

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NIVEL DOUTORADO**

IDA BEATRIZ DE LUCA

**O DIREITO CONTRATUAL ANALISADO À LUZ DA HERMENÊUTICA DOS
PRINCÍPIOS NO PANORAMA DO DIREITO COMPARADO ENTRE AS
FONTES DO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO E DOS ESTADOS UNIDOS
DA AMÉRICA: O CASO DO CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO**

**SÃO LEOPOLDO
2016**

IDA BEATRIZ DE LUCA

O DIREITO CONTRATUAL ANALISADO À LUZ DA HERMENÊUTICA DOS
PRINCÍPIOS NO PANORAMA DO DIREITO COMPARADO ENTRE AS
FONTES DO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO E DOS ESTADOS UNIDOS DA
AMÉRICA: O CASO DO CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

Tese apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Doutor em
Direito, pelo Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade do Vale do Rio
dos Sinos - UNISINOS

Área de concentração: Sociedade, Novos
Direitos e Transnacionalização

Orientador: Prof. Dr. Wilson Engelmann

São Leopoldo

2016

L931d Luca, Ida Beatriz de

O direito contratual analisado à luz da hermenêutica dos princípios no panorama do direito comparado entre as fontes do direito contratual brasileiro e dos Estados Unidos da América: o caso do contrato de gestação de substituição / Ida Beatriz de Luca. – 2016.

259 f. ; 30cm.

Tese (doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2016.

Orientador: Prof. Dr. Wilson Engelmann.


1. Direito contratual. 2. Modelo solidarista - Contrato. 3. Autonomia privada. 4. Gestação de substituição. 5. Direito Contratual - Estados Unidos da América. I. Título. II. Engelmann, Wilson.

CDU347.44

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “O DIREITO CONTRATUAL ANALISADO À LUZ DA HERMENÊUTICA DOS PRINCÍPIOS NO PANORAMA DO DIREITO COMPARADO ENTRE AS FONTES DO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO E DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: O CASO DO CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO”, elaborada pela doutoranda Ida Beatriz de Luca, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTORA EM DIREITO.

São Leopoldo, 05 de janeiro de 2017.


Prof. Dr. Leonel Severo Rocha,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Wilson Engelmann



Membro: Dr. Fabiano Koff Coulon



Membro: Dr. Gustavo Silveira Borges



Membro: Dra. Temis Limberger



Membro: Dr. José Tadeu Neves Xavier



Dedico esta pesquisa à minha família que me apoiou em todos os momentos em que estive envolvida no mundo dos livros buscando novos horizontes.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Doutor Wilson Engelmann, orientador dessa pesquisa, por todo apoio e contribuição sem os quais certamente o resultado desse trabalho não seria o mesmo.

“The law is the witness and external deposit of our moral life. Its history is the history of the moral development of the race. The practice of it, in spite of popular jests, tends to make good citizens and good men.”
Justice O. W. Holmes Jr.

