



**INSTITUTO DA SUB-ROGAÇÃO UTERINA PARA CASAIS  
HOMOAFETIVOS – AUSÊNCIA LEGISLATIVA BRASILEIRA DIANTE DO  
PARÂMETRO INTERNACIONAL**

**UTERINE SURROGACY INSTITUTE FOR HOMOAFECTIVE COUPLES –  
BRAZILIAN LEGISLATIVE ABSENCE IN VIEW OF THE  
INTERNATIONAL PARAMETER**

**Emerson Soares MESQUITA**

**Instituto Tocantinense Presidente Antônio Carlos (UNITPAC)**

**E-mail: m.emersom12@gmail.com**

**ORCID <http://orcid.org/0009-0001-4114-2836>**

**Wendell Geovanne Machado GOMES JUNIOR**

**Instituto Tocantinense Presidente Antônio Carlos (UNITPAC)**

**E-mail: wendell\_apple@hotmail.com**

**ORCID <http://orcid.org/0009-0007-5381-2327>**

**Júlia Feitosa COSTA**

**E-mail: juliafeitosaprev@gmail.com**

**ORCID <http://orcid.org/0009-0000-2960-5028>**

**RESUMO**

O presente artigo tem como objetivo destacar o instituto da sub-rogação uterina para casais homoafetivos, trazendo consigo um parâmetro de evolução do conceito de família e da ciência nos últimos anos. Destacando que a evolução trouxe consigo a possibilidade de casais não homoafetivos pudessem gerar seus filhos utilizando o instituto da sub-rogação, excluindo a família homoafetiva desse contexto por falta de legislação vigente. Assim, trata também, o presente artigo, de uma equiparação do direito brasileiro com o direito internacional acerca da possibilidade de casais homoafetivos também usufruírem desse instituto.

**Palavras chave:** Sub-rogação. Família. Gestação. Homoafetividade.

## ABSTRACT

This article aims to highlight the institute of uterine surrogacy for same-sex couples, bringing with it a parameter of evolution of the concept of family and science in recent years. Highlighting that evolution brought with it the possibility that non-homosexual couples could generate their children using the institute of surrogacy, excluding the same-sex family from this context due to the lack of current legislation. Therefore, this article also deals with an equivalence of Brazilian law with international law regarding the possibility of same-sex couples also benefiting from this institute.

**Keywords:** Surrogacy. Family. Gestation. Homoaffectivity.

## INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a humanidade viveu um período de grandes descobertas na área médica, visando garantir maior reprodução familiar endogâmica, preservando assim seus genes genéticos. Tradicionalmente, a única forma de superar a ausência de procriação de casais inférteis ou estéreis seria a adoção, a magnitude do problema que afeta os sentimentos, a perpetuação da espécie humana e a sucessão familiar. Porém, com o desenvolvimento das tecnologias reprodutivas, a procriação humana assistida deu novos rumos a esses casais, oferecendo a possibilidade de concretizar o anseio de ter filhos com base na sua herança genética.

Ocorre que a lei não acompanhou o avanço da medicina, então, não existe uma lei específica sobre o assunto, o que gera controvérsias éticas e questões jurídicas que geram instabilidade jurídica e resultam em muitos conflitos.

Assim, a reprodução assistida ou fertilização assistida consiste em duas técnicas, a primeira é a inseminação artificial, que é a introdução artificial dos espermatozoides no trato reprodutor feminino, e a segunda é a fertilização in vitro, ou fertilização in vitro, os óvulos femininos são extraídos e fertilizados in vitro. Por sua vez, também apontam para outro aspecto, que é o mais importante para este artigo, que é a introdução de um terceiro para produzir esta criança.

A resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, norma máxima da hierarquia médica que rege essa prática, regulamenta a barriga de aluguel (doação temporária do útero) em seu capítulo VIII, determinando as limitações e possibilidades para o uso dessa técnica. No entanto, a resolução mostra-se instável, pois constitui norma de direito sem qualquer força obrigatória, e não condiz com nenhum dispositivo do Código Civil, pois este não menciona o assunto, embora seja objeto de muitas controvérsias no direito de família.

Ocorre que o Direito Internacional busca proteger os direitos humanos quando não resguardados pelo o próprio estado ou de maneira precária, com a esperança de que haja uma resposta eficaz no ordenamento jurídico e político interno.

O Direito, portanto, é um conjunto de normas jurídicas vigentes que visam amparo e proteção, e ao mesmo tempo gerando obrigações e deveres aos indivíduos, uns para com os outros. Fazendo com que assim a convivência se torne suportável mediante determinadas limitações e quando este direito não esteja cristalino a determinada matéria inexistindo efeitos faz-se necessário do uso dos tratados e princípios regentes do Direito Internacional que protegem aqueles que estão fragilizados na situação jurídica.

O reconhecimento da homoafetividade com a resolução 175 do STF adveio abrangência da família homoafetiva, sendo ainda um assunto polêmico e complexo, o que o torna interessante seu estudo, principalmente frente ao instituto da família em seu olhar dinâmico, levando em consideração as restrições e os obstáculos, tanto naturais quanto sociais, que estes indivíduos enfrentam nesta esfera, além dos desafios que os instituto agrega, tanto no cunho ético como também jurídico, assegurando tal resolução em 2011 amparar principalmente os princípios então ausentes da dignidade humana e da isonomia.

Esses direitos têm como objetivo precípuo assegurar a igualdade de todos perante a sociedade, constatação essa adquirida pelo grande número de ações protocoladas no judiciário em busca de soluções adequadas e satisfatórias no âmbito do Direito de Família, da afetividade e de questões sobrevindas destas, como do uso de

procedimentos científicos e tecnológicos para constituição das famílias, entre outros casos.

Devido à grande complexidade do procedimento da gestação emprestada em virtude do método utilizado de se impor um terceiro a relação, havendo uma espera ansiosa durante a geração do feto, devendo existir cuidados específicos com o intuito de evitar transtornos futuros, nota-se que nesses casos a confiança é fator primordial, devendo existir uma seleção na escolha da doadora, em razão de não persistir maiores problemas, evitando uma possível quebra do acordo feito, recusa da gestadora entregar a criança, ou quando o próprio casal solicitante recusa o feto por razões externas.

*In casu* os casais homoafetivos são os que infelizmente mais necessitam do judiciário e só podem quando existir autorização do Conselho Regional de Medicina conforme a própria resolução do CFM nº 1.358/1992, capítulo VII, em seu primeiro tópico, já que ambos possuem apenas espermatozoides ou óvulos fazendo necessariamente da doação do material genético, que por muitas vezes tornam-se inacessíveis no país fazendo buscar em outros territórios em que aceitem a barriga de aluguel.

Enfim, é perceptível que a problemática do presente trabalho consiste na forma com que a sociedade e a esfera jurídica tanto brasileira quanto internacional suportam e se comportam mediante aos avanços científicos genéticos, jurídicos e sociais que atingem a temática da gestação de substituição por famílias homoafetivas frente aos aspectos éticos, jurídicos, morais e sociais incidentes sobre estas questões, assim como da possibilidade em ao legalizar tal matéria instruindo e resguardando a utilização da “barriga de aluguel” em se gerar uma criança, devido à dificuldade já existente em se constituir uma família homoafetiva não cabendo ao legislativo limitar a capacidade de procriação por conta dos ditames sociais.

Neste viés, procurar-se-á abortar a temática organizadamente, conceituando os pontos inerentes a evolução do conceito de família, havendo uma comparação legislativa brasileira e regramentos do Direito Internacional que rezem incrementar o conteúdo deste projeto, ainda abrangerá os conceitos trazidos dos principais autores

que abortam sobre a gestação de substituição, com o intuito de após tratar exaustivamente os assuntos acima mencionados, poder se debater sobre o direito dos homossexuais gerar com auxílio de um terceiro sua própria prole, visto estar resguardados princípios internacionais, cujo há abrangência constitucional, entre outros regramentos do Direito Internacional que poderão ser utilizados pelo o Estado-membro.

