela desenvolve e oferece instrumentos jurídicos multilaterais que correspondem às necessidades mundiais. Um crescente número de Estados não membros está aderindo às Convenções da Haia. Assim, 150 países participam hoje nos trabalhos da Conferência.

A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH) vem discutindo às complexas questões sobre a paternidade das crianças advindas da tecnologia e inovações médicas, versando sobre “barriga de aluguel” e reprodução assistida juntamente com suas consequências, que pode afetar a nacionalidade da criança, o status de imigração, a atribuição de responsabilidade parental em relação à criança ou a identidade do (s) indivíduo (s) sob o dever de manter financeiramente a criança.

Os casais que buscam por meio da reprodução assistida ampliarem sua família no Brasil encontram dificuldade devido as regras impostas pelo CFM que não permitem que ocorra o procedimento de forma comercial, fazendo com que diversas empresas se especializem em promover a reprodução assistida por meio do direito estrangeiro.

Para ilustrar esta realidade analisaremos um empírico de um casal homoafetivo que por meio dos serviços da empresa Tammuz, que é especializada em oferecer para casais do mesmo sexo, ou homens e mulheres solteiras, programas de Surrogacy Internacional, desde 2008, com sede em Israel.

O caso salientará como o direito internacional, através destas empresas, vem se tornando uma alternativa para casais homoafetivos e solteiros ampliarem sua família mesmo não se enquadrando nos padrões determinadas pelas normas do Conselho Federal de Medicina.

1. STATUS DOS CASAIS HOMOAFETIVOS NO BRASIL

1.1. A modificação do conceito de família com a união estável homoafetiva

O conceito de família está diretamente relacionado com o dinamismo social, o que o faz um elemento dinâmico e complexo que passou por diversas modificações com o desenvolvimento da sociedade, tanto na sua esfera histórica, sociológica e jurídica.

Em uma teoria da família devem-se evitar dois perigos a que está sujeita, o do simplismo e o da ausência de generalização. Não devemos cair no pecado de alguns autores que “querem tudo explicar por um só princípio”, ou no de outros que renunciam a “toda sistematização, sob o pretexto de que essa massa de fatos heterogêneos não pode servir de matéria para generalizações científicas” Seria “postular um milagre”, “admitir que haja um mundo no mundo onde não reinaria a lei da causalidade (SOUTO 2005).

Ao investigar a história da família, enfatizando a das famílias ocidentais, os estudos concluem que elas sofreram modificações, ou poderíamos nomeá-las como adaptações às mudanças sociais¹. Sendo assim, deveríamos considerar o termo família não no singular, e sim no plural, uma vez que nos encontramos inseridos em uma diversidade social do conceito de família. Por outro lado, e da mesma forma que o significado de família, entendemos que a compreensão das características dos relacionamentos amorosos deve ser associada à época, cultura e ao grupo social².

Essas transformações refletem cada momento social à sua época, o que podemos concluir que a busca de uma sociedade cidadã, ciente de seus direitos, detentoras de poderes que visam eliminar a discriminação e as desigualdades sociais com a efetiva radicação da violência, tendo como princípio norteador a Dignidade da Pessoa Humana (MORAES,2014).

Deparamos, atualmente, com novas configurações familiares, diferentes da tradicional família nuclear burguesa, composta pela união de um homem e uma mulher. Nesse contexto de mudança, os pares homoafetivos representam uma das novas formas de arranjos familiares, assim como as famílias monoparentais, caracterizadas pela criação

¹ Wagner, A.(2011). Desafios psicossociais da família contemporânea: pesquisas e reflexões. Porto Alegre. RS.Artmed.

² NUNES, L.A.(2008). Expectativas de jovens solteiros universitários frente ao casamento: Um estudo descritivo. Dissertação de mestrado.UFC. Fortaleza-CE.

de uma criança por um dos pais sem um companheiro; e as famílias pluriparentais ou recompostas, resultado, principalmente, de divórcios e separações³.

O reconhecimento da união estável homoafetiva no Brasil concretiza a emergência de tratar sobre os direitos desta nova configuração de família, este modelo familiar está inserido no tecido social brasileiro

Ainda que o legislador tenha sido omissivo quanto ao tratamento dado às uniões homoafetivas, não há possibilidade de deixá-las fora do atual conceito de família. Se duas pessoas têm vínculo afetivo, relação duradoura, pública e contínua, como se casados fossem, “formam um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que pertencem”⁴.

Em suma, apesar do englobamento do conceito de família trazido pela CR/88, em seu artigo 226, ainda não há no Brasil uma legislação específica para tratar das uniões homoafetivas, como também não há leis que as proíbam, o que demonstra um Estado conservador em suas práticas. Diante da inércia do legislativo em criar leis voltadas para as uniões homoafetivas, cabe ao Poder Judiciário preencher os vazios existentes na legislação e decidir a partir de casos concretos apresentados pela jurisprudência (PORTILHO, REZENDE, 2018).

Neste contexto, os casais homoafetivos buscam por meio do direito a tutela de constituir sua família e serem vistos judicial e socialmente como um núcleo familiar e assim garantir os direitos que advém deste reconhecimento.

O direito reconhece, em âmbito administrativo, alguns direitos concebidos, como os elencados: pensão por morte, auxílio reclusão, pagamento de seguro DPVAT, expedição de visto de permanência para parceiro estrangeiro, inclusão do parceiro como dependente do IRRF e soma do rendimento do casal para concessão de financiamento imobiliário (PORTILHO, REZENDE, 2018).

Na sociedade contemporânea, está presente uma pluralidade de concepções de famílias que surgem com o desenvolvimento social, as pessoas se organizam e se relacionam de acordo com a sentimento e afinidade com o outro, fator que não está limitado por gênero, a união entre pessoas do mesmo sexo, modificou o conceito de família ampliando suas concepções.

³UZIEL,A.P (2007).Homossexualidade e adoção. Rio de Janeiro,RJ: Garamond.

⁴.DIAS, 2015:pag 273 apud Portilho, Rezende (2018).

1.2. Breve Histórico de segregação.

Na perspectiva sociológica, a teoria positivista representada por Émile Durkheim enquadra a família como instituição social, estas instituições possuem o objetivo de construir moral e valores nos indivíduos.

Durkheim considerava a família como uma parte da estrutura social e uma das mais importantes instituições sociais. “A instituição social, sendo um mecanismo de proteção da sociedade, feito por um conjunto de regras e de procedimentos socialmente uniformizados, reconhecidos, aceites e sancionados pela sociedade, importante para manter a organização do grupo e satisfazer as necessidades dos indivíduos que dele participam, era, tal como outras instituições, conservadora e, por isso, contra as mudanças e pela manutenção da ordem”⁵.

Ligado aos termos moral e valor, a família era vista como uma instituição conservadora, que buscava manter a ordem social não aceitando modificações em sua confecção tradicional.

A família burguesa, ou família nuclear burguesa, apresenta-se como o modelo tradicional de família nas sociedades patriarcais, sendo o arranjo dominante na sociedade capitalista. Trata-se de uma estrutura familiar privada e autônoma, separada da sociedade, na qual o lar é um espaço de lazer e os pais exercem uma relação de poder para com os filhos, o marido é a figura de maior autoridade da casa e a mãe tipicamente é aquela que exerce o papel de cuidadora dos filhos e do lar (POSTER,1979).

O Código de 1916 entendia que a família estava ligada a dois pontos fundamentais: o casamento formal e a consanguinidade. No entanto, ao longo dos anos, a realidade social trouxe uma nova concepção de família, sendo essa desvinculada de seus modelos originários baseados no casamento, sexo e procriação. A nova concepção tem se pautado em valores, como a afetividade, o amor e o carinho (LIMA,2018).

O casamento sempre desfrutou de especial proteção legal. Antes da CF/88, o Estado só reconhecia a família formada pelo casamento solene, que jamais poderia ser

⁵ Informação disponível em mammynela: Émile Durkheim e a Sociologia da Família. <https://mammynela.blogspot.com/2011/04/emile-durkheim-e-sociologia-da-familia>. acesso em 12 de set de 2021.

desconstituído; somente anulado. Tudo isso para atender aos interesses do Estado e da igreja, que impunham um padrão na tentativa de conservar a moralidade⁶.

Casamento formal e consanguinidade deixaram de ser elementos fundamentais no conceito de família, as relações afetivas e a democratização para formação de um núcleo familiar se tornaram chaves para uma concepção moderna.

Na Constituição Federal, são explícitas como entidades familiares os seguintes modelos: casamento (art. 226 § 1º e § 2º, CF), união estável (art. 226 § 3º, CF) e família monoparental (art. 226 § 4º, CF), o que revela como o conceito é dinâmico, principalmente com o advento da união estável homoafetiva.

A legislação infraconstitucional - Direito Civil/2002- regula a matéria de forma ampla em seu artigo 1.511, primeiro artigo do Capítulo I, do Livro IV do Código Civil:

“Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direito e deveres dos cônjuges.”

No direito sucessório o Artigo 1.845 do Código Civil apresenta o rol de herdeiros necessários – descendentes, ascendentes e o cônjuge, sendo que o Artigo 1.829 apresenta a ordem sucessória para a partilha da legítima:

“Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente[....];

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais.”

O artigo que revela a legitimidade estatal para proteger a família que é base fundamental da sociedade, independentemente de sua configuração.

A esfera jurídica de uma sociedade atende aos anseios e as necessidades empíricas do corpo social na qual faz parte, acompanhando suas mudanças confeccionando normas eficazes e legítimas, se apoiando em conceitos atuais e necessários.

O modelo nuclear, o desejo de constituir uma família que gere descendentes pode perpassar as diferentes constituições familiares. A abrangência desse desejo se torna ainda mais exequível, dados os avanços proporcionados pela tecnologia e as novas legislações

⁶ BAPTISTA,2014,P27, apud (LIMA,2018).

que possibilitam o acesso à parentalidade para aqueles que são impedidos de, biologicamente, gerar descendentes (UZIEL, 2007).

A instituição família possui um histórico conservador baseado no patriarcado, porém com o passar dos anos esta concepção se torna obsoleta, pois não abarca novos modelos familiares, principalmente aqueles formados por pessoas do mesmo sexo.

1.3. Reconhecimento da união estável homoafetiva

O Supremo Tribunal Federal em 5 de maio de 2011 no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4277, proposta pela Procuradoria-Geral da República, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 132, apresentada pelo governador do estado do Rio de Janeiro, reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Desta forma, no Brasil, são reconhecidos às uniões estáveis homoafetivas todos os direitos conferidos às uniões estáveis entre um homem e uma mulher.

Alguns argumentam que a família homoafetiva não pode ser considerada família devido à impossibilidade de filiação. No entanto, são argumentos contrários a essa tese o fato de que: 1) a família sem filhos é tutelada constitucionalmente; 2) a procriação não é finalidade indeclinável da família constitucionalizada; e 3) a adoção é permitida a qualquer pessoa, independentemente do estado civil (art. 42, ECA), não impedindo que a criança se integre à família, ainda que o parentesco civil seja apenas com um dos parceiros (LIMA,2008).

Podemos verificar que o conceito de família mudou e com o advento do reconhecimento da união estável homoafetiva, a entidade familiar se torna mais ampla abrangendo diversas confecções de indivíduos unidos pelo laço afetivo que independe de gênero.

