**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**MESTRADO EM DIREITO**

**ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA**

**“LUÍS DE CAMÕES”**

**DIREITO AO ARREPENDIMENTO DA GESTANTE DE SUBSTITUIÇÃO**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Daniela Sessino Rulli

Orientadora: Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas

Número da candidata: 20161154

**Julho de 2019**

**Lisboa**

**AGRADECIMENTOS**

O sentimento de gratidão na minha vida, dedico sempre em primeiro lugar a Deus, meu Senhor, que permitiu que eu realizasse um grande sonho de chegar até aqui. Concluir mais uma etapa de estudos, atualizações e conquistas.

Com toda sua bondade, misericórdia e presença, não permitiu que eu desistisse. Pelo contrário me deu forças e sabedoria para enfrentar todas as vicissitudes que fizeram parte desse trabalho. Obrigada Senhor por estar sempre à frente da minha vida e me conduzir no seu caminho rumo a sua vontade e seu propósito para mim.

Agradeço aos meus pais, Renato (*in memorian*) e Neyde (*in memorian*) por toda educação e amor aos estudos e pelo exemplo de honestidade, fidelidade, mansidão e fé.

Agradeço também ao meu marido Roberto e meu filho Bruno que me apoiaram nessa decisão de continuar mesmo sendo difícil a distância e a ausência em muitos momentos.

Agradeço a Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas pela orientação, empenho e prontidão que foram essenciais para que esse trabalho fosse concluído. Com toda sua genialidade e conhecimento na área cível e também de Bio Direito somado a sua capacidade intelectual e didática em sua arte de ensinar.

Agradeço aos meus colegas da Turma 12 da UAL pelo incentivo e estudos compartilhados.

Agradeço a todos os docentes do curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da UAL por todo aprendizado, dedicação e conhecimento que contribuíram para meu crescimento intelectual e emocional durante o período.

A todos, muito obrigada!

“Porque dele e por ele, e para ele, são todas as coisas; glória, pois, a ele eternamente. Amém.”  
 ([Romanos 11:36](https://www.bibliaonline.com.br/acf/rm/11/36+))

**Resumo**

Tema bastante polêmico e controverso é tratado na Lei nº 25/2016, de 22 de agosto em que regulamentou o contrato de gestação de substituição. Com posicionamentos contra e a favor, o que será analisado nesse trabalho é o direito que a gestante possui em se arrepender e não entregar a criança no final da gestação.

Sabendo que até agora só se ouviu falar sobre arrependimento da gestante de substituição numa visão a partir da dignidade da pessoa humana, fato recentemente confirmado pelo acórdão 225/2018, do Tribunal Constitucional sobre a declaração de inconstitucionalidade de alguns artigos da lei nº 32/2006, de 26 de julho.

Porém esse singelo trabalho irá abordar o tema do direito ao arrependimento numa perspectiva da teoria geral dos contratos. Analisando fatos e elementos substanciais na formação e no cumprimento do contrato que por si pode só acarretar o rompimento contratual e a revogação do consentimento da gestante. Isso acontece porque o legislador optou por formalizar o pacto entre as partes através de um contrato formal. E sendo contrato, necessariamente deve estar amparado e submisso as leis vigentes que regem e regulamentam o negócio jurídico em todas às suas variáveis.

Nesse trabalho há um olhar mais técnico do que propriamente humano. Entretanto, não se pode olvidar que o fator humano nessa relação é latente aos olhos de todos e por isso também faremos uma exposição sobre a dignidade da pessoa humana e a relação da gestante com o desenvolvimento do feto, para complementar a tese da permissão do direito ao arrependimento da gestante de substituição.

**Palavras-chave**: Gestação de Substituição; Arrependimento; Teoria Geral de Direito Civil; Dignidade da Pessoa Humana.

**Abstract**

A controversial issue is dealt with in Law no. 25/2016, of August 22, in which it regulated the contract of surrogacy. With positions against and in favor, what will be analyzed in this work is the right of the pregnant woman to repent and not deliver the child at the end of gestation.

Knowing that until now we have only heard about the regret of the surrogate mother for a vision based on the dignity of the human person, a fact recently confirmed by the judgment 225/2018 of the Constitutional Court on the declaration of unconstitutionality of some articles of the law no. 32/2006, of July 26.

But this simple work will address the issue of the right to repentance from the perspective of the general theory of contracts. Analyzing the facts and substantial elements of the training and the fulfillment of the contract that can in itself lead to the contractual breakdown and the revocation of the consent of the pregnant woman. This is because the legislator has chosen to formalize the pact between the parties through a formal contract. And being a contract, the laws in force that govern and regulate the legal business in all its variables must necessarily be supported and submissive.

In this work, there is a more technical rather than a human look. However, it cannot be forgotten that the human factor in this relationship is latent in the eyes of all and so we will also approach the subject on the dignity of the human person and the relation of the surrogate mother with the development of the fetus, to complement the thesis of the permission of the right to repentance of the surrogate mother.

**Keywords**: Surrogacy; Repentance; General Theory of Civil Law; Dignity of human person.

**ÍNDICE**

[INTRODUÇÃO 10](#_Toc24621727)

[CAPÍTULO I – ESTUDO E ANÁLISE DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO SOB A ÓTICA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS 13](#_Toc24621728)

[1.1. GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO 13](#_Toc24621729)

[1.2. DO LAÇO DE PARENTESCO ENTRE MATERNIDADE E FILIAÇÃO 15](#_Toc24621730)

[1.3 DO NEGÓCIO JURÍDICO 20](#_Toc24621731)

[1.4. DECLARAÇÃO DE VONTADE 25](#_Toc24621732)

[1.5. VICIOS NA FORMAÇÃO DA VONTADE 28](#_Toc24621734)

[1.5.1. ERRO 29](#_Toc24621735)

[1.5.2. DOLO 29](#_Toc24621736)

[1.5.3. COAÇÃO MORAL 29](#_Toc24621737)

[1.5.4. INCAPACIDADE ACIDENTAL 30](#_Toc24621738)

[1.5.5. ESTADO DE NECESSIDADE 30](#_Toc24621739)

[1.6. DIVERGENCIA ENTRE A DECLARAÇÃO E A VONTADE 31](#_Toc24621740)

[1.6.1. SIMULAÇÃO 31](#_Toc24621741)

[1.6.2. RESERVA METAL 32](#_Toc24621742)

[1.6.3. DECLARAÇÃO NÃO SÉRIA INTENCIONAL 34](#_Toc24621743)

[1.6.4. COAÇÃO FÍSICA 35](#_Toc24621744)

[1.6.5. FALTA DE CONSCIÊNCIA NA DECLARAÇÃO 35](#_Toc24621745)

[1.6.6. DA CONFIGURAÇÃO DO ERRO 36](#_Toc24621746)

[1.6.6.1. ERRO OBSTÁCULO 37](#_Toc24621747)

[1.6.6.2. ERRO DE CÁLCULO OU DE ESCRITA 38](#_Toc24621748)

[1.6.6.3. ERRO NA TRANSMISSÃO DA DECLARAÇÃO 38](#_Toc24621749)

[1.6.6.4. ERRO SOBRE A PESSOA OU SOBRE O OBJETO DO NEGÓCIO 39](#_Toc24621750)

[1.7. DA OBRIGAÇÃO NOS CONTRATOS 40](#_Toc24621751)

[1.8. ELEMENTOS DO CONTRATO 46](#_Toc24621752)

[1.9. PRINCÍPIO DO CONSENSUALISMO 48](#_Toc24621753)

[1.10. DA BOA-FÉ 49](#_Toc24621754)

[1.11. DA EQUIVALÊNCIA DAS PARTES 51](#_Toc24621755)

[CAPÍTULO II – DO ESTUDO ESPECÍFICO SOBRE O CONTRATO PADRÃO DO CONSELHO NACIONAL DE PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA (CNPMA) 54](#_Toc24621756)

[2.1. DO CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO 54](#_Toc24621757)

[2.2. DA ORDEM PÚBLICA E DOS BONS COSTUMES 59](#_Toc24621758)

[2.3. RISCO CONTRATUAL 63](#_Toc24621759)

[2.4. FATO SUPERVENIENTE 70](#_Toc24621760)

[2.5. CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* 73](#_Toc24621761)

[2.6. LIMITAÇÃO VOLUNTARIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE 80](#_Toc24621767)

[CAPÍTULO III – DO ESTUDO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 86](#_Toc24621768)

[3.1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 86](#_Toc24621769)

[3.2. CONCEITO DE DIGNIDADE 87](#_Toc24621770)

[3.3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRECEITO FUNDAMENTAL 90](#_Toc24621771)

[3.4. ANTECIPAÇÃO TERAPEUTICA DO PARTO 93](#_Toc24621772)

[3.5. INDENIZAÇÃO POR FILHO COM MÁ FORMAÇÃO CEREBRAL 94](#_Toc24621773)

[3.6. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E CÉLULAS TRONCO 95](#_Toc24621774)

[3.7. O DIREITO DE SERMOS NÓS MESMOS 97](#_Toc24621775)

[3.8. DIREITO AO ARREPENDIMENTO 100](#_Toc24621776)

[3.9. DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE A LEI N.º 32/2006, DE 26 DE JULHO. 102](#_Toc24621777)

[3.10. DA PESQUISA CIENTÍFICA DO INSTITUTO VALENCIANO DE INFERTILIDADE (IVI) 107](#_Toc24621778)

[3.11. DOS ESTUDOS DA RELAÇÃO ENTRE GESTANTE E FETO 109](#_Toc24621779)

[CONCLUSÃO 113](#_Toc24621780)

[FONTES DOCUMENTAIS 116](#_Toc24621781)

[JURISPRUDÊNCIA MENCIONADA 117](#_Toc24621782)

[BIBLIOGRAFIA 118](#_Toc24621784)

**SIGLAS**

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil da Alemanha)

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CNPMA – Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida

DF – Distrito Federal

DNA - *Deoxyribonucleic [Acid](https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/acid" \o "acid)* (Ácido Desoxirribonucleico)

FE – Fenótipos

HC – *Habeas Corpus*

IVI – Instituto Valenciano de Infertilidade

LDC – Lei do Consumidor

MMA - *Mixed Martial Arts* (Artes Marciais Mistas)

N.º - Número

P. EX. – por exemplo

PMA – Procriação Medicamente Assistida

PPP – Parceria Público Privada

PROFA. - Professora

RNA - [*Ribonucleic Acid*](https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/ribonucleic-acid)(Ácido Ribonucleico)

ONU – Organização das Nações Unidas

# **INTRODUÇÃO**

O tema a ser apresentado nesse pequeno estudo gravitará em torno do Direito ao Arrependimento da Gestante de Substituição. Trata-se de uma abordagem em face da novel legislação que autoriza a prática de gestar uma vida para outra pessoa mediante um contrato padronizado, através da Lei n.º 25/2016 de, de 22 de agosto, que alterou a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. Assim positivou essa prática que é bem comum em diversos países, onde há locais que permitem através de suas leis. Outros proíbem, também por leis, e outros, mesmo sem legislar, há conhecimento da prática sob uma forma clandestina. Mas em Portugal a legislação ao invés de pacificar uma prática que já vinha acontecendo, trouxe alguns questionamentos, dúvidas, brechas e polêmicas a respeito do assunto. Iremos abordar a possibilidade de arrependimento daquela que se disponibiliza em emprestar seu útero gratuitamente a fim de satisfazer uma realização de outrem que é patologicamente impedida de gestar um bebê, mas que sonha com a possibilidade de ser mãe. O nosso estudo compreenderá institutos da teoria geral do direito civil que permitirão por si só a rescisão contratual com a inadimplência da gestante que ao final da gestação ficará com a criança.

Assim, iniciamos mencionando o laço de parentesco entre maternidade e filiação, fazendo um pequeno estudo sobre os conceitos clássicos e a flexibilização dos termos com a nova ordem social compreendida em aceitação de institutos recentes que incorporaram em nossa realidade globalizada. Em seguida será apresentado uma análise sobre negócio jurídico através da teoria tricotômica que envolve os planos de existência, validade e eficácia, desenvolvendo uma crítica quanto a aceitação do contrato de gestação de substituição, com a formação da declaração da vontade, juntamente com os vícios que a maculam. No capítulo dos vícios do consentimento, eles serão exemplificados através da coação física, incapacidade acidental, dolo, reserva mental, declaração não séria, simulação, variantes do erro, entre outros encontrados no Código Civil. Os elementos do contrato também terão lugar nesse estudo, além de princípios como consensualismo, boa-fé e equivalência das partes. Analisados sob o entendimento da ordem pública e dos bons costumes, com seus diversos conceitos em alguns países europeus.

O contrato padrão formalizado pelo CNPMA – Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, será aprofundado em contraposição com alguns artigos da lei civil, denotando um confronto em determinadas situações. Haverá ponderação do instituto do risco contratual, fazendo comparações com contratos aleatórios e o risco compreendido em todos os contratos formais, além de sua divisão conforme cláusula contratual firmada pelas partes. Fatores supervenientes também serão abordados, juntamente com a cláusula do *rebus sic stantibus* que flexibilizou o p*acta sunt servanda.* Apoiado pelo artigo 437.º do CC, onde ampara a revisão e até extinção do contrato, quando circusntâncias anormais alterarem o equilíbrio das partes, onerando excessivamente um dos lados pactuantes. O artigo 81.º do CC também fará parte do nosso estudo, apresentando a limitação voluntária dos direitos da personalidade, com conceituação dos direitos e proibição de limites quando contrários aos princípios da ordem pública. Além do dito confronto com cláusulas do contrato padrão e artigos da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto.

O terceiro capítulo compreenderá estudos sobre a dignidade da pessoa humana, com aspectos questionando a dignidade da gestante vista apenas como objeto ou meio de realização de um desejo de outrem. Análise do Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional o qual declarou inconstitucionais alguns artigos da lei em questão, numa perspectiva profunda da dignidade da pessoa humana. Terá um capítulo sobre o direito de sermos nós mesmos, tema apresentado no livro “A dignidade humana e o princípio da liberdade na cultura constitucinal europeia”, de Paolo Ridola, com coordenação de Ingo Wolfang Sarlet, onde relaciona a dignidade humana com a liberdade. Assunto de suma importância para nosso estudo, uma vez que pensamos que a dignidade da gestante deve ser analisada concomitantemente com sua liberdade de decisão. Haverá a descrição de uma pesquisa científica do Instituto Valenciano de Infertilidade na Espanha, que constatou que a gestante é capaz de modificar a genética do bebê que desenvolve em seu útero, mesmo quando a gestação é por substituição. Comprovando que há influência do ambiente intrauterino sobre o desenvolvimento genético do embrião, ainda que os óvulos sejam de outra mulher. E finalmente um estudo entre a relação de amor entre a gestante e o feto.

Importante frisar que o Acórdão n.º 225/2018 que fundamentou a inconstitucionalidade de alguns artigos baseado na dignidade da pessoa humana, que inclusive deu margem ao arrependimento da gestante, decorrente de deixar sua decisão em cumprir o contrato após o nascimento da criança, fora publicado após o início deste estudo. Não podendo olvidar que deu mais força ao trabalho iniciado, porém, complementamos com a parte da teoria geral dos contratos onde entendemos que por si só acoberta o direito ao arrependimento da gestante de substituição.

Por fim, deixamos claro que não somos contra a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, mas defendemos que a decisão final de entregar a criança deveria ficar a critério da gestante, justamente por toda exposição que faremos da teoria geral dos contratos e da dignidade da pessoa humana. Devendo ter o casal beneficiário apenas um direito expectativo quanto ao cumprimento integral do contrato assinado.

# **CAPÍTULO I – ESTUDO E ANÁLISE DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO SOB A OTICA DA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS**

* 1. **GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO**

O avanço da ciência nos trouxe inúmeras novidades e descobertas, o que tem facilitado possibilidades que nem imaginávamos há décadas atrás. Sua meta é a busca por conhecimento baseado em método científico obtido através de pesquisas que auxiliam conclusões nos mais variados ramos de atividade. Especificamente na área médica, a ciência tenta desvendar novos métodos de cura e prevenção de doenças. Na genética, a descoberta do genoma humano desencadeou conquistas maravilhosas que também auxiliam no combate a enfermidades. Na agricultura, o desenvolvimento da ciência também traz sua contribuição para melhorar o desempenho de produção e qualidade. Hoje, transitam veículos nas estradas sem necessidade de combustível, apenas movidos pela eletricidade. Também nos dias atuais, por cerca de 171.000 (cento e setenta e um mil) euros é possível embarcar em voos sub orbitais realizados pelas espaçonaves *SpaceShip* 2. Vivemos num mundo dinâmico, com a tecnologia respondendo em paridade com o desenvolvimento da sociedade e suas expectativas. Porém, muitas vezes a ciência evolui mais rápido do que o direito e ficamos sem respostas para determinados acontecimentos que se sobrepõe a princípios e valores solidificamente armazenados em nossa mente. É o caso da gestação de substituição. A ciência permitiu que mulheres sem útero ou que sofrem de alguma patologia clínica que a impedem de engravidar, consigam ter um bebê a partir de seu próprio material genético, a ser transferido para outra mulher que suporte a sua gestação. Mesmo sendo uma prática em quase todos os países, a maioria deles não permite tal técnica, outros até permite, embora sem regulamentação. E ainda há aqueles países que permitem e regulamentam o procedimento. É o caso de Portugal, cuja Lei nº 25/2016 de 22 de agosto, à qual alterou a Lei nº 32/2006, de 26 de julho, veio para pacificar esse método, regulamentando as técnicas de Procriação Medicamente Assistida. Estabelecendo requisitos e disposições acerca do procedimento. Para tanto, é obrigatória a celebração do contrato de Gestação de Substituição sob o amparo e suporte do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA)1 além da prévia oitiva da Ordem dos Médicos e a análise profunda pelos olhares criteriosos do instituto.

Entretanto, esse tema é bastante polêmico e intrigante, uma vez que envolve aspectos interdisciplinares abordados pelo direito, ética, medicina, relações humanas e até religião. De um lado, encontra-se a mãe expectadora que mesmo sem a possibilidade de gerar, apoia-se na possibilidade de entregar seu material genético a outrem capaz de gestar seu sonhado bebê. De outro, está a gestante de substituição que durante 40 (quarenta) semanas irá gestar um bebê que deverá ser entregue a outrem no momento do nascimento, renunciando todo e qualquer poderes e deveres próprios da maternidade. Talvez imersa numa atmosfera de misericórdia ou altruísmo enfrentará as dificuldades e as emoções de gerar uma vida. Vida essa que se conjuminará nas suas entranhas físicas e emocionais, para, ao final da gestação entregar a criança e cumprir um contrato formalmente assinado. E tratando-se de contrato, inquestionavelmente há direitos e deveres para ambas as partes, mas será que o tal contrato de gestação de substituição é realmente lícito? E se um fato superveniente ocorrer durante a gestação, será que a gestante não poderá invocar a cláusula *rebus sic stantibus* e arrepender-se de contratar? Será que o contrato de gestação em substituição deve obedecer aos critérios e requisitos de um contrato normal de acordo com os regramentos do Código Civil? Como fica a questão da dignidade da pessoa humana em relação a gestante e a criança? Poderá ser considerada uma simples incubadora e a criança um objeto de transação comercial? A gestante pode limitar voluntariamente seus direitos de personalidade? Mas se ofender a ordem pública? Tratando-se de um contrato, ela não poderá revoga-lo invocando essa limitação dos seus direitos de personalidade? Mesmo com a publicação da Lei 25/2016 de 22 de agosto, muitas questões ainda estão em aberto buscando soluções práticas, possíveis e jurídicas. Uma delas será analisado no presente estudo, que é o direito ao arrependimento da gestante de substituição, principalmente quando um fato superveniente e imprevisível lhe acomete ou até mesmo quando no final do contrato a gestante resolve não entregar o bebê. Tal pesquisa tem o condão de analisar fatos e argumentos jurídicos, além de esmiuçar elementos de contrato, como risco contratual, fato superveniente, cláusulas contratuais, limitação voluntária dos direitos da personalidade, direito ao arrependimento, dignidade da pessoa humana, entre outros.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

1 Foi instituído pela [Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho](http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao_Lei_32_2006.pdf)**, ao qual compete, genericamente, pronunciar-se sobre as questões éticas, sociais e legais da PMA. (**[www.cnpma.org.pt](http://www.cnpma.org.pt)

Salienta que durante a pesquisa para o presente trabalho, incidentalmente o Tribunal Constitucional de Portugal publicou o Acórdão 225/2018, processo n.º 95/17 da relatoria de Conselheiro Pedro Machete, quando 30 (trinta) deputados se dirigiram a Assembleia da República para pedir fiscalização sucessiva da constitucionalidade de alguns artigos da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, com alteração das Leis n.ºs 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto, reforçando ainda mais nossa argumentação sobre o direito ao arrependimento da gestante em substituição. Quando o n.º 7 do artigo 8.º foi declarado inconstitucional 2

“Pedir a uma mulher para estar grávida em substituição de outra significa concretamente que ela deve viver nove meses, vinte e quatro horas, abstraindo da sua própria existência corporal e moral.” 3

“O útero é inseparável do corpo e da pessoa, não é um alojamento temporário, ou um instrumento técnico. A mulher não é uma máquina incubadora. A gravidez não é uma atividade como qualquer outra, transforma a vida da mulher física, psicológica e moralmente.” 4

# **1.2. DO LAÇO DE PARENTESCO ENTRE MATERNIDADE E FILIAÇÃO**

De acordo com o dicionário, maternidade é o estado ou a qualidade de ser mãe. Por sua vez, na terminologia jurídica, maternidade significa o laço de parentesco que une a mãe a seus filhos. E a palavra gestação significa o ato de gestar, que é sinônimo de gravidez. Por sua vez, filiação é o liame entre um indivíduo e seu pai ou sua mãe. Estes conceitos eram considerados institutos inseparáveis, pois gestação seria o anúncio da maternidade. Acontece que hoje em dia os conceitos de maternidade, gestação e filiação, nem sempre estarão ligados a mesma pessoa, tendo em vista que através das modernas técnicas de procriação medicamente assistida, uma mulher poderá gestar uma criança para outra mulher e até mesmo para um casal de homens.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

2 Artigo 8.º, n.º 7 da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto ”A criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respectivos beneficiários.”

3 CHABY, Estela (Sylviane Agacinski *apud* MARQUES, Silvestre Orives; PANÃO Miguel Oliveira; VISTAS, Pedro - **Ética Relacional: um caminho de sabedoria.** Estudos de filosofia) Outubro 2017. Universidade Católica Editora. Lisboa. ISBN ebook 9789725405727

4 PATO, Pedro Vaz - **Maternidade de Substituição**. [Em linha]. Disponível em [https://www.federacao-vida.com.pt/noticias/372-maternidade-de-substituicao-um-retrocesso-social-pedro-vaz-patto. Acessado em 08/02/2019](https://www.federacao-vida.com.pt/noticias/372-maternidade-de-substituicao-um-retrocesso-social-pedro-vaz-patto.%20Acessado%20em%2008/02/2019).

Podemos falar que a ilação *pater is est quem nuptiae demonstrat* ainda vige, porém o conceito de *mater semper certa est* está flexibilizada diante da nova concepção de maternidade porque além do vínculo biológico, temos o vínculo afetivo. Além das possibilidades da gestação de substituição que a procriação medicamente assistida tem permitido. A primeira criança nascida proveniente da técnica de fertilização in vitro, no final do século XX, Louis Joy iniciou um caminho de possibilidades na qual o conceito de maternidade expandiu-se e tornou possível a extensão de vínculos de filiação que extrapolam o conceito de ligação biológica. Em virtude disso, as referências de maternidade e paternidade tiveram que ser reorganizadas social e juridicamente. E dessa forma, convivemos pacificamente em sociedade com a flexibilização dos clássicos conceitos que eram intangíveis e inalterados. É muito comum nos depararmos com essas situações, mas sabendo que o direito nem sempre acompanha a evolução da sociedade, essas flexibilizações podem dar margem a infrações legais e até mesmo a violação da premissa máxima da dignidade da pessoa humana.

Na legislação brasileira, há somente determinação para paternidade, pois em relação a maternidade a presunção até então é considerada absoluta. Pois a mulher que dá à luz uma criança indiscutivelmente é a sua mãe. Na legislação portuguesa a presunção também é considerada absoluta. O artigo 1.796.º, n.º 1 do Código Civil diz que a maternidade resulta do facto do nascimento. Quando esse conceito foi incorporado ao Código Civil, não se fazia ideia das diferentes maternidades estatuídas como genética ou uterina. Em relação a paternidade, a presunção é ser marido da mãe (artigo n.º 1.796.º n.º 2 e artigo n.º 1.826.º n.º 1, ambos do CC), salvo se a mulher manifestar diversamente na declaração de nascimento. Ainda contando com as exceções dos artigos n.ºs 1.828.º e 1.829.º do CC. Também há alguns preceitos constitucionais que norteiam tal presunção. Como o descrito no artigo n.º 36.º, n.º 1 que traz o direito de constituir família e o artigo n.º 36.º, n.º 5 e 6 que falam respectivamente do direito de ver juridicamente reconhecidos os seus laços de parentesco e a inseparabilidade dos filhos dos seus progenitores. Entretanto com a prática da PMA e gestação de substituição, tais conceitos podem sofrer grandes alterações no registro de nascimento da criança que vir a nascer sob essas técnicas. Muitas vezes a dadora de óvulos pode não ser considerada mãe, nos casos de PMA heteróloga, obedecendo a lei por atribuir a mãe aquela que sofreu o parto. Outras vezes a dadora de óvulos numa também PMA heteróloga, porém em caso de gestação de substituição poderá ser reconhecida como a mãe do bebê gerado por outra mulher, e assim caminhando contra a presunção legal. A ilustre Profa. Doutora Stela Barbas defende que a mãe é a mulher que gera e tem o parto, tal como consagra o n.º 1 do art.º 1.796º do CC e que esse marco da cultura ocidental não deveria ter sido substituído pelo princípio do respeito ao direito da mãe genética.

A consideração de que a mãe portadora seria sempre a mãe legal envolveria necessariamente uma contradição: é extraordinariamente difícil conceber que a mãe genética (dadora do óvulo) tivesse que recorrer ao tradicional processo de adoção para a criação de um vínculo de filiação com o seu próprio descendente genético. A mãe hospedeira que forneceu o óvulo deve ser considerada a mãe legal. Foi ela que cedeu o material hereditário indispensável àquele nascimento. A individualidade do novo ser ficou definida a partir do momento da combinação entre o gene do pai e da mãe. 5

Entendem alguns autores que a mãe de substituição sempre deverá ser considerada como mãe pois ela é a única mulher cujo feto durante seu desenvolvimento estabeleceu algum vínculo emocional. Nesse sentido, o marido da mãe de substituição deverá ser o pai, diante da presunção legal do matrimônio. 6

Somente nesse início deste trabalho já surge a dúvida de quem deveria ser apontada como mãe ou pai da criança que nasceu através do instituto da gestação de substituição. Isso, diante das novas concepções de maternidade e paternidade. Não se podendo olvidar de voltarmos os olhares para a criança. E contemplarmos seu direito a dignidade da pessoa humana e o princípio do superior interesse do menor. Muitos polemizam a respeito da atribuição de maternidade e paternidade, entretanto, deixam a criança de lado, esquecendo que ela também tem dignidade, sendo o foco principal de toda discussão. A par disso, o tão bem recente acórdão

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

5 BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves (2008) - Investigação da filiação. *In* Estudos de Direito da Bioética. Vol. II. Coord. José de Oliveira Ascensão. Coimbra: Almedina, p. 51. *Apud* Maternidade de Substituição: Solução e/ou Problema? Para uma abordagem no âmbito do Direito da Família : Omaida, Patrícia da Cruz Van-Dúnem. [Em linha]. [Consult. em 28/03/2019]. Disponível em <http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/3983/1/Dissertac%CC%A7a%CC%83o%20de%20Mestrado%201%20%28Omaida.pdf>;

6 RAPOSO, Vera Lúcia - **De mãe para mãe. Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Pg 99.

datado de 26/10/2017, do Tribunal de Relação de Lisboa, tratou da questão da valorização dos direitos fundamentais da pessoa, como o de saber quem é e de onde vem, na vertente da ascendência genética, e a inerente força redutora da verdade biológica.7 O próprio Acórdão n.º 225/2018 que tratou das inconstitucionalidades da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida) também faz menção ao direito de identificação dos progenitores em contradição com o sigilo de informações sobre a identidade dos mesmos, por violação dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (artigo 26.º, n.os 1 e 3, da Constituição), do princípio da dignidade da pessoa humana [artigos 1.º e 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição], do princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição) e do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição).

Com isso, podemos afirmar que as discussões do direito pós-moderno são intermináveis, uma vez que no pensamento sociológico há uma questão sobre se o direito molda a sociedade ou se é a sociedade que molda o direito. As pesquisas invadem os seus diversos ramos, porém, afirmamos que é a sociedade que molda o direito, no sentido de que a sociedade caminha mais rápida do que a positivação do direito. E isso acontece na seara da filiação e agora mais no conceito de maternidade e gestação. Na época da colonização de Portugal sobre o Brasil, as Ordenações Filipinas que vigoraram até o final do ano de 1.916, haviam diferentes classificações para filhos. Os legítimos e os ilegítimos. Esses eram advindos de relações adulterinas, incestuosas ou naturais (pais solteiros) e tinham menos proteção do que aqueles filhos legítimos, concebidos através da relação sexual durante a constância do casamento. No antigo Código Civil Brasileiro de 1.916, os filhos ilegítimos não poderiam ser reconhecidos. 8 Nessa época, o adultério era considerado crime no Brasil. Hoje, após essas polêmicas já terem

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

7 Trecho do acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa, no processo n.º 6797-12.8TBALM.L1-8, de Relatoria de Maria Alexandrina Branquinho, de 26/10/2017. “Refere este Autor que “o “direito fundamental à identidade pessoal” e o “direito fundamental à integridade pessoal” ganharam uma dimensão mais nítida, como, ainda, “o direito ao desenvolvimento da personalidade”, introduzido pela revisão constitucional de 1997 - um direito de conformação da própria vida, um direito de liberdade geral de acção cujas restrições têm de ser constitucionalmente justificadas, necessárias e proporcionais. É certo que tanto o pretenso filho como o suposto progenitor têm direito a invocar este preceito constitucional, mas não será forçado dizer que ele pesa mais do lado do filho, para quem o exercício do direito de investigar é indispensável para determinar as suas origens, a sua família (…) a sua “localização” no sistema de parentesco”.

8 Artigo 358 do Código Civil Brasileiro, Lei nº 3.071/1916: ”Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos”

sido superadas, encontramos outras que surgiram com a evolução da sociedade. Entretanto são questões que ainda pertencem a esse ramo de filiação, maternidade e gestação.

Se olharmos para a legislação portuguesa, percebemos que existe outra incompatibilidade com o sistema legal de Portugal e está inserida no artigo n.º 1.982.º, n.º 3 do Código Civil, onde no capítulo sobre adoção, relata que “a mãe não pode dar o seu consentimento antes de decorridas seis semanas após o parto.” Se analisarmos a situação com o pensamento no regramento vigente chegaríamos à conclusão que a mãe de substituição é considerada mãe para efeitos legais e só poderá consentir em abrir mão da criança após seis semanas de seu nascimento. Porém, sob o olhar do contrato que foi assinado, ela já estaria inadimplente com seu cumprimento e tal atitude poderia ocasionar um conflito judicial. Por isso a prática utilizada e permitida pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, estaria flexibilizando alguns dispositivos em lei, fazendo com que a sociedade tenha uma brecha para descumpri-la em prol de outra legislação. Cabe nos sensibilizar e nos aperceber da combinação de hermenêutica legislativa com a questão de fato a ser aplicada.

Dessa forma, deixamos claro que não somos contra a gestação de substituição, mas defendemos o direito de arrependimento da gestante e pensamos que o contrato assinado deveria gerar apenas uma mera expectativa de direitos ao casal beneficiário e que inclusive deveria prever tal possibilidade com a devolução dos valores pagos a título de despesas decorrentes do acompanhamento da saúde por parte dos beneficiários. Talvez assim diminuiriam os conflitos e debates acerca das polêmicas causadas pela recente legislação e atentaria para a prática da dignidade da gestante de substituição.

A possibilidade de uma mulher ter um filho biológico fora do seu útero tem trazido muitas discussões nas mais diversas ramificações da sociedade, compreendendo questões éticas, morais, religiosas, científicas, sociológicas e jurídicas. Pois trata-se de um avanço global que desfaz concepções clássicas do conceito de família.

A despeito das discussões entre os conceitos clássicos e modernos a respeito de maternidade, paternidade e filiação, e apesar da regulamentação da legislação portuguesa quanto a gestação de substituição ser bem recente, essa prática de gestar uma bebê para outra pessoa já é conhecida há muito tempo. Podemos exemplificar acontecimentos que marcam a era bíblica, assim como relatado em Gênesis 16, versículos de 1 a 3, onde a esposa de Abrão que era estéril, apresentou uma escrava para gerar descendentes, a fim de cumprir a promessa de Deus. Também da mesma forma, Raquel sendo estéril entregou sua serva Bila para que Jacó gerasse filhos para ela (Gênesis 30, 1-8). 9

* 1. **DO NEGÓCIO JURÍDICO**

O negócio jurídico é sem dúvida um dos temas centrais do Direito Civil. Negócio jurídico é qualquer ato pelo qual as partes se manifestam através do exercício da autonomia da vontade e que traz consequências jurídicas, gerando direitos e obrigações. José Abreu Filho diz que são eles sempre atos de vontade deliberada e conscientemente emitida para a obtenção de resultados desejados. 10 É espécie do gênero ato jurídico, que por sua vez são fatos jurídicos condizentes com manifestações da vontade humana que criam, modificam ou extinguem direitos. Para ser completo, o negócio jurídico deve ser verificado em três planos, quais sejam, a existência, a validade e a eficácia.11

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

9 Gênesis 16, 1-3: “Ora Sarai, mulher de Abrão, não lhe dava filhos, e ele tinha uma serva egípcia, cujo nome era Agar. E disse Sarai a Abrão: Eis que o Senhor me tem impedido de dar à luz; toma, pois, a minha serva; porventura terei filhos dela. E ouviu Abrão a voz de Sarai. Assim tomou Sarai, mulher de Abrão, a Agar egípcia, sua serva, e deu-a por mulher a Abrão seu marido, ao fim de dez anos que Abrão habitara na terra de Canaã.”