## **OS NOVOS MODELOS DE ENTIDADE FAMILIAR**

A Família vem se descaracterizando de forma gradativa do conceito romano e principalmente do cristianismo através da construção ideológica nessa era pós-modernidade, havendo uma evolução positiva e ao mesmo tempo conflituosa em se conceituar nos dias atuais.

Os modelos de entidade familiar estão fundamentados no ordenamento jurídico como base na sociedade, deste modo possuindo grande proteção estatal, inserido tanto na Carta magna, tal como no Código Civil, a composição da família pós-moderna passa a possuir uma repersonalização dos seus integrantes no decorrer dos tempos o que vem se distanciando de um modelo onde as famílias eram formadas apenas por um homem e uma mulher, modelo esse bem presente na sociedade pré-industrial, e é sobre isso será discorrido o texto a seguir.

### **Evolução histórica da família**

A família é uma realidade sociológica, em que teve seu surgimento muito antes do contrato social entre pessoas e estado, no qual busca-se a melhor conceituação pragmática desta instituição, as leis em geral referem-se como um núcleo mais restrito, constituído pelos pais e sua prole, mesmo com a existência de outras classificações, adere-se ainda a uma denominação romana chamada de *domus*. Entretanto trazendo para uma conceituação mais moderna, que significa uma instituição jurídica, social, resultante de um casamento ou união estável, formada por pessoas de sexos diferentes, com a intenção de viverem em comunhão para que possam procriar e futuramente transmitir o seus nomes e seus patrimônios.

Embora indiscutível, o princípio básico é que quando uma pessoa recebe o dom da vida, ela está de alguma forma ligada à família, a mesma é considerada a “estrutura social básica”. Foi dito que o vínculo natural que une o homem e a família está tão intimamente relacionado com ele que nenhuma outra instituição está tão ligada.

Tanto os gregos como os romanos tiveram duas conceituações sobre a família durante a sua historicidade, primeiramente uma categoria mais cívica, onde o casamento se realizava com o intuito de proporcionar um dever de procriação para posteriormente se voltar ao estado como um futuro soldado militarista, por este motivo, na época em que essa teoria possuía predominância se tinha uma maior espera por proles do sexo masculino. E secundamente se teve o entendimento de que os casais deviam procriar, para haver a possibilidade de se transmitirem os seus patrimônios e dar continuidade ao nome da família.

No Direito Romano, a família se organizava sobre o pater famílias, no qual exercia sobre os filhos direito de vida e morte, baseando-se sob o princípio da autoridade, no qual era exercido o pátrio poder pelo chefe da família, geralmente o ascendente mais antigo ou até mesmo pelo o marido. Esse pater exercia uma autoridade sobre os seus descendentes, inclusive de cunho patrimonial, o que foi modificado somente anos mais tarde.

Ocorre que, esta conceituação se modificou com a Revolução Industrial e o uso mais rotineiro das máquinas, as famílias tiveram que se adaptar, momento em que atividade que anteriormente era passado de pai para filho deixou de existir, passando os filhos a laborarem nas profissões em que possuíam mais aptidão. Nesta mesma fase ocorreu também o desaparecimento de um pátrio poder, devido a circulação de riquezas entre os seus membros, fazendo com que neste momento existisse maior atuação dos outros entes.

No outro viés, vem a família do período da Idade Média que se baseavam exclusivamente pelo direito canônico e germânico, sendo que só possuía reconhecimento o casamento religioso, embora as normas romanas ainda subsistiam. Deve se observar que a existência destas famílias adveio do cristianismo, no qual foi o momento em que houve a renúncia das relações sexuais completas ou mistas, em favor

do casamento. Também se via nesta mesma fase um fortalecimento do casamento, para que assim produzissem efeitos no seio familiar.

O cristianismo elevou ao casamento uma conceituação sacramentalista, que se trata de uma restrição das possibilidades de sua dissolução. Com a queda do Império Romano o fortalecimento da igreja católica foi expandindo na sua interferência dentro das decisões familiares, fazendo com que assuntos voltados ao adultério e relações não celebradas através do casamento fossem detectadas pela sociedade. Contudo sua principal finalidade também era a preservação do patrimônio e a procriação.

Conforme Caio Mário, a igreja passou por muito tempo tentando evitar qualquer situação que pudesse desvincular o seio familiar:

O aborto, o adultério, e principalmente o concubinato, nos meados da Idade Média, com as figuras de Santo Agostinho e Santo Ambrósio; até então o concubinatus havia sido aceito como ato civil capaz de gerar efeitos tal qual o matrimônio. Os próprios reis mantiveram por muito tempo esposas e concubinas e até mesmo o clero deixou-se levar pelos desejos lascivos, contaminando-se em relações carnavais e devassas, sendo muito comum a presença de mulheres libertinas dentro dos conventos.

Verifica-se que com a Idade Média, ideologias defasadas passaram a perder grande posição em razão de que o concubinato e o adultério como sempre existiram, mesmo que de forma obscura, as pessoas que se submetiam a esse tipo de vida não chegavam a levar a exposição. O casamento era visto como sacramento familiar, e o adultério odiado pela sociedade, mesmo sendo praticado de forma oculta, os homens que tinham suas concubinas sempre mantinha seus encontros às escondidas tanto para a família, quanto para a sociedade.

Apesar disso houve um grande crescimento aos poucos do Estado em se utilizar do seu poder de Império, afastando as mediações impostas pelo o catolicismo, passando a expandir a conceituação familiar, e inserindo novas uniões pelo o qual não se concebiam através do casamento, momento em que a constituição passou a entender o instituto familiar com uma visão mais social, produzindo os seus próprios entendimentos de acordo com o que a sociedade via como correto.



Caio Mário Pereira 1998 afirma que “a família romana, longe de ser uma organização democrática alicerçada no princípio ético da afeição, tal qual a moderna, apresenta antes as características de uma entidade política, fundada no princípio da autoridade”. Assim, seria dizer que a família além de ser constituída por um pater, que decidia todas as questões dos entes envolvidos, ainda se constituiria uma unidade política para que desta forma a entidade familiar se desenvolvesse e se governasse no decorrer dos tempos.

Precisamente os romanos viam como obrigatoriedade a procriação dos filhos, não podendo advir fora do casamento, a normatização romana era tão severa que a ausência acarretava consequências cruéis, e principalmente as mulheres, que ainda eram diminuídas sua participação social. Nessa época, a ciência ainda era muito precária, o que dificultava a comprovação da esterilidade masculina, situações esta que fazia crer que a culpa da não procriação vinha da mulher, esta situação ainda causava anulação do casamento e até exclusão da sociedade para o papel feminino.

Cultura presente nos "hábitos, costumes, arte, religião e filosofia" que "em seu entrelaçamento, sempre constituem fatores dinâmicos na conservação ou ruptura de uma determinada estrutura social" (Horkheimer, 1990, p.181).

É por isso que um sistema de instituição, pertencente ele mesmo à estrutura da sociedade, se acha em ação recíproca com esta determinada condição psíquica, de tal forma que ela, de um lado, reforça-a continuamente e ajuda-a a reproduzir-se e, de outro, ele mesmo é conservado e fomentado por ela.

Desta forma, o homem provinha de duas entidades diferentes nas antigas cidades estado gregas: a esfera privada ou da família, e a esfera pública ou da política. Ocorre que essas diferenças tinham efeitos e implicam em obrigações distintas, mas necessariamente articuladas. Necessariamente a mulher cuidava dos afazeres domésticos e criação dos filhos, e o homem das atividades referentes a manutenção e sustento do lar, pois "sem ser dono de sua casa, o homem não podia participar dos negócios do mundo porque não tinha nele lugar algum que lhe pertencesse" (Arendt, 1991, p39).

Constata-se que a família era unida somente com a finalidade de procriar e conservação dos bens, ainda persistindo a preservação da honra, o homem possuía muitos direitos onde nos quais não era concedido às mulheres, um deles era a possibilidade de rompimento do casamento, repudiar a mulher, caso não pudesse gerar um filho ou se cometesse adultério.