A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, hetero parental, biológica, institucional vista como unidade de produção cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homo parental, biológica ou socioafetiva, constituída com base na afetividade e de caráter instrumental.⁷

Vivemos o momento e transformações nas relações familiares, o que antes o Direito se mantinha inerte, hoje o reconhecimento das relações homoafetivas, é uma

⁷ Rolf Madaleno (2015,p:36) apud (LIMA,2018).

realidade que pode ficar à margem da tutela jurisdicional, em respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (MORAES,2014).

A família é um dos conceitos jurídicos que mais sofreu alterações nos últimos anos, fruto do influxo de diferentes perspectivas sobre as transformações verificadas nos valores e práticas sociais no período que vai do último quarto do século XX ao início do século XXI (LIMA,2018).

A Dignidade da pessoa Humana se tornou o núcleo para a compreensão da diversidade moderna de arranjos familiares, pois a Constituição Federal garante a liberdade e a dignidade dos indivíduos, bem como a protege o núcleo familiar.

A dignidade da pessoa humana deve ser respeitada e protegida, não podendo utilizar uma ideia ultrapassada de família para privar a constituição de novos tipos familiares (AUGUSTO,2021).

No artigo 1º da CR/88, inciso III, o constituinte consagra como essencial o princípio da dignidade da pessoa humana. Acrescenta-se também o artigo 11 do Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, que enfatiza o respeito à dignidade da pessoa humana. Em relação a esse princípio, a busca da justiça deve ter como base o ser humano. O Estado tem o dever de promover a dignidade da pessoa humana por meio de condutas ativas para garantir o mínimo existencial para cada indivíduo. Dessa maneira, tal princípio significa igual dignidade para todas as entidades familiares.

Essas transformações refletem cada momento social à sua época, o que podemos concluir que a busca de uma sociedade cidadã, ciente de seus direitos, detentoras de poderes que visam eliminar a discriminação e as desigualdades sociais com a efetiva radicação da violência, tendo como princípio norteador a Dignidade da Pessoa Humana (MORAES,2014).

A união homoafetiva é reconhecidamente uma entidade familiar, desde que preenchidos os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade e a finalidade de constituição de família.⁸

Sabendo-se que a base para construção de um Estado Democrático de Direito está na convivência harmoniosa entre os seres humanos e na dignidade da pessoa humana, não pode haver preconceitos morais para uma sociedade que busca a felicidade já que uma família formada por pessoas de sexo oposto não é diferente de uma formada por pessoas do mesmo sexo, uma vez que o sentimento que as une é o amor e o afeto. Dessa forma,

⁸ Paulo Lôbo,2015, p.79, apud (LIMA,2018).

todos os tipos de vínculos familiares carecem de proteção do Estado, pois são formados por relações de afeto (PORTILHO, REZENDE,2018).

A equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela analogia, implica a consideração da presença de vínculos formais e a presença de uma comunidade de vida duradoura entre os companheiros do mesmo sexo, assim como ocorre com os companheiros de sexo diferentes, valorizando sempre, e principalmente, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da não discriminação em virtude do sexo ou orientação sexual (PORTILHO, REZENDE,2018).

1.4. Consequências do reconhecimento da união estável.

Com a união estável entre pessoas do mesmo sexo definida no Brasil, iniciou-se as discussões sobre a possibilidade do casamento homoafetivo.

Surgem demandas locais baseadas no princípio da igualdade versando sobre a possibilidade do casamento, pois sendo um núcleo familiar, não é igualitário a legislação restringir um direito que já esta consolidado entre as famílias hetero afetivas.

No ano de 2012, O Superior Tribunal de justiça (STJ), no julgamento da REsp 1.183.378, evocou os princípios constitucionais e decidiu pela legalidade e constitucionalidade dos casamentos direto de casais homossexuais e não por conversão da união estável.

Em 2013 foi aprovada a Resolução 175 do CNJ, obrigando os cartórios de todo o país a registrar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, vedando às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre essas pessoas

Todos os direitos e deveres jurídicos decorrentes do casamento ou da união estável são iguais para o casal heterossexual ou homossexual, assim na relação entre os conjugues ou companheiros, como entre os pais e filhos. Nenhuma restrição ou limitação pode haver em razão do sexo igual ou distinto, notadamente quanto à natureza familiar dessas uniões, aos filhos, regime de bens, aos alimentos, à sucessão hereditária.⁹

⁹ PAULO LÔBO(2015,p.81)apud LIMA(2018).

Não há o que se falar em casamento como definido por gênero homem e mulher, pois a família está relacionada com sentimento que une seus membros que decorre da vontade dos indivíduos, ela é um instrumento de desenvolvimento pessoal que se encontra em constante consolidação.

Com o advento do casamento homoafetivo, a discussão segue em torno da ampliação de seus membros, o acesso à filiação por casais homoafetivos.

1.5. A adoção por casais homoafetivos

Dentre os direitos concedidos aos casais homoafetivos, seja em sede de união estável, seja no âmbito de casamento, está o direito de adoção, não havendo, sob a ótica dos tribunais superiores, qualquer impedimento constitucional para que duas pessoas do mesmo sexo adotem uma mesma criança (LIMA,2018).

Em um primeiro momento a adoção foi a única alternativa viável, para as famílias homoafetivas ampliarem seus membros.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, 2012) define a adoção como o rompimento do todo o vínculo jurídico entre a criança/adolescente e sua família biológica, fazendo com que esta perca todos os direitos e deveres em relação àquela, e vice-versa. O registro civil de nascimento original é cancelado, sendo elaborado um novo, no qual constarão os nomes dos adotantes, garantindo aos adotados os mesmos direitos de um filho biológico, o que reduz ou anula as diferenças entre um filho concebido pela via da consanguinidade ou agregado por laços socioafetivos. A idade mínima para se adotar é 21 anos e o estado civil é irrelevante aos olhos da lei. O adotante deverá ser, no mínimo, 16 anos mais velho do que o adotado. Caso este tenha idade superior a 12 anos, a adoção deverá ocorrer mediante sua expressa concordância (ROSA, MELO, BORIS, SANTOS, 2016).

O Estatuto da criança e do adolescente, que rege as regras para adoção, não faz nenhuma referência a gênero. O ECA diz que para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. Não há impedimento legal para que casais homossexuais adotem crianças, no processo de adoção é avaliado o melhor interesse da criança e a capacidade da família em oferecer um lugar seguro e estável.

O processo de habilitação dos adotantes para a adoção implica na intervenção multidisciplinar do psicólogo e do assistente social, que constituem a equipe técnica que auxiliará a decisão do juiz e a preparação da família para o acolhimento do adotado. Nesse contexto, um desafio que tem emergido na contemporaneidade é a solicitação de adoção dirigida ao Judiciário por casais homoafetivos. Essa nova demanda exige a produção de novos conhecimentos nesse campo emergente da Psicologia Judiciária. (ROSA, MELO, BORIS, SANTOS, 2016).

Os motivos que levam uma pessoa, ou um casal, a adotar são inúmeros, e estão relacionados não apenas à reparação de um casal impedido de procriar, mas também, a um “modo de reparação de famílias, respondendo a uma dupla necessidade: estabelecer uma descendência para assegurar a transmissão do patrimônio, e se preocupar com o repouso da alma dos pais, com a transmissão da lembrança”¹⁰.

Estudos indicam que não é possível comprovar alguma deficiência ou vantagem na criação de crianças por casais homoafetivos, pois seu desenvolvimento depende da inserção em um ambiente harmonioso e da disponibilidade dos pais em oferecerem os cuidados necessários em relação aos filhos. Sendo assim, acredita-se que é o vínculo estabelecido entre adotantes e adotados que determinará a qualidade de suas relações, independentemente da orientação sexual dos pais (SILVA, MESQUITA, & CARVALHO, 2010; TEIXEIRA FILHO, 2010; UZIEL, CUNHA, & TORRES, 2007).

A Adoção foi a solução inicial para os casais homoafetivos constituírem sua família e exercerem seu direito de possuir descendentes, porém com o avanço da tecnologia médica um horizonte de um filho biológico se insere na discussão.

Nos últimos anos, o número de adoções internacionais diminuiu, provavelmente por causa da concorrência de outros centros estrangeiros para adoção internacional e devido à expansão de centros de barriga de aluguel.¹¹

Nesse contexto chegamos à ciência moderna como uma alternativa para famílias compostas por casais homoafetivos ampliarem seus membros, encontrando na reprodução assistida uma importante aliada.

Tendo a dignidade da pessoa como princípio norteador da atual configuração de família, devemos nos atentar para a igualdade e oportunidades para os indivíduos ampliarem seus membros familiares e buscarem maneiras alternativas de suprir os limites

¹⁰Neuberger, 1999, p. 73 apud ROSA, MELO, BORIS, SANTOS(2016).

¹¹TORRES, Marcus Vinicius. Internationaladoption in brazilianprivateinternationallaw. Yearbookof Private Internationallaw. Vol XX.2018-2019 pag 262.

biológicos, fazendo da ciência um importante aliado, uma transformação nas possibilidades até mesmo de adquirir prole, quando se trata de casais homoafetivos.

Gerar filhos e ampliar a família, se tornou pauta para essas novas configurações familiares, exigindo da legislação maior atenção e tutela para garantir seus direitos e buscar igualdade no convívio social.

Uma família não é necessariamente composta por filhos, porém se a ciência possibilita e fornece meios para se alcançar este objetivo, cabe ao estado tutelar e proteger a família conforme versa a Constituição Federal.

Nesse contexto, o plenário STF decidiu em 10/05/2017, por 7 votos a 3, que possuem o mesmo valor jurídico em termos de direito sucessório, tanto o casamento quanto a união estável, tendo o companheiro os mesmos direitos que cônjuge no casamento.

1.6. O direito de gerar filhos.

A Declaração universal do Direitos humanos (DUDH) em seu art 16º, item 3, versa que a família constitui um elemento natural e fundamental dentro da sociedade merecendo a proteção do Estado, legitimado pelo art 226 da nossa Magna Carta que destaca a família como base da sociedade, protegendo-a.

Os direitos fundamentais podem ainda ser definidos como: o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana (COUTO,2007).

Com o avanço social e a diversificação das formações de família, os tribunais em harmonia com as mudanças sociais, ampliaram o conceito de entidade familiar para proteger grupos que não tinham o tratamento pela norma tradicional.

Este cenário é ilustrado através da equiparação da união entre pessoas do mesmo sexo á união estável e das configurações de família monoparental.

Com advento das diversas configurações familiares protegidas pelo direito, indaga-se o direito a saúde reprodutiva.

A Constituição Federal em seu art 6º do capítulo II expressa o direito á saúde, garantindo ao cidadão saúde física, mental e comportamental, sem desconsiderar os meios para prevenção.

Nessa perspectiva surge a dificuldade de enquadrar o direito reprodutivo no escopo do direito à saúde.