RESUMO

O Direito Contratual passou por diversas fases, estando inserido em um contexto onde cada vez mais a técnica traz desafios aos operadores do Direito. Através das cláusulas gerais há a possibilidade de incorporação de situações novas, possibilitando o ajustamento das consequências jurídicas a esses novos fatos sociais. O objetivo geral da tese foi estudar o contrato na realidade atual, especialmente quanto à questão da autonomia privada nos contratos de gestação de substituição, vinculado aos princípios constitucionais, no âmbito das possibilidades jurídicas trazidas pelo horizonte hermenêutico da comparação entre o Direito Brasileiro e o Direito dos Estados Unidos da América. O papel do intérprete passou a ser mais significativo, delimitando o alcance da norma através da interpretação, buscando o significado de algumas expressões tal como função social, na Constituição Federal e no diálogo com outras fontes do Direito. Na perspectiva da metodologia fenomenológico-hermenêutica que sustenta esta Tese, se pode afirmar que o intérprete tem cada vez mais responsabilidade pela atribuição criativa de sentido às cláusulas gerais que estão nos textos regulatórios pertinentes. A evolução da técnica trouxe novos desafios aos operadores do Direito. Neste contexto, a ausência de legislação no Brasil para os casos de gestação de substituição gera situações problemáticas para todos os envolvidos: a gestante de substituição, os pais intencionais e mesmo a comunidade médica. Diante da referida ausência legislativa para regular as relações dessa natureza, o Conselho Federal de Medicina editou uma resolução restringindo o Direito das partes envolvidas nestes acordos. A hipótese apresentada está na ressignificação da autonomia privada das partes envolvidas nos acordos de gestação de substituição, resguardando a dignidade da pessoa humana nessas relações contratuais, bem como os Princípios Fundamentais do Direito, alinhando ainda o Sistema Constitucional e o Sistema Internacional dos Direitos Humanos, relacionados ao tema, no panorama da fusão de horizontes entre o Direito Nacional e Direito Estrangeiro. Concluiu-se que tal resolução não pode restringir Direitos Fundamentais Individuais constitucionalmente protegidos, tal como o direito de liberdade, que neste caso pode ser entendido como a livre escolha de querer gestar um embrião para outra pessoa. Com relação ao Direito Contratual brasileiro, o modelo de contrato que mais se aproxima aos acordos de gestação de substituição é o contrato de prestação de serviços, porém destaca-se que neste caso existem

peculiaridades a serem observadas em decorrência do tipo de atividade que será prestada. Em razão disso, há necessidade de avaliar a real autonomia da vontade da futura gestante de substituição, uma vez que existe Direito de Personalidade envolvido neste negócio jurídico. Neste sentido, a legislação pátria tem permitido uma relativização do caráter de indisponibilidade dos Direitos de Personalidade o que demonstra serem plenamente lícitos os contratos de gestação de substituição, mesmo de caráter oneroso, desde que as partes estejam exercendo sua real autonomia privada. Objetivando a criação de um modelo normativo de contrato de gestação de substituição para a ser utilizado no Brasil, foi efetuado um estudo de direito comparado utilizando-se a legislação e a análise de casos em três Estados dos Estados Unidos da América, buscando na experiência do Direito alienígena a possibilidade de, através do diálogo entre as fontes de direito estrangeiras estudadas e as fontes de direito brasileiras, construir um modelo jurídico para regular as gestações de substituição no Brasil. O modelo normativo sugerido engloba a necessidade de verificação da real autonomia privada da mulher que irá gestar o embrião através de avaliação médica e psicológica, acompanhamento por advogado na elaboração do contrato em razão da natureza dos direitos envolvidos nesse tipo de negócio jurídico, e ainda homologação judicial do acordo, a serem realizados antes do início da execução do contrato. Essas regras foram extraídas da fusão dos modelos normativos dos EUA no sentido de encontrar uma melhor solução para a realidade brasileira.

Palavras-chave: Direito contratual. Cláusulas gerais. Modelo solidarista de Contrato. Autonomia privada. Gestação de substituição.

ABSTRACT

The Contract Law has adjusted throughout history, being today inserted in an environment where faster technological evolution brings remarkable challenges for its interpreters. General clauses usually allow the definition of legal consequences to new situations and social facts. The general goal of this thesis was to study the contract under actual and current reality, especially regarding the private autonomy in surrogate motherhood contracts, linked to constitutional principles, in the scope of the legal possibilities brought by the hermeneutic horizons of comparing the Law in Brazil and in the United States of America. The role of the interpreter has been more important establishing the scope and extension of the legal norm via interpretation, looking for the meaning of expressions such as “social function” in the Federal Constitution and through dialogue with other sources of Law interpretations. Under the phenomenological hermeneutic methodology applied to this thesis, it is possible to affirm that the interpreter has increased responsibilities attributing creative meaning to the general clauses existent in the regulatory texts. Recent technology developments have brought new challenges to the Law operators. In this new context, the lack of legal regulations in Brazil for cases of surrogate motherhood poses problematic situation for all parts: the surrogate pregnant, the intended parents and even the medical professionals. Due to the absence of legal framework to regulate the relations involved in such technique, the Federal Council of Medicine published a resolution restricting the rights of potential parts involved in such agreements. Nevertheless, such resolution cannot restrict constitutionally protected Fundamental Individual Rights, such as the right to liberty, which in this case can be interpreted as the right to elect to generate an embryo for another person. The hypothesis is a re-evaluation of the private autonomy of involved parts in agreements of surrogate motherhood, protecting the human dignity in these contractual relations, as well as the fundamental principles of the Law, aligning the Constitutional System and the International Human Rights System, related to the subject, in the landscape of combined horizons of National Law and Foreign Law. Concerning the Brazilian Contract Law, the closest “contractual model” for a surrogate motherhood is the “rendering services contracts”, however it is important to mention that some peculiarities must be considered due to the specific type of services being rendered. Because of this, the actual private autonomy of the future pregnant must be evaluated, since there are Personality Rights also involved in