Deste modo verifica-se que com o passar dos tempos a conceituação familiar foi se modificando se adaptando a cada momento histórico em que implicou grandes transformações sociais, o elo afetivo passou a ter maior relevância do que o casamento, construindo assim as novas famílias modernas. Não pode olvidar-se que a historicidade teve bastante relevância na construção do direito, conforme bem menciona Marise Soares Corrêa:

Assim, deve-se comentar também que a família brasileira guardou as marcas de suas origens: da família romana, a autoridade do chefe de família; e da medieval, o caráter sacramental do casamento. Desta maneira, a submissão da esposa e dos filhos ao marido, ao tornar o homem o chefe de família – que, fincada na tradição, vem resistindo, na prática, a recente igualdade legal que nem a força da Constituição conseguiu sepultar – encontra a sua origem no poder despótico do pater famílias romano. Ainda, o caráter sacramental do casamento advém do Concílio de Trento, do século XVI. (CORRÊA, Marise Soares. 2009).

Por este modo fez surgir uma modificação contínua da noção familiar com o passar dos tempos. A historicidade tem forte influência desde o código de 1916, até a própria conceituação da família brasileira, seguindo o mesmo entendimento Carlos Gonçalves:

“Podemos dizer que a família brasileira, como hoje é conceituada, sofreu influência da família romana, da família canônica e da família germânica. É notório que o nosso direito de família foi fortemente influenciado pelo direito canônico, como consequência principalmente da colonização lusa. As Ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência do aludido direito, que atingiu o direito pátrio. No que tange aos impedimentos matrimoniais, por exemplo, o Código Civil de 1916 seguiu a linha do direito canônico, preferindo mencionar as condições de invalidade.”

Acontece que mesmo com uma evolução basilar do conceito de família, o mesmo ainda produz, e se amolda muitos aos efeitos e entendimentos pretéritos. Por isso, o direito de família possui atualmente suas próprias regras, e por este modo se diferenciam dos outros ramos do direito, afinal, ela vem de uma tradição histórica e crenças religiosas ainda fortemente existente nos dias atuais, o que dificulta o amparo de todos os entes da sociedade. Porém a família ainda é o ramo do direito com a maior proteção estatal, construindo direitos em que são intransmissíveis por ato voluntário, irrenunciáveis e imprescritíveis.

### **A Família Homoafetiva e a Construção Principlológica**

A família é formada por indivíduos ligados em fatos biológicos ou afetivos, os quais convivem em busca de alegria e felicidade. Imperioso destacar que sob a ótica dos direitos e garantias constitucionais, como método de amparar os princípios da liberdade de orientação sexual e o livre arbítrio do planejamento familiar os casais homoafetivos tem o direito de constituir e ser reconhecida como família, independentemente do sexo ou da orientação sexual.

Apoiando o entendimento acima, Sumaya Saady, destaca que:

A situação deve ser enfrentada, portanto, sobre dois ângulos: o reconhecimento aos casais homossexuais do direito de constituir família – em que está em questão do direito fundamental da igualdade e o da liberdade de orientação sexual – e o reconhecimento das obrigações recíprocas entre os companheiros integrantes de entidade familiar homoafetiva, tendo em vista o papel dos membros da família em face dos direitos fundamentais, em decorrência dos quais não podem se eximir do dever de promover e garantir as condições necessárias para a sobrevivência e o desenvolvimento digno das pessoas que integra o grupo familiar. Sumaya Saady Morhy Pereira (2007, p. 155).

A inclusão social das entidades familiares, independentemente de matrimônio ou qualquer outra forma de união, como a família homoafetiva, que é formada por duas pessoas do mesmo sexo, com o intuito de formar um ceio familiar, respaldado na vida e nos interesses, de forma contínua e duradoura, e se respalda no perfil da Constituição em proteger a família de maneira amplificada.

Por livre exercício da homoafetividade, é direito dos casais homoafetivos de se mostrarem à sociedade como família, da mesma forma que os casais heteroafetivos, sem discriminações de qualquer natureza. Doutra banda, um aspecto relevante para as famílias homoafetivas, é o seu reconhecimento como familiar, para assim serem inseridas no Direito de Família, direito esse que ainda é objeto de debate e discussões sob a sua validade e reconhecimento, e que recentemente deixou de ser reconhecido.

Corroborando com este entendimento, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2008, p. 224) demonstra que:

[...] as uniões homoafetivas possuem o mesmo elemento valorativamente protegido nas uniões heteroafetivas, que é o amor que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura, que é o elemento formador da família juridicamente protegida (*affectio maritalis*), razão pela qual merece ser enquadrada no âmbito de proteção do Direito de Família. Afinal, o direito de Família visa garantir especial proteção às famílias que não sejam expressamente proibidas por lei.

Por isso, o exercício da homoafetividade fundamenta-se nos direitos fundamentais, consagrados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, principalmente o da dignidade da pessoa humana, ao livre exercício da afetividade, liberdade de orientação sexual, igualdade e respeito às diferenças.

A proteção da família deve ser entendida de forma ampla, pois todas as entidades familiares, seja o casamento civil, a união estável declarada ou a orientação sexual, estão protegidas pelos princípios da liberdade de afeto, da igualdade e da orientação sexual. Portanto, a exclusão de entidades familiares baseadas na proteção estatal, como as famílias do mesmo sexo, é uma injustiça baseada na exclusão e privação da cidadania para todos os membros da entidade familiar.

Assim sendo, a exclusão das famílias homoafetivas da possibilidade de constituir família por intermédio da Sub-rogação Uterina fere o princípio constitucional da isonomia. A constituição coloca todos os entes da sociedade e, pé de igualdade, assim, os casais homoafetivos deveriam ter o direito de realizar o procedimento de fecundação *in vitro* como os casais heteronormativos. Portanto, vislumbramos que a falta de uma lei que vise garantir esse direito aos casais

homoafetivos fere um princípio um princípio constitucional e também a evolução do direito de família.

Ademais, dada a proteção integral da família garantida constitucionalmente, não pode haver norma que exclui entidades familiares, a menos que seja regulamentada expressamente, o que não ocorre no caso da família do mesmo sexo, pois é necessária sobretudo. Todos respeitam os princípios explícitos e implícitos da constituição Federal, não sendo considerada abrangente a enumeração do artigo 226.

Confirmando o entendimento acima, Rodrigo da Cunha Pereira (2011, p. 197) descreve que:

Não incluir as entidades familiares constituídas por pessoas do mesmo sexo no elenco das várias formas e possibilidades de constituição de famílias seria negar não apenas direitos, mas principalmente negar que o afeto e afetividade constituem elo formador e sustentador de todas as relações familiares. Seria negar toda a evolução do direito de família.

As famílias afetivas do mesmo sexo devem ser respeitadas e protegidas com todos os direitos que lhe são inerentes, pois quando as uniões estáveis entre homens e mulheres, os casamentos e as famílias monoparentais são descritas como as únicas entidades familiares existentes, uma vez que o princípio constitucional é reconhecer as diretrizes do mesmo sexo de que as famílias merecem proteção estatal.

Hoje, as famílias do mesmo sexo estão rodeadas de preconceitos porque a sociedade acolhe timidamente uma família de duas pessoas do mesmo sexo baseada no afeto, e porque, a sociedade humana geralmente acredita que a vida conjugal, é o único caminho para alcançar a felicidade plena.

Desta forma, ao longo dos séculos, tem havido uma crescente consciência coletiva de que devemos ter um modelo familiar equilibrado com o objetivo de alcançar a felicidade, juntamente com o preconceito de que as famílias do mesmo sexo não são dignas de ostentar tal felicidade, e que não há famílias do mesmo sexo. Existem motivos para constituir uma família que merece ser protegida como qualquer outra.

Esta ideia revelou-se errada, pois independentemente de existir legislação que autorize as famílias do mesmo sexo, estas também encontram respaldo na lei para

fortalecer os laços familiares, pois a sua base é o afeto familiar, que é o elemento básico da família. Configuração de casa contemporânea.