Comentando o assunto, Guilherme Nogueira da Gama, julga conveniente o tratamento a respeito de um direito à reprodução como uma das manifestações dos direitos fundamentais, já que, vislumbra certa correlação entre o mesmo e outros direitos dessa mesma natureza, a exemplo do direito à inviolabilidade da vida humana, o direito ao planejamento familiar, o direito de proteção à saúde, dentre outros, tendência, aliás, seguida majoritariamente, pelos autores que compartilham essa mesma corrente de pensamento.¹²

A questão da infertilidade divide-se ainda em fatores externos que pode estar ligado a algum problema de saúde ou até mesmo pelo fato de não reproduzir, no caso de pessoas do mesmo sexo, mas o direito de reprodução pode ser garantido por meio de diversas normas no país.

Ainda que a infertilidade não fosse considerada uma doença, estaria no âmbito do direito à saúde, porque o exercício ou impedimento de exercer a liberdade de reprodução podem causar danos físicos e psicológicos aos sujeitos envolvidos (RANZONI,2017).

Desta forma, a questão da não possibilidade para constituir prole, afeta os indivíduos na esfera psicológica e social, podendo a reprodução ser compreendida como um problema de saúde, apontando a necessidade dos governos em promover os meios de acesso e instrumentos adequados para a resolução.

O direito de decidir casar-se ou não e de planejar e formar uma família, para que seja efetivamente assegurado o planejamento familiar no âmbito do atendimento global e integral à saúde, com a adoção de ações de regulação de fecundidade que garantam direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal (COUTO,2007).

A reprodução humana é um elemento que compõe a saúde do indivíduo, por isso a necessidade que enquadrá-la como parte do direito à saúde, para possibilitar que os indivíduos exerçam o direito de ter filhos.

¹² GAMA. Guilherme Oliveira. Op. cit, 2005 p. 708-710 apud COUTO,2007.

A Constituição federal em seu artigo 226, §7º, estabelece o direito ao planejamento familiar, caracterizando-o como uma decisão do casal, mas garantindo o dever do estado em propiciar condições para o exercício desse direito.

O dispositivo em apreço, reserva ao casal a liberdade de escolha no tocante ao número de filhos, além de destinar uma obrigação ao estado de propiciar os meios necessários para que essa liberdade possa ser exercida de maneira plena, divorciada de qualquer forma de ingerência, ou controle (COUTO,2007).

Neste cenário temos a proteção constitucional de constituir família e a questão referente a esfera biológica que se refere a reivindicação do direito de reprodução. Proteção que não se esgota somente no texto constitucional.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de onde se extraem o direito à igualdade e à dignidade da pessoa humana, além da previsão do direito de fundar uma família, nos termos dos artigos III, VII e XVI, 1.

As Conferências do Cairo de 1994, a de Pequim e de Copenhagen, ratificada pelo Brasil, que dentre outras determinações, consagram os direitos reprodutivos na categoria dos direitos humanos, conquanto o Supremo Tribunal Federal jamais tenha se manifestado em nenhuma decisão que conferisse às conferências Internacionais aludidas, status, sequer de lei ordinária

Nas Conferências aduzidas ficaram consignadas a definição da Organização Mundial de Saúde para a "saúde sexual" como parte integrante da saúde reprodutiva, afirmando que a saúde reprodutiva é um estado geral de bem estar físico, mental e social, e não de mera ausência de enfermidades ou doenças, em todos os aspectos relacionados ao sistema reprodutivo, suas funções e processos (COUTO,2007).

Na mesma esteira, Flavia Piovesan¹³, examina em seus estudos que as Convenções do Cairo e de Pequim, suscitaram em nosso país uma reformulação e uma redefinição na agenda dos humanos, em que são incorporados temas como direitos econômicos, sociais, culturais, paralelamente aos tradicionais direitos civis e políticos. Neste cenário, a autora prega que há de se incorporar também os direitos reprodutivos como direitos humanos com base em parâmetros internacionais e constitucionais.

Tratando de técnicas de Procriação medicamente assistida (PMA), é justamente o caráter biológico que justifica a reivindicação do direito de reprodução, e não a adoção uma alternativa neste contexto (RANZONI,2017).

¹³ PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos apud COUTO 2007.

Assim encontramos na reprodução assistida o direito de constituir família juntamente com o de reproduzir, por isso esta técnica é importante para garantir a amplitude de direitos, principalmente para as configurações familiares composto por membros do mesmo sexo.

Artur de Castilho Neto, também corrobora esse entendimento, sustentando que “a moralidade da inseminação homóloga ou heteróloga consentida por que julgamos ser um direito do ser humano o direito á liberdade individual de escolha. Recusar ao casal subfértil a possibilidade à alternativa nos afigura sobremaneira injusta e injurídica.”¹⁴

O argumento da adoção não pode ser utilizado como justificativa para o exercício do direito de constituir família para casais homoafetivos, pois são constituir família e constituir prole são conceitos distintos, a primeira relacionada com a esfera social e a segunda com a esfera biológica, exercer o direito de constituir família não alcança o exercício do direito reprodutivo.

Incontestável o valor afetivo e social que a adoção agrega, no entanto, não pode e não tem o condão de impedir ou limitar a incessante busca desenvolvida seja por um casal estéril ou por uma pessoa singular, na realização do direito reprodutivo e obtenção de um filho biológico, mesmo que com parte do material genético doado por outra pessoa (RANZONI,2017).

Alguns autores entendem que a realização do desejo de ter filhos encontra suporte no princípio da isonomia, já que a pessoa estéril pode vir a sentir-se desigual, às demais pessoas do convívio social, não apenas pelo fato de ser incapaz de conceber, mas, por não poder manifestar a sua escolha entre ter ou não ter filhos. Para Max Charlesworth, nesse sentido, não se podem discriminar os inférteis, nem tampouco aqueles que escolhem se utilizar dos métodos de procriação assistida¹⁵.

A Ideia de planejamento familiar está muito mais condizente com a moderna ideologia de intervenção mínima do estado, reputando essa decisão aos principais interessados, o casal, que de maneira consciente analisará, dentro de suas circunstâncias pessoais de vida e socioeconômicas, a conveniência de decidir o momento mais oportuno

¹⁴ 273 CASTILHO NETO. Arthur de CASTILHO NETO, Arthur de. Inseminação artificial humana: as descobertas científicas e o direito brasileiro. Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 1, p. 61-76, mar./jul. 1975.. Sem embargo da licitude das técnicas reprodutivas, julgamos que o simples fato de nosso ordenamento conferir uma liberdade de utilização desses procedimentos, não está de sobremaneira conduzindo ao entendimento pela existência de um direito específico de ter filhos

¹⁵ CHARLESWORTH. Max apud COUTO, 2007, p. 123.

para engendrar filhos. De igual modo, poderão valer-se dos métodos científicos disponíveis e não proibidos por lei, para viabilizar o nascimento de uma vida humana (COUTO,2007).

A decisão de gerar filhos e o planejamento familiar é função do casal envolvido e o estado deve se limitar a proteger o núcleo familiar e tutelá-lo juridicamente conforme exige a Constituição federal.

Essa é por sinal, a opinião de Ana Carolina Brochado de Oliveira que aduz que: “quando a Constituição Federal assegura proteção à família, sendo esta constituída por descendentes e genitores, por via obliqua, acabaria conferindo proteção à procriação, já que este é o recurso por meio do qual uma família é constituída”.¹⁶

Apesar da tutela estatal garantido através Constituição de 1988, enfrentamos as dificuldades financeiras do estado em custear tal direito, principalmente na questão da reprodução assistida que requer cientistas especializados e procedimentos custosos que inviabiliza o acesso gratuito.

No Brasil, os tratamentos de reprodução artificial de forma gratuita são extremamente deficitários dada a impossibilidade financeira, e obedecem a uma ordem estabelecida em uma espécie de fila de espera (RANZO,2017).

Apesar do direito a gerar filhos e o planejamento familiar estarem presentes no cenário jurídico, é fundamental que o acesso esteja disponível para a população, não fazendo distinção de classe social ou orientação sexual.

O reconhecimento do direito reprodutivo como direito fundamental, implica em determinar o âmbito e os meios para a sua concretização, sobretudo quando na contemporaneidade vem surgindo variadas formas do indivíduo conceber assistida por um profissional médico em laboratório, a partir de uma decisão em casal individual.

O direito não deve fazer distinções e o acesso deve estar disponível para todos, garantindo o princípio da igualdade legitimado pela Carta Magna.

Com a união estável de pessoas do mesmo sexo o uso da tecnologia médica se torna a maneira eficaz de garantir o direito de gerar filhos, sendo assim, a legislação deve encontrar maneiras de tutelar esse direito e possibilitar o planejamento familiar.

Compartilhando o entendimento de Robertson¹⁷, o direito reprodutivo protege tanto a reprodução natural sexual, como a artificial. assim, as técnicas de reprodução

¹⁶ OLIVEIRA, 2004.apud COUTO,2007, P 124.

¹⁷ JOHN A. ROBERTSON,Childrenofchoise, cit, p.32 apud RANZONI,2007.

artificial integram os métodos para atingir um objetivo pessoal ou conjunto, qual seja, de ter um filho

Além das dificuldades econômicas a reprodução assistida enfrenta restrições no âmbito das legislações nacionais que são responsáveis por legitimar os procedimentos, atualmente a Técnica de reprodução assistida é feita seguindo as normas do Conselho Federal de Medicina (CFM) que determina os parâmetros e regras a serem seguidas para a efetivação do procedimento no território Nacional.

2. ASPECTOS DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO SOB A ÓTICA DO DIREITO BRASILEIRO

2.1. Alguns aspectos históricos

A experiência da infertilidade pode ser vivenciada por fatores biológicos, sociais, psicológicos e até mesmo por situação de violência, tornando seu tratamento presente na literatura médica.

O progresso da ciência em conjunto com a tecnologia, procurou desenvolver tratamentos para solucionar a infertilidade e neste contexto que temos o desenvolvimento da Técnica de reprodução assistida.

Entende-se por Reprodução Assistida todos os tipos de tratamento que incluem a manipulação *in vitro* (no laboratório), em alguma fase do processo, de gametas masculinos (espermatozoides), femininos (oócitos) ou embriões, com o objetivo de se estabelecer uma gravidez (MOURA, SOUZA E SCHEFFER, 2009).

Temos como marco inicial as técnicas de inseminação artificial, que inicia a manipulação da fertilização biológica.

A inseminação artificial consiste no depósito do sêmen dentro do órgão genital feminino por meios artificiais, geralmente quando os espermatozoides não conseguem penetrar normalmente no canal cervical.

A primeira inseminação artificial que se tem registro foi realizada pelos árabes em 1332 em equinos. Porém a primeira inseminação registrada pelo saber científico foi realizada em 1779, quando o italiano Lázaro Spalanzani colheu o sêmen de um cachorro e o aplicou em uma cadela no cio, gerando três filhotes.

O primeiro resultado em seres humanos ocorreu no final do Século XVIII, quando o médico Inglês Hunter realizou a inseminação do sêmen no útero, porém a técnica ainda era arcaica e não gerava muitos resultados positivos.

Com o avanço da ciência e da tecnologia a técnica de inseminação artificial perde força dando lugar a fertilização *in vitro*- FIV.

A fertilização *in vitro*, é um método que consiste na união de um espermatozóide e um óvulo em um laboratório, e posteriormente com o embrião formado se realiza o implante do embrião no útero da doadora do ovócito ou no útero de uma genitora gestacional.

