

1 2 9 0



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Grace Corrêa Pereira

GESTADO PARA OUTREM. NASCIDO PARA QUEM?

UMA ANÁLISE DO ARREPENDIMENTO DA GESTANTE À LUZ DA LEI
N.º 90/2021

**Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado Científico da Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra, sob orientação do Professor Doutor
Paulo Mota Pinto**

Junho de 2023

FACULDADE DE DIREITO

GESTADO PARA OUTREM NASCIDO PARA QUEM? UMA ANÁLISE DO ARREPENDIMENTO DA GESTANTE À LUZ DA LEI N.º 90/21

Ficha Técnica

Tipo de trabalho	Dissertação
Título	Gestado para outrem nascido para quem?
Subtítulo	Uma análise do arrependimento da gestante à luz da Lei n.º 90/2021
Autor/a	Grace Corrêa Pereira
Orientador/a(s)	Paulo Mota Pinto
Identificação do Curso	Mestrado Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Área científica	Direito
Especialidade/Ramo	Direito Civil I
Ano	2022/2023



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE D
COIMBRA

ÍNDICE

1 - INTRODUÇÃO	1
2 - A REGULAMENTAÇÃO DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO EM PORTUGAL	5
3 - O “DANO” DA PERDA DE UM “FILHO ENCOMENDADO”	10
4 - QUEM É MÃE NA LEI N.º 90/2021?	17
5 - QUEM DEVE SER MÃE NA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO?	37
6 - OS ACÓRDÃOS N.º 225/2018 E N.º 465/2019 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E SEUS REFLEXOS PARA A LEI N.º 90/2021	43
7 - “CONDIÇÃO DE QUERER”?	51
8 - SERÁ A GESTAÇÃO UMA GESTÃO IMPRÓPRIA DE DIREITOS ALHEIOS?	60
9 - FAVOR DA GESTANTE – ATO OU CONTRATO?	66
10 – TERÁ O ARREPENDIMENTO DA GESTANTE EFEITOS <i>EX NUNC</i> ?	70
11 – QUAIS DEVERIAM SER AS CONSEQUÊNCIAS DO ARREPENDIMENTO DA RENÚNCIA À MATERNIDADE PELA GESTANTE?	88
12 - FAVOR DA GESTANTE: CAUSA DE ATENUAÇÃO DA INDENIZAÇÃO?	95
13 - HÁ JUSTIFICATIVAS PARA RESPONSABILIZAÇÃO DA GESTANTE APESAR DO FAVOR?	100
14 - OS COMITENTES TÊM EXPECTATIVA OU CONFIANÇA TUTELÁVEL?	108
15 - SERÁ A FRUSTRAÇÃO DA PROMESSA DE ENTREGA DO BEBÊ DANO NÃO INDENIZÁVEL POR PERMITIR A LEI O ARREPENDIMENTO DA GESTANTE?	116
16 - SERÁ O AFETO RISCO DO CONTRATO?.....	121
17 - SERÁ O AFETO CAUSA PARA APLICAÇÃO DO ARTIGO 437.º DO CC?.....	125
18 - SERÁ O ARREPENDIMENTO UMA IMPOSSIBILIDADE RELATIVA SUPERVENIENTE COM CONSEQUÊNCIAS EQUIPARÁVEIS À DO §275º, n.º 3 DO BGB?.....	133
19 - CONCLUSÃO	139
REFERÊNCIAS	147

Agradecimentos

Acho que posso dizer que meus últimos anos de vida foram avassaladores e de muitas perdas, sendo 2020 um dos piores anos da minha vida. No meio da minha desolação, uma esperança de mudança: Portugal à vista. Uma amiga amada especial indo. Disse: “Vou também”. Não havia mais prazo para candidatura ao mestrado, nem vaga para licença capacitação; de repente, reabrem-se os prazos e as vagas são criadas, permitindo o afastamento do trabalho. Lancei-me, sem pensar, ou melhor, pensando em desafiar-me. Deus abriu todas as portas. Atravessei meus medos, o oceano e a minha bruta necessidade de estar perto dos meus amigos, minha maior fonte de amor.

Mas eu não estaria só. Como não estive.

Assim, agradeço:

A Deus por tudo, especialmente pelos pais que me deu; além de cada amigo, do tempo de restauração e da realização de um sonho.

A meus amados e saudosíssimos pai e mãe – meus eternos e maiores tesouros.

Ao meu irmão e esposa por me agraciarem com a dádiva de ser madrinha de seu filhote – minha esperança de vida.

A Gabriela, minha inspiração, propulsora, mentora e amiga amada a quem não tenho palavras para dizer o quanto a admiro e a agradeço. Nossos dias em Coimbra e Porto ficarão para sempre nas minhas mais saudosas lembranças.

À família P. P. (leia-se, Marcinha *in*), que não poupou palavras de encorajamento para o projeto e suportou toda a loucura da abrupta mudança realizada em um mês.

A Denise, minha “Macgyver”, que, de lá e de cá, ou em qualquer lugar, é sempre minha parceira de jornada. Pau para toda obra, diligência, mudança, viagem de trem ou avião, em tempo bom ou ruim. Amiga, você viveu comigo todas as minhas dores e se lançou comigo em cada sonho,

aventura e país. Não importou o tamanho da loucura ou da mala. Suportou-me no bom e no mau sentido sempre me amando. *Love you!*

A Rosilda, presente que meu pai me deixou, dona da devoção e da fidelidade mais linda que já conheci! Super amiga e procuradora, obrigada por tudo – especialmente por cuidar de Marie com tanto mimo! Marie agora tem duas mães!!! Guarda compartilhada, hein?

Às minhas amigas-irmãs de todas as horas Tatiana e Priscila, por todo amor e estabilidade que me dedicam.

A Júnia e Roberto, “casal 20”, por me incentivarem, apoiarem, guardarem minhas coisas e estarem sempre presente na minha vida com tanto amor: Não fossem vocês, eu não teria conseguido!

A “tia” Vania! Muito mais mãe-amiga que prima-tia pelo amor, presença, exemplo e estímulo de todas as horas!

A Gleycezinha, minha amada diretora, e a toda poderosa equipe da 9ª Vara Cível, que, incansáveis, deram sequência a um trabalho de excelência para que eu pudesse viver este sonho.

À minha comadre Heloísa – amiga você é cobertura, para-raios, amortecimento, colo e intercessão! Que anjo você é!!! Obrigada por cada oração, cuidado e por me dar a honra de ser madrinha dos pimpolhos!!!!

Ao super perito Marcos, amigo querido que fez e foi telhado para mim nas horas mais difíceis da minha vida.

À minha super advogada Jennifer, que quebrou meus galhos e assumiu minhas causas e o espaço que é devido a uma amiga ímpar! Na mesma medida, a Karen, inclusive, por me abrir o caminho do Erasmus.

À amada Di – por ser este exemplo de amorosidade que não se perde apesar da perda maior do mundo.

A Ro e Lucilia, pelas ligações de preocupação e sonho de viajarmos juntas; e a Fabiana, Lu, Zizi, Ana, Magali, Thaissa, Alyciane, Jack, Clebinho, Giovanni, Melo, Ângela, Konrad e todos os demais amigos que me fizeram ser lembrada.

À minha família portuguesa e aos amigos queridos que ganhei na Itália (Van, Rafa, Nubia, Roco, Ste, Pri, Alessa, Giuseppe, Osvy, Ana e Novela): *gratitudine per tutti!*

Ao TJDFT, minha casa que me deu esta chance e me apoiou integralmente em tudo o que precisei para este projeto.

A todos os amigos que não pude nominar aqui, mas que nem por isso não cabem na homenagem que presto: *grazie mille!!!!!!!!!!!!!!*

Terminei a dissertação e um período lindo que a bondade divina me oportunizou.

Agora é hora de matar as saudades da terra natal e torcer para que este estudo contribua para boas reflexões!

RESUMO

O avanço biotecnológico das últimas décadas e as técnicas de procriação artificial permitiram a prescindibilidade do sexo para a reprodução humana e a possibilidade de superação de infertilidades biológicas e sociais. Dentre tantas técnicas possíveis, tem-se a gestação por substituição, objeto do presente estudo. Sensível à demanda de constituir família daqueles que não podem gestar de forma natural, Portugal editou a Lei da Procriação Medicamente Assistida em 2006, a qual, alterada pela Lei n.º 90/2021, passou a atribuir ao(s) comitentes(s) a parentalidade e a reconhecer à gestante o direito de se arrepender até o momento do registro da criança, ao mesmo tempo em que permitiu às partes estabelecer as disposições a serem observadas para a desistência do contrato. Ressalte-se que a Lei n.º 90/2021 foi precedida e influenciada pelos acórdãos n.º 265/2018 e n.º 465/2019 do Tribunal Constitucional português, que, na oportunidade, se posicionou no sentido de exigir que a regulamentação deste tipo de contrato no ordenamento jurídico português garanta à gestante um arrependimento pleno e sem penalização. Assim, ante o dano que advém do arrependimento que se consubstancia na prática pela gestante do aborto ou no ato de assumir o bebê que gesta como próprio, este estudo se propõe a verificar se a gestante não deve, de fato, ser responsabilizada quando, de uma ou de outra forma, abandona o projeto parental dos comitentes. Em busca dessa resposta, será analisado se o pacto de barriga de aluguel deve ser enquadrado como ato simples, acordo não negocial, “condição de querer”, contrato limitativo do direito da personalidade ou simplesmente contrato e como deve ser interpretado o arrependimento que a Lei n.º 90/2021 reconhece à gestante, ou seja, se como direito potestativo, impossibilidade relativa moral ou causa de desculpabilidade. Neste contexto, será verificado se o entendimento do Tribunal Constitucional português revelado nos acórdãos supracitados atende a adequada ponderação dos direitos de todos os envolvidos na prática da barriga de aluguel. A pesquisa é exploratório-descritiva, de abordagem qualitativa e se utiliza do procedimento bibliográfico e documental, haja vista a natureza das fontes levantadas para o estudo – doutrinas, conformações legais e jurisprudências. Demonstra-se, ao final, que, seja qual for a linha interpretativa escolhida, a responsabilização da gestante que aborta, sem justa causa, ou assume a maternidade do bebê que gesta é necessária e que há a necessidade de aperfeiçoamento da legislação relacionada à gestação por substituição, não só para sanar os vícios de contradição e omissão nela encontradas, como também para que haja contornos condizentes com o Código Civil e a Constituição portuguesa.

Palavras-Chave: gestação por substituição; maternidade; favor; vinculação; arrependimento; limites; efeitos; responsabilização da gestante.

ABSTRACT

The biotechnological advance of the last decades and the techniques of artificial procreation have allowed the dispensability of sex in human reproduction and the possibility of overcoming biological and social infertility. Among the many possible techniques, there is surrogate pregnancy, the object of this study. Sensitive to the demand to start a family of those who cannot gestate naturally, Portugal issued the Medically Assisted Procreation Law in 2006, which was later amended by Law n.º 90/2021, began to attribute parenthood to the principal(s) and to recognize the pregnant woman's right to repent until the moment of the child's registration, while allowing the parties to establish the provisions to be observed when withdrawing from the contract. It should be noted that Law n.º 90/2021 was preceded and influenced by court rulings n.º 265/2018 and n.º 465/2019 of the Portuguese Constitutional Court, which, in the opportunity, positioned itself in the sense that complete repentance and without penalty to the pregnant woman should be the guide for a regulation that admits this type of contract in the Portuguese legal system in line with the Portuguese Constitution. Thus, in the face of the damage that comes from the regret that is embodied in the practice by the pregnant woman of abortion or in the act of assuming the baby she is carrying for her own, this study aims to verify whether the pregnant woman should not, in fact, be held responsible when, in one way or another, she abandons the parental project of the principals. In search of this answer, we will analyze whether the surrogacy pact should be framed as a simple act, a non-negotiable agreement, a "condition of will," a contract limiting the right of pendency, or simply a contract, and how the regret that Law n.º 90/2021 recognizes to the pregnant woman should be interpreted, that is if as a potestative right, relative moral impossibility, or cause of excusability. In this context, it will be verified if the understanding of the Portuguese Constitutional Court revealed in the aforementioned judgments meets the proper weighting of the rights of all involved in the practice of surrogacy. The research is exploratory-descriptive, qualitative in approach, and uses bibliographic and documental procedures, given the nature of the sources used for the study - doctrines legal, and jurisprudence. In the end, it is demonstrated that, whatever the interpretation chosen, the responsibility of the pregnant woman who aborts, without just cause, or assumes the maternity of the baby she gestates is necessary and that there is a need to improve the legislation relate to gestation by substitution, not only to remedy the contradictions and omissions found therein but also to ensure that there are contours consistent with the Civil Code and the Portuguese Constitution.

Key-words: gestation by substitution; maternity; favor; binding; regret; limits; effects e responsibility of the pregnant woman.

1 - INTRODUÇÃO

O avanço biotecnológico das últimas décadas e as técnicas de procriação artificial permitiram a prescindibilidade do sexo para a reprodução humana e a possibilidade de superação de infertilidades de ordem biológica ou social.

A consequência dessas reproduções realizadas com a mistura de útero, ovócitos e sêmen de pessoas distintas se impôs para o Direito. Conceitos e presunções legais¹ (Portugal, [2005]) acerca da maternidade e da filiação tornaram-se defasados, não sendo mais filho biológico apenas quem tem a herança genética plena.

Dentre tantas técnicas, a gestação por substituição desencadeia problemas jurídicos especiais, porque, em sua essência, é um acordo que envolve, além da circulação de material genético, a disposição do corpo em favor de outrem, o direito à vida e à filiação do nascituro, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade dos contratantes e da contratada, sem falar do direito patrimonial e à saúde dos contratantes, além das responsabilidades derivadas de um negociação projetada para cumprir o fim constitucional de viabilizar aos inférteis sociais ou biológicos a chance de aceder à filiação biológica.

Atento a esse reclamo, Portugal editou a Lei da Procriação Medicamente Assistida em 2006, a qual, porém, sofreu posteriormente diversas alterações (Portugal, 2006). De todas elas, importam, objetivamente, para a presente análise, as introduzidas pela Lei n.º 90/2021 (Portugal, 2021), pela especial razão de a referida lei ter atribuído ao(s) comitentes(s) a parentalidade e ter reconhecido à gestante o direito de se arrepender até o momento do registro da criança, ao mesmo tempo em que permitiu às partes estabelecerem as disposições a serem observadas para a desistência do contrato.

¹Cf. art. 1798º do CC.

Ante o dano que advém do arrependimento e que se consubstancia na prática pela gestante do aborto ou no ato de assumir o bebê que gesta como próprio, este estudo se propõe a verificar se a gestante deve ou não ser penalizada quando, de uma ou de outra forma, abandona o projeto parental dos comitentes.

Inicialmente se avaliará se o entendimento revelado pelo Tribunal Constitucional português nos acórdãos n.º 265/2018 e n.º 465/2019² pode ser a resposta correta para o questionamento supra já que, em controle preventivo das normas que antecederam a gênese da Lei n.º 90/2021, compreendeu que para ser constitucional o contrato de barriga de aluguel o arrependimento da gestante deveria ser pleno e sem penalizações.

Em busca de uma interpretação que resulte de uma adequada ponderação dos direitos que se põe em conflito quando a gestante por substituição se arrepende da promessa de concluir a gestação e entregar o bebê aos comitentes, será verificado se o pacto de barriga de aluguel deve ser enquadrado como ato simples, acordo não negocial, “condição de querer”, contrato limitativo do direito da personalidade ou simplesmente contrato e como deve ser interpretado o arrependimento que a Lei n.º 90/2021 reconhece à gestante, ou seja, se como direito potestativo, impossibilidade relativa moral ou causa de desculpabilidade.

Para um ajustado estudo da gestação por substituição³ (HCCH, 2013), serão apresentados assuntos preliminares ao tema central que são imprescindíveis para sua correta compreensão, isto é, os critérios utilizados para definir o vínculo da maternidade, averiguando quem é mãe no Código Civil português e quem deve ser mãe na gestação por substituição, haja vista o programa

² <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190465.html> e

<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180285.html>

³ Remete-se à leitura da página de Hague Conference on Private International Law (2011). *The Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*. Hague, Netherlands.

constitucional eleito para auxiliar quem não pode gestar de forma natural. Para tanto, debater-se-á quais fundamentos jurídicos podem legitimar a maternidade que o legislador atribui à gestante a partir do arrependimento, tendo em conta que se constitui mediante apropriação de material genético pertencente total ou parcialmente aos pais intencionais (artigo 8.º, n.º 3, da Lei n.º 25/2016) (Portugal, 2016).

Diante do dano que a gestante causa à comitente que lhe dá o ovócito para engravidar e, ante a certeza de que o embrião tem valor jurídico, será examinado se a gestante deve ser responsabilizada por descumprimento contratual, violação à confiança, confusão, especificação, obra, acessão, gestão imprópria, enriquecimento indevido ou impossibilidade moral relativa (superveniência do afeto), ou se deve ser desculpada, fixando-se a indenização pela equidade. Na vertente oposta, se investigará se a melhor compreensão deve ser a da gestante não se vincular (contrato de opção/acordo de cortesia), sendo-lhe inexigível a conclusão da gestação ou qualquer responsabilização.

Sem prejuízo, debater-se-á se o direito que o legislador extraiu do arrependimento – ou seja, a criação da maternidade socioafetiva em favor da gestante – pode ser uma solução interpretativa plausível e congruente com o restante do ordenamento jurídico português.

Para melhor definir a natureza jurídica da barriga de aluguel e demonstrar que o favor não pode ser causa exoneratória absoluta da responsabilidade da gestante heteróloga, serão buscados no Direito Italiano estudos sobre a relação de cortesia, sobre quem deve ser mãe na gestação por substituição e como a jurisprudência daquele país tem enfrentado a quantificação do dano ao embrião.

A pesquisa tem objetivo exploratório e descritivo e se utiliza do procedimento bibliográfico e documental, haja vista a natureza das fontes levantadas para o estudo – doutrinas, conformações

legais e jurisprudências. A abordagem dada é qualitativa, por se buscar compreender o fenômeno em investigação. A dialética, por meio do debate e da comparação, é o método que conduz a argumentação.

O tema é relevante, pois traz à lume conflitos que advirão da forma como a Lei organizará os rearranjos familiares que decorrerão da prática lícita ou ilícita das técnicas de procriação artificial. Sendo a família a base de toda e qualquer sociedade, como regulamentar a parentalidade, sem desconsiderar o valor da vida, do embrião e da confiança é o desafio que se impõe ao legislador e operador do Direito. Repensar as soluções já propostas e amadurecer novas ideias pode ser o caminho para trazer maior utilidade ao programa constitucional português de garantir liberdade individual e viabilizar planejamento familiar com acesso aos métodos que permitam o exercício de uma maternidade/paternidade conscientes e que resguardecam a dignidade humana (artigo 67.º da Constituição portuguesa).

2 - A REGULAMENTAÇÃO DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO EM PORTUGAL

A negociação da gestação por substituição envolve a conjugação da entrega de um material genético e a cessão do uso do corpo da gestante por substituição para o efeito de desenvolver o embrião alheio e entregá-lo aos comitentes, após o nascimento.

Sensível à infertilidade como um problema de saúde pública⁴, Portugal incorporou, em seu programa constitucional, a viabilização aos inférteis sociais e biológicos do acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, como meio a auxiliá-los a constituir família.

Nesse contexto, a Lei n.º 25/2016, cumprindo o artigo 67.º da Constituição portuguesa, admitiu a gestação por substituição gratuita, vedando a genética, isto é, aquela em que o embrião é formado com o ovócito da gestante (Portugal, 2016), e manteve a proibição de que o recurso fosse utilizado por casais homossexuais masculinos ou por homens solteiros – não por uma mulher solteira, um casal homossexual feminino ou um casal heterossexual.

Definiu-se, assim, que o bebê que nascesse por meio desse recurso não seria mais considerado filho da gestante por substituição – como era reconhecido na redação original da Lei n.º 32/2006⁵ – mas, seria considerado filho dos contratantes (artigo 8.º, n.º 7 da Lei n.º 25/2016). Além disso, manteve o entendimento original de que a gestante por substituição poderia se arrepender até o início do tratamento terapêutico – artigo 14.º, n.º 4, da Lei da Procriação Medicamente Assistida (Portugal, 2006).

⁴ Conferência Internacional sobre a População e o Desenvolvimento das Nações Unidas (CIPD), realizada no Cairo, em 1994.

⁵ Na Itália, de acordo com a Lei n.º 40/2004 (Itália, 2004), a gestação por substituição heteróloga é nula, sendo vedada para casais homossexuais e mulheres solteiras.

A questão suscitou inúmeros debates, e o Tribunal Constitucional foi instado a se manifestar sobre a inconstitucionalidade das normas insertas na Lei da Procriação Medicamente Assistida (LPMA) relacionadas à gestação de substituição.

Após uma extensa e exaustiva fundamentação, o Tribunal Constitucional (doravante, TC), no Acórdão n.º 225 (Portugal, 2018), entre outras normas, decidiu declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral: a) das normas dos n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, e, conseqüentemente, das normas dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo, na parte em que admitem a celebração de negócios de gestação de substituição a título excepcional e mediante autorização prévia, por violação do princípio da determinabilidade das leis, corolário do princípio do Estado de direito democrático, e da reserva de lei parlamentar, decorrentes das disposições conjugadas dos artigos 2.º, 18.º, n.ºs 2, e 165, n.º 1, alínea “b” da Constituição da República Portuguesa, por referência aos direitos ao desenvolvimento da personalidade e de constituir família, consagrados nos seus artigos 26.º, n.ºs 1, e 36.º, n.º 1; b) da norma do n.º 8 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º da mesma Lei, na parte em que não admite a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários, por violação do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família, em consequência de uma restrição excessiva dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, respetivamente, com os artigos 1.º e 26.º, n.º 1, por um lado, e com o artigo 36.º, n.º 1, por outro, todos da Constituição da República Portuguesa; c) da norma do n.º 7 do artigo 8.º da mesma Lei; d) da norma do n.º 12 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, por violação do direito à identidade pessoal da criança previsto no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, do princípio da segurança jurídica decorrente do princípio do Estado de direito

democrático, consagrado no artigo 2.º da mesma Constituição, e do dever do Estado de proteção da infância, consagrado no artigo 69.º, n.º 1, do mesmo normativo, (Portugal, 2006; 2018).

É importante, porém, que se diga que a decisão da Corte Constitucional considerou que o contrato de gestação por substituição não coisifica a criança nem instrumentaliza a gestante, desde que o consentimento dela se mantenha atual e inalterado, podendo ser admitido na ordem jurídica portuguesa se garantido à gestante o direito ao arrependimento até o registro da criança. Ou seja, vindo a se arrepender, a ela devem ser assegurados a maternidade ou o aborto, conforme seja a sua escolha, sem que seja obrigada a indenizar os pais intencionais, já que o arrependimento implicaria a “ineficácia total” do contrato e não equivaleria a um descumprimento contratual.

O mesmo entendimento foi reiterado pelo Tribunal Constitucional no acórdão n.º 465 (Portugal, 2019) ao apreciar o Decreto n.º 383/XIII, uma vez que este, ao proceder a sétima alteração da LPMA, apresentou a mesma solução que outrora fora considerada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, a saber, que a gestante apenas poderia revogar o seu consentimento até ao início dos processos terapêuticos de PMA.

Sobreveio, então, a Lei n.º 90/2021, que dispôs, no artigo 8.º, n.ºs 9 e 10 (Portugal, 2021), que a criança que nascer através do recurso de gestação por substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários e que é livremente revogável o consentimento da gestante até ao registo da criança nascida.

Faz-se importante esclarecer que a Lei n.º 25/2016 (Portugal, 2016) continha duas disposições relativas ao aborto no âmbito dos contratos de gestação: por um lado, o artigo 8.º, n.º 10, impunha (aliás, a ausência destas cláusulas tornava o contrato nulo, segundo o artigo 8.º, n.º 12) que o contrato incluísse, “em conformidade com a legislação em vigor, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual

interrupção”; por outro lado, o artigo 8.º, n.º 11, determinava que o contrato não pode “impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade”.

A Lei n.º 90/2021 (Portugal, 2021) revogou o n.º 12 e modificou o n.º 10 do artigo 8.º, que passou a ter o seguinte teor:

no tocante à validade e eficácia do consentimento das partes é aplicável à gestação de substituição, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 14.º, com exceção do previsto no seu n.º 4 sobre o consentimento livremente revogável, sendo que nos casos de gestação de substituição o mesmo pode acontecer, por vontade da gestante, até ao registo da criança nascida.

Ora, qualquer cláusula que condicione, de alguma forma, a decisão da gestante de substituição quanto a um eventual aborto, quer obstando-o, quer impondo-o, atentarà contra a proibição contida no atual n.º 14 do artigo 8.º da Lei n.º 90/2021.

Antes do advento da Lei n.º 90/2021, Raposo (2017:32-33), comentando a Lei n.º 32/2006, dizia que a interrupção voluntária da gravidez está regulada no artigo 142.º do Código Penal português, que se refere ao sujeito (ao único sujeito) com capacidade de decidir o aborto como “a mulher grávida”. Para a autora (Raposo, 2017) se a norma usasse o termo “mãe”, poderia questionar-se se a referência era feita à mãe legal, o que nesse caso remeteria à mãe contratante. Refuta tal ideia dizendo que o Código Penal não fornece sustento a essa conclusão, pois isso não seria respeitador dos direitos à integridade física, à autodeterminação pessoal e à livre disposição do próprio corpo da gestante de substituição, nem seria sequer viável em termos práticos. Mas se a decisão cabe inteiramente à gestante de substituição e se nem sequer são admitidas no contrato de gestação cláusulas que, de alguma forma, limitem os seus direitos e as suas liberdades, pergunta

a autora qual sentido teria a imposição de um acordo prévio sobre algumas situações de interrupção voluntária da gravidez. A conclusão da autora é que:

[...] as cláusulas referidas no artigo 8.º, n.º 10 não têm por finalidade atribuir qualquer poder de decisão aos pais contratantes (atual, 8.º, n.º 13, “g” e “h”). Contudo, não deixam de ter virtualidades: i) definir as expectativas das partes quanto ao que pode suceder no futuro, delimitar os respectivos poderes de decisão e, dessa forma, prevenir alguns conflitos; ii) em caso de litígio em tribunal, auxiliar o juiz a determinar os danos indemnizáveis.

A Lei n.º 90/2021 (Portugal, 2021) não repete essas regras com o mesmo teor, mas o n.º 13 do artigo 8.º mantém a ideia de que a celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição é feita através de contrato escrito, estabelecido livremente entre as partes, supervisionado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, em que constam, obrigatoriamente, entre outras, cláusulas tendo por objeto:

g) As disposições a observar sobre quaisquer intercorrências de saúde ocorridas na gestação, quer a nível fetal, quer a nível da gestante de substituição; h) As disposições a observar em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez em conformidade com a legislação em vigor; i) A possibilidade de denúncia do contrato por qualquer das partes, no caso de se vir a verificar um determinado número de tentativas de gravidez falhadas e em que termos tal denúncia pode ter lugar; j) Os termos de revogação do consentimento ou do contrato em conformidade com a presente lei.

Além disso, manteve-se omissa quanto às consequências indenizatórias do arrependimento da renúncia à maternidade pela gestante e à desistência do contrato pelos pais intencionais.

Nos próximos capítulos, será feita uma análise crítica da escolha do legislador, bem como se investigará se é possível interpretá-la à luz do entendimento manifestado pela Corte Constitucional nos acórdãos n.º 225/2018 e n.º 465/2019 ou se as soluções possíveis só estarão alinhadas com a Constituição e Código Civil português se for reconhecida a possibilidade de responsabilização da gestante.

3 - O “DANO” DA PERDA DE UM “FILHO ENCOMENDADO”

A Constituição portuguesa, assim como a italiana, põe o homem no centro do ordenamento jurídico, segundo uma visão personalística, isto é, sendo o homem o centro de imputação de direito e de liberdade, assim como sujeito vital que dispõe do próprio patrimônio material e imaterial, patrimônio inato e patrimônio adquirido (Petti, 2005:424).

Da ideia de Constituição personalística, decorre o princípio da indisponibilidade da pessoa e do ser humano e do seu direito à inviolabilidade. Ambos, portanto, são conceitos complementares e indissolúveis quando se trata de garantir os direitos essenciais do homem.

A Declaração Universal da ONU (Portugal, 2008) apregoa, nos artigos 3.º e 24.º, respectivamente, que “[...] todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” e “a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.

No artigo 6.º do Tratado da União Europeia (TUE), de que é signatário Portugal, a União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Reitera-se, respectivamente, nos artigos 1.º, 2.º e 3.º, que a dignidade do ser humano é inviolável e que todos têm direito à vida e, por fim, à integridade do ser humano física e mental (Tratado da União Europeia, 1992).

Há que se acrescentar em particular a Resolução do Parlamento Europeu (do Conselho da Europa, a que aderiram todos os Estados membros da União Europeia em 16 março 1989, a qual afirma o critério primário para disciplinar o direito de autodeterminação da mãe e o respeito pelo direito e pelo interesse do filho (o direito à vida e à integridade física, psicológica e existencial, o

direito ao cuidado dos pais e a crescer em um ambiente familiar adequado e a própria prioridade e identidade genética) (UNESCO, 1997).

A Convenção Americana (Corasaniti, 2007) é mais explícita quanto ao reconhecimento (TEDH, 2004) do direito à vida do nascituro, protegendo-o desde a concepção, conforme estabelecido no artigo 4.1.

Outrossim, cumpre ressaltar o artigo 24.2, "d", da Convenção sobre os Direitos da Criança (United Nations, 1989) e o princípio 4 da Declaração dos Direitos da Criança (1924) (UNICEF, 1959), os quais contemplam o cuidado pré-natal como parte do direito da criança à saúde e ao desenvolvimento. Assim como o princípio 2, reconhecendo o direito ao desenvolvimento físico e estabelecendo que "ao promulgar leis para esse fim, a consideração fundamental a ser atendida deve ser o melhor interesse da criança". Este direito também é reconhecido no artigo VII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948). Da mesma forma, os preâmbulos da Convenção sobre os Direitos da Criança e Declaração dos Direitos da Criança, elementos essenciais de interpretação dos próprios tratados, em conformidade com o artigo 31.2 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) (Portugal, 2003), afirmam o dever de proteção legal dos Estados sobre o nascituro, que, devido à sua vulnerabilidade, "necessita de proteção e cuidados especiais, incluindo a devida proteção legal, tanto antes como depois do nascimento."

A Corte Europeia de Direito do Homem, não obstante já tenha sido confrontada com o problema do início da vida humana e, por conseguinte da aplicabilidade do artigo 2.º CEDU⁶, não

⁶ Cf. ad es X c. Reino Unido, 13.5.1980, recurso n. 8416/78 (Europa, 1980) e Hercz c Noruega 19.5.1992, recurso n. 17004/90 (França, 1990).

estabilizou o que seja “pessoa” cuja vida seja protegida pela Convenção e, em particular, se inclui o nascituro, muito menos se é pronunciou sobre o limite temporal do direito à vida⁷.

Quanto a proteção ao genoma destaca-se a Declaração Geral da Unesco de Paris de 1997 e especificamente a Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina do Conselho da Europa de 1997 (Europa, 1997a) e a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (Portugal, 1948:3)⁸ que garantem, respectivamente, no artigo 24.º e 8.º uma reparação equitativa à pessoa que tenha sofrido um dano injustificado resultante de uma intervenção que haja afetado o seu genoma.

Por sua vez, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO de 2005 (UNESCO, 2005) afirma, no artigo 4.º, que:

[...] no avanço dos conhecimentos científicos, da prática médica e das tecnologias que lhes estão associadas, devem ser maximizados os efeitos benéficos diretos e indiretos para os doentes, os participantes em investigações os outros indivíduos envolvidos, e deve ser minimizado qualquer efeito nocivo susceptível de afetar esses indivíduos.

Além disso, afirma, no artigo 5.º que “[...] a autonomia das pessoas no que respeita à tomada de decisões, desde que assumam a respectiva responsabilidade e respeitem a autonomia dos outros, deve ser respeitada” (UNESCO, 2005).

Por fim, as normas dos artigos 1.º e 2.º da Convenção de Oviedo⁹ apontam para um compromisso de proteção do ser humano na sua dignidade e na sua identidade e garantem o respeito

⁷ Cfr Corte Europeia Dir. Homem, Voc c. Francia, 8.07.2004, recurso n. 53924/00 com amplo referimento a jurisprudência precedente em matéria de interrupção voluntária da gravidez (Europa, 2004).

⁸ A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos foi adotada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), na sua 29ª Sessão, em 1997 – organismo internacional de que faz parte Portugal.

⁹ A Convenção de Oviedo e o respectivo Protocolo Adicional sobre Clonagem Humana foram aprovados pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 3 de janeiro de 2001, e ratificados pelo Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, de mesma data. Iniciaram a sua vigência na ordem jurídica portuguesa em 1º de dezembro de

pela sua integridade e pelos seus outros direitos e liberdades fundamentais “face às aplicações da biologia e da medicina”, sem discriminação. Inclusive o artigo 18.1º da Convenção de Oviedo afirma: “[...] quando a pesquisa em embriões *in vitro* é admitida por lei, esta garantirá uma protecção adequada do embrião” (Portugal, 2001).

O artigo 16.º, n.º 2, da Constituição portuguesa recepciona e eleva a Declaração Universal dos Direitos do Homem ao estatuto de critério de interpretação e de integração das regras legais e mesmo constitucionais em matéria de direitos fundamentais.

A única referência expressa da Constituição da República Portuguesa (Portugal, [2005]) à procriação medicamente assistida consta do artigo 67.º, n.º 2, alínea “e” e diz que: “incumbe ao Estado [...] regulamentar a procriação assistida em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”.

No julgamento do acórdão n.º 101 de 2009 pelo Tribunal Constitucional português (Portugal, 2009), o relator Carlos Fernandes Cadilha ressalta que a Constituição portuguesa assume como seus esses parâmetros de direito internacional convencional, ao estipular limites para a regulamentação legal da procriação medicamente assistida que permitem a sua compatibilização com as exigências básicas da dignidade da pessoa humana ou do Estado de Direito (artigo 67.º, n.º 2, alínea “e”), o que conduz à consideração que as normas dos artigos 1.º e 2.º da Convenção de Oviedo não possuem, enquanto normas de direito internacional às quais o Estado Português se encontra vinculado, um valor de parâmetro de constitucionalidade autónomo.

Por outro lado, explica que todas as restantes disposições da Convenção de Oviedo, designadamente as dos artigos 11.º, 14.º, 15.º e 18.º, bem como todas as disposições do Protocolo

2001 (artigo 8.º, n.º 2, da Constituição, em conjugação com o artigo 33.º, n.º 4, da Convenção de Oviedo e o artigo 5.º, n.º 2, do respectivo Protocolo Adicional) (Europa, 1997b).

Adicional, terão um valor supralegal, de forma que, em caso de divergência entre uma convenção internacional e uma norma legal interna, inexistindo título bastante de desvinculação do Estado no plano internacional, deve-se aplicar a Convenção, que assim prevalece sobre as fontes de direito interno de força legal.

Diz, ainda, que, ao remeter para a dignidade da pessoa humana, o artigo 67.º, n.º 2, alínea “e”, da Constituição da República pretende, primariamente, salvaguardar os direitos das pessoas que mais diretamente poderão estar em causa por efeito da aplicação de técnicas de procriação assistida, dentre as quais estariam abrangidos não só participantes do processo, como também, as pessoas nascidas na sequência da aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida.

Portanto, uma segunda fonte positiva, mas de direito internacional, reforça o respeito, seja como inviolabilidade, seja como indisponibilidade, ao direito à integridade do ser humano.

Corolários da inviolabilidade são o princípio ressarcitório do *neminem laedere* e o princípio indenizatório do inadimplemento contratual.

Quando o Estado português, de um lado, admite como válido o pacto de barriga de aluguel heterólogo e, de outro, permite que a gestante se arrependa até o registro do nascimento da criança, põe-se em situação de ter que regulamentar a escolha da gestante pelo aborto ou pela assunção da maternidade do bebê que gesta. Sucede que quando a gestante se decide por qualquer uma das duas opções citadas, ela subtrai daqueles que a contrataram o material genético que lhe foi entregue, sob fidúcia, para fins de mera gestação e posterior devolução, quando nascido o bebê e, porque não dizer, o projeto de aceder à filiação biológica ou o próprio filho, dependendo do momento de quando toma a decisão e de como se define o estatuto do embrião. Nesses termos, em quaisquer das duas condutas que venha a adotar, a gestante causará dano. Se é indenizável ou não, a quem

cabe o direito de ressarcimento – se aos comitentes ou ao nascituro –, em que circunstâncias e em que medida deve ser fixada a indenização são algumas das polêmicas que aqui serão investigadas.

Isso porque o embrião tem vínculo de pertencimento¹⁰ e valor para os comitentes que, pela quebra da promessa da gestante, têm frustrado seu direito à saúde e ao livre desenvolvimento da personalidade à procriação – motivo que deflagrou a necessidade de sua proteção legal. De fato, nesse contexto, a perda do embrião é muito mais que a perda de gametas enquanto células reprodutivas; trata-se de dano que pode ser lido como perda da coisa, perda de uma chance ou perda do próprio filho, além da possibilidade de consubstanciar o agravamento da capacidade reprodutiva e da saúde psicológica dos comitentes. Nessa complexa discussão, não se pode esquecer que o embrião tem valor¹¹ e proteção jurídica próprios, sendo destinatário da atuação dos adultos que o projetam, pelo que, se sua identidade genética é negada com a atribuição da maternidade à gestante ou se sua vida é ceifada, ele, de per si, sofre dano. Se a morte do embrião pode ser considerada dano justificado por ser ele sacrificável em face do direito à liberdade da gestante por substituição, dependerá do balanceamento entre os direitos e os deveres envolvidos na equação, inclusive à luz da parentalidade responsável, de quando e quanto o Direito o protegerá. Já quando o dano se confirma para os comitentes pela fixação da maternidade na pessoa da gestante, será preciso

¹⁰ Na base do raciocínio da abordagem personalística, considera-se o poder de controle do indivíduo sobre parte e produto do seu próprio corpo como uma imediata expressão do fundamental princípio de autodeterminação.

¹¹ Mengoni (1982:1135-1136 – tradução livre) afirma que: “o ordenamento jurídico clássico (ligado à ideologia individualista) funda-se num conceito formal-abstrato da pessoa que a reduz ao conceito de sujeito de direito (um atributo da pessoa). A capacidade jurídica é isolada com um processo de abstração criativa e representado como uma unidade intelectual. A nova antropologia da pessoa de direito, subjacente ao ordenamento jurídico Estado-providência contemporâneo e orientada pelos esquemas do direito natural, determina uma concepção de pessoa enraizada no reconhecimento de que a personalidade não é mera subjetividade, um simples ser ontológico, mas é também uma estrutura de valor, um ser axiológico. Essa determinação, que nasce dos valores e se inspira no homem, assim como em sua racionalidade, em sua existência empírica, é um novo categórico, à medida que introduz um conceito “concreto” de pessoa não mais voltado para uma qualidade (a capacidade de direito), mas para o próprio objeto na totalidade de seus elementos constitutivos, sobretudo na sua dimensão vital. Esse conceito, permeado pelo valor da “dignidade da pessoa humana” e termo de referência para os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, faz emergir, na esfera da legalidade, problemas de proteção da vida material e espiritual, o que envolve a promoção do pleno desenvolvimento da pessoa humana”.

justificar juridicamente a apropriação do embrião, visto que ele não é próprio da gestante nem lhe é dado pelos comitentes, sendo, ao contrário, entregue em fidúcia e mediante favor/dever de guarda e cuidado.

De qualquer sorte, o reconhecimento dos cinco princípios constitucionais – indisponibilidade da pessoa humana e do ser humano; salvaguarda do homem integral (do bem da vida, da integridade genética, da identidade pessoal¹², da integridade física e da saúde); dignidade humana; maternidade e paternidade responsável, livre desenvolvimento da personalidade – nortearão as respostas que serão apresentadas a algumas dessas questões.

É o que passaremos a desenvolver, limitando a análise aos casos de gestação heteróloga, isto é, aos casos em que a comitente participa com a entrega de seu próprio ovócito para formação do embrião e posterior entrega à gestante.

¹² Segundo o acórdão n.º 101/2009 (Portugal, 2009): “o direito à identidade pessoal, tal como está consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, abrange, não apenas o direito ao nome, mas também o direito à historicidade pessoal, enquanto conhecimento da identidade dos progenitores, e poderá fundamentar, por si, um direito à investigação da paternidade e da maternidade, por forma a que todos os indivíduos tenham a possibilidade de estabelecer o seu próprio vínculo de filiação jurídica com base no vínculo biológico”.

4 - QUEM É MÃE NA LEI N.º 90/2021?

Os problemas relacionados à gestação por substituição envolvem, antes de mais nada, uma melhor elaboração do estatuto do embrião¹³, assim como do estatuto da maternidade, o que envolve definir quando nasce uma mãe e um filho.

Como consequência, a primeira polêmica que o tema envolve está em saber o que é que se está negociando na gravidez por substituição¹⁴. Ao se admitir que está em pauta o estatuto da

¹³Pradurou (2017:51-57 – tradução livre) realiza um estudo sobre os sistemas jurídicos contemporâneos e o direito de propriedade. Especificamente sobre o corpo humano e os embriões, o autor afirma que, para a Corte Europeia de Direito do Homem (caso Parrillo x Italy n.º 46470/11), esses elementos não podem ser considerados objetos de propriedade, especialmente para não pôr em risco a sua dignidade. Destaca que o Código Civil francês prevê que o corpo humano, suas partes e seus produtos não podem formar objeto de um direito patrimonial. No direito alemão, os materiais separados do corpo humano são bens ao senso do § 90º BGB e, nesse sistema, o destaque físico transforma os materiais biológicos humanos em coisas que podem ser objeto de propriedade. Do mesmo modo, para a lei holandesa, a parte do corpo que é separada do corpo humano é objeto de propriedade. Na lei inglesa, o panorama é diverso e é regulado no “Human Tissue Act del 2004”. Diversamente do sistema alemão e do holandês, o material biológico separado do corpo não é objeto do direito de propriedade, mas pode potencialmente ser se vier a ser transformado graças ao trabalho ou à habilidade do homem.