Além disso, ensina Luiz Carlos de Barros Figueiredo, que: “[...] o direito varia conforme a realidade sociocultural no qual se insere. O Direito só é universal no sentido de que em toda a sociedade existem normas, regras, com pretensão de controle social”. Figueiredo (2002, p. 68).

Portanto, à medida que a sociedade e a lei mudam, os princípios norteadores da Constituição Federal de 1988 tornam-se necessários, pois somente com base nos princípios da igualdade, da dignidade humana, da orientação sexual e da liberdade afetiva poderemos mudar a aceitação social do mesmo sexo não violará nenhuma disposição legal em nenhum momento.

A sociedade não é estática, está em constante mudança, e a interpretação das leis também deve ser modificada à medida que a sociedade muda. As leis devem acompanhar os movimentos sociais, e não retroceder. Como sempre, de uma perspectiva histórica, os fatos sociais precedem o direito e os princípios jurídicos precedem o direito. Assim, durante algum tempo, os tribunais acabaram por decidir informalmente o que levou a alterações na lei, enquanto o texto normativo permaneceu inalterado, mas, recentemente, tivemos entendimentos do não reconhecimento da família homoafetiva por parte da câmara dos deputados.

É imprescindível que os legisladores precisam acompanhar as mudanças na sociedade, porque é impossível prever quais mudanças ocorrerão, portanto, no caso de omissões no texto legislativo, os magistrados são necessários para realizar esse balizamento necessário. Utilizar a abordagem introdutória do código civil, particularmente o direito consuetudinário, a analogia e os princípios jurídicos gerais, para rever e resolver casos específicos.

É necessário enfatizar que o princípio da dignidade humana protege os seres humanos de qualquer preconceito na sociedade. Também garante o direito de todos à felicidade. O Estado não pode deixar de dar às famílias do mesmo sexo o direito de constituir uma família e de usar a dignidade humana e a analogia e os princípios constitucionais de identidade e igualdade recebem plena proteção estatal.

A natureza jurídica da família do mesmo sexo está implicitamente estabelecida na Constituição Federal da República de 1988 e deve ser respeitada, merecendo inclusive proteção estatal, para ser considerada entidade familiar. Miguel Reale (1999), em sua análise da experiência jurídica sob uma perspectiva fenomenológica, o direito é estruturalmente tridimensional e é visto como um elemento normativo que regula o comportamento individual e coletivo, pressupondo assim, situações fáticas que envolvem determinados valores.

Em sua teoria jurídica tridimensional, Miguel Reale (1999) vislumbra-se a unidade dos fenômenos jurídicos no nível histórico e cultural, assim, ao invés de utilizar teorias unilaterais ou reducionistas para separar os elementos (fato, valor e norma), os quais passam a ser subjugados a essa tríade, e sem a superioridade específica de cada um sobre o outro. Assim, o Direito é, portanto, não relativo, mas sim sujeito a mudanças, e esse movimento dialético dos três elementos é a forma pela qual devem ser vistas as normas jurídicas, elementos estes que fundamentam os direitos das famílias homoafetivas, e distanciando-se assim, de um mero relativismo.

Por todo o exposto, neste novo conceito de família, no qual está inserida a família do mesmo sexo, garantida pelos princípios da igualdade, do respeito às diferenças e da liberdade de orientação sexual, obriga-nos a pensar no facto de existirem também outras formas de vínculos associados ao parentesco (maternidade e paternidade), onde deve prevalecer sempre a isonomia no que tange a direitos e garantias de todas as famílias.

### **Proteção da família**

O direito de família se encontra estritamente ligado a própria vida, em razão de se constituir a base do ente Estatal, o núcleo central onde se concentra a organização social, além de, conforme já mencionado acima o Estado desde os seus primórdios busca tutelar o conceito familiar e instituir regramentos para tanto. Nesse sentido:

[...] o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins (GONÇALVES,2012),

Nota-se que a conceituação de família é ampla, inserindo vários vínculos de parentesco. A doutrina, entretanto, busca dividir em conjugal, que seria aquela existente entre os cônjuges; parentesco, a reunião de integrantes pelo elo sanguíneo, em torno de um tronco comum; e afinidade que são o estabelecido entre os parentes do cônjuge.

Ocorre que a primeira divisão realizada pela a doutrina já se encontra defasada com o advento da constituição de 1988, ainda persistirá famílias que serão constituídas pelo elo do casamento, entretanto não é nos dias atuais a maior parte da parcela, em virtude das expressões contidas no artigo 226, §3º da Constituição Federal.

Portanto, assim como doutrina moderna, a carta de 1988 tem entendido que a novas constituições familiares advindas da afetividade como fundamento, estabilidade que exclui os relacionamentos casuais e ostensibilidade que pressupõe uma unidade familiar com vida pública, como preceitua (LÔBO, Paulo. 1998, p. 03).

A doutrina moderna busca efetivar nova interpretação a literalidade da constituição, visto que para os doutrinadores clássicos que viam como entidade familiar apenas a construída pelo parentesco, conjugal e afinidade, em que interpretavam o artigo 226 como uma forma restrita, fazendo entender-se que o mesclado artigo fazia menção das formas familiares aceitas pela a constituição, o que vem se modificando com a doutrina moderna, que ao contrário interpreta o mencionado artigo amplamente, não fazendo qualquer insinuações sobre as formas familiares adotadas pela carta magna, assim como reluz o autor acima.

A Constituição traz uma série de princípios em que asseguram ao direito de família maior proteção jurídica, valendo ressaltar o princípio da afetividade que tem como presunção a dignidade da pessoa humana, em virtude de os vínculos familiares se iniciarem do afeto em comum existente, seria dizer que é a partir deste momento que as pessoas decidem conviver, criar laços afetivos maiores, e desenvolvem os seus projetos em comum. O que ocasiona o dever da concretização deste nas leis brasileiras, aplicando quando necessárias sanções que viabilizem o seu cumprimento.

Hoje em dia, tornou-se mais complexo a conceituação de família, devido a necessidade de se incluir a noção de afetividade como requisito dessas relações,



inclusive para manutenção delas ou não, o judiciário vem aplicando cada vez mais o conteúdo deste princípio em suas decisões, em razão da abrangência conceitual, seria dizer que os alelos pelo vínculo do parentesco não são mais vistos somente pelo reconhecimento biológico ou sanguíneo.

Tradicionalmente a família era constituída apenas por um conjunto de pessoas que possuíam um grau de parentesco entre si, que convivia no mesmo espaço, onde o casal se unia com a finalidade de procriação e que a partir daí promoveria a educação, influenciando nas ações, havendo uma transmissão de valores morais, que passariam de geração para geração. Vale ressaltar que se via mais uma questão de proteção ao patrimônio em que seria mantido pelo vínculo do parentesco. Ocorre que esta conceituação tornou-se defasada, nos dias atuais, a uma busca constante em se mudar a conceituação de família trazida pelo Código Civil de 1916, trazendo para a realidade do séc. XXI.

Atualmente os indivíduos resolvem se unir com intuito de conviverem juntos, havendo como base desta relação o afeto, respeito, liberdade de escolha, e principalmente independente de orientação sexual. A comoção da sociedade em inserir e aceitar as diferenças vem causando grandes modificações no aspecto jurídico e doutrinário, incluindo as relações homoafetivas com maior visibilidade no espaço social com o apoio da doutrina moderna e julgados recentes.

No tridimensionalismo concreto, o fenômeno jurídico é tratado como fato corrobora juridicamente segundo os seus valores. A norma surge, pois, da relação entre fato e valor. Nesse sentido, o fato, o valor e norma, são dimensões da experiência jurídica que aproxima a ontognoseologia do tridimensionalismo, dando a todos os interessados nesta problemática a tarefa de pensá-la em conjunto como explica o filósofo no terceiro capítulo da Teoria tridimensional do direito da seguinte forma:

Fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou sociólogo do Direito, ou pelo jurista como tal, ao passo que, na tridimensionalidade genérica ou abstrata, caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo o do fato e ao jurista o da norma (Ibidem, p. 70).