Os primeiros sucessos da FIV ocorrem em 1959 com o médico Chang, com a utilização da técnica em coelhos.

O crescimento rápido dessas técnicas demonstrou o grande potencial de tratamento de uma infinidade de condições de infertilidade.

Nos anos de 1960 e 1970 os cientistas se debruçam aperfeiçoando as técnicas da fecundação *in vitro* (FIV) e de Transferência de Embriões em humanos (TE).

Durante o desenvolvimento da FIV e da TE em humanos, numerosas modificações nas técnicas em animais foram necessárias: refinamento da fertilização e dos meios de cultura embrionários; transferência adiantada de embrião; redução no número de espermatozoides usados na fertilização em placa ou em tubo e melhorias no equipamento (MOURA,SOUZA E SCHEFFER,2009).

Os cientistas realizaram inúmeros testes buscando um procedimento que resolveria de forma eficaz a questão de casais inférteis, ampliando a questão para outras áreas do saber.

As discussões ampliaram para os aspectos morais e legais dos procedimentos, com divergências entre os diversos grupos, inclusive religiosos.

Outro aspecto problemático da FIV, compartilhado nos tratamentos de infertilidade, era o estresse experimentado pelos casais participantes. O que chamou a atenção para a importância de grupos de apoio e serviço de aconselhamento.

A técnica se concretizou em julho de 1978, no norte da Inglaterra, quando Lesley Brown entrou para história da medicina ao dar à luz ao primeiro bebê de proveta. Após tentar engravidar de seu marido John por um período de nove anos, devido a um bloqueio em suas trompas (REGO, FERREIRA, AZEVEDO E FRANÇA,2019).

O procedimento experimental foi realizado pelos médicos Patrick Steptoe e Robert Edwards, o nascimento da filha de Lesley, Louise Brown, representou um marco no capítulo da reprodução humana assistida.

Quando Louise nasceu, as chances de se “fabricar um bebê” fora dos padrões não passavam de 5% do total de tentativas. Com o desenvolvimento da ciência as técnicas foram se aperfeiçoando gerando o aumento gradativo de pessoas que buscam o método, estendendo também para parceiros do mesmo sexo que demandam um filho biológico.

No dia 7 de outubro de 1984, nascia, no Brasil, Anna Paula Caldeira, sua mãe Ilza maria, tinha quatro filhos e não podia mais engravidar. Ao casar pela segunda vez, ela e o marido decidem ter outro filho. Procuraram então o ginecologista Milton Nakamura, pioneiro da fertilização *in vitro* no país. Anna aula é considerada um símbolo da esperança

de ter filhos, para as mulheres que não conseguem engravidar (MOURA, SOUZA E SCHEFFER,2009).

As técnicas de reprodução assistida se desenvolvem com o intuito de resolver as questões de casais inférteis, mas com o advento do desenvolvimento social se tornou uma alternativa para os casais homoafetivos gerarem um filho biológico, trazendo novas questões morais e sociais a serem discutidas.

2.2. A normatização através das Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

No Brasil, as resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) são responsáveis por adotar as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, bem como determina os parâmetros legais para sua efetiva realização.

Em vista da lacuna legal, o órgão de fiscalização específico da classe médica, o Conselho Federal de Medicina, criado pela Lei no 3.268/57, estabeleceu diretrizes básicas de conduta ética sobre o assunto, por meio de resolução, que tem como destinatários os médicos que atuam no território nacional. Tal órgão, que tem natureza jurídica de autarquia federal, exerce a atividade de fiscalização do exercício profissional da medicina (DEL'OLMO,2016).

Seu objetivo é fazer os procedimentos da RA acompanharem a ética médica e para isso considera a infertilidade como um problema de saúde devido suas implicações psicológicas.

Desta forma, trata-se da utilização do conhecimento científico visando proporcionar a possibilidade de constituir prole para casais impossibilitados garantindo o princípio constitucional da isonomia material.

O Conselho Federal de Medicina confecciona normas referente a reprodução assistida desde 1992, com a resolução 1.358/1992.

A primeira resolução do CFM não estabeleceu limite de idade para o tratamento, determinando que toda mulher capaz poderia ser receptora, desde que estando casada ou em união estável tivesse o consentimento do cônjuge.

A resolução resguardava a identidade dos doadores, tendo como única exceção a motivação médica.

Nesta resolução temos os primeiros parâmetros para a utilização da maternidade de substituição, permitindo o procedimento quando a gestação for de risco para a mãe.

O procedimento não era restrito apenas para casais, mas também possibilitava a utilização da técnica para mulheres solteiras.

A resolução 1.358/92 vedava o acesso a casais homoafetivos de homens, pois as condições para a gestação de substituição não eram permitidas para eles.

No de 2010 a resolução é revogada com a publicação da resolução CFM nº 1.957/2010. Esta resolução manteve os parâmetros da anterior acrescentando a prática da reprodução *post mortem*.

Este novo elemento está relacionado com os princípios éticos da medicina, consistia na possibilidade da reprodução assistida do de cujus, desde que houvesse prévia autorização do morto para o uso de seu material biológico.

2.3. A resolução 2.013/2013 e cláusula de consciência.

A resolução 2.013/2013 é emblemática, pois esta foi publicada após o julgamento da ADI nº 4.277 no STF, que reconheceu a união estável homoafetiva.

Com a decisão os casais homoafetivos passam a ter acesso as técnicas de reprodução assistida, incluindo expressamente mulheres solteiras.

Em seu título II, a resolução define os pacientes habilitados a técnica de reprodução Assistida (RA), deixando expresso o direito de objeção de consciência do médico:

“II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

- 1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente.
- 2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico.”

A objeção de consciência é um direito garantido a todos os médicos como modo de preservação existencial daquele ser que desenvolve essa profissão. Nada mais é do que o direito do médico de se recusar a realizar determinado ato, pois supostamente violaria, não seu ofício, mas sim seus valores pessoais (MASCARENHAS, MATOS,2020).

Este elemento na resolução traz a questão da diversidade e do preconceito para as técnicas de RA.

A reprodução humana assistida, enquanto manifestação médica para viabilizar o projeto familiar é um ato em que a objeção de consciência encontra estreita passagem e sua motivação deve ser adequadamente fundamentada para evitar a mera suspeita de viés discriminatório, sob pena de potencial responsabilização civil, em razão de danos morais e existenciais, além da repercussão penal e ética do próprio ato (MASCARENHAS, MATOS, 2020).

Neste contexto é importante salientar que a motivação médica não deve ser orientada de forma subjetiva por meras convicções culturais, pois o próprio Conselho Federal de medicina (CFM) condena atos com motivação preconceituosa.

Permitir a objeção de consciência é relevante para defesa do ato médico de forma abrangente, porém esse direito não é absoluto. Além de não poder ser exercido nas condições expressas previstas no Código de Ética Médica, há de se considerar a inconstitucionalidade das discriminações eventualmente presentes (MASCARENHAS, MATOS, 2020).

Desta forma, é importante destacar que a objeção de consciência visa tutelar os valores morais, religiosos e ético do médico, garantindo sua autonomia profissional, porém esta tutela não pode extrapolar o limite da proteção e gerar tratamentos desiguais e discriminatórios.

Assim, poderia o médico suscitar a objeção de consciência em determinadas situações, como, por exemplo, a idade dos envolvidos, conflitos morais ou de interesse dos participantes em um processo de gestação solidária ou mesmo na concepção de savior sibling, todavia a orientação sexual, estado civil e/ou condição cis/trans não podem ser argumentos legítimos para o exercício da objeção de consciência (MASCARENHAS, MATOS, 2020).

Na Parte IV em seu item 1 a resolução deixa claro que a doação de gametas ou embriões não pode ocorrer com intuito lucrativo ou comercial, limitando ainda a idade para doação de gametas em 35 anos para mulher e 50 anos para o homem.

No item VII temos as normas referentes a gestação de substituição (cessão temporária do útero), neste ponto identificamos as restrições responsáveis pelos principais problemas enfrentados por casais homoafetivos que pretendem utilizar a RA para gerar filhos no território nacional

“VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; 8 segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos.”

A ADI nº 4.277 do STF legitimando a união estável entre casais homoafetivos gerou importantes mudanças na resolução 2.013/2013 do CFM, a resolução teve que se adaptar a essa nova realidade e definir normas que abarcassem as novas configurações de família que surgiriam com os efeitos da decisão, foi necessário prever expressamente a possibilidade de constituir prole por casais homoafetivos por meio da tecnologia médica.

A ADI 4.277 refletiu nas demais resoluções do conselho, principalmente nas nos aspectos que tratam das diretrizes para aplicação das técnicas de reprodução assistida.

2.4. As resoluções do CFM pós ADI nº 4.277.

A resolução 2.013/2013 é revogada pela 2121/2015, nesta temos uma exceção ao limite máximo de idade, através da análise médica, mediante consentimento de risco feito pelo paciente.

A resolução inova na medida que autoriza a gestação compartilhada na união homoafetiva feminina, mesmo sem diagnóstico de infertilidade.

Do exposto, para o Conselho Federal de Medicina, qualquer pessoa legalmente capaz, no caso das mulheres com idade máxima de 50 anos para gestação, independente do estado civil, orientação sexual e diagnóstico de infertilidade podem ser usuários das técnicas de reprodução assistida, exigindo-se em todos os tratamentos o consentimento expresso dos envolvidos (RANZONI, 2017).

Trata-se da ampliação ao acesso do tratamento, o CFM, busca atender novas demandas, o limite de idade é relacionado com a condição médica do paciente, dando mais autonomia ao profissional em avaliar o quadro clínico para iniciar os procedimentos, independente da orientação sexual.

Temos a revogação da resolução 2121/2015 pela Resolução 2168/2017 que acrescenta a utilização das técnicas de reprodução assistida para a preservação social e /ou preservação oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos.

Na nova resolução há um maior detalhamento referente ao procedimento para autorização de mulheres acima dos 50 anos participarem do tratamento exigindo que o médico ateste a ausência de comorbidade da paciente.

Atualmente, por meio da resolução CFM nº 2283/2020 acrescentou-se transgênero aos pacientes da RA, única modificação trazida pela nova resolução:

“Art. 1º Alterar a redação do item 2 do inciso II, "Pacientes das técnicas de RA", da Resolução CFM nº 2.168/2017, publicada no DOU de 10 de novembro de 2017, Seção I, p. 73, que passará a ser a seguinte:

II - (.....)

2. É permitido o uso das técnicas de RA para heterossexuais, homoafetivos e transgêneros.”

Esta modificação amplia o rol de candidatos que podem buscar a confecção de sua família através das técnicas de reprodução assistida, ela visa atender a pluralidade cultural que está presente com o avanço da sociedade.

Família é um termo dinâmico que exige o esforço do Conselho Federal de Medicina para atender as diversas confecções que possível na contemporaneidade, visando atender o princípio da igualdade legitimado em nossa Carta Magna.

3. ASPECTOS TRANSNACIONAIS DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO ATRAVÉS DE UM ESSTUDO DE CASO

3.1. A maternidade de substituição no direito brasileiro

O contrato de gestação por substituição ocorre entre um casal que deseja ter um filho, de um lado, e a terceira que deseja ceder temporariamente seu útero, de outro. No entanto, por previsão da Resolução do Conselho Federal de Medicina, essas partes devem preencher determinados requisitos a cedente do útero deverá ser parente até o quarto grau da solicitante do procedimento em pauta.