Gênesis 30, 1-8:” Vendo Raquel que não dava filhos a Jacó, teve inveja de sua irmã, e disse a Jacó: Dá-me filhos, se não morro. Então se acendeu a ira de Jacó contra Raquel, e disse: Estou eu no lugar de Deus, que te impediu o fruto de teu ventre? E ela disse: Eis aqui minha serva Bila; coabita com ela, para que dê à luz sobre meus joelhos, e eu assim receba filhos por ela. Assim lhe deu a Bila, sua serva, por mulher; e Jacó a possuiu. E concebeu Bila, e deu a Jacó um filho. Então disse Raquel: Julgou-me Deus, e também ouviu a minha voz, e me deu um filho; por isso chamou-lhe Dã. E Bila, serva de Raquel, concebeu outra vez, e deu a Jacó o segundo filho. Então disse Raquel: Com grandes lutas tenho lutado com minha irmã; também venci; e chamou-lhe Naftali.”

10 ABREU FILHO, José - **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 3ª edição revista e atualizada. Editora Saraiva, Pg 16, 1995. ISBN 9788502016293

11 AZEVEDO, Antônio Junqueira - **Negocio jurídico. Existência**, **Validade e Eficácia**. 4ª edição, atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). Editora Saraiva. 2010. Pg 01-02. ISBN 978·85.Q2·03802-8. “ A doutrina atual, ao definir o negócio, adota geralmente uma posição que, ou se prende à sua gênese, ou à sua função; assim, ora o define como ato de vontade que visa produzir efeitos, com o que atende principalmente à formação do ato, à vontade que lhe dá origem (autonomia da vontade), ora o define como um preceito (dito até mesmo "norma jurídica concreta") que tira a sua validade da norma abstrata imediatamente superior, dentro de uma concepção escalonada de normas jurídicas supra e infra ordenadas, com o que por causa de suas circunstâncias, é visto socialmente como declaração de vontade), conjugada com o exame de sua projeção nos três planos (existência, validade e eficácia), resolve com clareza, entre outras, duas tormentosas questões, uma muito cara às concepções genéticas, e outra, as concepções funcionais.” REALE Miguel - **Lições Preliminares de Direito**. 20ª edição, revista. Editora Saraiva. 1993. Pg 206. ISBN 8502003461. “Negócio jurídico é aquela espécie de ato jurídico que, além de se originar de um ato de vontade, implica a declaração expressa da vontade, instauradora de uma relação entre dois ou mais sujeitos tendo em vista um objeto protegido pelo ordenamento jurídico.”

Conhecida como teoria tricotômica, de maneira geral, a existência, como premissa de qualquer outra, estuda se o fato realmente existe no mundo jurídico ou não. Pode ser considerada como uma análise social, onde se verifica quais fatos naturais ou humanos merecerão amparo jurídico. É no plano da existência que se reconhecerá a possibilidade de uma relação humana ser intitulada como negócio jurídico apto a produzir efeitos. Somente depois da identificação dos requisitos mínimos de existência é que iniciará a investigação do plano de validade e eficácia. Na validade, consiste a verificação se o negócio é capaz de adentrar no contexto jurídico, se está de acordo com as regras e normas jurídicas. Aqui, estudamos basicamente a vontade e a declaração de vontade, além é claro de verificar se o declarante é capaz para formalizar a declaração e se, tanto a declaração, quanto a formalização estão compreendidas legalmente. Porém, não basta a pessoa ser capaz, fazer uma declaração e formalizá-la de acordo com a lei, é preciso ter em mente que a declaração deve estar livre de vícios que possam macular o negócio jurídico. Sem olvidar a constatação da licitude do objeto, muito discutido e questionado no contrato de gestação de substituição, tema central do nosso trabalho. Assim, compreende ainda no plano de validade, a abrangência de nulidade e anulabilidade. Nos dizeres de Antônio Menezes Cordeiro, o código civil português prestigiou os mesmos critérios na observância da nulidade e anulabilidade, onde no primeiro há a falta de elemento essencial e contrariedade do direito e no segundo, o interesse é só do particular.12 E por fim, a eficácia diz respeito à produção de efeitos da declaração de vontade das partes, completando assim o ciclo perfeito de um negócio jurídico. Fazendo parte o estudo de condição, termo, modo ou encargo. Na condição, o negócio jurídico ficaria submetido a um evento futuro e incerto. O que é totalmente pertinente ao contrato de gestação de substituição, pois não há nenhum ser humano capaz de certificar o nascimento com vida do bebê que está sendo gerado. Inclusive nos posicionamos mais uma vez, no direito expectativo que o contrato de gestação de substituição deveria ser. Uma expectativa para o casal beneficiário, uma vez que defendemos o direito de arrependimento da gestante por todo o confronto com a teoria geral de direito civil, somado a dignidade da pessoa humana. Já o termo, está condicionado a um evento futuro e certo. O que não tem nenhum acolhimento aqui. E o último elemento que compõe o plano da

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

12 CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil**. Volume 2, 4ª edição. Editora Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5529-9. *Apud* AZULAY, Davi. Elementos do Contrato: Vontade, Ausência de Vontade e Vícios da Vontade. [Em linha]. Disponível em <https://davidazulay33.jusbrasil.com.br/artigos/557994572/elementos-do-contrato-vontade-ausencia-de-vontade-e-vicios-da-vontade>. Acessado em 16/06/2019.

eficácia é o modo ou encargo que é uma autolimitação da vontade, o qual impõe a parte o cumprimento de um ônus, em contrapartida a uma liberalidade maior. Dessa forma, é necessário fazer uma análise bem detalhada de todos os quesitos pertencentes a teoria tricotômica a fim de declarar a existência, validade e eficácia do contrato de gestação de substituição. Por isso, no transcorrer deste trabalho será analisado cada item isoladamente a fim de concluir pela existência, validade e eficácia do contrato de gestação de substituição amparado pelas normas vigentes do Código Civil.

No plano de existência iniciamos com a manifestação de vontade do agente, que pode ser expressa, tácita ou presumida. Embora o contrato de gestação de substituição necessite de uma manifestação expressa das partes, anuindo com as cláusulas descritas no contrato e orientadas pelo CNPMA, a fim de que possa ter existência no mundo jurídico. Assim, para o negócio jurídico a vontade assume uma posição especial que refletirá nos fundamentos e efeitos de sua validade. Considerada como elemento estrutural, assumindo o papel de gerar o negócio jurídico, justamente porque a vontade é fruto do ato volitivo. Caio Pereira conclui que “o fundamento e os efeitos do negócio jurídico assentam então na vontade, não uma vontade qualquer, mas aquela que atua em conformidade com os preceitos ditados pela ordem legal.” 13 E ainda diz que é tão relevante o papel da vontade no negócio jurídico, que se procura identificar a sua própria ideia conceitual com a declaração de vontade, constituindo-se dessa forma a sua definição.

O ilustre jurista Carlos Alberto da Mota Pinto classifica a análise da declaração de vontade negocial em duas categorias. Elemento externo e interno. O externo é a declaração propriamente dita e elemento interno a vontade do agente. Ainda divide o elemento interno em outros três. 1º - Vontade de ação que consiste na voluntariedade, que é a consciência e intenção do declarante em portar-se como tal. E assim, somente haverá declaração de vontade e, consequentemente negócio jurídico se o agente declarante tiver o pleno conhecimento que seu comportamento implica em manifestação de vontade. Então, aquele que por engano ou coação aceitar uma proposta, não declara sua vontade, quanto menos o negócio jurídico, for falta de intenção de realiza-lo. 2º - Vontade de declaração ou vontade de relevância negocial de ação,

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

13 PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Instituições de direito civil**. 5.ª edição, 3.ª tiragem. Editora Forense. Volume 01, Pg. 413, 1980.

que se verifica quando o declarante, de maneira inequívoca, atribui a seu comportamento o significado de uma declaração negocial. E, portanto, somente ocorrerá quando o declarante tem plena consciência de seus atos e que essa atitude implicará na vinculação com outra parte. 3º - Vontade negocial, vontade do conteúdo da declaração ou intenção do resultado, ocorrendo quando a vontade declarada coincide exatamente com a vontade interna do agente. É o correspondente efetivo entre o negócio e a vontade. 14 Geralmente esses elementos internos e externos se coincidem, porém quando não há reciprocidade entre eles estamos diante de situações chamadas de vícios do consentimento.

Ao falar em declaração de vontade não podemos esquecer de mencionar a autonomia da vontade, conceito que alguns autores diferenciam de autonomia privada. O vocábulo autonomia origina-se do grego e quer dizer competência para determinar-se por si mesmo. A autonomia da vontade é a liberdade de auto-regulamentação dentro da manifestação livre de vontade, está relacionada com a vontade interna de cada um e a autonomia privada, é a auto-regulamentação dentro de normas pré-estabelecidas, que possuem relação com a liberdade de contratar. Embora, encontramos autores que não diferenciam as autonomias, como é o caso do jurista Carlos Alberto Mota Pinto:

O negócio jurídico é uma manifestação do princípio da autonomia privada ou da autonomia da vontade, subjacente a todo o direito privado. A autonomia da vontade ou autonomia privada consiste no poder reconhecido aos particulares de auto-regulamentação dos seus interesses, de autogoverno da sua esfera jurídica. Significa tal princípio que os particulares podem, no domínio da sua convivência com os outros sujeitos jurídico-privados, estabelecer a ordenação das respectivas relações jurídicas. Esta ordenação das suas relações jurídicas, este autogoverno da sua esfera jurídica, manifesta-se, desde logo, na realização de negócios jurídicos, de actos pelos quais os particulares ditam a regulamentação das suas relações, constituindo-as, modificando-as, extinguindo-as e determinando o seu conteúdo. 15

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

14 PINTO, Carlos Alberto da Mota - **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

15 PINTO, Carlos Alberto Mota - **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, Pg. 102. 2005. *Apud* RATTI, Fernanda Cadavid. Autonomia da vontade e/ou autonomia privada? [Em linha]. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16040>. [Consultado em 11/02/2019].

“Como se sabe, o negócio jurídico, como acto de autonomia privada e acção que gera e põe em vigor uma regulação interprivada, com o inerente carácter criador de direito, supõe e exige da parte dos seus autores liberdade e discernimento. Contudo, na impossibilidade destes serem absolutos e ilimitados, a ordem jurídica contenta-se com a liberdade e discernimento normais, isto é, que são próprios das pessoas comuns ou da normalidade das pessoas e, nessa medida, para celebrar negócios jurídicos não é preciso ser dotado de excepcional inteligência ou ter formação superior. Basta ter o discernimento suficiente para se compreender o que se está a fazer e a liberdade suficiente para se poder optar entre celebrar, ou não, o negócio.” 16

A doutrina atribui a expressão da autonomia da vontade a Immanuel Kant para se referir a uma liberdade de atuação conferida aos particulares, prestigiando a relevância que se dava ao impulso individual interno de onde partiriam as relações recíprocas. 17 A primeira ideia da autonomia da vontade tinha fundamento no jusnaturalismo, sendo atribuído numa liberdade intrínseca do homem. Porém, havia um confronto com a vontade pela limitação do ordenamento jurídico. Os limites a serem impostos clamavam por uma atuação estatal mais efetiva e fizeram com que a expressão de autonomia rompesse a vontade única das partes e fosse regulamentada também por interesses do Estado. Com isso, uma nova ideia intitulou-se de autonomia privada. Logo em seguida, a teoria normativista da autonomia privada, cujo principal defensor era Hans Kelsen posicionou a autodeterminação como pressuposto de fato para a produção de efeitos previamente autorizados pelo próprio ordenamento jurídico, tal como se houvesse delegado ao particular a criação de normas jurídicas individuais. 18

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

16 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 5223/05.3TBOER.L1.S1. Relator: Antonio Joaquim Piçara. Data do Acórdão 15/05/2012. Em linha. Acessado em 17/06/2019. <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0259f410ec92f62480257a01003e001c?OpenDocument>

17 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luis - **Autonomia da Vontade, Autonomia Privada e Autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-Modernidade**. p. 117. *Apud*. SIMÕES, André Barbosa Guanaes. Dissertação “Os efeitos da simulação”. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2016. Em linha. Disponível em <http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/32141/1/ulfd133232_tese.pdf>. Acessado em 14/06/2019).

18 *Op. Cit*. in <http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/32141/1/ulfd133232_tese.pdf>

A despeito de nos posicionarmos na igualdade ou não desses conceitos, o importante é ter em mente que tanto a autonomia da vontade quanto a autonomia privada não são liberdades ilimitadas, haja vista que se limitam nos bons costumes, na moral e nos princípios da ordem pública.

# **1.4. DECLARAÇÃO DE VONTADE**

Os negócios jurídicos devem estar baseados no princípio da boa-fé objetiva desde o início de sua elaboração, até a interpretação de suas obrigações. E no campo da interpretação, Galvão Telles entende que é matéria de fato, haja visto que necessário se faz averiguar a real intenção das partes no momento da celebração do contrato. O qual estará sujeito a fiscalização do poder estatal. Os dispositivos legais que tratam desse tema de interpretação fundam-se nos artigos 236.º e 237.º do CC, os quais prevêem regulamento próprio que disciplinam os negócios jurídicos. Muito se discutiu na doutrina sobre as teorias de objeto e finalidade da interpretação da relação jurídica a ser estabelecida, entretanto, destacaram-se duas correntes. A chamada Voluntarista ou Subjectivista é a primeira, adepta por juristas como José Tavares, entendia a interpretação como a real intenção dos pactuantes na celebração do negócio jurídico. Já a segunda, conhecida por Declarativista ou Objectivista, acolhida por Galvão Telles, denota que a declaração negocial deverá ser analisada sob o olhar de um homem médio, colocado na mesma posição em que se encontra o declarante. Este autor comenta que se não for razoável exigir-se um determinado comportamento do declaratário real, utiliza-se, subsidiariamente, o sentido mais favorável ao declarante. 19 Em contrapartida, Evaristo Mendes preza que se o resultado da interpretação não puder ser imputável ao declarante, a declaração negocial é nula ou ineficaz.20

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

19 TELES, Inocêncio Galvão - **Manual dos Contratos em Geral.**4ª Ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2010. ISBN 9789723211030. p. 443. *Apud* ALVES, Diego Gomes. A interpretação dos contratos a luz do Direito Português. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/66849/a-interpretacao-dos-contratos-a-luz-do-direito-portugues>. [Em linha] [Consult. em 05/04/19]

20 MENDES, Evaristo - **Interpretação e integração do negócio jurídico**[Em linha]. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2012. [Consultado em 27 Maio 2017]. Disponível em <http://www.evaristomendes.eu/ficheiros/Evaristo_Mendes_Interpretacao_e_integracao_do_negocio_juridico>. *Apud* ALVES, Diego Gomes. A interpretação dos contratos a luz do Direito Português. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/66849/a-interpretacao-dos-contratos-a-luz-do-direito-portugues>

Menezes Cordeiro prefere dizer que a declaração emitida deve ser resguardada pelo primado da boa-fé e que será interpretada conforme um declaratário normal e caso haja um erro no momento da declaração que não possa ser imputado pelo declaratário normal, a nulidade do ato deverá ser a única solução possível. 21 E por estar baseado na boa fé, quando o declaratário tiver conhecimento da intenção verdadeira do declarante, será de acordo com essa intenção que deverá valer a declaração emitida. Por isso, entendemos que o conhecimento da intenção do declaratário serve para que a declaração prevaleça no negócio jurídico. Os pactuantes deverão conhecer um do outro as intenções e as pretensões.

Para o intérprete do negócio jurídico há que se analisar se o declaratário tinha o conhecimento da real intenção e da pretensão final pelo declarante. Todo intérprete busca o sentido negocial da intenção dos pactuantes. O disposto no artigo 237.º do CC preconiza que em caso de dúvida, deverá prevalecer o menos gravoso para negócios gratuitos e nos onerosos, o julgador deverá se ater no equilíbrio das prestações. E essa dúvida não se refere aos fatos, mas sim na dúvida sobre a declaração emitida. De sorte que as dúvidas sobre os fatos serão dirimidas pelas provas a serem produzidas. Outrora, se mesmo diante da interpretação da declaração nos negócios jurídicos não se chegar a uma solução razoável, o melhor a fazer é declarar sua nulidade. O cerne da interpretação nos negócios jurídicos é a declaração. E a declaração pode ser vista como um comportamento humano voluntário, apto a produzir efeitos.É a intenção necessária para a formação de um negócio jurídico, exteriorizada e conhecida pelos demais participantes do negócio jurídico. Podendo ser manifestada expressamente ou tacitamente, já que até o silêncio pode valer como declaração negocial, nos termos do artigo 218.º do CC. 22 O que resta dizer é que deverá ser evidente e clara, de acordo com o julgado do Tribunal de Relação de Guimarães, no Acórdão publicado em 09.03.2017. 23

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

21 CORDEIRO, Antônio Menezes de - **Tratado de Direito Civil Português**. 3ª Ed. Almedina: Coimbra, 2005, p. 763

22 Artigo 218.º CC:” O silêncio vale como declaração negocial, quando esse valor lhe seja atribuído por lei, uso ou convenção.”

23 **Tribunal de Relação de Guimarães. Relator:** ANTÓNIO FIGUEIREDO DE ALMEIDA

#### **Processo:** 2955/15.1T8BRG.G1. **Data do Acordão:** 09/03/2017. **Votação:** UNANIMIDADE

Na interpretação da declaração negocial releva o sentido que seria considerado por uma pessoa normalmente diligente, sagaz e experiente em face dos termos da declaração e de todas as circunstâncias situadas dentro do horizonte concreto do declaratário, isto é, em face daquilo que o concreto destinatário da declaração conhecia e daquilo até onde ele podia conhecer.

Neste estudo, a declaração de vontade das partes que contratam a gestação de substituição devem estar perfeitamente adequadas e manifestamente expressas a fim de que não pairam dúvidas sobre o acordo celebrado, pois seguindo o regramento estipulado nas leis civil portuguesas, poderá haver tanto nulidade quanto interpretação a favor da gestante caso ela demonstre que não foi suficientemente cientificada de todos os impedimentos e deveres que devia se submeter. Bem como dos direitos que haveria de abrir mão no fiel cumprimento do contrato. Por isso é tão importante e fundamental esta abordagem sobre a declaração e interpretação da vontade negocial. Já que a não coincidência com a intenção e a declaração podem resultar na resolução contratual com consequências indenizatórias gravosas para uma das partes.

Também podemos dizer que se a gestante não tiver o pleno conhecimento do que estiver assinando, o artigo 246.º CC a socorre: “A declaração não produz qualquer efeito, se o declarante não tiver a consciência de fazer uma declaração negocial ou for coagido pela força física a emiti-la; mas se a falta de consciência da declaração foi devida a culpa, fica o declarante obrigado a indemnizar o declaratário.” É certo que com o passar dos anos, encontramos menos pessoas vulneráveis em nossa sociedade, porém, sempre haverá aquelas pessoas consideradas “alvo fácil” para aproveitadores, mesmo nos dias atuais. 24

Por isso repetimos que o declaratário tem que estar ciente do que está declarando, fazendo coincidir sua declaração com a intenção de seu pensamento. Lembrando que a boa fé deve estar presente em todas as relações negociais, tanto por parte do declarante quanto por parte do declaratário. E mais, a consciência da vontade em realizar o negócio jurídico também

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

24 Há vários vídeos no sitio da Youtube com o tema Surogacy India, onde são relatados desumanidades com as gestantes de substituição (<https://www.youtube.com/results?search_query=surrogacy+india>). Onde há mulheres que são coagidas pelos seus próprios maridos a gestar um bebê para um beneficiário devido ao recebimento que ela terá no final da gestação. E infelizmente, muitas mulheres são submetidas a esse tipo de constrangimento, sem ao menos ter ideia das dificuldades que enfrentará nessa posição de coação de seus maridos. Sendo ultrajadas em toda sua dignidade e respeito enquanto mulheres. Há relatos de casas especializadas em cuidar das gestantes no momento final da gestação que inclui o serviço do parto, pagos pelo casal beneficiário. Locais pequenos que abrigam cerca de cinquenta gestantes que receberão US$ 8,000 (oito mil dólares) logo após o nascimento e a entrega do bebê. Porém, aqui em Portugal não podemos falar nesse tipo de coação justamente porque os contratos típicos são gratuitos. Entretanto, pode até acontecer casos em que há o erro de maridos nessa situação semelhante. Embora haja o socorro legislativo para anular tal situação.

deve estar presente desde o início da contratação. A percepção do declaratário também deve estar atenta a falta de entendimento da declarante que seria a gestante de substituição, pois caso essa venha a alegar equívoco de entendimento, a declaratária assumirá o risco de não ter agido de boa fé no momento da celebração do contrato.

# **1.5. VÍCIOS NA FORMAÇÃO DA VONTADE**

Comovimos, a declaração de vontade tem grande relevância para o negócio jurídico e para ela ser considerada válida, é necessário que a vontade seja exteriorizada de maneira espontânea e livre. Mesmo aparecendo de forma expressa ou tácita, sobre ela podem interferir alguns vícios que a tornariam prejudicada, afetando a própria vontade ou a declaração feita pelo declaratário. E como consequência temos a anulabilidade e até mesmo a nulidade do negócio jurídico. Os vícios da vontade têm por base um desequilíbrio da manifestação volitiva do declarante em relação a sua declaração. Tais vícios aderem à vontade e denotam uma divergência entre a vontade real e a vontade declarada. São conhecidos como vícios, pois o declarante, no momento da manifestação de sua vontade encontra-se “viciado” ou “mascarado” e se o próprio declarante tivesse conhecimento da situação, certamente ele não consentiria com a forma como fora declarado. O direito português, segundo doutrina de Carlos Alberto da Mota Pinto, em sua obra “Teoria Geral do Direito Civil” divide o assunto em dois grupos. O primeiro relaciona-se com os vícios da vontade e estão compreendidos o erro, dolo, coação moral, incapacidade e estado de necessidade. E o segundo grupo destina-se à divergência entre a vontade real e a declaração, os quais compõem-se de simulação, reserva mental, declaração não séria intencional, coação física, falta de consciência e erro na declaração.

Outra divisão que devemos nos ater é sobre a divergência intencional e a divergência não intencional. Na intencional, o declarante emite de forma totalmente consciente e livre uma declaração com sentido diverso do que sua vontade real. Aqui encontramos a reserva mental e a declaração não séria. E na não intencional, a divergência entre a declaração e a vontade acontecem de modo involuntário. Ou porque o declarante não percebeu essa divergência ou porque ele foi forçado irresistivelmente a emitir tal declaração com sentido diverso do que realmente desejava. São exemplos, a coação física, falta de consciência da declaração, erro na declaração e erro na transmissão da declaração.

#### **1.5.1. ERRO**

Esse erro da vontade se caracteriza por ser um erro na formação da vontade e no processo de decisão da declaração. É o primeiro a ser estudado dentro dos vícios da vontade. Ele pode ter uma ignorância da situação ou uma falsa ideia do acontecimento real, pois se tivesse o perfeito conhecimento, não celebraria o negócio jurídico. O erro pode ser em relação a pessoa ou ao objeto essencial e que o erro seja um fator determinante. Por ser tão relevante para nosso estudo, será abordado a seguir com mais profundidade.

#### **1.5.2. DOLO**

O dolo tem o intuito de induzir alguém ou mantê-lo em erro. Contemplado no artigo 25325 do CC, é considerado uma espécie agravada de erro qualificado. Ele desfigura a realidade e cria aparências falsas, ilusórias. A doutrina distingue o dolo incidental do dolo essencial. No essencial, o dolo é fundamental para a celebração do negócio jurídico, tornando-o anulável. E no incidental, o declaratário foi apenas influenciado a respeito das condições do contrato, por isso não induz necessariamente a anulação. O declarante cuja vontade tenha sido determinada por dolo pode anular a declaração. (artigo 254.º CC). Na Subsecção intitulada Responsabilidade por factos ilícitos do Código Civil, o artigo 483.º estabelece que “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.”

#### **1.5.3. COAÇÃO MORAL**

É a força psicológica, que pode decorrer de uma séria ameaça ao declarante que acaba

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

25 Artigo 253.º do Código Civil: 1. Entende-se por dolo qualquer sugestão ou artifício que alguém empregue com a intenção ou consciência de induzir ou manter em erro o autor da declaração, bem como a dissimulação, pelo declaratário ou terceiro, do erro do declarante.  2. Não constituem dolo ilícito as sugestões ou artifícios usuais, considerados legítimos segundo as concepções dominantes no comércio jurídico, nem a dissimulação do erro, quando nenhum dever de elucidar o declarante resulte da lei, de estipulação negocial ou daquelas concepções.

sucumbindo e aceitando expressar uma vontade que não condiz com seu interior. O artigo 255.º do CC descreve que “ Diz-se feita sob coacção moral a declaração negocial determinada pelo receio de um mal de que o declarante foi ilicitamente ameaçado com o fim de obter dele a declaração”. E ainda  “A ameaça tanto pode respeitar a pessoa como a honra ou fazenda do declarante ou de terceiro.” É o medo que desencadeia a declaração. Conforme já dito alhures, em Portugal talvez pela gratuidade do contrato de gestação de substituição isso não ocorra, porém, em lugares onde há um pagamento, como a Índia por exemplo, até mesmo os maridos de mulheres exercem esse papel de coação moral fazendo-a que aceite gestar um bebê para um casal beneficiário em troca do dinheiro na adimplência contratual. Diferente da coação física, a coação moral resulta na anulabilidade contratual, enquanto na física a consequência é a nulidade. Não é demais lembrar que “não constitui coacção a ameaça do exercício normal de um direito nem o simples temor reverencial.”

#### **1.5.4. INCAPACIDADE ACIDENTAL**

A incapacidade acidental tem guarida no artigo 257.º do CC e pode decorrer de qualquer causa patológica que envolva por exemplo, uma embriaguez, um estado febril delirante, onde nesse momento o declarante encontrava-se incapaz de entender e exercer sua manifestação volitiva. O que devemos atentar é que a lei nesse caso protege aqueles que se encontram num momento acidental, ou seja, não se estende aqueles incapacitados permanentes que serão protegidos por outro dispositivo. O negócio jurídico será anulado, exigindo que uma pessoa de normal diligência possa notar a incapacidade acidental. A doutrina portuguesa defende que aquele que abusou do direito seja responsabilizado. Pelos mesmos motivos expostos acima, também descartamos a ideia de acontecimento nos contratos de gestação de substituição.

#### **1.5.5. ESTADO DE NECESSIDADE**

O artigo 339.º do Código Civil diz que “É lícita a acção daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo actual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro.” Nisso podemos conceituar estado de necessidade como sendo uma situação que o agente, em perigo atual, só conseguirá salvaguardar um interesse protegido juridicamente com o sacrifício de outro bem também protegido juridicamente. Todavia, o artigo 282.º do CC diz que somente será anulável o negócio jurídico em que houver a exploração da situação de necessidade. No caso, se uma mulher aceitar assinar o contrato de gestação de substituição por estar sob a influência de um estado de necessidade.

#### **1.6. DIVERGENCIA ENTRE A DECLARAÇÃO E A VONTADE**

**1.6.1. SIMULAÇÃO**

Ao pesquisarmos a definição de simulação descobrimos que é a ausência de correspondência com a verdade. Um disfarce, um fingimento. E de acordo com o artigo 240.º do CC é o acordo entre declarante e declaratário no intuito de enganar terceiros, com a divergência entre a declaração negocial e a vontade real. Seria um conluio entre as partes com a finalidade de enganar outros, com uma declaração falsa. A doutrina diferencia duas espécies de simulação, a fraudulenta e a inocente. Na inocente as partes apenas criam uma pseudo aparência em seu aspecto exterior. Já na fraudulenta, além da falsidade, há o intuito de enganar alguém para obter um benefício próprio. A simulação relativa está conceituada no artigo 241.º Código Civil, “Quando sob o negócio simulado exista um outro que as partes quiseram realizar, é aplicável a este o regime que lhe corresponderia se fosse concluído sem dissimulação, não sendo a sua validade prejudicada pela nulidade do negócio simulado.” A consequência jurídica é a nulidade, dessa forma não há nenhuma produção de efeitos, operando de pleno direito, isso porque a sanção é decorrente da própria legislação. Diz Mota Pinto:

...na interposição fictícia, há conluio entre os dois sujeitos reais e o interposto. Este é um simples testa de ferro, o homem de palha. Na interposição real, o interposto atua em nome próprio, mas no interesse e por conta de outrem, por força de um acordo entre ele e um só dos sujeitos. 26

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

26PINTO, Carlos Alberto da Mota - **Teoria Geral do Direito Civil, 470.** *Apud*FALTA E VÍCIOS DA VONTADE: UMA VIAGEM PELA JURISPRUDÊNCIA. BARBOSA. Mafalda Miranda**.** [Em linha] Disponível em<http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018_06_2391_2446.pdf>**).**

E, por acarretar nulidade, está sob o manto do artigo 286.º do mesmo diploma legal, podendo ser invocada a qualquer momento, pelos próprios simuladores, pelos interessados e pelos herdeiros legitimários que pretendam agir em vida do autor da sucessão contra os negócios por ele simuladamente feitos com o intuito de os prejudicar (artigo 242º, n.º 02 do Código Civil). Porém, não poderá ser arguida pelo simulador contra terceiro de boa-fé (artigo 243º CC). Nos contratos de gestação de substituição, por suas próprias razões seria difícil vislumbrar tal vício do consentimento. No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, no processo n.º 261/2000.C1.S1, colacionamos um trecho onde há uma diferenciação entre simulação e outros vícios da vontade.27

#### **1.6.2. RESERVA METAL**

Consoante já exposto, a essência do negócio jurídico está na declaração negocial, haja vista que se trata de um acordo de vontades. E o olhar dessa estrutura central pode ser atribuída a um posicionamento de segurança jurídica, vez que o negócio jurídico trará direitos e obrigações. Por isso o artigo 244.º do CC disciplina a reserva mental. Que nas palavras de José de Oliveira Ascenção “é a divergência intencional da vontade unilateral, bastando para sua configuração a mera intenção de enganar, não sendo necessário o intuito de prejudicar, já que a lei não exige o prejuízo, mas apenas a vontade de ludibriar. Ao reverso, se houver divergência da vontade, mas sem o propósito de enganar, não haverá reserva mental.” A virtude para tal sopesamento é a necessidade de preservar a confiança na declaração. E prestigiar a boa fé e a ética nas relações. Da leitura do dispositivo legal extraímos que o declarante, consciente de sua

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

27 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º 261/2000.C1.S1. 1.ª Secção. Relator Sebastião Póvoas. Data do Acórdão: 17/04/2012.A simulação, a reserva mental e a declaração não séria são “species” do “genus” divergência entre a vontade real e a vontade declarada, tendo a primeira um “pactum simulationis” e o escopo de enganar (simulação inocente) ou de prejudicar (simulação fraudulenta) terceiros; a segunda de enganar, ou prejudicar, o declaratário e a última proferida na expectativa de que o declaratário se deixará enganar (graça malévola) não sendo o ludibrio o propósito primeiro. O negócio simulado – quer na simulação inocente (decipiendi) quer na fraudulenta (nocendi) é nulo sendo a nulidade “ex tunc”, de conhecimento oficioso, não sanável, mas atípica pois que os simuladores não a podem invocar contra terceiro de boa fé. O percurso para a simulação é o seguinte: a divergência entre a vontade real e a vontade declarada; o acordo simulatório; o intuito de enganar ou prejudicar terceiros. A vontade real e a vontade declarada são aferidas em termos psicológicos; o pacto simulatório implica um encontro de vontades com um objectivo comum (decipiendi, nocendi ou ambos).

real vontade, não deverá omitir ou maquiar, com a finalidade de enganar o declaratário, criando nele uma expectativa que não vai condizer com a verdade. Na reserva mental não há falta de consciência negocial, ele é ciente e entende seu desejo, mas declara de maneira diversa de sua real intenção. O negócio jurídico existe, entretanto, é suscetível de nulidade, devido a divergência entre o querido e o declarado. Então, a validade ou nulidade do negócio jurídico quando houver reserva mental por parte do declarante dependerá do conhecimento ou não por parte do declaratário desta reserva mental.