¹⁴Stefania Pia Perrino (2018:1382-1408 – tradução livre), comentando um caso apreciado pelo Tribunal de Milão sobre um pedido de restituição de *corpus delicti* constituído por gametas e embriões, trouxe a lume vários pontos da discussão que envolveram a necessidade de distinguir o material biológico para perceber se seriam passíveis de devolução aos donos dos gametas doados e não a quem os comprou (por não serem os gametas mero objeto de propriedade), assim como se seria o caso de restituir o embrião ao casal que realizou fecundação homóloga, conforme a Lei n.º 40/2004, e relegar ao juízo cível a discussão sobre a quem restituir os embriões fruto de uma inseminação heteróloga vedada, cujo fim não pode mais ser procriativo.

Destacou a autora que a grande Câmara do Tribunal de Estrasburgo afirmou que, na falta de um consenso unânime a nível europeu sobre a definição científica e jurídica do início da vida humana, a definição do que deve ser o embrião foi entregue para decisão de cada Estado. E, no caso “Parrillo x Italia”, assim como, C-34/10, “Oliver Brustle v O Greenpeace”, entendeu que os embriões humanos não podem ser reduzidos a bens na acepção dessa disposição. Essa é a razão pela qual, no último julgamento, exclui a possibilidade de patentear embriões como coisas que podem ser usadas para fins industriais e comerciais.

No âmbito do Direito italiano, realçou a autora, o acórdão n.º 84/2016 do Tribunal Constitucional, pelo qual restou decidido que seria juridicamente inaceitável que os pais se considerassem proprietários dos embriões que geraram como se estes fossem mero material biológico e não seus filhos, passíveis de serem doados para pesquisa científica, como se doa alguma coisa, pois, ao ver do Tribunal, não se dá alguém, mesmo em estado embrionário.

Ressalta que a decisão que analisou o pedido de restituição afirmou que os embriões – *corpus delicti* – não têm requerente legítimo, uma vez que os gametas obtidos com violação da Lei n.º 40/2004 se fundem para formar um outro ser, que não pode ser suprimido ou destinado à pesquisa científica, de acordo com o disposto na Lei n.º 407. Afirma que seria juridicamente inaceitável uma decisão do Ministério Público e da autoridade judiciária no sentido de devolvê-los aos aspirantes a pais através de gestação heteróloga, assim como não poderiam ser destinatários da restituição os doadores de células compradas mediante pagamento, uma vez que não há direito ou vínculo com a célula especializada que evoluiu para embrião após a fertilização da célula germinativa feminina.

Sendo assim, a solução seria considerar os embriões como abandonados de fato, ficando destinados à criopreservação (posterior adoção, pesquisas científicas?).

parentalidade, é preciso discernir se ele é disponível, para quem o é e se pode ou não ser fixado pela autonomia privada. Assim, a depender de quem a lei considera “mãe” – se a mulher que gesta ou se a que dá o ovócito –, diferentes serão as conclusões sobre a natureza jurídica do pacto e os limites do arrependimento da gestante.

De um modo geral, a literatura que aborda o tema trata o exame da disponibilidade da maternidade pelo ângulo da gestante, pois é ela a pessoa chamada a renunciá-la, apesar da gestação.

Entretanto, se há uma maternidade genética prévia, não há dúvida de que a entrega do embrião¹⁵ a outrem para fins de gestação impõe que a discussão também seja posta sob o prisma da mulher que dá o ovócito e encomenda a gestação heteróloga na intenção de saber se essa parentalidade também lhe é disponível.

Na verdade, como maternidade/filiação são as duas faces da mesma relação e, por conseguinte, um estado (direito da personalidade?) intrínseco à identificação genética do embrião e do transmissor da herança genética, feriria a dignidade do embrião ser manipulado ou ter seu estado de filho negociado em contrato para atender os anseios de quem o desejem e enquanto o desejem.

¹⁵Tenha-se em mente o famoso caso “Marriage of Buzzanca”, em que ocorreu a situação paradoxal de uma menina nascida por meio da doação anônima de esperma e óvulos a uma mãe solidária, ter a paternidade questionada pela falta de vínculo genético após a separação do casal que a desejou e contratou a barriga de aluguel. Como a gestante – presumidamente a mãe legal – não a quis e o juiz constatou a falta de vínculo genético para com os comitentes, a criança foi declarada filha de “ninguém”. A decisão foi, posteriormente, reformada pelo Tribunal Superior da Califórnia, que disse não ser possível a revogação do consentimento após ter sido manifesto – Divisão de Direito de Família 27.08.1997 (Giordano, 2018:118).

Gattuso (2019 – tradução livre) afirma que, no modelo californiano de barriga de aluguel, não é possível haver arrependimento do consentimento, seja da parte dos pais ou da gestante, embora resguardado a ela o direito ao aborto. Para o Supremo Tribunal californiano, ambas as mulheres (a grávida e a genética) podem ser reconhecidas como mãe de acordo com o *Uniform Parentage Act*, concluindo, porém, que, no caso de barriga de aluguel, é necessário prestigiar a mulher que desde a concepção manifestou a intenção efetiva de assumir o papel parental. Como no caso a gestante não manifestou a vontade de ser mãe do nascituro, não poderia ser reconhecida como a mãe legal, e sim a mulher que a contratou para ter o bebê, não importando que desista do projeto parental depois.

Nessa mesma linha de raciocínio, se, para que o poder da mulher se autodeterminar seja efetivamente livre, faz-se imprescindível que àquela que se candidate à prática da barriga de aluguel também se reconheça o direito ao aborto *ad nutum*, não é aconselhável que o legislador admita, no ordenamento jurídico, um contrato que permita nela implantar um embrião de genética alheia. Afinal, admitir esta lógica seria, à partida, expor o embrião ao risco de ser eliminado. Se a Convenção de Oviedo determina a proteção do embrião no caso de pesquisa, a mesma preocupação deve ser estendida aos casos de barriga de aluguel. Logo, regulamentar a barriga de aluguel nesses termos significa fragilizar a dignidade do embrião e consagrar a possibilidade do exercício de uma parentalidade não responsável, o que é incompatível com a Constituição portuguesa¹⁶ e, também com o artigo 18.1ª e 19.º da Convenção de Oviedo.

Uma solução, então, seria considerar nulo o contrato de barriga de aluguel¹⁷, seja ele gratuito ou oneroso¹⁸.

Entretanto, caso se considere que o embrião é “coisa”¹⁹ e que o estado de “filho” depende do nascimento do nascituro com vida²⁰, a conclusão seria inversa: o acordo que envolve as condições para desenvolver-se poderia ser admitido como válido no ordenamento jurídico.

¹⁶ Constituição portuguesa, artigo 36.º, n.º 5: “Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos” (Portugal, [2005]).

¹⁷ Ferrando (2007:530 – tradução livre) defende que deve ser atribuída a maternidade à comitente que dá o ovulo que é implantado no útero da mãe substituta.

¹⁸ A previsão de consento informado no artigo n.º 5º da Convenção de Oviedo e no artigo n.º 3º da Carta dos direitos fundamentais prevê que qualquer indivíduo deve ser livre não apenas para consentir na retirada, mas também na ulterior destinação do material biológico que resta em seguida a uma intervenção (consenso à colheita, conservação etc.), no senso de uma válida manifestação de vontade livre e informada e de respeito a todo o uso secundário do próprio material genético (seja para uso terapêutico, em termos de transplante, transfusão, implantação para fins procreativos, seja para pesquisa científica ou aplicação industrial) (Resta, 2014:255 - em seu texto intitulado “*Dignità, persone, mercati*”. Itália: Giappichelli).

¹⁹ Venuti (2002:294 – tradução livre) afirma que, do caso principal “Davis v Davis” decidido pela Corte Suprema de Tennessee (1.6.1992, 842 SW. 2d588, www.versuslaw.com) o embrião é tratado como *res* especial devido ao seu potencial criativo e qualifica o interesse dos dois parceiros não como um verdadeiro interesse patrimonial, mas como um direito de autonomia procriativa.

²⁰ Tomasi (2016 – tradução livre) destaca que a Corte de Apelação de Missouri no caso “McQueen v. Gadberry” decidiu que o pré-embrião criopreservado é qualificado como propriedade de caráter especial comum do casal, não como pessoa. Inclusive, estatuiu que: “(1) a vida de cada ser humano começa da concepção; (2) crianças não

Apesar de admitida a barriga de aluguel heteróloga pela Lei n.º 90/2021 e do Código Civil português afirmar no artigo 202.º, n.º 1 do Código Civil que é “coisa tudo aquilo que pode ser objeto de relações jurídicas”, a questão da violação da dignidade do embrião no contexto da barriga de aluguel não foi expressamente abordada pela Corte Constitucional.

Antes, portanto, de abordar como a Lei n.º 90/2021 regulamentou a parentalidade, importa trazer um panorama de algumas justificativas apresentadas na doutrina ou na jurisprudência para escolher atribuir maternidade à gestante ou à comitente dadora do material genético.

Uma delas seria a teoria do Lockean Labor (Guillers, 2001)²¹, que, para justificar a apropriação do embrião alheio, defende que quem coloca labor em criação se apropria da coisa criada. A gestante por substituição ganharia, então, o direito de se apropriar do embrião alheio em razão de tê-lo nutrido, sendo fruto de seu corpo. Ou seja, o trabalho de converter um embrião em uma criança tornaria a gestante a mãe legal, ainda que as partes quisessem dispor de outro modo em contrato que seria, então, inexigível, mesmo que assinado, sob a promessa de entrega do bebê aos contratantes.

Leonardo Lenti (1993:157) afirma que “os corolários fundamentais da propriedade não são aplicáveis aos gametas”. Explica que, nos termos do artigo 821.º do Código Civil italiano, quando o objeto do direito frutifica, o proprietário adquire o direito à propriedade dos frutos resultantes. Como os frutos dos gametas naturais normais são novos seres humanos, conclui que eles não

nascidas têm seus interesses de vida, saúde e bem-estar protegidos; (3) os pais naturais da criança não nascida tem proteção aos interesses da vida, saúde e bem-estar da criança não nascida”.

²¹ Gillers (2001 – tradução livre) propõe um *normative model* de definição da parentalidade, baseado “on a Lockean labor theory of property”, que conduz ao estabelecimento da parentalidade em relação à gestante, por ser ela “*who has invested the most labor in the developing fetus, and hence deserves parenthood the most*” (Guillers, 2001:693-694), em especial quanto à gestação de substituição (Guillers, 2001:706-711). A autora traz à colação a distinção entre a titularidade (a propriedade) dos materiais genéticos (*raw*) e a titularidade de uma posição jurídica sobre o ser que através daqueles se desenvolveu, convocando figuras dos direitos reais (por exemplo, a acessão) (Guillers, 2001:708). Considera, no entanto, que, nos *collaborative reproductive agreements*, a gestante aliena o seu *personal labor* (Guillers, 2001: 694-710-711).

podem cair na posse. Além disso, pondera que se a coisa frutificar depois de alienada, ou depois de abandonada e seja depois ocupada como *res nullius*, então deverão ser os compradores ou os ocupantes os novos donos a adquirir a propriedade dos frutos. Mas se as coisas em questão são gametas, cujos frutos são novos seres humanos, a regra dos frutos não pode operar.

Já a Corte Suprema da Califórnia no caso “Johnson vs. Calvert”²², valendo-se da denominada *teoria do direito pessoal de disposição*²³, decidiu que quem doou os gametas tem direito ao produto deles (Osuna; Raposo; Machado, 2012). Considerou-se que o direito que o indivíduo tem sobre seus próprias gametas enquanto ainda em seus corpos seria um direito pessoal, porém quando extraídos de seus corpos, passam a ter sobre eles um direito pessoal e de propriedade, pois o potencial dos gametas de originar outro ser humano lhe daria um *status* especial. Por essa razão, a gestação por substituição seria exigível²⁴ e a gestante não teria direitos parentais a respeito

²² 851 P.2d 776 (California, 1993) in Foro it., 1993, IV, 337 com comentário de G. Ponzanelli (1993), Johnson v. Calvert, 851 P.2d 776, 783–87; Cal. Ct. App., Buzzanca v. Buzzanca, 1998, 72 Cal. Rptr. 2d 280, 291 (1998); Cal. Sup. Ct., 27-8-1997 (Carbone, 1997).

²³ Galasso e Marezze (2008:84-90 – tradução livre) afirmam que hoje é difusa a doutrina das *new properties*, que se referem a uma categoria de resíduo de bens, isto é, a uma série de coisas que antes não se compreendia como bem, como o caso da criação intelectual e da informação ou das várias formas de desfrute do espaço e do ser ou, por assim dizer, do direito da personalidade. O recurso de equiparação à forma de tutela proprietária se explicaria não só porque a propriedade se constitui como arquétipo e paradigma do direito que recebe a tutela mais intensa do ordenamento, mas também pelo senso tranquilizante que transmite a adesão à escolha sistematicamente testada.

Acrescentam que a doutrina mais recente afirma que “cada indivíduo deve ser considerado dono de todas as partes destacadas do seu corpo”, especificando, no entanto, que o tipo de objeto desse poder é muito diferente daquele que é comumente considerada “coisa” e deve receber uma particular disciplina. Nesse quadro de referência, aduzem ser o direito a algumas partes destacadas do corpo absoluto e inalienável, chamando-o de *protected non-property holding* - Registram que, na *common law*, não há hesitação em se acrescentar novo membro à classe das coisas em ação – isto é, bens que não podem ser fisicamente possuídos, mas que o são porque gozam de certa proteção pelo direito do regime de propriedade.

Afirmam que, apesar da presença de uma classificação dos modos de aquisição para o *common law*, as taxonomias não são de todos vinculantes, de modo que para identificar se as partes destacadas do corpo são objeto de propriedade e qual o *modus acquirendis*, os juízes começam por tomar o objeto anatômico, que é objeto da disposição que está sendo examinado, para então estabelecer, avaliando os interesses que insistem nisso, quem e como pode ser considerado o proprietário.

²⁴ Recentemente, em parecer consultivo de 10/05/2019, a Grande Seção do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem esclareceu que o direito da criança a respeito da vida privada exige, de um lado, que a legislação nacional consinta a *possibilidade* (não uma obrigação geral) de reconhecer uma relação genitor-filho com a mãe intencional, mas, de outro lado, não impõe que tal reconhecimento assumira necessariamente a forma de transcrição no registro de estado civil de certidão de nascimento emitido no exterior (conforme previsto, ao contrário, para o pai intencional biológico). O artigo 8.º CEDU impõe que, no superior interesse do menor, a verificar em concreto, seja garantido o reconhecimento do vínculo estabelecido legalmente no exterior ao menos quando este se tenha tornado uma *practical reality* (parecer

da criança a que dá à luz²⁵.

No caso de Portugal, a teoria do Lockean Labor é incompatível com a Lei n.º 90/2021, visto que nela se definiu que serão pais do bebê a ser gestado os contratantes. Apenas no caso de arrependimento da gestante, dela será a maternidade (Portugal, 2021).

De fato, a Lei n.º 25/2016 alterou a Lei n.º 32/2006, artigo 8.º, n.º 7, a qual definia ser mãe a gestante para afirmar que a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários, ideia que foi mantida na Lei n.º 90/2021. Essa alteração operou-se porque o legislador passou a considerar que quando a gestante consente em gestar para outrem, ela não quer ser mãe, devendo essa vontade ser prestigiada (Portugal, 2021). Ao afirmar serem pais da criança gestada por substituição os respetivos beneficiários e apenas considerar mãe a gestante por substituição em caso de arrependimento, é indiscutível que a Lei n.º 90/2021 (Portugal, 2021) elegeu o critério volitivo e genético para a definição da parentalidade.

Examinemos, pois, se esse critério dúplice e condicional escolhido pela Lei n.º 90/2021 é compatível com o restante do ordenamento jurídico português (Portugal, 2021).

Guilherme Oliveira (2016:272-273), ao analisar a reforma do Código Civil de 1977, afirma que o quadro jurídico português sobre a parentalidade foi profundamente alterado, pois se desvinculou da ideia de o vínculo precisar nascer de relações sexuais lícitas ou ilícitas ou de o progenitor querer ou não assumir o estatuto jurídico correspondente. O vínculo jurídico da

n.º 52). Nesse caso, a relação com a mãe intencional deve ser constituída de forma separada, através da adoção da criança; entretanto, o procedimento estabelecido pela legislação nacional deve ser implementado de forma *tempestiva e eficazmente*. Tal parecer foi acolhido em decisões posteriores de litígios da Corte EDU (sentença 16/07/2020, D. X Francia; decisão 19/11/2019, C. X Francia ed E. X Francia) (Feraci, 2019).

²⁵ Sesta (1999: 297-308 – tradução livre) afirma que é possível resolver o problema da atribuição da maternidade em caso de violação de proibição prevista no artigo 12.º, 6, da Lei n.º 40/2004, por força do disposto no artigo 9.º, 3 da mesma lei, que viria a confirmar “que a mulher que deu à luz é a única a quem é atribuída a maternidade, sendo juridicamente irrelevante o facto de o embrião que foi transferido para o seu útero ter sido formado a partir do material genético alheio (mãe patrocinadora de si)”.

paternidade teria passado, assim, a se assentar no vínculo prévio da progenitura e, desde então, a paternidade jurídica coincide com a paternidade biológica. Quanto à maternidade, afirma que a acentuação da verdade biológica se notou principalmente na eliminação da perfilhação pela mãe, já que passou a resultar do fato do nascimento e a ser estabelecida por uma simples indicação da identidade da mãe. Afirma ainda que, com exceção da adoção, o regime “biologista” português não admite que as relações de afeto, desacompanhadas de um vínculo biológico prévio, definam o parentesco ou impeçam a impugnação de um vínculo jurídico que se supunha assentado numa progenitura, mas que não coincida com a verdade biológica.

Pinto (2012:162) faz uma ressalva acerca das relações sócio-afetivas, afirmando que:

Em sentido próprio e rigoroso, fontes de relações jurídicas familiares serão apenas o casamento e adoção – verdadeiros actos jurídicos. O mesmo já não pode dizer-se do parentesco e afinidade, em si mesmo relações jurídicas familiares, derivadas, respectivamente, da geração e desta e do casamento.

No que tange ao contrato de gestação por substituição, a doutrina portuguesa diverge acerca de qual critério deveria firmar o conceito de maternidade.

Para Osuna, Raposo e Machado (2012:48), aquilo que torna alguém pai ou mãe não é o esperma nem os óvulos, mas, sim, a proximidade da relação existencial com a criança, o que tanto pode vir a acontecer entre a gestante e o bebê, como entre o bebê e a parte beneficiária. Entretanto, defendem que o cuidado e o grau de responsabilidade dos contratantes pelo bebê deveriam lhes conferir direitos sobre o novo ser (Raposo, 2005:89-91).

Campos (2006:84) realça que a filiação é uma relação assente na biologia e afirma “que está em causa um elemento fundamental do estatuto jurídico da pessoa humana, da sua dignidade natural: ser filha dos seus pais biológicos – e não de quem o legislador entenda”.

Ascensão (1991:24-25) entende que a parentalidade se constitui pela entrega do material genético, desde que seja acompanhada de um projeto parental. Pronuncia-se contrário ao fato de a lei normalmente associar a maternidade à circunstância de a mulher dar à luz, dizendo que a chave do parentesco continua a ser o vínculo de sangue, tanto é assim que os impedimentos matrimoniais se fundem na relação biológica, não na gestação. Defende que apenas seriam excepcionados desse vínculo os casos de mera dação de gametas, porque quem assim o faz, entrega um produto separado do corpo, sem participar de nenhum projeto de paternidade.

Duarte (2003:87-88) critica fortemente a atribuição da maternidade à mãe gestacional que não oferece o óvulo, nos termos da redação original do artigo 8.º, n.º 3, da Lei nº 32/2006²⁶, por entender ser uma “pena perpétua” à mãe genética ficar sem o seu filho enquanto a gestante que nenhum vínculo genético tem passa a ser a mãe jurídica.

Em posição contrária, Varela (1995:68) defende que, devido ao laço que se fortalece ao longo dos nove meses de gestação, a gestante deve ser considerada mãe.

Pinheiro (2008:338-341) realça que o critério biológico é preponderante no campo da procriação derivada do ato sexual. Fora dessa espécie de procriação, o critério geral é o volitivo. Afirma que, sem desvalorizar o papel da gestante, ela não é mais que “[...] uma mulher que consegue suportar uma gravidez no seu útero” (Pinheiro, 2008:323).

O conselheiro e relator Manchete no acórdão n.º 225/2018 registrou que:

Embora sujeita a uma técnica de PMA, a gestante não é, todavia, considerada beneficiária da mesma, já que a gravidez visada, uma vez concretizada, será suportada por conta de outrem, no sentido de que as responsabilidades parentais relativamente à criança que vier

²⁶ Costa e Lima (2012) criticam essa norma à medida que a sanção de nulidade resultante dos contratos de maternidade de substituição gera uma obrigação para àquela que der à luz a criança de assumir uma maternidade que pode não querer, o que seria, em suas palavras, uma “moeda de castigo”. Ressaltam que tal norma faz com que se proíba a contraente de ser considerada mãe da criança quando a sua vontade é imensa e atribui à gestante por substituição a sua maternidade por imposição/obrigação.

a nascer não serão assumidas por si, mas pelos terceiros com quem previamente contratou. Por ser assim, não lhe pode ser aplicado o critério de maternidade previsto para as beneficiárias de técnicas de PMA, o qual, devido ao disposto no artigo 10.º, n.º 2, da LPMA, acaba por se reconduzir ao facto do nascimento, ou seja, ao parto [...]. Isto significa que a referência à renúncia aos poderes e deveres próprios da maternidade contida na parte final do n.º 1 do artigo 8.º da LPMA é, pelo menos, ambígua: não se pode renunciar a posições jurídicas de que *se não é – nem se poderá vir a ser*, de acordo com o disposto no n.º 7 do mesmo preceito – titular. Aliás, a gestante (e, bem assim, os beneficiários) *consente e acorda* na gestação de substituição, desde logo, porque pretende que a filiação da criança que venha a nascer – e, conseqüentemente, também as correspondentes responsabilidades parentais a assumir – seja estabelecida em relação à parte contratante, isto é, aos beneficiários a que se reporta o artigo 8.º da LPMA, e não a si própria. Pela sua própria razão de ser, a gestação de substituição não visa concretizar um projeto parental próprio da gestante, mas sim dos beneficiários. É esta escolha da gestante – não ser mãe da criança que vier a dar à luz – que, correspondendo ainda a uma forma de liberdade negativa de constituir família e de ter filhos, pode ser perspectivada, tal como refere a lei, como uma renúncia (antecipada) “aos poderes e deveres próprios da maternidade”.

Na Itália, os dois julgados que envolveram o tema da barriga de aluguel por substituição tiveram soluções díspares no que tange a quem reconhecer como mãe.

Um dos casos envolvia um pedido de implantação de embrião congelado a partir do material genético de um casal em uma amiga antes da operação de retirada do útero da esposa. Foi discutido pelo Tribunal de Roma²⁷ em 17 de fevereiro de 2000 (Famiglia e Diritto, 2000:151-155), isto é, antes do advento da Lei n.º 40/2004.

A discussão surgiu porque sobreveio uma norma no Código deontológico que proibia a referida prática para o médico, que, por isso, se recusou a cumprir o contrato.

Para salvaguardar o embrião criopreservado, o julgador que analisou o caso – Dr. Schettini – reconheceu a validade tanto do contrato de barriga de aluguel quanto da prestação de serviços médicos entre uma mulher infértil e o médico.

Entendeu o julgador que a “doação” de útero, respeitadas as condições de saúde da mãe de substituição, não implica a diminuição permanente da integridade física da gestante, sendo, pois,

²⁷ Tribunal de Roma (ord.) 17 de fevereiro de 2000, em Fam. e Dir. 2000, 151, com notas de M Dogliottio & G Cassano.

difícil excluir a legitimidade da equiparação ao empréstimo de órgãos – aliás, limitado no tempo e sob controle médico – quando há previsão legal de doação de órgãos entre vivos. Ponderou que mesmo que não se possa sustentar que “gerar” seja necessário para a saúde, não se pode excluir que, em certos casos, o desejo insatisfeito de procriação possa levar a desequilíbrios psíquicos com implicações patológicas, especialmente para mulheres. Logo, a proteção ao direito à saúde e ao livre desenvolvimento da personalidade fundamentariam a validade do contrato de gestação por substituição.

O julgador italiano ponderou também que a mãe genética é parte indissociável da identidade do bebê, enquanto a mãe gestante tem uma função acessória e, como tal, intercambiável, podendo vir a ser substituída, em um futuro, por algum dispositivo tecnológico (Correio Brasiliense, 2022). Destarte, não pode ser considerada a mãe do bebê, ainda que, pelo ordenamento jurídico italiano, seja a mãe jurídica.

Argumentou, porém, que, no caso de maternidade sub-rogada, a questão “quem é a mãe?” não pode encontrar resposta em um ponto de vista científico, dado que ambas as mulheres são necessárias para o processo que leva ao parto, uma vez que têm uma conexão biológica com o nascituro.

Desse ponto de vista, compreendeu não poder ser excluído o direito da mãe de aluguel de continuar vendo o bebê e mantê-lo consigo durante qualquer hora do dia, sendo inaceitável um acordo com base no qual a mãe substituta renuncie a seu filho.

Assim, compreendendo que pode o juiz ultrapassar o estatuto familiar originário quando a família não represente mais um lugar privilegiado para o desenvolvimento da personalidade do nascituro, permitiu a implantação do embrião na gestante por substituição²⁸.

Já o mesmo Tribunal de Roma em 1992²⁹, instado a se manifestar sobre um contrato de barriga de aluguel oneroso, recusou exigibilidade ao cumprimento da prestação, ao ressarcimento do dano e considerou ser mãe a gestante, por ser nula a negociação envolvendo a filiação do bebê formado a partir do sêmen da esposa contratante. Permitiu, por fim, que o comitente – pai biológico – reconhecesse o filho natural, assim como a mãe por substituição; enquanto para a comitente aspirante à mãe, esposa do pai biológico, ou para o marido da mãe em comissão, destacou a possibilidade de adoção particular.

Prosperi (2002:132-133, 136, 142) defende que, na gestação por substituição, o critério do parto³⁰ não pode ser utilizado para determinar a maternidade. O embrião, não sendo uma coisa, mas vida *in atto* e filho *in potenza* – ao qual o ordenamento jurídico reconhece proteção, ainda que

²⁸ 1 Cass., 11 novembre 2014, n.º 24001, em Foro It., 2014, 3408, con nota di G. Casaburi, “Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata.”

²⁹ Trib. Min. Roma, Decreto 31/03/1992 – Famiglia e Diritto n. 2 (2000:156-177): nesse caso, um casal celebrou contrato de substituição gestacional com uma argelina que, após o nascimento da criança, se recusou a entregar a criança e a manteve em estado de abandono afetivo, desnutrição e falta de cuidados de higiene. Apesar do pedido de execução coercitiva da obrigação assumida pela mulher que foi contratada para efeitos de procriação, o tribunal entendeu que não houve uma obrigação contratual, mas ato de vontade não exigível, e que, ainda que fosse submetido ao esquema contratual, seria nulo, pelo que os comitentes não poderiam solicitar o cumprimento do contrato nem a restituição do adiantamento pago, sequer como indenização pela maternidade de substituição. Considerou os deveres dos pais de sangue insubstituíveis e, por isso, não admitiu serem pais os comitentes, visto que não tinham vínculo genético com a criança. Negou haver um direito particular à procriação garantido na Constituição, haja vista que é direito do menor crescer em família constituída pelos pais consanguíneos, a identificá-los, a ter uma proteção legal de igual direito que os demais irmãos e a só ter os pais biológicos substituídos por outros em caso de necessidade objetiva ou inadequação.

³⁰ Para Trabucchi A e Cian G (2022:269 – tradução livre) a regra segundo a qual é mãe aquela que deu à luz – artigo 269.º, 3, do Código Civil italiano – não constitui princípio fundamental de ordem constitucional de forma que, sendo válida uma certidão de nascimento estrangeira da qual resulte uma criança nascida de um projeto parental realizado por um casal feminino homossexual no exterior, é possível reconhecer ser o bebê filho de duas mães (a que tenha dado à luz e a outra que tenha dado o óvulo). Frisa-se que, em respeito ao direito fundamental e geral à liberdade da pessoa de se autodeterminar e de formar uma família em condições não discriminatórias, não há um dever de o casal acolher a forma de filiação que se reconhece aos heterossexuais. (16/19599).

limitada –, tem necessariamente um pai e uma mãe que precede a sua implantação no útero da gestante e, por isso, não seria possível modificar tal realidade, fazendo cessar um *stato familiare*, criando um diverso do qual poderiam decorrer problemas posteriores de incesto. Para ele, os princípios cardeais que o ordenamento jurídico põe na base das relações de filiação – isto é, a responsabilidade quanto à filiação e o direito aos dados biológicos de derivação genética – determinam só ser possível considerar progenitor a pessoa que gerou uma nova vida fornecendo seu próprio material genético. Tanto que a criança tem direito de conhecer a identidade de seus pais biológicos.

Para Prospero (2002:142), se mãe fosse a gestante, o contrato seria nulo, por ilicitude do objeto, porque implicaria necessariamente a renúncia do filho pela mãe substituta, o que é impossível, uma vez que o “*status*” relacionado à maternidade é indisponível (Prospero, 2002:133). Além disso, o mesmo autor refuta a ideia de se agregar ao critério do parto uma nova mãe àquela genética – porque, além de não ser a mãe escolhida no contrato, o modelo de família natural e culturalmente aceita no ordenamento jurídico é baseado em uma unidade da figura paterna e materna.

Prospero (2002:142), diz-se ciente de que seu entendimento é normalmente rejeitado pela doutrina, a qual o considera em contradição com o artigo 232.º do Código Civil italiano (que fixa a presunção de concepção no matrimônio em relação ao nascimento do filho) e, sobretudo, com a regra do artigo 269.º, 3, C.C., segundo a qual a maternidade advém da comprovação da identidade daquele que se diz filho e daquele que nasceu da mulher que se supõe mãe. Explica que a contradição é apenas aparente, gerada por um mal-entendido de se querer estender regras e princípios formulados a partir do pressuposto da unicidade da função materna, típica do processo de procriação desencadeado por uma relação sexual normal, à hipótese inteiramente diversa na qual

a função procriadora é dividida entre duas mulheres diversas: uma doadora do óvulo fecundado e a outra responsável pela gestação e parto. Segundo o autor (Prosperi, 2002), o erro de premissa poderia ser corrigido fazendo-se uma interpretação diferente do artigo 269.º, 3, do Código Civil italiano, o qual considera que a hipótese do início da gravidez de forma puramente natural pressuposta pela lei já não é a única possibilidade de se gerar uma criança.

Em nosso sentir, as ponderações de Prosperi só seriam refutáveis se a opção da lei tivesse em consideração: 1) ser o embrião coisa circulável; 2) ser a maternidade determinada pelo simples gestar, independentemente de quem dá o material genético; 3) ser o estatuto da maternidade indisponível para a gestante. Neste contexto, renunciar ou desejar a maternidade são fatores que não teriam impacto para se definir quem é mãe. Querendo ou não o bebê, a gestação tornaria a gestante por substituição mãe do nascituro.

Contraopondo-se a essa ideia, poderia se afirmar que, como a gestação não existe sem a participação genética da comitente, haveria, na barriga de aluguel, uma coprodução da vida e, por conseguinte, uma bimaternidade no sentido de existirem duas transmissoras das condições essenciais para formação da vida: o material e o ambiente.

Se é assim, na gestação por substituição, não haveria de se falar em renúncia translativa da maternidade da gestante por força do contrato para a comitente; nem o fato de ela se arrepende poderia torná-la mãe com exclusividade.

Se, porém, a maternidade não se fixa pelo gestar, sendo o útero apenas o ambiente propício para propulsão da vida, passível de ser substituído por úteros artificiais no futuro, e se a maternidade requer mais do que o material genético e a disposição do corpo da gestante para

gestação, isto é, se pressupõe também o desejo³¹ da gestante pela maternidade, não se poderia afirmar que a gestante por substituição seja mãe do bebê que inicialmente não deseja e apenas se propõe a gestar³².

³¹Guizzardi (2021:119-142) cita que, em 2011, o primeiro caso de barriga de aluguel gestacional (e intrafamiliar) foi debatido na Corte Superior de New Jersey: a causa “A.G.R. v. D.R.H. & S.H.”, também conhecida como “Robinson v. Hollingsworth”. Donald Robinson e o marido Sean Hollingsworth solicitaram à irmã do primeiro que recebesse óvulo anônimo e o esperma do marido para gestar um filho para o casal. Após dar à luz a gêmeas, Angela Robinson mudou de ideia e decidiu ser mãe das crianças. O primeiro julgamento considerou irrelevante a ligação genética e reconheceu a Angela o direito de ser a mãe legal, assim como ao pai biológico, ficando David sem qualquer direito. Em segundo grau, foi reconhecido que a custódia deveria ser unicamente do pai. Segundo a estudiosa Dana (2011), citada por Guizzardi (2021), o caso é muito útil para estabelecer um princípio normativo que deve ser refletido na jurisprudência, qual seja: o teste do puro dolo para determinar a intencionalidade de todas as partes no momento da conclusão do contrato de barriga de aluguel (Dana 2011: 357 - tradução minha). Explica o autor que, para Dana, essa prova de intencionalidade original deve ser estendida a todos os casos de barriga de aluguel em que o dador não tem vínculo genético com a criança, pois tal princípio protegerá a parte que empenha força e dinheiro pelo desejo de ser genitor, já que se não fosse “por aquele esforço”, a criança não existiria [2011: 357, tradução minha]. Para a autora, a regra da intenção genitorial originária é uma regra que trata todas as partes – “sem distinção de gênero, de estado civil e de orientação sexual – igualmente” (Dana: 2011:374-4 - tradução minha).

³²Sobre a discussão envolvendo a importância da vontade, gestação e genética para definição da parentalidade, vide o caso da troca de embriões, especialmente o texto publicado por Ilaria Amélia Caggiano, intitulado “*Lo Scambio di Embrioni e le modalità di formazione dello status de figlio: il caso emblematico dell’ospedale Pertini (2017)*”.

Nele, a autora narra que, por conta de um erro na estrutura do hospital Sandro Pertini de Roma, houve troca de embriões e o que era para ser duas procriações homólogas realizadas através das técnicas de procriação medicamente assistida acabou por se tornar um caso de fertilização bilateral heteróloga, sendo todo o material genético do concebido estranho à parturiente e a seu marido, uma vez que derivada da genética do outro casal (casal responsável pela entrega do material genético). Ou seja, realizaram-se duas barrigas de aluguel de genéticas indesejadas, uma vez que uma mulher gestou o embrião do outro casal, sendo que uma teve êxito no desenvolvimento da gestação e a outra, não.

Surgiu então um litígio entre os casais que pretendiam assumir a responsabilidade parental dos nascituros, alegando respectivamente a paternidade genética, por um lado, e a parentalidade gestacional e presuntiva (para a grávida e o marido dela) de outro. O Tribunal de Roma manifestou-se em 20.08.2014 e 22.4.2015.

A primeira ordem definiu ser mãe a mulher que deu à luz os gêmeos e o pai o seu marido, em aplicação da presunção de paternidade.

Segundo a fundamentação do colégio, se o momento da aquisição da subjetividade jurídica é atribuído ao nascimento, determina-se o *status filiationis* desse momento e não são relevantes os “acidentes ocorridos anteriormente (como a troca).

A autora do artigo jurídico citado destaca que algumas opções interpretativas vêm sendo apresentadas para solução da definição da parentalidade em casos tais. Diz que Bugetti (2014) – em texto intitulado “*Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*” – exclui que a atribuição da maternidade baseada no parto no sistema italiano de filiação possa ser contestada pela mãe genética, uma vez que não é admissível interpretação analógica das disposições relativas em material de estatuto pessoa. Quanto à parte paterna, reconhecendo a hipótese de erro como uma espécie do gênero fecundação heteróloga, considera o pai genético como doador e pai aquele que consentiu no tratamento.

Destaca, porém, que há autores que consideram que a Lei n.º 40/2004 põe na vontade dos recorrentes à técnica da PMA a função de determinar a parentalidade e a condição de filho. Parcialmente diferente, mas com os mesmos resultados para efeitos da atribuição da parentalidade à mãe genética, é a posição daqueles que, aplicando ou não a lei da procriação medicamente assistida, consideram a parentalidade a partir do superior interesse do menor. Finalmente, afirma que foram apresentadas propostas para resolver o caso, reconhecendo a maternidade tanto para a mulher que deu à luz quanto para a que deu o material genético.

Para a autora, devem ser considerados pais os donos do material genético, já que o artigo 269.º, n.º 3 do Código Civil italiano é estabelecido para a prova da filiação fora do casamento quando o reconhecimento não tenha ocorrido ou

Como já demonstrado, o histórico legislativo e jurisprudencial acerca da Lei n.º 32/2006 demonstra que a Lei n.º 25/2016, ao alterá-la, escolhendo prestigiar a vontade da gestante de não ser mãe na barriga de aluguel, fez também com que a gestação perdesse o seu caráter de elemento definidor da maternidade, o que foi mantido na Lei n.º 90/2021 (Portugal, 2021).

Percebe-se então que o critério do parto para definir a maternidade (Portugal, 2021) foi trocado pelo critério genético/intencional dos contratantes associado ao não arrependimento da gestante. Ou seja, para serem pais, exige-se que os comitentes não só desejem a parentalidade como ao menos um deles entregue material genético próprio para formação do embrião e, também, que a gestante não se arrependa.

Então, o arrependimento da renúncia que a lei exige para atribuir a maternidade à gestante é porque a Lei n.º 90/2021 teria considerado que a gestante, na verdade, sempre foi mãe ou teríamos que interpretar que o arrependimento que a Lei n.º 90/2021 autoriza à gestante é um mecanismo introduzido no contrato para afastar o risco de a gestante querer tornar-se mãe afetiva?

A primeira dificuldade interpretativa que a Lei n.º 90/2021 traz é que uma leitura precipitada do artigo 8.º, n.º 9, poderia induzir à conclusão de que a contratada é considerada a mãe, somente não o sendo em definitivo em caso de confirmação da renúncia à maternidade, de forma que se ela se arrepende dessa renúncia que fez ao contratar a barriga de aluguel, a maternidade lhe é assegurada.

Sucedo que, para tê-la como mãe desde a origem, a gestação em si importaria para definição da maternidade. Sendo assim, mesmo não a desejando, a gestante teria que ser enquadrada como mãe, não podendo a renúncia da maternidade ser considerada eficaz³³. Nessa linha de raciocínio,

tenha deixado de existir, mas também autoriza expressamente que a maternidade possa ser provada por qualquer meio (artigo 269.º, n.º 2, do CC).

³³ Bozzi (2008:10-11 – tradução livre) afirma que a jurisprudência alemã negou a eficácia da renúncia à ação estatal de negação à paternidade exercida após ter dado seu consentimento à fecundação heteróloga. Diz que a renúncia de

não faria sentido a lei atribuir a parentalidade aos comitentes, sob condição resolutiva. Se fosse o caso, poderia se cogitar de estabelecer essa parentalidade sob condição suspensiva, isto é, para a hipótese de, após o nascimento, a gestante resolver doar o bebê – como é a lógica da barriga de aluguel na Inglaterra.

A questão se complica porque ao se afirmar que a gestante se torna mãe pelo arrependimento da renúncia que fez à maternidade, na realidade a situação de saúde dos comitentes e a finalidade da lei de auxiliá-lo a alçar à filiação biológica nunca importou de verdade.

Reitere-se: se a Lei n.º 90/2021 estabelece que é a vontade associada à entrega do material genético o critério que define a maternidade; ao contratar a barriga de aluguel, a gestante não está renunciando à maternidade que não quer e na qual não tem relação genética com embrião. Não se pode dizer que há uma renúncia a uma maternidade em potencial e eventual, isto é, aquela que advirá da gestação se a gestante passar a desejar o bebê, porque não se renuncia a um direito que não se tem ou que ainda não adentrou em sua esfera patrimonial imaterial. Há que se considerar que a gestante só engravida porque um embrião lhe é entregue, o qual tem mãe e/ou pai prévios genéticos, que não desejam doá-lo, mas tê-lo como filho.

Os ensinamentos de Bozzi embasam tal entendimento. A autora (2008:8-9 – tradução livre) ensina que para que a renúncia pudesse ser considerada um direito potestativo seria necessário reconhecer que, quem o exerce o faz com o poder de modificar, por ato unilateral a esfera jurídica de outro sujeito, o qual estaria em situação de sujeição. Porém, para que haja direito potestativo, é necessária a existência de um acordo prévio ou de uma situação particular que permita a alguém

direitos indisponíveis deve ser considerada ineficaz e abusiva. A jurisprudência italiana, em um caso análogo, sem qualificar explicitamente o consentimento à fertilização heterológica como uma renúncia tácita à ação de repúdio (mas não excluindo, no entanto, a sua qualificação implícita nesses termos) negava essa ação porque subtrairia uma escolha já expressa, colocando-se em contraste com os princípios de boa-fé e justiça, e porque privaria a criança de uma das duas figuras parentais.

modificar a esfera jurídica de outro com ato unilateral próprio, que deve permitir esse exercício, ou seja, não pode, de forma alguma, impedir ou dificultar a produção de seus efeitos: – está em estado de sujeição.