A terceira que aceita ser a "mãe substituta" da criança que está sendo gerada, deve fazê-lo por mera liberalidade e generosidade, não recebendo nenhuma prestação pecuniária por tal feito. Trata-se, portanto, de doação temporária do útero, uma espécie de cessão do local para a gestação do feto e, conseqüentemente, vir a conceber a criança.

Assim, o objeto do contrato de gestação por substituição seria a cessão temporária do útero para a gestação da criança, sendo, portanto, lícito, visto não violar o ordenamento jurídico e considerado dentro dos padrões éticos e morais, quando feito de forma gratuita, pois o objeto contratual tem o fito de proporcionar a gestação de um feto para um casal impossibilitado, sendo fruto da generosidade de outrem (SÁ,2018).

É importante destacar, que o próprio Código Civil, em seu artigo 2º, afirma a necessidade de se proteger os direitos do nascituro, e garantir o direito de reprodução àqueles que não podem fazê-lo do modo tradicional, é resguardar a possibilidade de consagração do direito à vida, visto que a mesma surge através do ciclo reprodutivo, e assim, pôr a salvo os direitos da criança nascente.

O que se defende aqui é o reconhecimento do contrato de gestação por substituição como um acordo lícito e válido, respeitando as determinações do Conselho Federal de Medicina, sendo que, o mesmo deve ser realizado de forma gratuita, ou seja, a terceira cedente do útero não deve receber nenhuma prestação pecuniária para ceder o local de gestação da criança, e mais, deve ser pertencente à família da mãe solicitadora do procedimento, visto que, assim, resguarda a relação afetiva entre os contratantes e inibe a propensão a um caráter comercial de tal relação (SÁ,2018).

Desse modo, temos presente o primeiro requisito de validade de um negócio jurídico: agentes capazes e legitimados, indivíduos que desejam incessantemente ter um filho, aptos a manifestar livre e autonomamente sua vontade, e pessoa da família dos

cessionários, que espontaneamente oferece seu útero para gestar o bebê, e ao final, entregá-lo ao casal que com ela acordou, sendo tal ato realizado gratuitamente

Assim, no direito brasileiro o contrato de barriga solidária é possível dentro das normas do Conselho Federal de Medicina, o que restringe o acesso a uma boa camada da população, principalmente os casais homossexuais que não possuem parentes até quarto grau disposto a enfrentar a gestação, o que leva esta camada buscar a solução em instâncias internacionais.

3.1.1. Regras do direito internacional privado brasileiro pertinentes ao caso.

Na seara do direito internacional privado, é importante destacar as regras de conexão pessoais no direito brasileiro para a aquisição de nacionalidade, elementos de conexão pessoais que dizem respeito ao estado das pessoas, envolvendo a nacionalidade e o domicílio e residência (*lexpatriae* e *lexdomicilii*).

Os elementos de conexões pessoais são àqueles referentes às relações que envolvem estado, capacidade da pessoa e direitos de família.

No Brasil, o Código Civil de 1916 estabelecia a *lexpatriae* como regra de conexão de direito internacional privado a ser aplicada ao estatuto pessoal; porém, conectados às mudanças ocorridas no contexto mundial e nacional, que sinalizavam não ser mais a *lexpatriae* adequada como regra para solução de conflitos de leis no espaço, o legislador brasileiro a partir do Código Civil de 1942 passa a adotar o critério da *lexdomicilii* para definição do direito aplicável ao estatuto pessoal (MARTINS,2016).

A opção do legislador brasileiro pela regra de conexão da *lexdomicilii* para determinar o direito aplicável aos casos com conexão internacional relacionados ao estado, capacidade e direitos de família, além dos fatores já sinalizados, veio atender aos reclamos da doutrina e tem por fundamento a teoria de Savigny acerca da sede da relação jurídica. “Savigny observa que o direito mais adequado para cada relação jurídica é encontrado pela localização da sede desta, de acordo com determinado ordenamento jurídico. A lei que deve reger a relação jurídica é aquela mais próxima de sua natureza, seja a lei nacional, seja a lei estrangeira. Toda relação jurídica está, em sua essência, conectada a determinado lugar;(…) É justamente esse lugar no espaço, que se vincula á

relação jurídica, de modo temporário ou permanente, que se chama “sede da relação jurídica”¹⁸.

No ordenamento jurídico brasileiro a opção pela *lexdomicilii* encontra-se expresso no art. 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, abaixo transcrito:

Art. 7º A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.

É importante destacar no panorama do direito internacional privado a questão da validade da decisão estrangeira em casos de contratos de maternidade de substituição feita em outros países.

Observa-se a ressalva feita pelo art. 17 da LINDB, que aborda a ineficácia de leis estrangeiras no país quando contrariarem os princípios políticos, jurídicos e sociais regentes no território brasileiro, aplicando-se nessas hipóteses a lei brasileira:

Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

O atual entendimento na esfera administrativa, entretanto, é de que a realização da gestação por substituição, mesmo que onerosa, quando permitida no país em que os brasileiros passaram pela gestação por substituição, não afronta a lei brasileira e reger-se-á de acordo com a lei local, afastado qualquer menção de fraude ao ordenamento pátrio (GUIMARÃES,2013).

Há vários modelos de reconhecimento de sentenças estrangeiras, o sistema da *actiojudicati* e o sistema de *exequatur*. No *actiojudicati*, 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 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

¹⁸ BASSO,2012:170 Apud MARTINS (2016).

processuais e princípios gerais de seu ordenamento, sem que haja análise de fundo sobre o bem da vida posto em julgamento Enquanto o sistema da *actiojudicati* é próprio do common law, o sistema do exequatur por delibação predomina nos países de tradição jurídica romano-germânica (GUIMARÃES 2013).

No sistema da *actiojudicati*, 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 efeito 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.

Assim, atualmente, diante da inexistência de lei no Brasil que regulamente a gestação por substituição e não havendo vedação expressa, prevalece a lei do local da expedição dos documentos, preservando-se a eficácia dos atos e contratos praticados no exterior. O registro em missão diplomática ou repartição consular, garantido pela Constituição Federal, é realizado mediante apresentação da certidão do local do nascimento da criança, com o registro dos pais contratantes, isento de referências da receptora e de possíveis doadores do material genético, quando for o caso, não sendo atribuição da autoridade consular questionar os autores do projeto parental (GUIMARÃES, 2013).

O traslado de assento de nascimento de uma criança nascida no exterior, mesmo que por meio de gestação de substituição, não depende de homologação do Superior Tribunal de Justiça. É garantido também, no Brasil, o reconhecimento dos pais que constarem da certidão de nascimento estrangeira. Por fim, ressalta-se que o Brasil ratificou e promulgou em 1990 a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças. Ao incorporar ao ordenamento jurídico interno, por meio do Decreto Legislativo nº 28, de 1990 e do Decreto nº 99.710, de 1990, o Brasil se obrigou a, em toda e qualquer ação, considerar prioritariamente o melhor interesse da criança (GUIMARÃES,2013).

3.1.2. Novas confecções de família e o caso Eduardo Possamai Fontana e Pedro Schio.

Durante muitos anos no Brasil, a unidade familiar era reconhecida somente pela composição tradicional de homem, mulher e seus possíveis filhos, outras formas de entidades familiar não eram legítimas e não possuíam previsão legal o que impedia os médicos de praticar a reprodução assistida em mulheres solteiras, lésbicas ou casais masculinos homossexuais.

Esta visão era justificada pelo interesse da criança, onde o principal argumento era que o desenvolvimento sócio educativo do indivíduo seria comprometido, pois esta estaria sendo privada de um núcleo familiar adequado.

O Advento da ADI nº 4.277 do STF legitimando a união estável entre casais homoafetivos gerou importantes mudanças na resolução 2.013/2013 do CFM, que reconheceu a unidade familiar de casais homoafetivos e possibilitou o uso das técnicas de reprodução assistidas para as novas configurações familiares.

As famílias se constituem de diversas maneiras, a multiparentalidade é um elemento natural da família contemporânea plural, e o avanço da tecnologia médica, possibilita essas novas configurações aumentarem seus membros.

Com o avanço das técnicas de reprodução assistida, esses indivíduos encontram uma maneira efetiva de constituir prole e buscam através do direito alcançar este objetivo. Técnicas inovadoras de reprodução humana assistida são muito mais utilizadas atualmente, bastando à vontade de ter um filho e buscar os meios para realizá-la. Além disso, o procedimento da gestação de substituição também é chamado de barriga solidária, mais conhecida ainda como “barriga de aluguel” e até como útero solidário, são utilizadas a partir do estabelecimento de diversas normas dispostas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) para tornar possível tal prática (MENDES,2013).

O Conselho Federal de Medicina Resolução nº 2.013/13, admite a barriga solidária para casais homoafetivos, sem o caráter lucrativo e até parente de 4º grau. Admite que as clínicas, centros ou serviços de reprodução humana usem as técnicas de reprodução assistida para realizarem a gestação de substituição, reforçando aqui que o procedimento se realiza desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva, caracterizando então a utilização do procedimento do útero solidário para garantir a

constituição familiar deste instituto, mediante a impossibilidade de realizar a gravidez de modo natural.

Para os casais homoafetivos masculinos, a questão da barriga solidária é um entrave, visto que nossa legislação só permite a técnica caso o casal tenha um parente até 4ª grau disposto a realizar o procedimento e ainda não pode ser com intuito lucrativo.

Cabe lembrar que, por previsão constitucional (art. 199,§4o), a comercialização do corpo ou parte dele é proibida¹⁹.

O procedimento da maternidade por substituição, como já foi visto, apresenta complexidades e regras próprias a serem cumpridas. Quando utilizadas por casais gays, a cessionária temporária do útero deve ter parentes consanguíneo de até quarto grau com um dos parceiros e não pode receber qualquer remuneração ou benefício indevido, além de ser necessário o consentimento expresso de todos os envolvidos, incluindo o parceiro ou cônjuge da cessionária (MOTA,2014).

Essa limitação na legislação brasileira contribuiu para que as clínicas desenvolvessem maneiras de intermediar a barriga solidária em território estrangeiro para posteriormente efetivar o registro da criança em nosso território.

Casais homossexuais masculinos, geralmente que não conseguem encontrar uma voluntária para a barriga solidária nos parâmetros da lei, estão encontrando no direito internacional uma maneira de conseguir gerar seus filhos.

A gestação por substituição é um ponto chave para compreendermos a necessidade de muitos candidatos a maternidade/paternidade buscarem soluções jurídicas fora do Brasil, pois aqui não há legislação específica e as resoluções do CFM são bem restritivas em relação a quem irá ceder temporariamente o útero.

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

¹⁹Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

(...)

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

seja mais flexível, muitos dos quais permitem a gestação de substituição mediante contraprestação financeira (DEL'OLMO,2016).

Analisando a questão das restrições das normas que regulamentam a prática, podemos separar os países em determinados grupos de acordo com as essas normas restritivas.