A primeira parte do artigo 244.º do CC procura conceituar o instituto da reserva mental, mas a segunda parte destaca-se por excepcionar uma irrelevância da reserva mental, já que relata que não prejudica a validade da declaração quando o declaratário não souber, mas em caso de conhecimento por parte dele, a reserva terá os efeitos da simulação. Pires de Lima e Antunes Varela cuidam que:

A relevância jurídica da reserva mental depende do conhecimento que dela tenha o declaratário. O que se passa apenas no foro íntimo do declarante não prejudica a declaração, embora ela não corresponda àquilo que se quer. Se a reserva for, porém, conhecida do declaratário, já a divergência entre a vontade real e a vontade declarada produz a nulidade da declaração, como se essa divergência resultasse de um acordo e se se tratasse de um acto simulado. 28

A doutrina ainda faz distinção entre reserva mental lícita e ilícita, nas palavras de Maria Helena Diniz:

Reserva mental lícita: A reserva mental é a emissão de uma intencional declaração não querida em seu conteúdo, nem tampouco em seu resultado, pois o declarante tem por único objetivo enganar o declaratário. Logo, se conhecida da outra parte, não toma nula a declaração da vontade, pois esta inexiste, e, consequentemente, não se forma qualquer ato negocial, uma vez que não havia *intentio* de criar direito, mas apenas de iludir o declaratário. Se for desconhecida pelo destinatário subsiste o ato. Reserva mental ilícita conhecida do declaratário. Se além de enganar, houver intenção de prejudicar, ter-se-á vício social similar à simulação, ensejando nulidade do ato negocial. É preciso esclarecer ainda que

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

28 LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes - **Código Civil anotado, vol. I**, Coimbra: Coimbra Editora, 1967, p. 157*. Apud* PAGNONCELLI, André de Carvalho. Reserva mental no código civil brasileiro e nos códigos português e alemão. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,reserva-mental-no-codigo-civil-brasileiro-e-nos-codigos-portugues-e-alemao,45082.html> Acessado em 01/04/2019.

o conhecimento da reserva mental que acarreta a invalidade do negócio somente pode ser admissível até o momento da consumação do ato negocial, pois se o declaratário comunicar ao reservante, antes da efetivação do negócio, que conhece a reserva, não haverá esta figura, que tem por escopo enganar o declaratário. 29

#### **1.6.3. DECLARAÇÃO NÃO SÉRIA INTENCIONAL**

Tal qual a reserva mental, a declaração não séria também visa a tutela de confiança e boa-fé entre as partes. No momento em que as partes não estão diante de uma peça teatral, espera-se que elas realmente desejam e tenham a plena consciência do que estão acordando, pois as vontades declaradas gerarão direitos e obrigações. O legislador português em atenção ao germânico primou pela certeza de que a vontade exarada do declarante não crie falsa expectativa ao declaratário, pois a declaração não séria acontece toda vez que for feita em circunstâncias que induzam o declaratário a aceitar justificadamente a sua seriedade, e não sendo, caberá direito de indenização por este. O declarante por sua vez presume que o declaratário tem plena ciência da ausência de vontade negocial. Nessas declarações pode aparecer o *animus jocandi*, onde o tom jocoso estaria presente, por exemplo. Por isso aquela declaração desacompanhada de seriedade não pode ter qualquer efeito negocial, estando inapta a produzir efeitos. Mas a declaração que pugna pela seriedade e não tem, gera o direito de indenização. Talvez nem esteja provida de má-fé, apenas de um equívoco significativo. Mesmo assim, presumindo que o declaratário tivesse tal entendimento, ele será socorrido pela tutela do legislador. Outro apontamento interessante trazido no artigo 245.º CC, chamado de declaração não séria, neste estudo analisado pode representar uma indenização para a gestante. No instante em que o casal beneficiário a induza a assinar o contrato, fazendo-a aceitar uma realidade que na verdade não acontecerá. Exemplificamos com a oferta de pagamento à gestante para aceitar o contrato. Porém, no transcorrer da execução, a gestante não recebe pagamento por tratar-se de contrato gratuito, clausulado especificamente.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

29  DINIZ, Maria Helena - **Código Civil Anotado**. Editora Saraiva, 15.ª edição. São Paulo, 2010. P. 80. *Apud* AVILLES, André Guimarães. A declaração de vontade negocial na formação do negócio jurídico. Dissertação par o grau de Mestrado da PUC/SP. [Em linha] Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6980/1/Andre%20Guimaraes%20Avilles.pdf> [Consult. em 01/04/2019].

Esse cenário também poderá adentrar a reserva mental do artigo 244.º do mesmo diploma legal 30. Caso ocorra erro, reserva mental ou declaração não séria, entendemos que o contrato deverá ser anulado. Importante considerar que contrato nulo não possui efeitos, de modo que havendo uma situação em que a gestante esteja em desvantagem devido a intencionalidade artificiosa do casal beneficiário, entendemos que ela deverá ficar com a criança se assim a desejar, fazendo jus ao direito civil vigente.

#### **1.6.4. COAÇÃO FÍSICA**

É a forma mais drástica de atentado à liberdade negocial de uma pessoa. Nesse caso o declarante é forçado fisicamente a manifestar uma vontade que terá apenas uma aparência de verdade. Por sua vez não produz qualquer efeito, consoante disposto no artigo 246.º Código Civil. Cremos que dificilmente acontecerá nos contratos de gestação de substituição, uma vez que a adimplência do contrato por si só não seria capaz de sustentar tal coação.

#### **1.6.5. FALTA DE CONSCIÊNCIA NA DECLARAÇÃO**

Também previsto no artigo 246.º do CC, onde preceitua que “ A declaração não produz qualquer efeito, se o declarante não tiver a consciência de fazer uma declaração negocial ou for coagido pela força física a emiti-la; mas, se a falta de consciência da declaração foi devida a culpa, fica o declarante obrigado a indemnizar o declaratário.” Trazendo para a prática do contrato de gestação de substituição, cremos que também será difícil de acontecer, tendo em vista que o início de procedimentos para a realização do contrato, como a PMA poderia acabar

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

30 Artigo 244.º: “Há reserva mental, sempre que é emitida uma declaração contrária à vontade real com o intuito de enganar o declaratário.” Artigo 245.º: “1 - A declaração não séria, feita na expectativa de que a falta de seriedade não seja desconhecida, carece de qualquer efeito. 2 - Se porém, a declaração for feita em circunstâncias que induzam o declaratário a aceitar justificadamente a sua seriedade, tem ele o direito de ser indemnizado pelo prejuízo que sofrer.”

com a falta de consciência na declaração. Um exemplo clássico a citar seria o levantar das mãos num leilão de arte. Embora a legislação preveja que no caso de culpa, o declarante ficará obrigado a indenizar o declaratário. Nota-se que a falta de consciência deve ser relevante. E isso pressupõe um declarante capaz de discernir os fatos.

#### **1.6.6. DA CONFIGURAÇÃO DO ERRO**

Uma importante questão a ser analisada diz respeito ao erro. Quando surge tal elemento a relação negocial poderá ser anulada, permitindo muitas vezes indenização por parte de quem agiu dolosamente. No presente estudo, vislumbramos uma hipótese de a gestante cair em erro e consequentemente anular o contrato de gestação por substituição.

De acordo com a lei em vigor, o erro pode ser causa de uma divergência não intencional entre a vontade e a declaração ou constituir um vício da vontade: no primeiro caso depara-se-nos o erro obstáculo ou erro na declaração, previsto no artigo 247.º; no segundo, o erro-vício, consagrado nos artigos 251.º e 252.º. este é sempre no dizer da lei, um erro nos motivos determinantes da vontade e pode referir-se à pessoa do declaratário ou ao objeto do negócio (artigo 251.º) ou, pelo contrário, a nenhum deles, sendo esta última hipótese, definida por via negativa, aquela que se designa de erro sobre os motivos (artigo 252.º, n.º 1), de que o erro sobre a base do negócio constitui uma situação especial (artigo 252.º, n.º 2). 31

Nos ensina Pedro Nunes de Carvalho que “O erro obstáculo consiste numa falsa representação da realidade, que determina uma divergência entre a vontade e a declaração. O erro vício consiste numa falsa representação da realidade que determina uma divergência entre a vontade efectiva e a vontade conjectural.” 32

Os requisitos de relevância do erro para o declarante têm que ser a essencialidade e para o declaratório, a cognoscibilidade. Existe essencialidade quando o declarante chega à conclusão

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

31 PINTO, Carlos Alberto da Mota - **Teoria Geral do Direito Civil**. Editora Almedina, Pg 505 e 514.

32 Considerações acerca do erro em sede de patologia da declaração negocial. [Em linha][Consult em 06.05.2019] Cnen.gov.br/component/content/article/78-cin/dicas-academicas/281-verificadores-de-plagio-online-gratuitos

que se não fosse o erro não teria emitido a declaração de vontade, ou seu conteúdo seria diferente. Houve divergência entre a vontade real e a declarada, nisto consiste o erro. Se o fato não for essencial, há somente erro acidental. E para o declaratório essa essencialidade terá que ser conhecida. Esse conhecimento é medido para o conhecimento de um homem médio.

I.–No caso de erro sobre o objeto do negócio, incumbe à parte que errou/declarante demonstrar um duplo requisito: (i) que haja essencialidade para o declarante do elemento sobre o qual o erro incidiu, sendo que o erro é essencial se, sem ele, se não celebraria qualquer negócio ou se celebraria um negócio com outro objeto ou de outro tipo ou com outra pessoa; (ii) que o declaratário conhecia a essencialidade para o declarante do elemento sobre o qual o erro incidiu ou não deva ignorar que assim era (cognoscibilidade).

II.–Tratando-se de erro na formação da vontade, a cessação do vício dá-se com o conhecimento do erro. 33

De outra sorte, para o erro vício se concretizar há que se considerar outras hipóteses abrangidas pela lei, no artigo 251.º e 252.º do Código Civil, quais sejam, o erro sobre o objeto, sobre a pessoa ou sobre os motivos. Para o autor o erro sobre a base não poderá recair sobre a pessoa e sobre o objeto ao mesmo tempo. Com efeito para o Professor Oliveira Ascenção há essa possibilidade. Segundo ele, quando ocorrer o erro, além da anulabilidade, também é possível alterar o negócio jurídico de acordo com juízos de equidade.

##### 1.6.6.1. ERRO OBSTÁCULO

Também conhecido como erro na declaração, acontece quando não intencionalmente, por engano, a vontade declarada não revela a vontade real do declarante. A vontade até se forma realmente, porém, no momento da celebração do contrato, ocorre uma falha que não permite a realidade expressa. Nas palavras de Emílio Betti, trata-se  “(…) de um erro que faz faltar no

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

33 Relator:  LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA. Processo: 1223/10.0TVLSB.L2-7. Data do Acordão: 10/10/2017. Meio Processual: APELAÇÃO. Tribunal de Relação de Lisboa

autor do acto a consciência do seu significado objectivo, provocando uma discrepância entre este e a ideia que ele dele faz.” 34 Está compreendido no artigo n.º 247.º do Código Civil e exige a essencialidade e o conhecimento na declaração. Através do disposto no artigo 248.º CC, podemos perceber que o direito português abraça o aproveitamento dos negócios jurídicos, ao afirmar que a anulabilidade não procede, se o declaratário aceitar o negócio como o declarante queria.

**1.6.6.2. ERRO DE CÁLCULO OU DE ESCRITA**

É a possibilidade de retificação, quando surge o simples erro de cálculo ou de escrita ao ler o texto imediatamente. Nesse caso socorre-se ao artigo n.º 249.º Código Civil. Caso não seja reconhecido no momento da celebração do contrato, será regulado pelo artigo 247.º do mesmo Código.

**1.6.6.3. ERRO NA TRANSMISSÃO DA DECLARAÇÃO**

Finalmente, o erro na transmissão da declaração está previsto no artigo nº 250.º do CC e rege que “a declaração negocial inexactamente transmitida por quem seja incumbido da transmissão pode ser anulada, nos termos do artigo 247.º” 35 O erro na declaração era expressamente previsto no artigo 1837 do Código Seabra, cujos termos deviam ser interpretados restritivamente, no sentido de que o erro-obstáculo só não invalidava a disposição \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

34 BETTI, Emilio - **Teoria Geral do Negocio Jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969. ISBN 858748485. *Apud* Elementos do Contrato: Vontade, Ausência de Vontade e Vícios da Vontade. AZULAY, David. [Em linha]. [Consult. em 16/06/2019]. Disponível em <https://davidazulay33.jusbrasil.com.br/artigos/557994572/elementos-do-contrato-vontade-ausencia-de-vontade-e-vicios-da-vontade>.

35   Artigo 247.º CC: “Quando, em virtude de erro, a vontade declarada não corresponda à vontade real do autor, a declaração negocial é anulável, desde que o declaratário conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro.”

testamentária, quando se mostrasse claramente qual era a intenção do testador, mas só desde que a não correspondência entre ela e o sentido usual dos termos empregues fosse indiciada pela letra do documento, só por si ou conjugada ou com algum dado objectivo irrecusável (p. ex. impossibilidade de execução da respectiva disposição).36 Além da exposição dos vícios de vontade como fatores que podem ocasionar a nulidade contratual, também no plano da validade dos negócios jurídicos estão contidos os institutos de nulidade e anulabilidade, dispostos nos artigos 285.º a 294.º do Código Civil.

##### 1.6.6.4. ERRO SOBRE A PESSOA OU SOBRE O OBJETO DO NEGÓCIO

Contido no artigo 251.º do Código Civil, aprendemos que o erro que atinge os motivos determinantes da vontade, quando se refere à pessoa do declaratário ou o objeto do negócio, torna este anulável nos termos do artigo 247.º CC. No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 5223/05.3TBOER.L1.S1, encontramos que:

O erro-vício ou erro-motivo, que se traduz num erro na formação da vontade e do processo de decisão, existe quando ocorre uma falsa representação da realidade ou a ignorância de circunstâncias de facto ou de direito que intervieram nos motivos da declaração negocial, de modo que, se o declarante tivesse perfeito conhecimento das circunstâncias falsas ou inexactamente representadas, não teria realizado o negócio ou tê-lo-ia realizado em termos diferentes. É relevante saber se o erro foi factor determinante da declaração negocial emitida – essencialidade do elemento sobre que incidiu o erro – e se o destinatário da declaração conhecia ou devia conhecer essa essencialidade. A demonstração dos factos integradores da essencialidade e respectiva cognoscibilidade, por constituírem requisitos de relevância do erro e fundamento da anulabilidade do negócio (arts. 251.º e 247.º do CC), constitui ónus de quem invoca o erro.37

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

36 PINTO, Carlos Alberto da Mota - **TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL**. Pg 73 e 74 [Em linha] Disponível em <http://www.idclb.com.br/revistas/01/revista1%20(10).pdf>

37 Relator: Antonio Joaquim Piçara. Data do Acórdão 15/05/2012. [Em linha]. [Consult. Em 14/04/2019] <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0259f410ec92f62480257a01003e001c?OpenDocument>

#### **1.7. DA OBRIGAÇÃO NOS CONTRATOS**

O conceito de obrigação no Código Civil aparece no artigo 397.º que por sua vez diz que: “Obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação.” Também aprendemos que a obrigação não precisa ser pecuniária, porém deve corresponder a um interesse legítimo e digno de proteção legal do credor. Fazendo parte do Direito Civil e por sua vez do Direito Privado, reconhecemos duas características que lhe são peculiares, quais sejam, a liberdade e a igualdade. Nesse contexto, as partes podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, sem a necessidade de demonstrar a motivação. São livres para contratar, estando apenas limitados pelos ditames legais da moral, ética e bons costumes. Um conceito importante para a obrigação do contrato está nos seus elementos. O elemento subjetivo da obrigação sempre será formado pelo credor e devedor que participarão do negócio jurídico a ser celebrado. Por elemento objetivo, a doutrina destaca duas espécies, o objeto imediato e o objeto mediato. O objeto é constituído por uma conduta humana, denominada de prestação, que pode tanto ser positiva, no caso das obrigações de entregar ou fazer, quanto negativa, através das obrigações de não fazer. Essa conduta é conhecida como objeto imediato. Já o objeto mediato é o alvo prático da obrigação, é a prestação propriamente dita. Se pensarmos numa compra e venda, o objeto imediato será a obrigação de entregar e o objeto mediato, o imóvel. Para tornar válida uma obrigação, será necessário observar alguns requisitos, quais sejam, a licitude do objeto, a possibilidade de execução, sua determinabilidade e que seu conteúdo possa ser econômico. Nesse último requisito, de acordo com o CC Italiano, há que se considerar que mesmo que o interesse do credor seja apatrimonial, este deve possuir uma avaliação monetária. Isso porque na justiça sempre deverá ter um valor atribuído, caso haja necessidade de reparação de danos. Embora, há doutrinadores que discordam desse requisito, deixando o critério de valoração da reparação somente a cargo exclusivo do magistrado. Por sua vez a obrigação que impõe o devedor a cumprir com a prestação é chamada de vínculo jurídico.

Há ainda uma classificação de obrigação de meio e de resultado. A de meio se verifica naquela em que o devedor se serve de seus conhecimentos e meios para alcançar o resultado, sem conduto se responsabilizar em caso de não cumprir com o prometido. Por exemplo, contratos com advogados. E a obrigação de resultado é aquela que o devedor, além de utilizar seus conhecimentos, há a sua responsabilização, caso não atinja os resultados conforme pretendido. Por exemplo, contrato de transportes. Também encontramos as obrigações momentâneas, cuja conclusão se concentram num único ato imediato a sua celebração (p. ex. compra e venda de bem móvel a vista). Obrigações de execução diferidas se caracterizam por cumprir a execução num ato posterior (p. ex. entrega de um objeto com data agendada). E obrigações de execução continuada, onde o cumprimento se satisfaz por meio de atos continuados (p. ex. prestação de serviço). A doutrina ainda classifica a obrigação com três características, a patrimonialidade tendencial; a mediação e a relatividade. Para a patrimonialidade tendencial verificamos que geralmente a obrigação entre as partes possui um valor patrimonial, embora já vimos que o próprio Código Civil em seu artigo 398.º, n.º 2 excetua o conteúdo pecuniário. A mediação significa que nas hipóteses de inadimplência, o credor necessita de um colaborador para exercer seu direito ao crédito e por fim a relatividade diz respeito a relação entre credor e devedor, dessa forma, somente o credor tem o direito de exigir o cumprimento e somente o devedor de cumprir com o pacto celebrado entre eles. E por relatividade se entende que o direito somente existe em virtude do dever do outro, assim, a relação jurídica estabelecida, terá eficácia e gerará consequências entre as partes que participaram da transação. Se a obrigação resultar de um negócio jurídico, necessariamente estará sujeita as regras do artigo 280.º das normas civis, podendo até mesmo acarretar a nulidade do negócio, caso desrespeite algum dos limites estabelecidos no dispositivo legal, o qual será analisado posteriormente.

Ninguém pode ser coagido para fisicamente cumprir com uma obrigação se voluntariamente não desejar. Nesses casos, conforme o artigo 827.º do Código Civil, o credor poderá apenas proceder a execução de seu patrimônio para tentar obter a satisfação de seu direito. Ou até mesmo obter uma indenização pelos danos sofridos em virtude de sua inadimplência contratual (artigo 798.º CC). Através dessa afirmação, questiona se o verdadeiro objeto do direito ao crédito não será antes o patrimônio do devedor ou o cumprimento de sua obrigação. Achamos interessante trazer esse pequeno estudo neste trabalho a fim de concluirmos pelo direito da gestante ao final da gestação de se arrepender de entregar a criança, por desejar que a doutrina ampare uma mera expectativa de direito do casal beneficiário, resolvendo tal circunstância sob a responsabilidade civil, além do risco que será propriamente analisado posteriormente.

Vejamos: há duas realidades de satisfação de obrigações. A primeira diz respeito a conduta do devedor, quando ele voluntariamente resolve adimplir com sua parte no contrato e entrega a satisfação do direito ao credor e a segunda refere-se ao patrimônio do devedor, quando por circunstâncias alheias a sua vontade ou até mesmo outro motivo relevante, a satisfação do credor recai sobre seus bens, resolvendo dessa forma a obrigação inicialmente pactuada. A questão que gira em torno do conceito e da estrutura da obrigação aborda três teorias que se denomina personalista, realista e mista. As teorias personalistas invocam que o direito ao crédito é um vínculo pessoal, ou seja, o objeto de satisfação é entregue pela vontade do devedor e esse direito recai sobre sua pessoa. Assim era visto no Direito Romano, onde o direito enxergava um domínio sobre a pessoa. A obrigação por sua vez era vista como uma sujeição da pessoa do devedor ao credor, que tinha a permissão até de leva-lo a escravidão, caso não cumprisse com sua obrigação. Atualmente o Direito Moderno não permite tal imposição direta sobre a pessoa. O devedor permanece um sujeito da obrigação, mas não um objeto dela. Pelo que a execução somente poderá recair sobre os bens do devedor e não sobre sua pessoa. A teoria clássica que também faz parte da teoria personalista, consiste na faculdade de exigir uma conduta de um determinado devedor, porém essa conduta não pode ser coercitivamente exigida, entretanto poderá ser cobrada através do patrimônio do devedor inadimplente. Essa teoria enxerga o direito de crédito como um direito à prestação do devedor.

Outra teoria que se destaca na doutrina é a chamada realista, para essa teoria, o direito de crédito não é um direito à prestação como queria a personalista, mas sim um direito sobre o patrimônio do devedor. Algumas modalidades que permeiam esta teoria apontam para: o crédito como um direito sobre os bens do devedor; o crédito como uma relação entre patrimônios; o crédito como um direito à transmissão dos bens do devedor e o crédito como expectativa da prestação, acrescida de um direito real de garantia sobre o patrimônio do devedor. 38 E finalmente a teoria mista entende que o credor teria os dois direitos fundamentais, um direito à prestação, que um seria direito pessoal e um direito sobre o patrimônio, que seria um direito real de garantia. O primeiro sendo satisfeito com a conduta do devedor (cumprimento voluntário) e o segundo, na sua ausência, sendo satisfeito com a execução dos bens do devedor, através de mecanismos de execução forçada por meio da justiça.

A posição adotada pelo Código Civil Português está concentrada no artigo 397.º onde consagra a teoria clássica, definindo a obrigação como o vínculo jurídico por meio do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação. Dessa forma, a ação executiva

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

38 LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direito das Obrigações**. Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações. 15ª edição, Editora Almedina, Pg. 69, 2018.

do Estado é uma sanção imposta ao incumprimento da obrigação, através do qual se assegura a proteção jurídica ao direito de crédito. Assim, através dessa análise do olhar da doutrina acerca do cumprimento da obrigação, discordamos das decisões judiciais arbitrárias de forçar a entrega da criança ao eventual casal beneficiário. Pois entendemos que nesse caso, o Magistrado estaria retrocedendo a teoria personalista do Direito Romano e invadindo sua privacidade ao forçar uma execução personalíssima ao invés de aplicar o Direito Moderno de satisfazer o credor com a execução de bens. Sabemos que é um tanto tormentoso e polêmico esse entendimento. Entretanto, se juntarmos todos os argumentos discorridos nesse singelo trabalho, talvez possamos vislumbrar um possível direito ao arrependimento da gestante em substituição a ser amparada pela legislação portuguesa vigente. Mas repetimos, impossível seria uma coerção personalíssima de entregar a criança ao casal beneficiário, por todos os argumentos já apresentados. Outro ponto a discorrer no tocante ao objeto desta relação jurídica é que alguns autores consideram como sendo ilícita a elaboração do contrato de gestação de substituição. Vez que não há. Cunha e Domingues, entendem que ao considerar o contrato como uma prestação de serviço, certamente encontraremos licitude no objeto, porém a partir do momento em que se considerar que o objeto da gestação de um útero temporário será a entrega de uma coisa e no caso, essa coisa é um ser humano, o contrato deixa de ser lícito pois “se estará diante de uma situação que ensejará questionamentos de alta incidência ética, com a alegação de que se trataria de um contrato que transferiria um ser humano a outra pessoa num contexto em que não se admite a comercialização de pessoas.” 39 A natureza do contrato também gera um pouco de divergência. Se for considerada como contrato de compra e venda ou doação, eles possuem em comum o objeto que se materializa como “coisa”. E não podemos vislumbrar a entrega de um bebê sendo equiparada a uma “coisa”, isso realmente seria a degradante coisificação do ser humano. Nisso consistiria a ilicitude contratual, de forma que o indivíduo não pode ser mercantilizado sob nenhum aspecto, ainda mais fazendo parte como objeto de um contrato. A Profa. Dra. Stela Barbas, em sua participação no Tribuna da Justiça, em 1999, já dizia que devemos “evitar a todo custo que a pessoa humana possa ser considerada objeto da relação jurídica e como tal passar a produto industrial, que se compra, vende, troca e manipula.”

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

39 CUNHA, Leandro R. da; DOMINGOS, Terezinha de O - **Reprodução humana assistida: a resolução 2013/13 do Conselho Federal de Medicina (CFM).** In: Revista de Direito Brasileira, Florianópolis: CONPEDI, 2013, v. 6. p. 273-290. *Apud* LANDMEIER, Felipe Redecker; SCHMIDT, Alice Krämer Iorra. A (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ELABORAÇÃO DE CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO. Disponível em <file:///C:/Users/Financeiro/Downloads/1016-1025-1-PB%20(1).pdf>

Também não há o que falar em locação (de útero), posto que a obrigação ultrapassa os limites de uma simples locação temporária. Estamos falando em geração de um bebê no interior do útero de uma mulher que usará da vida desta para alimentar, fortalecer e desenvolver outra vida humana. A única concordância em relação ao contrato de gestação de substituição consiste no fato de ser uma obrigação de fazer, na modalidade de prestação de serviços *sui generis*. Pelo que a obrigação principal decorre do cumprimento de obrigações acessórias. Nesse caso, há uma série de compromissos, deveres, obediências e até posturas que a gestante assume, tais como alimentação, cuidados, realização de exames pré-natais, higiene, exercícios, entre outros, que configuram uma obrigação de fazer. Mesmo que celebrado gratuitamente, Guilherme Gama defende que seria um contrato inexistente, pois nem o óvulo, o embrião ou o útero permitem sob o aspecto dos elementos estruturais, a formação de um contrato tendo algum deles como objeto. 40

Quanto à gratuidade, a maioria da doutrina pesquisada é favorável ao não recebimento de quantia por parte da gestante, o que em princípio estaria consolidando ainda mais o fato de comercialização da vida humana, o que logicamente é uma violação aos direitos humanos. Sendo o terceiro negócio ilícito mais rentável do mundo. Assim, a Assembléia Geral da ONU criou um comitê intergovernamental para elaborar uma convenção internacional global contra esses crimes e examinar a possibilidade de elaborar um instrumento para tratar de todos os aspectos relativos ao tráfico e comércio de pessoas, em especial de mulheres e crianças. .A partir do ano de 2000, vários protocolos e convenções foram adicionados a mecanismos da ONU para que os Estados-membros mantenham esforços de combater o tráfico e o comércio de seres humanos. 41 Mas sob a ótica de Rizzardo 42, justifica-se a remuneração em face da série de cuidados e posturas que a gestante tem que ter. Ainda mais, “o fato do aumento do ventre, da perda de agilidade, das constantes visitas médicas, da disponibilidade total para todas as

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

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

41 [Em linha]. Disponível em (<https://www.politize.com.br/trafico-de-pessoas-no-brasil-e-no-mundo/>). [Consult. em 08/02/2019].

42 RIZZARDO, Arnaldo. Direito de família: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007., *Apud* LANDMEIER, Felipe Redecker; SCHMIDT, Alice Krämer Iorra. **A (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ELABORAÇÃO DE CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO**. [Em linha] [Consult. Em 14.04.2019] Disponível em <file:///C:/Users/Financeiro/Downloads/1016-1025-1-PB%20(1).pdf>

limitações é o fator justificante da remuneração.” Entendimento com o qual concordamos. Também nos ensina Silvio Venoza que “todas as obrigações devem ser conversíveis em pecúnia, mesmo aquelas de cunha imaterial, cujo descumprimento dá azo a indenização.” Ainda afirma que “(...) a patrimonialidade é essencial na obrigação, porque o Direito não pode agir sobre realidades puramente abstratas. Uma obrigação e, com maior razão, um contrato, que não se possam resumir numa obrigação pecuniária, (...), ficarão no campo da Moral e não serão jurídicos.” 43 Diante desse entendimento, o contrato de gestação de substituição seria ilícito, por não compreender valor pecuniário no objeto do contrato, impedindo qualquer forma de indenização pela falta de cumprimento.

Pensamos que a remuneração da gestante faria ela pensar duas vezes antes de se arrepender de contratar e querer ficar com a criança. Por isso, entendemos que por ser um contrato gratuito, a possibilidade da gestante arrepender-se e não entregar o bebê estará muito mais presente. Entretanto, indo de acordo com a maioria da doutrina, o artigo 5.º da Lei 25/2016, de 22 de agosto proíbe qualquer tipo de pagamento do casal beneficiário à gestante, inclusive o artigo 39.º da mesma lei tipifica como crime o envolvimento do contrato com pagamentos ou remunerações, seja de qual parte for. Nesse sentido, encontramos declarações de Lima Neto, que considera nulo o contrato quando houver remuneração porque o corpo humano não pode ser objeto de comércio ou ser reduzido a um item patrimonial. 44

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

43 VENOSA, Silvio de Salvo - **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 13ª edição. Editora Atlas, São Paulo, 2013. Pg 465. *Apud* TEIXEIRA Marina Araujo. A problematização da mercantilização na gestação por substituição: Uma possível crítica mediante a filosofia da alteridade de Emmanuel Lévinas. [Em linha] Disponível em <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/3891/1/marinaara%C3%BAjoteixeira.pdf>. [Consult. em 26/03/2019].

44 LIMA NETO, Francisco V - **A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem**. *In*: SANTOS, Maria C. C. L. (Org.). Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

#### **1.8. ELEMENTOS DO CONTRATO**

Conforme já mencionado, a intenção do legislador foi tratar a gestação de substituição como um negócio jurídico a ser celebrado através de um contrato formalizado. Destarte, nosso ponto de partida para a formação da argumentação da existência do direito ao arrependimento será um estudo apurado pertinente a um contrato. A análise dos elementos nesse momento faz necessária, uma vez que a formalização da gestação por substituição deve obrigatoriamente ser feita por um contrato padrão obedecendo os moldes do CNPMA (Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida) e por conseguinte, é regido pelas normas e princípios legais do contratos civis. Por isso, inicialmente conceituaremos contrato juntamente com seus elementos e os princípios que o orientam. Contrato é um acordo realizado entre duas ou mais pessoas que tem por finalidade adquirir, modificar, extinguir, transferir ou resguardar um direito. Idealizado pela autonomia da vontade e sob os olhares da segurança jurídica, boa fé e costumes locais. Para que um contrato seja válido, são necessários observar requisitos pertinentes a sua formação, entre eles a capacidade das partes, o objeto lícito e possível e a forma quando a lei determinar.

A doutrina também classifica alguns princípios que norteiam o ensejo do contrato, quais sejam, a liberdade contratual, o consensualismo, a boa fé e a força vinculante. O Princípio da Liberdade Contratual, corolário da autonomia da vontade, declara que as partes tem o livre arbítrio na hora da contratação, sendo limitado apenas pela disposição contida no artigo 280.º do Código Civil, quando o objeto for contrário à ordem pública ou ofensivo aos bons costumes. Ou quando seu objeto for física ou legalmente impossível, contrário a lei ou indeterminável. Nessa obediência, as partes podem estipular como melhor lhes apraz, convencionar proveitos, afastar ou incluir cláusulas de interesse comum e pactuar e celebrar livremente seu conteúdo. Sem olvidar que ninguém pode ser compelido a celebrar um contrato que não deseja. Dentro desse princípio, ainda encontramos o princípio da confiança, onde cada parte responderá nas expectativas que propriamente cria na pactuação do contrato. Desse princípio surge o notável “*pacta sunt servanta”*, significando que os pactos devem ser respeitados e cumpridos, quando assinados. Sendo um princípio base do Direito Civil, tem a ideia de que o contrato assinado foi firmado pela iniciativa e autonomia da vontade das partes e por isso deve ser honrado e integralmente cumprido, não admitindo intervenção alheia par alterar cláusulas ou condições que antes não foram estabelecidas. O jurista Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, nos ensina

que “A liberdade contratual é a parte mais importante da autonomia privada, enquanto princípio fundamental do Direito das Obrigações.” 45

A diretriz do direito é que as partes, no exercício da autonomia da vontade, são livres para estabelecer suas regras e estipular seus contratos. Esse princípio da autonomia privada constitui um dos princípios fundamentais do direito português. O conceito de autonomia no mundo jurídico refere-se ao sentido de liberdade geral de atuação das pessoas, na prática de seus atos e celebração de contratos. É uma noção bem próxima à liberdade. No entanto, esta liberdade não é absoluta, uma vez que existem limites à aplicação do princípio da autonomia da vontade, na medida em que uma das consequências é a vinculação das partes ao seu cumprimento. Assim, o próprio Código Civil, em seu disposto no artigo 405.º estabelece que o princípio da liberdade contratual é reconhecido dentro dos limites da lei. Vincula a validade do pacto a verificação dos requisitos relativos ao seu objeto e ao seu fim. Por isso, o artigo 280º do mesmo diploma rege que haverá nulidade do negócio jurídico quando seu objeto for físico ou legalmente impossível. Aqui já encontramos um alerta para o contrato objeto desse estudo. Onde o tema será aprofundado em capítulo próprio.

Fazendo um paralelo com o direito brasileiro, o artigo 421.º do Código Civil regulamenta que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Dessa forma, as partes podem celebrar seus contratos e incluir as cláusulas que julgarem necessárias à realização de suas vontades. Entretanto, devem respeitar os limites sociais do contrato. Significando uma restrição ao individualismo e visando os interesses gerais. Há que interpretar a diferença das palavras razão e limites. A razão da função social do contrato estabelece um limite positivo, na medida em que o próprio ato deve perseguir a função da socialidade. Esse limite estabelece uma conotação negativa, no sentido de que impõe um respeito aos limites previamente estabelecidos.

A liberdade em contratar deve se adequar aos contratos típicos legalmente aceitos. Porém mesmo se tratando de contratos tipicamente encontrados na legislação faz-se necessário o exame dos requisitos permissivos para se adequar no encontro de objetos lícitos e juridicamente possíveis. Muito comum na doutrina universitária encontrarmos o exemplo bizarro de compra e venda de terrenos na lua. Assim podemos dizer que o contato de compra e

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

45 LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direito das Obrigações**. Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações. 15.ª edição, Editora Almedina, pg. 22. 2018

venda é típico e perfeitamente possível, todavia, terrenos na lua ainda não estão disponíveis para o comércio. Nesse segmento, além de se adequar ao contrato padrão aceito no direito, é necessário adequar-se na conformidade que vinculará o cumprimento e a exigência em sua satisfação.