such legal agreement. As a rule, in Brazil, Personality Rights cannot be relinquished. However, in some existing cases, this rule can be relativized, which demonstrates that such agreements can be licit, even those involving payments to the pregnant, as long as the parts private autonomy have been clearly established. To develop a normative model for surrogate motherhood to be used in Brazil, a research was conducted in three states of the United States of America. The objective is to help to build a legal framework for surrogate motherhood in Brazil based on both foreign and Brazilian sources of law. The suggested legal framework prescribes that the actual private autonomy of the woman to become pregnant must be verified through the following: medical and psychological evaluation; legal advice on the contract wording due to the nature of involved right; and court homologation of the agreement, prior to its execution. Such framework is derived from a combination of norms in the United States of America, properly adjusted to better fit the local realities in Brazil.

Keywords: Contract law. General clauses. Solidarist contract. Private autonomy. Surrogate motherhood

RESUMEN

El Derecho Contractual ha pasado por diversas etapas, estando inserido en un contexto donde la técnica trae cada vez más retos a los especialistas del Derecho. Por medio de las cláusulas generales, existe la posibilidad de incorporación de situaciones nuevas, posibilitando el ajuste de las consecuencias jurídica a estos nuevos hechos sociales. El objetivo general de esta tese fue estudiar el contrato en la realidad actual, especialmente en cuanto a la cuestión de la autonomía privada en los contratos de gestación de sustitución, vinculado a los principios constitucionales, en el ámbito de las posibilidades jurídicas traídas por el horizonte hermenéutico de la comparación entre el Derecho Brasileño y el Derecho en los Estados Unidos de América. El papel del interprete paso a ser más significativo, pasando a delimitar el alcance de la norma por medio de la interpretación, buscando el significado de algunas expresiones tal como la función social, en la Constitución Federal y en el dialogo con otras fuentes del Derecho. En la perspectiva de la metodología fenomenológica hermenéutica que sostiene a esta tesis, se puede afirmar que el intérprete tiene cada vez más responsabilidad por la atribución creativa de sentido a las cláusulas generales que están en los pertinentes textos regulatorios. La evolución tecnológica ha traído nuevos retos a los operadores del derecho. En este contexto, la ausencia de legislación en Brasil para los casos de gestación de sustitución genera situaciones problemáticas a todos los involucrados: la gestante de sustitución, los padres intencionales y mismo a la comunidad médica. En la ausencia legislativa para regular las relaciones de esta naturaleza, el Consejo Federal de Medicina ha publicado una resolución restringiendo el derecho de las partes involucradas en estos acuerdos. La hipótesis se presenta en una re-significación de la autonomía privada de las partes involucradas en los acuerdos de gestación de sustitución, resguardando la dignidad de la persona humana en estas relaciones contractuales, así como los Principios Fundamentales del Derecho, alineados al Sistemas Constitucional y al Sistemas Internacional de Derechos Humanos, relacionados al tema, en el panorama de fusión de los horizontes entre el Derecho Nacional y el Derecho Extranjero. Entretanto, esta resolución no puede restringir Derechos Fundamentales individuales que son constitucionalmente protegidos, tal como el derecho a la libertad, que en este caso puede ser entendido como la libre decisión de querer gestar un embrión para otra persona. Con relación al derecho contractual brasileño, el modelo de contrato que