Os países do primeiro grupo são aqueles que permitem a gestação por substituição sem ou com poucas restrições, inclusive em contratos comerciais, denominados barriga de aluguel. Algumas províncias do Canadá, Reino Unido, Ucrânia e Holanda são exemplos de países nessa classificação. Já no segundo grupo estão os países que proíbem, expressamente, a prática em qualquer condição, sendo a Alemanha e a Espanha exemplos dessa condição. Por último, há países que permitem, de forma bastante restritiva, como é o caso do Brasil, Argentina e Chile (SQUEFF, MARTINS, 2021).

A gestação por substituição no país, consolidado pelas resoluções Conselho Federal de Medicina, é bastante restritiva, o que contribui para formar um panorama onde muitos nacionais interessados no uso da técnica se direcionam para outros países buscando a legislação mais permissiva, o que traz a discussão para o Direito Internacional Privado.

A falta de previsão legal de gestação substituta comercial na grande maioria dos Estados tem fomentado o que passou a se chamar de “turismo reprodutivo”: cidadãos que saem dos seus países de origem ou de domicílio com destino a locais com legislação mais permissiva, que lhes permita pagar pela cessão temporária do útero de uma mãe substituta, realizando o sonho de constituir uma família (DEL'OLMO,2016).

A “barriga de aluguel”, internacionalmente conhecida pelo termo *Surrogacy* é uma realidade do direito internacional privado, que vem movimentando o judiciário na medida que exige discussões sobre como esta litigância terá influência na constituição das famílias brasileiras.

Em alguns países as regras para o surrogacy são mais brandas, se tornando alvos para casais homoafetivos constituírem suas famílias.

Essa nova realidade é intermediada por empresas transnacionais que visam mediar a relação dos possíveis pretendentes com os países onde é regulamentado, elas buscam dar o apoio técnico e jurídico durante todo o procedimento.

Este fato será ilustrado através do caso de Eduardo Possamai Fontana e Pedro Schio, casal homoafetivo que contratou o serviço da empresa Tammuz²⁰, empresa israelense que atua no Brasil desde 2016, para tornarem realidade o sonho da paternidade.

3.2. Breve relato do caso Fontana e Schio.

Ao contratar o pacote de surrogacy, está incluso desde a compra de óvulos até a documentação da criança e despesas médicas da gestante. O segmento tem forte apelo entre homens solteiros e casais masculinos LGBTQ+ que desejam filhos biológicos.

O processo se inicia de forma digital, a empresa disponibiliza em seu site e-mail institucional para o contato do possível candidato.

O candidato passa seus dados via e-mail com documentos anexo. Com os dados pessoais a empresa realiza o cadastro e marca uma vídeo conferência com a advogada.

Na data selecionada a advogada explica todos os procedimentos e os itens dos contratos e caso for aceito é enviado aos candidatos para assinatura.

O processo de Eduardo e Pedro ocorreu nos Estados Unidos, intermediado pela empresa Tammuz, por meio de um contrato jurídico.

Nos Estados Unidos a prática legal varia de estado para estado, da proibição total a uma atitude muito leal a esse assunto. Alguns estados são favoráveis à barriga de aluguel, como Arkansas, Califórnia, Delaware, Illinois, Nevada ou New Hampshire. Em alguns estados, não existe legislação sobre o assunto, por exemplo, as leis do Alasca, Colorado, Geórgia, Iowa, Montana e Massachusetts são silenciosas sobre a barriga de aluguel. Outros estados proibiram totalmente essa prática, como Louisiana, Michigan ou Nova York.

No caso de Eduardo Fontana e Pedro Schio o nascimento da criança se deu na Geórgia, pois a cessionária do útero era residente daquele estado e mesmo sem uma lei específica aprovada, no estado é comum e bem aceito pelo judiciário, o que resulta em uma facilidade para a confecção da certidão de nascimento já em nome dos pais.

²⁰A Tammuz Family é uma Agência Internacional de Surrogacy, Fertilidade, Reprodução Humana, & Doação de Óvulos com sede em Tel Aviv, Israel e com escritórios-filiais espalhados em mais de 15 países. Tammuz Family ofereceu à casais homoafetivos, casais heterossexuais, homens solteiros e mulheres solteiras; programas de surrogacy nos Estados Unidos, Índia, Nepal, Tailândia, México, Albânia, Rússia e na Ucrânia. Atualmente, os processos de surrogacy são realizados nos Estados Unidos, Colômbia, Geórgia e Ucrânia.

Nem os substitutos nem os doadores de óvulos têm direitos parentais de bebês nascidos por meio de barriga de aluguel na Geórgia. Os pais pretendidos são escritos como pais legais na certidão de nascimento de um bebê.

Para registrar um casal como pais, são necessários os seguintes documentos: contrato, certificado da clínica confirmando a conduta da fertilização in vitro, certificado de nascimento de uma criança do hospital e não é necessário o consentimento da mulher que deu à luz para registrar os pais do bebê.

A facilidade dos pais participantes do programa de surrogacy, fez da Geórgia um estado onde muitas de suas residentes se tornam cessionária do útero, mas o procedimento de doação e fecundação não é legalizado no país, o que gera a necessidade das cessionárias viajar para outro estado, realizar todo o procedimento e retornar já com o embrião em seu útero.

O estado da Califórnia possui legislação específica para procedimentos como a doação de óvulos. É uma forma popular de tratamento de fertilidade, o que faz do estado ser um lugar frequente para as empresas de surrogacy gerar os contratos e assinar os documentos. Dependendo da sua situação (se você for casado ou não, usar uma barriga de aluguel ou outras especificações), você seguirá procedimentos legais ligeiramente diferentes para garantir a paternidade após o nascimento. Existem leis específicas em vigor, particularmente a Nova Lei de Reprodução Assistida (AB 960²¹), o que garantirá a proteção das doadoras de óvulos.

Por haver uma legislação específica que autoriza o procedimento, a retirada do material genético e a assinatura dos contratos ocorrem todos na Califórnia e posteriormente se inicia o procedimento da fecundação e a maternidade por substituição, que leva em consideração preço e locais onde a empresa possui parcerias com clínicas.

²¹ 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-birthorder, 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-birthorder, 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

Um grande benefício do Código da Família da Califórnia é que ele tornou o estabelecimento de parentesco um processo contínuo para todos os envolvidos. Segundo esse código, é possível que as famílias estabeleçam parentesco por meio de uma ordem de pré-nascimento, sem a necessidade de comparecer a uma audiência.²²

3.3. Maternidade de substituição.

A gestação de substituição, doação temporária do útero, barriga solidária ou maternidade por sub-rogação, popularmente conhecida como “barriga de aluguel”, é objeto de escassa normatização pela legislação brasileira vigente, que não logra acompanhar a rapidez das evoluções científicas que a tecnologia proporciona (DEL’OLMO,2016).

Trata-se de técnica de reprodução assistida de grande complexidade jurídica, visto que derruba o princípio *mater semper certa est*, decorrente do Direito Romano, eliminando a presunção da maternidade pela gravidez e pelo parto, pois a geratriz não é mãe, configurando no registro de nascimento da criança o pai e seu companheiro (MOTA,2014).

Essa modalidade de maternidade por substituição, que consiste na cessão temporária do útero para geração do filho alheio, não há ligação genética entre a cessionária e os pais

Para Leite²³ a técnica consiste em apelar a uma terceira pessoa para assegurar a gestação quando o útero materno não possibilita o desenvolvimento adequado do bebê ou ainda quando esta gestação oferece risco à vida da própria mãe. Coloca ainda que os primeiros casos clínicos relacionados a empréstimo de úteros ocorrem no Japão, em 1963, e posteriormente nos EUA, em 1975, inclusive com a criação de uma associação de mães de substituição em 1988.

A sub-rogação de útero pode se dar de duas formas: A mulher que cede o útero apenas irá gestar o bebê, ou seja, o material genético tanto do pai quanto da mãe que ficarão com a criança, serão implantados no útero da mãe portadora e esta manterá o bebê até seu nascimento. Este tipo de reprodução se dará *in vitro*. Já no segundo caso, a mulher cede o útero para gestar a criança e sede também seus gametas, ou seja, a gestação é

²² Informação disponível em: <https://extraconcpction.com>, acesso em 20 set.2021.

²³ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriação Artificiais e o Direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. P.66.

resultado da fusão dos gametas da mãe portadora e do pai biológico. Este tipo de reprodução pode se dar *in vivo* ou *in vitro*. Na possibilidade *in vivo* ocorre quando apenas se introduz o material genético do pai na vagina, no colo do útero, em volta do colo, dentro do colo, dentro do útero ou dentro do abdômen, onde ocorrerá a fecundação. Já na possibilidade *in vitro*, o material genético do pai biológico será fundido com o material da mãe em laboratório, em ambiente que reproduz o das trompas de falópio, e posteriormente implantado no corpo da mesma mãe que doou os óvulos.

Baseados na questão da maternidade por substituição podemos indagar sobre as questões jurídicas referente à determinação da maternidade, quem afetivamente assume o lugar de pais da criança? No caso de casais homossexuais o material genético é composto por um dos pais do bebê e de doadoras externas de óvulo, mas portar o material genético é o fator determinante para determinar a maternidade? A mãe substituta teria algum direito de reclamar a maternidade?

Enfim, o que teria mais valor: o conteúdo genético transmitido ao filho ou o vínculo afetivo criado entre a gestante e o feto? Merece o repúdio aquela que enfrentou o ônus físico psicológico da gestação e do parto? Julgamos que deverá o legislador optar pela prevalência da presunção da paternidade e da maternidade em prol do casal que idealizou o nascimento; o filho, aos olhos da lei, dele será, mesmo que o material genético não seja seu, pouco importando que tenha sido ou não gerado no útero da esposa ou se ela forneceu o óvulo, fecundado pelo sêmen do marido ou de terceiro e gestado no ventre de outra mulher. O filho deverá ser, portanto, daqueles que decidiram e quiseram o seu nascimento, por ser deles a vontade procracional.²⁴

Na relação homoafetiva o registro da criança fica no nome dos dois pais, o procedimento pode ocorrer pela doação conjunta de esperma, de forma que não se identifica qual o parceiro efetivamente participou da fecundação, ou pode ocorrer com a autorização daquele que não participou, garantindo o sigilo em relação à doadora do óvulo, esta segunda via foi a escolhida por Eduardo e Pedro, onde somente um dos pais, Eduardo contribuiu com material genético.

O processo ocorre em sua maioria de forma remota, a empresa direciona via e-mail os passos do procedimento, inclusive orienta sobre a seleção dos óvulos.

A seleção das características físicas da doadora ocorre através de sites especializados em banco de óvulos definidos pela empresa de surrogacy, ela informa

²⁴ DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. P 496.

preços e opções, onde o cliente faz o cadastro e em filtros do próprio site seleciona as características conforme desejar, os bancos possuem registros com as principais características genéticas das doadoras) e das gestantes.

Os Estados Unidos possuem bancos de óvulos disponíveis, porém o custo naquele país costuma ser mais caros, assim a própria empresa indica as possibilidades de a doadora do óvulo ser de outro país, Eduardo, orientado pela Tammuz fez a seleção da doadora em um banco de óvulos da África do Sul, a Fertilitymate²⁵.

As empresas de surrogacy atuam com parcerias em rede, com clínicas espalhadas em diversos países, pois ao longo dos anos, é necessário mudar os países de atuação devido alterações na legislação que dificultam o processo para estrangeiro.