#### **1.9. PRINCÍPIO DO CONSENSUALISMO**

O princípio do consensualismo sustenta um dos pilares do negócio jurídico, declarando que os contratos consensuais celebram-se por simples acordo entre as partes e para os contratos solenes a lei exige uma formalidade especial. Sabendo que negócio jurídico é um acordo bilateral, para se ter validade é necessário o respeito ao consenso mútuo. Dessa forma, o conceito base que se desdobra é que o acordo de vontades é suficiente para celebrar um contrato, só exigindo forma especial quando enquadrados em contratos legalmente típificados. Juntamente com o consensualismo, o princípio da boa-fé, fundamenta um padrão ético de conduta entre os pactuantes. É a análise de um comportamente leal, honesto e probo, correspondendo a confiança depositada entre eles.

A expressão boa-fé ou boa-fé objetiva, preferida pelos civilistas, é tida como um valor de referência no direito atual, usada justamente no sentido de eticidade, lealdade e cooperação, abrangendo o dever pré contratual de informação necessária que as partes devem ter antes de consentir no acordo. Ela tem o condão de irradiar deveres anexos passando por fase pré contratual, cumprimento do contrato e fase pós contratual. É formada por uma conduta socialmente correta. Para a doutrina alemã ainda envolve o sentido de proteção e segurança. Sabemos que a violação da boa-fé faz nascer o direito a indenização, a ser observada no momento do caso em concreto. Dessa forma, torna-se necessário e imperioso esse dever que busca seu fundamento na ética e conduta social.

No contrato de gestação por substituição é imprescindível que o casal beneficiário informe com bastante clareza as condições que a gestante irá se submeter. Pois mesmo que não haja dolo, a gestante poderá alegar que houve violação do dever de informação em alguma eventual situação que sentir vulnerável em relação ao casal contratante. A doutrina e jurisprudência portuguesa vêm avaliando os efeitos de desvios de boa fé relacionados com o dever de informação pré contratual através de uma tutela de confiança como critério merecedor da proteção do direito.46 A fazer nesse caso o uso da responsabilidade civil pré contratual. “Para merecer a proteção do regime do artigo 227.º CC, no que respeita a regras de boa-fé, deve pois o lesado ter confiado e investido na confiança justificadamente criada.” 47 Prescreve em três anos a responsabilidade do artigo citado, para quem agir culposamente por danos causados a outrem na negociação de contratos, tanto nas preliminares, quanto na sua formação.

#### **1.10. DA BOA-FÉ**

A boa-fé era considerada como um valor, uma intenção a ser seguida nos negócios jurídicos, posteriormente passou a ser uma conduta das partes, até ser positivada nas legislações. Exige que os contratantes se portem de uma maneira ética desde o início da celebração do contrato até sua execução completa, sob pena de incorrer em responsabilidades. Visa limitar o comportamento das partes numa conduta proba, respeitosa e leal, sem frustar a confiança do outro. Os operadores do direito a distinguem em boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. Na subjetiva é levado em conta a intenção, suas crenças, o grau de conhecimento a respeito da contratação e do desconhecimneto de alguma conjuntura adversa. Já a boa-fé objetiva é a conduta prática do agente, é o agir honestamente, com lealdade, correspondendo a confiança da outra parte. E é assim que o direito deve se pautar, na moralidade e na eticidade. Porém, muitas vezes a ausência da boa-fé acarreta transtornos que excedem a boa conduta da honestidade. No artigo 334.º CC aprendemos que “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

46  Em geral a tutela de confiança depende da coexistência dos seguintes elementos: uma situação de confiança efetiva e imputável a determinada pessoa (imputação da confiança); justificação da dconfiança suportadad por dados objetivos e credíveis; investimento de confiança, causado por esta e traduzido em atos concretos e externos, com ou sem expressão financeira imediata; boa fé de quem confiou. ALMEIDA, Carlos Ferreira. Contratos I – Conceito. Fontes. Formação. 2017, 6.ª edição. Editora Almedina. Pg 241.

47 ALMEIDA, Carlos Ferreira - **Contratos I – Conceito**. Fontes. Formação. 2017, 6.ª edição, Editora Almedina, Pg 241. ISBN 9789724070292

os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.” 48 Conhecida como teoria do abuso do direito. Assim, a liberdade em contratar encontra-se limitada pela norma, que não pode ser exercida de forma abusiva por uma das partes.

O *venire contra factum proprium* proíbe a uma pessoa um comportamento ativo ou passivo em sentido contrário de comportamento ou declaração anterior, encontrando-se em estreita relação com o princípio da tutela da confiança.

Outro dispositivo civil que retrata o valor da boa-fé é o n.º 2 do artigo 762.º do Código Civil, quando rege que no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé. A norma traz um juízo de censura no comportamento dos sujeitos pactuantes, descrevendo uma regra de conduta aos contratantes. Tal qual os institutos semelhantes de bons costumes e ordem pública, a boa-fé, além de ostentar um caráter indeterminável, porém compreensível e adaptável ao caso concreto, também a encontramos em outros ramos do direito como o direito do trabalho, onde logo no 1.º artigo estatui que o contrato de trabalho e os usos laborais não devem contrariar o princípio da boa-fé. Exige-se ainda boa-fé na negociações relativas ao contrato de trabalho (artigo 102.º CC); nas negociações coletivas (artigo 489.º CC); regulamentação coletiva de trabalho (artigo 520.º CC) e no respeito pela boa-fé em caso de conflito coletivo de trabalho (artigo 522.º CC).

No direito do consumidor o artigo 9.º, n.º 1 da LDC traz que “o consumidor tem direito à proteção dos seus interesses econômicos, impondo-se nas relações de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa-fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos.” A observância do princípio de boa-fé tem de ser respeitada tanto pelos prestadores de serviços quanto pelos consumidores em geral, evitando muitas vezes o temido abuso do direito. No presente estudo, a boa-fé deve estar presente por parte do casal beneficiário englobando o dever de lealdade e transparência nas informações do contrato, e também por parte da gestante a fim de cumprir o acordo nos moldes da ética e conduta social. Qualquer desvio nesse comportamento uma das partes poderá se beneficiar pela proteção contida na lei.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

48 CORDEIRO, Antonio Menezes - **Tratado de Direito Civl Português – Volume I – Parte Geral**, Tomo IV, Editora Almedina, 5.ª edição

Veja aresto do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça no processo 1292/14.1T8VCT-B.G1.S1, 1.ª Secção, cujo Relator é o Alexandre Reis, datado em 13/09/2016: “O *factum proprium* apto a violar a boa-fé ou a confiança da recorrente e a constituir o aqui invocado exercício abusivo do direito pela embargante pressuporia, enquanto facto voluntário, a ciência e a vontade dessa violação. Ora, no caso, a exequente não provou ter propiciado à embargante o efectivo conhecimento da discutida cláusula, pelo que, no contexto, assim configurado, do incumprimento dos deveres de comunicação e de informação que sobre ela impendiam, não podem ser avocados os (inverificados) pressupostos cognitivos da liberdade de contratar por parte da embargante, que integrariam, simultaneamente, o elemento subjectivo da putativa violação da confiança.”

#### **1.11. DA EQUIVALÊNCIA DAS PARTES**

Mais um princípio a ser destacado é o da equivalência das partes, significando a busca efetiva pela igualdade na celebração do negócio jurídico. Tal princípio flexibiliza o *pacta sunt servanda,* invocando outro conhecido instituto do direito civil o *rebus sic stantibus,* ou seja, quando deverá ser levado em conta as condições reais do contrato para sua execução. No momento em que não se vislumbra mais a igualdade entre as partes, ocorrendo um desequíbrio capaz de onerar sensivelmente uma delas, será necessário invocar a modificação ou até sua resolução para finalmente manifestar a justiça contratual. Por sua vez, os contratos devem guardar uma relação de equilíbrio entre as obrigações. É claro que tal princípio não é absoluto pois deve ser interpretado de acordo com a autonomia da vontade, condição primária para a celebração do negócio jurídico. Em razão disso, as partes são livres para estipular suas obrigações, desde que respeitem os limites impostos pela lei e ordem pública. Mas o princípio da equivalência das partes impõe que as prestações sejam pelo menos equivalentes, a fim de não caracterizar o abuso relacional e as distorções contratuais que acabam levando a anulabilidade e até mesmo a nulidade. No confronto entre o princípio da equivalência e o princípio da autonomia da vontade, esse leva vantagem, porém, ele não pode ser considerado guarida para cometimentos de abusos em relação a uma das partes.

Quando a igualdade jurídico-formal característica da concepção liberal mostrou-se insuficiente para garantir o equilíbrio das prestações nos contratos, esse princípio passou a ter grande importância na teoria geral dos contratos. A equivalência material busca harmonizar os interesses das partes envolvidas, e realizar o equilíbrio real das prestações em todo o processo obrigacional. 49

Nessa ponderação já podemos questionar a validade do contrato de gestação por substituição, pois há dúvida se realmente ele preenche todos os requisitos necessários para enquadrar-se num consenso entre as partes. Já vimos que a doutrina levanta a hipótese do objeto não ser lícito, haja visto que a entrega de uma criança não pode ser considerada como entrega de uma coisa. Orlando Gomes defende que a vida humana é indisponível e, consequentemente, não se pode constituir em objeto de comércio.50 Também José Afonso da Silva, declara que "São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis"51

Somado a isso é necessário atentar para o importante fato em relação a equivalência entre as partes e aqui certamente podemos concluir que não há equivalência entre as partes porque de um lado encontra-se o casal beneficiário que receberá como prêmio seu tão sonhado bebê e do outro lado a gestante, que ao final do contrato não receberá nada, apenas dores, depressões pós parto, ganho de peso, instabilidades hormonais e emocionais e o vazio de ter entregue sua gestação de 9 (nove) meses. Assim, sob a ótica dos princípios contratuais, temos brecha para demonstrar que tal contrato, mesmo sendo formalizado por partes capazes, fundamentadas por lei vigente e dentro da autonomia da vontade, pode ser considerado nulo por infringir parte dos elementos que condicionam a existência de um contrato válido. Sem olvidar a desobediência a princípios que norteiam a relação entre as partes.

E para reforçar a importância do princícpio da equivalência das partes, o próprio Supremo Tribunal de Justiça também mencionou o desequilíbrio contratual no Acórdão do processo n.º 240/11.7TBVRM.G1.S1, de Relatoria de José Rainho, datado em 27/09/2016, onde

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

49 LOBO, Paulo Luiz Netto - **Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código**. *Apud*, A imposição do princípio da equivalência material na teoria contratual contemporânea. <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1173>

50 GOMES, Orlando - **Direito de Família**. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1977

51 SILVA, José Afonso da - **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 7.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

colacionamos um trecho que diz: “Tal cláusula introduz um significativo desequilíbrio contratual entre as partes (na prática esvazia largamente a utilidade do seguro), na medida em que o fim precípuo do dito seguro é obrigar o segurador a pagar ao banco mutuante no caso do aderente ficar impossibilitado de o fazer por si, e esta finalidade satisfaz-se com a própria impossibilidade e sem necessidade do aderente ficar também dependente da referida assistência permanente.”

#### **CAPÍTULO II – DO ESTUDO ESPECÍFICO SOBRE O CONTRATO PADRÃO DO CONSELHO NACIONAL DE PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA (CNPMA)**

**2.1. DO CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO**

O contrato em geral surgiu como centralizador de um negócio jurídico. Onde as negociações são formalizadas através de um acordo escrito contendo cláusulas, diretrizes, cominações, resoluções, princípios, entre outros. Há notícia da origem do contrato na Mesopotâmia, onde os estudos de Eileen Byrne-Halcyn evidenciaram que os pioneiros instrumentos formadores de negócios jurídicos previam eventos religiosos com a condição de serem confirmados por Deus ou pelos governantes. Mais tarde, na era Justiniana, as obrigações entre as partes eram nomeadas como *vinculum,* derivando de um elo entre as pessoas envolvidas. Nesse sentido, quem descumprisse com a obrigação era coagido para cumpri-la. Depois da idealização da confirmação de Deus, o Estado Juiz começou a fazer esse papel de garantir o cumprimento ao executar as consequências em caso de não adimplemento. No Direito Romano Clássico, o rigor formalista imperava. Naquela época não se fazia alusão a liberdade de contratação. Haviam padrões já formatados que regulavam as relações formadas por qualquer operação econômica. Existiam alguns pactos, entretanto não poderiam ser cobrados. Somente na era pós-clássica é que as *actios* surgiram para garantir o cumprimento integral avençado.

O contrato que conhecemos hoje é fruto do jusnaturalismo e do capitalismo econômico. Hoje o contrato é o núcleo base de todo e qualquer negócio jurídico. Por isso que não poderia ser diferente para o assunto estudado nesse trabalho. A relação entre as partes que vão participar da gestação de substituição também se formaliza por este importante instrumento bem conhecido por todos os cidadãos do mundo. E para garantir o cumprimento de um contrato, ele necessariamente deve estar submetido ao ordenamento jurídico do país que ele faça parte, sendo amparado por leis e princípios que o legislador criou com o intuito de regular sua função negocial. Dessa forma, a lei da gestação de substituição, desejou que as partes ao pactuarem essa intenção de se submeter a procriação medicamente assistida para ao final entregar a criança ao casal beneficiário, deveria necessariamente formalizar os termos num contrato escrito padronizado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida. Ao assinar o contrato, as partes reconhecem que esse acordo estará sob os olhos do Judiciário e sob o crivo da lei civil que regulamenta os contratos, podendo socorrer-se caso haja alguma questão que fuja ao cumprimento normal da expectativa daquele contrato.

Pois bem, essa formalização através do contrato garante e permite que o Estado intervenha na relação, através da provocação de uma das partes, pois é sabido que o princípio da inércia acompanha o Judiciário. Assim qualquer negócio jurídico que fora formalizado através de um contrato deve respeito à lei. Sendo assim, o acordo escrito entre a gestante em substituição e o casal beneficiário também deve obedecer às regras estipuladas no Código Civil, estando sujeitas as mesmas extinções, resoluções, indenizações, coações e exigências. Por esta razão podemos concluir que o contrato gerado através da relação oriunda da lei nº 25/2016, de 22 de agosto não é considerado um contrato atípico que poderá se esquivar do ordenamento jurídico descrito no Código Civil e nas leis que regulamentam a teoria geral dos contratos e que por sua vez as partes podem buscar guarida ao Judiciário todas as vezes que houver uma solicitação plausível para tanto.

Em conformidade com a apresentação feita, consideramos que se no transcorrer do decurso do cumprimento do contrato que finaliza com o nascimento e a entrega do bebê houver algum fato superveniente, alguma invocação de erro essencial, ou alguma razão acolhida pelas cláusulas que orientam o contrato padrão, esse acordo poderá ser resolvido, sem a respectiva entrega da criança gerada pela gestante de substituição. Ocasionando indenização ou não. Dependendo da situação e do parecer do expert que analisará a questão.

A noção de contrato do artigo 1.101.º do Código Civil francês, o definia como sendo uma convenção pela qual uma ou mais pessoas se obrigassem perante uma ou várias pessoas a dar, a fazer ou a não fazer alguma coisa. 52 O contrato era visto como um acordo. Era considerado contrato aquele acordo que se projetava para o futuro, onde alguém se comprometia com outro. Aqueles acordos de natureza familiar eram apenas convenções e fugiam do termo contrato. Posteriormente em 1867 o conceito de contrato foi ampliado, onde duas ou mais pessoas pudessem transferir entre si direitos ou se sujeitar a alguma obrigação. Assim iniciou a

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

52 *Op. Cit*. pg 27

implementação de efeitos jurídicos. Tal efeito jurídico permite sua exequibilidade perante um órgão competente que force seu cumprimento integral. E essa foi a definição que temos nos dias de hoje. Ou seja, contrato é um acordo segundo o qual há o reconhecimento de eficácia jurídica, de uma proteção jurisdicional. O efeito jurídico do contrato caracteriza-se por alterar situações preexistentes na conformidade com os termos do acordo firmado.

No direito português, o contrato é conhecido como negócio jurídico bilateral. E podemos dizer que somente há negócio jurídico quando a vontade das partes é o fator determinante para sua confecção. Nesse sentido, a autonomia da vontade privada é o instrumento principal do contrato. E a conformidade com a declaração da vontade é que gera o efeito jurídico.

Gestação de substituição é um acordo formalizado através de um contrato escrito em que uma mulher se dispõe a suportar uma gravidez por conta de outrem e no final da gestação compromete-se a entregar a criança após o parto, renunciando todos os poderes e deveres da maternidade. Conhecida popularmente como “barriga de aluguel” é uma técnica de procriação medicamente assistida onde o casal beneficiário que pode ser heterossexual ou formado por um casal de duas mulheres, onde conhecem uma mulher disposta a ceder seu útero para gestar a criança. É regulada pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto à qual alterou a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regulamenta as técnicas de Procriação Medicamente Assistida. Estabelecendo requisitos e disposições acerca deste procedimento. Apenas disponíveis para algumas situações excepcionais com admissibilidade restrita. Ocorrendo em situações como ausência de útero, lesão ou doença do útero que impeça a formação absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou outras situações clinicamente justificáveis. De toda sorte, é obrigatória a celebração do contrato de Gestação de Substituição 53 sob o amparo e suporte do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) além da prévia oitiva da Ordem dos Médicos.

Inicialmente o pedido de autorização para a celebração do contrato é apresentado ao CNPMA, através de formulário disponível no site do Conselho, juntamente com vasta documentação das partes envolvidas que abrangem desde documentos pessoais até declarações médicas, psicológicas e da diretoria do centro de Procriação Medicamente Assistida. Após o lapso dos prazos descritos na cartilha do procedimento, a decisão final é conhecida. Sendo favorável, os beneficiários são responsáveis por encontrar a gestante que será a outra parte da

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

53  [Em linha] [Consult. em 10.03.2019] Disponível em <http://www.cnpma.org.pt/Docs/ContratoTipo_GS.pdf>

celebração do contrato. Segundo o regimento do procedimento e o número 5 do artigo 8.º da referida lei, é proibido qualquer tipo de pagamento ou doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante, exceto o valor das despesas decorrentes do acompanhamento de saúde prestado.

Outro fator importante é que a técnica de procriação medicamente assistida somente pode ser realizada com material genético de pelo menos uma pessoa do casal beneficiário. Sendo terminantemente proibido a gestante doar qualquer ovócito próprio. A lei também resguarda direitos da gestante quando em seu artigo 8.º, número 11 relata que o contrato não pode impor restrições de comportamento à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade. Sabemos que há imposições e restrições de comportamento à gestante, sobre tudo o que diz respeito a sua alimentação, proibição de ingerir álcool ou substâncias psicotrópicas, fumar qualquer tipo de cigarros ou drogas, se abster de sexo no final da gestação, entre outras. Essas imposições estão descritas na cartilha do próprio Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida. Descumprindo assim um regramento instituído por lei que impede restrições ao comportamento humano.

De acordo com o contrato padrão formulado pelo CNPMA, sua revogação é livre por qualquer das partes até o início do processo de procriação medicamente assistida. Ou até mesmo pela gestante por sua própria opção nas primeiras 10 (dez) semanas ou mesmo até a 24.ª (vigésima quarta) semana de gravidez, caso haja motivos seguros para prever que o nascituro virá a sofrer de forma incurável uma má formação congênita ou doença grave. Todavia, caso a gestante resolva abortar até a 10.ª semana, ela terá que devolver os valores pagos pelo casal beneficiário que correspondem as despesas decorrentes ao acompanhamento da saúde. Essa devolução já demonstra que o contrato é muito mais favorável ao casal beneficiário do que a própria gestante que terá um ônus bem maior do que o casal e ainda assim, deverá indenizar o casal. Deixamos claro, nesse momento que somos totalmente contra o aborto, e nesse caso, não estamos defendendo o aborto, mas sim defendendo a gestante que terá que devolver o dinheiro recebido para o custeio da gestação.

O fato é que contradições entre a lei e o contrato padrão existem, e uma delas é a permissão contratual da gestante abortar, entretanto para a lei essa possibilidade não é destacada, somente o contrato padrão autoriza, mesmo o aborto sendo permitido em Portugal, através da Lei nº 16/2007, de 17 de abril. Dessa forma, o contrato permite e até força a interrupção da gravidez quando há um diagnóstico de certeza que o nascituro virá a sofrer de forma incurável de grave doença ou malformação congênita, caso o casal beneficiário deseje essa interrupção. O pior é que se a gestante não interromper a gestação, ela deverá pagar uma indenização ao casal. Tal situação poderá ocasionar grandes transtornos à gestante. Veja bem, se a gestante não interromper, ela terá que arcar com pagamentos que eventualmente podem fugir de seu orçamento e lhe acarretar dívida financeira. Porém, se a gestante tiver fortes convicções contra o aborto, tal atitude gerará grande desconforto e enormes conflitos interiores. Se fizer, viverá sob uma culpa religiosa, se não fizer terá que arcar com valores monetários. Forçar uma interrupção pode trazer sérios comprometimentos emocionais e físicos para a gestante. E se ela optar por não interromper, quem ficará com o nascituro? Se olharmos para o artigo 11.º da Lei e a cláusula 10.ª do contrato, vislumbraremos uma incompatibilidade tremenda. Artigo 11.º da Lei nº 25/2016, de 22 de agosto: “O contrato referido no número anterior não pode impor restrições de comportamento à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade.” Cláusula 10.ª do contrato padrão CNPMA: “Se, havendo seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congênita, a gestante, contra a vontade declarada do casal beneficiário, não concretizar a interrupção da gravidez, que terá de ser realizada nas primeiras 24 semanas da gestação, obriga-se a indemnizar os beneficiários nos termos do número seguinte.” Há um total desconexo entre a lei a o contrato padrão. Aqui a situação de indenização é bem do que podemos imaginar. Isso porque se a gestante não quiser abortar quando há diagnostico de doença incurável, ela terá que indenizar patrimonialmente e não patrimonialmente. Ou seja, parece que toda culpa da doença recairá sobre a gestante que nem forneceu seu material genético. Ela irá arcar com a responsabilidade material e moral. O que para nós é indignante! Há previsão de indenização patrimonial e não patrimonial. Às vezes, aquela que por altruísmo resolve ajudar um semelhante, não encontra guarida legal para uma situação excepcional como esta. E o casal beneficiário que sempre será beneficiário em tudo, ainda sairá ileso e com lucro pela responsabilidade da gestante. E, caso ela não tenha interrompido a gravidez, por questões religiosas ou éticas, ainda ficará com o bebê diagnosticado incurável, mesmo não tendo planejado essa situação.

Por isso, esse estudo defende os direitos da gestante de substituição, permitindo que ela desista de devolver a criança, se assim a desejar, ou que cumpra o contrato como sendo de mera expectativa de direitos e que por isso não a coloque em situação de desigualdade, que não abuse de seu direito de gestar e que a trate com toda dignidade humana a que lhe faça jus.

Outra incompatibilidade que ainda vige no contrato padrão está na letra f do Considerando. Lá, assim como o número 7 do artigo 8.º da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto descreve que a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é sempre tida como filha do casal beneficiário. Ocorre que esse dispositivo legal fora declarado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 225/2018, justamente porque dá a gestante o direito de revogar o contrato até o nascimento da criança. Entretanto, o contrato que está disponível no sitio do CNPMA ainda traz essa cláusula, o qual as partes devem se submeter. Sabendo que uma eventual gestante não tenha conhecimento prévio da decisão do Tribunal Constitucional, ela poderá assinar o contrato sem saber da possibilidade que tem de renuncia-lo até o nascimento do bebê e assim poderá incorrer em erro, dolo ou falta de consciência na declaração, dependendo do grau de avaliação do vício de consentimento. 54

E assim, como o próprio legislador intentou, a gestação de substituição deve ser tratada como um contrato formal a ser cumprido pelas partes. Com efeito, tudo aquilo que compactua com contratos, deve ser estendido a esse pacto em particular. Justamente por existir um modelo padrão a ser obedecido no Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, disponível para ser preenchido quando se encontra a mulher que doará seu útero para gestar o bebê do casal beneficiário.

#### **2.2. DA ORDEM PÚBLICA E DOS BONS COSTUMES**

De acordo com o n.º 2 do artigo 280.º CC, aprendemos que o negócio jurídico contrário à ordem pública é nulo. Já o artigo seguinte entende que será igualmente nulo quando o fim do negócio a ambas as partes for contrário à ordem pública. Também acarreta a mesma nulidade quando há uma subordinação do contrato a uma condição contrária à ordem. Estabelecido no artigo 271.º, n.º 1 do CC. Entretanto, podemos perceber que o conceito de ordem pública é um tanto quanto vago e indeterminado, cabendo a doutrina e jurisprudência tentar elucidar a matéria. Há nesse momento que se fazer uma distinção entre a ordem pública de Portugal e a ordem pública internacional.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

54 Na data da pesquisa, o contrato padrão do CNPMA estava disponível para consulta on line, no endereço <http://www.cnpma.org.pt/Docs/ContratoTipo_GS.pdf> [Em linha] [Consult. Em 13.03.2018]

Na Europa, o primeiro país a introduzir na legislação o conceito de ordem pública foi a França. Assim, o artigo 6.º do *Code Civil*, de 1.804 estabelecia que “não podem ser derrogadas, por convenção das partes, as leis que interessem à ordem pública ou aos bons costumes.”55 Considera-se que a ordem pública representa a supremacia do interesse social sobre o indivíduo.

O direito alemão por sua vez, não menciona o conceito de ordem pública, apenas diz que um negócio jurídico contrário aos bons costumes é inválido. Em seu artigo 138.º, n.º 1 do BGB. Para o direito italiano, o artigo 1.343.º do *Codice Civile* rege que a causa é ilícita quando contraria a ordem pública. Ainda, no direito espanhol, o artigo 1.225.º do Código Civil nos ensina que “os contraentes podem estabelecer os pactos, cláusulas e condições que tenham por conveniente, sempre que não sejam contrários às leis, à moral ou à ordem pública.”

Da mesma forma, para o direito português não há conceituação da ordem pública, pois ela não é definida na legislação. A doutrina busca o alcance no objetivo de tutelar interesses públicos. A lei se refere diretamente a contrariedade à ordem pública como fundamento geral para a nulidade do negócio jurídico. E dessa forma, está a limitar a liberdade contratual das partes. São três as maneiras de anular o negócio jurídico quando aparece a contrariedade à ordem pública. Pelo objeto, pelo fim e pela subordinação a uma condição contrária à ordem pública. Nesse sentido, todos negócios jurídicos devem passar pelo crivo do respeito pela ordem pública. Mas ela é um conceito indeterminado, devendo ser analisada em cada caso pelo intérprete do momento e levando em conta as circunstâncias de cada situação específica.

Não sendo possível conceitua-la de modo taxativo ou exaustivo com o fim de limitar ainda mais seu alcance. O principal objetivo da contrariedade da ordem pública é a salvaguarda do sistema, como uma proteção aos princípios basilares de todo ordenamento jurídico.

Podemos perceber que o sentido de contrariedade à ordem pública como fundamento autônomo de invalidade de um contrato depende de análise de pontos de vista diferentes, o primeiro é justamente analisar os elementos relevantes do contrato diante de sua conformidade com a ordem pública em geral e o segundo é verificar se há algum princípio fundamental da ordem pública estará sendo violado. Por isso, a invocação de nulidade fazendo referência à contrariedade de ordem pública deve fazer menção a violação expressa de algum princípio fundamental para justificar a recusa do cumprimento do contrato. Assim, se as partes celebram

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

55 CARBONNIER Jean - ***Droit Civil*.** Volume II, 3.ª edição. *Presses Universitaires* de France, Paris, 1962

um contrato com o objetivo de contrariar um princípio fundamental do ordenamento jurídico, sua validade estará sendo questionada. Ainda, se as partes não desejarem infringir tal princípio, mas o efeito produzido culminar em sua violação, também restará nulo. Uma solução para salvar o contrato seria anular somente a cláusula que contrariar a ordem pública. Cremos que essa foi a solução adotada após a prolação do acórdão nº 225/2018 do TC, que será estudado a seguir, quando declarou a inconstitucionalidade dos artigos dos n.os 4, 10 e 11 do artigo 8.º, e, consequentemente, das normas dos n.os 2 e 3 do mesmo artigo; do n.º 8 do artigo 8.º, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º; também do n.º 7 do artigo 8.º; do n.º 12 do artigo 8.º; das normas do n.º 1, e do n.º 4 do artigo 15.º da [Lei n.º 32/2006](https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/539239/details/normal?l=1), de 26 de julho. Outrora, do contrário, todo o contrato de Gestação de Substituição estaria fadado à nulidade por infringir princípios fundamentais como direito à família e a dignidade da pessoa humana, inseridos no contexto constitucional nos artigos 1.º, 26.º e 36.º da Constituição da República Portuguesa. Tanto o artigo 271.º, quanto o artigo 280.º ambos do CC, remetem a nulidade do negócio jurídico que for ofensivo à ordem pública e aos bons costumes. Tal como a ordem pública, os bons costumes também possuem um conceito indeterminado e deve ser concretizado pelos aplicadores do direito na tentativa de verificar sua validade, limitando a autonomia contratual das partes. A maior parte dos ordenamentos jurídicos costuma considerar ordem pública e bons costumes no mesmo contexto jurídico. Porém, alguns regramentos fazem diferenciação entre eles. Como é o caso do direito francês que em seu disposto no artigo 6.º do *Code Civil* diz: “não podem ser derrogadas, por convenção das partes, as leis que interessem à ordem pública ou aos bons costumes.” Há entendimentos que interpretam os bons costumes como sendo os costumes das pessoas honestas, num espaço e num determinado tempo. 56 No direito alemão, encontramos no n.º 1 do artigo 138.º do BGB que “um negócio jurídico contrário aos bons costumes é inválido.” Lá eles entendem que o conceito de bons costumes integra o da ordem pública. Na Itália, o *Codice Civile* estatui no artigo 1.346.º que a causa é ilícita quando contraria o bom costume. Assim, a contrariedade do objeto do contrato não é um requisito autônomo, mas sim, deve ser interpretado num conceito de licitude. A doutrina vincula o os princípios sociais e morais fundamentais com o bom costume, assim respeitados pela maioria das pessoas. Constitui uma regra moral socialmente difundida. 57

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

56 CARVALHO, Jorge Morais - **Os limites à liberdade contratual**. Editora Almedina, 2017, Pg 104. ISBN 9789724064703

57 BRECCIA, Umberto - **Causa, *in* *Trattado di Diritto Privato*,** Vol. XIII, Tomo III. Torino, 1999, Pg 332

Já no direito espanhol, o artigo 1.225.º do Código Civil, rege que “os contraentes podem estabelecer os pactos, cláusula e condições que tenham por conveniente, sempre que não sejam contrários à moral.” Em vez de se referir aos bons costumes, o direito espanhol prefere aludir ao respeito pela moral para limitar a liberdade de contratar entre as partes. A moral é entendida como conjunto dos princípios inspiradores da vida comunitária. 58 Para o direito brasileiro, um dos requisitos de validade do negócio jurídico é a licitude do objeto. Assim descreve o artigo 104.º do Código Civil.  A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.” Consideram lícito o que está conforme com a moral e os bons costumes.

Os bons costumes também aparecem em legislações esparsas, fora do Código Civil Português, como é o caso do Código da Propriedade Industrial em seu artigo 53.º n.º 1; alínea a do artigo 119.º, alínea c do n.º 1 do artigo 197.º, alínea c do n.º 4 do artigo 238.º e finalmente alínea c do n.º 3 do artigo 304.º H, limitando a concessão de patentes aos objetos, modelo de utilidade, invenções e registros de desenhos forem contrários aos bons costumes. Também no Código das Sociedades Comerciais nos alerta que a denominação de uma empresa não poderá ter palavras ou expressões que ofendam a moral e os bons costumes (alínea b do n.º 5 do artigo 10.º. Também no Código de Processo Civil são considerados absolutamente impenhoráveis os objetos que foram apreendidos com ofensa aos bons costumes (alínea c do artigo 736.º).

E, finalmente no Código do Trabalho, assim descreve o artigo 117.º “se o contrato tiver por objeto ou fim uma atividade ofensiva dos bons costumes, a parte que conhecia a ilicitude perde a favor do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social todas as vantagens auferidas decorrentes do contrato de trabalho.” Nessa esteira, assim como a ordem pública, temos os bons costumes como um conceito indeterminado. Sendo considerada uma cláusula geral que deverá ser interpretada a luz de cada situação em concreto. No caso em estudo, entendemos que o contrato da gestação por substituição, de uma forma geral, também poderá ser ofensiva aos bons costumes, uma vez que não é de costume, mulheres se submeterem a procriação medicamente assistida a fim de suportar a gravidez até o momento do nascimento da criança que culminará com a entrega imediata do bebê logo após o parto. Sabemos que há casais que têm dificuldades para engravidar e através da lei possuem o direito de se socorrerem a esse instituto.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

58 PICAZO, Luiz Diez; GULLÓN, Antonio - ***Sistema de Derecho Civil***, Vol. I, pg 516.

Porém, diante da violação do princípio de constituir família, entendemos que cada contrato deve ser analisado casuisticamente. Entretanto, impedir que a gestante tenha o direito de optar por ficar com a criança seria afrontar a dignidade dela como pessoa humana. Assim podemos compreender que o conceito de moral, bons costumes e ordem pública se assemelham, constituindo valores corretos de probidade em obediência aos princípios fundamentais e estruturantes de todo e qualquer ordenamento jurídico. Resultando numa nulidade, caso algum dos elementos for contrariado. Na maioria das vezes, não faz sentido distingui-los, vez que na sua essência, o conceito assemelha-se em muito, trazendo a mesma consequência jurídica quando qualquer deles for violado.