más se aproxima de los acuerdos de gestación de sustitución es el contrato de prestación de servicios, pero hay que destacar que en este caso existen peculiaridades a ser observadas debido al tipo de actividad que está siendo prestada. A raíz de esto, existe la necesidad de evaluar la real autonomía de la voluntad de la futura gestante de sustitución, una vez que existe Derecho de Personalidad involucrado en este negocio jurídico. En este sentido, la legislación patria ha permitido una relativización del carácter de indisponibilidad de los Derechos de Personalidad, lo que demuestra que los contratos de gestación de sustitución son plenamente lícitos, mismo los de carácter oneroso, desde que las partes estén ejerciendo su real autonomía privada. Objetivando la creación de un modelo normativo de contrato de gestación de sustitución para ser usado en Brasil, una investigación fue efectuada en tres estados de los Estados Unidos de América, buscando en la experiencia del derecho alienígena la posibilidad de por medio del dialogo entre las fuentes de derecho extranjero estudiadas y las fuentes de derecho brasileñas, construir un modelo jurídico para regular las gestaciones de sustitución en Brasil. El modelo normativo sugerido contiene la necesidad de verificación de la real autonomía privada de la mujer que va a gestar el embrión por medio de una evaluación médica y psicológica, acompañamiento por un abogado en la elaboración del contrato debido a la naturaleza de los derechos involucrados en este tipo de negocio jurídico, y todavía homologación judicial del acuerdo a ser realizadas antes del inicio de la ejecución del mismo. Estas reglas fueron extraídas de la fusión de los modelos normativos de los Estados Unidos de América en el sentido de encontrar una mejor solución para la realidad brasileña.

Palabras-clave: Derecho contractual. Clausulas generales. Modelo solidarista de Contrato. Autonomía privada. Gestación de sustitución.

LISTA DE figuras

Figura 1 - Diálogo entre as fontes de Direito.....	200
--	-----

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Liberdade contratual e sua regulamentação	106
Quadro 2 - Selected Legislated Surrogacy Regulation by Florida	132
Quadro 3 - Resumo da situação em Nova York:	141
Quadro 4 - Selected Legislated Surrogacy Regulation by California.....	147
Quadro 5 - Comparativo da situação legal dos contratos de gestação de substituição nos Estados estudados	148
Quadro 6 - Sugestões para os contratos de gestação de substituição	207

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	16
2 O DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO E O (NOVO) PAPEL DA AUTONOMIA PRIVADA	26
2.1 O Contrato na Atualidade: noções histórico-conceituais.....	26
2.2 A Opção Legislativa pelas Cláusulas Gerais e sua Aplicação aos Contratos	32
2.3 A Autonomia Privada na Atual Sistemática Hermenêutico-Contratual	39
2.4 A Contribuição de Heidegger na Compreensão do Direito	47
2.4.1 A Interpretação Jurídica e a Busca de Soluções às Questões Sociais Complexas	63
2.5 O Modelo Solidarista de Contrato no Horizonte Histórico Brasileiro.....	82
3 O DIREITO CONTRATUAL NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA ANALISADO SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO	98
3.1 Noções sobre o Direito Contratual nos Estados Unidos da América.....	98
3.2 Autonomia Privada nos Contratos e o Papel da Constituição dos Estados Unidos da América no Direito Contratual.....	104
3.3 Os Contratos de Geração de Substituição e o Papel das Decisões Judiciais	113
3.4 A Geração de Substituição nos Estados Unidos da América (EUA).....	118
3.4.1 A Geração de Substituição na Florida	125
3.4.2 A Geração de Substituição no Estado de Nova York	133
3.4.3 A Geração de Substituição no Estado da Califórnia	141
4 O CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL: DESENHANDO UM MODELO NORMATIVO A PARTIR DO DIREITO COMPARADO ENTRE AS FONTES DO DIREITO BRASILEIRO E DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	150
4.1 Os Desafios da Utilização do Direito Comparado	150
4.2 A Reprodução Humana Assistida e seus Reflexos Jurídicos.....	172
4.3 A Delimitação da Autonomia Privada nos Contratos de Geração de Substituição no Direito Brasileiro com a Contribuição do Modelo dos Estados Unidos da América.....	184