Eduardo viajou para a Califórnia para a retirada do material genético onde ficou congelado e depositado.

Por questão financeira e geográfica a empresa orientou Eduardo que a fecundação ocorrendo na Índia sairia mais interessante, pois os custos deste processo variam de clínica para clínica, eles possuíam parceria na Índia e o óvulo estava em um banco da África do Sul, ficaria a seu cargo a seleção, mas que independentemente do local, as clínicas eram certificadas e garantidas pela empresa de surrogacy.

A Índia se configurava como um dos destinos mais procurados por estrangeiros interessados em contratar o serviço de gestação substituta. O baixo custo da tecnologia, a oferta de médicos habilitados e a grande demanda de mulheres dispostas a ceder o útero por contrapartida financeira transformou o país em referência mundial na área (DEL'OLMO,2016).

Com a proximidade geográfica do óvulo e os custos mais baixos cobrados pelas clínicas indianas, a empresa direcionou seu material genético para o país onde ocorreu a formação do embrião.

A forma comercial de gestação substituta é permitida na Índia desde 2002. No entanto, inexistente, até o momento, legislação que regulamente a matéria, que tem sido regulada por decisões da Suprema Corte e por instruções do Ministério do Interior Indiano (DEL'OLMO,2016).

²⁵Programa internacional de óvulos situado na África do Sul que possui parceria com diversas clínicas e especialistas em fertilidade de destinos globais, possuem doadoras de óvulos que doam em vários locais internacionais para o congelamento. Link de acesso e cadastro: <http://www.fertilitymate.com>

Posteriormente, o embrião seguiu para Califórnia onde foi inseminado na cessionária, que após inseminada retornou para Geórgia para a gestação.

A partir da reprodução Assistida foi quebrado o vínculo de filiação decorrente exclusivamente pelos laços biológicos. O laço afetivo e social determina quem realmente serão os pais da criança, este é o fato que se utilizam as famílias que buscam a Reprodução Assistida e essa ideia é plenamente aceita não só por essas famílias, mas, também, pela sociedade envolvida nas questões sociais, psicológicas e jurídicas da maternidade subrogada (REINERT,2006).

3.4. Pós Nascimento e aquisição da nacionalidade.

Nacionalidade é o elo que liga cada indivíduo a uma sociedade juridicamente organizada, traduzindo a necessidade de cada Estado indicar seus nacionais. Para Guimarães (1995) a nacionalidade é um vínculo permanente que une um indivíduo a uma sociedade juridicamente organizada, sendo o elo de subordinação de uma pessoa a determinado Estado.

Cada Estado é livre para normatizar sobre a nacionalidade, sendo esta matéria no Brasil Constitucional. A nacionalidade é a emanção da soberania de cada país, cabendo a ela distinguir os seus nacionais dos estrangeiros, dando aos seus, direitos privados. O Estado é soberano e livre para estabelecer as normas da nacionalidade e por ser de sua atribuição, não se considera a vontade do indivíduo, mas sim, o interesse comum do Estado (PENA,2011).

No artigo 22, inciso XIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 regulamenta que compete a união legislar sobre a nacionalidade e cidadania:

“Art. 22 Compete privativamente à união legislar sobre:
(...)
XIII- nacionalidade, cidadania e naturalização”

Existem duas formas de aquisição da nacionalidade, a originária e a derivada. Na aquisição originária que também pode ser chamada de primária ou atribuída se dá no momento do nascimento e se divide em três sistemas: *ius soli*, *ius sanguinis* e o misto, nesta o indivíduo é considerado brasileiro nato:

A *ius soli* é um critério territorial, atribuindo a nacionalidade pelo lugar do nascimento, independentemente da nacionalidade dos pais, sendo a nacionalidade dos pais nesse critério nada interfere. Ademais porque se submetem a esse critério todos os indivíduos (estrangeiros) que estiverem no Brasil à época do nascimento.

A *ius sanguinis* é o sistema em que o filho adquire a nacionalidade dos pais. Tendo os pais nacionalidade diferentes o filho seguirá a nacionalidade do pai. Este sistema se dá pela filiação. É o sistema adotado na Arábia Saudita, Áustria, Bélgica, entre outros.

Deve-se lembrar que no Brasil o sistema para aquisição de nacionalidade é misto, isto é, atribui-se nacionalidade por meio do solo (*ius soli*) e do sangue (*ius sanguinis*)²⁶

No Brasil, por adotar o critério misto, são brasileiros natos os nascidos em território nacional ou em território estrangeiro, bastando que os pais brasileiros estejam a serviço do país. Caso não estejam a serviço, poderá este (filho) optar a qualquer momento pela nacionalidade brasileira ao regressar ao Brasil, a distinção entre brasileiros natos e naturalizados, aqueles que adquirem a nacionalidade de forma derivada, está expressa no art. 12 da nossa Carta Magna²⁷.

A derivada se divide em dois critérios: o *ius domicilii* e o *ius laboris*. O *ius domicilii* é a naturalização que ocorre quando um indivíduo se encontra domiciliado em um país por determinado tempo, seria no entendimento de alguns autores um critério de “usucapião aquisitivo” como critério autônomo para a aquisição da nacionalidade. O *ius laboris* há legislação que admite o serviço em prol do Estado comum elemento favorecedor e facilitador para a consecução da naturalização. No Brasil, este modo de aquisição de nacionalidade não existe, porém, ter prestado ou poder prestar serviços relevantes ao país reduz de quatro para um ano, o prazo de residência no Brasil como requisito para a naturalização (PENA, 2011).

A alínea c do inciso I do art. 12 da Constituição Federal foi introduzido através da Emenda Constitucional nº 54 em 20 de setembro de 2007 que trouxe o seguinte texto:

"Art. 12

(...)

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na

²⁶ BRASIL, (Constituição, 1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm. Acesso em: 12 de set 2021.

²⁷ BRASIL, (Constituição, 1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm. Acesso em: 19 de set 2021.

República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;”

Com a Emenda Constitucional nº 54, filhos de brasileiros nascidos no exterior ganham a cidadania brasileira originária se registrados em posto consular. Nesse sentido, não ocorrendo litígio sobre a relação contratual entre as partes e havendo certidão local de nascimento lavrada nos termos das normas do país, não haveria razão para que a Autoridade Consular brasileira extrapolasse suas funções questionando a validade jurídica de um contrato que não diz respeito diretamente ao ato sob sua responsabilidade: o registro de nascimento válido no local em que foi emitido, com base no qual ela lavrará o registro consular de nascimento brasileiro (DEL’OLMO,2016).

Os Postos Consulares poderão, mediante requerimento, lavrar o registro de nascimento de filho ou filha de pai brasileiro ou mãe brasileira, ocorrido no exterior. O registro somente poderá ser efetuado quando não houver registro anterior, lavrado em outra Repartição Consular brasileira ou em Cartório de Registro Civil no Brasil. Nos termos da Constituição Federal de 1988, os filhos de brasileiros nascidos no exterior são brasileiros natos, desde que registrados em Repartição Consular brasileira. A fim de produzir efeitos no Brasil, a certidão consular de nascimento deverá ser posteriormente transcrita no Cartório do 1º Ofício do Registro Civil do local de domicílio do registrado, no Brasil, ou, ainda, no Cartório do 1º Ofício do Registro Civil do Distrito Federal, na falta de domicílio²⁸.

É comum que, em países que reconhecem a gestação de substituição na sua forma comercial, haja disposições legais acerca da emissão do registro civil local dessa criança no sentido de constar como genitores os pais contratantes, autores do projeto parental. Assim ocorre em alguns estados dos Estados Unidos, na Geórgia, na Ucrânia e, anteriormente, na Índia. Ademais, essa criança não terá, em princípio, por força contratual, qualquer ligação com a mãe de aluguel e, muitas vezes, com o país onde nasceu (DEL’OLMO,2016).

²⁸ Informação disponível no sitio do governo federal em :Registrar nascimento no exterior — Português (Brasil) (www.gov.br) acesso em 12 de set 2021.

As empresas de surrogacy costumam disponibilizar o serviço de barriga de aluguel com muita frequência no Estado Georgia nos EUA, pois este estado possui legalizado o documento chamado ordem de pré-nascimento.

A ordem de nascimento é um documento específico, expedido em tribunal, que atribui a paternidade a uma criança. Existem pedidos de pré e pós-nascimento, depende do estado. A ordem de pré-nascimento é feita antes do nascimento do bebê, embora não seja efetiva até que o nascimento ocorra. No entanto, isso dá tranquilidade aos pretendentes, uma vez que, após obtê-la, a maternidade indicará os nomes dos pretendentes na certidão de nascimento original e a criança será entregue diretamente aos pais no hospital. Sem ele, o nome da mãe de aluguel aparecerá na documentação médica e outras medidas legais serão necessárias para concluir o processo.

Durante a assinatura dos contratos e o processo de maternidade por substituição Eduardo e Pedro já assinavam os documentos fazendo menção ao futuro bebê, assim a empresa já elaborava a ordem pré-nascimento para a confecção da certidão de nascimento já no nome dos pais.

Por ser um procedimento frequente no estado, o próprio hospital já conhece a dinâmica, assim o contato é frequente com a empresa responsável pela intermediação entre os pais estrangeiro e a cessionária do útero.

A burocracia referente ao registro da criança com nome dos pais brasileiros é feita por intermédio da empresa, assim a criança nasce com a certidão de nascimento Americana em nome dos pais estrangeiros.

Desta forma, Eduardo e Pedro se dirigiram a embaixada do Brasil com seus passaportes e a certidão de nascimento da criança, para fazer o registro e garantir a cidadania brasileira para seu filho, conforme versa art 18 da LINDB²⁹. Na Embaixada foi confeccionado o passaporte e certidão de nascimento brasileira.

Nesse contexto, por ocasião da solicitação do registro consular, será apresentada perante a Embaixada ou Consulado brasileiro uma certidão local de nascimento na qual os pais socioafetivos (genéticos ou não) brasileiros constam como genitores do bebê. Nesse documento, não há anotação sobre a forma em que a criança foi concebida e gerada, fugindo das atribuições da Autoridade Consular efetuar quaisquer

²⁹Artigo 18 - LINDB / 1942. Art. 18. Tratando-se de brasileiros, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento e os mais atos de Registro Civil e de tabelionato, inclusive o registro de nascimento e de óbito dos filhos de brasileiro ou brasileira nascido no país da sede do Consulado.

questionamentos a respeito. Competirá à Autoridade Consular brasileira lavrar o registro de nascimento desse bebê, o que lhe garantirá a aquisição da nacionalidade brasileira nata, conforme estabelecido na Carta Magna (DEL'OLMO,2016).

Conforme informação do sitio do governo federal e da Embaixada do Brasil nos EUA, ao chegar no Brasil, Eduardo e Pedro, se dirigiram ao Ofício de Registro Civil e transcreveram a certidão confeccionada na embaixada.

Este procedimento garantiu a criança o status de brasileiro nato, se o registro não fosse feito na embaixada do Brasil, ele seria naturalizado.

Assim, a criança se tornou brasileiro nato e conseqüentemente garantiu a nacionalidade dos EUA, pois o país adota o *ius soli*, "direito de solo" que tem como princípio reconhecer o lugar de nascimento de um indivíduo para efeito de nacionalidade, o nascimento se deu em solo americano.