O avanço do conhecimento científico e o movimento político dos últimos séculos juntamente com os fenômenos da globalização, passando o indivíduo a ter maior oportunidade de se manifestar, fez com que houvesse mudanças profundas na estrutura familiar, ações estas que fizeram com que a Carta magna incluísse a família como base de uma sociedade, assegurando que mesmo com a inexistência de regramentos o Estado deve a proteção.

Todas essas mudanças influenciaram nos ideais sociais, não podendo se esquivar das modificações culturais e científicas ao decorrer dos tempos, o afeto neste novo momento assume papel fundamental para composição da família moderna, deixando de lado a conceituação clássica, vivida por tantos anos.

O ramo do Direito de Família é considerado um dos ordenamentos mais humanos na atualidade, devido ao sistema aberto em que o respeito dos princípios, valores, adversidades e transformações em que implicam um novo caminho a percorrer, respeitando em cada momento a igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Fazendo entender para alguns doutrinadores que conceituam o direito de Família como sendo um instituto de caráter público, devido à grande proteção e intervenção do Estado, enquanto outros doutrinadores explanam que ainda versa sobre um instituto privado, e que tão somente em casos de menores ou incapazes passam a ser públicos.

Deste modo, tem-se o entendimento em linhas gerais de que havendo uma ausência legislativa em determinadas situações não implicará a falta de tutela jurídica.

A nova carta de 1988, veio trazendo modificações substanciais, inclusive dos artigos 226 e 227, inserindo o pluralismo familiar, reconhecendo como constituição familiar, desde aquelas constituídas somente pelo genitor e sua prole, até aquelas em que não eram consideradas, como a união estável. Hoje em dia ainda existe a família homoafetiva, que é composta por duas pessoas do mesmo sexo, pelo elo do afeto, sendo que todas essas famílias mencionadas são reconhecidas pela Constituição em seu artigo 226.

O *caput* encontra-se totalmente diferente da tutela constitucional a família nas constituições brasileiras anteriores (art. 175 da constituição de 1967 a 1969) que

faziam menção às famílias constituídas pelo casamento civil, sendo substituída pelo termo “a família”, não fazendo alusão a qualquer família de modo específico, assim como o fato de seus parágrafos referir-se a algumas entidades familiares, não faz atribuir “cláusulas de exclusões” a outras entidades, a interpretação, assim como tem-se entendido a doutrina moderna, deve ser ampla, não podendo restringir outros tipos somente por não se encontrar nos parágrafos do mencionado artigo, assim como acentua Paulo Lobo" A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos”.

O objeto da norma não é a família, O grande progresso tecnológico e a nova legislação e conceituação de família, oportunizam maior acesso a parentalidade e filiação, o próprio Estatuto da Criança e do adolescente não restringe a família somente ao casal hétero, bastando tão somente a existência da criança, e pais que ofereçam o reconhecimento e ferramentas necessárias para o desenvolvimento e criação do menor.

Dentro das novas constituições de família, as compostas por pais gays causam maior comoção social, mesmo tendo adquirido maior visibilidade nos últimos anos, o próprio artigo acima mencionado, não regulamentou a situação vivida pelos casais homossexuais, tornando a parceria entre estas pessoas não constitucional.

Devido a essa falta de regulamentação no artigo 226, e a grande mudança social, além de um grande número de casais do mesmo sexo, onde o legislador passou a verificar maior revolta, em razão da obrigatoriedade em o estado tutelar todos os indivíduos, respeitando a dignidade humana, o que fez surgir a resolução do CNJ 175, que reconhece a conversão da união homoafetiva em casamento, constituindo os mesmo direitos de casais heteros.

Estes relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo com intuito de procriarem e constituírem sua própria família despertam certa desconfiança, podendo serem vistos até mesmo com má influências. Acontece que estas pessoas que integram uma relação homoafetiva em que se unem pelo elo da afetividade com a finalidade de comunhão de vida constituindo como qualquer outra uma comunidade familiar, merecendo a mesma proteção estatal que é dada aos casais heterossexuais, devendo

ser reconhecido os mesmos direitos patrimoniais, os próprios juízes vêm fundamentando suas decisões pelo fato de o casal homossexual também merecem ser consideradas como entidade familiar.

No Brasil há uma maior dificuldade em relação à parentalidade por casais homoafetivos, em virtude de ainda persistir grandes conflitos sociais. Ocorre que não há na legislação qualquer impedimento a respeito, seria dizer que não a autorização, tão pouco proibição da fecundação *in vitro* e esta ausência afeta diretamente a limitação de direitos.

### **Alargamento da Concepção de Família: Ordenamento Interno**

A evolução da sociedade vem adquirindo maior visibilidade em assuntos que anteriormente eram considerados polêmicos ou proibidos, rompendo com os limites tradicionais instituídos do conceito de família, redefinindo para o que seja conveniente, dando maior reconhecimento do afeto nas relações familiares, devido às diferentes maneiras de comunhão entre as pessoas, merecendo amparo jurídico em cada uma delas.

O conceito de família e constantemente mutável, haja vista a obrigatoriedade de acompanhar a cada momento histórico, por isso, Miguel Reale afirma que "a aspiração moral de uma ordem justa, fundada no valor superior da justiça, pondo-se o Direito sob a forma de princípios gerais inferidos pela razão" (REALE, 2003, p. 50), o que corrobora com as grandes modificações, e com a conceituação tradicional e a doutrina moderna traz o modelo familiar eudemonista, ou seja, seria dizer que passa admitir as diversas formas em que se constitui uma entidade familiar, desprovidas de preconceitos, tendo como enfoque principal a satisfação dos seus membros, inexistindo paradigmas de formação dos seres, ou seja, não há uma estrutura predeterminada.

Tal ausência *strictu sensu* fez surtir efeito nas jurisprudências, que de certa forma busca acompanhar as necessidades dos seus indivíduos, seja em razão dos conflitos por muitas vezes ser levado ao judiciário, ou por assegurar a dignidade dos seus indivíduos, deste modo é importante mencionar as conquistas trazidas com a

evolução da família, como o reconhecimento das uniões homoafetivas, união estável e família monoparental, entre outros, conforme o seguinte trecho:

Os arranjos familiares obedecem a uma enorme gama de tipos, a saber: família matrimonial, família formada na união estável, concubinária, monoparental, unilinear, homoafetiva, famílias recompostas, mosaico, pluriparental, anaparental, eudemonista, paralela, com suas peculiares repercussões no campo do direito, tendo todas elas em comum o desejo de inserção e de proteção do ser humano, em um locus onde possam desenvolver suas potencialidades e peculiaridades, tendo em vista o princípio constitucional do primado da dignidade da pessoa humana. (FREITAS, 2014).

No cenário internacional as modificações deram início ainda na década de 80, países como Europa, Dinamarca, Suécia e Noruega começaram a reconhecer as relações amorosas como uniões estáveis entre casais do mesmo sexo, sob o fundamento de que fortaleceria as relações monogâmicas, além de proporcionar uma diminuição da transmissão do vírus HIV, e seguindo este marco inicial outros países passaram a cuidar da regulamentação da relação homossexual como casamento, ainda existindo países que vão mais além, como Espanha e Holanda que regulamentaram também a faculdade de adoção para estes casais.

E notável, que já existe um grande avanço internacional no tocante ao conceito de família, posto as grandes lutas dos próprios indivíduos em ver-se reconhecido sua união, respeitando a diversidade existente, Maria Berenice Dias afirma em seus trabalhos que “A homossexualidade existe e sempre existiu, mas é marcada pelo estigma social, sendo renegada à marginalidade por se afastar dos padrões de comportamento convencional homossexual” (DIAS, 2009).

A cidade de Buenos Aires se destacou em 2003, tornando-se a primeira cidade da América Latina a reconhecer um estatuto específico para as uniões homoafetivas, cujo alcance abarcava seguro saúde, curatela e crédito conjunto.