**2.3. RISCO CONTRATUAL**

A teoria do risco foi desenvolvida na França, no século XIX, como sendo uma resposta a probabilidade de dano. Dessa forma, quem exerce um trabalho perigoso deve assumir os riscos e reparar seus danos, independente de ter ou não culpa. Portanto, aquele que cria um risco de dano para outrem, terá por obrigação repará-lo. Nesse caso, podemos dizer que a responsabilidade civil por culpa, passa a ter a noção de risco. Mesmo todo contrato estando acobertado por um certo risco de cumprimento, faz-se necessário que na determinação deste risco, a parte verifique o ambiente em que se concretizará o adimplemento, as circunstâncias econômicas, sociais, políticas e os fatores relevantes que podem minimizar ou potencializar o descumprimento pelo risco contratual. Por exemplo, um contrato internacional de fornecimento de petróleo pactuado durante um momento de guerra é bem diferente daquele pactuado em momento de paz.

Porém, todo contrato é passível de risco. Há aqueles que por sua própria natureza contém o risco como elemento contratual, como é o caso dos contratos fixados em bolsa de valores ou operações cambiais, contratos de fomento, compra de imóveis na planta, entre outros. Os contratos aleatórios se caracterizam pela incerteza pois dependem de um acontecimento futuro e incerto para ser adimplido. Pode ser definido como aquele em que uma das partes se isenta de qualquer responsabilidade pelo insucesso do contrato e o outro assume os riscos próprios do contrato. No mesmo exemplo acima citado, a entrega de petróleo pode ter sido iniciada em momento de paz, porém, inesperadamente estoura uma guerra que compromete sensivelmente o adimplemento. Nesse caso, a guerra não estava incluída nos riscos iniciais assumidos pelas partes, mas foi o fator que causou a inexecução.

De toda sorte, quando há circunstâncias que alteram fundamentalmente o ambiente do contrato, exigir seu cumprimento pode implicar em grave violação do princípio de boa fé, uma vez que o adimplemento pode causar prejuízos que excedem sobremaneira uma das partes, ocasionando no total desequilíbrio da relação e infringindo o princípio da justiça comutativa. Assim é a literalidade do artigo 437º do Código Civil: 1 - ” Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou a modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.”

Segue aresto do Tribunal Judicial de Castelo Branco: “I – O artº 437º, nº 1, do C. Civ. permite que o tribunal modifique o conteúdo de um contrato, caso se demonstre que se verificou uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, desde que as exigências das obrigações assumidas afectem gravemente os princípios da boa fé e não estejam cobertas pelos riscos próprios do contrato . II – O primeiro requisito da aplicação da medida excepcional prevista no artº 437º, nº 1, do C. Civ., é o de que a circunstância em que se produziu uma alteração se inclua na chamada “base do negócio” ; o segundo requisito desta figura é o de que tenha ocorrido uma alteração anormal dessa circunstância integrante da base do negócio ; o terceiro requisito é o de que a manutenção do contrato, ou dos seus termos, afecte gravemente os princípios da boa fé ; o quarto requisito é o de que a alteração verificada não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato . III – O disposto no artº 437º do C. Civ. não se aplica só quando não existem estipulações negociais ou normas que procedam a cominações expressas de risco ou que se reportam à impossibilidade de cumprimento total ou parcial das obrigações, mas quando apesar destas existirem, os princípios da boa fé continuem a revelar-se gravemente afectados, após a sua aplicação.”59

Destarte, o risco deve, em primeiro lugar, ser entendido como situação de facto juridicamente relevante, que, ao se identificar com o próprio evento de risco, do qual se encontra

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

59  **Processo:**3930/05, **Nº Convencional:**JTRC, **Data do Acordão:**31/01/2006, **Votação:**UNANIMIDADE, **Tribunal de recurso:**TRIBUNAL JUDICIAL DE CASTELO BRANCO - 1º JUÍZO

dependente a assunção de uma perda patrimonial, encontra na sua base múltiplos factores de concretização. 60 O risco deve ser computado equanto sacrifício ou dano potencial, quando em termos genéricos identifica-se com uma situação jurídica desfavorável. Esse risco consiste numa perda em sua utilização em termos finalísticos. Adquirindo diversas formulações históricas e comparadas, o instituto da alteração das circunstâncias adquiriu uma renovada fluidez dogmática com a sua consagração no BGB (código civil alemão) através da reforma de 2002, bem como em alguns projectos normativos e paradigmas contratuais do comércio internacional.61 Constituindo a teoria da distribuição do risco um dos seus fundametnos possíveis, o desvio à estabilidade contratual aproxima-se do domínio do risco ao não encontrar aparente aplicação quanto aos contratos já cumpridos. 62

Atos humanos, situações de guerra, terrorismo, rebelião, tumultos generalizados, também podem desencadear situações de risco, porém o risco analisado sob a ótica do contrato de gestação por substituição materializa-se nas consequencias decorrentes do estado de saúde da gestante, quando impede a normal execução do acordo pactuado. Assim, o contrato padrão do CNPMA que rege a gestação por substituição tem interpretação idêntica através da cláusula 12ª, quando declara que: “ As consequencias das intercorrências no estado de saúde da gestante decorrentes da celebração do presente contrato que ocorrerem antes ou depois do parto, serão dirimidas de acordo com as regras da responsabilidade civil pela culpa ou pelo risco sendo que, neste caso, o risco correrá predominantemente por conta do casal beneficiário.”

Nesse ponto temos que fazer uma separação. Uma coisa é a divisão dos riscos e a outra é a relevância de fatos extraordinários que oneram excessivamente uma das partes. A divisão de riscos é uma grande preocupação por exemplo nos contratos de parcerias público privado. É claro que não vamos fazer comparações entre esse contrato e o contrato da gestação de substituição.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

60  CORDEIRO, Antonio Menezes - **Direito das Obrigações**. 2.º volume, Pg 368. Editora Almedina

61 CORDEIRO, Antonio Menezes - **Da boa fé**. p. 938, *Apud* AURELIANO, Nuno. **O risco nos contratos de alienação. Contributo para o estudo do direito privado português.** Editora Almedina, 2009. ISBN 9789724038407

62 PINTO, Carlos Alberto da Mota - **Teoria Geral**. P. 603. *Apud* AURELIANO Nuno. O risco nos contratos de alienação. Contributo para o estudo do direito privado português. Editora Almedina, 2009. ISBN 9789724038407

Porém, um estudo paralelo da Lei brasileira n.º 11.079/2004 é importante para abordarmos o tema da divisão de riscos. A inquietação por parte do setor privado não é injustificada, uma vez que a própria legislação que regula a matéria, traz cláusulas que impõe quase exclusivamente o risco para tal setor. Sempre haverá a necessidade de adaptações e alterações no projeto para a adequação do setor público que necessariamente tem a supremacia do poder. Há riscos pré-operacionais, políticos, de crédito, trabalhistas e outros que penderão para o lado do setor privado. Apesar dos riscos, o contrato das PPPs é comutativo e por isso há equivalência nas prestações, talvez esse seja o motivo do particular aderir ao contrato e suportar a carga excessiva dos riscos, pois se beneficiará ao final, no momento de sua execução completa, justamente porque há a igualdade na obrigação. Já no contrato de gestação de substituição, vimos que não há equivalência nas prestações e a divisão dos riscos onerará o casal beneficiário. Dessa forma, o benefício maior se estenderá para aquele que deverá suportar o risco da cláusula 12ª do contrato padrão do CNPMA. Embora, no contrato de gestação de substituição, o risco do beneficiário poderá acarretar a inadimplência, com a perda do bebê para a gestante. O que podemos perceber com essa análise é que o risco a ser suportado advindo da Lei n.º 11.079/2004 compensará em virtude do benefício recebido através do contrato comutativo e no caso do contrato de gestação de substituição, o risco poderá acarretar um prejuízo para o casal. Com isso, podemos vislumbrar o entendimento de que o contrato deveria ser apenas de um direito expectativo, justamente pelo risco a ser suportado pelo casal, além de todas as outras perspectivas que estão sendo apresentadas neste estudo. A outra separação que devemos fazer é em relação aos fatos extraordinários que oneram uma das partes. E por ser tão relevante será analisado em capítulo próprio.

Ainda no tema da *alea*, sabemos que se o contrato é aleatório, a parte aceitou o elemento risco, porém uma alteração de circunstância poderá ser muito mais relevante mesmo em sede de contratos aleatórios, porque pode ir além do risco propriamente esperado. Um exemplo é a aposta em bolsa de valores. Sua oscilação é conhecida e o risco inerente é suportado por aquele que iniciou a aposta, entretando o encerramento da bolsa em horário anterior do previsto, por um fato extraordinário que interrompeu suas atividades é considerado um fator superveniente que poderá acarretar um dano maior do que o imaginado. Pensando assim, um contrato gratuito também pode ser atingido e o que nos interessa é que a equação econômica do negócio, inicialmente desejada pela partes pode ter sido rompida, gerando uma instabilidade desproporcional e prejudicando a justiça da relação.

Analisando a clásula 12.ª do contrato padrão do CNPMA, descrita acima, podemos perceber que o próprio regramento entre as partes poderá dar margem ao rompimento contratual, caso hajam intercorrências no estado de saúde da gestante. E essas intercorrências serão suportadas pelo casal beneficiário, ou seja, o casal haverá de suportar o risco do contrato, com a consequente extinção, podendo haver indenização apurada pela responsabilidade civil.

Nas palavras de Cunha Gonçalves, o risco é “um dos problemas mais obscuros do Direito Privado”. 63 Podendo ser conceituado segundo o termo no grego atual como sendo um acaso (*rhizikon*), por isso é tão difícil mensuramos nos contratos entre partes. Entretanto, a própria lei ampara um acontecimento eventual a fim de proteger a distribuição da justiça. Nessa esteira o regramento do contrato padrão da gestação por substituição não poderia deixar de ter o mesmo entendimento:

A exemplo do incumprimento contratual, a alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar constitui uma figura cuja delimitação conceptual do risco-situação jurídica se afigura de elementar solução, ainda que a sua relação com o objecto versado se desenvolva em termos inversos aos do incumprimento contratual. 64

Quando nos deparamos diante de um contrato aleatório, a própria *álea* normal, contida no pacto influi na determinação da adesão das partes, consistindo num elemento essencial agregado a sua constituição. Assim, ela é considerada como uma situação jurídica de incerteza, quanto a um ganho ou perda contratualmente garantida. Não obstante, a *álea* pode adotar uma feição unilateral no momeno em que um dos contratantes suporta um sacrifício patrimonial certo em vista de uma remuneração incerta. Não devendo ser confundidos com contratos condicionais, cuja condição corporifica num elemento acidental. Então, com o amparo da legislação vigente e do contrato formulado pelo CNPMA podemos concluir que o contrato de gestação por substituição também está acobertado pelo manto do risco contratual. E a partir dessa constatação, vislumbramos uma possibilidade de direito ao arrependimento da gestante por fato posterior que agrave sua situação, colocando-a em desigualdade em relação ao casal beneficiário, permitindo que o contrato seja resolvido ao invés de cumprido.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

63 GONÇALVES, Cunha - **Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português**. V. IV, Pg 538

64 AURELIANO, Nuno - **O Risco nos Contratos de Alienação**. Contributo para o estudo do Direito Privado Português, Editora Almedina, Pg. 61. 2009 ISBN 9789724038407

No tocante a responsabilidade civil, sabemos que é o conjunto de fatos que ensejam a obrigação de indenizar os danos que alguém sofreu. Por isso consiste numa fonte de obrigações. Podendo ser classificada pela culpa, por risco ou pelo sacrifício. A responsabilidade por culpa, que é a regra geral do artigo 483.º do Código Civil, pressupõe um juízo moral da sua conduta, o qual traz uma censura ao seu comportamento. Já a do risco em que é admitida somente em casos previsíveis em lei (artigos 483.º n.º 2 e 499.º e seguintes do CC) não há um juízo de valor e a imputação acontece baseado em critérios objetivos de distribuição de riscos. E finalmente a responsabilidade por sacrifício é aquela que também prescinde de um juízo de valor, imputando o dano numa compensação ao lesado, que se justifica pelo sacrifício suportado. A definição de culpa pelo Código insinua um pressuposto moral da responsabilidade civil e considera excepcionais os casos de responsabilidade sem culpa. Tradicionalmente, a culpa era definida em sentido psicológico como o nexo de imputação do acto ao agente, que se considerava existir sempre que o acto resultasse da sua vontade, ou seja, lhe fosse psicologicamente atribuível. 65 Essa concepção tem vindo a ser substituída por uma definição da culpa em sentido normativo como um juízo de censura ao comportamento do agente.66 Pode ser entendida como a omissão da diligência que seria exigível pelo padrão de conduta que a lei impõe. Quando a lei fala em dolo e mera culpa, faz menção ao dolo e a negligência. O dolo é a intenção e o ato volitivo de produzir o resultado, já a negligência consiste no comportamento e não na sua vontade. O direito brasileiro entende como não tomar os devidos cuidados. É a infração do dever de diligência.

O artigo 487.º CC, fala na prova de culpa que o lesado tem que ter, salvo quando há presunção da mesma. Nesse caso, haverá inversão do ônus da prova que passará a correr por conta do lesado. As presunções abarcam os danos causados por incapazes; danos derivados por edifícios ou outras obras; danos causados por coisas ou animais e danos derivados do exercíci de atividades perigosas. As excludentes de culpa se destacam em: erro desculpável; medo invencível e desculpabilidade. O erro desculpável acontece quando a atuação do agente resulta de uma falsa representação da realidade. Também podendo ocorrer quando há falta de consciência da ilicitude não censurável.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

65 SILVA, Gomes - **O dever**. *Apud* LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. Direito das Obrigações. Volume I. 15.ª EDIÇÃO: Editora Almedina, 2018.

66 CORDEIRO, Antonio Menezes, Apud LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes - **Direito das Obrigações**. Volume I. 15.ª EDIÇÃO: Editora Almedina. 2018, Pg. 309

O medo invencível aparece nas vezes em que a atuação do agente provoque um medo que ele não consegue ultrapassar, sem que possa ser censurado. Essa situação pode desenrolar no estado de necessidade desculpante referido no artigo 35.º do Código Penal. Uma outra situação que a lei prevê o medo como causa de exclusão de culpabilidade é o excesso de legítima defesa, contido no artigo 337.º, n.º 2 do Código Civil. E por fim a desculpabilidade, conhecida como exclusão de culpa típica configura-se sempre que, embora não seja verificado medo e nem erro, diante das circunstâncias do momento, não lhe fosse exigível conduta diferente.

A cláusula 12.ª do contrato padrão fornecido pela CNPMA dá margem para várias discussões, uma delas é relativo ao campo da responsabilidade civil por culpa, por isso o estudo casuístico da aplicação da legislação foi necessário para trazer a lume a importância do conhecimento desse insituto para apuração de eventuais perdas e danos e até mesmo para uma invocação do direito ao arrependimento da gestante por substituição.

Outra questão interessante a estudar é sobre o dano. Não se pode olvidar que o dano traz implicitamente uma condição essencial de responsabilidade, isso porque é toda lesão a um bem juridicamente protegido, onde cause a alguém um prejuízo patrimonial ou até mesmo extrapatrimonial, referindo-se a danos eminentemente morais. É claro que nessa relação oriunda desse contrato, tanto a gestante quanto o casal beneficiário podem sofrer danos, e uma vez que a teoria geral dos contratos e o próprio Código Civil sofrem influência sobre este negócio jurídico, qualquer um deles pode socorrer-se das guaridas da justiça a fim de ver seu pleito atendido. Porém no presente caso que envolve situações inesperadas no estado de saúde da gestante durante o parto ou após ele, a responsabilidade poderá recair sobre ela, embora o risco deverá ser suportado pelo casal beneficiário. Polêmico e tormentoso é esse capítulo em relação a responsabilidade por culpa, tendo em vista que situações alheias e estranhas a vontade da gestante podem ocorrer sem que esta deva responder por culpa. Entendemos que situações como de estado puerperal beirando a depressão após o parto pode ocasionar um certo grau de arrependimento na gestante no momento que seja de entregar a criança. Aí sim, entendemos que a cláusula 12.ª do contrato padrão tem força suficiente para regulamentar e pacificar a questão, uma vez que nesse caso podemos invocar a responsabilidade por culpa na gestante devido ao fato de arrepender-se e negar o bebê ao casal expectante. Resolvendo esse caso pela normas atinentes e subordinadas do Código Civil. Mais questionável ainda será o evento morte do feto por intercorrências no estado de saúde da gestante. Se nesse caso poderá ter ou não responsabilidade por culpa da gestante. Embora haja previsão de risco a ser suportado pelo casal beneficiário. Não esquecendo de verificar o nexo de causalidade entre o fato e o dano. E ainda, sem olvidar o artigo 798.º do Código Civil que aborda a responsabilidade obrigacional quando descreve: “o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor.”

Outro interessante ponto recai sobre a responsabilidade pelo sacrifício, contido no artigo 339.º, n.º 2 do Diploma Civil, o qual justifica a conduta do agente que sacrifica bens alheios para evitar um perigo atual de um dano manifestamente superior, como é o caso do estado de necessidade. Nesse contexto podemos trazer a baila o artigo 81.º, n.º 2 o qual será abordado com mais ênfase e especificidade em outro capítulo mas aqui pode ser ilustrado quando admite a revogação de alguma limitação voluntária dos direitos da personalidade. Aqui podemos pensar em situações onde a gestante que limitará um direito seu de personalidade (de ser mãe e constituir família) se ver dentro de uma circunstância de estado de necessidade e sacrificar outro bem e prol do nascimento do bebê. Cremos que ela também poderá invocar um direito de responsabilidade por sacrifício contra o casal beneficiário caso algum acontecimento fuja dos padrões normais do cumprimento contratual. Não olvidando novamente dos riscos legalmente suportados pelo casal beneficiário.

#### **2.4. FATO SUPERVENIENTE**

O chamado fato superveniente como o próprio nome sugere deve ser um acontecimento posterior ao momento da contratação e impreterivelmente desconhecido das partes. Algo imprevisto e extraordinário a ponto de desequilibrar sensivelmente um dos contratantes. Por isso não é qualquer acontecimento corriqueiro que trará o reconhecimento de fato superveniente. O Código Civil brasileiro fala em imprevisível e não imprevisto. Apesar de causar a mesma impressão, essas duas palavras denotam situações diferentes. Imprevisível qualificaria o fato, trazendo a ideia de algo que não poderia prever, enquanto que imprevisto qualificaria o estado do agente, como se fosse uma situação mais corriqueira, quase um acontecimento possível de ocorrer. Se o fato superveniente estivesse dentro da esfera de uma previsibilidade, poderíamos adentrar no campo dos vícios de consentimento, já estudados acima. Dessa forma, o fato terá que ser inimaginável e aquém do alcance de qualquer possibilidade. E por essa razão, alteraria significativamente o equilíbrio contratual entre as partes ocasionando a resolução do contrato por estarem presentes princípios como da boa-fé objetiva e até mesmo da função social do contrato.

Próximo aos casos fortuitos e de força maior, o fato superveniente não se equipara a nenhum deles. Uma vez que eles representam eventos que não podem ser evitados, mesmo que até previstos. Assim o caso fortuito é um evento humano que impede o cumprimento de uma obrigação, como uma greve ou uma guerra instalada. E a força maior pode até ser previsível porém é inevitável, situando-se na esfera da natureza os exemplos são a tempestade e os raios. Outra diferença entre eles e o fato superveniente é que na ocorrência de caso fortuito ou força maior, o devedor exime-se de indenizar o credor e o acontecimento por fato superveniente poderá ocasionar um ressarcimento.

O chamado contrato engessado, denominação criada para garantir a execução contratual a todo custo se mostra ineficiente para solucionar injustiças em face de acontecimento de fatos supervenientes (imprevisíveis), onde desequilibram inesperadamente qualquer relação negocial entre partes que inicialmente desejavam cumprir à risca o acordo pactuado.

No Brasil, o fato superveniente acontecido após o julgamento deve ser considerado relevante para questões analisadas em sede de recurso. Há vários precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça corroborando esse entendimento. Nesse sentido, os tribunais superiores reconhecem a necessidade de verificar fatos supervenientes que modificariam e influenciariam na nova decisão. Se um fato superveniente é tratado de forma tão relevante por tribunais superiores também deveria ser tratado nos contratos firmados, onde o desequilíbrio aparente pode acarretar na temida injustiça.

A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a superveniente modificação do quadro processual, resultante de inovação do estado de fato ou de direito ocorrida posteriormente à impetração do habeas corpus, faz instaurar situação configuradora de prejudicialidade (RTJ 141/502), justificando-se, em consequência, a extinção anômala do processo. (HC 83.799-AgR, Rel. Min. Celso de Mello). 67

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**67** [HC 146781 AgR](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=146781&classe=HC-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M)**/MG-Relator: Ministro LUIS ROBERTO BARROSO, Julgado em 16/03/2018 – Supremo Tribunal Federal do Brasil.**

“Em decorrência de fato jurídico superveniente, a sistemática de precedentes obrigatórios impõe a devolução ao Tribunal de origem dos presentes autos para que o feito seja sobrestado até a definição do mérito do Tema.” ([ARE 968684 AgR-terceiro](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=968684&classe=ARE-AgR-terceiro&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M)**/ RS).68**

**A inteligência do fato superveniente capaz de alterar a equação equilibrada do contrato não deve ser banalizada, uma vez que somente fatos que oneram excessivamente é que devem fazer parte da resolução contratual. Fatos esses que deverão ser analisados casuisticamente sob a toga de um magistrado capaz de aplicar os princípios e valores que orientam a dignidade da pessoa humana e a boa-fé contratual.**

No presente estudo o direito ao arrependimento da gestante pode perfeitamente estar ligado a um fato imprevisível que lhe acometeu, causando um desequilíbrio ainda maior, forçando-a a renunciar seu consentimento inicial a fim de rechaçar o injusto. O recente Código de Processo Civil brasileiro, inaugurado pela Lei n.º 13.105/2015, traz em seu artigo 493.º um permissivo legal sobre fatos supervenientes, quando relata “Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.”

Significando um importante instrumento de efetividade na jurisdição. Assim, quando um fato superveniente ocorrer e afetar o direito de uma das partes, o próprio Estado tem o poder e o dever de interferir na causa e equilibrar a justiça da relação. **Se por um lado, o Juiz imperativamente intervém e profere uma decisão baseada num fato superveniente que desestabilizou um direito, a fim de distribuir a justiça de forma equilibrada como tem que ser. Por outro lado, contratos entre particulares deve seguir o mesmo raciocínio, haja vista que encontrará precedente na esfera judicial. Não se pode ignorar fatos que tenham repercussão direta sobre a relação entre as partes, pois do contrário estaríamos diante da forma mais primitiva da injustiça materializada.**

Desta feita, há fatos supervenientes, que podem alterar sensivelmente a gestante a ponto de fazê-la desistir de cumprir o contrato e não entregar a criança, como exemplo, citamos o falecimento de seu filho único no momento que ela se encontra gestando um bebê para um casal beneficiário. A luz da dignidade da pessoa humana, juntamente com esse triste inesperado fato,

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**68 Relator: Ministro EDSON FACHIN, Julgado em 13/03/2018 – Supremo Tribunal Federal do Brasil**

causará o rompimento natural do negócio jurídico. Além de encontrar guarida com o artigo 437.º do Código Civil Português, que ampara a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias. Já imaginou a situação da gestante que perde seu único filho? Como será que ela se sentiria estando grávida de um filho que não é seu e se comprometeu a entregar no final da gestação? O que importa dizer é que não estamos querendo desmerecer o contrato de gestação de substituição. Esse estudo busca trazer um olhar mais atento da teoria geral dos contratos para o negócio jurídico firmado entre as partes. Ora, se a materialização da gestação de substituição é feita através de um contrato, ele deve submissão total ao direito civil português. E essa submissão deve respeito a todos os institutos atinentes que regulam o direito entre as partes e a sua segurança jurídica. Logo, se houver um fato superveniente que onere excessivamente a gestante, deverá ser resolvido conforme qualquer contrato de direito civil que também está sob o crivo da legislação vigente. Somado a esse importante argumento, ainda existe a questão da dignidade da pessoa humana, tema que serviu de fundamento para o Tribunal Constitucional proferir um brilhante acórdão a respeito do assunto. O qual considerou a possibilidade da gestante decidir sobre a entrega da criança até o momento do parto.

#### **2.5. CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS**

Antes da 1ª Guerra Mundial, a força obrigatória dos contratos, insculpido no p*acta sunt servanda* era visto de forma absoluta, apenas sendo abolido pelo caso fortuito e a força maior. O que as partes pactuavam era cumprido a risca, independente de circunstâncias adversas que poderiam modificar consideravelmente o equilíbrio entre as partes e a injustiça da relação. Era evidente a necessidade de revisão de alguns contratos até mesmo a sua resolução quando à uma parte pendia uma onerosidade excessiva que pudesse causar um enorme prejuízo. A concepção Aristotélica ordenava uma justa correspondência das prestações, entretanto havia também a necessidade de preservar a segurança jurídica. Assim, diante do cumprimento forçado, da desigualdade entre pactuantes e do zelo da segurança jurídica, caberia ao jurista o sopesamento desses valores para estabelecer critérios na busca de uma solução plausível. Nesse entendimento tornou-se necessária a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* porque alguns contratos estavam excessivamente onerosos para uma das partes devido as mudanças provocadas pela instabilidade da guerra. De fato, a quebra drástica de algumas situações fáticas existentes no momento da celebração ocasionaram uma extrema desproporção na equivalência das obrigações. Por isso, a autonomia da vontade e a obrigação contratual não eram mais consideradas absolutas porque não traziam a segurança e a justiça entre as partes. Com isso, houve um maior desequilíbrio entre as relações advindas dos contratos. Eles deveriam ser respeitados ao máximo, mas quando um fato superveniente provocasse um desequilíbrio, onerando por demais um lado, o contrato tinha que ser revisto. Algumas vezes adaptado e outras vezes resolvido. Assim, a Jurisprudência percebeu que a força obrigatória dos contratos deveria ser flexibilizada, caso contrário, contratantes seriam levados a completa ruína. E foi o próprio Estado que relativizou o p*acta sunt servanda* e impôs normas de ordem pública para regulamentar disposições contratuais. Corrigindo eventuais desequilíbrios e injustiças na relação entre contratantes.

Esse conceito atravessou séculos e permanece vivo e positivado nas legislações até os dias de hoje. Mesmo tendo autores que dizem que a cláusula do *rebus sic stantibus* não foi criada para eventuais desequilíbrios originados pelas guerras, reconhecem que sempre esteve presente nos anseios da justiça comutativa e que por isso não eram privativos das instabilidades bélicas, mas também presentes nos momentos de pacifismo entre os povos, através de surgimento de situações imprevistas que tornariam impossível um cumprimento sem injustiças demasiadas. Por isso o fundamento essencial da cláusula de resolução é justamente o equilíbrio contratual. Nesse caminho, a doutrina considera legítima a intenção de dissolver os contratos quando circunstâncias fáticas normais que estiveram presentes no momento da celebração do acordo tenham se alterado de modo a desequilibrar a relação inicial entre eles, fugindo da esfera da previsibilidades dos contratantes. Dessa forma, quando há um acontecimento imprevisível, que foge da esfera dos riscos normais, necessário se faz restabelecer a igualdade nas obrigações. Hodiernamente, o instituto *rebus sic stantibus*, entendido como sinônimo de imprevisão,existe como possibilidade de rever ou resolver contratos de execução diferida, realizando a necessária distribuição da equivalência das partes. Era denominada como “*contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futura rebus sic stantibus intelliguntur*”, atualmente simplificada para apenas *rebus sic stantibus*. Tal cláusula que não precisa estar explícita nos contratos, garante que se as condições do início da celebração continuarem da mesma forma, a execução deverá ser obrigatória, entretanto, caso hajam modificações relevantes que alterem o *status quo* *ante*, haverá a possibilidade de revisão ou resolução contratual, dependendo da intensidade e do prejuízo de uma das partes.

A expressão rebus sic stantibus consiste, resumidamente, em presumir, nos contratos comutativos, uma cláusula implícita, segundo a qual os contratantes estão adstritos ao seu rigoroso cumprimento, no pressuposto de que as circunstâncias do momento da contratação se conservem inalteradas no momento da execução contratual, ou seja, permaneçam idênticas às que vigoravam no momento da celebração. 69

A cláusula do *rebus sic stantibus* está positivada no direito português no artigo 437.º do Código Civil, onde retrata que: “1 - Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.”

São as circunstâncias que inicialmente levaram as partes a contratar e assim continuar até sua execução final. De modo que seria injusto mante-las adstritas ao fiel cumprimento do contrato, se tais circunstâncias iniciais sofressem uma alteração em sua essencialidade. O fundamento do contrato deve ser motivado pela autonomia da vontade e quando o cenário muda, forçar o cumprimento seria forçar a transformação da autonomia da vontade, fato que denota uma afronta à dignidade da pessoa humana.

Dessa forma é possível que um pacto seja alterado, independente de sua obrigatoriedade, sempre que a equação econômica tornar-se excessivamente onerosa para uma das partes, de modo a prejudicar sobremaneira o cumprimento integral em benefício da outra parte, levando em consideração a situação de fato existente no momento da celebração do pacto. Um exemplo bem singular e hipotético é o contrato de permissão de uso de um imóvel. Imaginemos que no início do contrato, de um lado tem-se uma pessoa que é proprietária de 10 (dez) imóveis e do outro lado há um desabrigado que não possui condições de arcar com despesas de aluguel. Tal contrato permite o uso do imóvel gratuitamente pelo período de 2 (dois) anos àquele desabrigado. Após um ano do início da vigência, o proprietário dos dez imóveis sofreu drasticamente um decréscimo inesperado de seu patrimônio perdendo 9 (nove)

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

69 PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Instituições de Direito Civil.** 10ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2000, volume 3, pg 98.

imóveis, restando-lhe apenas esse que está em permissão de uso. Nesse momento podemos concluir que o contrato tornou-se excessivamente oneroso para o proprietário que não tem mais aonde abrigar-se e clama pela resolução do contrato. Mesmo pensando na outra parte, houveram eventos extraordinários que abalaram a equivalência contratual. Parte-se do pressuposto que ambos desejavam a celebração nos moldes em foi estabelecida, por isso a desproporção e a vantagem inicialmente existente estaria acobertada pela autonomia da vontade, porém quando esse equilíbrio voluntário tornou-se excessivo por eventos imprevisíveis, a base do negócio esteve rompida havendo necessidade de resolução do pactuado. Desse modo, se circunstâncias inimagináveis estiverem presentes, a cláusula *rebus sic stantibus* funciona, sendo o contrato gratuito ou oneroso.

“Para ilustrar a contingência, a provisoriedade das decisões sobre medidas cautelares, a jurisprudência tem feito apelo à cláusula *rebus sic stantibus,* de cariz e origem contratual, renascida no século XVIII, enterrada pela codificação e pela prevalência do princípio pacta sunt servanda e ressuscitada após a primeira Guerra Mundial. 2 - A cláusula “permanecendo as coisas como estão” ou "enquanto as coisas estão assim", representa a teoria da imprevisão e constitui uma excepção à regra pacta sunt servanda, querendo significar que a ocorrência de um facto imprevisto e imprevisível, essencial e posterior à celebração de tratado ou contrato civil, diferido ou de cumprimento sucessivo permite a retirada do tratado, a alteração nas condições da sua execução ou a cessação dos seus efeitos.” 70

“Encontram-se preenchidos os requisitos de que a lei faz depender a actuação da cláusula rebus sic stantibus se ocorrerem determinadas circunstâncias que determinaram as partes a contratar, de tal modo que, se fossem outras, não teriam contratado ou tê-lo-iam feito em termos diferentes, desde que essa alteração não seja o previsível desenvolvimento da situação conhecida à data do contrato e se essa alteração tornar, como tornou, o cumprimento da obrigação ofensiva dos princípios da boa fé.” 71

##### \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

#### 70Tribunal: Tribunal da Relação de Évora Relator: JOÃO GOMES DE SOUSA Data do Acordão: 31/08/2016) **Processo:** 27/15.8GBSTB-A.E1)

#### 71 **Processo:** 535/2004-6 Tribunal: Tribunal da Relação de Lisboa, Relator: GRANJA DA FONSECA **Data do Acordão:** 12/02/2004

##### E para invocar esse instituto, é necessário verificar alguns requisitos, quais sejam, o devedor não pode estar em mora e nem ter ocorrido por motivo de culpa do mesmo. Trazendo novamente um exemplo esdrúxulo e parecido com o mencionado outrora, apenas para ilustrar a possibilidade do direito ao arrependimento, imaginemos uma situação em que a gestante em substituição após três meses de confirmada a gravidez, perde inesperadamente em um acidente de carro seu marido e seus dois filhos.­­­­­­­­­­­­­­ Após o choque e períodos de depressão, ela reflete que o filho que gera em seu ventre de aluguel poderia ser a única forma de sua vida continuar a ter sentido e resolve não renunciar o direito de ser mãe e não entregar o bebê. Aqui podemos invocar a cláusula do *rebus sic stantibus,* pois o momento da celebração do negócio jurídico não é mais o momento da execução contratual. Também se adequaria ao fato superveniente que já fora tratado em capítulo anterior, com exemplo semelhante.