De acordo com a Carta Magna de 1988, há duas hipóteses em que o brasileiro poderá adquirir a dupla ou múltiplas nacionalidades/cidadanias. A primeira ocorre quando há o reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira. Nessa hipótese, a nacionalidade decorre da lei estrangeira, que reconhece como nacional o nascido em seu território ou filho/descendente de seu nacional (BARICHELLO, 2009).

O âmbito internacional, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças de 1990, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto no 99.710/1990, prevê, em seu art. 3º, que “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”³⁰.

Além de ter alguns benefícios, como ter a capacidade de viver e trabalhar em ambos os países, é possível obter bens com mais facilidades e também viajar entre outros países mais facilmente (GUIMARÃES, 1995).

³⁰BRASIL. Decreto no 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 19/09/2021.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de família é dinâmico e com o decorrer do desenvolvimento social e passou por modificações que exigiu do direito o esforço de ampliar suas interpretações para tutelar as novas configurações que se constituíram.

A constituição de 1988 protege expressamente a unidade familiar, fazendo com que o direito se adeque as novas confecções e se torne efetivo para garantir os ditames constitucionais.

A dignidade da pessoa humana deve ser respeitada e protegida, não podendo uma ideia ultrapassada de família privar novas constituições de núcleos familiares, a tutela estatal é composta pela liberdade e igualdade entre os indivíduos e neste contexto encontramos a necessidade de uma legislação atual e eficaz para servir de instrumento de justiça social.

O advento da ADI nº 4.277 do STF, que permitiu a união estável entre pessoas do mesmo sexo foi um marco determinante no cenário jurídico brasileiro para ilustrar como o direito está em constante movimento.

A ADI nº 4277, amplia o cenário jurídico resultando em diversas possibilidades de configurações de unidades familiares e com isso surge a necessidade dos indivíduos encontrar no direito formas de constituir sua família nos novos moldes permitido.

O desenvolvimento da ciência médica e das técnicas de reprodução assistida construiu um panorama de possibilidades para essas novas configurações familiares, exigindo um esforço ainda maior da legislação pátria para tutelar esse direito.

A legislação pátria, através das resoluções do Conselho Federal de Medicina, buscou atender essas novas demandas que surgiram com este cenário, porém, é composta por diversas limitações que impossibilitam as famílias a terem acesso a constituição da prole.

No Brasil, o procedimento só é permitido se a cessionária do útero for parente até 4º grau de um dos companheiros e esta não pode receber nenhum valor ou incentivo em troca, por isso o “termo barriga solidária”, o que dificulta aos casais homoafetivos masculinos encontrarem uma voluntária.

Essas limitações impostas pela legislação fizeram do Brasil um território propício a empresas que desenvolveram serviços de surrogacy, que buscam atender o objetivo de casais homoafetivos constituírem prole em países onde a legislação não é tão restritiva.

Trate-se de um procedimento estratégico jurídico, onde o direito internacional legitima o procedimento dentro do território pátrio, pois cada elemento do processo é feito em países de acordo com a legislação local, tornando legítimo o processo e respeitando a soberania de cada país.

Através do Caso de Eduardo Possamai e Pedro Schio, foi possível identificar na prática como estas empresas confeccionam este processo, fazendo do direito internacional uma ferramenta eficaz para garantir os ditames do direito constitucional brasileiro, a proteção da família e a dignidade da pessoa humana.

Constituir família através de um filho biológico se tornou um negócio rentável para empresas de surrogacy atuarem aqui no Brasil, porém, este procedimento é complexo e custoso e que mostra como a desatualização e o excesso de restrições da legislação brasileira vem contribuindo para que o acesso de constituir prole seja possível para casais com alto poder aquisitivo.

O complexo sistema de surrogacy, mobiliza o direito internacional e a tecnologia médica, onde a completude do processo envolve diversos países, revelando como o conhecimento da legislação estrangeira efetiva o direito tutela e previsto em nossa Constituição.

O caso de Eduardo e Pedro ilustrou o processo na empiria destacando sua complexidade e revelou como as restrições da legislação através das resoluções do Conselho Federal de Medicina, faz com que a busca por um filho biológico se realize através da mobilização do direito em países menos restritivos.

Desta forma, mesmo após a união estável entre casais do mesmo sexo, o direito brasileiro não atende as demandas dos casais homoafetivos que buscam aumentar sua família através de um filho biológico, fato que se torna possível através das empresas de surrogacy.

Apesar da família estar protegido pela Constituição Federal, estes casais precisam investir altos valores para efetivarem seu direito constitucional de constituir família, o que limita o acesso ao direito para aqueles que possuem capacidade econômica.

Com isso, podemos perceber que o direito a gerar filhos para casais homossexuais é possível através do direito internacional, porém o acesso está disponível para aqueles que possuem capital para investir em um procedimento custoso que se legitima através da mobilização do direito internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARICHELLO, Stefania Eugenia Francesca. Direito internacional dos refugiados na América Latina: o Plano de ação do México e vaticínio da Hannah Arendt. Santa Maria-RS, Universidade Federal de Santa Maria, 2009, 127p. Dissertação (Mestrado em Integração Latino-americana). UFSM-RS, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

COUTO, Michelle. C. Assis. Existe um Direito de ter filhos?. Dissertação para obtenção de título de mestre em Direito. Universidade Federal da Bahia. Salvador 2007.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Barriga de Aluguel no Exterior e a aquisição da nacionalidade brasileira. Revista Brasileira de Direito Animal, V.11, N. 22, pp 177-200, Mai-Ago 2016.

GUMARÃES, Claudia Maria. R. N. Homologação de sentença estrangeira: Gestação de substituição transnacional, o caso Mennesson e a Ordem Pública no Brasil. <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6d1be3a2fee80212>. acesso. Dez.2013. acesso em set.2021

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva, Nacionalidade: aquisição, perda e reaquisição, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LIMA, Erika Cordeiro de Albuquerque dos Santos Silva. Entidades familiares: uma análise da evolução do conceito de família no Brasil na doutrina e na jurisprudência. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5383, 28 mar. 2018. Disponível em :<https://jus.com.br/artigos/64933>. Acesso em: 30 maio 2021.

LUNA, Ana Paula de Jesus Passo. O novo conceito de família – evolução histórica e repercussão no ordenamento jurídico brasileiro. Conteúdo jurídico – DF: 20 abr 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/22061/o-novo-conceito-de-familia-evolucao-historica-e-repercussao-no-ordenamento-juridico-brasileiro>

MARTINS, Jane. Meire. Reflexões acerca dos elementos de conexão no Direito Internacional privado brasileiro. Publicado em 2016. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/50365>, acesso em 26.set.2021.

MATOS, Ana C Harmatiuk e MASCARENHAS Igor de Lucena. Objeção de consciência médica em reprodução humana assistida: entre o direito e a discriminação. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/337964/objecao-de-consciencia-medica-em-reproducao-humana-assistida--entre-o-direito-e-a-discriminacao>. Acesso em 20 Agosto de 2021.

MENDES, Cristine Keler de Lima. Mães substitutas e a determinação da maternidade. Disponível em: Acesso em 30 jan. 2013

MORAES, Magali Aparecida vieira de. A evolução do conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Jus Navegandi**. São Carlos-SP, ma.2014. Disponível em :<https://jus.com.br/artigos/28568>. Acesso em:30 maio 2021.

MOTA, Lara Forte. A família homoparental e o direito a reprodução assistida. Monografia (graduação)- Curso de Direito. Departamento de Direito Privado, UFC, Fortaleza 2014.

MOURA, Marisa Decat, SOUZA Maria do C Borges e SCHEFFER, Bruno Brum. Reprodução assistida. Um pouco de história. Revista SBPH. V12, n2. Rio de Janeiro, dezembro de 2009.

PENA, Renata Brum. Reaquisição de Nacionalidade no Brasil. Monografia (graduação)- Curso de Direito. Faculdade de Direito, Ciências Administrativas e Econômicas. Universidade Vale do Rio Doce. Governador Valadares, Minas Gerais, 2011.

PORTILHO, Silvia de Abreu Andrade; REZENDE, Graciele Silva. União homoafetiva como modelo de família no Brasil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5420, 4 maio 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65879>. Acesso em: 20 set. 2021.

POSTER, M. (1979). Teoria crítica da família (A. Cabral, Trad.). Rio de Janeiro, RJ: Zahar.

RANZONI, Raisia Mandja. Direito Reprodutivo e os Beneficiários da Procriação Assistida: uma análise Legislativa e Jurisprudencial. Dissertação para obtenção de título de mestre em Direito. Lisboa, Portugal, 2017.

REGO, Iris P. Rodrigues, FERREIRA. Livia Pena, AZEVEDO. Fabiano Uba e FRANÇA. Rafaela Ferreira. Reprodução Assistida: a evolução da ciência no campo da reprodução humana. Revista Saúde em Foco. Edição nº 11-Ano 2019.

REINERT Jesiê. Aspectos jurídicos da maternidade substituta no Brasil: A sub-rogação de útero. Monografia para obtenção de título de bacharel em Direito. Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI. Itajai-SC.maio de 2006.

Resolução nº 1.358/1992, de 11 de novembro de 1992. Brasília. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil).

Resolução nº 1.957/2010, de 15 de dezembro de 2010. Brasília. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil).

Resolução nº 2.013/2013, de 09 de maio de 2013. Brasília. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil).

Resolução nº 2.121/2015, de 16 de julho de 2015. Brasília. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil).

Resolução nº 2.168, de 21 de setembro de 2017. Brasília. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil).

Resolução nº 2.283, de 01 de outubro de 2020. Brasília. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil).

ROSA,Jéssica.M; MELO. Anan. Karynne; BORIS.Georges.D.J.Bloc e SANTOS. Manue.A. A Construção dos Papéis Parentais em Casais Homoafetivos Adotante. Artigos SCielo. Psicologia, Ciência. (Jan-Mar2016). disponível em <https://doi.org/10.1590/1982-3703001132014>. acesso em 26 set de 2021.

SÁ,Mariana.Oliveira. A gestação por substituição: da autonomia da vontade aos direitos do nascituro.Jan.2018. disponível em :<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=5108e042ced536f8>. Acesso 27.set.2021.

SOUTO, Heraldo Pessoa. Durkheim e a família: Da “Introdução à Sociologia da Família” à “Família Conjugal”.Revista ANTHROPOLOGICAS, ano 9, volume 16(1): 7-30 (2005).

SQUEFF, Tatiana de A.F.R.Cardoso e MARTINS, Fernanda Rezende. Maternidade por substituição: perspectiva da Conferência da Haia e suas Potenciais influências no regramento brasileiro. **Revista de Direito Internacional. UNICEUB**, ISS 2237-1036,Vol.17, Nº 3. Pag 539.Ano 2020.

UZIEL, A. P., Cunha, C. S., & Torres, I. (2007). Homoparentalidade: estratégia política e cotidiano. Omertaa: Journal for Applied Anthropology, 118-125. Disponível em: <http://www.omertaa.org/archive/omertaa0015.pdf>

UZIEL, A. P. (2007). Homossexualidade e adoção. Rio de Janeiro, RJ: Garamond.