De acordo com tal ator, que afirma o acima relatado, que a ausência normativa causa bastante conflito no judiciário, que parte entende-se que a uma proibição, enquanto outros afirmam que se não a norma que mencione matéria diversa, não há o que se falar em ato proibitório, tornando-se lícito sua atuação.

É notável que as questões inerentes a diversidade familiar vem causando impactos sociais em que o estado não esperava, movimentos radicais e preconceituosos contra estes indivíduos, e mesmo com evolução já vivida tanto historicamente, quanto internacionalmente, ainda causa bastante desconforto para a prática pública destas famílias no meio da sociedade.

Internacionalmente já se tem países que entendem que famílias constituídas por casais do mesmo sexo, ou de construção diversa da formalmente conhecida, emergem também estar inseridas na conceituação de família, o que diverge neste ponto com o ordenamento brasileiro, que mesmo protegendo de forma escassa, além de não regulamentar tais situações, onde no cenário internacional o estado possui maior aplicabilidade e proteção na tutela desses indivíduos devido estar devidamente reguladas assim como as entidades familiares já conhecidas, efetuando assim o caráter de igualdade.

A de se resguardar que mesmo o Código Civil não abordando de forma específica as questões inerentes a diversidade familiar, o estado deve proteção legal a qualquer espécie de entidade familiar, em razão de ser base da sociedade, conforme interpretação do artigo 226, principalmente do seu *caput* que não menciona qualquer família específica. Ocorre que emergem novas políticas públicas capazes de minimizar as ações contrárias à do estado.

### **A Família Homoafetiva Pro Meio da Construção Principiológica**

A família é formada por indivíduos ligados entre si ancorados em fatos de ordem biológica ou de ordem afetiva, tendo uma de suas finalidades a busca de alegria e felicidade. Importante ressaltar que sob a visão dos direitos e garantias constitucionais, como meio de resguardar os princípios da liberdade de orientação sexual, afetividade, igualdade e respeito às diferenças, os casais homoafetivos tem o direito de constituir e ser reconhecida como família, independentemente do sexo ou da orientação sexual

Apoiando o entendimento acima, Sumaya Saady Morhy Pereira (2007, p. 155) destaca que:

A situação deve ser enfrentada, portanto, sobre dois ângulos: o reconhecimento aos casais homossexuais do direito de constituir família – em que está em questão do direito fundamental da igualdade e o da liberdade de orientação sexual – e o reconhecimento das obrigações recíprocas entre os companheiros integrantes de entidade familiar homoafetiva, tendo em vista o papel dos membros da família em face dos direitos fundamentais, em decorrência dos quais não podem se eximir do dever de promover e garantir as condições necessárias para a sobrevivência e o desenvolvimento digno das pessoas que integra o grupo familiar.

A inclusão social de todas as entidades familiares, alicerçadas em laços de afeto, independentemente de matrimônio ou união estável, como a família homoafetiva, que é formada por duas pessoas do mesmo sexo, com o intuito de formar uma entidade familiar, que vise à comunhão plena de vida e de interesses, de forma pública, contínua e duradoura, refletem o perfil da Constituição em proteger a família de maneira ampla. Por livre exercício da homoafetividade entenda-se o direito de casais homoafetivos de se apresentarem à sociedade como casal, da mesma forma que os casais heteroafetivos, sem discriminações de qualquer natureza. Outro ponto de grande relevância para as famílias homoafetivas, é o reconhecimento de seus “status” familiar, pois assim, vão deixar de ser tratadas no âmbito obrigacional, e serão inseridas no Direito de Família, já que efetivamente formam um vínculo familiar, conforme frisado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 42773.

Ademais, diante da proteção integral à família, garantido constitucionalmente, não pode haver qualquer regra de exclusão de entidades familiares, a não ser que seja expressamente regulada, o que não é o caso da família homoafetiva, uma vez que tem-se primordialmente que respeitar os princípios explícitos e implícitos na Constituição Federal, não sendo o rol do artigo 226 considerado taxativo.

Confirmando o entendimento acima, Rodrigo da Cunha descreve que:

Não incluir as entidades familiares constituídas por pessoas do mesmo sexo no elenco das várias formas e possibilidades de constituição de famílias seria negar não apenas direitos, mas principalmente negar que o afeto e afetividade constituem elo formador e sustentador de todas as relações familiares. Seria negar toda a evolução do direito de família., Rodrigo da Cunha Pereira (2011, p. 197)

Desta maneira, com o passar dos séculos, foi aumentando a consciência coletiva de que se deve ter um modelo familiar equilibrado, com o objetivo de alcançar a felicidade. Nesta seara, visando a busca pela felicidade completa desses indivíduos, é imprescindível que eles tenham os mesmos direitos que os demais casais, tendo assim, direito a fertilização *in vitro* como meio de satisfação completa dessas novas entidades e o pleno reconhecimento como família.

Este pensamento se mostra equivocado, pois independentemente de haver ou não legislação autorizativa às famílias homoafetivas, elas também encontram respaldo no direito para consolidar seus laços familiares, haja vista serem baseados no amor familiar, que é o elemento fundamental para a configuração da família contemporânea.

Além disso, ensina Luiz Carlos de Barros Figueiredo (2002, p. 68), que “[...] o direito varia conforme a realidade sociocultural no qual se insere”. O Direito só é universal no sentido de que em toda a sociedade existem normas, regras, com pretensão de controle social”.

Por isso, com a mudança da sociedade e do direito, se torna necessário os princípios norteadores da Constituição Federal da República de 1988, pois somente ancorado no princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana, da liberdade de orientação sexual e da afetividade que podemos modificar a forma que a sociedade está aceitando as famílias homoafetivas, pois não estão, em momento algum, infringindo qualquer normativo legal.

A sociedade não é estática e está em constantes modificações, o direito tem que ser modificado sua interpretação com a mudança da sociedade. O direito deve acompanhar o movimento social. Como sempre, em uma perspectiva histórica, o fato social antecipa-se ao jurídico e a jurisprudência antecede a lei. Assim, durante um tempo a justiça acaba decidindo e o que ocasiona a mutação da lei informalmente, pois o texto normativo permanece intacto.

Deste modo, cabe ao legislador acompanhar as modificações que ocorrem na sociedade, pois o não tem como prever quais são as mudanças que irão ocorrer, por isso cabe ao magistrado, no caso de omissão do texto legislativo, utilizar a Lei de



Introdução ao Código Civil, em especial os costumes, a analogia e os princípios gerais do direito, para o exame e a resolução dos casos concretos.

O caráter jurídico da família homoafetiva está previsto, implicitamente, na Constituição Federal da República de 1988, devendo ser respeitada, merecendo, inclusive, a proteção do Estado a fim de ser considerada como entidade familiar.

Portanto, nessa nova concepção de família, em que se encontra inserida a família homoafetiva, garantida pelos princípios da igualdade, respeito às diferenças e da liberdade de orientação sexual, nos faz refletir que existem outros formas vínculos ligados à filiação (maternidade e paternidade), onde o que deve e sempre deverá prevalecer é o melhor interesse da criança e/ou do adolescente.

### **INSTITUTO DA SUB-ROGAÇÃO UTERINA PARA CASAIS HOMOAFETIVOS**

No ano de 1978, na Inglaterra nasceu Louise Brown, sendo este o precursor para a gestação de substituição, por ser o primeiro bebê de proveta. Esse processo de reprodução assistida surgiu mediante ao desejo da concepção de filho e a impossibilidade genética de tê-los, razão pela qual a gestação é atribuída a terceiros.

A limitação biológica da infertilidade é um problema que amedronta não apenas ao casal, mas estende a todos do vínculo familiar, atingindo inclusive a sociedade em contexto geral. Situação que atualmente é mais presente no caso dos casais de relacionamentos homoafetivos, que em virtude das condições biológicas não conseguem engravidar, condição esta que não afasta o desejo de constituir família, conhecer filhos e formar parte da sociedade.