No Brasil, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor consagra em seu artigo 6.º que são direitos do consumidor: “a revisão dessas em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.” E em seu atigo 51.º, número IV que considera nulas as cláusulas as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de bens ou serviços que “estabeleçam obrigações consideradas iniquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa fé ou a equidade. “A norma do artigo 6.º do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro avança ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível, apenas exige a quebra da base do negócio, a quebra do seu equilíbrio intrínseco, a destruição de equivalência entre prestações.” 72 Nesse mesmo segmento há na doutrina outro instituto que garante a revisão ou resolução contratual por fato superveniente, chamada de Teoria da Base do Negócio Jurídico.

Diferente da Teoria da Imprevisão que prestigia o *rebus sic stantibus* e prende-se ao aspecto subjetivo, aquela teoria aborda o lado objetivo, ou seja, a quebra da base contratual. Essa teoria foi um aperfeiçoamento da Teoria da Pressuposição, ocorrida no meio do século XIX quando era nítida a injustiça causada pela impossibilidade de cumprimento da obrigação originada pelas guerras.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

72 MARQUES, Claudia Lima **- Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. RT, 2ª edição, pg. 299

No mesmo período, Windscheid 73 criou a dita Teoria da Pressuposição, onde também flexibilizou a força obrigatória dos contratos e a revisão contratual, deixando-a mais tolerante do que a Teoria da Imprevisão do *rebus sic stantibus*. Previa que, no momento da celebração do negócio jurídico, o contratante deveria ter certeza subjetiva que o fato realmente ocorreu ou o que realmente ocorreria ou ainda que determinada situação permaneceria no futuro, baseando a vontade negocial com a convicção do acontecimento de tais atos. E a ausência da certeza subjetiva coibiria qualquer tipo de contrato.

Nesse cenário, a Jurisprudência Europeia fechava os olhos para qualquer desigualdade ou injustiça no cumprimento de contratos, uma vez que prestigiava a força obrigatória deles, conhecida como *pacta sunt servanda*. Assim a teoria de Winsdscheid viria para combater esses desequilíbrios e desonerar a parte prejudicada de adimplir com sua obrigação. Entretanto algumas críticas trouxeram uma nova roupagem para essa teoria, principalmente porque a pressuposição acarretaria numa prova impossível, já que seria muito difícil o contratante provar que a representação mental da outra parte não existiu. Por isso, Oertmann74 e Larenz75 aperfeiçoaram essa teoria e a chamaram de Teoria da Base do Negócio Jurídico.

­­­­­­­­­­­ De acordo com essa teoria, quando no momento da celebração do contrato a representação mental da existência de uma circunstância que embasa a vontade negocial, conhecida de uma parte e não impugnada pela outra, e que não corresponde a verdade objetiva,

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

73Bernhard Windscheid ([Düsseldorf](https://pt.wikipedia.org/wiki/D%C3%BCsseldorf), [26 de julho](https://pt.wikipedia.org/wiki/26_de_julho) de [1817](https://pt.wikipedia.org/wiki/1817) – [Leipzig](https://pt.wikipedia.org/wiki/Leipzig), [26 de outubro](https://pt.wikipedia.org/wiki/26_de_outubro) de [1892](https://pt.wikipedia.org/wiki/1892)) foi um [jurista](https://pt.wikipedia.org/wiki/Jurista) [alemão](https://pt.wikipedia.org/wiki/Alem%C3%A3es) e membro da escola pandectista de [direito](https://pt.wikipedia.org/wiki/Direito). Tornou-se conhecido por seus estudos sobre o conceito legal de ação, que estimulou um debate com [Theodor Muther](https://pt.wikipedia.org/wiki/Theodor_Muther) ao qual se imputa o início dos estudos do direito processual tal qual o conhecemos hoje. [Em linha] (fonte Wikipedia, disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Bernhard_Windscheid>) [Consult. em 25/06/2019]

74 Paul Ernst Wilhelm Oertmann ([3](https://pt.wikipedia.org/wiki/3_de_julho) [Julho de](https://pt.wikipedia.org/wiki/3_de_julho) [1865](https://pt.wikipedia.org/wiki/1865), [Bielefeld](https://pt.wikipedia.org/wiki/Bielefeld) - [22](https://pt.wikipedia.org/wiki/22_de_maio) de [Maio de](https://pt.wikipedia.org/wiki/22_de_maio) [1938](https://pt.wikipedia.org/wiki/1938), [Göttingen](https://pt.wikipedia.org/wiki/Gotinga)) foi um [ativista dos direitos civis](https://pt.wikipedia.org/wiki/Direito_privado) Alemão. Tornou-se conhecido principalmente através de sua obra "Direito dos Negócios - Um Novo Conceito Jurídico" publicada em 1921. Oertmann criou, com base nos negócios, um instrumento jurídico para lidar com a objeção de mudar detalhes de negócios, até então altamente controversa, que a partir de então poderia estabelecer-se com cada vez mais firmeza na jurisprudência e no ensino. Após a reforma da "Lei Básica de Negócios", em 2002, a doutrina básica de negócios foi também reconhecida no artigo 313 da Constituição Alemã (fonte Wikipedia, disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Paul_Oertmann>) [Consult. em 25/06/19]

75 Karl Larenz ([Wesel](https://pt.wikipedia.org/wiki/Wesel), [23 de abril](https://pt.wikipedia.org/wiki/23_de_abril) de [1903](https://pt.wikipedia.org/wiki/1903) — [Olching](https://pt.wikipedia.org/wiki/Olching), [24 de janeiro](https://pt.wikipedia.org/wiki/24_de_janeiro) de [1993](https://pt.wikipedia.org/wiki/1993)) foi um [jurista](https://pt.wikipedia.org/wiki/Jurista) e [filósofo do direito](https://pt.wikipedia.org/wiki/Filosofia_do_direito) [alemão](https://pt.wikipedia.org/wiki/Alemanha). Larenz foi Professor em duas importantes universidades da [Alemanha](https://pt.wikipedia.org/wiki/Alemanha): [Universidade de Kiel](https://pt.wikipedia.org/wiki/Universidade_de_Kiel) (*Christian-Albrechts-Universität* zu Kiel) e [Universidade de Munique](https://pt.wikipedia.org/wiki/Universidade_de_Munique) (*Ludwig-Maximilians-Universität München*), neste derradeira lecionou de 1960 até o fim de sua carreira acadêmica. Como jurista destacou-se na área do [Direito Civil](https://pt.wikipedia.org/wiki/Direito_Civil), tendo produzido diversas obras que se fizeram e fazem autoridade na disciplina. (fonte Wikipédia, disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Karl_Larenz>) [Consult. em 25/06/19]

pode acasionar a resloução da prestação. A principal diferença entre esta teoria e a da Preposição é que nessa a representação mental estaria condicionada apenas na declaração e na Teoria da Base do Negócio Jurídico estaria reportada não somente a declaração, mas a todo negócio jurídico.

­­­­­­­­­­­­­ A base do negócio jurídico seria a representação mental do contratante no momento do cumprimento do contrato, conhecida e não impugnada pela outra parte, e também a certeza da existência de circunstâncias que embasam a vontade negocial. Se, houver acontecimentos imprevistos que faz desaparecer a base do negócio jurídico, o contrato não corresponderia mais a vontade dos pactuantes. Nesse momento, aparece a necessidade de revisá-lo ou até mesmo resolvê-lo. Um exemplo para entender perfeitamente a resolução de um contrato com base na Teoria da Base do Negócio Jurídico seria um contrato de locação de um imóvel pelo período de um mês para abrigar um atleta que irá participar dos jogos olímpicos. Todavia, o atleta se machucou num treino e teve quebrada uma das pernas e por isso foi cortado da seleção do país. Nesse caso, não há mais necessidade de manter o imóvel locado em razão do cancelamento da competição por parte desse atleta. Essa é a base do negócio jurídico. Uma vez que fora rompida, todo negócio desapareceria. Desse modo, a grande diferença que abraça a base subjetiva é que para ela o que importa é a representação mental. Como já fora dito, apesar de trazer uma onerosidade excessiva com tal distorção, a prova é muito difícil de trazê-la ao campo prático. De outra sorte a base objetiva está presente quando o fato imprevisível representar a base estrutural do negócio jurídico. “Larenz considerou que algumas circunstâncias, que vão além do conteúdo do contrato, influenciam diretamente as partes na formação do vínculo. A esse conjunto de circunstâncias determinantes para a conclusão do negócio Larenz denominou a base objetiva.” Então a base objetiva do negócio jurídico deve ser as circunstâncias determinantes para a formação do vínculo. 76 Se, em momento posterior a celebração do contrato houver algum fato novo que transforme fundamentalmente as razões da concordância do negócio jurídico, onde nenhuma das partes pudessem imaginar tal situação e mesmo diante da distribuição dos riscos, o contrato perca seu sentido originário e haja onerosidade excessiva para uma das partes, desestabilizando a relação equânime entre eles, deve-se optar pela resolução do pacto. A fim de restabelecer a justiça da relação.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

76 LEITE, Gisele - **A evolução doutrinária da teoria da base do negócio jurídico na revisão dos contratos de consumo.** [Em linha] Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/print.php?content=2.49035>

#### **2.6. LIMITAÇÃO VOLUNTARIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

De acordo com a Constituição Portuguesa, há duas espécies de direitos fundamentais. A primeira diz respeito aos direitos, liberdades e garantias e a segunda engloba os direitos econômicos, sociais e culturais. Independentemente das leis que são criadas para proteger esses fundamentais direitos, a Constituição Federal sempre dificultará sua suspensão ou limitação, uma vez que fazem parte do núcleo intangível da lei maior e caracterizam o Estado Democrático de Direito. A proteção da liberdade através dos direitos fundamentais é vista como uma proteção incondicional do Estado, ao passo que para os direitos econômicos, faz-se necessário existir uma situação de necessidade ou desigualdade, a fim de invocar a proteção estatal. Assim, “os direitos de liberdade e os direitos sociais distinguem-se não apenas pelos diversos significados e funções jus fundamentais que envolvem, como acaba de sublinhar, mas também pela sua estrutura, pelo modo como são consignados e pelas condições de efectivação” 77 Liberdade é o grau de independência do cidadão, é estar livre de limitações de origem lícitas. Dessa forma, o direito surge para conceder ao indivíduo mecanismos que asseguram a liberdade no âmbito social, dentro dos limites da ordem pública e bons costumes. Por isso não é tolerável criação de leis que anulam, suspendem ou até limitam o direito à liberdade que está contido no grande princípio da dignidade da pessoa humana. A Constituição da República Portuguesa no seu artigo n.º 27 descreve que “Todos têm direito à liberdade e à segurança.”

E por sua vez, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, menciona a palavra liberdade em seus quatro primeiros artigos. 78

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

77 MIRANDA Jorge **- Manual de Direito Constitucional Direitos Fundamentais**. Tomo IV, 5ªed, Coimbra Editora. Coimbra. 2012. p. 102*. Apud* CASIMIRO, Josefa Chilulu. **Uma Reflexão sobre direitos fundamentais.** Dissertação apresentada para grau de mestre. Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias. [Em linha] Disponível em <http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/6285/DISSERTA%C3%87%C3%83O-JOSEFA-CASIMIRO.pdf?sequence=1>

78 DOCUMENTO OFICIAL - DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. **Artigo 1.º** Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. **Artigo 2.º** Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou outro estatuto. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do

Antes de adentrarmos no estudo da limitação voluntária dos direitos de personalidade, convém conceituar o que são direitos de personalidade. Tais direitos são tidos como irrenunciáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e inalienáveis, pois caracterizam a essencialidade e a dignidade do ser humano. Personalidade é a qualidade de ser pessoa, é um direito inato, pertencente ao homem pela sua humanidade. Hoje é perfeitamente aceito e positivado em todas as legislações do mundo, porém até o século XIX existia uma corrente que relutava contra esses direitos. Pensando que a legislação portuguesa considera a dignidade da pessoa humana como uma premissa máxima, impossível seria compreender um normativo que impedisse seu livre desenvolvimento. O Acórdão do STJ Português, no processo 05A2577, entende que: “A liberdade para usufruir os direitos de personalidade precisa contemplar os valores da eticidade e dos bons costumes, não permitindo sua alienação ou transferência, haja vista que são inerentes a vida humana, estando alheios a autonomia da vontade do detentor.” 79

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autónomo ou sujeito a alguma limitação de soberania. **Artigo 3.º** Todas as pessoas têm direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. **Artigo 4.º** Ninguém pode ser mantido em escravidão ou em servidão; a escravatura e o comércio de escravos, sob qualquer forma, são proibidos. [Em linha] Disponível em <https://www.unidosparaosdireitoshumanos.com.pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-01-10.html> [Consult. em 10/06/2019].

79 Trecho do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. Processo n.º 05A2577, n.º convencional: JSTJ000, Relator Silva Salazar, n.º do documento SJ200510250025776, data do acórdão: 25/10/2005, Tribunal de Relação de Évora. Portugal.

“O que se verificou foi que o jogador limitou voluntariamente o seu direito de forma livre e bem informada para aproveitamento comercial e económico da sua imagem, tendo-o feito através de um contrato, estabelecendo condições formais (limite temporal, benefícios e possibilidade de cedência a terceiros) e materiais (pois não é uma renúncia nem se transmite o "próprio" direito à imagem); 22ª - Após ter recebido, da esfera jurídica do jogador, o direito de explorar comercialmente a imagem daquele jogador de futebol, a recorrente não procedeu ela própria a essa comercialização por qualquer dos meios que servem de suporte a essa actividade: antes procedeu à sua alienação onerosa, *ex contractu*, a uma outra entidade, no caso, a recorrida; 23ª - Sobre esta questão já se pronunciou o Tribunal da Relação de Lisboa - Secção Cível no acórdão de 13/3/2001, relativo ao processo n.º 11314/00, aí se referindo, em síntese: "A irrenunciabilidade dos direitos de personalidade não impede a eventual relevância do consentimento do lesado: este não produz a extinção do direito e tem um destinatário que beneficia dos seus efeitos (...) A limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade deve, todavia, para ser válida, como negócio jurídico, ser conforme aos princípios de ordem pública (art.º 81º e 280º do C.C.). (...) O direito à imagem pode, portanto, em princípio, ser objecto de válidas limitações voluntárias, sendo tal direito o mais "exterior" e "público" dos direitos da pessoa (física), torna-se o mais susceptível de ser ofendido. (...). Sendo possível o consentimento, nada impede que este seja prestado directamente ao utilizador da imagem ou por interposta pessoa. (...). Neste caso, ficou provado que a autora negociou directamente com o SNJPF, tendo celebrado com este Sindicato o direito à utilização e reprodução da imagem dos jogadores nas colecções de cromos, tendo resultado igualmente provado que o SNJPF obtém dos seus filiados autorização para, em nome deles, negociar contratos em que esteja em causa a exploração comercial da imagem dos jogadores profissionais de futebol. (...).”

Segundo Charles Taylor, os direitos da personalidade possuem três condições essenciais que são a autonomia da vontade, a dignidade e a alteridade. 80 A autonomia situa-se no respeito que todo ser humano tem de livremente decidir como melhor lhe apraz; a dignidade é a qualidade moral ínsita de toda pessoa humana de ser digna, honrada e respeitada; e alteridade é a qualidade que diferencia todo ser humano em relação aos outros, tornando-os únicos a serem respeitados. Portanto para o autor, essas características formam os direitos da personalidade, onde direitos secundários aparecem salvaguardando o nome, a privacidade, a honra e a imagem.

Os direitos da personalidade apareceram com mais força a partir da Declaração dos Direitos Humanos, conscientizando a importância em tutelar esse rol de direitos advindos da dignidade da pessoa humana. Uma diferença entre esses direitos e os direitos fundamentais é que nesses o Estado sempre estará presente e naqueles a presença do Estado não é relevante. Também podem ainda ser classificados como gerais, pois atinge a todas as pessoas indistintamente e são extrapatrimoniais porque não há cunho econômico, embora possua efeitos econômicos em uma eventual reparação. O que podemos perceber é que os direitos da personalidade estão e estarão sempre ligados a dignidade da pessoa humana, pois tanto os direitos da personalidade quanto a dignidade são inerentes ao ser humano e por isso inseparáveis e irrenunciáveis. Klaus Stern, por sua vez diz que “a dignidade humana funda o valor intrínseco da personalidade humana, bem como o direito geral da personalidade decorre da dignidade humana.” 81

Assim, no sentido de salvaguardar os direitos da personalidade, ramo tão importante ligado a dignidade da pessoa humana, o direito português consagrou a limitação voluntária dos direitos da personalidade e a positivou em seu artigo 81 do Código Civil quando assim determina: ‘1 – Toda limitação voluntária ao exercício dos direitos da personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública. 2 – A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.”

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

80 TAYLOR, Charles - ***Sources of the Self: the making of the modern identity***. Cambridge: Harvard University Press, 1989

81 STERN Klaus - ***Die Hauptprinzipien des Grundrechtssystems des Grundgeserze***. Koln: Carl Heymanns. 2010. *Apud* COSTA NETO, João. **Dignidade humana. Visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu**. Editora Saraiva. Pg. 38. 2014.

Limitar direitos da personalidade inviabilizaria hoje em dia situções corriqueiras normalmente aceitas pela sociedade, como é o fato da exposição à *reality shows,* fazer tatuagem, colocar *piercing,* participar de lutas de MMA e até mesmo expor informações pessoas nas midias sociais. Talvez a ideia do legislador fosse limitar a celebração de um contrato de compra e venda de órgão humano, por exemplo. “Embora a legislação lusa é clara no sentido de que os negócios jurídicos objeto de limitação da personalidade são objeto da regulamentação legal.”82 Os limites a autonomia da vontade privada no exercício dos direitos de personalidade devem ser definidos a partir daquilo que é disponível ou não. A vida não é disponível. A legislação acomete de nulidade os negócios jurídicos com limitação dos direitos da personalidade quando forem contrários à ordem pública. Porém difícil exemplificar o que seria contrário a ordem pública e aos bons costumes. Teria que fazer um paralelo entre o respeito à dignidade da pessoa humana. E ainda, sempre será revogável quando for legal.

Pais de Vasconcelos entende que este contrato seria vinculante apenas para uma das partes, na medida em que o titular do direito de personalidade conserva o direito a revogabilidade e a outra não. Para o professor, “os negócios de personalidade têm uma eficácia mais legitimadora e reguladora do que vinculativa” 83 Por isso o direito ao arrependimento da gestante em substituição está a encontrar abrigo na legislação portuguesa. “Nenhuma mulher pode renunciar previamente à sua condição de mãe por meio de um contrato.” 84 O contrato estaria maculado de nulidade absoluta, uma vez que o seu fim é contrário à lei e à dignidade da pessoa humana. E a renúncia antecipada ao direito de ser mãe é uma renúncia ao direito de personalidade. Dessa forma, é revogável. E sendo revogável, pode-se revogar a celebração do negócio jurídico feito através do contrato de gestação por substituição, simplesmente por estar limitando um direito de personalidade. Assim é possível entender e explicar o direito de arrependimento da gestante. Pois aquele indivíduo que pode dispor dos seus direitos de personalidade, também pode revogar esse ato.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

82 BRANCO, Tula Wesendonck Gerson - LIMITAÇÕES VOLUNTÁRIAS AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE O DIREITO BRASILEIRO E PORTUGUÊS. [Em linha] Disponível em <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/2/2016_02_1469_1492.pdf>

83 VASCONCELOS, Pedro Pais de - **Direitos de Personalidade**, Lisboa: Ed. Almedina, 2006

84 BARBAS, Stela Marco de Almeida Neves - **Direito ao Patrimônio Genético,** Ed. Almedina, 1988, pg 149, ISBN 972-40-1113-5

O filósofo político americano John Rawls em sua obra Teoria da Justiça, aborda a liberdade como um direito natural e fundamental do homem, sendo um requisito essencial para o convívio de uma sociedade bem ordenada e com instituições fundadas na dignidade humana. Ocupando lugar de destaque no Estado Democrático de Direito. Para ele, seria impossível falar em direitos sociais sem prestigiar a liberdade individual de cada um, que no seu entender trata-se de um direito irrenunciável e inegociável. Dessa forma, complementa que toda limitação à liberdade deve estar fundada na própria liberdade e na sua distribuição em igual medida.85 Também é importante o conceito de liberdade dado por Canotilho mencionando a relação dela com a dignidade da pessoa humana. “A dignidade da pessoa humana deve ser vista, em primeira linha, como fundamento de um direito geral de liberdade e de um direito geral de igualdade, concretizado através de múltiplos direitos especiais de igual liberdade.” 86

A possibilidade de limitar direitos de personalidade desde que não seja contrária aos princípios da ordem pública tem amparo no Código Civil Português, entretanto é necessário saber o significado dessa contrariedade aos princípios da ordem pública. A maioria dos juristas entendem que a expressão ordem pública possui um conceito vago, podendo ser compatível com aquilo que detém legalidade normal, onde o estado desempenha seu papel baseado em direitos e garantias fundamentais e os cidadãos respeitam e convivem harmoniosamente. A ideia de preservar a ordem pública, é entendida pela manutenção da ordem estatal, impedindo perturbações à convivência pacífica na sociedade. Todavia, no presente estudo, uma dúvida quanto a contrariedade da ordem pública poderá aparecer no que tange ao contrato de gestação de substituição. Há opiniões no sentido de que tal contrato seria ilícito, contrariando a ordem pública por tratar-se de mercantilização de indivíduos. Além disso, a própria renúncia da maternidade seria considerada como uma contrariedade a ordem pública, tendo em vista o seu amparo constitucional. Nesse caso o contrato seria nulo de pleno direito. Porém, há entendimentos divergentes quanto a tipificação de contrariedade da ordem pública, e nesse caso,

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

85 RAWLS, John - ***A theory of justice***. Cambridge, MA: Harvard University Press, pg. 171. 1999. *Apud* COSTA NETO, João. **Dignidade humana. Visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu**. Editora Saraiva, Pg. 38, 2014.

86 CANOTILHO, José J.Gomes; MACHADO, Jonatas E.M. - **“*Reality Shows”* e liberdade de programação**. (Col. *Argumentum*, 12). Coimbra: Coimbra Editora, 2003

seguiríamos o n.º 02 do artigo n.º 81 do Código Civil. Aceitando o contrato, uma vez que há legislação que regulamenta a atividade. E, por esta razão, a limitação seria legal. Mesmo assim, será sempre considerada revogável. Dessa forma, tanto pelo n.º 01, quanto pelo n.º 02 do artigo n.º 81 do CC podemos reconhecer que a legislação facilita o direito ao arrependimento. Para os que consideram o contrato contrário à ordem pública ou para aqueles que consideram o contrato plenamente legal, sempre haverá a possibilidade de revogar, e nesse caso, de arrepender-se.

## **CAPÍTULO III – DO ESTUDO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

### 3.1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Esse tema revela que tanto no acompanhamento da evolução histórica da humanidade quanto no desenvolvimento do progresso da sociedade, a dignidade da pessoa humana surgiu por absoluta necessidade de humanização e conscientização até chegar no contexto atual de preceito fundamental, encontrado na maioria dos países ao redor do mundo. Inicialmente relata que Confucio (551 a.C. até 479 a.C.) já aludia a ideia do ser humano, como “*perfecto y que se distingue de la naturaliza y de los restantes animales, um hombre soberano, es decir, que es autsuficiente y que tiene en si mismo el principio de sus acciones*” Para ele, seu ideal seria que todas as pessoas estudassem e se transformassem em seres superiores, valor esse que não estaria ligado a nenhum título de nobreza, mas sim de caráter moral e ético. Também reconhecemos uma possível origem dos direitos humanos aquela advinda da era cristã. Em textos contidos na Bíblia, Alcorão e Torá. Nitidamente podemos perceber que tanto no Antigo como no Novo Testamento, o homem é visto, tratado e criado como imagem e semelhança de Deus, exercendo o controle e o governo sobre os demais seres vivos. Nesse sentido, afirma-se a concepção de excelência da criatura humana e o alto valor existencial dado pelo Criador a sua criatura, o ser humano.

Um outro grande marco a ser lembrado é o ocorrido na Revolução Francesa, inspirada nos ideais iluministas com o famoso lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”. É inegável a correlação dessa tríade no alicerce da dignidade humana. Dessa forma, eliminava privilégios de nobres e garantia igualdade aos cidadãos. Há quem reconheça uma possível origem do conceito da dignidade da pessoa humana a Carta de João Sem Terra. Esse fracassado rei da Inglaterra que reinou nos anos de 1.199 a 1.216 fora forçado a assinar a Magna Carta que limitava os poderes dos reis, obrigando-os a tomar decisões depois da aprovação de um conselho formado por nobres.

A Magna Carta foi de suma importância na evolução dos direitos fundamentais, pois garantia alguns direitos contra abusos de poder e autoritarismo. Mesmo ela tendo sido criada para solucionar um problema entre o rei João Sem Terra e seus súditos, foi considerada como inspiração para a Declaração dos Direitos Humanos. Isso porque garantia a liberdade da igreja, livre acesso à justiça, liberdade de locomoção, garantia contra prisão ilegal, entre outros. A Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1.948, proporcionava direitos de igualdade e luta contra a opressão e discriminação e reconhecia as liberdades fundamentais dos cidadãos. O documento inicia afirmando que: “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos; são dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.” Dessa forma, reconheceu a igualdade de todo ser humano em sua dignidade como pessoa, sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, ou qualquer outra condição.

https://t.dynad.net/pc/?dc=5550001577;ord=1491496216206

**3.2. CONCEITO DE DIGNIDADE**

A palavra dignidade possui vários significados. De acordo com o dicionário da língua portuguesa é o modo de ser ou de atuar que é digno de respeito, distinção de pessoa que ocupa um cargo importante, autoridade. Apesar de ter tantos significados, entendemos que seu conceito está sempre relacionado a um merecimento ético. Já pessoa humana é um termo jurídico baseado em preceitos biológicos e fisiológicos que diferenciam os homens dos demais seres humanos dos objetos inanimados. É uma atribuição automática e essencial. Um valor interno e indissociável. Uma característica permanente e intrínseca. Não pode ser trocada e nem descartada. A origem etimológica da ideia de dignidade da pessoa humana remonta a *dignitas* romana. Na Roma antiga, a *dignitas* era um conceito que englobava a soma da influência e prestígio pessoal de um cidadão, que foi adquirida ao longo de sua vida. Esse significado, destacava-se pela associação entre a dignidade e outros atributos exteriores, os quais revelavam as personalidades, aqueles que causavam boa impressão, os comportamentos que tornavam alguém digno de frequentar e pertencer certos círculos sociais, o reconhecimento pelo mundo exterior, das qualidades interiores, o poder que se podia alcançar pelo reconhecimento da dignidade, e em seguida, considerada como parte do caráter da população romana, bem como de seus representantes, além do reconhecimento que se alcançava pelos próprios méritos e pelas próprias virtudes. 87 Assim, ao avaliar esse conceito é que se levava em conta valores como a reputação, valores morais e éticos, bem como seu status social e respeito. Na conceituação de Ingo Sarlet:

.... dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante ou desumano, como

venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humano. 88

Plácido e Silva consigna que: dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico.89

­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­ A concepção Kantiana traçava uma linha de qualidade insubstituível, repudiando considerações que reduziam o ser humano a objeto ou coisa. Foi Kant que contextualizou que o homem constitui um fim em si mesmo e, então, não pode ser considerado como simples meio,

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_­­\_\_\_\_\_\_\_\_\_

87 RIDOLA, Paolo - **A dignidade humana e o princípio liberdade na cultura constitucional européia**. Coordenação e revisão técnica Ingo Wolfgang Sarlet. Livraria do Advogado: Porto Alegre, Pg 25, 2014. ISBN 9788573488937

88 SARLET, Ingo Wolfgang - **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição** **Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

89 SILVA, Plácido e - **Vocabulário Jurídico**. Vol. II; São Paulo: Forense, 2007, p. 526.

**Nota: a maior parte descritiva desse capítulo foi retirada do trabalho Direito ao acesso à Justiça sob a perspectiva da Dignidade da Pessoa Humana, apresentado no curso de Mestrado da UAL. De autoria desta mestranda Daniela Sessino Rulli Disponível em** [**https://daniela1.jusbrasil.com.br/artigos/546835349/direito-ao-acesso-a-justica-sob-a-perspectiva-da-dignidade-da-pessoa-humana**](https://daniela1.jusbrasil.com.br/artigos/546835349/direito-ao-acesso-a-justica-sob-a-perspectiva-da-dignidade-da-pessoa-humana) **[Em linha]**

de modo que a instrumentalização do ser humano é vedada:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. 90

Essa concepção partia da premissa de que ‘o homem e, em geral, todo ser racional, existe como fim em si mesmo e não como meio para uso arbitrário por esta ou aquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, quer as que se voltam para ele mesmo, quer as que se orientam por outros seres racionais, o homem sempre, e necessariamente, deve ser considerado como um fim.’’

Assim, refletindo sobre a situação da gestante em substituição, não há como não identificar uma situação de meio, para uso arbitrário por ações, assim como fora defendido por Kant na conceituação acima exposta. A gestante não é vista como um fim em si mesma, apta a possuir a dignidade inata de todo ser humano, porém, na pratica, sabemos que ela será um meio para satisfazer interesses alheios de outra pessoa, sendo utilizada apenas como meio que desenvolverá um ser humano que também necessita ser olhado sob a ótica da dignidade da pessoa humana. Complementa Kant dizendo que: ‘’Age de modo a tratar a humanidade sempre como fim, seja na tua pessoa, ou na pessoa de qualquer outro, nunca como simples meio.’’91 E, por falar em fim, Kant discursa que no “reino dos fins” a dignidade não tem preço. Aquilo que podemos quantificar em termos de preço e de equivalente em preço, ou de troca por algo que possui um preço, necessariamente não condiz com dignidade. Dessa forma ele diz que a dignidade consiste no caráter exclusivo daquilo que pode ser considerado como um fim em si mesmo e que por isso não pode ter um valor agregado (preço), devendo ter apenas um valor intrínseco. O valor da dignidade estaria acima de qualquer preço. Nesse sentido qual seria o preço do “serviço” de gestação de substituição? Como poderíamos valorar e quantificar o trabalho da gestante em desenvolver uma vida durante nove meses em seu útero e no momento do parto separá-la definitivamente do bebê em detrimento de um casal beneficiário? Não existe dimensão para tanto. Por isso não há como mensurar a dignidade da mulher em emprestar seu

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

90 *Op. Cit*. Pg. 36

91 KANT, Immanuel - **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, p. 117, 2005.

útero. Logo, concordamos com a exposição de Kant no que diz respeito a impossibilidade de imputar um valor (preço) na dignidade, pois não pode ser vista como um simples meio, entretanto, deve ser considerada como um fim. Embora, particularmente aceitamos o contrato de gestação de substituição quando a gestante recebe um valor pelo seu serviço. Nesse caso, não vemos como valoração da dignidade, mas como um recebimento por um trabalho a ser feito. Ainda mais, pensamos que se a gestante receber um valor ao final da gestação, dificilmente ela iria arrepender-se de entregar a criança, pois estaria sendo motivada pelo lucro do trabalho e não pelo altruísmo que muitas vezes pode ser um sentimento que a enganaria diante do envolvimento que certamente ela terá com a gestação e o seu fruto. Acontece que em Portugal o recebimento desse valor é considerado crime, sendo permitido apenas o contrato gratuito de gestação de substituição, justamente para evitar a mercantilização ou o comércio de bebês. Embora coibiria com o arrependimento da gestante. Objeto de nosso estudo.

A dignidade não pode ser renunciada, não se pode mencionar que uma pessoa adquiriu dignidade, pois é um atributo inerente a própria condição humana. Dessa forma, ela não é vista como um direito do ser humano, haja visto que não é advinda de um ordenamento jurídico, pois trata-se de um atributo natural e indissociável a espécie humana. Mas a partir dela, todos os demais direitos fundamentais são criados e fundamentados. E sob essa ótica também devemos observar os direitos da gestante em substituição, levando em conta os desafios e os sentimentos que envolvem esse contrato.

### 3.3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRECEITO FUNDAMENTAL

Não obstante ao reconhecimento universal do conceito de dignidade da pessoa humana, os países direcionaram suas leis maiores ao enquadramento deste valor principiológico e fundamental do cidadão. Após um longo caminho orientado pela religião, filosofia e ideais políticos, o princípio humanitário alcançou o status de preceito fundamental. Tratada como preceito fundamental, a dignidade da pessoa humana contempla um valor inestimável que subsumi a aplicação das normas legais positivadas para garantir o acolhimento deste superior e irrevogável direito. Uma razão para o surgimento desse princípio no mais elevado nível do ordenamento jurídico é sua relevância e indiscutível importância para cada ser humano.

É a partir dele que outros direitos fundamentais são estruturados e garantidos nas searas legais. Os constituintes voltaram seus olhares numa perspectiva antropocêntrica, anteriormente negada e esquecida. A primeira manifestação legislativa foi na Constituição da Finlândia em 1.919, onde a lei protegia a vida, a dignidade, a liberdade e a propriedade. No mesmo ano a Constituição de Weimar acolheu tal conceito. A Constituição Portuguesa de 1.933 declarava que o Estado tinha a missão de impedir que as classes sociais mais desfavorecidas descessem abaixo do mínimo de existência humanamente suficiente. Porém a revisão de 1.951 alterava o final desse conceito dizendo que a incumbência do Estado passou a ser a de assegurar-lhes as classes sociais mais desfavorecidas a um nível de vida incompatível com a dignidade humana.92

Em 1.971, o respeito da dignidade das pessoas surgia no artigo 45. J. Gomes Canotilho declara que o conceito de dignidade da pessoa humana é concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais.93 A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, promulgada em 23 de maio de 1.949, historicamente foi a primeira que consagrou a dignidade da pessoa humana em seu texto, de modo explícito, estabelecido no seu art. 1º, nº 1, nos seguintes termos: A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais. Em complemento, dispõe o nº 2: O povo alemão se identifica, portanto, com os invioláveis e inalienáveis direitos do homem como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. Tal fato pode ser invocado como resposta a afrontas à dignidade da pessoa humana que muitos sofreram diante do governo nazista e de práticas de crimes políticos totalmente desumanos. Um pouco mais tarde a Constituição Lusitana também recepcionou o conceito de dignidade da pessoa humana. Cardoso da Costa, por sua vez, comenta que, além da referência emblemática que lhe faz no seu artigo 1º, a Constituição de Portugal não enuncia o princípio da dignidade da pessoa humana no seu catálogo de direitos fundamentais, pois é mais do que isso, já que “representa o ‘princípio de valor’ que é o fundamento mesmo (e o ‘critério’) desses direitos e do respectivo catálogo – catálogo ao qual confere uma ‘unidade de sentido’.94 Por sua vez a Constituição Espanhola traz

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

92 NOVAIS, Jorge Reis - **A Dignidade da Pessoa Humana**, Volume I, Ed. Almedina, pg. 49, 2015.

93 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa anotada**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1984, v.1, p. 70.