Já quem é, por qualquer motivo, titular de um determinado direito pode (salvo alguns casos particulares) dele dispor legitimamente e, desse modo, em sentido negativo, renunciar a isso. Especificamente, no que diz respeito aos direitos da personalidade, argumenta Bozzi (2008:11) ser possível fazer uma distinção conforme o ato de disposição diga respeito ao núcleo essencial do direito (absolutamente indisponível) ou a aspectos que permitam sua eventual exploração econômica como é o caso do nome e imagem (disponíveis e renunciáveis).

Para clarificar a diferença da renúncia em relação ao direito potestativa a autora cita a situação de alguém que renúncia à herança ou a quaisquer direitos reais. O renunciante priva-se unilateralmente do seu direito, mas essa atividade se esgota em sua própria esfera jurídica e não afeta, ao menos diretamente, a situação dos demais sujeitos, modificando-a – como, ao contrário, ocorre no direito potestativo. O sujeito “passivo” não pode impedir o exercício do direito de renúncia não porque esteja em estado de sujeição, mas porque não tem interesse, em sentido próprio, de obstaculizá-lo, uma vez que o ato de renúncia não opera diretamente qualquer mudança em sua esfera jurídica.

Em nota de rodapé, a autora (Bozzi, 2008 – tradução livre) cita Vacca (1915:9-13 - com o título da obra: “*Delle rinunzie secondo il código italiano*”, II ed. Turim), para a qual a renúncia pode ser:

uma forma de exercer um direito, que já entrou irrevogavelmente em nosso patrimônio [...] A faculdade de renúncia pode, em segundo lugar, surgir (tal como a faculdade de adquirir ou não um direito [...]). Tal é o direito de aceitar ou renunciar a uma herança, um

legado. A faculdade de renúncia é, neste caso, baseada no princípio do convite '*invito bene no datur*'.

Portanto, a renúncia seria, para a autora, uma faculdade de disposição, que constitui, juntamente com o de gozo, o “conteúdo” do direito de propriedade.

Por fim, acrescenta Bozzi (2008:11) que os direitos renunciáveis coincidem, substancialmente, com aqueles direitos disponíveis e, assim, são irrenunciáveis, inclusive contratualmente, por indisponibilidade – “*le potestá, gli status, i diritti della personalità*”.

Pela lógica da Lei n.º 90/2021 a maternidade em potencial a que a gestante renuncia não deriva da gestação em si, mas da mudança de sua vontade ou seu afeto pelo bebê – se isso ocorrer. Logo, não se pode dizer de forma linear que a consequência do arrependimento da renúncia seja a retomada da maternidade pela gestante, mas, na verdade, a sua constituição.

E, neste contexto, também é discutível a possibilidade de renúncia a um direito futuro, quanto mais se é ele dependente de uma configuração pautada no desejo que vier ou não a se configurar.

À luz da finalidade da lei, sendo inconciliáveis o critério da vontade/renúncia e a gestação, é preciso dar outra compreensão para a natureza da renúncia exigida da gestante para celebração do contrato e, assim, para as consequências do arrependimento que se lhe faculta.

Há que se chegar à conclusão que como a Lei n.º 90/2021 admite que o desejo negativo da gestante sub-rogue o critério da gestação, considera que ela não é importante e, portanto, ela não seria mãe desde a origem. O que justifica a maternidade, sob o ângulo da lei, é, pois, o advento do afeto, leia-se: desejo positivo superveniente, e não o trabalho ou o mero gestar. Na verdade, se trabalho houve e isso leva à apropriação do embrião, como apregoa a Teoria do Lockean Labor,

com ou sem desejo, a gestante deveria ser considerada mãe, importando para a definição da maternidade a gestação, não o desejo.

Desse modo, a renúncia da gestante à maternidade ao contratar não é evidência de que a maternidade era titularizada pela gestante antes mesmo de receber o embrião dos comitentes e só tenha deixado de ser em função da renúncia, sendo, por isso, o arrependimento, o mecanismo da gestante retomá-la. Tal entendimento ignoraria a “apropriação do embrião” e a parentalidade prévia da comitente que dá o material genético. Afinal, negar que o embrião³⁴, juridicamente, já é uma pessoa obviamente não significa que, como pessoa em potencial ou em formação, não tenha qualquer valor para a ordem jurídica.

Nessa linha de raciocínio, se a renúncia à maternidade que a gestante manifesta ao contratar contratual é válida e eficaz – como compreende o Tribunal Constitucional português –, ela não é propriamente uma renúncia a um direito integrante de seu patrimônio imaterial (maternidade de embrião alheio, doravante maternidade imprópria). Seria, aplicando os ensinamentos de Bozzi (2008), um poder potestativo que a Lei n.º 90/2021 atribui à gestante para tornar-se mãe. Por afetar

³⁴ Prosperi (2002:130 – tradução livre) afirma que a fecundação do óvulo marca o início de uma nova vida, o que certamente constitui um valor primordial para o ordenamento jurídico, mesmo para quem não acredita que o embrião já seja uma pessoa, mas ainda mais quando se convence do oposto. Diz ainda (Prosperi, 2002:134) que, à luz dessa consideração, o embrião não pode ser considerado uma mera *res nullius* ou uma mera parte destacada do corpo humano que pode ser livremente utilizada. Mesmo que se acreditasse – como o autor destaca não acreditar – que o embrião deva ser colocado no âmbito da categoria das coisas, tratar-se-ia de uma coisa totalmente peculiar, tendo em si o potencial de se tornar uma pessoa. Logo, reduzi-lo ao mesmo nível de qualquer coisa capaz de constituir propriedade prejudicaria gravemente a dignidade da pessoa. Além disso, se o corpo humano não pode ser remetido à disciplina comum das coisas depois que a pessoa não mais existe, seria inadmissível atribuir a extensão de tal disciplina ao embrião, que embora se admita ainda não ser pessoa, está potencialmente orientado a tornar-se. Para o autor, ainda que se considere o embrião uma coisa, é preciso que se reconheça que, constituindo a primeira fase do processo gerativo da pessoa, não poderia deixar de gozar da mesma consideração atribuída a própria pessoa, sendo a dignidade inerente ao ser humano um valor necessariamente indissociável, que por isso investe todos os elementos e todas as fases pelas quais se desenrola a sua experiência de vida. Isso deveria levar, pelo menos, a excluir que o embrião possa ser considerado uma coisa de que os particulares têm livre disposição, sendo algo *extra commercium*. Como conclusão, para Prosperi, isso deveria ensejar a negação de validade ao contrato de maternidade de substituição.

34 Constituição portuguesa, artigo 36º, 5: “Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos”.

por consequência a parentalidade dos comitentes, a opção legislativa é criticável já que os comitentes não estão em posição de sujeição nem de acordo com a perda da filiação.

Nessa lógica, a discussão do arrependimento pode ser redirecionada para o problema do afeto – como será exposto nos próximos capítulos.

5 - QUEM DEVE SER MÃE NA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO?

Como exposto no capítulo anterior, a Lei n.º 90/2021 definiu que não serão pais os dadores de sêmen ou ovócito nem a gestante que assim não deseja ser, ao menos até que se arrependa (Portugal, 2021). Nessa incerteza sobre qual será a decisão final da gestante, pode-se afirmar que definiu serem pais os contratantes, sob condição resolutiva.

Portanto, o critério eleito pela Lei n.º 90/2021 para definir a maternidade foi o genético/volitivo, com prioridade para gestante, tanto é assim que a gestante precisa do arrependimento para ser considerada mãe (Portugal, 2021). Logo, a gestante não é mãe no momento da celebração do contrato e, enquanto estiver gestando. Será mãe se desejar. Também não é mãe pelo critério do parto; só será mãe se, além do parto, vier a se arrepender.

Sucede que, ao dar esse poder à gestante, a lei permite que as vontades pela maternidade da gestante e da comitente possam concorrer e, vindo o conflito a se instalar, como solução, dá prioridade à escolha da gestante. Será essa a melhor opção? À qual das duas mulheres deve ser atribuída a maternidade?

Se o vínculo gestacional no momento da celebração do acordo não foi considerado importante na Lei n.º 90/2021, por que o afeto/desejo desenvolvido pela gestante durante a gravidez seria mais importante que o da contratante que nunca deixou de desejar a parentalidade? Teria o critério do parto influenciado o legislador como critério subsidiário para a solução do problema?

Repare que quando o parto foi eleito como critério definidor da maternidade no Código Civil português, a escolha fazia sentido, pois, à época em que havia sido elaborado, não existia a possibilidade de o parto não revelar o vínculo genético. Logo, sendo ele indiciário da parentalidade

sanguínea, o critério era coerente com o “biologismo”³⁵, isto é, com a exigência de o parentesco decorrer de ao menos um tronco comum³⁶.

Todavia, com o avanço tecnológico, passou a ser possível separar a mãe gestacional da mãe genética. O critério do parto deixou, então, de revelar a herança genética³⁷. Caso se entenda que o parto seria o critério subsidiário para definição da maternidade, ele deveria ser aplicável tanto à hipótese de desistência do contrato pela gestante, como dos contratantes que dele desistirem, o que, porém, não se confirma na Lei n.º 90 /2021 (Portugal, 2021).

De fato, se os contratantes desistem do contrato ou morrem e, após o parto, a gestante não se arrepende da renúncia à maternidade, ela não passa automaticamente a ser mãe da criança que nasceu porque foi por ela parida.

Ora, se o parto é uma premissa que existe tanto quando a gestante se arrepende como quando não se arrepende, a consequência de ser mãe também deveria ser igual em um ou noutro caso, isto é, querendo ou não a gestante por substituição ser mãe do bebê deveria ser aplicada a **presunção** do parto. Contudo, não foi isso que a lei fez. Na hipótese de desistência do contrato pelos pais intencionais, apesar de parir, a gestante não será mãe do bebê que gestou, salvo se se

³⁵ O parentesco, segundo o artigo 1578.º do Código Civil, constitui-se no “vínculo que une duas pessoas, em consequência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um progenitor comum”. Em relação à afinidade, o artigo 1584.º do Código Civil a defini como sendo “o vínculo que liga cada um dos cônjuges aos parentes do outro.”.

No que concerne à adoção, o artigo 1586.º do Código Civil a defini como “o vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços do sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas nos termos dos artigos 1973.º e seguintes”

³⁶ Em face do art. 1576.º CCiv, pode entender-se que, além das que foram mencionadas, não haja outras relações familiares que como tais devam ser consideradas para a generalidade dos efeitos no direito português. Sendo relações familiares as referidas naquele preceito legal, pode dizer-se que a família abrange todas as pessoas ligadas por essas relações. À família de uma pessoa pertencem, pois, não só o seu cônjuge como ainda os seus parentes, afins, adotantes e adotados: este conceito assim tão lato é que corresponde à noção jurídica de família (Coelho & Oliveira, 2016:34). No mesmo sentido, Falcão; Serra; & Tomás (2016:21).

³⁷ Nesse sentido, também Prospero (2002:143 – tradução livre), enuncia que a prova do parto teria um valor presuntivo, certamente útil para apurar com segurança a maternidade na grande generalidade dos casos, mas não preclusiva da demonstração de uma realidade genética diferente da gravidez.

arrependido. Logo, se não se arrepende nem os pais desejam mais o projeto parental, o bebê teria que ser entregue para adoção.

Assim, se a gestante fosse a mãe pela gestação/parto, ela o seria independentemente de desejar ou não o bebê, o que demonstra que o cerne da questão não é a gestação, mas o desejo.

De outro lado, é possível afirmar que o legislador, ao combinar os critérios genético e volitivo para a fixação da parentalidade na gestação por substituição, buscou auxiliar os que sofrem de infertilidade biológica ou social a terem acesso à filiação biológica.

Ocorre que é inviável manter a congruência do modelo idealizado de gestação por substituição com o fim da lei sem fazer o critério genético+desejo despontar como sendo o mais adequado para solucionar o conflito de concorrência de maternidades quando a contratante também é a dadora do óvulo, pois nem vontade, nem afeto, nem decisão judicial se sustentam isoladamente enquanto critérios definidores da maternidade.

Embora não se desconsidere a importância do desejo para fixação da maternidade, importa lembrar que o desejo não é um critério absoluto que possa defini-la ou excluí-la. Cite-se, como exemplo, o estupro com fecundação: mesmo sendo uma filiação indesejada, há maternidade. Significa que, havendo vínculo genético, o **desejo negativo** não afasta a maternidade natural.

De outro lado, também o **desejo positivo** pela maternidade, por si só, não a impõe. Alguém pode desejar muito uma criança, querer adotá-la e, mesmo assim, não ser habilitado a uma adoção. Faz-se imprescindível a aprovação estatal, podendo o afeto nascer ou não da convivência com a criança, não sendo, por isso, elemento seguro para definição da maternidade.

Aliás, o **afeto**, isoladamente considerado, não é fator definidor da maternidade. Uma avó ou uma babá pode amar/cuidar de um bebê, mas ninguém olvida que dele não é mãe. A pretendente

à adoção pode desejar profundamente a maternidade, mas não será mãe enquanto o Estado não a promover à condição de adotante e, por conseguinte, ao estado de “mãe”.

De outro lado, o apadrinhamento previsto no ordenamento jurídico português permite que se dê ao padrinho alguns poderes parentais, mas o/a padrinho/madrinha não será pai ou mãe, tenha ou não afeto.

Dos exemplos citados, depreende-se que o vínculo genético desponta como critério marcante para a definição da maternidade, até porque é intrínseca à ideia da filiação natural a existência da transmissão genética.

No ordenamento jurídico português, o Código Civil definiu o parentesco pelos laços de sangue, tanto é assim que o artigo 1586.º a distingue da adoção, dizendo que ele “é o vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços do sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas nos termos dos artigos 1973.º e seguintes”.

Ou seja, entendendo-se que a maternidade não é determinada apenas pela conjugação do material genético dos comitentes dadores do material genético com o corpo da gestante e que, para sua definição, existe um aspecto psicológico (qual seja, a mulher querer “adotar a gestação” e não ser mero instrumento dela), poderia se afirmar que a gestante por substituição não é mãe nem está limitando a maternidade a respeito do bebê encomendado. **Primeiro**, porque não quer ser mãe. **Segundo**, porque não pode simplesmente ser considerada a “primeira mãe”, visto que só engravida após receber o embrião de uma mãe genética que lhe é anterior. **Terceiro**, porque a gestante não está a transmitir herança genética para o bebê. **Quarto**, porque afirmar ser a gestante a “primeira mãe”, a qual apenas não o é pela renúncia que fez ao celebrar o acordo de barriga de aluguel, seria admitir a circulação e a apropriação do material genético à revelia da dignidade do embrião, da parentalidade genética, do desejo dos “proprietários” em ter o bebê e do escopo terapêutico da

autorização constitucional. **Quinto**, porque a gestante não está se limitando para o exercício da maternidade, já que não vê nessa gravidez vínculo com o ser que gesta e não está impedida de adotar mesmo durante a gestação para outrem. **Sexto**, porque, seja pelo vínculo genético ou pelo compromisso realizado, o embrião que recebe para gestar não está *disponível* para gestante pretender torná-lo seu.

É importante ter em pauta que a legislação portuguesa, no geral, exige, para a destituição da parentalidade, os pais biológicos não mais desejarem a parentalidade ou terem praticado atos graves que justifiquem a medida extrema. Tanto isso é verdade que, para a adoção se estabelecer, é necessário colher o consentimento dos pais biológicos.

Nessa lógica, não poderia à gestante ser atribuída a maternidade do bebê que gesta pelo mero arrependimento da renúncia que fez ao celebrar o contrato se os comitentes continuam desejando o bebê e nenhum ato grave praticaram.

A ideia de ser necessário proteger o afeto que a gestante desenvolve pelo bebê durante a gravidez é o que faz o legislador português inverter os sinais para atribuir maternidade à gestante em caso de arrependimento da renúncia à maternidade e acabar reduzindo os comitentes a meros dadores de material genético. Portanto, não é a gestação em si que importa para lei, mas o afeto que dela advém.

Em caso de concurso positivo de desejo pela maternidade, porém, não deveria haver maternidade constituída por mera mudança de vontade da gestante em detrimento do contrato privado celebrado, no qual os contratantes revelaram vontade precedente pela parentalidade, contribuíram com material biológico próprio (ao menos um deles) e, em nenhum momento, deixaram de desejar a parentalidade do bebê. Além disso, se a gestante pode ser afeiçoar ao bebê durante a gestação, os contratantes certamente também o podem.

Entretanto, à luz do entendimento do Tribunal Constitucional português, a ideia de extrair maternidade em favor da gestante pelo arrependimento da renúncia advém da preocupação com a ausência de “consentimento atual” em um contexto em que se dá relevo ao favor do ato de engravidar para os comitentes, pelo que, nos próximos capítulos, debater-se-á se o arrependimento que a Lei n.º 90/2021 faculta à gestante pode exonerá-la de qualquer consequência ressarcitória pelos danos que cause ao abandonar o projeto parental dos comitentes.

Ou seja, dada a importância dos bens jurídicos envolvidos na gestação por substituição, assume importância central compreender em que condições e em presença de que pressupostos a gestante é ou deve ser considerada vinculada ao acordo que faz com os contratantes e perceber se ante a impossibilidade da entrega do bebê, faz-se possível a sua responsabilização, discriminando as hipóteses de dano ressarcíveis.

Dessa maneira, para enquadrar o problema da vinculação da gestante ao decidir gestar para os contratantes, primeiro se apresentará o entendimento do Tribunal Constitucional português sobre a matéria, para então confrontar se a estrutura que a Lei n.º 90/2021 deu à gestação por substituição é congruente com a Constituição e o Código Civil português e se a lacuna que deixou quanto às consequências do arrependimento pode ser colmatada com o entendimento manifesto nos acórdãos n.º 225/2018 e n.º 465/2019.

6 - OS ACÓRDÃOS N.º 225/2018 E N.º 465/2019 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E SEUS REFLEXOS PARA A LEI N.º 90/2021

Entendendo-se o contrato como um acordo privado finalizado por troca e cooperação, o ordenamento é chamado a efetuar uma dúlice escolha: decidir se o considera vinculante e, em caso de resposta positiva, se considera somente ressarcível o dano decorrente do inadimplemento ou também se há a possibilidade de a execução na forma específica.

Nos julgamentos dos acórdãos n.º 225/2018 e n.º 465/2019, o Tribunal Constitucional português compreendeu que a barriga de aluguel tem natureza jurídica de contrato e, para ser eficaz, a gestante tem necessariamente que querer que a criança trazida no seu ventre durante a gravidez (e que depois fará nascer) não seja sua filha, mas antes dos beneficiários.

Especificamente no acórdão n.º 465/2018, registrou-se ser inconstitucional a limitação à revogabilidade do consentimento da gestante estabelecida em consequência das remissões dos artigos 8.º, n.º 8, e 14.º, n.º 5, da LPMA para o n.º 4 deste último, por restringir excessivamente o direito da gestante ao desenvolvimento da personalidade, interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, e o seu direito de constituir família, estendendo-se tal juízo consequencialmente, e pelas mesmas razões, à norma do n.º 7 do artigo 8.º daquela Lei, segundo a qual a criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é *sempre* tida como filha dos respetivos beneficiários. Afirmou-se ser uma condição necessária da salvaguarda do direito ao desenvolvimento da gestante de constituir família revogar o consentimento prestado de forma a ter lugar o critério geral de filiação previsto no Código Civil.

Em contrapartida, o TC não considerou inconstitucional a decisão da contratada de dispor de seu corpo em favor de outrem, renunciando *ex ante*³⁸ à maternidade, pois retira benefícios para a sua personalidade quando auxilia no projeto parental dos beneficiários, como a elevação de seus próprios padrões éticos e morais. Assim, não haveria degradação no papel que assume.

Entretanto, devido ao fato de a gestação ser um processo complexo no qual não é possível à gestante antecipar e prever o que vai ocorrer nas várias fases subsequentes, o relator e Conselheiro Manchete entende que “pode duvidar-se da existência de um consentimento suficientemente informado e, como tal, adotado com plena consciência de todas as possíveis consequências”.

Nesse contexto, a gestante ser confrontada com uma obrigação que não mais deseja, cujo cumprimento constitua, para si, uma violência, converteria o que foi concebido como ato de solidariedade ativa numa instrumentalização atentatória da sua dignidade pessoal. Nessa linha de raciocínio, a gestante poderia se opor à execução do contrato de gestação de substituição, pois uma eventual execução forçada ou uma penalização pecuniária pelo seu incumprimento “devem ser consideradas, como uma afetação não realmente consentida da sua personalidade”.

Além disso, no que se refere ao desejo superveniente da gestante pelo aborto, o relator afirma que a remissão que a Lei n.º 25/2016 faz ao artigo 8.º, n.º 10 da LPMA (Lei da Procriação Medicamente Assistida) é insuficiente para garantir a dignidade da gestante, posto que não permite que a escolha da gestante seja livre e plena em todos os casos que a lei penal autoriza.

Afirma ainda que tal interpretação é confirmada pelo Decreto Regulamentar n.º 6/2017, o qual, em todo o caso, ressalva a possibilidade de realização de IVG (Interrupção Involuntária da Gravidez), por opção da mulher, nas primeiras 10 (dez) semanas de gravidez (cf. o artigo 4.º, com

³⁸ Grasso (2022:183 – tradução livre) afirma que muitos intérpretes argumentam que não há opção real *a priori* para a mãe de aluguel exercer livre arbítrio e consentimento informado, o que significa que a legalidade e a aplicabilidade do contrato de barriga de aluguel são duvidosas na melhor das hipóteses.

referência à alínea “e” do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal). Para as demais situações legalmente previstas, vale a determinação de que o contrato-tipo contenha cláusulas tendo por objeto as “disposições a observar em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez em conformidade com a legislação em vigor” [v. *ibidem*, artigo 3.º, n.º 3, alínea h)].

No contrato-tipo então aprovado, aquela ressalva também se encontrava prevista, a título de “revogação do contrato”, sem prejuízo da obrigação de reembolsar o casal beneficiário das despesas realizadas. Admitiu-se também a “resolução do contrato por qualquer das partes, sem que haja lugar ao pagamento de qualquer indemnização”, em caso de IVG realizada ao abrigo das alíneas “a” ou “b” do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal: remoção ou prevenção do perigo de morte ou de grave e irreversível (ou duradoura) lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida.

Porém, no que se refere às situações previstas na alínea “c” do mesmo preceito do Código Penal (existência de “seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita”), a cláusula 9.^a estabelece que a decisão da concretização da IVG “caberá em conjunto ao casal beneficiário e à gestante”. E, se a gestante, “contra a vontade declarada do casal beneficiário”, não concretizar a IVG nessas mesmas situações, fica obrigada a indenizar os danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos pelo casal beneficiário em consequência do nascimento de uma criança naquelas condições (cf. a cláusula 10.^a).

Assim, para o relator, não poder a gestante decidir sozinha sobre o aborto ou ficar sujeita a penalizações caracteriza uma limitação à revogabilidade do seu consentimento estatuída no artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 25/2016, aplicável por força das remissões constantes dos seus artigos 8.º, n.º 8, e 14.º, n.º 5, e a anterior análise de algumas cláusulas do contrato-tipo comprovariam isso (Crescer online, 2023).

Nessa linha de entendimento do TC, todas as situações de fato em que a IVG não é punível na lei penal – isto é, opção da mulher grávida até 10 (dez) semanas, perigo à vida ou à saúde física ou psíquica da mulher grávida ou risco de o nascituro vir a sofrer de doença incurável ou malformação congênita – devem ser vistas como circunstâncias justificáveis para uma mudança de ideia da gestante de substituição quanto a levar a cabo a gestação.

Como se vê, o julgado constrói a ideia de “consentimento informado” variável, conforme sejam os impactos do desenvolvimento da gravidez para a constância da vontade da gestante.

Registre-se que o consentimento dos contratantes e da contratada se insere no plano da existência do contrato, enquanto a análise de ter sido prestado de forma informada encontra-se no plano da validade. Além disso, a capacidade psicológica da gestante é pré-requisito para a celebração da gestação por substituição, motivo pelo qual a lei lhe dá, inclusive, acompanhamento psicológico, de modo a favorecer um consentimento livre e informado.

Ninguém duvida que vivenciar a experiência seja diferente de imaginá-la. A realidade é sempre diferente das expectativas. Mas essa ideia não pode ser confundida com a incapacidade de assimilação de projeções e riscos sobre o que pode ser uma gravidez. Uma informação adequada pressupõe que a candidata entenda que ao engravidar poderá ter problemas de saúde, cansaço, desânimo etc. Assim, a candidata à gestação pode, pela projeção mental das experiências futuras que poderá ou não vivenciar, compreender se suporta ou não uma gravidez.

Se há informação adequada na origem sobre todos os riscos para saúde na utilização das técnicas de procriação medicamente assistida, bem como suas implicações éticas, sociais e jurídicas, ofertando-se, à gestante, acompanhamento psicológico, antes e durante sua execução, o contrato existe e é válido.

Apenas na hipótese de essas informações não serem comunicadas à gestante e nem as condições de assistência psicológica prestadas, o consentimento por ela prestado será considerado inválido.

Vicissitudes supervenientes da gravidez – como insatisfação com o que se imaginava ser uma gravidez, a alteração estética do corpo ou a lida com uma gravidez que se mostra complexa – não tornam as informações sobre os riscos da gravidez que foram prestadas anteriormente, de forma clara e suficiente, em informações inadequadas. É justamente porque não foram vividas que as dificuldades de uma gravidez são riscos e são apresentadas à gestante como previsões passíveis de ocorrer.

Se a contratada não conseguiu alcançar intelectualmente a dimensão dos riscos e seus reflexos, há um problema de incapacidade ou erro e, assim sendo, o contrato deve ser considerado *inválido desde a origem*, por ausência ou vício de vontade.

Todavia, se os cuidados da lei foram assegurados à gestante e ela foi aprovada pelo psicólogo que a acompanhou como tendo capacidade de gestar para outrem, há que se presumir que era apta a alcançar a compreensão das dificuldades da gestação e que se mostrou em condições físicas e psicológicas de assumir a tarefa. Portanto, as dificuldades supervenientes da gestação e seus impactos sobre o emocional da gestante não podem ser tidos pelo intérprete como comprometedores da autocompreensão da gestante quanto aos riscos do contrato celebrado.

O fato de ter ou não recebido informação adequada não pode ser analisado ao sabor da vontade superveniente da gestante. Fosse assim, poderia se afirmar que uma grávida que venha a passar dificuldades na gravidez, mas não se arrependa, foi informada; já outra, tendo recebido as mesmas informações e vindo a passar pelas mesmas vicissitudes, mas se arrependa, seja

considerada não informada. Um mesmo fundamento não pode ser invocado para duas conclusões exatamente opostas.

Logo, ou a informação foi prestada de forma clara, suficiente e objetiva e o consentimento com base nela prestado foi válido, ou a informação não foi prestada com essas características e o contrato é inválido. Em resumo, não é o arrependimento que transmuta a informação recebida em adequada ou não.

Essa conclusão é reforçada no fato de a Lei n.º 90/2021 no artigo 8º, n.º 3, entre as candidatas à gestante substituta, dar prioridade àquela que já tenha sido mãe, no intuito de atrair decisões mais maduras de participar da gestação por substituição (Portugal, 2021). A ideia é qualificar a contratada como alguém que já tenha a noção do que é uma gravidez justamente para que tenha melhores condições de avaliar se conseguirá realizar a tarefa a contento.

Logo, o mero arrependimento superveniente da gestante que a faz desistir do projeto parental não pode levar à conclusão de que o consentimento prestado foi inválido.

A questão não pode ser tratada pelo enfoque psicológico de a vontade obrigada ser diversa da vontade que obriga, pois o que justifica os efeitos da vinculação, apesar da vontade alterada, é mais do que a própria vontade livre. Para Ghestin (1980:1990), por exemplo, o fundamento da força obrigatória do contrato está na sua utilidade social e na sua conformidade à justiça contratual.

No estudo geral sobre o contrato, pondera Ribeiro (1999) que se a vontade individual for o fundamento do contrato e da sua força obrigatória, não seria possível explicar como a contratante pode continuar adstrita à conduta prometida por manifestação de uma vontade que, entretanto, se alterou (Ribeiro, 1999:63-74). Afinal, se houvéssemos de nos curvar sempre à vontade como expressão da liberdade do ser humano, não haveria como explicar alguém se manter obrigado a cumprir um compromisso que já não quer cumprir. Por isso, o autor defende que, para justificar a

vinculação, é necessária a introdução de um outro ponto de vista, alheio à autodeterminação, a saber, a segurança do tráfico e o princípio da tutela da confiança, pois se não fosse assim, admitindo-se a desvinculação unilateral,

[...] o contrato deixaria de constituir, quer a nível dos sujeitos envolvidos, quer a nível geral do tráfico jurídico-econômico, uma estrutura de consolidação e de reforço de expectativas, perdendo todos os seus préstimos como mecanismo de coordenação e de integração social (Ribeiro, 1999:63-74).

De fato, o contrato não pode estar ao alvedrio da vontade individual de qualquer um dos contratantes. Como diz Kelsen (1998:63-74), “[...] a norma fundamental da convenção não é: tu deves somente aquilo que queres – o que é a norma da autonomia pura – mas, tu deves aquilo que, não apenas tu, mas também um outro, querem”. Explica o mencionado autor que a liberdade é consideravelmente limitada, visto que não pode um dos contratantes libertar-se unilateralmente do vínculo criado com o outro só por cessar de querer, isto é, não querendo mais aquilo que quis no momento de conclusão da convenção.

Além dessas questões, de modo geral, a consequência jurídica do reconhecimento da inexistência do contrato ou de sua nulidade seria devolver as partes ao *status quo ante*. Conforme ensina Pires (2018b:59-70), mesmo no caso de nulidade contratual originária, haveria consequências no plano secundário, isto é, no dever de restituição (ou do valor equivalente) e no dever de indenização em razão do exercício do *commodum representationis*.

Nesse diapasão, se a falta de consentimento atual de que fala o relator afeta a validade do contrato, a criança, que é o próprio embrião desenvolvido, teria que ser devolvida aos pais intencionais ou, ao menos, ter a sua não entrega indenizada. Essa consequência, no entanto, é contrária ao entendimento do Tribunal Constitucional, que, para admitir como constitucional a gestação por substituição e garantir a não instrumentalização da gestante em caso de

arrependimento, permite que ela se afaste do projeto parental conjunto, ainda que isso signifique assumir a maternidade do bebê que havia prometido para outrem ou realize o aborto nas hipóteses legais cabíveis, sem penalizações.

De todo o exposto, só há duas alternativas: ou se entende que, em face das futuras circunstâncias da gestação, a gestante não tem como afirmar *ex ante* que renuncia à maternidade por uma questão de proteção à mulher e inalienabilidade do bem envolvido na negociação (embrião/parentalidade), caso em que o consentimento e o contrato são nulos desde a origem, hipótese já afastada pelo TC; ou se entende ser possível à gestante assumir os riscos das vicissitudes emocionais que poderão advir da gravidez, reconhecendo-se à gestante o direito ao arrependimento, mas, contudo, com efeitos *ex nunc* e consequências indenizatórias.

Como nenhuma das duas opções foi escolhida pelo TC, haveria alguma linha interpretativa que se adequasse ao entendimento manifestado e exonerasse a gestante de qualquer responsabilidade em caso de arrependimento da renúncia à maternidade? Seria possível enquadrar a “revogação do consentimento” de que trata o artigo 10.º da Lei n.º 90/2021³⁹ como uma condição de querer?

³⁹ Art. 10º da Lei n.º 90/2021: “No tocante à validade e eficácia do consentimento das partes é aplicável à gestação de substituição, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 14.º, com exceção do previsto no seu n.º 4 sobre o consentimento livremente revogável, sendo que nos casos de gestação de substituição o mesmo pode acontecer, por vontade da gestante, até ao registo da criança nascida” (Portugal, 2021).

7 - “CONDIÇÃO DE QUERER”?

Uma solução interpretativa possível para responder à pergunta retroformulada seria afirmar que a Lei n.º 90/2021 teria criado uma condição legal para a eficácia do contrato de gestação por substituição, a saber: a gestante não se arrepender. Essa condição legal, porém, é mais que subordinar o contrato ao “regime da condição”; é, dar ao contrato contornos de “contrato sob condição arbitrária suspensiva” (Vasconcelos, 2019:536)⁴⁰, permitindo a celebração de um contrato que, no plano da eficácia, vincularia a gestante apenas se ela não se arrependesse.

Gonçalves (1995) afirma haver, no direito português, o entendimento de que, na falta de uma norma expressa que regule referida modalidade de condição, a introdução de uma tal cláusula violaria o Código de Processo Civil, além de representar uma criação *ex voluntate* de obrigações naturais, o que seria igualmente inadmissível. Registra, no entanto, haver quem entenda que as “condições de querer” se encontram relacionadas àqueles casos em que as partes pretendem que o negócio produza efeitos a partir do momento da consolidação a uma aprovação posterior. De acordo com essa perspectiva, a primeira declaração negocial dirige-se às consequências jurídicas pretendidas, não tendo por finalidade vincular juridicamente a parte a quem se faculta a aprovação posterior.

⁴⁰ Vasconcelos (2019:611) registra que a condição potestativa arbitrária – *conditio si voluerit* – tem suscitado dúvidas na doutrina. O total e livre domínio do fato condicionante parece excluir a vinculação. Todavia, assevera que a arbitrariedade da condição potestativa não é incompatível com a vinculação jurídica, desde que seja entendida como estipulação negocial pela qual é conferida a uma das partes a faculdade de determinar unilateral e potestativamente o início ou o termo da eficácia do negócio jurídico e não como sujeição desse início de termo a um fato futuro incerto. Diz que, não obstante a sua designação tradicional, as condições potestativas arbitrárias suspensivas são melhor qualificáveis como pactos de opção ou como propostas contratuais: as condições potestativas arbitrárias resolutivas como cláusulas de resolução ou de denúncia.

Destaca o autor (Vasconcelos, 2019) que Larenz e Flume reconhecem como aceitável a condição potestativa arbitrária suspensiva, isto é, nada impede que as partes fixem de antemão o conteúdo do negócio e reserve para mais tarde a decisão de se vincularem ou não. O negócio, nesse caso, é celebrado em dois planos ou tempos: num primeiro, as partes acertam entre si o conteúdo negocial; num segundo, põem-se em vigor. Contudo, nesse caso, a vinculação só surge verdadeiramente com a manifestação da vontade posterior.

Com relação a *condicio iuris*, o mesmo autor explica não ser uma condição jurídico-negocial, funcionando antes como um requisito de eficácia do negócio, o qual tem por fonte o ordenamento jurídico, e não a vontade das partes. Destaca que a esse tipo de negócio se aplicará o regime da condição própria quando a lei, ao estabelecer a condição, não preveja um regime específico (Gonçalves, 1995:77-78).

Mesmo nessa hipótese, no entanto, os requisitos de capacidade, validade e eficácia inerentes ao negócio condicional devem estar presentes no momento da celebração, não apenas no da verificação da condição. Nessa linha de raciocínio, Gonçalves (1995:139) sublinha não poder

[...] existir invalidade superveniente ao momento em que o negócio se concluiu”. Por essa razão, mesmo se uma das partes intervenientes num negócio condicional perca a capacidade de agir durante a pendência da condição, a validade ou a eficácia do negócio não é afetada.

Panzarini (2018:186) relata que o Tribunal de Bari distinguiu o contrato de opção regido pelo artigo 1331.º do Código Civil da oferta irrevogável. Disse que o primeiro se caracteriza por ser um negócio jurídico bilateral, cuja causa consiste na assunção da obrigação de uma das partes de manter firme, pelo tempo pactuado, a oferta relativa à conclusão de um novo contrato, dando-lhe o poder de decidir sobre a celebração do contrato nesse mesmo prazo – poder contra o qual o promitente é colocado em situação de mera sujeição. Para o Tribunal, o contrato de opção tem autonomia estrutural e funcional, no sentido de que, embora permaneça vinculado ao contrato final, em relação ao qual desempenha a função de transação preparatória, não é, no entanto, absorvido pelo próprio contrato.

Sobre a formação progressiva do contrato, destaca ⁴¹ a autora (Panzarini, 2018:187) que o Tribunal Desio, em 31 de janeiro de 2004, decidiu que:

[...] o acordo alcançado sobre os elementos essenciais de um contrato não é suficiente para considerar o mesmo concluído quando as expressões utilizadas pelas partes revelam a sua vontade de simplesmente fixar os pontos relevantes do negócio sem considerar-se contratualmente vinculado.

A autora (Panzarini, 2018:25-27) ensina que, uma vez celebrado o contrato de opção, o contrato definitivo fica concluído quando a comunicação do exercício do direito de opção é recebida pela concedente. Destaca (Panzarini, 2018:191) que uma aceitação totalmente diferente do conteúdo pactuado pelas partes do contrato de opção não completaria o contrato final (e configuraria uma contraproposta, passível de ser aceita ou não pelo ofertante).

Depreende-se, pois, que, para se enquadrar como contrato de opção, os efeitos reais ou os efeitos obrigatórios do contrato definitivo precisam ser do gênero que admita a regulação dos interesses do contrato definitivo em tempo posterior ao da conclusão do contrato preliminar – o que, podemos afirmar, não acontece na barriga de aluguel (Panzarini, 2018:37).

Além disso, segundo Panzarini (2018), a doutrina e a jurisprudência estabelecem que a conduta do titular da opção que dá ao outorgante expectativa razoável no exercício da opção e depois não a aceita no prazo estabelecido violam a obrigação de regularidade na formação do contrato, nos termos do artigo 1337.º do Código Civil italiano. Para a autora (Panzarini, 2018:26) trata-se de uma fonte de responsabilidade pré-contratual, porque não se poderia impor a quem tem o poder de finalizar ou não o contrato definitivo a obrigação de concluí-lo ou de suportar indenização que ultrapassem os prejuízos que são decorrentes imediata e diretamente causados pelo

⁴¹ Com remissão a Corr. Jur. (2004:1067 e segs - com nota do CONTE).

comportamento (designadamente incorreto) do beneficiário da opção que tenha levado a crer que o contrato seria aperfeiçoado e não o fez.

No caso de Portugal, dizer que a Lei n.º 90/2021 procurou criar um contrato de barriga de aluguel com “condição de querer” daria sentido à decisão de ter atribuído aos contratantes a parentalidade *se a gestante não se arrepender da renúncia à maternidade*. Seria também compatível com o pensamento do Tribunal Constitucional de não se admitir que se imponha penalidades à gestante em caso de arrependimento.

A adequação da solução, todavia, é aparente. Além da ideia ser conflitante com a já citada doutrina de Panzarini, ao se assimilar essa hipótese para a gestação por substituição, dois problemas surgem.

O primeiro problema: no modelo conceitual originário desenhado para a barriga de aluguel, o arrependimento da renúncia à maternidade não equivale à desistência do contrato. Compreender que o contrato só iniciará a produção de efeitos se a gestante não se arrepender até o registro da criança significa mais do que permitir a retirada do efeito da renúncia à maternidade ínsita ao contrato de gestação por substituição. Implica considerar que, em caso de arrependimento da renúncia à maternidade, o próprio contrato não teria produzido efeitos até o registro da criança, o que não é possível, porque a gestante só tem o bebê por causa do contrato, por causa do material genético que lhe foi entregue e por ter cumprido em parte a obrigação assumida, qual seja, a de gestar.

Em outras palavras, é justamente porque efeitos foram produzidos que houve a formação do bebê e, por conseguinte, se poderá extrair o direito à maternidade em favor da gestante.

Repare que, para que o raciocínio fosse congruente, seria necessário que a gestante por substituição fosse mãe do bebê que gesta desde a origem, e não foi essa a opção da lei, já que, pela renúncia à maternidade, são pais os comitentes, e a gestante só será mãe se vier a se arrepender.

Como se vê, a ideia de se exigir um segundo consentimento da gestante por ocasião do registro da criança seria compatível com a gestação por substituição genética, mas não com a gestacional nos moldes propostos pela Lei n.º 90/2021. Eis que, na primeira espécie de barriga de aluguel, a gestação se desenvolve com a gestante contratada ofertando ovócito próprio; enquanto, na segunda categoria, a gestante apenas oferece o útero para o processo gestacional.

Nesse diapasão, é indiscutível que a vinculação da gestante se operou já com a celebração do contrato e que ele produziu efeitos.

Se a eficácia do contrato ficasse postergada para o momento do registro da criança e, nesse momento, a gestante optasse por não confirmar sua opção de renúncia à maternidade, não haveria como justificar que passou a ser mãe do bebê que gesta porque não haveria como explicar a apropriação do material genético que resultou na formação do bebê cuja maternidade lhe é atribuída.

O **segundo problema**: nessa lógica de contrato “sob condição de querer”, a gestação por substituição ganha uma espécie de caráter dúplice, ou seja, terá a feição que, ao final, a gestante quiser.

Nesse cenário, a gestação por substituição seria mais que um contrato “sob condição de querer”, seria um “contrato sob a discricionariedade absoluta da gestante”.

Entretanto, se contrato é negócio jurídico dirigido a produzir os efeitos desejados pelas partes, é esse escopo ou fim contratual que conforma o conteúdo da relação contratual emergente do negócio (Pinto, 2005).

Porém, se os efeitos do contrato de gestação por substituição serão os que passaram a ser desejados tão somente pela gestante, e não mais o que *foi a vontade de ambas as partes*, só haverá contrato, na acepção da teoria da vontade, se, ao final, a gestante não se arrepender.

Assim, se a gestante se arrepende, aborta ou assume para si o bebê que gesta, não teria havido contrato e os comitentes teriam tido, na realidade, mera expectativa de direito quanto a serem pais. Porém, caso a gestante não se arrependa, teria havido contrato com exigibilidade, e o bebê passaria a ser em definitivo dos comitentes.

A crítica que se faz a essa estrutura centra-se no fato de que, se a lei cria uma condição em que o resultado/cumprimento do contrato dependerá exclusivamente do querer da gestante, cria na verdade uma condição que modifica a essência do contrato, suprimindo seu objeto e sua exigibilidade.

Para Betti, citado por Geraldles (2010:189), o caráter extrínseco da condição significa que essa terá de ser compatível com a estrutura típica do negócio, ou seja, a condicionalidade não poderá influir diretamente na causa típica do negócio, devendo situar-se num plano de interesses externos a essa causa.