O surgimento da reprodução assistida foi uma luz para essa forma de composição familiar, que com o auxílio de manipulação laboratorial de gameta feminino e masculino, possibilita a formação de um novo ser.

No tocante à gestação de substituição, que consiste em uma forma de reprodução assistida, onde recebe-se um útero de aluguel ou emprestado, conhecida como gestação sub-rogada, uma mãe substituta cede temporariamente o útero e outras denominações equivalentes. Porém também conhecida popularmente como barriga de

aluguel, embora que na doutrina majoritária o referido termo é inadequado, sendo correto relatar “gestação de substituição”.

Na resolução nº 1358/1992 do CFM que regulamentou as normas éticas para a referida técnica até o ano de 2013, sendo neste ano substituída pela resolução nº 2.320/2022. Apesar de que já na primeira resolução no inciso I taxa o princípio geral consta em síntese:

1. As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.
2. As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.
3. O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.
4. As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.
5. É proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.
6. O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.
7. Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária “2 sedimentos que visem a redução embrionária”.

Assim, a substituição ampliou os aspectos no que se refere à possibilidade da gestação de substituição, no intuito de abranger todas as hipóteses e conflitos jurídicos do assunto, ainda fracas por sua extensão na prática.

## Gestação por substituição e sua natureza

A natureza jurídica da gestação de substituição encontra-se bastante divergência no meio doutrinário devido alguns países serem entendidos como um negócio jurídico, encontra-se nesse corolário a Índia e EUA, onde à existência de um contrato de gestação antes da fecundação *in vitro*, no qual determinará a entrega do bebê aos pais que realizaram um planejamento familiar antes mesmo do nascimento do feto, seguindo os regramentos do Conselho Federal de Medicina que regulamenta a estipulação deste contrato.

A discussão encontrada sobre a constituição de um bebê pelo o modo contratual e o fato de um ser em desenvolvimento tornar-se objeto de um contrato, ferindo o princípio da dignidade humana, o feto já possui os seus direitos desde o seu conhecimento, devendo ser respeitados, ainda há de ressaltar na crítica em que pese a renúncia jurídica de ser mãe daquela em que gerará a criança, e se a mesma for casada ainda ocorrerá a renúncia em ser pai por parte do marido, em razão de ser um direito de ambos pela a presunção da paternidade quando advindo de sua esposa durante o decorrer de um ano, mesmo em fase de divórcio se ainda estiver dentro deste período. Ocorre que as normas éticas explícitas no Conselho Federal de Medicina mencionam nestes casos a de ser consultado também o marido ou companheiro da gestante antes de dar início ao procedimento que a tornará uma mãe substituta.

Acontece que, as regras trazidas pelo o conselho não abarcam todas as hipóteses, havendo uma falha desse regulamento, verifica-se que na suposição de um feto que era esperado nascer perfeitamente venha com uma anomalia ou alguma doença hereditária não lograram tratar se à possibilidade de rejeição por parte dos futuros pais, e se acaso viesse a ocorrer com quem a criança poderia ficar.

A adoção é instituto similar ao da gestação por substituição em decorrência de serem constituídos pelo elemento do afeto e realização do desejo em constituir-se uma família através de uma criança que darão satisfação no planejamento em vida comum do casal, e se divergem pelo o fato de que o primeiro vislumbra o interesse da melhor

situação para a criança, enquanto o segundo abarcará a satisfação em procriar mesmo com a ausência de um alelo natural que inibem a sua realização por algum motivo.

Vive-se em um mundo cada vez mais globalizado, onde a modernidade tem tomado conta da vida das pessoas, todos os avanços no intuito de tornar a vida mais fácil e prazerosa e na medicina esse processo não foi diferente. No tocante à composição familiar, bem como no caso da resolução da infertilidade e ou da impossibilidade de ter filhos, essa evolução trouxe esperança para muitos casais. Marise Sousa (2010) esclarece que a reprodução assistida representa um conjunto de técnicas médicas que objetiva promover a reprodução humana, para pessoas que são impossibilitadas, seja por problemas genéticos ou opções sexuais em ter filhos.

Sendo que a técnica de fertilização in vitro e a inseminação artificial torna-se a opção mais viável para esses casais. No entanto as dificuldades não estão apenas na dificuldade de engravidar, mas a falta de respaldo legal para o procedimento, segundo José Ommati (1999, p. 233) a utilização de mulheres férteis que se dispõem a carregar o embrião, durante o período de gestação, pela impossibilidade física de a mulher que recorreu aos Centros de Reprodução suportar o período gestacional.

A resolução CFM nº 2.320/2022 aponta o termo gestação de substituição para o caso da cessão temporária do útero, porém a inexistência de uma legislação que assegure a responsabilidade dessa mulher fazer a entrega do recém-nascido, compromete toda a essência desse processo. Essa situação faz com que muitos casais que vislumbram o sonho de serem pais, sejam prejudicados pela ausência de um ordenamento jurídico que respalde a realização de tal sonho. Sendo apenas estabelecido que seja realizada com parentes de até o 4º grau para que o contato afetivo ainda seja estabelecido, mesmo com a negativa de entrega da mãe/substituta.

A mesma Resolução mencionada acima estabelece as diretrizes éticas para a gestação de substituição no Brasil. Essa resolução determina que a gestação de substituição só pode ser realizada em situações específicas, como quando a mulher não pode gestar o próprio filho devido a razões médicas. No entanto, como a gestação de substituição não é abordada de forma abrangente por uma lei específica, muitas

questões legais e lacunas podem surgir, o que pode tornar a prática complexa do ponto de vista jurídico.

As resoluções aqui citadas, regulamenta o CFM desde meados dos anos 90, diante do exposto Dantas e Chaves (2018) acrescenta que o Brasil, entretanto, vem deixando a regulação da matéria da procriação medicamente assistida a cargo da deontologia médica. Referente ao mesmo assunto Rettore; Sá (2016) enfatiza que as Resoluções têm natureza administrativa, e são endereçadas aos médicos, mas que causam efeitos para todos os brasileiros por conta da ausência de norma específica sobre o tema.

Verifica-se que a ausência legislativa dá abordagens para utilização das soluções, que não asseguram a integridade que o assunto exige.

No tocante a ausência legislativa Sá e Naves (2015) reforçam:

As resoluções do CFM não criam o Direito, mas regulam o exercício da profissão médica. Inobstante isso, as resoluções do Conselho Federal de Medicina servem como parâmetro interpretativo para o Direito. Até porque as técnicas são uma realidade e a evolução da Medicina vem impactando o Direito, obrigando-o a pensar acerca da abrangência e dos limites das novas situações familiares. (SÁ; NAVES, 2015, p.67).

Em suma, ele destaca a interação entre a medicina e o sistema legal, com as resoluções do CFM desempenhando um papel importante como diretrizes para a prática médica e influenciando a interpretação do Direito em casos relacionados à medicina e situações familiares decorrentes de avanços médicos.

Considerando que as resoluções foram elaboradas para resguardar as práticas médicas, atualmente tem sido usada como apoio interpretativo para o direito, e com isso tomando o lugar de lei. Situação que traz o referido assunto no intuito de evidenciar a relevância da lei para normalizar a gestação de substituição a partir das resoluções em detrimento de uma lei, pois a legalidade favorecerá para a muitos a constituição do tão sonhado desejo de compor uma família.

Não deixando de considerar o que enriquece e respalda os conceitos de lei e resolução, conforme rege no artigo 59 da CFRB sobre o processo legislativo:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

VII - Resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. (BRASIL, 1988).

Morais (2003) complementa com o conceito dessa maneira de resolução:

Resolução é ato do Congresso Nacional ou de qualquer de suas casas, tomado por procedimento diferente do previsto para a elaboração das leis, destinado a regular matéria de competência do Congresso Nacional ou de competência privativa do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados, mas em regra com efeitos internos; excepcionalmente, porém, também prevê a constituição resolução com efeitos externos, como a que dispõe sobre a delegação legislativa. (MORAIS, 2003, p. 464).