94 COSTA, José Manuel Moreira Cardoso da - **O princípio da dignidade da pessoa humana na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas**. *In*: BARROS, Sérgio Resende de e ZILUETI, Fernando Aurélio (coord.). Direito Constitucional – estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Dialética, 1999, p. 192

pioneiramente a expressão "valores superiores", e esses valores descritos alcançam um significado abrangente. Pois não só se constitui um valor superior, mas é o próprio fundamento ético que ocupa a posição central e legitimadora, como bem afirma Luiza Matte.95A Magna Carta Italiana de 1947, embora sem a forma literal da dignidade da pessoa humana, contemplou seu significado através do conceito da isonomia. Com efeito a Constituição da República do Brasil, em 1988 inseriu em seu texto como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ao dispor no artigo 1º, inciso III que A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana. A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia prevê a dignidade humana em 1º artigo: “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida.” Dessa mesma forma, literalmente está disposto no artigo 1º do *Grundgesetz*96

­­­­­­­­­­­­­ Sabendo que o vocábulo preceito significa ordem, regra, norma ou condição, podemos afirmar com segurança que a dignidade da pessoa humana é um preceito fundamental do homem e por isso deve ser amparada e garantida por todos os ordenamentos jurídicos. E desse direito é que nascem os demais direitos. Dessa forma, não há como afastar o reconhecimento da dignidade da pessoa humana da gestante de substituição. Há que fazer uma análise sob todos os pontos de vista antes de condenar aquela que cedeu seu útero para gestar uma criança para outrem e depois arrependeu-se, seja por um fato imprevisível que lhe ocorreu ou até mesmo porque simplesmente desejou um reconhecimento de sua dignidade como pessoa humana. Sem olvidar no sentimento único que nasceu durante a gestação entre ela e o bebê o qual misturou em suas entranhas e estabeleceu de modo definitivo um milagre do crescimento de uma vida dentro de outra. Não podemos tratar a gestante em substituição como um simples instrumento de reprodução humana, como um objeto com a única finalidade de cumprir um contrato escrito. Ela merece todo respeito e dignidade. Merece um olhar atento e cuidadoso nesse momento que gerará uma vida para outrem e caso não se sinta apta a cumprir o contrato sob a égide da dignidade da pessoa humana, deverá ser tratada com todo respeito e civilidade a que faz jus.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

95 MATTE, Luíza - **A dignidade da pessoa humana em abstrato, sua positivação e sua influência na prática jurídica.** Porto Alegre: PUCRS: 2000. 183 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2000, p. 69

96 *Grundgesetz* é a lei fundamental da República Federal da Alemanha. Sua Constituição.

Pedir a uma mulher para estar grávida em substituição de outra significa concretamente que ela deve viver nove meses, vinte e quatro horas, abstraindo da sua própria existência corporal e moral. 97

O útero é inseparável do corpo e da pessoa, não é um alojamento temporário, ou um instrumento técnico. A mulher não é uma máquina incubadora. A gravidez não é uma atividade como qualquer outra, transforma a vida da mulher física, psicológica e moralmente. 98

### 3.4. ANTECIPAÇÃO TERAPEUTICA DO PARTO

Umaclássica discussão ocorrida no Brasil foi a respeito da antecipação terapêutica do parto em contrapartida com a dignidade da pessoa humana. Vale mencionar que a antecipação terapêutica do parto não é um aborto, é um fato atípico, por isso não encontrado no Código Penal brasileiro. É uma permissão para a gestante interromper a gestação quando há diagnóstico de feto anencéfalo. 99 Não é considerado aborto por inexistir potencialidade de vida. Aqui fizeram presentes duas correntes baseadas na dignidade da pessoa humana. Uma pela vida do

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

97 MARQUES, Silvestre Orives; PANÃO Miguel Oliveira; VISTAS, Pedro - **Ética Relacional: um caminho de sabedoria.** Estudos de filosofia. Outubro 2017. Universidade Católica Editora. Lisboa. ISBN ebook 9789725405727.

98 AGACINSKI, Sylviane. ***In Corpus em Miettes***. Paris, Flammarion. Ed. *Café Voltaire*. Pg. 87. 2013. Apud Ibidem

99 Anencefalia, é uma má formação fetal congênita por falha do fechamento do tubo neural durante a gestação. O feto portador desta anomalia não apresenta os hemisférios cerebrais nem o córtex, havendo apenas um resíduo do tronco encefálico. AGUIAR, Inayara. **ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA ANÁLISE DA ADPF 54** [Em Linha]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/39416/antecipacao-terapeutica-do-parto-e-dignidade-da-pessoa-humana-uma-analise-da-adpf-54>. [Consult. em 02/04/2019].

do feto e a outra pela vida da mãe. Mesmo a despeito da polêmica, o fato é que no Brasil não é crime. Há permissão legal. Embora continuamos contrários ao aborto. O pensador já citado, Immanuel Kant afirmava que a dignidade consiste em toda a pessoa ser tratada como um fim em si mesmo e não como um meio para atingir um fim social. A mulher é titular de seus direitos reprodutivos, portanto o Estado não tem o direito de obrigá-la a manter uma gestação enquanto e quando o feto não seja viável. Mas se assim a desejar, merece todo o respeito e dignidade pela opção que fizer. Não se pode tolher a sua liberdade existencial e subordiná-la a um projeto de vida que não é o dela.100 Por isso, concluímos que o conceito de dignidade da pessoa humana está acima do direito, sendo considerado como princípio vetor que orienta e direciona os direitos fundamentais e humanos de qualquer cidadão. Sendo um princípio, será uma diretriz de atuação para o Estado, com a finalidade de promover os deveres necessários para promover uma vida humana digna, capaz de conceder a todos igualmente, os seus direitos.

### 3.5. INDENIZAÇÃO POR FILHO COM MÁ FORMAÇÃO CEREBRAL

Ocorreu na Alemanha um curioso fato de um casal que se socorreu da Justiça a fim de ser indenizado pelo nascimento de seu segundo filho, portador de uma deficiência cerebral. Acontece que após o nascimento da primeira filha do casal, eles estiveram na clínica da Universidade de Tübingen, para certificar dos riscos de uma futura gravidez. Naquela ocasião, os médicos asseguraram ao casal que a deficiência da menina foi devido a uma alteração ou distúrbio pré-natal e que não haveriam motivos para se preocupar com uma nova gestação pois a deficiência não era congênita e muito menos hereditária. Dois anos depois, nasceu o segundo filho do casal com a mesma deficiência cerebral. Comprovando o erro no diagnóstico dos médicos. Consequentemente o casal pleiteou uma indenização contra a equipe médica que garantiu a não repetição da deficiência. Alegaram que a segunda criança estava sendo tratada

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

100 BARROSO, Luis Roberto - **A antecipação terapêutica do parto**. [Em linha], Disponível em <https://www.viomundo.com.br/voce-escreve/luis-roberto-barroso-antecipacao-terapeutica-do-parto.html> inerentes a um Estado Democrático de Direito. [Consult. em 12.02.2019]

como um “prejuízo”, o que violaria a dignidade humana. Porém, o Tribunal concluiu de que não houve violação à dignidade da pessoa humana porque nada implicou em nenhum juízo de valor negativo sobre a pessoa da criança, mas que a pretensão da indenização se baseava no dever contratual havido entre médico e os pais da criança deficiente.

### 3.6. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E CÉLULAS TRONCO

O Supremo Tribunal Federal brasileiro julgou improcedente Ação Direta de Inconstitucionalidade contra Lei n.º 11.105/2005, Lei da Biossegurança, que autoriza, para fins de pesquisa, a utilização de células tronco embrionárias de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e descartadas no respectivo procedimento. O tema mais corrente foi justamente o da dignidade da pessoa humana. A conclusão foi de que a dignidade é da pessoa e não dos embriões. O que está debaixo da proteção da dignidade estatal é o ser humano que nasceu com vida e não a pessoa por nascer. Mesmo que haja guarida para os direitos do nascituro, inclusive com a criminalização do aborto, entendeu-se que a dignidade humana não alcança os embriões, apenas o ser humano com vida após seu nascimento. Também se referiu o direito à saúde, em virtude dos avanços tecnológicos obtidos por pesquisas com células tronco que não denotam nenhuma potencialidade de infração a dignidade da pessoa humana. 101

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

101 Trechos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510 Distrito Federal. Relator : Ministro. Ayres Britto. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal do Brasil. Publicado em 29/05/2008. “A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estádio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para ADI 3.510 / DF se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ( "in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para ADI 3.510 / DF extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello). OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º) , aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF) . Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa.” [Em linha] Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. [Consult. em 10/05/2019].

### 3.7. O DIREITO DE SERMOS NÓS MESMOS

No livro “A dignidade humana e o princípio liberdade na cultura constitucional européia”, de Paolo Ridola, com coordenação e revisão técnica de Ingo Wolfang Sarlet, há um capítulo intitulado “O direito de sermos nós mesmos”. Nesse capítulo, o autor relaciona a dignidade da pessoa humana com a liberdade. No início ele relata o desafio do tema dignidade humana sob a visão da ética para os juristas, pois envolve além da história, a filosofia, a teologia e a antropologia cultural. É um crescente estudo que transborda cada vez mais para outras ciências na busca pela interpretação do termo dignidade humana. Desde ciências biológicas, passando pelo existencialismo, utilitarismo até a filosofia da linguagem. E a conclusão que o autor chega é a identidade da dignidade da pessoa humana com sua liberdade. Argumenta que cada indivíduo deriva de articulação de atos, de comportamentos e de relações e toda essa interação caracteriza a pessoa na sua relação com o mundo:

A construção de um nexo inseparável entre dignidade humana e liberdade nasce, bem observado, dessas bases; que aliás, não excluem do discurso sobre a dignidade aquela dimensão da posição do ser humano no universo. Tudo isso se vincula a essa dimensão; e é justo essa capacidade que nos faz únicos, porque a cada dia somos novos, e essa capacidade nos mantém, em certa medida, sempre um livre ser e fazer.102

Trazendo essa concepção de relação entre dignidade e liberdade, para o presente estudo sobre o direito do arrependimento da gestante de substituição, não podemos fugir da realidade de que o negócio jurídico firmado entre as partes, por mais altruísta que esteja compreendido, caracteriza uma limitação da liberdade. Há imposições e restrições de comportamento. Há renúncias de direitos legais e constitucionais. Há uma busca por negação de sentimentos biologicamente incontroláveis. Há abnegação e abdicação. Há, contudo ausência de liberdade. Como podemos separar dignidade e liberdade? Como podemos olhar para a dignidade da gestante de substituição sem imaginar na vedação da liberdade? Como ignorar essa limitação em sua vida? E, por fim, como aceitar que ela cumpra o contrato sem dar a possibilidade dela arrepender-se? É da experiência de liberdade que é tecida a dignidade humana que integra a posição de cada indivíduo no planeta. É a partir de suas livres escolhas, de seu livre arbítrio e

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

102*. Op. Cit*. Pg 108

de sua liberdade que consiste a dignidade, tão aclamada e protegida pela sociedade. É a liberdade que nos faz únicos, livres de preconceitos e livres para decidir nossas escolhas a fim de construirmos um amanhã melhor. A liberdade é o fundamento da dignidade. O autor continua expondo sobre o nexo imprescindível entre a dignidade e a liberdade, como pilares centrais do Estado Democrático de Direito e fundamento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Repulsa a ideia de limitar o indivíduo e reduzi-lo a um propósito exclusivo. “E assim, se não deveríamos admitir que estender esse significado particularizado para defender a espécie humana contra sua redução à condição de objeto.”103 Essa mesma concepção de objeto, o próprio Tribunal Constitucional já se referiu no acórdão n.º 225/2018, onde declarou inconstitucionais alguns artigos da Lei n.º 32/2006 de 26 de julho, fundamentando na dignidade da pessoa humana em oposição a condição da mulher como mero objeto de interesses alheios.

Contra o preconceito, ainda bastante difuso, de que o nexo entre a dignidade humana, o princípio liberdade e os direitos individuais seria uma interpretação que empobrece o elevado conteúdo ético da dignidade, ou que enfraquece sua força normativa em face de outros princípios constitucionais, estou convencido, ao contrário, de que esse nexo exprime um significado, a uma só vez profundo e irrenunciável, desse princípio no contexto da cultura constitucional européia.104

Apoia-se na opinião de que o estado constitucional democrático e plural, ao apresentar a dignidade humana, em seu olhar ético não pode colidir com o princípio liberdade e nem se identifica com o individualismo possessivo, até no âmbito econômico, pois o princípio liberdade está inserido num quadro de compatibilidade que potencializam responsabilidades e reconhecimentos recíprocos. Aqui mais uma vez, encontramos elementos que reforçam a tese da dignidade da gestante de substituição, haja vista que rechaça o conceito de individualismo possessivo, na visão de condicionar a gestante a limitar seu direito e liberdade em prol de um desejo individual e possessivo de um casal beneficiário, em prol de abdicações ao seu livre exercício dos direitos legais e constitucionais. O direito de sermos nós mesmos condiz com uma

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

103 *Op. Cit*. pg 109

104 *Idem*. pg. 111

leitura indissociável do respeito pela liberdade do outro em respeito à sua dignidade como pessoa humana. E sua livre escolha em decidir. Na parte final do capítulo, o autor faz uma menção ao livro Guerra e Paz de Liev Tolstói105 , que num cenário de guerras na Europa se entrelaça num contexto de paixões, inquietudes, conflitos familiares, amores e problemas sociais. Onde Tolstói atribui o sentido das relações humanas com as leis da história numa dialética entre liberdade e condicionamentos do mundo exterior. E na história, a liberdade de cada um ocupa o papel central da trama, que segundo ele:

sem a representação da sua liberdade, o ser humano não somente não compreenderia a vida, mas não poderia viver um instante sequer. E, realmente, não poderia viver porque todas as aspirações do ser humano, todos os seus desejos na vida não passam de aspirações por mais liberdade. Representar um ser humano privado de liberdade não é possível, salvo se for possível representa-lo como um ser privado de vida.106

De acordo com a indissociabilidade entre a dignidade humana e a liberdade, cremos que não resta dúvida quanto ao direito de arrependimento da gestante de substituição, a que faz jus ao amplo conceito de dignidade em ter sua livre escolha respeitada quanto a possibilidade de não entregar o bebê no final da gestação. Por outro lado, o não recebimento da criança por parte do casal beneficiário não denotaria desrespeito a sua dignidade também, pelo fato de já no início da celebração do negócio jurídico, terem o conhecimento de que o contrato gera apenas um direito expectativo, mesmo eles tendo doado o material genético. Além do olhar do risco contratual e dos elementos amparados pela teoria geral dos contratos, a dignidade da gestante se sobreporia a todos eles, ainda mais agora, com a publicação da decisão do TC:

Que coisa é, afinal, a dignidade humana se não o lugar que a cada ser humano livre cabe ocupar na sua irrepetível diversidade? É a possibilidade de realizar o próprio projeto de vida, que a comunidade política deve proteger, pois na vida está o núcleo originário de sua liberdade.107

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

105 **Guerra e Paz** (em [russo](https://pt.wikipedia.org/wiki/L%C3%ADngua_russa): *Война и мир* ) é um [romance histórico](https://pt.wikipedia.org/wiki/Romance_hist%C3%B3rico) escrito pelo autor russo [Liev Tolstói](https://pt.wikipedia.org/wiki/Liev_Tolst%C3%B3i) e publicado entre 1865 e 1869 no *Russkii Vestnik*, um [periódico](https://pt.wikipedia.org/wiki/Peri%C3%B3dico) da época. É uma das obras mais volumosas da história da [literatura](https://pt.wikipedia.org/wiki/Literatura) universal. O livro narra a [história da Rússia](https://pt.wikipedia.org/wiki/Hist%C3%B3ria_da_R%C3%BAssia) à época de [Napoleão Bonaparte](https://pt.wikipedia.org/wiki/Napole%C3%A3o_Bonaparte) (notadamente as [guerras napoleônicas](https://pt.wikipedia.org/wiki/Guerras_napole%C3%B4nicas) na Rússia). A riqueza e realismo de seus detalhes assim como suas numerosas descrições psicológicas fazem com que seja considerado um dos maiores livros da História da Literatura. [Em linha]. [Consult. em 19/06/2019]. Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Guerra_e_Paz>.

106 *Op. Cit*. pg. 114

107 *Idem*. pg. 116

### 3.8. DIREITO AO ARREPENDIMENTO

Arrependimento é um ato humano, uma reação emocional e comportamental. É uma mudança de pensamento e de atitude. E como consequência, faz o arrependido tomar uma decisão, em alguns casos para que não erre mais, em outros para que mude de direção ou até mesmo uma busca por pacificação dos sentimentos.

No Brasil o direito ao arrependimento foi positivado na esfera consumeirista, quando o consumidor compra determinado bem, geralmente adquirido fora de um estabelecimento comercial, seja por internet ou telefone, ele tem o prazo de 7 (sete) dias para se arrepender da compra e devolver a mercadoria com a restituição do que fora pago. No direito civil a figura também aparece para compras maiores, de bens imóveis, assim, caso tenha sido feito um sinal de pagamento, no arrependimento do comprador, ele perde o valor dado como sinal de pagamento, porém não terá que arcar com a compra indesejada.

Em Portugal, o mesmo direito ao arrependimento na área consumerista está acobertado pelo artigo 6.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril, onde diz que: “Nos contratos a distância o consumidor dispõe de um prazo mínimo de 14 dias para resolver o contrato sem pagamento de indemnização e sem necessidade de indicar o motivo.” Tal decreto diz que “transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos celebrados a distância, regula os contratos ao domicílio e equiparados, as vendas automáticas e as vendas especiais esporádicas e estabelece modalidades proibidas de vendas de bens ou de prestação de serviços.” 108 Também podemos dizer que há o direito de arrependimento na seara do aborto. Apesar de sermos totalmente contra o aborto, a legislação portuguesa permite que ele seja realizado até a 12ª (décima segunda) semana. O legislador concedeu um prazo de relfexão de 3 (três) dias para a mulher pensar melhor na situação.

É nótório que não podemos comparar a situação desse direito de arrependimento ao nosso caso em tela, uma vez que se distanciam enormemente de qualquer comparação.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

108 O Decreto-Lei n.º 143/2001 mencionado está revogado e transpõe para a Directiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio. Em linha. Disponível em <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=956862>. Acessado em 12/05/2019.

Entretanto, de acordo com todo o estudo sedimentado no direito contratual, podemos permitir o uso do termo direito de arrependimento da gestante de substituição, uma vez que fatos imprevisíveis e acontecimentos físicos, emocionais e financeiros podem acarretar uma mudança de comportamento e consequentemente de atitude à que a gestante se submete no período agradável e desgastante de gerar uma vida para outrem. Sabemos que há uma série de enfrentamentos emocionais, antropológicos, éticos e também jurídicos na questão do direito de arrependimento dessa gestante, podendo ser chamado filosoficamente de liberdade de desistir da promessa. 109 Posto isso, no presente estudo entendemos que o direito ao arrependimento é posível sob os apectos da legislação civil portuguesa em virtude de brechas e incompatibilidades legais e constitucionais, que vão desde uma simples modificação da situação inicial pactuada no momento da celebração do negócio jurídico, uma anulabilidade ou nulidade em casos de vícios da vontade, um fato superveniente que onera excessivamente a gestante, o problema do risco que deverá ser suportado pelo casal beneficiário e até um diagnóstico de doença incurável do bebê em face do pedido de aborto por parte do beneficiário contra a vontade da gestante. Isso tudo demonstra a fragilidade da Lei n.º 25/2006, de 22 de agosto, em detrimento com a legislação portuguesa vigente, abrindo caminho para um direito ao arrependimento, nesse momento tratado exclusivamente pelo aspecto civil e de sua teoria geral. Não podendo olvidar o estudo apresentado da dignidade da pessoa humana em sua concepção constitucional. Envolvendo aspectos que marcam a dignidade da mulher em ser tratada como mero objeto de desejo alheio. Fazendo-a renunciar direitos constitucionais e limitar direitos de personalidade que são intrínsecos a sua natureza humana. Fazendo assim uma ruptura entre a dignidade e a sua liberdade de decisão.

Ainda mais diante da publicação do acórdão 225/2018, de 24 de abril, onde restou comprovado a inconstitucionalidade de alguns artigos, principalmente do artigo 8.º, n.º 7, onde dizia que “a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respectivos beneficiários.” Agora, na inteligência do acórdão do TC, a gestante por substituição poderá revogar seu consentimento até o início do parto. Abrindo caminhos para o direito de arrepender-se em adimplir o contrato.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

109 KANT, Immanuel - **Metafísica dos costumes**. Editora Edipro, 2003

Sendo um assunto extremamente polêmico que traz conflitos e questões em diversas áreas da ciências humanas, biológicas e do direito, entendemos que tal contrato de gestação de substituição deveria estar posicionado em uma mera expectativa de direitos, uma vez que há estudos e incidência da doutrina e legislação que podem determinar a nulidade do instituto, caso a gestante queira se socorrer das vias judiciais. Assim, entendemos que a mera expectativa de direito traria uma maior aceitação por parte do casal beneficiário em não receber seu bebê. Acreditamos que nesse caso há possibilidade de indenização. Também há o fator da dignidade da pessoa humana que envolve o casal que se sujeita a essa espera e realização. Porém, não podemos deixar de vislumbrar a dignidade principalmente da gestante que certamente é a parte mais fraca dessa relação.

Por todos os motivos apresentados, conforme já declarado, não discordamos da lei, mas concordamos em defender o direito de arrependimento da gestante de substituição, através de seu direito de livre escolha, amparado pela legislação vigente e principalmente pela dignidade humana.

### 3.9. DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE A LEI N.º 32/2006, DE 26 DE JULHO.

Em 24 de abril de 2018, após muita discussão, polêmica e trinta deputados proporem ação declaratória de inconstitucionalidade à Assembléia Portuguesa, o Tribunal Constitucional através do Acórdão 225/2018110 no processo 95/17 declarou a inconstitucionalidade de alguns artigos da Lei 32/2006, de 26 de julho, com a alteração dada pela Lei 25/2016, de 22 de agosto. Tal acórdão além de jurídico, traz um estudo feito através da relação gerada entre mulher e feto. Cita com excelência a honrosa contribuição da Profa. Dra. Stela Barbas no estudo do direito do genoma. Enfoca muito a questão da dignidade da pessoa, baseando-se no artigo 67.º, n.º 2, alínea e) da Constituição de Portugal por salvaguardar direitos à integridade física, identidade

­\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

110 Acórdão **Número:** 225/2018, **Tipo de Diploma:** Acórdão do Tribunal Constitucional

**Publicação:**Diário da República n.º 87/2018, Série I de 2018-05-07

**Páginas:**1885 – 1979.  <http://data.dre.pt/eli/actconst/225/2018/05/07/p/dre/pt/html>

genética, desenvolvimento da personalidade, direito a constituir família. Inclusive menciona a possibilidade da gestante de substituição revogar seu consentimento até o início do parto, dando embasamento para o presente estudo no que diz respeito ao direito ao arrependimento. Nesse sentido, uma das questões levantadas no início do acórdão é a seguinte: “É aceitável que a lei imponha o cumprimento de um contrato que representa o corte com o vínculo biológico e afetivo que se consolida durante o desenvolvimento intrauterino da criança, que a ciência já demonstrou ser imprescindível a um adequado e saudável processo de crescimento e de desenvolvimento bio/psico/social da mesma?” Complementam que até a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, não existia na ordem jurídica portuguesa um contrato que fazia a mulher renunciar os poderes próprios da maternidade e entregar o bebê, depois de ter suportado uma gravidez.

No apontamento da Juíza Fátima Galante, os Julgadores entenderam que não se pode negar o direito do filho de conhecer a sua mãe portadora, considerando também a importância da relação que a mulher estabelece com o feto nos nove de meses de gestação, assim respeitando a identidade da mãe portadora.

Uma crítica apontada é a mercantilização do ser humano, a coisificação da criança que passa a ser objeto de um negócio jurídico e a gestante de substituição transforma-se numa mera incubadora ao serviço do casal beneficiário. Isso indiscutivelmente é uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, tanto no olhar da gestante, quanto no olhar da criança. Respeitando somente a ética do mercado. Pensam também no impacto que seria para a criança com a consequente ruptura da ligação dela com sua mãe portadora. E a importantíssima relação psicológica, biológica/epigenética que se forma durante o desenvolvimento intrauterino, a qual será discorrido a frente. Já no início do acórdão declara a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral das seguintes normas da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho: números 2, 3, 4, 7, 8, 10 e 11e 12 do artigo 8.º Número 5 do artigo 14.º e finalmente o número 4 do artigo 15.º.

Importante trazer para esse estudo o número 7 do artigo n.º 8: ”A criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respectivos beneficiários.” Esse trecho fora considerado inconstitucional. Dessa forma podemos concluir que ao final da gestação a criança gerada poderá ser considerada filha do casal beneficiário ou da gestante de substituição. Essa é a primeira grande conclusão que abre margem para o direito ao arrependimento da gestante. Considerações a respeito do acórdão são que a obrigatoriedade do consentimento da gestante em entregar a criança logo após o nascimento pode gerar distúrbios em sua dignidade, uma vez que não se pode antecipar quaisquer alterações de circunstâncias subjetivas essenciais que podem ocorrer durante o cumprimento do contrato. Aquilo que inicialmente foi considerado como um ato de solidariedade ativa pode se transformar num instrumento atentatório de sua dignidade.

O número 4 do artigo 14.º em que permite a livre revogação das partes até o início dos processos terapêuticos de PMA (procriação medicamente assistida), a princípio está em defesa do casal beneficiário por uma eventual mudança de ideia, porém nesse caso se a gestante quiser desistir também poderá exercer esse direito legalmente posto. Mas a gestante ainda pode desejar interromper a gravidez voluntariamente até a 10.ª semana 111 ou pode desejar assumir um projeto parental próprio e nesse caso não entregar a criança.

Outra causa de interrupção voluntária permitida pela lei em debate pode ocorrer até a 24.ª semana, quando ”há existência de seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer de forma incurável, de grave doença ou malformação congênita”. Aqui faz-se necessário um esclarecimento. Caso ocorra esse tipo de previsão, a decisão será em conjunto do casal beneficiário e da gestante, entretanto, se a gestante não desejar se submeter a essa interrupção voluntária, seja por qual motivo for, ela deverá arcar com a gravidez até o final e ainda indenizar o casal beneficiário por danos patrimoniais e não patrimoniais pela consequencia da criança ter nascido naqueles moldes. Nesse momento, o acórdão do TC, sabiamente entende que dessa forma haveria uma intervenção condicionadora dos beneficiários a forçar a livre revogação do consentimento da gestante, indo em contra o disposto no número 4 do artigo 14.º, o qual limita a revogação do consentimento até o início dos procedimentos da PMA. Entende que a limitação da revogação do consentimento é um ato excessivo e abusivo diante de um direito fundamental da gestante de substituição. Lembra ainda que é a gestante no exercício de sua autonomia que aceita participar do projeto do casal beneficiário e que somente será concretizado através dela. E o casal terá a única faculdade legal de ver seu projeto realizado em função do altruismo e da solidariedade daquela gestante de substituição. E mais, completa dizendo que o caráter voluntário das obrigações é essencial ao respectivo cumprimento. Outrora, não se pode ter por certo que a vontade inicial da gestante permaneça inalterada durante a execução do contrato, pois situações adversas podem acontecer no decurso da gravidez e portanto, as obrigações contratualmente assumidas a priori, podem deixar de traduzir uma afirmação da sua liberdade de ação e autodeterminação. Deixando o consentimento inicial de ser atual. E nestas circunstâncias, forçar o cumprimento das obrigações contratuais é interferir gravemente na sua

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

111 Referência ao artigo 142.º do Código Penal Português e na Lei n.º 16/2007, de 17 de abril.

autodeterminação e consequentemente na sua dignidade como pessoa humana. Sua participação degradaria como um simples instrumento ao serviço da vontade do casal beneficiário. Por isso é importante acautelar a permanência de sua aceitação ao longo de toda gestação, o que só é possível mediante a permissão da livre revogação do seu consentimento até o cumprimento integral do contrato, que seria o término da gravidez. E nesse momento, ela teria oportunidade de consentir ou revogar. Aceitar ou se arrepender.

O acórdão também faz menção as expectativas frustradas do casal beneficiário caso a gestante desista de entregar a criança, ainda mais por eles terem fornecido material genético para a fecundação do bebê. Porém, alerta que o projeto dependia desde o início da solidariedade da gestante. E, se por ventura, essa solidariedade desaparecer no curso da execução contratual, não poderia ser vista como elemento estranho, mas sim uma possibilidade ineliminável que deveria ser parte integrante do contrato.

Fazendo uma comparação com a frustração das expectativas do casal beneficiário com a limitação total do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade da gestante, esta última teria mais peso, principalmente porque englobaria a dignidade da pessoa humana. Por isso a saída foi ampliar a possibilidade de revogação do consentimento até o momento do parto. Concluindo que o número 7 do artigo 8.º é inconstitucional por restringir desproporcionalmente o direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado à luz da dignidade da pessoa humana por limitar a revogabilidade de seu consentimento. Outra ponderação realizada pelo Acórdão está no fato de que ele menciona que a própria lei de PMA (procriação medicamente assistida) em seu número 12, no artigo 8.º determina que “são nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, que não respeitem o disposto nos números anteriores”. E essa nulidade é a consequencia que se aplica nos negócios jurídicos celebrados contra a lei, nos termos do artigo 294 do Código Civil: “Os negócios celebrados contra disposição legal de carácter imperativos são nulos, salvo nos casos em que outra solução resulte de lei.” E um dos efeitos para o caso em tela, com a declaração de nulidade seria o estabelecimento da filiação da criança ser dada à gestante pelo fato dela ter dado à luz, ao invés do casal beneficiário, mesmo eles sendo pais biológicos. Isso porque na ausência de regulamentação específica, aplica-se a regra geral sobre filiação regida pela lei civil, onde o artigo 1.796.º, n.º 1 do Código Civil ordena que: “Relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento e estabelece-se nos termos dos artigos 1.803.º a 1.825.º.”

Merece atenção também o trecho do Acórdão onde cita palavras de Vera Lúcia Raposo quando expõe a obediência do contrato padrão formulado pelo CNPMA (Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida) ao direito dos contratos. “Em suma, as normas sobre o contrato de gestação são escassas e dúbias. De modo que o conteúdo e regime destes contratos será quase totalmente edificado, por um lado, pelas próprias partes; por outro lado, pelo direito dos contratos. Ora, embora a liberdade contratual deva certamente desempenhar um papel decisivo neste ensejo, deveria ainda assim o legislador ter regulamentado algumas questões, como aliás é habitual suceder nos contratos mais propensos a abusos da liberdade contratual.” Com efeito, esse entendimento dá margem para o estudo ora apresentado, pois consoante fora demosntrado alhures, a intenção do legislador fora formalizar o acordo entre as partes através de um contrato. E sendo contrato, deve obedecer as normas escritas da Teoria Geral dos Contratos, abrindo possibilidade de resolver tal contrato caso hajam modificações que alterem significativamente o equilíbrio ou as circunstâncias inicialmente pactuadas.

Uma última análise do Acórdão que declarou alguns artigos inconstitucionais da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho é o estudo feito sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse momento, pedimos vênia para colacionar trechos brilhantes que trazem um sentimento todo especial entre a relação mãe e bebê, que muitas vezes persuadem aqueles que são contrários ao direito ao arrependimento da gestante em prol do casal beneficiário. Reforçando ainda mais a possibilidade agora permissiva da gestante revogar seu consentimento em entregar a criança até o momento do parto. Corroborando o estudo aqui apresentado:

O recém-nascido não é a mesma pessoa de acordo com o útero em que é gerado: há uma diferente identidade (até epigenética).

A mulher grávida altera a expressão genética de cada embrião.

E inversamente: o embrião/feto altera a mãe gestatória, para sempre (até no simples plano biológico, já para não falar nos aspectos emocional e espiritual) – nenhuma mulher é a mesma pessoa (considerando apenas a biologia, já sem falar na vida psíquica e espiritual) depois de cada gravidez, dado o DNA fetal em circulação materna.

A grávida de substituição pode entregar a criança após o parto à mãe “legal-social”, mas terá toda a sua vida na respectiva circulação DNA desse ser humano, possivelmente com consequencias na respectiva saúde e comportamenteo – a relação não termina com o cumprimento do contrato.

A grávida não se limita a “alimentar” o feto, altera-lhe a expressão dos genes; o microambiente uterino dá-lhe muito mais do que nutrientes e oxigênio: dá-lhe anticorpos, emoções, reprograma-lhe os genes (condicionando, possivelmente, futuras patologias e talvez comportamentos da pessoa que vai nascer).