A condição, então, como explica Geraldles (2010:189-190), exerce função integradora de motivos, mas não penetra no complexo de interesses internos representado pelo *essentialia*. Da condição é, pois, amputada (ou não reconhecida) a possibilidade de integrar os elementos que desempenharam a função de causa principal do agir contratual, pois tal utilização provoca uma mutação causal. Assim, por essa via, é-lhe retirada importância quanto à qualificação do contrato, como tipo contratual condicionado.

De fato, não atende a melhor técnica excluir do contrato obrigações que constituam elementos essenciais definidores do tipo negocial, sob pena de descaracterizá-lo.

Note que Monteiro (1985:129) ensina serem obrigações essenciais aquelas cujo afastamento compromete decisivamente o fim contratual – frustrando-se, de partida, o escopo pretendido – e que constituam precisamente o elemento de identificação do contrato celebrado, a sua causa, ou seja, a sua função econômico-social. Não se pode, pois, através de cláusulas limitativas do objeto do contrato, excluir obrigações que sejam impostas por normas imperativas ou que decorram de exigências de ordem pública, social ou contratual. Essa proibição, segundo ainda o mesmo autor, abrange igualmente o afastamento dos deveres ligados à proteção de bens de natureza pessoal, bem como a exclusão dos deveres laterais que desempenham uma função auxiliar na realização positiva do fim contratual quando tal exclusão compromete decisivamente, o interesse contratual. Citando Mazeaud, qualifica como um verdadeiro “monstro jurídico”, por exemplo, um contrato de compra e venda em que o vendedor exclua a obrigação de transferir a propriedade da coisa vendida (Monteiro, 2007:125).

Mesmo para os casos em que as obrigações excluídas não afetam a *causa negotii*, mas obstam, de uma forma radical, à obtenção do resultado pretendido, Monteiro (2007) defende o afastamento dessas obrigações, por razões de ordem pública contratual. Exemplifica: “[...] se um transportador declarasse que enviaria a mercadoria quando lhe aprouvesse e no estado em que entendesse, esta convenção não seria mais do que, nas palavras de Carbonnier (1979), um fantasma de contrato de transporte” (Monteiro 2007:126).

Nesse mesmo sentido, se a Lei n.º 90/2021 sujeita a parentalidade dos contraentes a uma condição – a gestante não se arrepender –, o próprio escopo e a obrigação essencial do contrato, que é viabilizar filiação aos contratantes, são retirados. Passa a haver, pois, uma contradição entre o fim que se visa alcançar com o contrato e os meios predispostos para viabilizá-lo.

Com efeito, se a obrigação assumida pela gestante de gestar para outrem for equiparada à realização de uma obra, admitir o arrependimento pela gestante, atribuindo-lhe a maternidade do embrião de genética alheia, seria o mesmo que anuir que o obreiro, possa, ao se arrepender, ficar com a obra finalizada, ao invés de entregá-la aos contratantes – o que, à toda a evidência, seria a consagração da desnaturação do contrato.

Além disso, cumpre não esquecer que, se a gestação por substituição tem regime de prestação de serviço atípico, o Código Civil português determina que o regime subsidiário seja a aplicação das regras do mandato (artigo 1155.^{o42}), as quais favorecem a vontade dos contratantes, não da gestante.

De fato, é ínsito ao modelo originário idealizado do que deveria ser uma barriga de aluguel heteróloga que a gestante não seja mãe, até porque se for, o contrato não faz sentido para os comitentes. Logo, a solução de a maternidade ser fixada pela vontade final da gestante e de deixar o cumprimento do contrato subordinado à sua integral discricionariedade é um contrassenso à noção de contrato, à vontade das partes e ao próprio programa constitucional estabelecido para auxílio da constituição de família àqueles que não podem gerar de forma natural.

Por fim, se a vinculação da gestante depender de seu não arrependimento, os contratantes não deveriam ter que adiantar qualquer pagamento de despesas com pré-natal, exames etc. Afinal, só serão pais efetivamente se a gestante não se arrepender. Sucede que, ao contrário desse raciocínio, a Lei n.º 90/2021 (Portugal, 2021) demanda que os contratantes viabilizem os custos do tratamento em favor da gestante, considerando-os pais do bebê a ser gestado ao menos até que a gestante se arrependa.

⁴² Artigo 1155.º do Código Civil português: “As disposições sobre o mandato são extensivas, com as necessárias adaptações, às modalidades do contrato de prestação de serviço que a lei não regule especialmente”.

Diante do exposto, qual a natureza jurídica que poderia ser atribuir a tal acordo? Afinal, se a gestante não se arrepende, prestou serviços atípicos; mas se a gestante se arrepende, pode ficar com o resultado do serviço. Então, a natureza jurídica do contrato de barriga de aluguel seria definida “de trás para frente”, porque “o que é” o contrato dependerá “do que a gestante desejará”.

De outro lado, se o serviço não atende à vontade de quem contrata, mas do contratado, não há serviço. Teria então havido contrato? Qual?

Da forma como está, os efeitos que a lei atribui ao arrependimento da gestante vão além do poder unilateral de impor a resolução do contrato. Demonstra que a definição da imputação da filiação se produz *ex-lege*, e não de acordo com o “contrato” em seu modelo originário. Ademais, cabe mencionar que onde não há liberdade de estipulação, a hipótese é de heterovinculação, não de autovinculação.

Qual seria, então, a natureza jurídica do acordo de barriga de aluguel? Se, na ótica do TC, a falta de consentimento atual torna ineficaz o contrato – engravidar para outrem seria um ato da gestante equiparável a gestão de interesses alheios? Seria possível responsabilizar a gestante por substituição quando abandona o projeto parental?

8 - SERÁ A GESTAÇÃO UMA GESTÃO IMPRÓPRIA DE DIREITOS ALHEIOS?

Não há dúvidas ser ilícito alguém tomar embrião alheio para gestar para si. Logo, se o ordenamento jurídico admite que a gestante receba o embrião de quem não pode gerar de forma natural e o geste, é por considerar que auxiliá-lo é mais importante que o sacrifício à liberdade da gestante que pode ser causado pela gravidez.

A gestão de interesses alheios é o instituto jurídico que regula a intervenção para a conservação ou exploração de bens que não são próprios e se encontrem em risco de deteriorarem. Estão excluídos do âmbito da gestão de negócios os atos contrários à lei e à ordem pública ou ofensivos aos bons costumes, pois a prática de quaisquer deles não corresponderia a uma atuação no interesse objetivo do *dominus*, não sendo consequentemente uma gestão de negócios.

O gestor age, então, em benefício de outra pessoa. Mas, como afirma Varela (1996:469), é preciso mais que isso; é necessário que aja por conta de outrem, ou seja, na intenção de transferir (imediate ou posteriormente) para a esfera jurídica de outrem os proveitos e encargos da sua intervenção, imputando-lhe os meios de que se serviu ou, pelo menos, os resultados obtidos. Por isso, inescapável é a vinculação a um dever específico de proteção aos beneficiários, em razão do qual o gestor deve atuar de forma a impedir a produção de danos derivados do exercício da gestão, sob pena de ter que responder por indenização correspondente.

Repare que Leitão (2005:241) afirma que pode haver: a) gestão de negócios legalmente permitida em face de outras disposições normativas, que avaliam a situação por outro prisma; b) gestão de negócios imposta por dever geral de respeito (*neminem laedere*); c) gestão de negócios imposta por dever penal de auxílio; d) gestão de negócios imposta por dever contratual de boa-fé; e) gestão de negócios imposta por obrigação legal.

A lógica de agir em favor de outrem também se aplica à gestação por substituição. Em paralelismo ao artigo 19.º da Convenção de Oviedo se pode afirmar que a implantação do embrião em outrem só pode ser efetuada no interesse terapêutico de quem sofre de esterilidade.

Neste contexto, a gestante age para salvar os comitentes da infertilidade, com a consciência de que o embrião não é apenas biologicamente dos comitentes, como deles será ao final do processo. Essa, inclusive, é a razão de ser da renúncia da gestante à maternidade. Se não for assim, a gestante não está substituindo a contratada nem atuando no seu interesse. Nessa ideia, a gestante por substituição, já diz o termo, não pode ser mãe legal do nascituro. O *periculum negotii* pertence à mulher que, por infertilidade, não consegue gestar.

Assim, a gestante promete se empenhar em conseguir uma vantagem – a formação saudável do bebê – e evitar uma desvantagem, ou seja, assumir condutas que prejudiquem a gravidez, agravando a situação de infertilidade dos pais intencionais. Significa que, nesse pacto, sobrelevam em importância os deveres anexos de cuidado para com a outra parte e para com o terceiro beneficiário.

Na verdade, em sua essência, na gestação por substituição o que se contrata é um serviço em que a gestante é o próprio meio para o incremento das chances de os contratantes acederem ao filho biológico. Todo problema está no fato de que o mesmo corpo que realiza a vontade de pôr-se a serviço de outrem é o que depois, em caso de arrependimento, demanda desprender-se da obrigação, sendo impossível ao Direito dar plena liberdade de arrependimento à gestante sem ferir a autorresponsabilidade e vice-versa.

Ao se entender que a barriga de aluguel não é propriamente um contrato e que o favor da gestante por substituição retira a obrigação de prestar, tal qual se dá na gestão de interesses alheios, a gestante não pode ser obrigada a cumprir a promessa que fez de concluir o projeto parental, mas

pode ser responsabilizada quando, *de forma injustificada*, rompe unilateralmente o contrato – única forma de equilibrar valores (liberdade/autorresponsabilidade) e compor diferentes direitos envolvidos. Em outras palavras, a proteção à liberdade da gestante poderia, no máximo, autorizar a interrupção da gestação, mesmo nos casos em que for suscetível a causar danos aos pais intencionais, se, para tanto, a gestante tiver justa causa. Ou seja, em um raciocínio paralelo à gestão de interesses alheios desenvolvida por Leitão (2005:268-269), nunca seria permitido à gestante abandonar a gestação numa altura tal que fosse causar aos pais intencionais danos que eles nunca viriam a ter sem essa intervenção, salvo situações de justa causa. Tal situação representaria uma autêntica violação de direito dos pais intencionais, à medida que é disfuncional à justificação inicial da gestação.

Logo, mesmo que a solução da Corte Constitucional ou do legislador português seja afirmar a ausência de dever da gestante em concluir a gestação ou entregar o bebê aos comitentes, o princípio da autorresponsabilidade, a tutela da confiança e o conceito de inviolabilidade integral do ser humano impõem encontrar uma solução que equilibre liberdade, expectativa gerada, valor do embrião e recomposição do dano.

A introdução do elemento normativo “justa causa” pode ser a solução que tende a harmonizar o conflito. Preserva-se a liberdade da gestante, garantindo que não será coagida ao cumprimento da obrigação primária caso exista uma causa legítima para tanto. Contudo, caso interrompa a gravidez *injustificadamente*, ou decida atuar em contrariedade ao interesse dos contratantes (violação positiva = execução defeituosa da gestão), tomando o bebê para si, deve ser responsabilizada. Nesse sentido, o “favor” ou o quão trabalhoso tenha sido a execução do serviço não poderão ser causas de exclusão de sua responsabilidade, mas pode ser considerado para fins de atenuação do *quantum* indenizatório a ser fixado.

De fato, à luz da Constituição portuguesa, é incongruente a interpretação da Lei n.º 90/2021 que permite a transformação de uma atuação que era para ser útil e realizada no interesse dos beneficiários em fonte de lesão e enriquecimento para gestante, deixando que ela fique com o produto da promessa porque isso seria agravar o dano, e não afastar o risco de lesão que justificou a gestante atuar.

De fato, como se aceitar que o Estado permita um acordo prévio das partes em que a premissa seja afastar a concretização do risco dos destinatários de não serem pais biológicos através do favor da gestante, sendo que, no momento de responsabilizar o causador dos danos, desconsidera os valores que inspiraram a lei e permitiram a admissão do instituto, assim como a exigência do *neminem laedere*? Ao se negar a possibilidade de qualquer espécie de indenização, é o que se estaria fazendo, o que torna tal interpretação inadmissível.

De outro lado, o afeto revelado no arrependimento foi reconhecido pela Lei n.º 90/2021 como causa para a atribuição de maternidade à gestante. Na linha de entendimento do Tribunal Constitucional, quando a gestante se arrepende da renúncia que faz à maternidade não há contrato válido por falta de consentimento atual, podendo se compreender que, a partir desse momento, a gestante atua como gestora de interesses impróprios, pois o projeto e o material genético eram dos pais intencionais.

A gestão de negócios imprópria é uma situação que se verifica quando o agente, gerindo por conta própria um negócio que sabe ser alheio, não atua para atribuir a outrem os efeitos dos atos que pratica, mas antes pela intenção de os atribuir a si mesmo.

A gestão de negócios imprópria não foi reconhecida no ordenamento jurídico português, apesar de ter sido proposta a sua introdução no art. 717º do Anteprojeto Vaz Serra. Em consequência, a doutrina portuguesa tem hesitado relativamente quanto ao regime a lhe atribuir.

Mas, tem o caso de o gestor, ao atuar em gestão de negócios imprópria, mesmo sem esse instituto ter sido admitido pelo ordenamento jurídico, obter lucros.

Coelho (1970:104) defende que, como o legislador decidiu pela sua não introdução no ordenamento jurídico português, não seria legítimo obrigar o interventor a restituir todo o lucro de intervenção obtido. Não se justificaria, por exemplo, que o proprietário recebesse o lucro quando nenhuma diligência fez para fazer jus a ele, o que representaria um prêmio atribuído a sua inércia. Em sua compreensão, para punir a má-fé do interventor, bastaria sujeitá-lo às correspondentes sanções criminais e à obrigação de restituir o enriquecimento sem causa, agravada em virtude do art. 480º do Código Civil. Já não seria correto, porém, obrigá-lo a restituir o lucro da intervenção.

Varela (1996:468) aduz que aquele que age no seu exclusivo interesse por supor erroneamente que o negócio lhe pertence deve se submeter às regras definidoras da responsabilidade civil, e não aos preceitos reguladores da gestão, de forma que, não havendo aprovação da gestão por parte do dono do negócio (CC, artigo 472º, n.º 1), devem ser aplicadas as regras do enriquecimento sem causa, podendo o dano indenizável exceder o montante do enriquecimento, se o agente ignorar, com culpa, a verdadeira titularidade do negócio (CC, artigo 472º, n.º 2).

Menezes Brandão alinha-se com Varela (1996), dizendo que a tese de que não seria justo atribuir ao *dominus* o lucro de intervenção, apenas poderia ser defendida se a lei não tivesse reconhecido essa possibilidade na gestão de negócios alheios julgados próprios. Como o fez, julga insustentável a não aplicação de princípio à gestão de negócios imprópria. Para tal, exigir-se-á, porém, sempre um ato de aprovação da gestão pelo *dominus* em face da aplicação analógica do artigo 472.º do CC. Consequentemente, compreende que, havendo aprovação do *dominus*, a questão é remetida ao regime da gestão de negócios. Se faltar a aprovação do *dominus*, aplica-se o

regime do enriquecimento sem causa, sem prejuízo da eventual aplicação de outro que ao caso caiba (artigo 472.º, n.º 1). Acrescenta também, com base no artigo 472.º, n.º 2, que, havendo culpa do gestor na violação do direito alheio, serão aplicáveis as regras da responsabilidade civil – regime obrigacional.

A partir dos regramentos e entendimentos da gestão de negócios alheios acima expostos, ganha-se mais um ângulo na compreensão da gestação por substituição. Na hipótese de se considerar o arrependimento da gestante à renúncia da maternidade resultante da ausência de consentimento atual, pode-se afirmar que a gestação por substituição é ato equiparável à gestão de interesses alheios imprópria, pois a gestante passa a considerar como seu o nascituro biologicamente alheio.

Os danos que provoca aos comitentes pela perda do projeto parental, sem justa causa, devem ser, pois, passíveis de ressarcimento, seja pela lógica do enriquecimento sem causa (ao se entender que agiu sem culpa) ou de acordo com as regras da responsabilidade civil, regime obrigacional, nos termos do artigo 483.º do Código Civil (caso se entenda que agiu com culpa).

9 - FAVOR DA GESTANTE – ATO OU CONTRATO?

Conquanto a doutrina portuguesa discuta se o consentimento relacionado à exploração dos direitos da personalidade seja ato ou negócio jurídico (Festas, 2009:295-297, Vasconcelos, 2006:167-168), o TC nos acórdãos n.º 225/2018 e n.º 465/2019 compreendeu que a barriga de aluguel tem natureza de contrato, entendimento que é reiterado no artigo 13.º da Lei n.º 90/2021.

De fato, trata-se de um contrato, pois, para que a gestação por substituição se operacionalize, é imprescindível o acordo prévio entre as partes, envolvendo a entrega do embrião e a disponibilização do útero, inclusive, com a estipulação de obrigações recíprocas e a definição do fim a ser alcançado pela atuação cooperativa de todos, o que não se verificaria num ato unilateral ou “contratos de autorização”.

A legislação italiana, por sua vez, veda a gestação por substituição na Lei n.º 40/2004 e diverge sobre seu enquadramento jurídico ser ato ou contrato. Especificamente sobre a gestação por substituição gratuita, Grasso (2020:261:266) destaca a posição de Lanzillo⁴³ ao considerar a maternidade de substituição um contrato e defende o contrário, isto é, que a falta de troca econômica, ou seja, o caráter gratuito, impede que a prestação possa ser objeto de obrigação contratual. Aos direitos da personalidade que não podem circular segundo as regras do contrato, aplicar-se-ia o regime do consentimento, a exemplo do que ocorre com as transfusões e os transplantes entre vivos. Para Grasso, entretanto, o regime do consentimento não pode ser aplicado

⁴³ Em sentido contrário Dellacasa (2014: 239-248 – tradução livre). Para o autor, a falta de contraprestação econômica na barriga de aluguel altruísta impede de caracterizá-la como contrato, sendo, a seu ver, portanto, mero acordo de cortesia. Assim, em caso de recusa da mãe substituta, o casal proponente não tem qualquer ação para a entrega da criança, nem pode exigir a reparação do dano contratual. As despesas médicas suportadas pelo casal para o êxito da gravidez não podem ser reembolsadas por constituir o objeto de uma obrigação natural. Se, entretanto, uma contraprestação é prevista, tem-se um contrato nulo, mas o valor pago pode ser objeto de repetição, desde que não se trate de prestação contrária ao bom costume.

inteiramente à gestação por substituição porque envolve um processo relacional de decisões. Mais do que um acordo de natureza não patrimonial, o regime da barriga de aluguel deve ser compreendido como a combinação de dois atos de consentimento distintos: a) o consentimento dos pais biológicos na assunção da responsabilidade parental, cujo efeito é determinar diretamente o estado de filiação, caso conjugado com a posterior declaração de anonimato da parturiente; b) o consentimento da gestante, a qual autoriza o tratamento médico-cirúrgico.

Prosperi (2002:131-132) defende que o acordo entre os genitores biológicos e a mulher disposta a emprestar o próprio útero não pode ser considerado um contrato, dele não nascendo, pois, obrigação juridicamente pleiteável. Para o mencionado autor, tanto a vontade dos pais de implantar o embrião como o consentimento da mulher disposta a recebê-lo são decisões sempre livremente revogáveis, por se tratarem de atos de natureza puramente existencial e, portanto, absolutamente incoercíveis, sendo que o consentimento da mulher para a implantação do embrião apenas teria relevância jurídica porque representa aquele consentimento informado que o médico deve obter para proceder a cada uma das suas intervenções, e não porque daí decorram compromissos vinculativos.

Grasso (2022:114-115 – tradução livre), ao tratar da natureza jurídica da barriga de aluguel, destaca que:

se o problema da sujeição à lógica própria do contrato fosse o efeito vinculante inalienável que dele derivaria para resolvê-lo poderia pensar-se em alargar a regra geral de recedibilidade e reconhecer um *ius poenitendi* generalizado ao obrigado ou de outra forma adoptar o regime dos contratos reais.

Salone (2014:163-164) posicionando-se contrário ao enquadramento jurídico da barriga de aluguel como contrato, exclui qualquer forma de responsabilidade contratual para a mãe de aluguel que não cumpre o acordo. Pergunta o autor se haveria espaço para uma responsabilidade

extracontratual da mãe substituta, tanto em relação ao concebido como em relação ao casal a quem promete o favor. Como não reconhece um direito subjetivo absoluto dos comitentes de procriar e considera a gestante a mãe verdadeira (artigo 269.º, 3º do Código Civil italiano), defende que esta tem não só o direito, mas também o dever de recusar a entrega do filho nascido ao casal.

Pondera, porém, que conclusões opostas seriam extraídas se a maternidade legal fosse reconhecida à comitente. Nesse caso, admitindo a existência de um direito subjetivo dos comitentes de se tornarem pais, o não parto da criança pela mãe uterina seria a materialização da lesão à posição jurídica subjetiva reivindicada pelos pais clientes. Assim, para o autor, com base nessa interpretação, o prejuízo sofrido pelo casal mandatário seria *non iure e contra jus*.

Apesar dos dois entendimentos supra, o autor se diz favorável a compreender que a mãe do nascituro da barriga de aluguel é a gestante e, assim, desde que o contrato fosse oneroso, caberia ressarcimento dos valores pagos com o médico, hospital etc. O valor pago pelo serviço da gestação, no entanto, nem mesmo nos contratos onerosos, seria ressarcível.

Para Vercellone (1986:417), mesmo diante de um repensar da mãe biológica, a maternidade deve ser atribuída à mãe genética, de cuja iniciativa todo o evento procriativo se originou, sendo certo que a provisão do útero por outra mulher era por ela reconhecidamente funcional para a consecução de tal propósito. Para o autor, deve ser considerada digna de proteção a confiança da manifestação inicial de consenso ao tratamento médico da gestante e o afastamento do projeto parental sem justa causa, fatos capazes de desencadear sua responsabilidade civil, nem que seja para indenizar os interesses negativos violados.

Venuti (2008:303-304) rememora que o Tribunal de Roma já admitiu a admissibilidade do acordo de maternidade de substituição do tipo gestacional, afirmando que nele não se cria uma obrigação em sentido pleno, mas um ato revogável derivado de uma espécie de obrigação natural,

a partir do momento que é excluída a possibilidade de execução forçada, além de o adimplemento da promessa remetido exclusivamente à livre e espontânea execução da gestante. Para a autora, essa construção é insuficiente. A uma porque deixa de considerar que há uma manifestação de vontade dispositiva do próprio corpo que pode gerar no destinatário uma confiança digna de tutela, especialmente no caso de ausência de conclusão do efeito esperado. A duas porque a obrigação natural típica resta ancorada em valores e interesses de caráter patrimonial e suscetíveis de valoração econômica incompatíveis com a realização pessoal. Lembra, ainda, que “[...] a boa-fé se configura como fonte de uma obrigação voltada a não frustrar a confiança do outro, em uma relação negocial que coenvolve interesse pessoal de fundamental importância relativa inclusive a um sujeito futuro (Venuti, 2008 - tradução livre)”.

Definindo a Lei n.º 90/2021 ser a barriga de aluguel um contrato e enquadrando-se o arrependimento da renúncia à maternidade da gestante ao conceito de direito potestativo, haveria condições e limites para o mesmo ser exercido?

É o que será examinado nos dois próximos capítulos.

10 – TERÁ O ARREPENDIMENTO DA GESTANTE EFEITOS *EX NUNC*?

Sendo a Lei n.º 90/2021 omissa quanto às consequências do arrependimento à renúncia que a gestante faz à maternidade, é preciso identificar se tem aplicação subsidiária o Código Civil português, especialmente o artigo 81.º, que trata dos contratos limitativos dos direitos da personalidade, com o seguinte teor:

1. Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de 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.

Para o em. professor Pinto (2020: 192-194) existem três grandes eixos em que os direitos da personalidade podem ser agrupados: (i) os que são primacialmente ordenados à proteção da integridade da pessoa – isto é, de um estado físico ou psíquico prévio à agressão, a qual se traduz aqui sempre numa diminuição ou degradação desse estado; (ii) os que envolvem a proteção de uma possibilidade de decisão da pessoa, ou seja, da sua liberdade de atuar ou não atuar – seja liberdade física, seja moral ou ideológica, ou expressa em inúmeros domínios, inclusive a proteção contra lesões do planeamento reprodutivo (por exemplo, o “dano de planeamento familiar”); (iii) direitos que protegem a identidade da pessoa (artigo 26.º, n.º 1, da Constituição) e que incluem os meios de identificação pessoal, como o direito ao nome (artigo 72.º do Código Civil), pseudónimo (artigo 74.º do Código Civil) e o direito à identidade genética (artigo 26.º, n.º 2, da Constituição) que envolve não só a dimensão de conhecimento dessa identidade como a proteção contra a sua manipulação e utilização não autorizada. Por último, cita os “direitos de personalidade de autor”

(artigos 9.º, n.ºs 1 e 3, 42.º, 56.º a 62.º do Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos – “direitos morais”).

Indaga-se, pois, se o objeto da negociação da barriga de aluguel envolve direitos da personalidade dos comitentes dadores do material genético e/ou da gestante e, mais, se envolve limitação desses mesmos direitos.

Palmeri (1990) traz à lume a decisão do tribunal de Monza, 27/10/1989, a qual considerou que o contrato de barriga de aluguel é afetado pela nulidade, por falta de objeção dos requisitos de possibilidade e licitude prescritos. Para os julgadores, partes do corpo humano, gametas e órgão de reprodução não são bens do ponto de vista jurídico, ou seja, o sujeito tem sobre eles apenas um direito à personalidade, e não um direito patrimonial e qualquer consentimento dado à sua disposição, se não implicar em uma diminuição permanente da integridade física e não for contrária à lei, à ordem pública e aos bons costumes, não integra uma negociação jurídica ou um contrato, mas um mero ato de vontade unilateral lícito, porém sempre revogável. Ressaltaram que também é vedado estabelecer, negociar e extinguir os estatutos pessoais como de filho e mãe, bem como os poderes dos pais e dos direitos pessoais dos menores à educação e à manutenção familiar. Assim, caso o contrato seja celebrado visando iludir as regras de adoção, ele será nulo por fraude à lei (artigo 1344.º do Código Civil italiano). Por fim, destacaram que, caso haja contraprestação por tais serviços, a nulidade também será determinada pela ilegalidade da causa (artigo 1343.º do Código Civil) desde que a filiação seja trocada por dinheiro ou outros benefícios.

Afora a discussão da nulidade, analisando a questão do arrependimento do consentimento do prisma dos pais intencionais dadores do material genético, ou se entende que se negociou o

embrião como coisa⁴⁴ e, nesse caso, o negócio envolveria direito patrimonial, ou se entende que, sendo ele criado a partir das células reprodutivas dos comitentes seria um direito da personalidade ou, ainda, um direito especial, segundo a teoria da disposição pessoal do direito de caráter pessoal e patrimonial, o qual seria dado à gestante tal como se dá um órgão humano⁴⁵, tecido ou célula⁴⁶, porém, com a diferença de ser entregue mediante a condição de ser devolvido após o nascimento. Neste contexto, os comitentes celebrariam um contrato limitativo de suas personalidades, pois teriam que abrir mão do “seu” embrião temporariamente até o nascimento⁴⁷. Nessa linha de

⁴⁴ Madonia (2018), comentado o recurso da decisão da Corte Constitucional de 13/05/2016 que negou o direito de uma italiana doar embriões concebidos em período anterior a vigência da Lei n.º 40/2004, afirma que a Corte Europeia dos Direitos do Homem reconheceu que o embrião tem um liame com quem o concebe pelas técnicas da PMA, uma vez que contém o patrimônio genético da pessoa em questão e representa conseqüentemente um elemento fundamental do patrimônio genético e da identidade biológica daquela pessoa. Assim, segundo a Corte, a possibilidade de a recorrente exercer uma escolha consciente acerca do destino que dará a seus embriões constitui um aspecto íntimo de sua vida privada e diz respeito a seu direito de autodeterminação. Nesta perspectiva, a Corte decidiu que a lei italiana não pode imiscuir-se na vida privada do criador do embrião de forma despropositada já que o direito de doar embriões para pesquisa científica não guarda um aspecto particularmente importante acerca da existência e identidade da pessoa.

⁴⁵ Madonia (2018:106/107 – tradução livre) afirma que: “a analogia com o ato de disposição do próprio corpo melhor se adequa com a natureza do embrião, o qual deve ser considerado uma entidade biológica, que pertence a espécie humana e compartilha com seu progenitor o material genético”. Pondera que a colocação reconhecida à pessoa humana no ápice da Constituição italiana (artigo 2.º e 3.º) e pela fonte supranacional (artigo 2.º do Tratado sobre a União Europeia) tem trazido uma alteração do significado à esfera corpórea, excluindo a consideração do corpo e de sua parte em termos de coisa e, configurando-os como expressão da personalidade do indivíduo. Portanto, para a autora, os “atos de disposição do próprio corpo” devem ser entendidos como aquela “manifestação de vontade unilateral ou bilateral destinadas a realizar um arranjo de natureza existencial”. Nessa perspectiva, poderia se falar de um poder de disposição dos embriões, especificando, no entanto, que com esta expressão não deseja invocar o modelo dominical, mas indicar um poder de manifestar a própria vontade em ordem à destinação de uma entidade biológica com a qual o patrimônio genético é compartilhado e que foi criada no âmbito de um originário projeto genitorial. Em outras palavras, para a autora, o poder de disposição dos embriões a que se refere “constitui expressão do princípio de autodeterminação, seja em ordem de ato que incidem sobre a sua própria esfera corpórea e seus próprios dados genéticos, seja em ordem pela escolha atinente à vida privada, ou seja, às conseqüências derivadas dessa escolha procreativa feitas pelo sujeito.”

⁴⁶ Perrino (2018:128) discorre sobre as várias correntes que defendem ser o embrião coisa, parte destacada do corpo, concepturo, criança, *continuum* biológico, sujeito de direito, coisa em senso jurídico. Comentando o julgamento da Corte Constitucional dos Direitos do Homem no caso Parrillo X Italia afirma que, embora a Corte não aceite o caráter econômico do embrião não deixou de considerá-lo coisa em sentido jurídico.

⁴⁷ Fernandes (2012:197 e segs.) ordena os direitos de personalidade em bens da personalidade física, moral ou jurídica da pessoa. Para o autor, os primeiros abrangem o direito à vida, o direito à integridade física e o direito ao próprio corpo, considerado quer no seu todo, quer em relação a partes dele, suscetíveis de se autonomizarem (cujas principais manifestações se encontram no direito de dispor de partes do próprio corpo para fins terapêuticos e no direito de dispor do próprio cadáver). Os segundos, respeitantes a bens da personalidade moral, integrariam o direito à honra, que envolve o respeito pelo bom nome e reputação da pessoa, o direito à liberdade, o direito à intimidade da vida privada – que envolve o direito à reserva sobre a vida privada e familiar, o direito à inviolabilidade do domicílio e ao sigilo da correspondência –, o direito à imagem e o direito a escritos confidenciais, envolvendo cartas-missivas, memórias e outros escritos daquela natureza.

entendimento, o(s) comitente(s) manifestariam consentimento vinculativo, sem dar à gestante qualquer poder de agressão ao embrião.

O Conselheiro Manchete, no acórdão n.º 225/2018⁴⁸, afirma que diferentemente do que acontece no caso da gestante, o consentimento dos pais intencionais não está necessariamente conexaso com o exercício de seus direitos fundamentais. Entende, inclusive, que os beneficiários não têm um direito fundamental à procriação por via de gestação de substituição, sendo esta última apenas uma opção do legislador no sentido de possibilitar a concretização de um projeto parental que, de outro modo, não seria viável.

Especificamente sobre bens destacados do corpo, Sousa (1995:410-411) defende não haver limitação ao exercício dos direitos da personalidade quando certos bens tenham sido lícita e autonomamente destacados da personalidade, convertendo-se então em meras coisas materiais, objeto de direitos de propriedade quando a convenção incidir sobre a alienação desses objetos separados (que não sobre o destaque em si mesmo). Assim, não será revogável a venda de cabelos humanos já anterior e autonomamente destacados pelo respectivo titular.

Mas o referido autor ressalta que o mesmo não acontecerá quando os órgãos ou os produtos humanos destacados não se convertam em meras coisas materiais, mas mantenha uma ligação pessoal ou funcional com aquele de quem são destacadas (em virtude, por exemplo, da possibilidade ou necessidade de reintegração, da impossibilidade de regeneração ou da particular relevância do órgão ou elementos na personalidade humana). Nesse caso, diz que o consentimento para a doação ou a cedência desses bens humanos destacados é meramente tolerante e passível de revogação até ser incorporado no receptor, nos termos do artigo 81.º, n.º 2 do Código Civil.

⁴⁸Acórdão n. 225/2018 (Portugal, 2018).

O embrião, embora seja um ser individualizado em potência, mantém vínculo genético com àqueles que o formaram, dando-lhe os gametas. Deste modo, além de não estar no escopo dos comitentes doá-lo para a gestante, a permanência do vínculo genético permite ser o ato revogável⁴⁹ até a implantação. Após esse termo, a revogação do consentimento pelos comitentes torna-se inviável, pois não podem solicitar da gestante a devolução do embrião – requerimento que implicaria impor-lhe a consecução do aborto – o que seria claramente abusivo e afrontoso à Constituição portuguesa. Nessas circunstâncias, caso nenhum dos envolvidos deseje assumir a parentalidade quando do nascimento da criança, a solução será entregá-la a adoção.

De outro lado, nascido o bebê, a se entender que na barriga de aluguel heteróloga negociou-se uma coisa ou que do vínculo criativo forma-se um direito especial, poderia se cogitar de os comitentes manterem sobre o fruto da gestação um poder equiparável à seqüela⁵⁰ do direito real. Assim, vindo a gestante a recusar a entrega do bebê, poderiam reivindicá-lo em execução específica – solução admitida na Grécia⁵¹, mas inexistente na Lei n.º 90/2021.

Imperioso, portanto, que o Direito melhor defina o estatuto do embrião e sua relação com os dadores do material genético para que fique claro se, com o pacto de barriga de aluguel, terão

⁴⁹Em 27 de janeiro de 2021 o Tribunal Civil de Santa Maria Capua Vetere se pronunciou em tema de balanceamento entre a tutela constitucional do embrião e a liberdade de autodeterminação. Negou a revogabilidade do consenso prestado por dois ex-cônjuges, determinando que se concluísse a implantação dos embriões no útero da recorrente. Ou seja, preferiu-se dar proteção ao embrião e não a liberdade de autodeterminação do casal (e ainda antes disso a proteção do bem-estar psíquico do marido separado como expressão do direito à saúde nos termos do artigo 32.º da Constituição). Ponderou-se que a opção do casal por constituir família é expressão da liberdade fundamental e geral de autodeterminação e essa liberdade só pode ser prestigiada quando vulnerável a outros valores constitucionais. Como essa liberdade se manifestou no momento da manifestação consciente pelos cônjuges da intenção de se submeter as técnicas do PMA e decidiram conscientemente partilhar um projeto parental, poderiam revogar essa escolha no futuro, desde que ainda não tenha havido fecundação (Bosso, 2021).

⁵⁰ Poder que o titular do direito real tem de seguir, perseguir o objeto de seu direito onde quer que esteja e reivindicá-lo do poder de quem injustamente o possua. Os romanos já proclamavam: “*ubicunque sit res, domino suo clamat*” – a coisa clama por seu dono.

⁵¹ Gonzales (2019:441) afirma que, de acordo com as regras da barriga de aluguel na Grécia, a mãe de aluguel não pode manter a criança com ela e a futura mãe pode intimar a mãe de aluguel no tribunal a entregá-la e pedir indenização por danos, enquanto se a mãe de aluguel sair com a criança, ela será criminalmente responsável. Quanto às decisões sobre possíveis tratamentos médicos invasivos e sobre o aborto, elas são regularmente confiadas à mãe substituta, sendo proibidas expressamente quaisquer disposições que limitem esses direitos.

em relação ao embrião um *jus in re* ou *jus ad rem*.

Do ângulo da gestante, para responder se o pacto de barriga de aluguel envolve ou não limitação dos direitos da personalidade da gestante importa saber se: a) é, de fato, possível qualificar a maternidade em si como um direito da personalidade⁵², uma vez que é um *mínus* que não nasce com a mulher, mas depende de ser por ela assumido na vida adulta; b) há limitação à integridade física e/ou ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade da gestante.

Sousa (1995:523) defende que os contratos que não incidem diretamente sobre a própria personalidade de um ou de ambos os contratantes não constituem meras restrições voluntárias do exercício dos direitos de personalidade juridicamente e têm de ser pontualmente cumpridos (artigos 406.º, n.º 1, e 762.º e seg. do Código Civil).

Além disso, para Sousa (1995: 410-411) o regime de revogabilidade do n. 2º do artigo 81.º do Código Civil só é aplicável se estiverem presentes autênticas “limitações” ao exercício dos direitos de personalidade, nos termos do n.º 1 do mesmo artigo. Esse já não será o caso quando a convenção, embora relacionada com os bens da personalidade, não se traduza efetivamente na limitação do exercício dos respectivos direitos, isto é, quando a restrição de um bem da personalidade não essencial seja compensada pelo aumento ou desenvolvimento de outro bem da mesma personalidade, no âmbito do poder de autodeterminação do sujeito ativo. Nesta linha de raciocínio, o contrato de barriga de aluguel altruísta não seria propriamente limitativo dos direitos da personalidade da gestante na medida em que seria ele o próprio instrumento por ela utilizado

⁵² Campos (2004:165) admite o direito geral de personalidade. Distinguiu: o direito à vida (direito ao respeito da vida perante as outras pessoas) e o direito de morrer (não prolongar, artificialmente e sem esperança, a vida); os direitos à integridade física e psíquica, à imagem e ao nome e como direitos de “projeção da pessoa física ‘zona periférica dos direitos da personalidade’”. Tratou do direito à igualdade e do direito à diferença, dos direitos à família e na família (direito à celebração do casamento, a constituir família, do direito ao divórcio, da igualdade dos cônjuges, da atribuição aos pais do poder-dever de educação dos filhos), do direito à privacidade, do direito à autonomia privada (no sentido de direito a não estar subordinado a outro ser humano), dos direitos ao trabalho, ao “médio de existência” e à propriedade (privada) e dos direitos à liberdade e ao bom nome e à reputação.

para desenvolver seu altruísmo.

Deste prisma de análise, quem se dispõe a engravidar para outrem exercita seu poder de autodeterminação, entendido aqui como o poder de a mulher decidir como utiliza seu corpo e que propósito realiza com esse fim. E, entre escolhas, sempre se descarta uma opção, o que não é o mesmo que limitar um direito da personalidade⁵³. Não há, portanto, atribuição a outrem, sequer aparentemente, de um poder de agressão, o que exclui tal hipótese do campo das disposições da integridade física de que tratam os consentimentos tolerante e autorizante⁵⁴.

Em ótica contrária, como, para engravidar para outrem, a gestante viverá algumas limitações à sua liberdade de tempo e de disposição corporal, inclusive de não gestar para si durante o tempo em que se dedica a outrem, pode-se afirmar que a barriga de aluguel seja um contrato limitativo do seu direito da liberdade e, por isso, a gestante, para celebrá-lo, expressa um consentimento vinculante. Assim, além de conferir poderes jurídicos de aproveitamento sobre todo o seu corpo, vincula-se não só à obrigação de gestar para outra pessoa, mas também de cuidar de si própria e do nascituro.

⁵³ Vasconcelos (2006:68) exclui o direito à liberdade do elenco dos direitos de personalidade. Para o autor, os “tipos legais” de direitos de personalidade seriam o direito à vida; o direito à integridade física e psíquica; o direito à inviolabilidade moral; o direito à identidade pessoal e ao nome; o direito ao livre desenvolvimento da personalidade; o direito à honra; o direito à privacidade e o direito à imagem.

⁵⁴ Em função dos efeitos produzidos pela limitação voluntária ao exercício de direitos de personalidade, Carvalho distingue três modalidades de consentimento: tolerante, autorizante e vinculante (Cf. Carvalho, 2021:207-208). Ensina Festas (2009:323-328) que o consentimento tolerante, previsto no artigo 340.º do CC, caracteriza-se como um ato jurídico unilateral, anterior à lesão, que, muito embora exclua a ilicitude de um ato de agressão a um bem da personalidade, não cria, na esfera jurídica do agente, qualquer direito ou poder jurídicos. Já o consentimento autorizante é “um “compromisso jurídico *sui generis*”, porque não vincula ou obriga o titular do direito de personalidade. Significa que o poder de agressão conferido é revogável a todo tempo e apenas determina a obrigação de indenizar as legítimas expectativas criadas, nos termos do artigo 81.º, n.º 2. Por último, Festas (2009) explica que o consentimento vinculante não se limita a atribuir ao destinatário um poder jurídico de agressão (à semelhança do consentimento autorizante e diferentemente do meramente tolerante), representando uma verdadeira vinculação jurídica do titular do direito de personalidade. Afirma que, segundo os defensores dessa distinção, entre três modalidades de consentimento, o consentimento vinculante é, nos termos gerais dos negócios jurídicos (artigos 230.º e ss. e 406.º), unilateralmente irrevogável, gerando o descumprimento do contrato uma obrigação de indenizar pelo interesse contratual positivo.

Nessa linha de raciocínio, vê-se que a restrição ao corpo e tempo da gestante são os meios imprescindíveis ao alcance do fim contratado: o desenvolvimento do bebê e a sua entrega aos contratantes no final do período gestacional.

Mesmo qualificando o pacto de barriga de aluguel como pacto limitativo dos direitos da personalidade, ele é mais que isso, pois há nele uma *entrega/depósito* do embrião para desenvolvimento que se perfetibiliza pela gestação. Ou seja, o consentimento da implantação do embrião no útero da gestante tem uma finalidade e traz, para a depositária as obrigações do artigo 1187.º do Código Civil: a) guardar a coisa depositada; b) avisar imediatamente o depositante, quando saiba que algum perigo ameaça a coisa ou que terceiro se arroga direitos em relação a ela, desde que o fato seja desconhecido do depositante; c) restituir a coisa com os seus frutos.