Referente ao assunto observa-se que iniciativas e regimentos já foram instaurados e é claro que devem ser observados com mais importância e urgência no âmbito jurisdicional a fim de resguardar o interesse de todos que estão envolvidos nesse processo.

### **Gestação Por Substituição Sob Um Parâmetro Internacional**

Conforme verifica-se no cenário nacional e internacional referente a gestação de substituição, e a ausência da legislação que assegure o bem-estar das crianças envolvidas nesse processo, vale ponderar se as consequências das crianças não superam a resistência imposta por nosso ordenamento.

Observa-se que por muitos casos que o litígio está sempre ligado a resistência dos Estados em analisar e acatar o ordenamento do país, situação que gera questionamento referente à ordem pública interna e a ordem pública internacional sobre a divergência de opiniões.

Dentro do parâmetro internacional é possível apontar que a substituição internacional é respaldada pelo projeto da Conferência de Direito Internacional Privado da Haia, sobre a filiação transnacional, deixando brecha de entendimento para o assunto, porém sempre visando pelo melhor interesse da criança no cenário internacional.

Diante de tantas demandas e do sofrimento das partes mediante um processo que poderia ser a realização de um sonho e o tão sonhado conceber um filho, devido

conviverem em um mundo que possui um sistema diverso no que se refere a gestação de substituição, pois existem países que permitem sem nenhuma restrição, enquanto outros possuem uma permissão com restrições e até mesmo outros que possuem restrições total.

Entre os países que permitem a gestação de substituição, porém de forma diferenciada em cada federação, está o Estados Unidos da América, bem como o Canadá, Reino Unido, Holanda, Ucrânia e entre outros. Nessa lista existem países que possuem legislação específica permitindo a prática, embora não tenha regras especiais, dando prioridade para os casos das técnicas de reprodução assistida. No caso dos países de um segundo grupo, que inclui o Brasil, Argentina e a China, as permissões são restritivas, possuindo uma série de limitações, já um terceiro grupo onde inclui países como a França e Alemanha que proíbe completamente tal procedimento ou na Espanha, onde estabelece que a mãe é aquela que deu à luz.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A ausência de uma legislação clara e abrangente para a gestação de substituição no Brasil levanta preocupações em relação à segurança jurídica e à proteção dos direitos das partes envolvidas, especialmente das crianças concebidas por meio desse método. No cenário internacional, é notável que muitos países priorizam o melhor interesse da criança ao lidar com casos de gestação de substituição. Isso deve servir de inspiração para desenvolver uma legislação nacional que também coloque o bem-estar da criança em primeiro plano.

O direito tem se desdobrado nas últimas décadas para acompanhar a evolução da sociedade, no direito de família não seria diferente. As famílias têm se desvencilhando de um padrão pretérito e inovando em seus conceitos de entidades familiares. Uma dessas inovações destaca-se na família homoafetiva o qual tem como fundamento a socioafetividade, que se trata basicamente de um reconhecimento da família não convencional formada especificamente por laços sanguíneos, já que esse modelo familiar se trata de laços afetivos.

Independente da forma como a família é formada observa-se que a sociedade necessita de renovação de gerações para que possa continuar evoluindo e podendo oferecer condições melhores para o futuro de um país, com isso o ordenamento jurídico precisa acompanhar as inovações das gerações, pois o assunto em tela a muito vem sendo discutido e nada de concreto foi estabelecido, deixando lacunas que comprometem a formação de famílias que não podem, por algum motivo ter seus filhos legítimos, embora que tenha o sonho, a necessidade e condição de formar um lar estável e contribuir para um futuro melhor para as novas gerações.

Conclui-se então que o ordenamento jurídico brasileiro é falho no que tange a aplicação do princípio da isonomia frente às necessidades das famílias homoafetivas para o acesso a gestação por substituição. É notório que a falta da evolução normativa afeta diretamente esses casais sobre isso, o autor Miguel Reale deixa claro em sua teoria tridimensional (fato, valor e norma REALE, 2003, p. 46), a que o estado, na qualidade de garantidor da ordem e da igualdade, tem o dever de acompanhar a evolução da sociedade no âmbito normativo. Assim, atribuindo a teoria do autor mencionado anteriormente, o fato da sociedade estar em constante evolução alterou a forma como os indivíduos vivem, o que gera um valor que é subjetivo e ao mesmo tempo coletivo por uma parte da sociedade, e por isso, o estado tem que adequar as leis ou equipará-las para a garantia do princípio da isonomia, o que não se observa no instituto da sub-rogação uterina.

A gestação de substituição é um campo que envolve complexidades legais e éticas. É crucial que as resoluções atuais sejam avaliadas à luz dos avanços médicos e da evolução das normas sociais. O Brasil deve considerar a harmonização de suas regulamentações com normas internacionais, a fim de garantir a cooperação e o reconhecimento de decisões em casos transnacionais. A pesquisa destaca como a gestação de substituição pode realizar o sonho de muitos casais de se tornarem pais, mesmo diante de desafios de infertilidade. No entanto, a falta de uma legislação adequada pode prejudicar a concretização desse sonho.



## REFERENCIAS

AMARAL. Waldemar Naves do. FREITAS, Vilmon de. PETRACCO, Álvaro. **História da Reprodução humana no Brasil**. 2009, SBRH.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Resp 1.183.378/RS**. Quarta Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 25 de outubro de 2011. DJe 01 de Fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/jurisprudencial>>. Acesso em: 29 out. 2017.

BRASIL. **RESOLUÇÃO CFM Nº 1.358/1992**. Publicada no D.O.U. Seção I. p. 16053.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e o direito à diferença**. Disponível em: <<http://www.blogdolf.com.br>.23 agosto. 2007> .Acesso em: 29 set. de 2017.

LISBOA, Roberto Senise. **Direito de família e sucessões**. 8ª Ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania – o novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 95.

RIOS, Roger Raupp. Direitos Fundamentais e Orientação Sexual: o Direito Brasileiro e a Homossexualidade. **Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**. Brasília. dez.1998. nº 6, p. 35.

ONU. **Nações Unidas do Brasil**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/brasil-recebe-centenas-de-recomendacoes-para-combater-violacoes-aos-direitos-humanos/>>. Acesso em: 29 out. 2017.

SCALQUETTE. Ana Cláudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Saraiva. 2010.

SOUSA. Marise Cunha de. Os casais homoafetivos e a possibilidade de procriação com a utilização de gameta de um deles e de técnicas de reprodução assistida. **Revista da EMERJ**, V. 13, nº52. 2010.

PIOVESAN. Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª ed., rev. E atual. São Paulo; Saraiva. 2013.

PESSINI. Leo, BARCHIFONTAINE. Christian de P. de. **Problemas atuais de bioética**. 11ª ed., São Paulo; Edições Loyola Jesuítas. 2014.

RAMOS. Dalton Luiz de Paula. Bioética. **Pessoa e vida**. 1 ed., São Caetano do Sul; Difusão Editora. 2009.

Emerson Soares MESQUITA; Wendell Geovanne Machado GOMES JUNIOR; Júlia Feitosa COSTA. INSTITUTO DA SUB-ROGAÇÃO UTERINA PARA CASAIS HOMOAFETIVOS – AUSÊNCIA LEGISLATIVA BRASILEIRA DIANTE DO PARÂMETRO INTERNACIONAL. JNT - **Facit Business and Technology Journal**. QUALIS B1. 2023. FLUXO CONTÍNUO – MÊS DE NOVEMBRO. Ed. 47. VOL. 02. Págs. 97-129. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br>. E-mail: [jnt@faculdefacit.edu.br](mailto:jnt@faculdefacit.edu.br).

CORRÊA, Marise Soares. **A história e o discurso da lei**: o discurso antecede à história. Porto Alegre: PUCRS, 2009. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009, p. 81.

ROSENVALD, Nelson e FARIA, Cristiano Chaves. **Direito Civil** – Teoria Geral. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** – Parte Geral. São Paulo: Saraiva