### 3.10. DA PESQUISA CIENTÍFICA DO INSTITUTO VALENCIANO DE INFERTILIDADE (IVI)

Recentemente, saiu publicado na revista científica *Development* uma pesquisa realizada pelo Dr. Felipe Vilella e pelo Professor Dr. Carlos Simón, onde constatou que a gestante é capaz de modificar a genética do bebê que desenvolve em seu útero, mesmo quando a gestação é de substituição. O estudo comprovou pela primeira vez que existe influência do ambiente intrauterino sobre o desenvolvimento genético do embrião, ainda que os óvulos sejam de outra mulher. Significa dizer que é possível que a conexão íntima entre a gestante e o embrião influencie e modifique o código genético do bebê que está sendo gerado. Dessa forma, a criança terá de influência do material genético da gestante, seja ela a mãe biológica ou a gestatnte de substituição. Explica Felipe Vilella que:

Já suspeitávamos do intercambio genético entre gestante e embrião, pela coincidência de algumas características físicas entre mães de filhos gerados com a ajuda de tratamentos de reprodução humana com óvulo doado, bem como pela incidência de enfermidades dessas crianças relacionadas com condições da mãe gestante como obesidade e diabetes tipo II.112

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

112 [Em linha]. IVI revela relação genética da mãe com óvulo doado. Disponível em <https://ivi.net.br/blog/ivi-revela-relacao-genetica-da-mae-em-gravidez-com-ovulo-doado/>. [Consult. em 25/10/2018].

A comunicação entre o endométrio e o embrião pode resultar na ativação ou inibição de funções específicas, o que abre o caminho para os investigadores encontrarem como pode acontecer a transmissão de patologias da gestante ao bebê. 113 O estudo alerta sobre condições da gestante e seus hábitos que podem influenciar no desenvolvimento do futuro bebê.

Os autores do estudo disseram que microRNAs114 maternos agem como modificadores do embrião durante a pré-implantação. E que pelo menos seis dos vinte e sete microRNAs da gestante específicos foram diferencialmente expressos no epitélio endometrial do embrião durante a implantação, e ainda, liberados para o líquido endometrial, que por sua vez alimenta o feto. Também fora relatado que em algumas situações a que as mulheres são submetidas enquanto grávidas, modificam suas células e consequentemente o endométrio, que é a via de comunicação entre a gestante e o bebê. Assim, essas modificações fazem com que o líquido amniótico altere também, sua composição, que quando recebida pelo embrião modifica seu desenvolvimento e transforme de alguma forma seu material genético. Um dos autores declarou que essa descoberta prova o intercâmbio que existe entre gestante e embrião, algo que ele mesmo percebia através das coincidências de algumas características físicas entre mães e filhos, frutos de tratamento de reprodução humana com ovócitos doados. A pesquisa constatou que durante o implante embrionário, o blastocisto interage e regula o endométrio, e o líquido endometrial secretado pelo epitélio endometrial alimenta o embrião. O líquido viscoso (FE) secretado pelas glândulas endometriais na cavidade uterina, nutre o embrião (como se fosse um “leite uterino”) e constitui o microambiente no qual há essa conexão entre gestante e bebê. Muito importante para os aspectos da fisiologia humana, as pequenas sequências de 19-22 nucleotídeos de RNA não-codificador que funcionam como reguladores da expressão gênica endógena. Assim, identificaram que microRNAs maternos podem atuar como modificadores transcriptômicos do embrião pré-implantado. Barker, já dizia em sua pesquisa de 1990 que o endométrio materno tem um efeito de reprogramação no embrião e feto.115

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

113 *Ibidem*

114 MicroRNAS representam as moléculas pequenas do RNA codificadas nos genomas dos vegetais e animal e regulam aspectos diversos da revelação e da fisiologia. [Em linha] Disponível em <https://www.news-medical.net/life-sciences/What-is-MicroRNA-(Portuguese).aspx> [Consult. em 25/10/2018]

115 Barker, D. J. (1990) -  ***The fetal and infant origins of adult disease***.

BMJ **301**, 1111. doi:10.1136/bmj.301.6761.1111 [***FREE Full Text***](http://dev.biologists.org/lookup/ijlink/YTozOntzOjQ6InBhdGgiO3M6MTQ6Ii9sb29rdXAvaWpsaW5rIjtzOjU6InF1ZXJ5IjthOjQ6e3M6ODoibGlua1R5cGUiO3M6MzoiUERGIjtzOjExOiJqb3VybmFsQ29kZSI7czozOiJibWoiO3M6NToicmVzaWQiO3M6MTM6IjMwMS82NzYxLzExMTEiO3M6NDoiYXRvbSI7czoyNToiL2RldmVsb3AvMTQyLzE4LzMyMTAuYXRvbSI7fXM6ODoiZnJhZ21lbnQiO3M6MDoiIjt9)[***Google Scholar***](http://dev.biologists.org/lookup/google-scholar?link_type=googlescholar&gs_type=article&author%5b0%5d=D.%20J.+Barker&title=The+fetal+and+infant+origins+of+adult+disease&publication_year=1990&journal=BMJ&volume=301)

Portanto, mesmo em casos de doação de óvulos, a mulher que gestar um feto terá papel fundamental na vida da ser humano gerado, não só pelo fato de nutrição simbiótica, mas também no desenvolvimento das características que a criança apresentará, podendo dizer que a gestante terá participação ativa na formação física, patológica e da personalidade da criança. Isso porque ela será responsável pela formação e modificação do líquido do seu endométrio que entra em contato com o embrião e altera inúmeras características importantes do feto.

Entendemos que esse estudo é essencial para a defesa do direito ao arrependimento, no sentido de que as oposições a esse entendimento, geralmente se baseiam no fato de que o bebê gerado é totalmente alheio a mãe incubadora, e o material genético fornecido é pertencente ao casal beneficiário, e que por isso torna-se detentor do direito de seu filho genético. Porém, esse estudo fundamenta a importante relação na gestação e desenvolvimento da criança mesmo sendo realizado por uma mulher que não forneceu seu ovócito, mas apenas alimentou o feto. Entretanto, essa alimentação faz com que características dela se misturem as características pre-determinadas pelo DNA genético, assemelhando a gestante de substituição à uma mãe biológica que também poderá pleitear o direito de ser mãe de seu filho.116

* 1. **DOS ESTUDOS DA RELAÇÃO ENTRE GESTANTE E FETO**

Na obra “Luta por Reconhecimento. A Gramática Moral dos Conflitos Sociais”, o escritor e filósofo, Axel Honneth apresenta três padrões de reconhecimento intersubjetivo que compõe a formação e o desenvolvimento de um indivíduo. Para ele, o precursor deles é a relação de amor entre mãe e bebê que se inicia dentro do útero e termina com os primeiros contatos físicos logo após o parto:

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

116 Pesquisa publicada na revista *Development* realizada pelo Dr. Felipe Vilella e pelo Professor Dr. Carlos Simón, da Fundação do Instituto Valenciano de Infertilidade (IVI) da Espanha. *Hsa-miR-30d, secreted by the human endometrium, is taken up by the pre-implantation embryo and might modify its transcriptome*. Disponível em <https://diariodebiologia.com/2015/10/estudo-surpreende-ao-revelar-que-barriga-de-aluguel-pode-modificar-o-dna-e-passar-caracteristicas-para-o-bebe/> e <http://dev.biologists.org/content/142/18/3210>

O amor é o primeiro padrão de reconhecimento subjetivo porque sua efetivação se confirma com a natureza mútua de sua atuação. Há uma troca entre carência e dedicação, visto que os parceiros são satisfeitos e ou correspondidos mutuamente pelo fator de dependência entre eles. Além disso, as carências e os afetos só podem receber a confirmação em sua reciprocidade, porque são satisfeitos e correspondidos mutuamente nas relações intersubjetivas que vivenciam. Mesmo reconhecendo outras formas de amor, como o sexual e a amizade, Hegel apoia sua teoria no amor entre mãe e filho.

Por isso, em sua obra, Hegel faz uma análise com os estudos psicanalíticos de Winnicott 117 sobre sua teoria que relata a importância e efeitos do cuidado materno.

Se concebermos dessa maneira o primeiro processo de desligamento da criança como o resultado de manifestação de comportamento agressivo, então se revela justificada a proposta de Jessica Benjamim de aduzir aqui a “luta por reconhecimento” descrita por Hegel, considerando-a um modelo instrutivo. (.....) na forma de uma luta, a criança vivencia o fato de que ela depende da atenção amorosa de uma pessoa existindo independentemente dela, como um ser com pretensões próprias. 118

Para Winnicott o amadurecimento infantil ocorre por meio da cooperação entre mãe e bebê num início de processo simbiótico até a criança conseguir mais autonomia. Nesse momento, a mãe retorna a sua atividade normal e a criança inicia sua fase de independência que adquire através de uma luta por reconhecimento. Luta por alimentação, luta por afeto, luta por reconhecimento, até se tornar sujeito capaz de adquirir direitos na sociedade. Assim, a partir da relação entre mãe e bebê encontramos a primeira fase do reconhecimento intersubjetivo na formação do indivíduo.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

117 WINNICOTT, Donald Wooods, ([Plymouth](https://pt.wikipedia.org/wiki/Plymouth_(Devon)), [7 de abril](https://pt.wikipedia.org/wiki/7_de_abril) de [1896](https://pt.wikipedia.org/wiki/1896) — [28 de janeiro](https://pt.wikipedia.org/wiki/28_de_janeiro), [1971](https://pt.wikipedia.org/wiki/1971)) foi um [pediatra](https://pt.wikipedia.org/wiki/Pediatra) e [psicanalista](https://pt.wikipedia.org/wiki/Psicanalista) [inglês](https://pt.wikipedia.org/wiki/Inglaterra), Foi presidente da Sociedade Britânica de Psicanálise por duas gestões, membro da UNESCO e do grupo de experts da OMS. Atuou como professor no Instituto de Educação e na London School of Economics, da Universidade de Londres. Dissertou e escreveu amplamente como atividade profissional independente. Fonte <https://pt.wikipedia.org/wiki/Donald_Woods_Winnicott> [Em linha]

118 *Op. Cit* pg 08. Pg 169-170

A ilustração da figura do amor entre mãe e bebê como uma forma de reconhecimento intersubjetivo ganhou destaque na luta por reconhecimento pelo fato dessa suprema ligação afetiva que se torna totalmente dependente e adquire na primeira infância um equilíbrio entre simbiose e autoafirmação. Axel Honneth entende que o reconhecimento por esse amor gera a autoconfiança e por sua vez o desrespeito gera os maus tratos. Assim, somente a relação intersubjetiva de cooperação entre mãe e bebê é capaz de desenvolver um ser humano. Após a fase de simbiose absoluta, quando a criança percebe que a mãe possui uma vida independe dela há uma luta por um reconhecimento pois sente-se abandonada e a resposta para tal abandono compreende atos agressivos contra a mãe. Nesse momento, quando a mãe responde com amor à sua cria, o filho sente-se autoconfiante e desenvolve a capacidade de estar só, através da preservação do amor que existia na faz e da simbiose. O filho desenvolve a consciência que é amado e isso lhe garante uma autoconfiança para ficar só e amadurecer. Essa constatação de poder estar só é a resposta da luta por reconhecimento através da relação intersubjetiva entre eles. O conjunto de direitos e deveres que a fase adulta permitirá o reconhecimento dessa relação amorosa inicial. Por isso o autor declara que o amor é o primeiro padrão de relacionamento intersubjetivo, haja visto que é o sustentáculo de todo processo de amadurecimento. 119

A assistência com que a mãe mantém o bebê em vida não se conecta ao comportamento infantil como algo secundário, mas está fundida com ele de uma maneira que torna plausível supor, para o começo da vida humana, uma fase de intersubjetividade indiferenciada, de simbiose portanto. 120

Ainda explica que os dois, mãe e bebê são parceiros de interação e dependem na satisfação de suas carências, inteiramente um do outro, sem estar em condições de uma individualização em relação ao outro. Durante a gravidez, a gestante é necessária devido a seu valor de sobrevivência. Ela é uma mãe-ambiente, uma mãe-objeto, consistente no objeto do

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

119 trecho do trabalho **RECONSTRUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NA PERSPECTIVA DA TEORIA DO RECONHECIMENTO DE HEGEL ADAPTADA POR AXEL HONNETH**, apresentado na disciplina Da Norma ao Procedimento e à Fase Aplicativa. Curso Mestrado Universidade Autônoma de Lisboa, em janeiro/2018. Daniela Sessino Rulli

120 HONNETH Axel - **Luta por Reconhecimento. A Gramática Moral dos Conflitos Sociais**. Editora 34, 2015. Pg 164. ISBN 9788573262810

amor que desenvolve uma vida. Dessa forma, a gestante vivencia o estado carencial precário de seu bebê como uma necessidade de seu próprio estado psicológico, uma vez que houve essa identificação durante a gravidez. E por sua atenção emotiva estar totalmente direcionada para a criança de modo tão integral, se confunde com seus sentidos por ela própria. Por sua vez, o bebê depende desamparadamente de que sua mãe lhe demonstre amor através das formas de contato físico, como o colo. E nesse contato físico, o bebê consegue completar seu desenvolvimento que iniciou no útero e aprende a coordenar suas experiências motoras e sensoriais, chegando a um desenvolvimento de esquema corporal.

É possível então partir da hipótese de que todas as relações amorosas são impelidas pela reminiscência inconsciente da vivência de fusão originária que marcara a mãe e o filho nos primeiros meses da vida; o estado interno do ser-simbiótico forma o esquema da experiência de estar completamente satisfeito, de uma maneira tão incisiva que mantém acesso, às costas dos sujeitos e durante toda sua vida de estar fundido com uma outra pessoa.121

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

121 *Op. Cit*. pg. 174

# **CONCLUSÃO**

Relativamente ao estudo realizado, inicialmente vislumbramos que o avanço da ciência trouxe muitas novidades e descobertas que facilitam o dia a dia das pessoas, e uma inovação permite que mulheres sem útero ou com alguma patologia clínica possam ter seu bebê gerado por outra mulher, através da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, que alterou a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.

Entretanto, o tema ainda é bastante polêmico e intrigante, uma vez que envolve aspectos interdisciplinares abordados pelo direito, ética, medicina, religião, relações humanas, entre outros. Mesmo legalizado, ainda existem questões abertas a serem respondidas pelo direito e pela sociedade. Mas o fato é que o legislador desejou tratar a relação entre a mulher que irá gestar e o casal beneficiário através de um contrato escrito e padronizado. E como todo contrato, ele deverá estar submisso às normas vigentes do direito civil desde suas tratativas iniciais até o cumprimento final. Por isso analisamos os elementos contratuais e os princípios e normas que regem essa relação negocial. Constatamos que desde sua formação, tal contrato apresenta falhas de nulidade, haja visto que a entrega de uma criança não pode ser considerada como objeto lícito de um contrato, pois não há aferição econômica para tanto.

Entre os princípios analisamos o da liberdade contratual, corolário da autonomia da vontade. Estudamos o princípio do equíbrio entre as partes e podemos perceber que não há proporcionalidade na relação formada entre a gestante e o casal beneficiário. Depois estudamos a respeito do princípio do *pacta sunt servanda* que de início deve nortear qualquer contrato, porém, deverá ser flexibilizado quando entra a figura do *rebus sic stantibus,* o qual permite uma modificação ou resolução contratual, quando as circunstâncias iniciais da contratação sofrerem alguma alteração que cause uma onerosidade excessiva em uma das partes.

Estudamos o risco contratual, e nesse capítulo pudemos entender que o próprio contrato padrão que rege as cláusulas da relação entre as partes já admite uma divisão de riscos suportados pelo casal beneficiário quando há complicações no estado de saúde da gestante. O fato superveniente apresentado demonstrou que é possível a gestante arrepender-se de entregar a criança ao final da gestação por motivos de relevantes alterações imprevisíveis que podem atingir o fiel cumprimento contratual. Ainda fora abordado a questão do erro, que pode ser o motivo determinante para a extinção do contrato. Aliás, em capítulo próprio, analisamos outros vícios da vontade e divergências entre a vontade e a declaração que poderão dar margem para a anulabilidade e até nulidade contratual. Entre eles estão o dolo, coação, declaração não séria, reserva mental, simulação, entre tantos estudados.

O artigo 81.º do Código Civil explorado, nos ensinou que toda limitação voluntária dos direitos da personalidade quando legal será sempre revogável. Nos levando a entender que a limitação de obrigar a gestante entregar o bebê pode ser considerada revogável, porque advém de lei, autorizando a não abdicar de sua gestação e revogar o contrato formalmente pré-estabelecido. E ainda analisamos a dignidade da pessoa humana sob fatos localizados, como a antecipação terapêutica do parto, a dignidade humana e as células tronco e também no louvável Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de abril de 2018, que apresentou brilhantemente aspectos emocionais da relação entre a gestante e o feto gerado dentro dela. Inclusive mencionou a ilustre Professora Doutora Stela Barbas no que tange ao direito à identidade genômica. Acórdão esse que declarou inconstitucionais alguns artigos da lei mencionada, reforçando a ideia de que a gestante pode retirar seu consentimento de entregar a criança até o momento do parto e recebê-la como filho, trazendo o entendimento e a confirmação do direito de arrepender-se da gestante em substituição.Trouxemos a pesquisa do Instituto Valenciano de Infertilidade onde foi constatado que a gestante de substituição pode modificar a genética do bebê que desenvolve em seu útero. Comprovando que realmente existe influência do ambiente intrauterino sobre o desenvolvimento genético do embrião, ainda que o material genético seja heterólogo.

Apresentamos um estudo sobre a relação da gestante e o do feto, juntamente com um capítulo sobre o direito de sermos nós mesmos, que traz a relação da dignidade humana com a liberdade em todos os seus aspectos. Vale relembrar que durante todo trabalho deixamos claro que não somos contra a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, apenas defendemos que a gestante em sua livre decisão, baseada nas brechas legais ou na sua dignidade como pessoa humana, tem o arbítrio de desistir de entregar a criança e não renunciar seu direito de ser mãe. Por isso entendemos que para o casal beneficiário deverá haver unicamente um direito expectativo quanto a concretização do acordo, uma vez que o estudo comprovou a perspectiva do não cumprimento.

Desta feita, com as considerações elucidadas, e os pontos examinados, vislumbramos motivos baseados em fundamentos jurídicos, legais e doutrinários para concluirmos a respeito da possibilidade do direito ao arrependimento da gestante de substituição, na visão da teoria geral dos contratos e agora com muito mais força, diante do acórdão proferido pelo Tribunal Constitucional de Portugal, complementando o estudo ora apresentado, sob o aspecto da dignidade humana.

A já citada ilustre jurista Stela Barbas já dizia que “A ciência desenvolve-se por vezes, a um ritmo superior ao do Direito criando-se um vácuo normativo que é necessário colmatar.”122

“Em qualquer caso o tema integrador por excelência, entre esta e outras obras de cariz filosófico é a natureza humana, é o que é o homem, na sua dignidade e liberdade, na sua essência e substancialidade.” 123

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

122 BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves– **Bioética e Direito da Pessoa Humana**. Editora Del Rey. Belo Horizonte, Pg 275, 2012

123 MIRANDOLA, Giovanni Pico Della - **Discurso sobre a dignidade do homem**. Edição Bilingue. Textos filosóficos. Edições 70, Pg. 50, 2018. ISBN 97244133373

**FONTES DOCUMENTAIS**

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa, de 25 de abril. Diário da República, I Série Em linha. Lisboa: Assembleia do Parlamento, 1976. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

DECRETO-LEI n.º 47.344/66, de 25 de Novembro. Código Civil de Portugal. Diário do Governo I Série, N.º 274/1966, (25-11-66), p.1883-2086.

DECRETO-LEI n.º 143/2001, de 26 de abril. Diário da República n.º 97/2001. Série I-A de 2001-04-26. (Revogado) Em linha. Disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/basic?q=Decreto-Lei+n.%C2%BA+143%2F2001%2C+de+26+de+abril>

[LEI Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%203.071-1916?OpenDocument)Código Civil Brasileiro (revogado) http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/LEIS/L3071.htm

LEI N.º 32/2006, de 26 de julho. Diário da República n.º 143/2006, Série I de 2006-07. https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/basic?q=lei+32%2F2006

LEI N.º 16/2007, de 17 de abril. Diário da República n.º 75/2007, Série I de 2007-04-07 <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/basic?q=lei+16%2F2007>

LEI N.º 25/2016, de 22 de agosto. Diário da República n.º 160/2016, Série I de 2016-08- 22. <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/basic?q=lei+25%2F2016>

LEI N.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil Brasileiro <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>

LEI N.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>

LEI N.º 8078/1990 do Brasil, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>

# **JURISPRUDÊNCIA MENCIONADA**

Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa, no processo n.º 6797-12.8TBALM.L1-8, de Relatoria de Maria Alexandrina Branquinho, de 26/10/2017.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, processo n.º 5223/05.3TBOER.L1.S1. Relator: Antonio Joaquim Piçara.

**Acórdão do Tribunal de Relação de Guimarães. Processo:** 2955/15.1T8BRG.G1  **Relator:** ANTÓNIO FIGUEIREDO DE ALMEIDA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. Processo n.º 261/2000.C1.S1. 1.ª Secção. Relator Sebastião Póvoas

Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa. Relator:  LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA. Processo: 1223/10.0TVLSB.L2-7.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. Processo 5223/05.3TBOER.L1.S1. Relator: Antonio Joaquim Piçara. Data do Acórdão 15/05/2012

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal no processo 1292/14.1T8VCT-B.G1.S1, 1.ª Secção. Relator: Alexandre Reis

Acórdão do processo n.º 240/11.7TBVRM.G1.S1, de Relatoria de José Rainho

**Acórdão do Tribunal Judicial de Castela Branco. Processo:**3930/05, **Nº Convencional:**JTRC, **Data do Acordão:**31/01/2006.

Acórdão do **Supremo Tribunal Federal do Brasil** no [HC 146781 AgR](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=146781&classe=HC-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M)**/MG-Relator: Ministro ROBERTO BARROSO, Julgado em 16/03/2018.**

Acórdão do **Supremo Tribunal Federal do Brasil**. **Relator: Ministro EDSON FACHIN, Julgado em 13/03/2018. ARE 988684 AgR- TERCEIRO/RS**

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora Relator: JOÃO GOMES DE SOUSA Data: 31/08/2016 **Processo:** 27/15.8GBSTB-A.E1

#### Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa **no Processo:** 535/2004-6. Relator: GRANJA DA FONSECA. **Data do Acordão:** 12/02/2004

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. Processo n.º 05A2577, n.º convencional: JSTJ000, Relator Silva Salazar, n.º do documento SJ200510250025776, data do acórdão: 25/10/2005, Tribunal de Relação de Évora. Portugal

Acórdão do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal do Brasil na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510 Distrito Federal. Relator : Ministro. Ayres Britto.

Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal. **Número:** 225/2018, de 24/04/2018.

# **BIBLIOGRAFIA**

ABREU FILHO, José - **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 3ª edição revista e atualizada. Editora Saraiva. Pg 16. 1995. ISBN 9788502016293

AGACINSKI, Sylviane - ***In Corpus em Miettes***. Paris, Flammarion. Ed. *Café Voltaire*. Pg. 87. 2013.

ALMEIDA, Carlos Ferreira - **Contratos I – Conceito**. Fontes. Formação. 2017, 6.ª edição, Editora Almedina, Pg 241. ISBN 9789724070292

AURELIANO, Nuno - **O Risco nos Contratos de Alienação**. Contributo para o estudo do Direito Privado Português. Editora Almedina. Pg. 61. 2009 ISBN 9789724038407

AZEVEDO, Antônio Junqueira - **Negocio jurídico Existência**, **Validade e Eficácia**. 4ª edição, atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). Editora Saraiva. 2010. Pg 01-02. ISBN 978·85.Q2·03802-8.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Direito ao Patrimônio Genético,** Ed. Almedina, 1988, pg 149, ISBN 972-40-1113-5

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ - **Bioética e Direito da Pessoa Humana**. Editora Del Rey. Belo Horizonte. Pg 275. 2012

BARKER, D. J. (1990) - **The fetal and infant origins of adult disease**. BMJ **301**, 1111. doi:10.1136/bmj.301.6761.1111 [**FREE Full Text**](http://dev.biologists.org/lookup/ijlink/YTozOntzOjQ6InBhdGgiO3M6MTQ6Ii9sb29rdXAvaWpsaW5rIjtzOjU6InF1ZXJ5IjthOjQ6e3M6ODoibGlua1R5cGUiO3M6MzoiUERGIjtzOjExOiJqb3VybmFsQ29kZSI7czozOiJibWoiO3M6NToicmVzaWQiO3M6MTM6IjMwMS82NzYxLzExMTEiO3M6NDoiYXRvbSI7czoyNToiL2RldmVsb3AvMTQyLzE4LzMyMTAuYXRvbSI7fXM6ODoiZnJhZ21lbnQiO3M6MDoiIjt9)[**Google Scholar**](http://dev.biologists.org/lookup/google-scholar?link_type=googlescholar&gs_type=article&author%5b0%5d=D.%20J.+Barker&title=The+fetal+and+infant+origins+of+adult+disease&publication_year=1990&journal=BMJ&volume=301)

BARROSO, Luis Roberto - **A antecipação terapêutica do parto.** [Em linha], Disponível em <https://www.viomundo.com.br/voce-escreve/luis-roberto-barroso-antecipacao-terapeutica-do-parto.html> inerentes a um Estado Democrático de Direito

BETTI, Emilio - **Teoria Geral do Negocio Jurídico**. Coimbra: Coimbra, 1969. ISBN 858748485

BRANCO, Tula Wesendonck Gerson **- LIMITAÇÕES VOLUNTÁRIAS AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE O DIREITO BRASILEIRO E PORTUGUÊS,** em linha, disponível em <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/2/2016_02_1469_1492.pdf>

BRECCIA, Umberto - **Causa, in *Trattado di Diritto Privato*,** Vol. XIII, Tomo III. Torino, 1999, Pg 332

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital **- Constituição da República Portuguesa anotada.** 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1984, v.1, p. 70.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_; MACHADO, Jonatas E.M. - **“*Reality Shows”* e liberdade de programação**. (Col. *Argumentum*, 12). Coimbra: Coimbra Editora. 2003

CARBONNIER Jean - ***Droit Civil*.** Volume II, 3.ª edição. *Presses Universitaires* de France, Paris, 1962

CARVALHO, Jorge Morais - **Os limites à liberdade contratual**. Editora Almedina, 2017, Pg 104. ISBN 9789724064703

CHABY, Estela (Sylviane Agacinski apud MARQUES, Silvestre Orives; PANÃO Miguel Oliveira; VISTAS, Pedro - **Ética Relacional: um caminho de sabedoria.** Estudos de filosofia) Outubro 2017. Universidade Católica Editora. Lisboa. ISBN ebook 9789725405727

CORDEIRO, Antônio Menezes de - **Tratado de Direito Civil Português**. 3ª Ed. Almedina: Coimbra, 2005. ISBN 9789724024455

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ – **Tratado de Direito Civil**. Volume 2, 4ª edição. Editora Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5529-9. Apud Davi Azulay. Elementos do Contrato: Vontade, Ausência de Vontade e Vícios da Vontade. [Em linha]. Disponível em <https://davidazulay33.jusbrasil.com.br/artigos/557994572/elementos-do-contrato-vontade-ausencia-de-vontade-e-vicios-da-vontade>

COSTA, José Manuel Moreira Cardoso da - **O princípio da dignidade da pessoa humana na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas**. In: BARROS, Sérgio Resende de e ZILUETI, Fernando Aurélio (coord.). **Direito Constitucional – estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 192

COSTA NETO, João - **Dignidade humana. Visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu**. Editora Saraiva. Pg. 38. 2014. ISBN 9788502209565

CUNHA, Leandro R. da; DOMINGOS, Terezinha de O - **Reprodução humana assistida: a resolução 2013/13 do Conselho Federal de Medicina (CFM).** In: Revista de Direito Brasileira, Florianópolis: CONPEDI, 2013, v. 6. p. 273-290. Apud Felipe Redecker Landmeier1 , Alice Krämer Iorra Schmidt A (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ELABORAÇÃO DE CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO. Disponível em <file:///C:/Users/Financeiro/Downloads/1016-1025-1-PB%20(1).pdf>

DINIZ, Maria Helena - **Código Civil Anotado**. Editora Saraiva, 15.ª edição. São Paulo, 2010

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

GOMES, Orlando - **Direito de Família**, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1977

GONÇALVES, Cunha - **Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português**. V. IV. Pg 538

HONNETH Axel - **Luta por Reconhecimento. A Gramática Moral dos Conflitos Sociais**. Editora 34, 2015. Pg 164. ISBN 9788573262810

KANT, Immanuel - **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, p. 117, 2005

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direito das Obrigações**. Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações. 15.ª edição. Editora Almedina. 2018. ISBN 978-972-40-7348-4

LEITE, Gisele - **A evolução doutrinária da teoria da base do negócio jurídico na revisão dos contratos de consumo.** Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/print.php?content=2.49035>

LIMA, Fernando Andrade Pires; VARELA, João de Matos Antunes - **Código Civil Anotado.** Volume I. Coimbra. Coimbra Editora, 1967.

LIMA NETO, Francisco V - **A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem**. In: SANTOS, Maria C. C. L. (Org.). Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOBO, Paulo Luiz Netto - **Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código**. Apud, A imposição do princípio da equivalência material na teoria contratual contemporânea. <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1173>

LUIS Roberto Barroso, Ministro do STF. Em linha viomundo.com.br/antecipacaoterapeuticadoparto acessado em 10/04/17

MARQUES, Claudia Lima - **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. RT, 2ª edição. P. 299

MARQUES, Silvestre Orives; PANÃO Miguel Oliveira; VISTAS, Pedro - **Ética Relacional: um caminho de sabedoria.** Estudos de filosofia. Outubro 2017. Universidade Católica Editora. Lisboa. ISBN ebook 9789725405727

MATTE, Luíza - **A dignidade da pessoa humana em abstrato, sua positivação e sua influência na prática jurídica.** Porto Alegre: PUCRS: 2000. 183 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2000, p. 69

MENDES, Evaristo - **Interpretação e integração do negócio jurídico**[Em linha]. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2012. [Consult. 27 Maio 2017]. Disponível em <http://www.evaristomendes.eu/ficheiros/Evaristo_Mendes_Interpretacao_e_integracao_do_negocio_juridico>

MIRANDA Jorge **- Manual de Direito Constitucional Direitos Fundamentais**. Tomo IV, 5ªed, Coimbra Editora. Coimbra. 2012. p. 102.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della - **Discurso sobre a dignidade do homem**. Edição Bilingue. Textos filosóficos. Edições 70. Pg. 50. 2018. ISBN 97244133373

NOVAIS, Jorge Reis - **A Dignidade da Pessoa Humana**, Volume I, Ed. Almedina, pg. 49, 2015.

PATO, Pedro Vaz - **Maternidade de Substituição**. [Em linha]. Disponível em [https://www.federacao-vida.com.pt/noticias/372-maternidade-de-substituicao-um-retrocesso-social-pedro-vaz-patto.](https://www.federacao-vida.com.pt/noticias/372-maternidade-de-substituicao-um-retrocesso-social-pedro-vaz-patto.%20Acessado%20em%2008/02/2019)

PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Instituições de Direito Civil.** 10ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2000, volume 3, pg 98

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ - **Instituições de direito civil.** 5.ª edição, 3.ª tiragem. Editora Forense. Volume 01. Pg. 413. 1980.

PICAZO, Luiz Diez; GULLÓN, Antonio - ***Sistema de Derecho Civil***, Vol. I, pg 516.

PINTO, Carlos Alberto da Mota - **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª edição. Coimbra. Coimbra Editora. 1992

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ - **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005

RAPOSO, Vera Lúcia - **De mãe para mãe. Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição.** Coimbra. Coimbra Editora. 2005.

RAWLS, John. A theory of justice. Cambridge, MA: Harvard University Press, pg. 171. 1999.

REALE Migue - **Lições Preliminares de Direito**. 20ª edição, revista. Editora Saraiva. 1993. Pg 206. ISBN 8502003461

RIDOLA, Paolo - **A dignidade humana e o princípio liberdade na cultura constitucional europeia.** Coordenação e revisão técnica Ingo Wolfgang Sarlet. Livraria do Advogado Porto Alegre. Pg 25. 2014. ISBN 9788573488937

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de família: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007., apud Felipe Redecker Landmeier1; Alice Krämer Iorra Schmidt **A (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ELABORAÇÃO DE CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO**. [Em linha] [Consult. Em 14.04.2019] Disponível em <file:///C:/Users/Financeiro/Downloads/1016-1025-1-PB%20(1).pdf>

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luis - **Autonomia da Vontade, Autonomia Privada e Autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-Modernidade**, Revista de informação legislativa, v. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004 p. 117

SARLET, Ingo Wolfgang - **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da - **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais

SILVA, Plácido e - **Vocabulário Jurídico**. Vol. II; São Paulo: Forense, 2007, p. 526.

STERN, Klaus - **Die Hauptprinzipien des Grundrechtssystems des Grundgeserze**. Koln: Carl Heymanns. 2010.

TAYLOR, Charles - ***Sources of the Self: the making of the modern identity***. Cambridge: Harvard University Press, 1989

TELES, Inocêncio Galvão - **Manual dos Contratos em Geral.**4ª Ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2010. ISBN 9789723211030

VASCONCELOS, Pedro Pais de - **Direitos de Personalidade**, Lisboa: Almedina, 2006)

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_,– **Teoria Geral do Direito Civil**. 8.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 9789724062655.

VENOSA, Silvio de Salvo - **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 13ª edição. Editora Atlas, São Paulo, 2013