Neste contexto, à luz do artigo 81.º do CC (e não da Lei n.º 90/2021), se chegaria à conclusão de que a obrigação da alínea “c” do artigo 1831.º é incompatível com a ideia de arrependimento, especialmente sem indenização, até porque a devolução do embrião aos comitentes é irreversível.

Para Festas (2009), os contratos que envolvem consentimento vinculante são unilateralmente irrevogáveis, nos termos gerais dos negócios jurídicos (artigos 230.º e ss. e 406.º), gerando o incumprimento uma obrigação de indenizar pelo interesse contratual positivo, e são exceção à regra os contratos que tenham por objeto direitos da personalidade. Ou seja, diferente do efeito do consentimento prestado de forma inválida (efeito *ex tunc*), nesses contratos limitativos dos direitos da personalidade, admite-se a desvinculação pelo arrependimento, com efeitos *ex nunc*. Explica que o desvio ao princípio da irrevogabilidade unilateral das vinculações negociais (artigos 230.º e 406.º, n.º 1) que o artigo 81.º, n.º 2 do Código Civil admite justifica-se apenas para proteção de valores pessoais da personalidade do titular, de modo a lhe garantir, a todo tempo, uma “certa

margem de autodeterminação” (Portugal, 1966). Além disso, acrescenta que é precisamente a harmonização dos *valores pessoais* da personalidade do titular com os *valores patrimoniais* da outra parte que o artigo 81.º, n.º 2⁵⁵ do Código Civil pretende obter, determinando que quem revogue o consentimento indenize as legítimas expectativas da outra parte⁵⁶.

Ou seja, para Ribeiro (1999), seriam esses contratos uma exceção que determina que a vontade alterada do presente se submeta à que foi manifestada no passado, tendo o credor que se contentar com uma indenização (cf. artigos 81.º, n.º 2 e 1591.º do Código Civil).

Pinto (2008) defende ser livremente revogável qualquer modalidade de consentimento, sendo a diferença entre elas a medida da indenização, pois, na hipótese de consentimento vinculante, se indenizariam os interesses positivos, enquanto, no caso de consentimento autorizante, se indenizariam os interesses negativos violados⁵⁷, estando em causa uma responsabilidade por ato lícito (Pinto, 2005). É importante, porém, mencionar que, mesmo para os defensores dessa corrente⁵⁸ (Hörster, 2016; Pinto, 2018:710-711), o direito de se desvincular teria

⁵⁵ Essa tutela dos interesses da parte contrária encontra respaldo no ensinamento de Castanheira Neves quanto aos deveres relacionados aos contratos, designadamente quando este afirma a existência de “[...] deveres implicados no respeito pelo outro contraente, e que impõem, como expressões mesmas da justiça, os princípios fundamentais da solidariedade social e da corresponsabilidade moral.” Prossegue ao afirmar a imposição do princípio da justiça no domínio jurídico-negocial (Neves, 1968-69: 159).

⁵⁶ No sentido da qualificação dessa hipótese de responsabilidade como responsabilidade civil por atos lícitos, cf. Pinto (2005:136).

⁵⁷ O primeiro termo da alternativa — indenização pelo interesse contratual negativo — propõe recompor o prejuízo do credor, colocando-o na situação que estaria se o contrato não tivesse sido concluído. O segundo termo da alternativa — indenização pelo interesse contratual positivo — destinar-se a calcular o dano, considerando o credor na situação que estaria se o contrato tivesse sido cumprido. Como não se pode colocar o credor/lesado em melhor situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido, Scartezzini afirmar ser inviável imaginar a possibilidade de cumulação destes dois interesses. Portanto, defende que, ou se coloca o credor na situação em que estaria se o contrato não tivesse sido realizado (volta-se no tempo), ou se coloca o credor na posição que estaria se o negócio tivesse sido fielmente cumprido (imagina-se o futuro).

Outro problema que aborda é saber se, para aqueles que admitem uma indenização pelo interesse contratual positivo, seria possível sua cumulação com o pedido de resolução contratual ou se ele poderia apenas ser pleiteado conjuntamente com o pedido de cumprimento da prestação. Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento contratual) (Guimarães, 2015). No mesmo sentido e no direito português vd. Mota Pinto (2008:1003-1009). No direito italiano, entre outros, Trimarchi (2010:98).

⁵⁸ Em outra perspectiva, Ascensão (1997: 86-87) entende haver uma hierarquia entre os direitos pessoais, pelo que alguns seriam encobertos pela tutela dos direitos de personalidade, sendo revogáveis em razão da sua indisponibilidade,

eficácia *ex nunc*⁵⁹ e, por conseguinte, nas palavras de Festas (2009), uma eficácia vinculativa limitada⁶⁰.

Nesse enfoque de compreender os limites em que o arrependimento pode ser legitimamente exercido, percebe-se que, segundo o artigo 81.º do CC, a função do arrependimento é garantir a interrupção da lesão/restrrição consentida nos contratos que envolvam limitação a direitos da personalidade. E assim o é porque não é a vontade primeira da lei que o direito sofra restrições/agressões, os quais apenas autoriza em homenagem à vontade do contratado.

Tome-se o exemplo do pugilista citado por Sousa (1995:410). Não é vontade da lei que as pessoas se firam. Entretanto, se o pugilista admite explorar economicamente suas habilidades para participar de uma luta, o Direito português admite que o faça, em respeito à sua autonomia privada (artigo 70.º do CP). Se, entretanto, durante a luta, o pugilista desiste do contrato, buscando resguardar sua integridade física, o Direito português prefere que o faça, porque assim o bem maior que sempre quis proteger – integridade física – volta à zona de conforto. Desse modo, a lei admite que o pugilista retome o seu direito de personalidade comprimido. Porém, como sua desistência (arrependimento) causará danos econômicos ao agenciador da luta, para não criar uma desigualdade injustificada, nem ferir o princípio da confiança, a legislação determina que as

e outros que fogem ao “eticamente exigido”, como o direito à imagem, sendo livremente disponíveis e, por isso, irrevogáveis.

⁵⁹ Sobre a desistência, Martinez (2017:57-62) explica que é o poder que se reconhece a uma das partes de se desvincular simplesmente porque quer desistir do compromisso assumido. Nesses casos, a extinção não se relaciona com o princípio da não vinculação por tempo indefinido, mas com a liberdade de desvinculação, para tutela de interesse de um dos contraentes (ou, excepcionalmente, de ambos), que pode não ter previsto todas as implicações resultantes da execução do negócio ajustado. Registra que a desistência se distingue da revogação unilateral (arrependimento) porque é característica de alguns contratos cuja execução se protela no tempo, por um lado, e pelo fato de não ter efeito retroativo, por outro. Ainda que possam ser enquadradas como denúncia (atípica), seguem um regime próprio (v.v., artigo 1229.º do CC) ou estão sujeitas às consequências da resolução. Por fim, ressalta que, tal como o arrependimento (revogação unilateral), na falta de regras próprias, a desistência segue o regimento da resolução.

⁶⁰ Festas (2009:368), na nota de rodapé 1290, diz não concordar com Vasconcelos (2007:54), quando afirma que o negócio de personalidade não vincula o respectivo titular. Para o autor, há vinculação, mas o titular pode, a qualquer momento, com eficácia *ex nunc*, desvincular-se. Nesse sentido, também Joaquim de Sousa Ribeiro (1999:73) em seu texto intitulado “O Problema do Contrato/As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual”.

legítimas expectativas da contraparte sejam indenizadas. Harmoniza-se, pois, o conflito entre os direitos de desistir do contrato e de concluí-lo, dando prioridade à preservação do bem de maior valor: integridade física, sem prejuízo de salvaguardar o direito patrimonial da parte contrária, com a exigência de o desistente indenizá-lo.

No contrato de gestação por substituição, a intenção primária da lei não pode ser a de que a gestante substituta aborte o bebê de genética alheia sem justa causa, ou que deixe de cumprir o contrato, assumindo a maternidade da criança que antes reconheceu que seria dos contratantes. Afinal, só se atinge o interesse social programado de auxiliar àqueles que não podem gestar de forma natural com a compressão do direito da gestante.

Repare-se que, segundo Serra (1959:104-105), no caso de atos de disposição sobre uma coisa que passe a ser propriedade do disponente, o consentimento deve ser revogável, pois se trata de ofensa a interesses próprios. Entretanto, se o disponente manifesta a vontade de que seja irrevogável ou isso resultar da finalidade do consentimento, como quando o consentimento é dado no interesse de terceiro, a autorização para a ofensa deve ser considerada irrevogável.

Se o paralelismo desse raciocínio vale para o contrato de gestação por substituição no modelo original que o caracteriza⁶¹, é possível afirmar que a contratada consentiu não só com o interesse dos contratantes, como do nascituro. Se a utilidade dessa atuação, portanto, exclui a ilicitude de se permitir a circulação de material genético, a irreversibilidade natural do processo de gravidez e o fim do contrato – gerar vida para outrem – deveria tornar inviável o arrependimento,

⁶¹ Crotti (2017:312): “a renúncia deverá também ser livremente revogável, o que não significa que não haja uma obrigação de indenizar os prejuízos causados. Existem, no entanto, direitos que pela sua natureza excluem a livre revogabilidade, uma vez que envolvem necessariamente uma renúncia definitiva. Excepcionalmente, poderá ainda haver situações nas quais se justifique excluir a livre revogabilidade, sob pena de estarmos perante uma situação de abuso de direito”. Festas (2009: 377), por sua vez, defende não ser admissível renúncia ao direito de revogar unilateralmente uma limitação ao exercício de um direito de personalidade.

salvo situações de justa causa que envolvam risco à saúde/vida da gestante, sob pena de o contrato não fazer sentido algum.

Isso porque o conflito não envolve apenas direitos da personalidade de um lado e patrimoniais de outro, como no exemplo do pugilista x empresário, mas dois direitos da personalidade antagônicos e de mesma natureza (constituir família) dos contratantes e da contratada que, na verdade, nem concorrem na origem e só colidem após a gestante arrepender-se da renúncia que fez à maternidade quando aceitou o encargo de gestar para outrem.

Então, para a correta compreensão do problema, é preciso que se indague qual direito a gestante está limitando no contrato de gestação por substituição e fazer um adequado balanceamento dos direitos e interesses envolvidos na equação (artigo 335.º, n.º 2, do CC), uma vez que todos são protegidos constitucionalmente⁶²(Sousa, 1995:552-554). Só assim será possível encontrar os limites em que o direito ao arrependimento pode ser exercido legitimamente.

No nosso entender, o direito restringido na barriga de aluguel refere-se à liberdade da gestante à disposição corporal, o que abrange o direito de autodeterminar-se para escolher outros projetos de vida, dentre os quais, o gestar para si própria (sendo a discussão acerca da limitação à maternidade apresentada no próximo capítulo).

Como o exercício do direito ao arrependimento implicaria impor aos comitentes a perda do embrião que a gestante se comprometeu a desenvolver, a hipótese tratada na barriga de aluguel não

⁶² No caso de procriação medicamente assistida, Grasso (2020:190) diz que, mesmo que a irrevogabilidade seja considerada uma das características específicas do contrato, não é determinante a regra que impeça a retirada do consentimento após a fecundação do óvulo, o que é indício não tanto da natureza dispositiva do ato como da impossibilidade de retirar efeitos já realizados e que não são mais removíveis – ver Mirabelli (L'atto non negoziabile nel diritto privato italiano, 1955:63), para o qual é bem possível que uma escritura inegociável não possa ser retirada, não porque se tornou um compromisso obrigacional como no caso do contrato, mas porque os efeitos que se tornaram realidade no momento do seu cumprimento não são removíveis.

é igual àquela em que o direito negociado e limitado pertence unicamente a quem se arrepende, como é o caso dos contratos que envolvam restrição de imagem, integridade física etc.

Entretanto, ainda que se ultrapasse todos esses argumentos e se entenda que a revogabilidade deve ser prestigiada na barriga de aluguel, importa lembrar, como afirma Sousa (1995:520-521), que “o direito geral de personalidade não é ilimitado (artigo 405.º, n.º 1 do Código Civil) e, antes, se articula, na unidade do sistema jurídico, com várias outras intenções normativas.” Assim, no exercício de diferentes faculdades, poderes e simples liberdades de agir que integram o direito geral de personalidade, o respectivo titular não está sujeito a realizar uma determinada e tipificadora função legal. Entretanto, mesmo sendo livre para exercê-los, conforme seja sua escolha, não pode exceder manifestamente o fim socioeconômico do direito geral de personalidade, ou seja, “o objetivo de permitir, igualitária e harmonicamente, a cada um e a todos os homens, a preservação e o desenvolvimento das suas personalidades individuais”.

De fato, apesar do caráter absoluto dos direitos da personalidade⁶³, isto é, de poderem ser oponíveis a todos, eles não são ilimitados, podendo ser restringidos pelo próprio Direito objetivo em razão da necessidade de conjugação com outras situações protegidas (Ascensão, 1997:83).

Vindo a optar pelo aborto *ad nutum*, a gestante põe em choque direitos de mesma relevância constitucional (livre desenvolvimento da personalidade de constituir família). Havendo do lado da gestante o fardo de se completar uma gravidez que se tornou indesejada, do lado dos comitentes há o esvaziamento das possibilidades de restauro da saúde reprodutiva. Para o embrião, há a perda da

⁶³ Cf. (Cordeiro, 2007:103): “Qualquer pessoa os pode violar, incorrendo no dever de não o fazer”.

própria vida,⁶⁴ não podendo ser ele ignorado como se fosse um nada na equação⁶⁵. Importante, portanto, considerar nessa ponderação que os direitos suprimidos seriam de maior número, conteúdo irreparável e melhor congruência com o fim social para o qual foi concebido o contrato.

Não se pode esquecer que, ao estatuir que a vida é inviolável, a Constituição portuguesa determina ao Estado que a respeite e a faça respeitar. Não está no poder do Estado, ao legislar, revogar o direito à vida e à dignidade pessoal, nem de permitir que as pessoas deles prescindam, alienem-nos ou a eles renunciem (Vasconcelos, 2007:40-41). Ao contrário, ao Estado incumbe protegê-los e promovê-los, assim como aos particulares, respeitá-los também por imposição do Estado.

Entretanto, o respeito ao puro altruísmo de dispor-se a engravidar gratuitamente para outrem impede que se obrigue a gestante a concluir a promessa de gestação. Porém, somente situações de justa causa e estado de necessidade justificariam sacrificar os demais direitos envolvidos na barriga de aluguel, sem demandar da gestante indenização.

Ao contrário, se pelo exercício do arrependimento, sem justa causa, se provocar maior dano que aquele que está sendo perpetrado aos direitos da personalidade da gestante, a descompressão só pode ser admitida mediante indenização, sem o que se estaria consagrando o voluntarismo e a postura contraditória que ele representa às primeiras responsabilidades assumidas pela gestante à

⁶⁴ Grasso (2020:180-181) cita Galasso (em “*Biotechnologie e atti di disposizione del corpo*”, in *Famiglia* 2001:928), para o qual a boa-fé e a confiança são princípios destinados a representar uma sorte de contrapeso à livre revogabilidade do ato de disposição do corpo. L’A Galasso sustenta que, conquanto a revogabilidade do consenso do dispositivo garanta interesse fundamental, o sujeito de uma relação deve também ter em conta, no exercício do seu poder de autonomia, os interesses dos outros envolvidos na sua própria decisão e reconhecidos como dignos de proteção.

⁶⁵ Barboza, Meirelles e Barreto (2003:83-95) expõe ainda que não há como negar a natureza humana do embrião, sendo essa constatação por si só suficiente, visto a grande semelhança existente entre ele, o nascituro e a pessoa humana. Sustenta que o juízo de existência e de valor do ser humano e de sua necessária proteção não se limita ao estatuto jurídico da pessoa. E, sob o enfoque da valoração do ser humano em qualquer fase de seu ciclo vital, o que informa a semelhança entre os seres nascidos e aqueles concebidos e mantidos em laboratório é a sua natureza comum e o que representam axiologicamente, e não a maior ou menor possibilidade de se adequarem à categoria abstrata da personalidade jurídica.

revelia de todos os demais direitos envolvidos na operação da barriga de aluguel.

E assim é porque a liberdade que se reconhece ao cidadão não equivale a aceitar voluntariedades ou arbitrariedades das escolhas humanas. Afinal, a liberdade que o direito protege não pode ser ilimitada⁶⁶. Assim, o Direito não pode permitir (*simpliciter*) um arrependimento sem consequências, mas deve a ele ligar uma responsabilidade, pois até mesmo um direito potestativo (Leitão, 2005)⁶⁷ que se venha a reconhecer a alguém deve ser exercido de forma razoável⁶⁸ e proporcional⁶⁹.

Logo, ainda que se pondere o favor prestado e a imposição do sacrifício da gestante com a continuidade da gestação, há que se entender que, dada a gravidade dos bens envolvidos na gestação por substituição, o arrependimento não pode ser assentado no caráter autoritário e egoísta

⁶⁶Em sentido contrário, Grasso (2022:179-183 – tradução livre) afirma que, não obstante o princípio da coerência e autorresponsabilidade impeçam que uma decisão livre, informada e conscientemente tomada, por ser sucessivamente alterada, possa eficazmente remover-lhe os efeitos, o valor de se reconhecer o direito ao repensamento da gestante deve negar que desse exercício de arrependimento se reconheça consequência ressarcitória à mãe legal. Para o autor, o princípio da boa-fé não pode atuar como limite à gestante do direito de assumir a parentalidade do bebê que gesta. Entende haver corrente favorável a tal aplicação, mas se diz contrário a essa posição, pois defende que se trata de uma escolha inevitavelmente subtraída da regra de “*correttezza e della buona fede, rimessa all’assoluta discrezionalità da gestante*”, especialmente por estar o acordo na dimensão moral do altruísmo puro. Como questão diversa, discute se os genitores poderiam articular pretensão ressarcitória por falta de execução do compromisso não vinculante, sendo esse fato produtivo de responsabilidade, já que, embora não tenha uma estrutura contratual, teria um caráter de empenho social. Refuta que o simples exercício do direito de ser nominada mãe seja suficiente para, em todo caso, gerar responsabilidade civil, mas admite que a gestante seja responsabilizada no caso de uma atuação oportunista ou de capricho ou, pior, de desejo de prejudicar os genitores intencionais.

⁶⁷Barbosa e Alvares (2020:101) afirma: “o individualismo liberal que, associado ao jusracionalismo, potenciou a sua conceptualização foi superado e, hodiernamente, embora se possa continuar a defender, em termos definitórios, uma noção voluntarista mitigada do direito subjetivo não é viável mobilizá-lo para justificar um desdignificante solipsismo do eu. Se, como referimos anteriormente, o pilar fundacional do ordenamento jurídico e, do direito subjetivo que se reconhece ou atribui – reside na pessoa, e se esta, adequadamente entendida, se predica no binômio liberdade/responsabilidade, então não podemos falar de exercício legítimo de um direito quando tal exercício acarreta a desconsideração da personalidade do outro, do respeito e do cuidado que ele granjeia”.

⁶⁸Acórdão n.º 302/2001 do Tribunal Constitucional (Portugal, 2001).

⁶⁹Nesse sentido, são salutaros os destaques feitos por Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2013) sobre proibição do excesso na jurisprudência e doutrina alemã e na jurisprudência portuguesa: “O Estado de Direito proíbe leis restritivas e inadequadas à consecução dos fins” (BVerfGE, 30:250); “Os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais” (BVerfGE 30:392 (316), 39:210(230-1)); “[...] A lei só pode restringir os direitos, liberdade e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (Canotilho, 1995:447; Mendes; Branco, 2013: 225-226).

do direito subjetivo, como poder da vontade ao serviço exclusivo do interesse do seu titular. Nesse sentido, ao se referir ao direito subjetivo decorrente das obrigações em geral, Campos (1993:73) alerta:

Afirmar o direito subjectivo como um poder da vontade ao serviço dos interesses do seu titular é, pelo menos, unilateral e incompleto. Esquece-se o “sujeito passivo” – que não é “sujeito” nem “passivo”; esquece-se a dimensão social, solidarística, de qualquer direito, de qualquer instrumento de inter-relação.

Por certo, o próprio princípio da dignidade é um parâmetro dicotômico que serve para garantir direitos individuais, mas também para permitir a confluência e convivência de direitos em limites proporcionais e de respeito, especialmente sob o enfoque dos princípios da solidariedade e da igualdade, sob pena de nenhum reconhecimento de direito ser legítimo.

Não se trata de negar o direito ao livre desenvolvimento, consistente na gestante constituir família, mas de lembrar que há nele internamente o que Cunha (1971-1972) chama de “vinculações de personalidade”, que se referem ao dever universal de respeito ao direito da personalidade alheio e de agir conforme a boa-fé.

De fato, a partir do momento da fecundação do óvulo a questão já não diz respeito apenas à tentativa de superação da infertilidade, do direito de todos os adultos à autodeterminação, à livre disposição do corpo da gestante, mas também ao novo ser, entrando em colisão o interesse dos comitentes e embrião pelo nascimento e o da gestante de abandonar *ad nutum* a gravidez, além da confiança desencadeada pelo iniciar do projeto parental de outrem⁷⁰.

⁷⁰ Para a Corte Constitucional italiana o embrião, como entidade que tem em si o princípio da vida e independentemente das questões relativas à sua possível subjetividade, é reconhecido como sendo um ser com valor de significado constitucional, atribuível ao preceito geral do artigo 2.º da Constituição, isto é, um valor não tutelado em termos absolutos, mas que só pode ser sacrificado em certas condições, para assegurar a proteção de outros valores de igual hierarquia constitucional, como a saúde da mulher. Neste contexto, a Corte Constitucional recusa que, uma vez em crise, o ex-marido revogue o consentimento dado para a implantação do embrião após estar este fecundado. Neste sentido, foram confirmadas decisões do Tribunal da Perugia e de Santa Marai Capua Vetere (Orestano, 2021:2610;

Ou seja, o elemento normativo “justa causa” e o ressarcimento devem ser introduzidos como mecanismos de compensação à ponderação dos direitos envolvidos, de forma que, priorizada a liberdade, não se deixe de garantir a inviolabilidade dos demais direitos sacrificados quando o aborto for praticado sem justa causa.

No ponto que aqui interessa, causa estranheza que o Tribunal Constitucional, nos acórdãos n.º 225/2018 e n.º 465/2019, apesar de ter enquadrado a gestação por substituição entre os contratos limitativos dos direitos da personalidade, fazendo remissão ao artigo 82.º do Código Civil, tenha dado ao arrependimento efeitos *ex tunc*, ao invés de apenas *ex nunc*, além de ter negado aos contratantes indenização, ainda que dos interesses negativos violados.

Ao se interpretar que a legislação admite o pleno arrependimento da gestante, sem exigir que, ao menos nos casos em que se pratique o aborto, sem justa causa, ressarça os danos causados (ainda que interesses negativos), nega-se não só o próprio objeto/razão de ser do contrato prímevo, como se atribui à gestante um poder potestativo absoluto, o qual culminaria: a) no aborto com dano bifrontal – à integridade imaterial/material dos contratantes e à do próprio nascituro, que é o

Villani, 2021:586). Em sentido contrário, a Inglaterra autoriza a plena revogação do consentimento, não permitindo que o cônjuge que persiste com o desejo pela maternidade possa implantar o embrião se o outro revoga o consentimento dado (Corte Europeia, 2007:1238). Ou seja, a Itália dá proeminência ao valor da vida do embrião, exaltando a autodeterminação e a autorresponsabilidade manifestada no momento da autorização do tratamento. A Inglaterra nega esse grau de dignidade ao embrião e prioriza a solução que interrompe o projeto parental. Portugal ainda não apreciou caso semelhante. Trazendo a discussão para o caso da barriga de aluguel a própria permissão pelo aborto em razão do arrependimento *ad nutum* na gestação por substituição heteróloga seria discutível a depender da tônica de dignidade que se dê ao embrião, especialmente porque, tal como no caso de casais que se separam, a hipótese evidenciaria a colidência de desejos pela continuidade da gestação, sendo a questão ainda mais grave vez que não se trata de embrião só fecundado, mas implantado. Além disso, importa lembrar que o fundamento constitucional do dano biológico é a proteção à saúde. No caso do aborto em uma gestação heteróloga estaria em pauta o direito à saúde da comitente infértil, o direito à vida do embrião e o direito à saúde e/ou liberdade da gestante. Na gestação natural ou na gestação por substituição genética admite-se o aborto como lícito por se entender que não é equivalente ao direito a vida e o direito à saúde de quem já é pessoa (gestante) em face de quem ainda se tornará pessoa (embrião) (Corte Constitucional, 18/02/1975, n. 27, in Foro it, 1975, I, 515 e ss). A discussão ganha contornos mais complexos no aborto *ad nutum* realizado na gestação heteróloga em que o embrião não é formado com gameta da gestante, mas da comitente por envolver a discussão do dano causado ao embrião alheio e à comitente.

destinatário primeiro das atuações positivas do contrato⁷¹; b) ou na reversão da maternidade para a gestante por substituição, o que resultaria na perda da chance dos contratantes acederem à filiação biológica, que é o inverso da proposta constitucional e pode ser considerado causa de agravamento da infertilidade dos comitentes.

Qualquer uma dessas conclusões implicaria: a) legislar sem dar proteção suficiente ao grupo de “vulneráveis” que o Estado elegeu para auxiliar na realização do direito constitucional de constituir família; b) admitir a supressão do livre desenvolvimento da personalidade dos contratantes, com depauperamento de seu patrimônio material e imaterial; c) desproteger a vida/identidade biológica do nascituro em um contrato que, contraditoriamente, foi talhado para dar vida e parentalidade certa ao embrião de genética total ou parcial dos contratantes; d) criar um contrato de utilidade duvidosa e exacerbada insegurança jurídica.

De tudo, extrai-se: enquanto gestar é só uma promessa, o arrependimento da gestante é livre – daí a congruência da antiga versão da Lei n.º 32/2006, que dizia que a gestante podia se arrepender até o início do tratamento terapêutico (revogação unilateral). Entretanto, depois que lhe for transferido o embrião, o arrependimento não pode mais operar-se sem consequências indenizatórias quando exercido sem justa causa.

⁷¹ A prossecução da finalidade presidida pelo artigo 30º da Constituição, – ou seja, o bem-estar psicofísico dos filhos assegurado pela sua inclusão em família com modelos parentais distintos – é limitada pelo direito à vida do nascituro e pelo direito à integridade física e psíquica da mãe, também protegido constitucionalmente pelo artigo 2.º e 32.º, aparecendo equilibrado para evitar a produção de um certo duplo dano (e é justamente isso que o nascituro e a mãe sofreriam se ela alguma vez tivesse que optar pela destruição do embrião em caso de morte do pai) e não meramente eventual ou seja, o que o nascituro sofreria ao entrar em um contexto familiar sem um dos pais (Tribunal de Palermo, 8.1.1999, I, 1658) (Venuti, 2002:260).

11 – QUAIS DEVERIAM SER AS CONSEQUÊNCIAS DO ARREPENDIMENTO DA RENÚNCIA À MATERNIDADE PELA GESTANTE?

Para encontrar tal resposta, mais uma vez, a discussão de quem é mãe na barriga de aluguel vem à tona. E assim é porque se o Direito define que na barriga de aluguel heteróloga mãe é a gestante e a maternidade é um direito fundamental, cada filho seria um ser único.

Sob o prisma constitucional, ao se acompanhar a doutrina que diz que os direitos fundamentais “são indisponíveis e irrenunciáveis⁷²”, o arrependimento manifesto pela contratada ao firmar contrato de barriga de aluguel implicaria exercício indevido de renúncia à direito fundamental vedado pela Constituição. Assim, se a gestante “descumpre o contrato”, não haveria renúncia definitiva à maternidade; mas se “cumpre o contrato”, não se arrependendo, a renúncia à maternidade se consolidaria de forma definitiva em favor dos contratantes. Por conseguinte, o contrato de gestação por substituição normatizado com a gestante sendo a mãe legal violaria a Constituição portuguesa e a ordem pública e não poderia ser admitido no ordenamento jurídico português (Silva, 2010:181).

Então, para se admitir o contrato de gestação por substituição no ordenamento jurídico em toda sua essência, tendo a gestante como mãe, é imperioso entender que a maternidade não é um direito fundamental irrenunciável.

O instituto da adoção corrobora a conclusão de que a maternidade não é irrenunciável. Afinal, ninguém duvida que a entrega de uma criança à adoção pela mãe biológica é uma renúncia à maternidade permanente e total e, nem por isso, a legislação remete a questão ao artigo 81.º, n.º

⁷² Cf. Miranda (2000:385, nota 3) quando afirma que os direitos fundamentais “[...] são indisponíveis e irrenunciáveis”, pelo que “[n]inguém pode, por qualquer forma, ceder ou abdicar da sua titularidade”.

1, do Código Civil ou exige que se garanta um “sempre possível” arrependimento. Ao contrário, o artigo 1983.º do Código Civil diz que: “[...] o consentimento dado pela mãe para adoção é irrevogável e não está sujeito a caducidade” (Portugal, 1966).

Se o Estado pode admitir a renúncia de forma permanente e definitiva pela mãe natural, aceitando que o filho entregue para adoção fique sob o cuidado estatal até que seja colocado em família substituta, à luz da Lei n.º 90/2021, não se compreende por que não se possa reconhecer a “renúncia” permanente e total de uma maternidade em potencial que nem maternidade incontestável é – já que envolve a filiação de genética alheia e não desejada pela contratada. Acrescente-se que, diferentemente da adoção, na gestação por substituição, a criança já é desejada e tem pais biológicos certos.

Ainda, sabendo-se que na adoção, em que prioritariamente deveria se proteger o vínculo já criado com a mãe genética e gestacional, não se reconhece o direito ao arrependimento, não se vislumbra motivo suficientemente forte para que, na gestação por substituição gestacional, se admita o arrependimento, até porque a justificativa que reclama a medida, isto é, a necessidade de se acautelar uma eventual falta de reflexão sobre o consentimento, não se mostra necessária no contrato de gestação por substituição, já que na esteira do artigo 13.º, “c”, “e” e “f”, da Lei n.º 90/2021, aquele só é dado pela contratada que tenha tido ampla informação sobre os riscos do contrato, acompanhamento psicológico e, preferencialmente, já tenha tido a experiência de ser mãe.

Ao se compreender que a maternidade é um direito irrenunciável de forma definitiva, outra interpretação possível para driblar esse obstáculo, sem ferir a Constituição, seria distinguir as espécies de gestação em própria e imprópria. Tal artifício permitiria compreender melhor qual a função e quais são os limites da renúncia à maternidade que a Lei n.º 90/2021 exige da candidata à prática de barriga de aluguel quando o celebra.

Explicamos.

Pense-se na gestação própria como sendo aquela que se desenvolve a partir do embrião formado com o ovócito da própria mulher que o gesta; enquanto a imprópria seria aquela que se desenvolve sem que a gestante por substituição contribua com seu material genético.

Nesse contexto, seria possível afirmar que a renúncia que a gestante faz ao celebrar a barriga de aluguel não é à “maternidade” que advém da gestação imprópria (embrião de genética alheia), pois se essa redundasse em verdadeira maternidade a renúncia feita pela gestante por substituição seria definitiva desde quando a gestante cumprisse o contrato de barriga de aluguel. Já se a renúncia que a gestante faz é à maternidade própria, isto é, à oportunidade de gestar para si com material genético próprio, a renúncia que faz quando decide gestar para outrem seria uma renúncia temporária, eis que seria limitada pelo tempo em que estivesse gestando para outrem. Assim, a renúncia exigida da gestante não seria ofensiva aos bons costumes e à ordem pública e poderia ser considerada eficaz – como entende o TC.

Compreende-se ser essa a única interpretação que se acomoda ao artigo 81.º, n.º 1, do CC, pois a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública e aos bons costumes. De fato, a se considerar irrelevante o fato de o embrião ser de genética alheia e a se compreender ser mãe a gestante, o contrato de barriga de aluguel envolveria uma limitação aos direitos da personalidade da contratada contrária aos princípios da ordem pública e aos bons costumes, pois dela se exigiria uma renúncia *ex ante* contrária à perpetuação do vínculo que adviria da gestação.

Além disso, como já explicado, percebe-se que a regra padrão do artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil já promove um balanceamento entre direitos e responsabilidades e apresenta como solução harmonizadora a permissão pelo arrependimento mediante indenização dos interesses

negativos violados. Isso significa que o dispositivo prioriza a possibilidade da descompressão do direito da personalidade ciente de que a medida violará o direito da contraparte ao cumprimento do contrato e, como contrapartida, ressalva a necessidade de indenizá-la. E assim o faz porque, entre o direito da personalidade limitado e o direito obrigacional de crédito da outra parte, considera o primeiro de maior valor.

A correta aplicação da regra ao contrato de barriga de aluguel impõe, portanto, que se identifique qual é o direito da personalidade restringido e que se perceba que, embora o Código Civil anua com o arrependimento para descomprimir um direito da personalidade limitado, não deseja que tal descompressão seja a causa da violação ou mesmo da supressão de outro direito da personalidade de igual valor.

Nessa linha de raciocínio, a revogabilidade do consentimento autorizado à gestante por substituição teria que ser compreendida como sendo o direito a descompressão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade à maternidade própria e não outro direito que, como já explicado, não se tem, isto é, à maternidade que supostamente derivaria de uma gestação de um embrião de genética alheia (ou uma maternidade em potencial).

De fato, a se entender que a descompressão seria da maternidade derivada de uma gestação imprópria, estaria se admitindo que, para a gestante retomar esse direito, poderia suprimir outro direito da personalidade envolvido no contrato – a maternidade da mãe genética, caso desejasse o bebê encomendado para si – ou a vida do nascituro, caso a sua decisão fosse o aborto.

Sucedo que se a gestante tem direito ao livre desenvolvimento da personalidade de constituir família, os comitentes também o têm, porém com a diferença de que engravidar para a primeira é uma possibilidade enquanto para os comitentes afetados pela infertilidade, não (Portugal, 1966). Daí que a melhor interpretação não é a de identificar o direito restringido como

sendo o direito da gestante à maternidade do embrião de genética alheia, mas sim à maternidade própria.

Nesta linha de raciocínio, não se pode extrair do arrependimento concedido à gestante por substituição um direito à titularidade da maternidade do nascituro que gesta, quanto mais com exclusão da maternidade da comitente – situação que gera, inclusive, prejuízo à identidade genética do embrião.

Aliás, não há como fracionar a ideia da filiação no contrato de gestação por substituição (Chaby, 2019:73) para que a qualidade de pais dos contratantes dependa de a gestante arrepender-se ou não do contrato celebrado. Os contratantes serem pais do bebê que “encomendam”, independentemente da vontade da prestadora do serviço, é da essência desse tipo de contrato. A consagração de um direito ao arrependimento da gestante, e conseqüente reversão da maternidade para si, elimina esse aspeto nuclear do contrato, esvaziando-o e descaracterizando-o (Chaby, 2019:63). Se essa circunstância é contrária à Constituição portuguesa e/ou fere a dignidade da gestante, o próprio instituto da gravidez por substituição é que deve ser rejeitado (Ribeiro, 2018:27; Xavier, 2019: 357).

Na verdade, a possibilidade do arrependimento tornará inútil o contrato (Chaby, 2019:72-73), pois dificilmente quem tanto anseia um filho se permitirá optar por um processo que, no final das contas, poderá vir a ter o desfecho completamente inverso.

A mesma conclusão se impõe se observado o problema sob o enfoque da dupla contribuição biológica maternal (corpo + genética). Entendendo-se que a comitente, dadora do ovócito, também é mãe, não poderia o arrependimento da gestante por substituição ser exercido unilateralmente, sem justa causa e, ainda mais, sem indenização e com o efeito de dar maternidade exclusiva à gestante por substituição.

Entretanto, se a despeito das ponderações aqui postas, a Lei n.º 90/2021 vai além e determina que, em caso de arrependimento da renúncia à maternidade, a gestante passe a ser mãe do bebê que gestou, no mínimo, a indenização também deve ser medida de rigor.

De todo o exposto, as interpretações possíveis para as consequências do arrependimento da gestação, à luz do art. 81.º do CC e Constituição portuguesa, seriam as seguintes:

1. Ao se buscar dar coerência com a essência original do contrato de gestação por substituição, ou se lhe dá exigibilidade integral (o que, ao nosso ver, não se coadunaria com a Constituição portuguesa) ou se veta sua introdução no ordenamento jurídico português, por ser impossível assegurar sua execução sem garantir o arrependimento à gestante e, por conseguinte, sem que haja supressão aos demais direitos dos outros envolvidos na equação do contrato, o que, na lógica reversa, também seria violação à ordem pública, bons costumes e boa-fé. Um ou outro entendimento não se harmoniza com a Lei n.º 90/2021, especialmente caso se entenda que a renúncia da gestante é à maternidade imprópria.
2. Ao se admitir o contrato de gestação por substituição, compreendendo-o entre aqueles que devem se sujeitar ao Código Civil, artigo 81.º, n.º 2, o arrependimento seria direito potestativo da gestante passível de ser exercido para descomprimir os direitos que foram através dele restringidos, com efeitos *ex nunc*. Interpretar-se-ia, portanto, que, diante dos critérios eleitos para definição da maternidade na Lei n.º 90/2021 e impossibilidade de a renúncia à maternidade ser definitiva, a gestante realiza renúncia à maternidade *própria*, e não à *maternidade em potencial que renunciou ao contratar a barriga de aluguel*. Assim, embora seja possível à gestante desvincular-se do contrato, seu arrependimento não poderia ter o poder de fazer nascer para si a

maternidade do bebê, com exclusão da parentalidade dos contratantes que lhe entregaram o material biológico e que não deixaram de desejar a filiação contratada. Os efeitos da desvinculação poderiam se dar, então, até a implantação do embrião, sem qualquer responsabilização da gestante, mas demandariam indenização caso se realize após este termo, ou seja, nos casos em que a gestante opte pelo aborto, sem justa causa, ou passe a assumir maternidade do bebê. Flagra-se aqui, pois, um desencontro entre o entendimento do Tribunal Constitucional português nos acórdãos nºs. 225 e 465, o Código Civil e a Constituição portuguesa.

3. reconhecer a possibilidade de se resguardar a maternidade tanto à mãe genética como à gestante que se arrepende, garantindo-lhes a guarda compartilhada – hipótese que não seria necessária a responsabilização da gestante porque não haveria dano à comitente.

De lege lata, ao se admitir o contrato de gestação por substituição no ordenamento jurídico, e querendo o legislador priorizar a gestante, sem qualquer penalização, seria melhor que o critério para definição da maternidade fosse o da gestação/parto com doação incondicional/perda do embrião, e não o critério genético e volitivo; eis que a introdução da ideia de renúncia à maternidade como premissa para celebrá-lo, garantindo-se um subsequente direito de arrependimento à gestante dessa mesma renúncia, traz para lei contradições inconciliáveis, inclusive para definição do regime do contrato – como continuará sendo demonstrado nos próximos capítulos.

12 - FAVOR DA GESTANTE: CAUSA DE ATENUAÇÃO DA INDENIZAÇÃO?

Não há que se confundir favor e inexigibilidade da obrigação primária com absoluta irresponsabilidade da gestante. De fato, se a gratuidade e o altruísmo podem ser valorados para diminuição da fixação do *quantum* indenizatório (artigo 494.º do Código Civil), não podem ser elencados como causa permissiva do ato de lesar a outrem, máxime se a lesão provocada é a mesma que na origem a Lei n.º 90/2021 pretendia afastar.

Duas analogias podem exemplificar a dimensão ética e a inviabilidade de se cogitar da exoneração da responsabilidade do prestador do favor:

- a) pense-se no vizinho que oferece ajuda para transportar a mudança da mobília da residência de um amigo. Não é porque o serviço prestado foi gratuito ou altruísta que o transportador poderá se apropriar da mobília alheia nem a destruir se, no curso do transporte, desiste de ajudar o vizinho. Ao se compreender que o corpo da gestante é “meio” para carregar o embrião alheio que recebeu em depósito e desenvolvê-lo, também não faria sentido dizer que a gestante, porque mudou de ideia, pode ficar com o bebê, após o nascimento, porque o carregou e nutriu. Não se está com o exemplo apregoando que se trate a relação da gestante com o nascituro como se fosse coisa, nem objetivando desprestigiar o vínculo e a importância que ele possa deflagrar na vida da gestante. A ideia é apenas demonstrar que, sem prejuízo de o Direito escolher priorizar essa relação, ainda assim uma apropriação foi realizada. Inexorável concluir que se alguém se apropria de algo que não lhe pertence este fato, de per si, demanda indenização. A parte objetiva dessa análise só é superável se a premissa mudar, isto é,

se afirmarmos que apropriação não houve – possibilidade que será discutida nos próximos capítulos.

- b) uma mulher dá à luz e, após o parto, entra em coma. Uma amiga assume o cuidado do recém-nascido. O coma dura nove meses. Nesse meio tempo a amiga cuidou do bebê e a ele se apegou como se dele fosse mãe. Sobrevivendo ao coma, caberia ao Direito afirmar que a mãe genética que continua desejando o bebê não é mais mãe porque a amiga cuidou de sua filha, fazendo-lhe um favor gratuitamente? Cabe legitimar a não devolução do bebê à mãe genética que apenas não esteve com ele porque, pelas circunstâncias de saúde, não tinha condições de ser sua mãe enquanto em coma estava?

Ao se entender que, em circunstâncias tais, a maternidade se estabelece pelo afeto e deve ser atribuída à amiga, provoca-se um dano à mãe genética.

Por certo, a amiga sabia que o bebê não era seu e assumiu voluntariamente a obrigação de cuidado, ciente de que poderia se afeiçoar à criança. Logo, chegado o momento da recuperação de saúde da mãe genética, o bebê deveria lhe ser devolvido. No máximo, poderia se cogitar, por questão de justiça, de a amiga ser indenizada em razão do tempo, dos custos e do trabalho dedicado com os cuidados com a criança (gestão de direitos alheios). Não é possível, porém, afirmar que porque a amiga fez um trabalho gratuito, pode passar a ser a mãe da criança.

Também o fato de o serviço ser gratuito não muda essa compreensão. Caso contrário, se dará implicitamente mais valor ao dinheiro do que à quebra da palavra.

O estudo sobre as causas que podem gerar responsabilidade civil também põe em evidência o abuso de liberdade, quando envolve a revogação de uma promessa de cortesia ou de uma

autorização. Na doutrina italiana⁷³, cita-se, neste sentido, os exemplos do destinatário de uma autorização do proprietário de entrar num terreno para fazer pesquisas geológicas ou hídricas no seu próprio interesse ou para a prática da pesca e que tenha a licença revogada repentinamente após realização de despesas e contratação de funcionários. Ao se obrigar a tolerar a interferência de outrem, ainda que pudesse ser invocado o direito de propriedade para impedir a atividade da contraparte não afastaria a mudança repentina de postura e, por conseguinte, a quebra da palavra do proprietário. Por igual, o anfitrião que, por cortesia, recebe e autoriza um hóspede a se acomodar por curto período em sua residência e no dia seguinte muda de ideia e o deixa na estrada (Checchini, 1977:249-250-252).

Da mesma forma, a mulher que aceita realizar o favor de gestar para outrem, ainda que seja autorizada a abortar *ad nutum* no prazo da lei penal, quando o faz, sem justa causa, contraria o que havia se comprometido a não fazer, isto é, causar dano à vida do nascituro e agravar a situação de saúde dos comitentes.

Viola, pois, um dever de colaboração decorrente da lei, o qual é compatível com a “*regola de correttezza*” desenvolvida por Checchini⁷⁴. Afinal, envolver-se em uma gestação para outrem

⁷³ Sobre a questão destaca Checchini (1977:249-250, 252 – tradução livre) que há correntes doutrinárias que vêem na relação de cortesia uma obrigação de tolerar (Leonhard, Allgem & Munchen, 1929: *apud* Checchini, 1977) e outras como a de Peritt Griva (1933:105 *apud* Checchini, 1977) que da quebra da promessa realizada extraem uma responsabilidade contratual, quando ela advém de uma interrupção injustificada e é fonte de um dano emergente. O verdadeiro alcance jurídico da obrigação estaria, portanto, circunscrito à obrigação de abster-se de produzir o efeito lesivo indicado e, tratando-se este prejuízo de uma relação consensual, não se considera aplicável a regra baseada no princípio do *neminem laedere*, mas sim o da diligência. Em última análise de acordo com essa orientação as partes do acordo amigável não poderiam, sem justa causa, desistir do compromisso assumido, ao fim de respeitar a esfera jurídica da outra pessoa exposta ao risco de lesão no caso do contrato social específico assumido.

⁷⁴ Checchini (1977:293) explica que a *regola di correttezza* se trata de uma disciplina que, pela natureza da obrigação prevista no artigo 1337.º e pela conexão com o princípio fundamental da solidariedade, parece visar à proteção do interesse público sem dar lugar a uma relação jurídica, ou seja, a um direito subjetivo.

O comportamento tido por violação da norma aparece como um ilícito, com base em uma apreciação imperativa da lei sem corresponder a uma violação de um dever absoluto ou relativo.

Ora, a característica do dever de equidade é determinar um critério geral (artigo 1337.º e 1175.º) ou especial (artigo 1338.º, 1398.º, 1440.º) de comportamento “para com outros associados”, de modo a não lhes causar um prejuízo mediante uma conduta desonesta.

não deixa de trazer consigo o dever pela maternidade responsável (artigo 1.º e 67.º, 2, “d” da Constituição portuguesa), porque essa ideia é inerente ao ato de gestar para outrem. Nesse sentido, a lei quer que a gestante cumpra a promessa, não o contrário, sob pena de ser incompreensível todo o movimento feito pelo legislador a favor daqueles que não podem gerar de forma natural.

Ou seja, aplicando os ensinamentos de Checchini, ainda que não houvesse dever de conclusão da gestação, há um dever de coerência que decorre da lei e que, independentemente de a gestante estar violando um direito absoluto ou relativo dos comitentes, pode ser invocado para justificar a necessidade de sua responsabilização.

Se a lei, em respeito à liberdade da gestante, permite que ela mude de planos, o intérprete não pode desconsiderar que a escolha da gestante envolve a subtração de um bem que pertence e/ou tem valor para outrem. Afinal, abortar ou tomar como seu um bebê que se comprometeu a entregar para outrem, ainda que não seja propriamente um ato desonesto ou culposos, é contraditório e causador de dano àqueles que deveriam ser beneficiados pelo cumprimento da promessa.

Neste ponto, o favor poderia ser considerado para fins de atenuação do valor da indenização, nos termos do artigo 494.º do Código Civil português que diz:

Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.

Frise-se que a solução da Lei n.º 90/2021 de permitir que a maternidade seja fixada na pessoa da gestante que se arrepende da renúncia à maternidade implica dizer que o “favor” que a

Ainda, Checchini (1977: 291) cita Frosini, na obra intitulada “*Situazione giuridica*” (Checchini, 1977:471) quando afirma que o sujeito está vinculado a uma conduta de sujeição jurídica perante o ordenamento jurídico sem que sua prestação seja condicionada pela pretensão do outro sujeito.

gestante fez para os pais intencionais já está sendo retribuído pelo Direito (Portugal, 2021) – eis que permanecerá com o filho gestado. Então, além da perda do filho, a interpretação da lei não pode ser a de penalizar ainda mais os contratantes não os indenizando. Não se concebe que o Direito permita o dano e, ainda assim, negue qualquer tipo de indenização aos comitentes quando é a própria lei que oferece o sonho para depois frustrá-lo.

Para reafirmar esta conclusão, é preciso aprofundar o estudo de quando, apesar da cortesia, há vinculação contratual e a natureza dessa responsabilidade. Nesse desiderato, como afirma Cedon (2004:15), a discussão envolveria duas ordens de diferentes problemas: a disciplina da revogação da promessa e o dano da execução da prestação graciosa – é o que será aprofundado no próximo capítulo.

13 - HÁ JUSTIFICATIVAS PARA RESPONSABILIZAÇÃO DA GESTANTE APESAR DO FAVOR?

Para efeitos de responsabilidade civil (resultante da não entrega do filho recém-nascido para o casal cliente), a resolução das questões relativas à condição de mãe assume um papel fundamental, assim como compreender se há um direito à procriação e se de fato a infertilidade deve ser tratada como um direito à saúde.

Além disso, se no pacto de útero por substituição gratuito, o favor pode não gerar obrigação de cumprimento da promessa, haveria de se pesquisar se a descortesia traz uma lesão a um interesse jurídico relevante.

Pela brevidade do estudo não será possível abordar todos os pontos. Porém, para fins de reflexão, é interessante obtemperar que, sob a ótica do direito civil italiano, a obrigação de ressarcir o dano pode não advir apenas dos casos de inadimplemento contratual em sentido estrito ou do fato ilícito⁷⁵, mas de outro fato idôneo considerado pelo ordenamento jurídico como capaz de produzir obrigação⁷⁶. Eis que existiriam outros interesses e valores⁷⁷, escritos ou não em contrato, que

⁷⁵ Galasso e Mazzaresse (2008:190-191 – tradução livre) afirma que “a relevância questionável da prestação de cortesia e da prestação de natureza ética, super-ética e solidarística não tem impedido a configuração da responsabilidade aquiliana pela qual o dano se configure como consequência do inadimplemento ou não exato adimplemento da prestação”.

⁷⁶ Franceschetti (2016 – tradução livre) explica que, para parte da doutrina italiana, na falta de um contrato, o contato social faria inferir responsabilidade a título de contrato de fato por violação à obrigação de boa-fé, por aplicação dos artigos 1218.º e 1375.º CC, mesmo sem ser uma obrigação (Caringella, 2020), pois o dever geral negativo do *neminem ledere* imposto a qualquer um se instauraria do contato. Trata de uma «*obbligazione senza prestazione*», categoria geral e pressuposto da «*responsabilità da contatto sociale qualificato*».

⁷⁷ Peretti-Griva (1939:119-120 - tradução livre) diz que, embora concorde com a afirmação de Ripert (de que a obrigação meramente potestativa de quem transporta por cortesia não merece ter o nome de obrigação), isso está longe de esgotar a complexa questão acerca de quando o vínculo por cortesia pode gerar responsabilidade. Ele elabora alguns exemplos que demonstram que uma prestação que se refere a um movimento de ânimo de cortesia do declarante se transforma, em certos limites, numa verdadeira obrigação de valor jurídico, não mais sendo, em outros aspectos, potestativo. É o caso de quem convida genericamente um amigo a entrar no seu carro para passear. Diz o autor que se é fato que esse convite não abrange o compromisso de levar o amigo do transportador até sua casa, implicitamente contém o compromisso de não o transportar para um lugar remoto, nem de deixá-lo sem condições de um retorno relativamente rápido ao ponto de partida. Por outro lado, pressupõe que o passageiro se comporte de forma adequada

permeiam o comportamento cortês e que abstratamente assumem relevância para o Direito mesmo se não escrito em contrato de forma que seja em razão da solidariedade social (que, segundo parte da doutrina, tem seu fundamento positivo no artigo 204.º, 2º co. Cons.) (Panuccio, 1977:1659, Santoro 2001:676) ou, ainda, sob o perfil dos interesses do beneficiário no cumprimento da proteção da situação de aparência ou na confiança⁷⁸ poderia justificar a responsabilização da gestante. E assim é porque o dever de coerência deve sempre inspirar a conduta humana (Peretti Griva, 1939:295).

Cedon (2004:168 *apud* Lipari 1968:429) destaca que a mesma doutrina que teorizou a irrelevância geral da relação cortês admitiu que: “isso não significa que os efeitos da relação estejam subtraídos de qualquer disciplina jurídica, apenas que a intervenção do ordenamento jurídico depende de um fato diferente e ulterior quanto ao modo de ser dessa relação”.

Nesse sentido, Santoro (2001:665) entende que, em casos como o do transporte de cortesia, o transportador⁷⁹ pode não concluir o transporte, mas se causa acidente e surge lesão, tem que indenizar⁸⁰. Aliás, Savatier (1951:157) sustenta que: “quem assume um transporte gratuito contrai

à relação estabelecida de mútuo consentimento, comportamento que, por exemplo, irá obrigá-lo a certificar-se de que a porta que ele próprio abriu está fechada, sob pena de responder pessoalmente pelas consequências danosas para terceiros e para o condutor.

Outro exemplo que oferece é: se Tizio está prestes a partir de trem a outro país para o pagamento de uma letra de câmbio e Caio se aproxima dele e se oferece para levá-lo até o local designado, Caio tende a ser obrigado a cumprir sua promessa, quando Tizi, confiando na determinação de Caio, desiste de embarcar no trem. Pondera ainda o autor: “não sabemos o que Jossierand poderia opor para recusar a obrigação de Caio, depois de receber Tizio em seu carro e iniciar o transporte, de prestar o serviço esperado até o fim, por retratar sua oferta”.

⁷⁸Também o §90º do Restatement (Second) americano sobre Contracts dispõe que uma promessa que o promitente deve razoavelmente esperar induzir ação ou tolerância por parte do promissário ou de um terceiro e que induz tal ação ou tolerância é obrigatória se a injustiça puder ser evitada apenas pela execução da promessa. O remédio concedido para violação pode ser limitado conforme a justiça exigir. (Folsom, 2018).

⁷⁹O Código Civil português, artigo 504.º, n.º 3, dispõe que: “No caso de transporte gratuito, a responsabilidade abrange apenas os danos pessoais da pessoa transportada”.

⁸⁰Segundo Cedon⁸⁰ (2004:170 - tradução livre), para os que defendem essa teoria, o ressarcimento do dano seria limitado à maior despesa enfrentada para viabilizar a prestação ou o dano do que não se implementou no limite do interesse negativo.

ao menos a obrigação de não conduzir para outro lugar ou de deixar o passageiro na estrada. A revogação inoportuna e prejudicial produziria responsabilidade contratual”.

Corrado (1966:71), por sua vez, afirma que a promessa de cortesia, pelo modo como é formulada, seria submetida a uma condição suspensiva meramente potestativa que a torna inidônea para formar um vínculo jurídico (seria um “não negócio”), mas defende que sua valoração deve ser computada considerando o instituto subsidiário do enriquecimento sem causa (Corrado, 1966:81).

Para Gallasso e Mazzaresse (2008:51-52), o voluntário é livre para empreender, continuar e cessar a execução de seus atos, mas se essa relação se prolonga no tempo, cria-se um vínculo e gera uma obrigação de proteger. Acrescentam os referidos autores que a liberdade do voluntário deve ser limitada para alcançar um justo equilíbrio com o interesse do beneficiário. Dizem eles que, à luz do princípio geral do *factum infectum fieri nequit*, não é admissível a cessação *ad libitum* do trabalho voluntário, porque o voluntário deve concluir a atividade desenvolvida quando o seu início tiver produzido efeitos “irreversíveis” na esfera do destinatário, de modo que sua interrupção acarretaria prejuízos consideráveis a ele.

Acrescentam que a confirmação desse limite externo é representada, na vertente penal, pelo crime de omissão de socorro (artigo 593.º do Código Penal italiano) e, na verdade cível, pela gestão de negócios alheios (artigo 2028.º do Código Civil italiano). A disposição penal obriga quem tiver conhecimento de situação de perigo de outrem a prestar a necessária assistência, e, por isso, se a lei impõe o dever de assistência a alguém perante uma situação de grave perigo para a pessoa, *a fortiori*, o mesmo dever surge para o voluntário que estabeleceu vínculo duradouro com o sujeito em perigo. A lei civil, por seu turno, regula o caso em que um sujeito, na ausência de qualquer obrigação preexistente, implementa atos destinados a proteger os interesses de outrem, sancionando a obrigação de continuar a atividade desenvolvida até a sua conclusão.

Concluem dizendo que o “beneficiário não tem nenhuma ação para obter o adimplemento do exercício da atividade voluntária, mas pode atuar contratualmente contra o voluntário para ressarcimento dos danos causados pela falta de diligência no exercício da atividade” (Gallasso, Mazzaresse, 2008:51).

Nessa linha de raciocínio também Peretti-Griva (1993:96 *apud* Cedon, 2004:184 – tradução livre).

Corroborar essa conclusão Savatier (1951:152) quando, tratando da relação de cortesia, faz referência à revogação da figura do mandato gratuito e o fato de o Código Civil português determinar a aplicação subsidiária das regras do mandato para os contratos de prestação de serviços atípico.

Checchini (1977:244) pondera que “a afirmação de alguém sobre a possibilidade de desistir a qualquer momento e com absoluta liberdade de uma promessa amigável, graças à natureza não vinculativa da mesma, não satisfaz plenamente o senso comum da justiça”, pois pode provocar uma modificação de uma situação de fato que afete o beneficiário, o qual, em consequência da promessa amigável, poderá ser induzido a realizar despesas ou a renunciar a outras oportunidades de obter o mesmo serviço.

Para Checchini (1977:342), a expectativa do promissário que se expõe a risco de sofrer prejuízo precisamente por causa da relação amigável é indenizável porque existe uma *regola di correttezza*, a qual, mesmo fora da relação jurídica, faz com que o dano causado pela violação de um acordo amigável possa adquirir relevância não em termos do descumprimento enquanto tal (já que inexistente uma obrigação), mas ao nível da violação de um dever de retidão enraizado no princípio da solidariedade. Inclusive, para Checchini (1977), a má-fé objetiva pode ser inferida do próprio fato de o promitente ter se aproveitado do acordo amigável para explorar essas

circunstâncias em seu próprio interesse, sem consideração pelo interesse da outra parte; pode também resultar da circunstância da desistência, por violação desse núcleo mínimo de correção que descreve⁸¹.

Assim, a se compreender que há na barriga de aluguel gratuita uma prestação de serviço⁸², poderia se afirmar que mesmo não sendo a promessa vinculativa, se a gestante pratica aborto, sem justa causa, ou involuntariamente, por grave negligência, dá causa ao aborto, poderia ser obrigada a indenizar os danos que daí derivam para os comitentes.

Em Portugal, Frada (1994:108-109) observa que, no quadro de relações de sociabilidade ou mera obsequiosidade, em que não se instituem prestações juridicamente vinculantes, as partes, ainda assim, podem ser obrigadas à observância de determinados deveres (v.g. de proteção) devido à defesa dos interesses alheios, pois, afirma, que foi justamente a desconstratualização dos deveres de proteção que permitiu enquadrá-los numa relação própria.

Lembra Frada (1996:268-269) ser frequente a execução do acordo contratual envolver a entrega temporária de bens por uma das partes a outra, não apenas em contratos típicos (v. g., locação, comodato, depósito etc.), como em outras situações em que a transferência (temporária)

⁸¹ Chechini (1977 - tradução livre) afirma que alguns autores têm considerado que a possibilidade de rescisão *ad nutum* pelo devedor amigável faz parte do conteúdo normal do acordo, invocando o artigo 783.º ou o artigo 1340.º do Código Civil, ou seja, argumentando que um termo consuetudinário se aplicaria nesse sentido.

Diz que outra doutrina, numa lógica diferente da negocial, resolve a questão de forma mais problemática, reduzindo a desistência de transportar o amigo à revogação de uma licença sempre possível, desde que não seja caprichosa ou imotivada, e vice-versa – em qualquer caso, inadmissível se causar prejuízo à contraparte.

Para Chechini, nenhuma dessas conclusões extremas parece caber exatamente acertada.

Cita o artigo 1809.º do Código Civil, que permite a dispensa unilateral do vínculo assumido, havendo justa causa, prevendo ainda que, quando a expectativa criada pela estipulação negocial for de natureza precária, a desistência é admitida incondicionalmente (artigo 1810.º). Porém, destaca que o mais relevante é que, na hipótese de conflito entre os interesses objetivamente apreciáveis do devedor (gratuitamente) e os do beneficiário da prestação, a lei deve privilegiar a proteção das razões do primeiro sujeito por evidentes considerações equitativas, ligadas ao caráter desinteressado da prestação.

⁸² A despeito de alguns doutrinadores em Portugal, como Raposo (2009:56-58) e Pinheiro (2008:330), considerarem a gestação por substituição um contrato de prestação de serviço atípico, outros, como Chaby (2016: 355), entendem que “não é comparável esta alienação com a utilização da força de trabalho”. Para a autora, a gestante não disponibiliza sua força de trabalho para execução da tarefa, mas disponibiliza seu corpo para atuação da natureza. Há aqui um depósito do embrião no corpo da gestante que assume a posição de desenvolvedora desse ser.

do domínio de coisas é ditada pelas conveniências mais variadas da execução de um acordo. Em todas essas hipóteses, o autor afirma ser inerente a oneração do detentor com deveres de cuidado em relação às coisas recebidas, mesmo que não seja possível divisar nenhuma vontade dirigida à constituição de uma obrigação negocial com esse conteúdo. Isso também seguiria na hipótese de o acordo ser inválido ou destruído. Como consequência, até a restituição do bem, o *accipiens* terá de o conservar e guardar diligentemente, defendendo-o, em certos termos, dos perigos que o possa afetar.

Diz o eminente autor (Frada, 1994) serem essas situações em que tem cabimento a doutrina da *Anvertrauenshaftung* de Canaris, a qual assenta que quando uma das partes (o proprietário) confia a outra a coisa (a atitude de *anvertrauen*), esta não deve defraudar as expectativas de diligência e cuidado na base das quais a entrega foi efetuada. É justamente o abdicar do controle da coisa por parte do seu titular no valor de outrem que indica o investimento de confiança, o qual é apontado como pressuposto da intervenção da responsabilidade pela confiança.

Explica o autor ainda que, no *Tatbestande* dessas constelações, intervém, além do tal elemento de caráter consensual, investidura no controle sobre o bem alheio (*actual entry upon the Thing*), um ato real do qual depende a sujeição do fiduciário a seu estatuto especial de deveres de cuidado em relação a esse bem (Frada, 1994). O domínio do fato que passa a exercer sobre o bem dá a quem o recebe o poder de interferir danosamente na esfera de seu titular. Essa posição de poder, instituída numa base de confiança, no entendimento de Frada (1994) terá de ser depois compensada por uma responsabilização acrescida, traduzida nos deveres de proteção⁸³.

⁸³ Na literatura italiana, Forhcielle (1953:295) também afirma que não se poderia conceber um acordo de depósito por força do qual o depositário não esteja, no mesmo momento em que conscientemente recebe a coisa, consentindo também em custodiá-la. Plenamente livre, o sujeito demandado poderia não aceitar o depósito, mas uma vez que a recebe, está inequivocamente comprometido a custodiá-la, mesmo que tenha agido por mero motivo de liberalidade ou cortesia.

Daí que, para Frada (1994), violar ou permitir a violação da integridade do bem é mais do que lesar uma posição delitualmente protegida; é frustrar o sentido da relação instaurada pelas partes, o seu caráter fiduciário. Assim, há uma censura especial a esse comportamento, que reside no fato de o detentor, de algum modo, ter se comprometido perante o titular à solicitude para com o bem.

Ainda, para Frada (1994:178-183), “a pedra de toque é, todavia, a da racionalização da eficácia jurídica de que é portadora a atitude de confiar (anvertrauen)”. Esses deveres exprimem a responsabilização inerente à liberdade por parte do onerado de receber em confiança bens alheios no exercício da autonomia negocial. Seria, aliás, incompreensível não sancionar uma atitude negligente do fiduciário quanto à guarda e à proteção da coisa, pois assumiu voluntariamente a sua curadoria, fato esse constitutivo da sua situação de responsabilidade (heteronomia evitável). Então, para cobrir essa responsabilidade decorrente da “aceitação fática da responsabilidade” ou da “assunção não contratual de deveres” de que fala Fikentscher, sugere Frada (1994) o aproveitamento da noção do quase-contrato, com aproximação do modelo de responsabilidade do incumprimento dos contratos.

Transpondo esse raciocínio para a gestação por substituição percebe-se que, da parte da gestante, há, no mínimo, o exercício do poder de fato sobre um bem alheio (embrião) mediatizado por um entendimento entre aquele que o tem e dele temporariamente abdica e a gestante que, em fidúcia, o recebe. Não é a gestante quem unilateralmente ou por si só se coloca na posição de poder lesar o interesse alheio. Essa posição, como que consentida pela outra parte, faz com que se compreenda implícita a oneração da gestante com deveres de proteção ao embrião.

Portanto, a entrega do embrião à gestante traduziria, no mínimo, uma situação em que sua vinculação teria origem numa espécie de acordo de fato que mesmo que não desenvolvesse eficácia

jurídico-negocial, nem por isso implicaria em ausência de responsabilidade nos casos em que perpetrasse, sem justa causa, dano ao embrião e, por conseguinte, aos comitentes.

14 - OS COMITENTES TÊM EXPECTATIVA OU CONFIANÇA TUTELÁVEL?

Devem ser refutadas as alegações de que a responsabilização da gestante equivaleria no fundo à irrevogabilidade do consentimento prestado pela gestante ou que ela não pode ser admitida porque o favor da gestante faria com que todos os riscos da operação fossem dos comitentes⁸⁴.

Ter confiança não significa gozar de uma garantia ou de uma certeza total de que a parte contrária não se arrependerá ou não resolverá o contrato. Na verdade, dar fidúcia significa que se reconhece a possibilidade de traição porque se assim não fosse não haveria necessidade de confiar. Logo, o fato de o promitente poder se arrepender não transmuda a confiança depositada em um valor não tutelável⁸⁵. Se a possibilidade do arrependimento sugere que a confiança foi demasiada, esse fato não afasta o dano consubstanciado, quer na perda do embrião ofertado, quer na chance de ter um filho ou, ainda, na perda do próprio do filho – medida do dano que dependerá de quando a gestante manifesta o desejo pela assunção da maternidade ou pela prática do aborto e do que o Direito compreenderá ser o embrião, de quando definirá que existe filho (se da concepção/implantação/nascimento) e para quem (comitente dadora do ovócito/gestante por substituição).

Por mais que os contratantes tenham a noção do risco do arrependimento, mobilizaram-se porque confiaram na contratada, a qual confirmou com seu consentimento e comportamento subsequente que tal confiança poderia ser mantida. Se não fosse, dificilmente os contratantes se aventurariam no projeto. Esse cenário revela que a mudança de comportamento da gestante,

⁸⁴ Em sentido contrário, Grasso (2002:179) cita a posição de D'Angelo (*Le promesse unilaterali*. Art. 1988-1991, em Comm al cod civil, direto da P Schlesinger, Milano, 1996:5), segundo o qual, a mera confiança suscitada no promissário pela simples promessa não é suficiente para desencadear responsabilização do promitente.

⁸⁵ Grasso (2002:183) defende que é um comportamento que se situa “na dimensão moral do puro altruísmo, não exigível juridicamente” e, por isso, destinado a não vincular de forma alguma a mãe substituta, nem mesmo na forma de compensação reparatória. Nesse contexto, a expectativa que tal promessa pode suscitar não seria tutelável. Por fim, sustenta que os gastos tidos pelos comitentes para o êxito da gravidez não podem ser reembolsados por constituírem objeto de uma obrigação natural.

embora admitida pela lei portuguesa, não pode ser tratada como se uma lesão à confiança não houvesse.

Julgando-se que os contratantes não poderiam ter depositado confiança na contratada, cria-se um paradoxo, pois de nenhuma valia teria o acordo de gestação por substituição. Afinal, quando os contratantes celebram o contrato de gestação por substituição, não querem se desfazer do embrião; quando o entregam à gestante, fazem-no de forma condicionada, isto é, para um fim específico e sob a garantia da renúncia da gestante de desejar a maternidade do bebê após seu nascimento. Não há aqui ilegítima confiança na outra parte, mas justamente o contrário, a confiança é a razão de ser da operação, sendo a transferência do embrião instrumental para o fim almejado de trazê-lo à existência extrauterina.

Ao se analisar o dano pelo ângulo da exigibilidade de conduta diversa que deveriam ter tido os contratantes – não confiar na gestante por substituição –, e não pelo enfoque de quem se desliga do contrato e frustra uma promessa/obrigação, sem nenhuma justificativa maior, a conclusão será que nada vale a proteção estatal e de promoção da saúde de proteção dos direitos contra danos causados por terceiros.

Logo, negar indenização em função da censura que se faz à confiança depositada pelos comitentes, desmerecendo-a, não gera uma solução equitativa e é contrária à natureza da barriga de aluguel que mais se aproxima de um pacto fiduciário⁸⁶ (Vasconcelos, 1985).

⁸⁶ Para Vasconcelos o negócio fiduciário é geralmente pensado como uma declaração de vontade séria com a qual um sujeito (fiduciante) investe outro (fiduciário) numa posição jurídica em relação à qual os poderes em que fica investido excedem o resultado prático tido em vista e é plenamente eficaz perante terceiros – com a consequência de serem considerados válidos e eficazes os actos de disposição que, em violação do “*pactum fiduciae*” o fiduciário pratique – sendo “consequentemente remetida, pelo menos em certa medida, mais para a confiança depositada no titular (fiduciário) que para os meios coercivos a execução cujo cumprimento concreto se destina a dimensionar, dentro do intento prosseguido, a operatividade do meio, técnico utilizado.”

Um exemplo ajuda a clarear a impossibilidade de a solução ser a absoluta exoneração da gestante. Se o proprietário de um terreno admite que joguem uma semente em seu terreno, comprometendo-se, por cortesia, a regá-la até que amadureça e dê frutos, oportunidade em que os entregará ao lançador, até admite-se pensar que é deste o risco do resultado do plantio, assim como da possibilidade de o dono do terreno resolver ficar com a árvore e frutos para si. Entretanto, fere os comezinhos princípios de Direito que, no momento da recusa do cumprimento da promessa pelo dono do terreno, a resposta do Direito seja a de negar qualquer indenização ao lançador da semente, tendo-se por premissa ser culpado pela escolha de lançar a semente e de ter confiado no proprietário do terreno.

Mesmo que se afirme que a expectativa seja um *minus* em relação à confiança⁸⁷, houve uma autorização que criou uma expectativa de conduta, havendo um ponto objetivo concernente à apropriação indébita que não pode ser irrelevante para o Direito.

Ao não se entender assim, pune-se duas vezes os comitentes: uma, por ter confiado equivocadamente, não sendo exigível a obrigação pactuada; duas, por não poder receber qualquer indenização.

⁸⁷ Checchini (1977:259-280 – tradução livre) considera que no caso das relações de cortesia existe apenas uma esperança de que a palavra dada pela contraparte seja mantida, mesmo sabendo que a pessoa que assumiu o compromisso é legalmente livre para não a cumprir.

Sem prejuízo da inexistência da obrigação de celebrar o contrato, por um lado, e de prestar o serviço de cortesia, por outro, sustenta que a *ratio* do princípio da boa-fé objetiva se deve aplicar *a fortiori* na relação amigável em que a relação intersubjetiva implique a expectativa de uma determinada prestação *de facere* onde o contato pré-contratual implique apenas em uma confiança genérica sobre a idoneidade da outra parte na atividade preparatória da negociação.

Para o autor a natureza da responsabilidade prevista na lei da boa-fé, prescinde abandonar tanto o critério da referência à obrigação de colaboração (artigo 1218.º) quanto o critério que a articula com a violação de direitos e sobre o sistema de vinculação do dano a um sujeito específico por culpa e dolo.

Assim, defende que “o disposto no artigo 1337.º não introduz uma expectativa em sentido estrito, mas uma expectativa que tem por objeto exclusivamente a boa-fé objetiva da contraparte por ocasião desse contato social específico. O que importaria para a lei seria, em substância, a confiança, gerada em cada parte, não já o resultado bem sucedido das negociações visto que até o final as partes não são obrigadas a concluir o contrato, mas no comportamento honesto da contraparte de quem se esperaria receber notificação, comunicação etc, de modo a não prejudicar, não o interesse na celebração do contrato, mas a integridade patrimonial do sujeito, que é suscetível de sofrer danos em razão da estreita relação intersubjetiva estabelecida.”

Ainda que assim não fosse, remanesceria a circunstância do enriquecimento indevido. O dono do terreno não poderia ter para si frutos de uma semente que admitiu cuidar para vicejar para outrem; se o Direito admite que dela se aproprie não pode negar ressarcimento aos donos da semente. Da mesma forma, autorizar a gestante ficar com o bebê de genética alheia cujo pré-natal tenha sido pago pelos comitentes, não pode ser admitido sem que nem mesmo essas despesas sejam ressarcidas⁸⁸.

Ao tratar da *regola de correttezza* Checchini (1977:312-313) invoca o caso do nubente que quebra a promessa de casamento, o qual pode ser equiparado à barriga de aluguel para demonstrar a necessidade de indenização por parte da gestante no caso de arrependimento da renúncia à maternidade.

Apregoa o referido autor (Checchini, 1977) a necessidade de indenização quando não houver razão socialmente apreciável que a justifique, como quando toma a decisão depois de descobrir uma doença hereditária própria ou do futuro cônjuge. Para o autor (Checchini, 1977), essa apreciação do comportamento do denunciante é equiparada a uma avaliação de má-fé, ainda que o critério, pela particularidade da situação regulada, deva ter em conta outros elementos que não os que determinam uma situação jurídica de justiça nas negociações.

Aduz o autor que o sentido da norma em seu conjunto poderia, portanto, ser interpretado para repartição do risco pelas despesas e obrigações que as partes, já próximas do casamento, devem doravante assumir. Destaca que, o critério com base no qual surge a responsabilidade não

⁸⁸ Adam Ellsworth (Purshouse, Bracegirdle, 2018 – tradução livre) afirma que quando um contrato de barriga de aluguel é rompido, haverá uma parte perdedora: ou a gestante ou os pais intencionais. Todavia, para o autor, não há razão para os pais perderem duas vezes. Para ele, é injusto a gestante poder ficar com a criança e o dinheiro que foi pago a ela para a gravidez ser exequível. Por outro lado, pondera que impor exigibilidade a tal contrato poderia ser duro para a gestante e poderia ser prejudicial ao bem-estar da criança. Defende, assim, que a regra do enriquecimento sem causa pode oferecer uma solução intermediária para os problemas associados ao contrato de barriga e tem a vantagem de permitir que os juízes considerem as circunstâncias particulares do caso individual.

parece ser comparável a um critério de responsabilidade objetiva, ainda que não se possa afirmar que coincida necessariamente com o critério da culpa, pois, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 81.º do Código Civil italiano, basta que o promitente se retire “sem justa causa para que tenha de reparar do dano, não se exigindo sequer que a justa causa seja imputável a culpa da parte contrária”.

O mesmo entendimento é expresso na norma portuguesa que tem regulamentação própria no artigo 1591.º do Código Civil e diz que:

[...] o contrato pelo qual, a título de sponsais, desposórios ou qualquer outro, duas pessoas se comprometem a contrair matrimónio não dá direito a exigir a celebração do casamento, nem a reclamar, na falta de cumprimento, outras indemnizações que não sejam as previstas no artigo 1594.º, mesmo quando resultantes de cláusula penal.

Ainda preconiza o artigo 1592.º, n.º 1 do Código Civil que:

no caso de o casamento deixar de celebrar-se por incapacidade ou retractação de algum dos promitentes, cada um deles é obrigado a restituir os donativos que o outro ou terceiro lhe tenha feito em virtude da promessa e na expectativa do casamento, segundo os termos prescritos para a nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico.

Por fim, o artigo 1594.º do Código Civil diz que:

1. se algum dos contraentes romper a promessa sem justo motivo ou, por culpa sua, der lugar a que o outro se retracte, deve indemnizar o esposado inocente, bem como os pais deste ou terceiros que tenham agido em nome dos pais, quer das despesas feitas, quer das obrigações contraídas na previsão do casamento; 2. “Igual indemnização é devida, quando o casamento não se realize por motivo de incapacidade de algum dos contraentes, se ele ou os seus representantes houverem procedido com dolo”; 3. “A indemnização é fixada segundo o prudente arbítrio do tribunal, devendo atender-se, no seu cálculo, não só à medida em que as despesas e obrigações se mostrem razoáveis, perante as circunstâncias do caso e a condição dos contraentes, mas também às vantagens que, independentemente do casamento, umas e outras possam ainda proporcionar”.

Assim, tal qual na promessa de casamento rompida sem justa causa se admite que se preserve a liberdade de quem não quer seguir com o vínculo, faz-se necessário que, ao se dar a mesma liberdade à gestante, dela se demande a indenização, no mínimo, dos interesses negativos violados, os quais correspondem às despesas com tratamento, pré-natal etc.

Por último, ainda que não houvesse vinculação ou a expectativa não fosse fundamento indenizável para a gestante ter que indenizar os comitentes, remanesceria a obrigação de ressarcimento por uma questão objetiva: o embrião não pode ser devolvido, foi assumido com dever de guarda e tem valor intrínseco em si mesmo e para os comitentes.

De fato, não se pode esquecer que, na barriga de aluguel, apesar da promessa de favor, o embrião é “emprestado” com o objetivo de ser devolvido, transformado e evoluído. E, ainda que se substitua o contrato “querido” pelo “contrato justo” ou “adequado”, afirma Frada (1994:62) que os deveres de proteção são acrescentados ao programa obrigacional que é posto diretamente pelas partes, sempre que a execução deste envolver de fato riscos para a integridade dos seus bens ou das pessoas. Ademais, não se pode esquecer que, mesmo na hipótese de não haver contrato, tais deveres se impõem e demandam uma responsabilização própria.

Cedon cita uma parte da doutrina (Corrado, 1966:73) que considera que, em uma prestação que contenha a obrigação de dar – como são os contratos reais, o comodato, o depósito e o mútuo – a promessa cortês é idônea, fazendo surgir uma obrigação para o promitente. Uma vez aperfeiçoado o vínculo com a entrega da coisa, o intento cortês resta absorvido como mero motivo interno à gratuidade. É, então, aplicável a disciplina da responsabilidade contratual.

Para Checchini (1977:196), a promessa de empréstimo seria socialmente não vinculante se não for acompanhada da entrega da coisa, mas se for e houver intenção vinculativa, apesar da cortesia, a constituição de pretensões jurídicas está formada (Cecchini, 2019:200-201), pois quem

recebe a coisa deve ter em conta que, com tal ato, é gerada a confiança da entrega em consignação, de modo que seu comportamento será valorado como de compromisso. Para a hipótese de intenção não vinculativa, dá como exemplo clássico o caso do viajante que pede a outro passageiro na estação que cuide de suas malas enquanto sai para fazer uma compra. Nesse caso, para Checchini (1977), há a assunção de compromisso de fazer em nível puramente social ou metajurídico, em que a entrega da coisa simplesmente constitui o pressuposto de fato que permite a satisfação. A relação de cortesia assim hipotetizada produziria um efeito material, sem significado jurídico, pelo que o titular do bem poderá, em todo o caso, exigir a sua restituição com fundamento em seu direito absoluto, e não em virtude de uma celebração contratual decorrente da celebração do contrato.

Em relação ao exemplo da mala, afirma o autor (Checchini, 1977) que, na intenção empírica das partes, a entrega do bem assume particular importância como único instrumento de transferência do pleno gozo do bem e postula: “com este ato despoja-se o proprietário do poder sobre a coisa atribuindo-a a outrem e isso não pode ser irrelevante” (Checchini, 1977:341-342). Para Checchini (1977), o dano indenizável deve ser identificado com base na proibição de determinada conduta, da qual o próprio dano é consequência direta e imediata. Assim, a demonstração da existência de dever de correção será suficiente para identificar, no comportamento contraditório que viole tal proibição, a fonte de responsabilidade por danos.

Transpondo essa mesma ideia para o caso do acordo de barriga de aluguel, ainda que esse fosse considerado não vinculativo, em razão da cortesia/gratuidade, deve-se reconhecer que, mesmo na hipótese em que a gestante deixe de desejar cumprir o acordo, reclamar o filho após seu nascimento decorreria do seu poder de direito especial (*teoria do direito pessoal de disposição*), e

não do contrato. Se, entretanto, a devolução se torna impossível porque a gestante resolve abortar ou decide ser mãe do embrião que gera é inequívoca a necessidade de indenização⁸⁹.

⁸²Ruscica (2013:1412) cita que: A perda do fruto da concepção causa uma lesão do direito à paternidade. Daí a indenizabilidade dos danos tanto para a mãe quanto para o pai. No entanto, por se tratar de perda de uma expectativa de vida e não de uma vida, as tabelas jurisprudenciais milanesas sobre o dano parental, elaboradas para a perda de pessoa viva, não são diretamente utilizáveis, exceto como parâmetro indicativo (Trib. Varese, 14.3.12).

15 - SERÁ A FRUSTRAÇÃO DA PROMESSA DE ENTREGA DO BEBÊ DANO NÃO INDENIZÁVEL POR PERMITIR A LEI O ARREPENDIMENTO DA GESTANTE?

Como a Lei n.º 90/2021 extrai do arrependimento da renúncia contratual da gestante o direito à maternidade, se não admitir a indenização dos comitentes, também estará consagrando a apropriação do material genético ofertado pela contratante para realização da gestação (Portugal, 2021), pois não é da vontade dos comitentes doá-lo.

Ao se negar indenização aos comitentes, a Lei n.º 90/2021, diante do arrependimento da gestante, passa a tratar os comitentes como mero dadores do material genético, o que é incoerente com a lógica inicial adotada, por ignorar a vontade/vínculo que antes considerou para definir a parentalidade.

De qualquer sorte, aplicando-se o entendimento do TC no julgamento dos acórdãos n.º 225/2018 e n.º 465/2019, haveria alguma razão no Código Civil que justificasse a atribuição da maternidade à gestante com apropriação do material alheio e a não indenização?

Analogicamente pode-se dizer que, na gestação por substituição, há a realização de uma “obra” a ser executada pela gestante – *gestar o bebê*. Logo, é possível pensar que seriam aplicados de forma subsidiária os artigos 1155.º e 1212.º do Código Civil português, o que não permitiria atribuir à gestante a titularidade da maternidade do embrião alheio. Estabelece o último artigo citado que, no caso de empreitada de construção de coisa móvel com materiais fornecidos pelo dono da obra, os materiais continuam a lhe pertencer, assim como é propriedade sua a coisa logo que seja concluída. Seguindo, pois, a lógica do serviço contratado, se o material genético é dado pelos contratantes, com o nascimento, a verdade é que a filiação do bebê deveria ser atribuída aos contratantes.

Outra analogia possível para averiguar a legitimidade da apropriação pela gestante do material genético alheio seria equiparar a gestação à acessão (Código Civil, artigos 1326.º, 1336.º e 1337.º).

Diz-se acessão industrial quando alguém aplica o trabalho próprio à matéria pertencente a outrem, confundindo o resultado desse trabalho com a propriedade alheia.

Pela regra expressa do artigo 1336.º do Código Civil, quem, de boa-fé, der nova forma, por seu trabalho, à coisa móvel pertencente a outrem faz sua a coisa transformada se ela não puder ser restituída à primitiva forma ou não puder sê-lo sem perda do valor criado pela especificação. Nesse último caso, porém, tem o dono da matéria o direito de ficar com a coisa, se o valor da especificação não exceder o da matéria. Entretanto, a lei ressalva que “[...] em ambos os casos previstos no número anterior, o que ficar com a coisa é obrigado a indemnizar o outro do valor que lhe pertencer” (Portugal, 1966).

Por fim, o artigo 1337.º do Código Civil estabelece que:

se a especificação tiver sido feita de má-fé, será a coisa especificada restituída a seu dono no estado em que se encontrar, com indemnização dos danos, sem que o dono seja obrigado a indemnizar o especificador, se o valor da especificação não tiver aumentado em mais de um terço o valor da coisa especificada; se o aumento for superior, deve o dono da coisa repor o que exceder o dito terço (Portugal, 1966).

Caso se entenda que a gestante “trabalhou” o material genético alheio, transformando-o, poderia se cogitar de invocar o artigo 1336.º do Código Civil para justificar a apropriação do material genético pela gestante por substituição (Portugal, 1966).

A solução, no entanto, tem lá sua dificuldade de aplicação, visto que, embora seja evidente que o bebê não pode ser restituído à primitiva forma, ao nascer, não é a mesma pessoa desenvolvida e, por isso, deveria ser entregue aos pais contratantes, ainda que mediante indenização à gestante.

Ainda que se cogite que o “trabalho” da gestante agregou maior valor ao material genético dos contratantes (ideia mais próxima da teoria de Lockean Labor), no caso de Portugal, é inarredável a necessidade de indenização.

Afora a ideia do trabalho, também se poderia pensar em invocar analogicamente o artigo 1340.º do CC português que diz:

- 1 – Se alguém, de boa-fé, construir obra em terreno alheio, ou nele fizer sementeira ou plantação, e o valor que as obras, sementeiras ou plantações tiverem trazido à totalidade do prédio for maior do que o valor que este tinha antes, o autor da incorporação adquire a propriedade dele, pagando o valor que o prédio tinha antes das obras, sementeiras ou plantações;
- 2 – Se o valor acrescentado for igual, haverá licitação entre o antigo dono e o autor da incorporação, pela forma estabelecida no n.º 2 do Artigo 1333.º;
- 3 – Se o valor acrescentado for menor, as obras, sementeiras ou plantações pertencem ao dono do terreno, com obrigação de indemnizar o autor delas do valor que tinham ao tempo da incorporação;
- 4 – Entende-se que houve boa-fé, se o autor da obra, sementeira ou plantação desconhecia que o terreno era alheio, ou se foi autorizada a incorporação pelo dono do terreno.

Se a Lei n.º 90/2021 permite que os comitentes “plantem sua semente” (embrião) em terreno alheio (útero), na linha do entendimento supra, a consequência da indenização também se impõe.

De outro lado, compreendendo-se, de forma equiparada, que a entrega do útero pode ser considerada uma temporária “doação de órgão”⁹⁰, pode-se admitir que, em caso de arrependimento, haja ressarcimento dos interesses negativos. Nesse sentido, em uma posição intermediária, pode-se citar A Palazzo (2000)⁹¹, o qual admite a possibilidade de indenização caso a promessa for feita a uma pessoa determinada, induzindo o beneficiário a arcar com os custos em vista do futuro transplante. Para o autor, aqueles que confiaram legitimamente na disponibilidade de um rim em

⁹⁰ Grasso (2020:178-179) cita, admitindo a possibilidade do ressarcimento, Perlingieriri (“*La personalità umana nell’ordenamento giuridico*” cit, 322, L Di Bona, op ct, 202, CM D’arrigo il tratto e il corpo, cfr 818).

⁹¹ Cf. “*Atti gratuito e donazioni*”, cit. spec 14 e 26.

um curto espaço de tempo poderão obter uma compensação pelas despesas incorridas, mas não pela desilusão de suas expectativas.

Por último, supondo-se que o afeto amalgama o vínculo da gestante com o bebê, o artigo 1333.º poderia ser uma solução, pois reza no n.º 1 que:

se alguém, de boa-fé, unir ou confundir objecto seu com objecto alheio, de modo que a separação deles não seja possível ou, sendo-o, dela resulte prejuízo para alguma das partes, faz seu o objecto adjunto o dono daquele que for de maior valor, contanto que indenize o dono do outro ou lhe entregue coisa equivalente.

Ou seja, o afeto materializado no arrependimento poderia ser interpretado como o fato jurídico eleito pelo legislador que permitiria selar a confusão e deslocar a titularidade da maternidade da comitente para a gestante. Para que seja essa interpretação razoável, é preciso indagar: quem é o “dono da coisa de maior valor”? E qual é a “coisa de maior valor”?

O artigo fala acerca de quem, de boa-fé, una ou confunda objeto seu com objeto alheio – o que, por ficção, poderia ser compreendido pela implantação do embrião alheio no corpo da gestante. Sobrevindo a gestante sentir afeto pelo nascituro, separá-los seria motivo de tamanho prejuízo que seria possível tornar dela a coisa – embrião – na pressuposição de que seria de maior valor o corpo da gestante (coisa) que o embrião na forma original (coisa), haja vista o poder que o primeiro tem de transformá-lo em um bebê formado.

Em raciocínio contrário se poderia afirmar que a coisa adjunta (embrião transformado em bebê) teria mais valor que a coisa à qual aquele aderiu (útero), o qual não passaria de mero ambiente propício para desenvolvê-lo, pelo que não seria possível tornar a coisa – embrião – filho da gestante, até porque os contratantes seriam os que sofreriam maior prejuízo material e imaterial.

Todavia, ainda que, para justificar a apropriação do material genético pela gestante se acolha a primeira ficção analógica, o impacto de fazer os comitentes perderem o material genético confirma a necessidade de indenizá-los, já que a entrega “de coisa equivalente” seria impossível.

Observe-se, outrossim, que a indenização é imposta pelo artigo comentado independentemente de culpa ou dolo, mas pelo só fato objetivo de estar sendo provocada a perda de uma coisa de seu titular para outrem.

Inevitável concluir que, se a perda do embrião decorre da nidação, melhor teria sido que a lei desde a origem tivesse elegido a gestação como critério definidor da maternidade. Afinal, ela se fixaria já com a ligação carnal dos corpos, e não da vontade subjetiva da gestante quando, pelo arrependimento e violando a confiança que se lhe depositou, passa a considerar próprio o embrião alheio. Assim, poderia a lei ser clara no sentido de atribuir todos os riscos da operação aos comitentes. Mas, para tanto, a gestante teria que ser mãe do nascituro, ainda que, sob a promessa de dá-lo em adoção privada quando parisse. Por essa trilha, a gestante não teria a obrigação de entregar o bebê após o nascimento caso assim não desejasse. Os gastos com o pré-natal, parto etc. poderiam ser objeto de ressarcimento pelos comitentes com base na teoria do ressarcimento sem causa.

Se a ideia da confusão objetiva não foi a escolha da lei e a subjetiva põe em pauta a discussão do afeto, indaga-se: não seria ele risco do contrato?

16 - SERÁ O AFETO RISCO DO CONTRATO?

Supondo-se que o arrependimento da gestante pode envolver, na maioria das vezes, o componente do afeto, importa investigar se é possível encontrar uma interpretação na Lei n.º 90/2021 que se coadune com o entendimento da Corte Constitucional e justifique que seja a gestante, em circunstâncias tais, exonerada de qualquer responsabilidade. O afeto poderia ser compreendido como uma impossibilidade jurídica superveniente? Ou seria risco do contrato?

Pires (2016:118) ensina que o devedor, ao celebrar um contrato, obriga-se a uma determinada prestação e, ao fazê-lo, vincula-se a um conjunto de esforços fixadas pelas partes no contrato. No silêncio do pacto, a lei determina os limites do que é exigível do devedor para cumprir a obrigação.

No nosso entender, como a gestante, ao celebrar o contrato, não quer o bebê, coerente afirmar que, quando as partes nele introduzem uma cláusula relacionada à “renúncia à maternidade”, estão, na verdade, antecipando um risco, qual seja, o de a gestante desejar “adotar” o bebê caso a ele se apegue maternalmente durante a gestação. Há, pois, no contrato uma condição-dever assumida pela gestante, por ser uma pressuposição dos termos do acordo que o embrião só lhe será entregue ante o compromisso de que, sobrevivendo ou não o afeto, não adotará a postura de querê-lo para si. Naturalmente, os contratantes só entregam o embrião em razão dessa confiança e obrigação, se assim não fosse, não o entregariam para correr o risco de perdê-lo.

Repare que a gestante assume uma obrigação de fazer e outra de dar, sendo a primeira infungível e a segunda passível de ser executada pela gestante ou por terceiro. Assim, concluída a gestação, vindo a ser o afeto uma dificuldade emocional para a gestante, concluir o contrato com a entrega do bebê, não seria propriamente uma impossibilidade absoluta. Por conseguinte, pela regra geral do Código Civil, a obrigação não é extinta. Explica-se.

Quando a gestante adere ao contrato de gestação por substituição valora suas condições pessoais e analisa se consegue enfrentar uma gravidez e todos os desafios psicológicos e físicos que ela envolve, tendo para tanto acompanhamento psicológico. Nesse cálculo, avalia se consegue ou não fazer o empenho e o sacrifício que a atividade que se predispõe a executar demanda. Compromete-se, pois, sob a premissa de que, mesmo que desenvolva o afeto pelo nascituro e tenha, por isso, dificuldade em se desapegar da criança, ainda assim cumprirá o contrato. Ou seja, assume uma obrigação de garantia (Costa, 2018:1040).

A obrigação não é assumida pela gestante por substituição, pois, para o caso de vir a se tornar possível. É por ela considerada possível na origem com “renúncia à maternidade” – leia-se: “havendo desenvolvimento de afeto ou não”. O “esforço” ou “sacrifício” é considerado em abstrato, sendo admitido pela gestante e pela lei como risco possível do contrato a ser por ela assumido, sem que, com isso, se esteja a ferir a ordem pública, os bons costumes e a boa-fé.

Assim, se no curso da execução do contrato, a gestante muda de ideia e decide “ser mãe” do bebê, trata-se de uma impossibilidade relativa superveniente subjetiva, já que é uma impossibilidade que diz respeito especificamente à sua pessoa, e não a de qualquer um.

Repare-se que mudar de ideia para retomar a opção que antes renunciara é uma decisão voluntária da gestante que, pode ou não, ter raiz em um afeto. O cerne do problema não está, pois, no sentimento; está na decisão que lhe sucede e que é o próprio descumprimento contratual (caso se entenda que houve contrato/vinculação). Em outras palavras, o afeto, sem a reversão da vontade para assunção da titularidade da maternidade, não gera o inadimplemento. O que gera o inadimplemento é justamente a gestante por substituição não desejar mais renunciar à maternidade que antes havia reconhecido que seria de outrem, apesar de poder manter o afeto e desenvolvê-lo de outras formas que não assumindo a maternidade do bebê que gesta.

Se compreender que fazer a gestante perder o vínculo/afeto que desenvolveu com o bebê ao longo da gestação é um sacrifício inexigível, isso é um problema que existe na origem e determinaria a nulidade do contrato. Afinal, é da essência do contrato de barriga de aluguel que, a gestante terá que se esforçar para entregar o fruto da gestação aos contratantes, apesar do possível afeto que possa desenvolver pela criança na gravidez. Ou seja, pela lógica que caracteriza o modelo originário de barriga de aluguel, havendo ou não o afeto, a criança deverá ser entregue pela gestante. Caso contrário, não há sentido na contratação da gestação por substituição.

Assim, se essa nulidade não é reconhecida e a lei admite como válida a renúncia à maternidade imprópria é porque a natureza do contrato e a disposição das partes colocam o afeto como um risco possível e um “sacrifício” exigível e superável. Eis que aqui não há uma imprevisibilidade do fato, nem do efeito, nem o impedimento é inultrapassável.

Ocorre que a mesma lei que admite o risco, regulamentando o contrato com a exigência da renúncia, quando aquele se concretiza, intervém na autonomia privada para dizer que o que a contratada aceitou suportar como risco do contrato – não ser mãe pelo afeto – passe a ser fonte de direito à maternidade do filho alheio, apesar da confiança depositada pelos contratantes em sentido contrário.

Logo, ao assim estabelecer, o legislador inverte a lógica do contrato e os sinais dos riscos, transladando-os integralmente para os contratantes. A lei, portanto, sobrevaloriza os sentimentos da gestante para dar-lhe todos os direitos e nenhuma responsabilidade.

Nesse contexto, fica a perplexidade: se o afeto era risco do contrato, como que o arrependimento da renúncia à maternidade pode liberar a obrigação da gestante e lhe atribuir o direito à maternidade, inclusive sem indenização alguma?

De certo, a opção de atribuir integralmente o ônus do risco implementado para os contratantes torna o contrato de gestação por substituição inseguro e de pouca utilidade.

Se essa alternativa não é razoável, o arrependimento da gestante seria descumprimento contratual ou o afeto poderia ser enquadrado como causa de impossibilidade superveniente absoluta que justificasse a não responsabilização da gestante?

17 - SERÁ O AFETO CAUSA PARA APLICAÇÃO DO ARTIGO 437.º DO CC?

Pires (2018a) ensina que só a impossibilidade objetiva absoluta exonera o devedor da obrigação, pois o Código Civil português conservou uma distinção clara entre impossibilidade e inexigibilidade, acolhendo um conceito de impossibilidade absoluta, mesmo em relação à impossibilidade subjetiva (cf. artigo 791.º). Segundo a autora, “a lei considera que o devedor, ao contrair a obrigação, não só se compromete a preparar em tempo oportuno os meios necessários ao cumprimento e a afastar os obstáculos a este cumprimento (diligência preparatória e diligência preventiva), como assume o risco de a prestação se lhe tornar impossível (subjectivamente) de cumprir, desde que não haja impossibilidade objectiva da prestação [...]”.

Destaca, inclusive, que concessões, como a teoria da adstrição do esforço, não são admitidas no ordenamento jurídico português (Pires, 2016:118-121) e, afirma que “a alteração das circunstâncias não é critério delimitador dos esforços e dispêndios exigíveis ao devedor, mas é fundamento de intervenção no negócio, em caso de desproporção insuportável entre prestações”. (Pires, 2018a). Explica que a boa-fé intervém no quadro do artigo 437.º do Código Civil num cenário de perturbação da equivalência das prestações, e não para permitir ao devedor se exonerar dos dispêndios a que normalmente estaria obrigado. Ou seja, destaca Pires (2018a) que, não é a boa-fé que conforma a medida e o limite de esforços e dispêndios exigíveis ao devedor, incluindo os esforços adicionais, mas a medida desse esforço é aferida à luz da diligência do bom pai de família, na falta de critério especialmente acordado.

Nessa linha de raciocínio, a medida do esforço do *solvens* para Pires (2018a) é um problema que se coloca perante qualquer perturbação ou entrave à prestação imputável ou inimputável ao devedor – o que não quer, naturalmente, dizer que o esforço seja o mesmo em qualquer caso. Se

sobrevier um fato não imputável às partes, o devedor obrigar-se-á, dentro dos limites da concreta prestação, a superá-lo. Se o fato perturbador for imputável ao credor, o devedor também continua adstrito, embora passe a responder apenas por dolo (CC, artigo 814.º, n.1).

Por isso, Pires (2016:105) afirma que, no direito português, não têm lugar as teses que consideram que os esforços do devedor estão previamente limitados ao montante da contraprestação ou ainda que os esforços adicionais são admitidos apenas em casos de perturbação imputável ao devedor.

Explica ainda que, em relação ao agente, a aplicação do artigo 487.º, n.º 2, do CC⁹² compreende-se à luz da distinção entre esforço de vontade (para determinar e para executar o comportamento devido) e qualidade do agente. Para a autora o esforço da vontade é avaliado a partir daquilo que seria o esforço da vontade para o homem médio, mas a caracterização do devedor, a sua preparação profissional e cultural é a que existir em concreto. Em sua análise, age com negligência quem, com as suas características, e tendo em consideração as circunstâncias, não adota o cuidado exigível do homem médio.

Conclui a eminente autora que a alteração das circunstâncias é uma figura inarredável, mas reservada para casos extremos e que o artigo 437.º do CC não oferece um critério de diligência do devedor, nem uma orientação que determine quanto de esforço deve usar nas atividades preparatórias e de execução da prestação, mas está em causa uma expressão de justiça objetiva, dirigida a uma igualação entre sujeitos através da garantia de uma correspondência da prestação a cargo de cada um (Portugal, 1966). Só nesses casos se justifica a modificação ou a resolução do contrato.

⁹² Artigo 487.º, n.º 2 do CC: “A culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso”.

No caso da barriga de aluguel, ultrapassar o advento do afeto não pode ser considerado esforço inexigível – pois este, no caso, é valorado a partir da tábua dos riscos postos no contrato. Sentir-se mãe quando se está grávida sem ser mãe, apenas devido ao envolvimento inerente à gravidez, está no escopo e no risco da obrigação contratual assumida⁹³. De fato, se a gestante não está apta a recusar a maternidade e o sentir do afeto maternal que da gestação pode advir (com grandes chances de ser, inclusive, episódico), não está apta a gerar para outros.

Dessa forma, mesmo que se admita que o advento do envolvimento afetivo foi uma alteração das circunstâncias capaz de trazer dificuldade à gestante para cumprir o contrato, inexistente a relação de **sacrifício** da gestante e **vantagem** para os pais intencionais que justifique a invocação da solução do artigo 437.^o⁹⁴ do Código Civil. De fato, se para a gestante que criou afeto com o bebê é grande o esforço de entregá-lo, também o é para os pais intencionais não o receber, pois tanto um quanto o outro podem desenvolver desejo/afeto (Raposo, 2017) pelo bebê. Inclusive, se para qualquer deles a frustração é certa, para os pais intencionais, não receber o bebê após o nascimento pode ser a concretização não só da perda de um filho e do projeto existencial, como também da consolidação irreversível da infertilidade, já que, pelo quadro de saúde que ostentam, podem não conseguir outro resultado positivo oriundo da fertilização *in vitro*, o que significa, portanto, impor-

⁹³ Segundo Varela (2007:71, nota 1): a causa de extinção da obrigação é a impossibilidade (física e legal) da prestação (o que pleonasticamente se poderia chamar de impossibilidade absoluta), não a simples *difficultas praestandi*, a impossibilidade relativa. No Código Civil Anotado, II, p. 43, o autor salientou que: “não deve confundir-se a impossibilidade da prestação com a alteração das circunstâncias que a torne excessivamente onerosa e que desde que não haja impossibilidade a obrigação não se extingue, restando assim determinar quando é que não há impossibilidade”. Ainda segundo o autor, nos casos em que haja uma dificuldade devida a circunstâncias fortuitas, o devedor terá de suportar os dispêndios necessários ao cumprimento à sua custa mesmo que a prestação se torne acentuadamente onerosa e que ele tenha usado de toda a diligência exigível para prevenir a situação (ainda que até ao limite do abuso de direito).

⁹⁴ Artigo 437.^o: “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”.

2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.

lhes não só um sacrifício como um agravamento de saúde⁹⁵. Já para a gestante, tudo indica que nova gravidez está plenamente ao seu alcance.

⁹⁵ Sobre a importância da perda do embrião para os comitentes, vide Gorgoni (2013:1239-1255) e seu comentário à sentença proferida pelo Tribunal de Milão em 21 de maio 2013 pelo Giudice Migliaccio.

O caso apreciado envolvida a discussão sobre a indenização de dois embriões produzidos e cultivados *in vitro*, destinados à implantação no útero, os quais foram inutilizados por um apagão elétrico que o hospital réu não conseguiu prevenir e cujas consequências não conseguiu neutralizar. O casal de futuros pais, irremediavelmente privados da possibilidade de realizar a décima tentativa de procriação, pediu indenização ao hospital.

Relata a autora (Gorgoni, 2013) que um fato semelhante foi apresentado aos franceses. Um centro especializado em procriação perdeu alguns embriões sob sua custódia, inviabilizando-os para posterior implantação no útero. O tribunal administrativo de Amiens não reconheceu aos postulantes a ocorrência de danos patrimoniais com base no art. 16-1 do CC, partindo da premissa de que o corpo humano e seus elementos e produtos não podem ser objeto de um direito patrimonial. Uma resposta igualmente negativa foi dada ao pedido de indenização por dano moral porque “os embriões supranumerários não são pessoas”. Quanto ao pedido relativo à perda de uma chance, afirmou que a pouca idade dos pais dos candidatos não os impediu de fazer uma nova tentativa de procriação através da PMA. Em vez disso, foi paga a quantia de dez mil euros a título de “*rèparation des troubles divers dans les conditions d’existence*”.

A corte de Apelação de Douai, no ano seguinte, foi ainda mais severa: nenhum dano reconheceu ao casal.

Em suma, para os juízes franceses, há uma grande diferença entre o tratamento jurídico dos embriões envolvidos em um projeto parental e os demais. Os acidentalmente perdidos foram os embriões supranumerários, como tal não destinado imediatamente à implantação, mas à criopreservação, e o casal a quem pertenciam tinha pedido uma indenização pelos danos causados pela sua destruição acidental, porém não tinha manifestado qualquer interesse na sua posterior utilização para propósitos reprodutivos (o casal havia encerrado com sucesso uma PMA anterior).

No caso italiano, o blecaute elétrico travou irreversivelmente a cadeia causal que teria levado os dois embriões a se aninharem no útero, com grande probabilidade de êxito, o que torna a história de Milão incomparável à francesa, pois houve uma interferência ilícita no processo procriativo.

Narra a autora (Gorgoni, 2013) que o julgador entendeu que o ilícito não provocou um dano biológico à saúde à aspirante à mãe devido aos tratamentos hormonais maciços a que foi submetida em vista da fertilização assistida (dano que não foi provado), nem causou dano moral que fosse associável à perda de um filho porque seria de valor inexistencial, já que a criança nunca nasceu. Ou seja, o dano ao direito à concepção não foi enquadrado como moral. Entretanto, reconheceu que foi violado o direito à procriação da cópia estéril – direito que qualifica como fundamental (Gorgoni, 2013:131) e que é proporcional ao percentual de probabilidade de sucesso da inseminação artificial. Como consequência, reconheceu o direito ao dano moral pela lesão à concepção e toda o desgaste do tratamento e o direito à indenização por danos materiais.

Para o tribunal, a concepção não é um mero desejo ou uma expectativa, mas um interesse que a Constituição italiana reconhece e protege até em maior medida do que a proteção que o mesmo ordenamento jurídico reserva ao embrião. O TEDH é igualmente claro quando afirma que o direito de ter um filho está protegido pelo artigo 8º do CEDU.

A autora destaca que, para negar a reincidência do dano pela perda de vidas, é preciso esclarecer o que se entende por vida e, sobretudo, distinguir vida de existência, até porque há dano moral na perda de uma pessoa ainda que não seja ele definido como dano existencial. Afirma que a decisão não lida – pelo menos não em termos inequívocos – com essa questão. Especula que o que a sentença tenha pretendido dizer é que deixar de existir não é o mesmo que ser morto e que o dano que consiste em ter impedido alguém de existir não é comparável ao que consiste em privar da vida daqueles que já existem.

Chama a atenção para o fato de que embriões não são pessoas e sua perda não coincide com a morte de um ser humano porque, para se poder falar em morte, é necessário que um sujeito vivo morra antes (o ilícito), ou seja, não esteja mais vivo. Logo, pela lógica da sentença, não havendo dano de morte, não há compensação pela perda do embrião como tal, mas como o embrião *in vitro* é protegido de interferência externa perigosa e assume relevante papel para realização do direito reprodutivo de quem decidiu dar-lhe à luz, poderia ter este valor ser indenizado. Ou seja, o dano derivaria não do embrião em si, mas do papel que ele desempenha para realização do direito à procriação dos comitentes.

Todavia, pondera a autora que, atualmente ser preciso ser sujeito de direitos para reivindicar o direito à vida, perdeu parte de seu papel decisivo.

Por fim, há que se lembrar o que estabelece o artigo 801.º do Código Civil quanto aos fatos supervenientes relativamente impossíveis imputáveis ao devedor deverem ser tratados como descumprimento culposo.

Assim, *de lege lata*, o fundamento da responsabilização da gestante estaria na postura contraditória que adota, considerando os riscos do contrato que lhe foram informados e aceitos. Há aqui o princípio da aceitação do risco da própria atividade. Nessa conjuntura, a circunstância de sobrevir a dificuldade inerente ao contrato não poderia ser motivo de exoneração da gestante da responsabilidade civil pertinente, muito menos para impor a redistribuição da partilha do risco de forma diversa da pactuada pelas partes.

Percebe-se, então, que o que exculpa a gestante não é propriamente não ter agido com culpa, nem a escusa de consciência ou o tamanho do sacrifício enquanto alteração das circunstâncias, mas os próprios valores éticos do legislador, o qual compreende que fazer a gestante entregar o bebê aos pais intencionais é uma demanda “imoral”, seja porque o serviço foi “um favor”, seja porque, estabelecido o afeto da gestante pelo bebê, passa o legislador a considerá-lo mais importante que o afeto/desejo dos contratantes.

A atual fragmentação do processo vital oferece novos fundamentos às teorias gradualistas e funcionalistas e dá origem a uma terceira via, que dá proteção real ou objetiva ao concebido mesmo não sendo pessoa.

Defende que a solução do caso deveria ter levado em consideração o fato dos embriões perdidos acidentalmente estarem, por assim dizer, mais próximos do nascimento do que do não nascimento, independentemente de quando a vida começa, ciente de que é sempre mais grave interromper a vida de um bebê que a dos embriões. Com efeito, a jurisprudência compensa a perda da pessoa parente de forma diversa da perda do fruto da concepção, razão pela qual não é correto equiparar a dor causada pela perda de um ente querido com quem se mantinha em uma relação de constante presença e convivência à de um ser ainda não nascido.

Ou seja, o embrião *in vitro* ainda não aninhado não pode ser colocado no mesmo nível do embrião fecundado *in vivo*, nem um embrião implantado pode ser equiparado a uma criança nascida.

Conclui dizendo que o fato de o julgador não ter despendido uma única linha sobre a condição jurídica dos embriões destruídos (com exceção daquela utilizada para desconsiderar a reincidência das consequências existenciais decorrentes de sua perda) merece a crítica de ter considerado os embriões apenas como meios para satisfazer o direito de ter um filho.

Contra o argumento que atribui importância ao grau de desenvolvimento do embrião, a autora cita Mazzo, em “La Tutela Real”, o qual defende que a relevância do embrião antes do nascimento é total, posto que o que conta é a natureza humana que possuiu e que impõe sua proteção como um valor em si (Gorgoni, 2013:1239-1255).

O problema aqui é que essa escolha do legislador é revelada de forma desconexa com os termos do artigo 335.º do CC⁹⁶ (Portugal, 1966). É como se o “favor” prestado fosse causa excludente de toda e qualquer responsabilidade da gestante, o que não se coaduna com os princípios constitucionais relacionados à dignidade do ser humano e, conseqüentemente, à garantia de integridade patrimonial material ou imaterial.

Relembre-se que conseguir um único embrião saudável através do recurso a uma inseminação artificial não é algo fácil. Ao contrário, é o resultado de um esforço de tempo, de empenho emocional e financeiro elevadíssimos, não só porque envolvem tratamentos que são de regra muito caros, como sofridos para a mulher que a ele se submete. Demanda-se a avaliação prévia da saúde do casal para identificação das causas da infertilidade, a compra de medicações específicas, a realização de exames caros e a sujeição da mulher a aplicação de várias injeções de hormônio, com possíveis efeitos colaterais à saúde física (cogita-se, inclusive, de risco de câncer) e psicológica. De fato, a oscilação entre a ansiedade e a frustração é a tônica nesse tipo de tratamento. Na normalidade dos casos, não se logra êxito na primeira FIV (Fertilização in Vitro) que se realiza e, a depender do tipo de dificuldade da mulher e/ou do parceiro, os resultados positivos só são alcançados depois de várias tentativas, sendo ainda certo que obter um/alguns embrião saudável(eis), nem sempre é sinônimo de se conseguir uma implantação e, na sequência uma gravidez bem-sucedida.

Coloca-se, portanto, uma questão elementar de justiça comutativa⁹⁷: é mais justo exigir de quem que suporte o dano? Do titular do direito lesado ou de quem descumpra a promessa, apesar

⁹⁶ Artigo 335.º do CC: 1. “Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes”; 2. “Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior (Portugal, 1966)”.

⁹⁷ Vermeersch (1900) afirma que: “A justiça comutativa regula as relações entre pessoas diferentes e versa sobre o que é de cada indivíduo por direito próprio”.

dos riscos assumidos? Vale a partilha dos riscos programada segundo a vontade das partes ou os fins do contrato dependem integralmente da vontade da gestante, independentemente das renúncias que faz ao contratar? Se ao final, é irrelevante a decisão que tomam os contratantes ao quererem ser pais, se não importa os investimentos que fazem, se o resultado pretendido e acordado pelas partes só será exigível se a gestante não se arrepender e desejar cumprir a obrigação final de entrega da criança, existe de fato um contrato?

Não há dúvida de que a resposta à primeira pergunta formulada demanda que a gestante seja responsabilizada, já que foi ela quem assumiu o compromisso da gestação ou ao menos criou a expectativa na parte contrária e, ao final, “mudou as regras do jogo”. Ao se admitir que a liberdade se sobreponha à responsabilidade, qualquer pessoa assumiria uma obrigação levianamente e, posteriormente, alegaria que as circunstâncias concretas foram diferentes das que anteviu. Em outras palavras, se a cada um fosse lícito escusar-se do prejuízo causado a outrem com a desistência do contrato, sob a justificativa de ter se equivocado quanto a se achar apto a cumprir a obrigação que contratou, a insegurança jurídica estaria posta, assim como a assunção de riscos ínsitos às contratações estaria relegada à total inutilidade.

Logo, não é possível dizer que os contratantes não têm direito indenizatório algum, como se a gestante não tivesse se vinculado, o contrato não tivesse produzido efeitos, a gestante não tivesse se jungido à observância dos deveres de colaboração, não houvesse a perda do embrião para os comitentes ou fosse a hipótese de impossibilidade superveniente subjetiva absoluta. Tal entendimento implica consagrar o enriquecimento sem causa e dizer que o embrião de genética alheia não vale nada para os contratantes, assim como os investimentos emocionais e financeiros

feitos, não sendo importante o fim do programa constitucional de auxiliar essas pessoas, de saúde limitada, a constituir família⁹⁸.

Ao não se reconhecer qualquer direito indenizatório aos contratantes, melhor seria não admitir o contrato na origem ou deixar claro na lei que se os contratantes decidirem se aventurar em celebrá-lo, terão de doar/perder o embrião, ou seja, negociarão com absoluto risco para si. Nesse caso, seria imperioso colher dos contratantes o consentimento expresso quanto a tal prejuízo, deixando-os cientes de que, ao contratarem a gestação por substituição e pagarem as despesas do tratamento e do parto da gestante, assumirão a álea do pacto sob a mera promessa revogável de adoção do bebê quando de seu nascimento.

Como está, a lei não é transparente para os contratantes, cria expectativas que ela própria frustra e deixa o patrimônio material e imaterial dos contratantes à mercê do arrependimento da gestante, levando-os não só a um empobrecimento, sem correlata compensação, como a ter sua situação de saúde reprodutiva e psicológica agravada com a perda do material genético ofertado para viabilizar a gravidez.

Logo, na omissão da Lei n.º 90/2021 sobre as consequências do arrependimento da gestante à renúncia que fez à maternidade, é premente a necessidade de indenização, não sendo o caso de se aplicar o entendimento dos acórdãos n.º 225/2018 e n.º 465/2019 do TC.

Nesse contexto, que outra interpretação poderia ser dada ao desejo da gestante pela maternidade que melhor acomodaria o arrependimento da renúncia à maternidade e o regime contratual do útero por substituição?

São as respostas que se pretende buscar no próximo capítulo.

⁹⁸ O Tribunal Constitucional destaca que “a revogação em causa também tem de ser livre, no sentido de excluir, pelo menos, qualquer indemnização”, de forma a assegurar a liberdade do consentimento prestado (Portugal, 1966:1923).

18 - SERÁ O ARREPENDIMENTO UMA IMPOSSIBILIDADE RELATIVA SUPERVENIENTE COM CONSEQUÊNCIAS EQUIPARÁVEIS À DO §275º, n.º 3 DO BGB?

Como o adequado balanceamento dos direitos/interesses em jogo e o artigo 81.º do CC português não seriam suficientes para atribuir maternidade à gestante diante de seu arrependimento, a escolha feita pela Lei n.º 90/2021 poderia ser interpretada como uma nova impossibilidade jurídica subjetiva relativa superveniente, cuja consequência poderia ser, por equiparação, a solução do §275.º, n.º 1 do BGB, ou seja, a exoneração da gestante do cumprimento da obrigação primária, mas não da obrigação secundária.

O Bürgerliches Gesetzbuch (ou BGB), na redação atual do §275.º, n.º 2 e 3, acolhe expressamente a impossibilidade relativa, conferindo ao devedor a alternativa entre cumprir ou excepcionar com a recusa de cumprir a obrigação. Nos termos do BGB, §275º, n.º 2, mais ligado à chamada impossibilidade fática do que à inexigibilidade econômica, o devedor pode recusar a prestação sempre que ela requerer um esforço que esteja em grave desproporção perante o interesse do credor em obtê-la, sob a consideração do conteúdo da relação obrigacional e da boa-fé. Nos termos do BGB, § 275º, n.º 3, atinente às causas pessoais da impossibilidade, o devedor pode ainda recusar a prestação quando dever realizá-la pessoalmente e essa, uma vez **ponderados** os impedimentos do devedor perante o interesse do credor no cumprimento da prestação, não puder ser exigível.

Admitir que a Lei n.º 90/2021 tenha estatuído uma possibilidade similar à retromencionada seria uma inovação no ordenamento jurídico português.

Ensina Santos Júnior (2010) que, no âmbito da impossibilidade, o Direito civil português não contém qualquer previsão expressa de impossibilidade pessoal do tipo da que hoje consta no §

275.º, n.º 3, do BGB, isto é, aquele tipo de impedimento que, física ou materialmente, não impede o devedor de realizar a prestação, mas o cumprimento da obrigação lhe afeta tanto pessoalmente que, por isso, ponderado o interesse do credor em recebê-la, a obrigação primária de prestar do devedor pode ser afastada, o que, no entanto, não prejudica a obrigação de indenizar.

Santos Júnior (2010) defende que o instituto da alteração das circunstâncias no direito português tende a acudir situações particularmente relevantes de alteração anormal e objetiva das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, as quais repercutam gravemente sobre alguma das prestações devidas, de tal modo que a exigência da sua realização atente contra a boa-fé ou conduza a uma situação em que a finalidade do contrato não pode mais ser alcançada, e entende que os casos de impossibilidade relativa moral podem ser tratados como desculpabilidade, e não pela intervenção no contrato em razão da alteração das circunstâncias.

Destaca, porém, que a questão pode se complicar quando se verifique a negligência do devedor na criação daquele estado de coisas, pois aí não haveria então desculpabilidade, sendo o devedor responsável pelo incumprimento. Mas, afinal, por diversa via, outra não será praticamente a solução do direito alemão: a pretensão à obrigação primária é excluída, independentemente de o estado de coisa ser ou não imputável ao devedor; porém, este será responsável se houver criado tal estado de coisas, se houver dado azo ao impedimento que gere a impossibilidade altamente pessoal⁹⁹.

⁹⁹ Proença (2011) destaca que concorda com a amenização da rigidez formulativa do artigo 790.º, n.º 1, mas defende que persiste a necessidade de uma delimitação mais rigorosa do âmbito de aplicação do artigo 437.º do CC, pois, sofrendo o contrato o impacto de uma alteração anormal e superveniente dos pressupostos em que se iria processar o cumprimento, há, na verdade, uma linha difícil de demarcar entre a pretensão do credor num quadro de enorme dificuldade (com manifesta desproporção entre o sacrifício pedido e o interesse concreto do credor) e o pedido de cumprimento de um contrato significativamente desequilibrado (na relação prestação-contraprestação). Mas, diz que também se pode debater, com Menezes Cordeiro, a vantagem em resolver a questão na teoria geral da impossibilidade de cumprimento ou até, como profere, em sede de realização coativa da prestação, aplicando, por razões de justiça e razoabilidade, a solução prevista no n.º 2 do artigo 829.º.

Santos Júnior (2010) acrescenta que, numa perspectiva mais ousada e criativa, fundada num sentido sociocultural de impossibilidade, afirmar-se-ia, mesmo perante a lei civil portuguesa atual, a assimilação da impossibilidade pessoal (e

Assim, pensando no regime estabelecido no n.º 2, primeira parte, do artigo 339.º do Código Civil, o autor em comento defende que, se o devedor tiver tido culpa na criação da situação de inexigibilidade, só poderá reclamar a aplicação do critério redutor do artigo 494.º do Código Civil.

Há que se observar, entretanto, que mesmo na hipótese de impossibilidade moral, a solução estrangeira impede o cumprimento da obrigação de prestar, contudo não deixa de considerar o devedor constituído na obrigação de indenizar, o que é compatível com o que a doutrina moderna entende como obrigação em sentido amplo.

Relembre-se que, no caso da gestante por substituição que se arrepende, não está em causa o conflito de escusa de consciência imprevisível, também não havendo um conflito entre os bens jurídicos imateriais do devedor hierarquicamente superiores ao referido dever de prestar – como no caso da cantora que recusa participar no espetáculo para acompanhar o filho gravemente doente.

Repare-se que, no exemplo citado pela doutrina alemã, para a impossibilidade moral, há uma situação de conflito entre um dever moral e um dever contratual. Já na barriga de aluguel, a rigor, não há propriamente um dever de a gestante ficar com o bebê que prometeu gestar para outrem, até porque se houvesse este dever a lei deveria ter indicado a gestante como a mãe legal desde a origem. Em contrapartida, há o compromisso moral que fez de auxiliar os comitentes.

Neste contexto, entende-se que, por ela ter passado a sentir afeto pelo bebê, este afeto e/ou vínculo até possam demandar proteção estatal, como faz a Lei n.º 90/2021, o que para não desconsiderar o valor da confiança/acordo pode ser tratado como desculpabilidade.

da impossibilidade prática), da impossibilidade efetiva ou *stricto sensum*, para o efeito da exclusão da pretensão à prestação primária, de modo semelhante ao que ora, sistemática e expressamente, se prevê na lei civil alemã. Compreende, entretanto, que uma tal posição é demasiado ousada: debater-se-ia com as dificuldades da diferenciação legislativa dos conceitos e de regimes.

Para Cordeiro (1987:257), a desculpabilidade manifesta-se “[...] quando, por qualquer razão poderosa, a exigência, ao agente, do acatamento da conduta devida, ofenda gravemente o princípio da boa fé”.

Henriques (2009:453) considera que mesmo quando o causador do dano é impulsionado por motivos tão nobres que impeçam sua reprovação ético-jurídica, não se pode esquecer que praticou um ato ilícito. Apregoa como solução que se exclua sua responsabilidade com base na desculpabilidade como decorrência de um imperativo ético moral de justiça. Apesar de não haver, no Código Civil português, previsibilidade dessa causa de exclusão de responsabilidade, sustenta que ela derivaria do sistema geral da responsabilidade fundada na culpa. Nada obstante, considera que fazer com que a totalidade dos prejuízos resultantes da atuação ilícita do agente impenda sobre o lesado – muitas das vezes, totalmente alheio à situação e às motivações do agente lesado – atentaria contra o próprio imperativo de justiça em que se funda a desculpabilidade. Compreende, pois, que se faz necessário equilibrar a balança, impondo-se uma repartição equitativa dos danos quando as circunstâncias do caso concreto a isso obriguem. Por isso, propõe (Henriques, 2009:453) se reconduzir a hipótese dos comportamentos desculpáveis ao quadrante em que se processa a indenização por inimputáveis, não por ser um caso de responsabilidade objetiva, mas antes de responsabilidade fundada no princípio da equidade.

Henriques (2009:454) afirma que

[...] da mesma forma que um inimputável pode provocar ao lesado prejuízos graves, justificando-se o arbitramento de uma indemnização caso a gravidade da acção, o valor do dano e a diferença entre as esferas patrimoniais de ambos, bem como impacto que os prejuízos representam para cada uma destas, o ditum, também esses circunstancialismos se podem verificar nos casos de desculpabilidade.

Sugere, então, a aplicação do artigo 489.º, n.º 1, do CC português, que diz: “Se o acto causador dos danos tiver sido praticado por pessoa não imputável, pode esta, por motivo de equidade, ser condenada a repará-los, total ou parcialmente, desde que não seja possível obter a devida reparação das pessoas a quem incumbe a sua vigilância”.

A solução apresentada por Henriques (2009) pode ser aplicada à situação em que a gestante por substituição se vincula afetivamente ao bebê, desejando-lhe a maternidade.

Assim, se considerarmos que a lei admitiu uma espécie distinta de impossibilidade moral superveniente passível de ser invocada pela gestante – recusando o cumprimento da obrigação contratual –, poderia se cogitar tratar a questão como desculpabilidade, e não como alteração das circunstâncias, visto que o afeto era risco do negócio.

Deste modo, apesar do fato objetivo da violação da confiança, a gestante não poderia ser censurada, impondo-se a sua desculpabilidade, ainda que fixando-se, por equidade, a reparabilidade aos comitentes pela apropriação do embrião e frustração da confiança gerada. Nessa dimensão, o favor também poderia ser considerado causa de atenuação de sua responsabilidade.

Essa poderia ser uma solução que tempere a compreensão sobre o drama da gestante de se desconectar do bebê a quem se afeiçoou, sem desconsiderar a necessidade de o ordenamento jurídico oferecer uma resposta à proteção que deve conceder aos direitos dos pais intencionais.

Outra solução seria garantir o arrependimento da gestante sem excluir a parentalidade dos comitentes e permitir ao julgador a fixação da guarda compartilhada.

Só nesta última hipótese poderia se cogitar de estar a gestante exonerada de qualquer tipo de exigência de ressarcimento em favor dos comitentes.

Todas as demais interpretações em que se pretenda enquadrar o regime da barriga de aluguel à luz da Lei n.º 90/2021 demandarão a responsabilização da gestante, seja dos interesses negativos

violados e/ou mesmo do valor do embrião (coisa/chance/filho) perdido com o abandono do projeto parental pela gestante.

A medida do dano, porém, deverá ser objeto de aprofundamento de estudo em novo trabalho.

19 - CONCLUSÃO

A regulamentação da gestação por substituição pressupõe uma revisão do estudo sobre o direito à procriação, início da proteção da vida e da identidade genética, especialmente sobre o estatuto do embrião como ser diferenciado do corpo da gestante (*coisa/pessoa/tertium genus?* – *direito patrimonial/da personalidade?*), de quando nasce um filho (se com a formação do embrião, implantação ou nascimento do bebê). Além disso, por envolver a divisão do processo gestacional entre duas mulheres, põe-se em xeque o debate sobre o que transforma uma mulher em mãe (o desejo, o feto, o vínculo gestacional ou genético?), sobre a livre disposição do corpo e a alienabilidade do direito ao aborto, disponibilidade do estatuto da parentalidade, além dos limites de intervenção do Estado na autonomia privada e no dever de proteger e garantir os direitos fundamentais, inclusive no aspecto indenizatório.

Para a devida regulamentação, o primeiro problema jurídico da gestação por substituição está relacionado à discricionariedade epistemológica de o legislador definir quem deve ser mãe do bebê gerado através de “barriga de aluguel”, admitindo ou não que as partes decidam sobre a questão em contrato, o que implica reconhecer ser disponível o estatuto da parentalidade não só para a gestante como para o embrião e os comitentes que, quando também ofertam o material genético, são os titulares da primeira parentalidade “genética”.

A discussão é delicada porque, na gestação por substituição gratuita, a gestante é *meio* para realização do fim, qual seja, gerar uma criança para quem não tem condições biológicas de fazê-lo de forma natural. Por ser uma negociação que não consegue se afastar de algum grau de “coisificação do ser humano”, a barriga de aluguel só tem sua ilicitude excluída em razão da importância que o ordenamento jurídico dá à colaboração humana e à propulsão de chances que a

operação oferece de viabilizar vida e família, respectivamente, para o embrião e para os aspirantes a pais. Nessa linha de raciocínio, a barriga de aluguel pressupõe que a atuação da gestante seja útil e pautada no interesse dos comitentes.

Noutros termos, o problema se desdobra em como compor o eventual surgimento de um conflito de interesse entre gestante e pais intencionais, quando aquela decide interromper a gestação pelo aborto *ad nutum* ou se arrepende de ser só um meio, assumindo o projeto parental alheio como próprio. Há de se definir em que medida serão permitidos sacrifícios e como se compensarão as perdas necessárias advindas desse ato.

Recorde-se que, considerando-se a articulação da tutela constitucional e civil, os instrumentos jurídicos eleitos para viabilizar um programa constitucional devem ser estruturados de forma a gerar êxito na prossecução do direito que objetiva proteger, qual seja, a constituição de família pelo acesso à filiação biológica, nos casos em que o projeto de parentalidade não seja concretizável de outro modo que não seja a gestação por substituição em consequência de situações clínicas impeditivas da gravidez.

Nesse diapasão, dadas a irreversibilidade do embrião à forma original após a implantação e a custódia que a aceitação da barriga de aluguel envolve, é inviável que o legislador busque, em uma mesma gestação, garantir direitos antagônicos (vida e morte do embrião, promoção e negação de acesso à saúde e escolha da parentalidade, recusa de ser mãe, renúncia translativa da maternidade e arrependimento da renúncia à maternidade), tudo a partir e de acordo com a vontade instável da gestante.

Assim, ou se reconhece que é nula a gestação por substituição heteróloga (priorizando a contratada) ou se admite como válida a sua celebração (protegendo-se os contratantes e o nascituro)

– hipótese em que a ressarcibilidade dos danos perpetrados pela gestante devem ser considerados a partir de um balanceamento dos direitos/deveres que se coloquem em conflito.

Como está, a Lei n.º 90/2021 não cumpre a sua finalidade, pois não resguarda o direito à saúde reprodutiva e não dá aos comitentes um real mecanismo para superar a infertilidade. Concede-lhes apenas uma mera possibilidade condicionada ao cumprimento do contrato pela gestante.

De fato, ao deixar ao alvedrio integral da gestante decidir se haverá ou não “contrato” no sentido de instrumento capaz de produzir os efeitos pretendidos pelas partes, a lei desnatura a gestação por substituição para ser o que, na origem, as partes não queriam que fosse, inclusive quanto à perda do embrião.

Logo, a ampliação dos limites do arrependimento da gestante trazida pela Lei n.º 90/2021 não pode ser interpretada como se fosse a atribuição de um poder ilimitado à gestante de fazer o que quiser, sem qualquer responsabilidade quanto aos danos que cause. Isso seria uma solução excessiva, a qual desconsidera o valor do embrião (seja como coisa, chance ou filho) e a vontade dos comitentes – inclusive, quanto ao fato de não quererem doá-lo à gestante. Ademais, sob a ótica da proporcionalidade, esse entendimento torna a gestação por substituição uma operação de risco incontrolável para o nascituro, que é negociado de antemão sem saber de quem será filho e se lhe será permitido nascer, o que, se acontecer, com a gestante assumindo como próprio o projeto parental alheio, implicará o comprometimento de sua identidade histórica genética, uma vez que a lei não ressalva a possibilidade da bimaternidade.

Outrossim, fazer valer o direito potestativo da gestante à maternidade socioafetiva, atribuindo-lhe a maternidade em caso de concorrência de desejo das “mães” pelo bebê que, respectivamente dão o ovócito e útero, não pode ser uma solução implementada, sem indenização,

visto que, sendo constituída a partir da apropriação do material genético alheio, a solução equivalerá a expropriação do embrião dos comitentes.

Neste contexto, seja pela ideia de violação da confiança (acordo sem vinculação, “condição de querer”), descumprimento contratual, responsabilidade pela gestão imprópria, enriquecimento indevido, confusão, acessão, especificação, obra, plantio em terreno alheio, desculpabilidade ou impossibilidade moral relativa, o dano pela não conclusão do projeto a que aderiu a gestante não pode restar sem indenização, ainda que o *quantum* indenizatório seja atenuado em razão do favor prestado.

Sob qualquer um desses enfoques, a relevância dos interesses envolvidos e do depósito do embrião, recebido mediante promessa de fazer e dar, impõe a conclusão de que, no silêncio da Lei n.º 90/2021 sobre as consequências do arrependimento, não é possível aplicar o entendimento do Tribunal Constitucional nos acórdãos n.º 225/2018 e n.º 465/2019 quanto à não responsabilização da gestante que se arrepende da renúncia à maternidade ao contratar a barriga de aluguel heteróloga, pois nem a gratuidade do contrato, nem o altruísmo que a motivaram a aderi-lo a autorizam a causar, sem consequência alguma, danos aos direitos da personalidade de outrem.

Além disso, a interpretação da Lei n.º 90/2021 precisa se alinhar com a Constituição portuguesa e tratados internacionais. Não faz sentido que a barriga de aluguel seja concebida como contrato para dar chance aos que não podem gerar de forma natural para, ao final, pelo arrependimento da gestante, permitir a concretização do fim inverso, ou seja, dar o filho da promessa a quem não era o foco da proteção, ou autorizar o aborto voluntário *ad nutum*, sem indenização.

Entre todos os direitos envolvidos na operação da barriga de aluguel, não se pode perder de vista que cabe ao Estado proteger a vida do nascituro, não só enquanto ser em formação, mas enquanto “patrimônio” genético e/ou direito da personalidade (filiação) dos pais contratantes.

Conquanto o direito à liberdade da gestante impeça o legislador que se negue a ela a escolha pelo aborto, impõe-se distinguir se foi praticado antes da implantação do embrião alheio em seu corpo ou após, motivado por justa causa ou não. Optando por praticá-lo, sem justa causa, após a implantação, deve compensar os danos que perpetrará à esfera jurídica dos comitentes e do embrião.

A discussão da medida da indenização, porém, deverá ser amplamente estudada, pois dependerá do enquadramento jurídico a ser dado à gestação por substituição, de como se concebe o estatuto do embrião, de quem tinha ou passou a ganhar sua propriedade/maternidade, da aceitação da teoria da perda de uma chance¹⁰⁰, da compreensão de quando se estabelecem o começo da vida e a filiação¹⁰¹ e em que altura da gravidez ocorre a lesão.

O que não se admite é que a legislação diga aos comitentes que serão pais para na verdade deixar todo o poder de vida/morte e filiação a critério da gestante, sem lhes garantir qualquer indenização nas hipóteses de aborto voluntário *ad nutum* e na assunção do projeto parental como próprio. Deixar de garantir tal indenização é negar que os pais intencionais ou o nascituro sejam titulares de quaisquer direitos ou interesses protegidos constitucionalmente, o que é um contrassenso com todo o “direito reprodutivo” que se alardeia em favor deles.

¹⁰⁰ O Tribunal de Lecce, por intermédio da Sentença n.º 1899/2020, considerou a perda do feto ressarcível, entendendo ser o caso de perda de uma chance a constituir uma futura relação parental. Distinguiu ser esta perda “de menor peso que a perda de uma relação já consolidada e feita de cotidiano, hábito de vida” (Cass. Civ. n. 12717/2015 – tradução livre), além de ser limitada aos pais e irmão, desde que não haja prova de que o afeto teria se perdido antes da morte. Vide a sentença na íntegra (Aventaggiato, 2020).

¹⁰¹ Para o Tribunal de Roma, no caso do hospital Pertini já citado, a lesão do direito em razão da troca dos embriões não é identificada com a “perda de um filho”, mas é uma lesão ao “direito à concepção”. Neste sentido, vide a íntegra da sentença (Roma, 2016).

A vingar a regulamentação como está, o contrato será inútil, pois dificilmente alguém, sofrendo de infertilidade, assumirá o risco de entregar seu embrião a outrem, custear uma gravidez e um parto, para, ao final, ter negado o direito à parentalidade sonhada¹⁰², sem nenhuma indenização. De fato, de nada adianta negar responsabilização à gestante como política de desestímulo às mulheres que queiram pactuar a barriga de aluguel, se tudo o que se conseguirá com essa medida é, na verdade, desestimular os aspirantes a pais a não se aventurarem em tal projeto.

A perspectiva de indenização, ao contrário, ainda que não consiga apagar de todo o problema da perda do embrião e do projeto parental dos comitentes, não deixa de produzir certo efeito reverso: dar mais consistência ao contrato, promovendo um mínimo de proteção e justiça aos bens constitucionalmente envolvidos na operação, na perspectiva da inviolabilidade do ser humano e ponderação dos direitos fundamentais.

Assim, ou ajustes são promovidos na lei ou se inviabiliza o próprio interesse de contratar, descumprindo-se o programa constitucional.

Mesmo assim fica a questão: estamos certos em admitir um contrato que, aspirando promover o desenvolvimento da vida do embrião, o remete ao risco de morte? Não seria esse “direito à procriação” contrário a uma parentalidade responsável e ao dever estatal de proteção ao nascituro?

Se a alteração dos costumes sociais não pode e não deve ser contida pelo Direito e a barriga de aluguel é uma realidade crescente no mundo, não é aconselhável que se defina quem é mãe a

¹⁰² Vasconcelos (2019:56) afirma que: “O direito subjectivo deve ter êxito na prossecução dos fins do seu titular. Para tanto, carece de meios jurídicos que sejam eficientes. Estes meios podem ser de ordem diversa. O critério da sua efectação é a sua eficiência. Há uma característica utilitária que é imprescindível no direito subjectivo: a eficiência, o êxito. Um direito subjectivo que seja ineficaz que não consiga prosseguir o fim do seu titular, é fruste. Continua o referido autor: “A exigência de êxito é comum a todos os direitos subjectivos. Mas é muito mais forte no direito subjectivo de personalidade. A personalidade é o que de mais precioso, de mais relevante a pessoa tem. É o seu próprio ser enquanto pessoa. Por isto, o direito subjectivo de personalidade é dotado, no Direito, de uma tutela poderosa, de meios especialmente eficazes”.

partir e, sob a condição, do surgimento do feto ou não durante a gestação, visto que é um critério instável e subjetivo. Sendo desejo do legislador dar prioridade a gestante, melhor que se considere o vínculo gestacional, e, se permita que, após o nascimento, ela decida se entregará o bebê aos comitentes ou não. Nesse contexto, a apropriação do embrião deve ser justificada pela “confusão”, apoiando-se na linha interpretativa que dá mais valor ao útero materno ou, com a clara decisão legislativa de transpor os riscos do contrato para os comitentes, advertindo-os de que a opção pela barriga de aluguel implicará a perda incondicional do embrião para gestante. Sem este consentimento dos comitentes quanto à perda do embrião, é inviável a absoluta exoneração da gestante quanto aos danos que lhes cause, salvo casos de justa causa.

Conquanto seja possível nesses casos dar aos comitentes mera expectativa de adoção privada após o nascimento, pensamos que o contrato de barriga de aluguel deve ter sua estruturação guiada não só pela louvável preocupação de se resguardar a liberdade de autodeterminação da gestante, mas também com foco naquele que maior prejuízo poderá sofrer com a violação do acordo – o embrião –, uma vez que é ele a criança em potência cuja vida poderá ou não ser sacrificada em função das vontades dos adultos que o planejam, acolhem, disputam e mudam de ideia quanto ao seu destino existencial e filiação. De fato, enquanto para os adultos a violação do acordo pode redundar em uma chance perdida de experimentar uma realização pessoal (serem pais ou altruístas), as consequências para o bebê podem variar desde a ter sua vida ceifada pela gestante que abandona o projeto parental originário (o que é bem diverso de uma gestação que nasce indesejada) até nascer ao abandono (se todos os atores da barriga de aluguel desistirem do projeto parental), ou em contexto de disputa deflagrada pelo arrependimento da gestante.

Sugerimos adotar a solução que já vem sendo apresentada pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) (Maia, 2023) e que conclama os interessados a realizar a barriga de aluguel que o façam sob o prisma do exercício da multiparentalidade.

Nesse contexto, a barriga de aluguel poderia ser enquadrada como um contrato de cooperação em que o arrependimento da renúncia à maternidade pela gestante não guarda relação com a ideia de que a mãe teria sido a gestante desde a origem, mas de ser ele um direito potestativo que lhe assegurasse assumir o papel da maternidade ao lado da mãe genética. Preservar-se-ia, assim, o afeto da gestante sem prejuízo da identidade genética do embrião e os direitos da mãe genética à parentalidade.

Se essa solução não afasta a discussão atinente ao aborto e suas consequências para os envolvidos no pacto de barriga de aluguel, ao menos pode diminuir os conflitos e incoerências da admissão do contrato no ordenamento jurídico.

De todo o exposto, as polêmicas apresentadas tiveram o intuito de chamar a atenção para as graves omissões e contradições da Lei n.º 90/2021, especialmente as dificuldades de enquadramento jurídico do arrependimento da renúncia à maternidade da gestante e de seus impactos para o regime do pacto celebrado.

Pelas reflexões apresentadas, tentou-se contribuir para um novo olhar sobre os interesses em conflito, de forma a evidenciar a necessidade de aprimoramento da regulamentação da gestação por substituição e de interpretá-la conforme a Constituição Portuguesa, os tratados internacionais pertinentes e o Código Civil, buscando uma solução que minimize os danos aos direitos da personalidade das partes e de terceiros envolvidos na operação e dê a adequada e almejada função social ao pacto que a realiza.

REFERÊNCIAS

- Ascensão, José Oliveira (1991). “Direito e Bioética”. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, A51:429-507.
- Ascensão, José Oliveira (1997). “*Teoria Geral, Direito Civil*”, Coimbra: Coimbra Editora, v. I.
- Aventaggiato, Valentino (2020). “Danno da perdita di chance per feto nato morto è risarcibile”. *Wolters Kluwer*. <https://www.altalex.com/documents/news/2020/10/09/danno-da-perdita-di-chance-per-feto-nato-morto-risarcibile>
- Barbosa, Mafalda Miranda; Alvares, Tomas Pietro (2020). “*O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Sentido e Limites*”. Coimbra: Gestlegal.
- Barboza, Heloisa Helena, Meirelles, Jussara Maria Leal; Barretto, Vicente de Paulo (Orgs.) (2003). “*Novos temas de biodireito e bioética*”. Rio de Janeiro: Renovar.
- Bosso, Armando. “Irrevocabilità del consenso alla procreazione medicalmente assistita e tutela dell’embrione”. *Giustizia Civile.com*, 2021. <https://giustiziacivile.com/famiglia-e-successioni/note/irrevocabilita-del-consenso-alla-procreazione-medicalmente-assistita-e>
- Bozzi, Lucia (2008). “*La negoziabilità degli atti di Renuncia*”. Milano: Giuffrè Editore.
- Bugetti, Maria Novella (2014). “Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità”. *Famiglia e Diritto*, 21(10):933-942.
- Caggiano, Ilaia Amélia (2017). “Lo Scambio di Embrioni e le modalità di formazione dello status de figlio: il caso emblemático dell’ospedale Pertini”. *Europa e Diritto Privato*, (1):299-328.
- California (1993). *Johnson v. Calvert*. Jurisprudência da California, 5 volume, cal. 4th Supreme Court of California Case.
- Campos, Diogo Leite (1993). “Os direitos da personalidade: Categoria em reapreciação”. *Dereito*, II (2):61-74.
- Campos, Diogo Leite (2004). “O direito e os direitos da personalidade”. In: Campos. Diogo Leite. “*Nós – Estudos sobre o direito das pessoas*”. Coimbra: Editora Almeida.
- Campos, Diogo Leite (2006). “A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador ou a onipotência do sujeito”. *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, v. III. <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/diogo-leite-de-campos-a-procriacao-medicamente-assistida-heterologa-e-o-sigilo-sobre-o-dador-ou-a-onipotencia-do-sujeito/>
- Canotilho, José Joaquim Gomes (1995). “*Direito constitucional e teoria da constituição*”. Coimbra: Almedina.

- Carbone V. (1997). “Nella medesima controversia, in primo grado, in Famiglia e diritto”. *Famiglia e diritto*.
- Carbonnier, Jean (1979). “*Droit Civil, 4 – Les Obligations*”. Paris: Puf.
- Caringella, Francesco (2020). “*Manuale ragionato di Diritto Civile*”, Portugal: Dike Giuridica.
- Cecchini, Stefania (2019). “*Il Divieto di Maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale*”. BioLaw [Internet].
- Cendon, Paolo (2004). “*Il Diritto Privato Oggi Serie a cura*” Milano: Giuffrè Editore.
- Chaby, Estrela (2016). “Direito a constituir família, filiação e adoção: Notas à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”. In “*Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*”, v. II, Coimbra: Almedina.
- Chaby, Estrela (2019). “A gestação de substituição, por si só”. In *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*, v. I, Coimbra: Almedina, 61-82.
- Cechini, Aldo (1977). “*Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*”. Padova: Cedam.
- Coelho, Francisco Manuel Pereira (1970). “O enriquecimento e o dano”. Coimbra: Almeida.
- Coelho, Francisco Pereira; & Oliveira, Guilherme de (2016). “*Curso de Direito da Família*”. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.
- Cordeiro, Antônio Manuel da Rocha e Menezes (1987). “Direito das Obrigações”. 2 vols, Lisboa: AAFDL.
- Cordeiro, Antônio Menezes (2007). “*Tratado de Direito Civil Português*”. Coimbra: Almedina.
- Corasaniti, Vittorio (2007). *I diritti del Nascituro e Tutela Giuridica Internazionale*. Itália: Universidade de Milano-Bicocca.
- Corrado, Giovanni (1966). “*Tratado di diritto del lavoro*”. Torino: Utet.
- Correio brasileiro (2022). "Menu de bebês": primeiro projeto de úteros artificiais é apresentado. Disponível em: Cf <https://www.correiobraziliense.com.br/ciencia-e-saude/2022/12/5058962-menu-de-bebes-primeiro-projeto-de-uteros-artificiais-e-apresentado.html>.
- Corte Europeia (2007). Embrioni crioconservati – Revoca del consenso all’impianto – Violazione della vita privata – Esclusione. Convenzione Europea dei diritti dell’uomo artt. *Procreazione assistita – Nuova Giurisprudenza commenti*.

Costa, Mário Júlio de Almeida (2018). “*Direito das obrigações*”. 12 edição. Coimbra: Editora Almeida.

Costa, Marta, Lima, Catarina Saraiva (2012). “A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade”. *Revista Lusíada Direito*, (10). <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/196>

Crescer Online 2023. Após descobrir câncer, barriga de aluguel afirma que pais de bebê queriam interromper gravidez. Disponível em:

<https://revistacrescer.globo.com/gravidez/noticia/2023/07/apos-descobrir-cancer-barriga-de-aluguel-afirma-que-futuros-pais-de-bebe-a-instruiram-a-interromper-a-gravidez.ghml>

Crorie Mac, Benedita (2020). “*Os limites da Renúncia a Direitos Fundamentos nas Relações entre Particulares*”. Coimbra: Almedina.

Crorie, Benedita Mac (2017). “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Procriação Medicamente Assistida”. in Figueiredo, Jorge de; Brandão, Nuno. *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*. Coimbra, Coimbra Editora.

Cunha, Paulo (1971-1972). “*Teoria Geral do Direito Civil, resumo das lições proferidas no ano letivo de 1971-1972*”. Lisboa: Universidade de Lisboa, p. 111 e segs.

Dana, Anne R (2011). The ‘State’ of Surrogacy Laws: Determinations of Legal Parenthood for Gay Fathers, 18 *Duke Journal of Gender Law & Policy* 353-390. <https://scholarship.law.duke.edu/djglp/vol18/iss2/5>

Dellacasa, Matteo (2014). “Maternità e contratto: termini compatibili?” In: Queirolo, Ilaria, Benedetti, Alberto Maria, Carpaneto, Laura. *Le nuouve famiglie tra globalizzazione e identità statuali*. Roma: Aracne.

Duarte, Tiago (2003). “*In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei.*” Coimbra: Almedina.

Europa (1980). “*Recurso n. 8416/78*”. Decision of the comission. Conselho da Europa.

Europa (1997a). “*Aviso n.º 241/97 - Torna público ter a Moldova assinado, em 6 de Maio de 1997, a Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina*”. Conselho da Europa.

Europa (1980). “*Cedu all’embrione*” (vedi ad es X. c. Regno Unito. Ricorso n. 17004/90; le sentenze della Corte sono reperibili sul sito).

Europa (2004). “*Case of VO v. France. Application no. 53924/00.*”. Judgment Strasbourg. The European Court of Human Rights. <https://www.echr.coe.int/>

Europa (1997b). *Convenção de Oviedo*. Convenção para a proteção dos direitos humanos e dignidade do ser humano em relação às aplicações da biologia e da medicina. Oviedo: Conselho da Europa.

Falcão, Marta; Serra, Miguel Dinis Pestana; & Tomás, Sérgio Tenreiro (2016). “*Direito da Família. Da teoria à prática*”. Coimbra: Almedina.

Feraci, Ornella (2019). “La maternità surrogata”. Aldricus: II Portale del Progetto EjNita.

Fernandes, Luiz Carvalho (2012). “*Teoria Geral do Direito Civil I: introdução; pressupostos da relação jurídica*”. 6ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora.

Fernandes, Luiz Carvalho (2018). “*Teoria Geral do Direito Civil*”. v. I. Coimbra: Almedina

Ferrando, Gilda (2007). “*Filiazione e adozione*”. III ed. Bologna: Zanichelli Editore.

Ferrando, Gilda (2008). “Gli Atti di Disposizione”, In: Galasso, Alfredo, & Mazzaresse, Silvio. “*Il Principio di gratuita a cura di*”. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.

Ferrando, Gilda (2020). “*Diritto di famiglia*”. Via Vittorio Amedeo: Zanichelli Editore.

Festas, David de Oliveira (2009). “*Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem - Contributo para um Estudo do seu aproveitamento Consentido e Inter Vivos*”. Coimbra: Editora Coimbra.

Folsom, Thomas C (2018). Reconsidering the Reliance Rules: The Restatement of Contracts and Promissory Estoppel in North Dakota. *North Dakota Law Review*; 66(3):1-28. Disponível em: <https://commons.und.edu/ndlr/vol66/iss3/1>

Forchielli Pier Luigi (1953). “Deposito di cortesia o deposito gratuito?” *Riv. trim. dir. e proc. civ.*

Frada, Manuel A Carneiro da (1994), *Contrato e Deveres de Proteção*, Coimbra: Gráfica de Coimbra.

Frada, Manuel A Carneiro da (1997). “*Uma terceira via no Direito da Responsabilidade Civil - O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedade*”. Coimbra: Livraria Almedina

Frada, Manuel A Carneiro da (2010). “*Direito Civil Responsabilidade Civil – O método do caso*”. Coimbra: Almedina.

França (1990). “*Aplication/Requête n°17004/90*”. Decision du 19 mar 1992 su la recevabilde de la requête. Comission de França. <https://www.echr.coe.int/>

Franceschetti, Paolo (2016). “*Responsabilità da contatto sociale*”. Altalex Pedia. <https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2016/02/08/responsabilita-da-contatto-sociale>

Galasso, Vittorio & Mazzaresse, Teodoro (2008). “La gratuità come principio”. In Giappichelli (Ed.). *L'innovazione del diritto: temi e problemi*. Torino: Giappichelli.

Gattuso, Marco (2019). “Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino”. *Questione Giustizia*, (2). Acesso em 27/05/2023
https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/dignita-della-donna-qualita-delle-relazioni-familiari-e-identita-personale-del-bambino_653.php

Geraldes, João de Oliveira (2010). “*Tipicidade Contratual e Condicionalidade Suspensiva – Estudo sobre a exterioridade condicional e sobre a posição jurídica resultante dos tipos contratuais condicionados*”. Coimbra: Coimbra Editora.

Ghestin, Jacques (1980). “*Traité de droit civil, t. II, Les obligations, le contrat*”. Paris: Parcourir Les Collections.

Ghestin, Jacques (1990). “*Recueil Dalloz*”. Paris: Editora Dalloz.

Gillers, Shoshana (2001). “A Labor Theory of Legal Parenthood”. *Yale Law Journal*, <https://www.jstor.org/stable/797598?origin=crossref> [janeiro de 2001].

Giordano, Valéria (2018). “*Le Regole del Corpo*”. Turim: Giappichelli Editore.

Giuseppe, Mirabelli (1955). “*L'atto non negoziabile nel diritto privato italiano*”. Napoli: Jovene.

Gonçalves, Nuno Baptista (1995). “*Do negócio sob condição: Estudo de direito civil*”. Lisboa: Edições Castilhos, Coleções Jurídicas.

Gonzales, Igareda (2019). Regulando a barriga de aluguel na Europa: problemas comuns, diversas leis nacionais. *Eur Jour. Estudante Feminina*, 30(1):441-452.

Gorgoni, Marilena (2013). “La destruzione accidentale di embrioni da annidare: ciò che la sentenza non dice”. *Revista du Responsabilidade Civile e Previdenza*, (4).

Grasso, Alfio Guido (2020). “*La Maternità Surrogata: un'ipotesi ricostruttiva*”. In: Cedon, Paolo, Grasso, Alfio Guido. *Diitto/Prospettive*. Roma:Aracne.

Grasso, Alfio Guido (2022). “*Maternità Surrogata Altruistica e tecniche di costituzione dello status*”. Turim: Gianppichelli.

Guimarães, Paulo Jorge Scartezini (2015). “Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento contratual)”. In: Guerra, Alexandre Dartanhan de Mello; Benacchio, Marcelo (coords.). *Responsabilidade civil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, p. 129- 158.

Guizzardi, Lucca (2021). “Contrattualità, giustizia riproduttiva e istanze LGBT nella surrogacy: alcune riflessioni”. *Sociologia del Diritto*. (1):119-142.
https://www.francoangeli.it/riviste/Scheda_rivista.aspx?IDArticolo=69634

HCCH: Hague Conference on Private International Law. “Questionnaire on the private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements: *drawn up by the Permanent Bureau*” <http://www.hech.net/indexen.php?act=text.display&tid=178> [abril de 2013].

Henriques, Pedro Correia (2009). “O papel da desculpabilidade no sistema de responsabilidade civil”. *Revista O Direito*, 141, II, 429-457.

Hörster, Heinrich Ewald (2016). “*A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*”. Coimbra: Almedina.

Itália. Legge n.º 40/2004 (2004). “*Disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita*”. *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, (73). <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2004/03/19/004G0081/sg>.

Kelsen, Hans (1998). “*Teoria pura do Direito*”. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Leitão, Luis Manuel Teles de Menezes (2005). “A responsabilidade do Gestor Perante o Dono do Negócio no Direito Civil Português”. Coimbra: Almedina.

Lenti, Leonardo (1993). “*La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*”. Pádua: Cedam.

Machado, Baptista (1991). “*A cláusula do razoável*”. In: *Obra dispersa*, vol. I — Direito privado. *Direito internacional privado*, Scientia Juridica, Braga, p. 457-621.

Madonia, Claudia (2018). “*Il potere di disposizione degli embrioni*”. [Dissertation thesis]. Alma Mater Studiorum Università di Bologna. Doutorado di ricerca in Scienze giuridiche – phd in legal studies.

Maia, Ana (2023). “Gestação de substituição: Conselho de Ética admite que bebé tenha três pais no registo”. *Público*. <https://www.publico.pt/2023/05/02/sociedade/noticia/gestacao-substituicao-conselho-etica-admite-bebe-tres-pais-registo-2048218>

Martinez, Pedro Romano (2017).

Mendes, Gilmar Ferreira; Branco. Paulo Gustavo Gonet (2013). “*Curso de Direito Constitucional*”, 8ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva.

Mengoni, Luigi (1982). “*La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*”. *Riv Trim dir proc civ*. Milano: Giuffrè Editore.

Miranda, Jorge (2000). “*Manual de Direito Constitucional*”. Coimbra: Coimbra Editora.

Monteiro, Antônio Pinto (1985). “*Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*”. Coimbra: Coimbra editora.

Monteiro, Antônio Pinto (2007). “Princípios Gerais da Responsabilidade Civil”. Revista da Escola Nacional de Magistratura.

Neves, António Castanheira (1968-69). “*Lições de introdução ao estudo de Direito*”. Coimbra: Editora Coimbra.

Oliveira, Guilherme de (2016). “*Textos de Direito da Família: para Francisco Pereira Coelho*”. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.

Orestano. Andrea (2021). “Procreazione assistita, crisi della coppia e revoca del consenso all’impianto dell’embrione”. *Diritto Civile*. Giurisprudenza italiana. Fascículo 12.

Osuna E, Raposo VL, Machado F (2012) What’s Wrong with Gamete Donation?(Legal and Ethical Status of Gametes in Assisted Reproduction Techniques). *J Fert In Vitro* 2:115.

Palazzo, Antonio (2000). “*Atti gratuito e donazioni*”. Torino: UTET.

Palmeri, G. “Maternità Surrogata; La prima pronuncia italiana”. *Giur.it*.

Panuccio, Vincenzo (1977). “*Gli atti di cortesia, profilo di una teoria generale*”. Milano: Giuffrè Editore.

Panzarini, Elisabetta (2018). “*Il Contrato di Opzione Effetti e disciplina*”. Milano: Giuffrè Editore

Peretti-Griva, Domenico Renzo (1939). “*Prestazione di cortesia*”. Torino: Utet.

Perrino, Stefania Pia (2018). “Gli embrioni “corpo del reato” e gli aventi diritto alla restituzione”. *Revista di Diritto di Famiglia e della Persona*, Fascículo 4, p. 1382-1408.

Perrino, Stefania Pia (2018). “La Natura Giuridica dell’Embrione”. Dipartimento di Giurisprudenza, Dottorato di Ricerca n Scienze Giuridiche – Ciclo XXXIII. boa.unimib.it/ritrieve/e39773b7-7183-35a3-e053-3a05fe0aac26/phd_unimib_747887.pdf.

Petti, Giovanni Battista (2005). “*Il risarcimento dei danni: biológico, genético, esistenziale*”. Limena – It.: UTET.

Pinheiro, Jorge Duarte (2008). “*Mãe portadora – A problemática da maternidade de substituição*”. In Ascensão, José de Oliveira (coord.), Estudos de Direito da Bioética, v. II, Coimbra: Almedina.

Pinto, Carlos Alberto da Mota (2005). “*Teoria Geral do Direito Civil*”. Coimbra: Coimbra Editora.

Pinto, Paulo Mota (2008). “*Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*”. Coimbra: Coimbra Editora, v. I e II.

- Pinto, Carlos Alberto Mota (2012). “*Teoria Geral do Direito Civil*”. Coimbra: Coimbra Editora.
- Pinto, Paulo Mota (2018). “*Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais, Estudos*”. Coimbra: Gestlegal.
- Pinto, Paulo Mota (2020). “*Direitos de Personalidade: relatório sobre unidade curricular de mestrado em Ciência Jurídicos-Civilísticas*”. Coimbra: UTC.
- Pires, Catarina Monteiro (2016). “Limites dos esforços e dispêndios exigíveis ao devedor para cumprir”. Revista da Ordem dos Advogados, https://portal.oa.pt/122447/roa-i_ii_iii_iv-2016-web.pdf
- Pires, Catarina Monteiro (2018a). “Quatro proposições em torno da vinculação devedora revistando o Código Civil de 1966, no seu cinquentenário: impossibilidade, abuso do direito, alteração das circunstâncias e diligência exigível”. Revista de Direito Civil, ano III, n. 4 Trimestral.
- Pires, Catarina Monteiro (2018b). “*A impossibilidade da prestação*”. Coimbra: Almedina.
- Ponzanelli, G (1993). “Constituiscono i legami genitoriali tra i committenti ed il nato”. *Foro it*, IV, 337.
- Portugal (1948). Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. 1948. <https://docplayer.com.br/148324279-Declaracao-universal-sobre-o-genoma-humano-e-os-direitos-humanos.html>
- Portugal (1966). *Decreto-Lei n.º 47344*. Código Civil. Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25.
- Portugal (2001). *Acórdão n.º 302/2001/T. Const, de 6 de novembro*. Diário da República n.º 257/2001, Série II de 2001-11-06, páginas 18309 – 18316. Tribunal Constitucional
- Portugal (2001). “Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001”. Aprova, para ratificação, a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, aberta à assinatura dos Estados membros do Conselho da Europa em Oviedo, em 4 de Abril de 1997, e o Protocolo Adicional Que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos, aberto à assinatura dos Estados membros em Paris, em 12 de Janeiro de 1998.
- Portugal (2003). Assembleia da República. *Resolução da Assembleia da República n.º 67/2003*: Aprovação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Lisboa, Portugal.
- Portugal (2006). *Lei n.º 32/2006, de 26 de julho*. A presente lei regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (PMA). Procuradoria geral distrito de Lisboa. <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/32-2006-539239>

Portugal (2008). “*Direitos Humanos: compilação de instrumentos internacionais*”. Portugal: Comissão Nacional para as Comemorações do 50.

Portugal (2009). *Acórdão n.º 1/2009*. Diário da República Eletrónico, 1 de janeiro de 2009. <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html>.

Portugal. ([2005]). *Constituição da República Portuguesa*. VII Revisão Constitucional. <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

Portugal. (2016). *Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto*. Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida). <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/25-2016-75177806>

Portugal. (2018). *Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 de 7 de maio de 2018*. Processo n.º 95/17. Diário da República n.º 87/2018, Série I de 2018-05-07, páginas 1885 – 1979. <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao-tribunal-constitucional/225-2018-115226940>

Portugal. (2019). *Acórdão n.º 465/2019*. Processo n.º 829/2019. Diário da República n.º 201/2019, Série I de 2019-10-18, páginas 117 – 137. <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao-tribunal-constitucional/465-2019-125468550>

Portugal. (2021). *Lei n.º 90/2021 de 16 de dezembro*. Altera o regime jurídico aplicável à gestação de substituição, alterando a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula a procriação medicamente assistida. <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/90-2021-175983728>

Pradurou, Sabrina (2017). Objects of property rights: old and new. In: Graziadei, Michele; Smith, Lionel (org.). *Comparative Property Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

Proença José (2011). “*Lições de Cumprimento e não cumprimento das obrigações*”. Porto: Universidade Católica Editora Porto.

Prosperi, Francesco (2002). “La gestazione nell’interesse altrui tra diritto di procreare e indisponibilità dello status filiationis”. In Milano, Giuffré, Verso nuove forme di maternità?

Purshouse, Craig, Bracegirdle, Kate (2018). The problem of unenforceable surrogacy contracts: can unjust enrichment provide a solution? *Medical Law Review*

Raposo, Vera Lúcia (2005). “*De mãe para mãe, Questões Legais e Éticas suscitadas pela Maternidade de Substituição*”. Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora.

Raposo, Vera Lúcia (2009). “Vende-se gâmeta em bom estado de conservação (o ‘obscuro’ mercado das células reprodutivas)”. *Revista Portuguesa de Direito da Saúde* quando a de, ano 6, n. 12.

Raposo, Vera Lúcia (2017). “Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)”, *Revista do Ministério Público* 149 , Ano 38.

- Resta, Giuseppe (2014). *Dignità, persone, mercati*. Itália: Giappichelli.
- Ribeiro, Joaquim de Sousa (1999). “*O Problema do Contrato: As Cláusulas contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*”. Coimbra: Livraria Almedina.
- Ribeiro, Joaquim de Sousa (2018). “Breve análise de duas questões problemáticas: o direito ao arrependimento da gestante de substituição e o anonimato dos dadores”, In Antunes, Maria João; Silvestre, Margarida (orgs) *Colóquio internacional, Que Futuro para a gestação de substituição em Portugal?*, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 320.
- Roma (2015). Prima Sezione. Il giudice istruttore, a scioglimento della riserva assunta il 17.4.2015 sul ricorso ex art. 700 c.p.c. introdotto da XXXXXXXX nei confronti di XXXXXXXX e XXXXXXXXXXXX Tribunale di Roma. https://www.questionegiustizia.it/data/doc/750/tribunale-roma-ordinanza-22_aprile_2015.pdf
- Roma (2016). Sentenza Tribunale di Roma caso Petrini. Tribunale de Roma. https://www.biodiritto.org/ocmultibinary/download/3080/29878/7/24bb07de8b8db35271408d615fe37bb0.pdf/file/sentenza_Trib._Roma_caso_Pertini.pdf
- Ruscica, Seraphim (2013). “*I Diretti della Personalità, Strategie di tutela, Inibitorie, Risarcimento danni.*” Pádua: CEDAM.
- Salone, Bartolo (2014). “Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004”. *BioLaw [Internet]*, (2):157. <https://teseo.unitn.it/biolaw/article/view/848>
- Santoro I (2001). “L’atto di cortesia. Irrelevanza giuridica e rilevanza sociale nem reporto individuo-società”. *Contratto impresa*.
- Santos Júnior, Eduardo (2010). “Da impossibilidade pessoal de cumprir: breve confronto do novo Direito alemão com o Direito Português”. *O Direito*, ano 142.
- Savatier, Rene (1951). “*Traité de la responsabilité civile*”. Paris: LGDJ.
- Serra, Adriano Paes da Silva Vaz (1959). “Causas Justificativas do Facto danoso”. *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 85.
- Serra, Adriano Paes da Silva Vaz (1959). “Responsabilidade Contratual e Extracontratual”. *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 85.
- Sesta, Michele (1999). “La fecondazione assistita tra ética e diritto: il caso italiano. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 15(4):297-308.
- Silva, José Afonso (2010). “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”. São Paulo: Malheiros.

Sousa, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de (1995). “*O direito geral de personalidade*”. Coimbra: Editora Coimbra.

Tomasi, Marta (2016). “US - Missouri Court of Appeals - McQueen v. Gadberry: i pre-embrióni crioconservati sono qualificati come proprietà e non come persone”. *Biolaw Journal Publicato il: Martedì*. <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/US-Missouri-Court-of-Appeals-McQueen-v.-Gadberry-i-pre-embrióni-crioconservati-sono-qualificati-come-proprietà-e-non-come-persone>.

Tratado da União Europeia (1992). Tratado de Maastricht. <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html>

Trimarchi, Pietro (2010). “*Il Contratto: inadempimento e rimedi*”. Milano: Giuffrè.

Trabucchi A e Cian G (2022). “*Commentario breve al Codice Civile, Complemento Giurisprudenziale Edizione per prove concorsuali ed esami*”. Milano: CEDAM

UNESCO (1997). “*Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras*”. Conferência Geral da UNESCO em sua 29ª sessão.

UNESCO (2005). “*Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*”.

UNICEF. (1959). Declaração Universal dos Direitos das Crianças. https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf

United Nations (1989). “*Convention on the Rights of the Child*”. United Nations, 20 Nov.

Varela, João de Matos Antunes (1995). “*Inseminação artificial e a filiação perante o Direito Português e o Direito Brasileiro*”. Coimbra: Revista de Legislação e Jurisprudência.

Varela, João de Matos Antunes (1996). “*Das Obrigações em Geral*”. 9ª edição. Coimbra: Almedina.

Varela, João de Matos Antunes (2007). “*Das Obrigações em Geral*”, vol. II, 7ª edição, Almedina.

Vasconcelos, Pedro Pais de (1985). “*Em tema de negócio Fiduciário*”. Dissertação de Mestrado. <https://pedro-vasconcelos-p2j3.squarespace.com/s/1985-EM-TEMA-DE-NEGOCIO-FIDUCIARIO.pdf>

Vasconcelos, Pedro Pais de (2006). “*Direito de Personalidade*”. Coimbra: Almedina.

Vasconcelos, Pedro Pais de (2007). “*Teoria Geral do Direito Civil*”. Coimbra: Almedina, 3. ed.

Vasconcelos, Pedro Pais de (2019). “*Teoria Geral do Direito Civil*”. Coimbra: Almedina. 8 ed.

Venuti, Maria Carmela (2002). “*Gli atti di disposizioni del corpo*”. Milão: Giuffrè Editore.

Venuti, Maria Carmela (2008). *“Atti di disposizione del corpo e principio di gratuita”*. Milão: Giuffrè Editore.

Vermeersch, A (1900). *“La justitia comutativa, ns. 21 e ss. de Cuestiones acerca de la Justicia”*, Madri: S. Calleja.

Villani, Ricardo (2021). “Transferimento di embrioni crioconservati e separazione personale tra coniugi”. *Nuova Giurisprudenza commenti*.

Xavier, Rita Lobo (2019) “A constitucionalização do contrato de gestação de substituição e a traição das imagens: “isto não é uma gestação de substituição”, in Ribeiro, Joaquim de Souza *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Joaquim de Sousa Ribeiro*. Coimbra: Almedina, 345-361.