4.4 Proposta de Modelo Normativo por meio de Diálogo entre as Fontes do Direito Relacionando o Direito Brasileiro e o Direito dos Estados Unidos da América	196
5 CONCLUSÃO	209
REFERÊNCIAS.....	221
ANEXO A - UNIFORM PARENTAGE ACT	241

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa apresenta uma análise do Direito contratual brasileiro e norte americano, no sentido da construção de um modelo jurídico em que as partes tenham resguardada sua autonomia de vontade especialmente nos contratos de gestação substitutiva.

A pesquisa aborda aplicação das regras de Direito Contratual e princípios tais como o da autonomia da vontade, da liberdade de contratar, da função social, da solidariedade no Direito Contratual brasileiro e norte americano, especialmente nos contratos de gestação substitutiva *Surrogacy Contract* com o objetivo da delimitação do alcance da autonomia da vontade privada nesses negócios jurídicos.

O atual estágio do Direito Civil brasileiro tem demonstrado uma ruptura com os conceitos clássicos que possuíam como centro não a pessoa humana, mas o patrimônio. Com o deslocamento deste eixo para o *ser* ao invés do *ter*, houve mudanças significativas nas diversas áreas do Direito Privado, tais como o direito de família, direito das obrigações e direito das coisas.

No direito contratual houve o descolamento do modelo liberal, baseado na liberdade e igualdade dos contratantes, para o modelo solidarista em que há a supremacia dos interesses sociais sobre os individuais¹, notadamente pela inspiração principiológica insculpida na Constituição Federal de 1988.

Tradicionalmente o Direito Civil objetivava garantir à atividade privada uma estabilidade proporcionada por um conjunto de regras quase imutáveis, sendo o Código Civil um estatuto único e monopolizador das relações privadas. No Brasil o Código Civil de 1916 desempenhou este papel, até a promulgação da atual Constituição, em que o legislador através de diplomas setoriais, inaugurou uma nova fase em que o Código Civil devia ser valorado e interpretado conjuntamente a estas leis.

Na sociedade moderna não se pode mais definir exatamente uma linha divisória entre as esferas pública e privada. Na seara contratual, especificamente, a autonomia da vontade das partes está limitada por princípios, tais como: o princípio da função social do contrato, o da boa-fé objetiva e o do equilíbrio econômico. Assim, pode-se

¹ TIM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 88.

afirmar que houve a substituição da liberdade total dos contratantes por uma liberdade limitada em prol das transformações econômicas da sociedade.

Ocorre que a concepção de contrato desenvolvida nos séculos XIX e XX precisou ser modificada, principalmente em relação ao fato de que o contrato não deve ser visto somente como uma relação de troca econômica protegida pela lei, mas sim que além das relações das partes envolvidas no contrato estão outras mais amplas e gerais que dele decorrem.

No Brasil, o Código Civil de 2002 em vários dos seus artigos alterou velhos institutos de Direito Civil, exprimindo a função social do contrato como fonte necessária para a harmonização dos interesses privativos dos contratantes com os interesses de toda a coletividade. O Código implementou uma série de novidades como, por exemplo, a inserção da função social do contrato. Nesse panorama há a possibilidade de uma intervenção Estatal nos contratos para assegurar a socialidade que permeia o novo diploma. O contrato não deixa de ter seu conteúdo econômico, porém vinculado às garantias constitucionais.

O Código Civil de 2002 estabeleceu em seu artigo 13 a impossibilidade da disposição do próprio corpo, quando importar a diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes. Em outro artigo do mesmo diploma (art. 421) o legislador estabeleceu que a liberdade de contratar está limitada através da função social do contrato.

A resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina criou regramento para a utilização de gestação de substituição, estabelecendo regras desse tipo de contrato. Aqui se levantam pontos de atenção que a Tese pretenderá enfrentar: pode um tema destes ser regulado somente por meio de uma resolução? Este caminho regulatório estaria ferindo a estrutura do princípio democrático inserido na Constituição do Brasil e a base fundante do Estado Democrático brasileiro? Tais perguntas evidenciam a relevância da pesquisa, pois a referida resolução estabelece, entre outras coisas, que a doadora temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros num parentesco de até quarto grau, não podendo ainda ter caráter lucrativo ou comercial.

Assim, a tecnologia está ajudando as pessoas a poderem realizar o sonho da paternidade/maternidade, e entre as hipóteses de reprodução assistida está a gestação de substituição. O grande problema ocorre quando a pessoa que necessita

de alguém para a gestação de substituição, não tem parentes até quarto grau para desempenhar este papel.

Desta forma, a questão da impossibilidade de atender o estabelecido na resolução do Conselho Federal de Medicina não deveria impedir que o paciente pudesse contratar outra pessoa para desempenhar o papel de gestante de substituição. Atualmente existe um verdadeiro comércio internacional para este tipo de negócio jurídico. Muitas pessoas utilizam gestantes de substituição em outros países onde existe legislação permitindo este tipo de contrato, escolhendo o local muitas vezes em razão do custo do negócio celebrado.²

No Brasil há ausência de legislação a respeito desse tema. Por isso, se devem construir através dos princípios constitucionais os pressupostos jurídicos a serem obedecidos pelos contratantes nos contratos de gestação de substituição, podendo, através do estudo da legislação alienígena, especialmente nos Estados Unidos desenvolver melhores condições para que as consequências decorrentes desses contratos sejam as melhores possíveis. Por essa razão, foi desenvolvida parcialmente a pesquisa na Florida International University, nos Estados Unidos da América, visando obter um conhecimento mais aprofundado com relação ao sistema jurídico norteamericano e as decisões judiciais relativas aos casos de gestação de substituição.

O desafio passa a ser a solução de novos conflitos, em que há a necessidade de um diálogo entre as fontes de direito, coordenando-as no sentido de que seja mantida a coerência do sistema de direito.³ Deve ser destacado, no entanto, que a proposta da Tese é ir além da pretensão de diálogo das fontes, apresentado por Cláudia Lima Marques, pois se construirá as bases para o diálogo entre as fontes do Direito, alicerçado no pluralismo das fontes e nas múltiplas possibilidades de respostas encontradas em cada uma delas.

Neste sentido partiu-se de um momento anterior a Constituição de 1988 em que havia uma sensação de segurança, derivada de um sistema positivista, "mundo

² A pesquisa realizada por Choudhury demonstra que existe um verdadeiro comércio internacional nas gestações de substituição. No caso da Índia por exemplo, há uma grande procura por gestantes de substituição em razão do baixo custo cobrado. A autora sugere que essa atividade seja tratada como trabalho estendendo-se então a essas mulheres, as leis de proteção aos trabalhadores. CHOUDHURY, Cyra Akila. The political economy and legal regulation of transnational commercial surrogate labor. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Nashville, v. 48, p. 42, 2015.

³ MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 19.

dos códigos" baseado em uma sequência de artigos que exprimiam os valores da época; Posteriormente a esse período foi inaugurada uma nova fase em que se revelou uma sensação de insegurança e incerteza, decorrente de uma abertura do sistema, em que houve o abandono da legalidade em sentido estrito na direção de princípios consubstanciados na Constituição Federal, tornando-se normas diretivas para a reconstrução do direito privado. No primeiro, dominava a ética da autonomia e da liberdade; agora há o predomínio da ética da responsabilidade ou da solidariedade. Passou-se da tutela da liberdade do indivíduo à dignidade da pessoa humana.

Nesta seara, a pesquisa será desenvolvida no sentido da ressignificação da autonomia da vontade privada resguardando a dignidade da pessoa humana nas relações contratuais originadas em contratos de gestação de substituição. Assim, o Direito não deve afastar-se da moralidade e da política, e os Princípios Fundamentais do Direito, mesmo que não positivados, devem servir de orientação ao aplicador do Direito para a busca de uma interpretação alinhada ao Sistema Constitucional e ao Sistema Internacional dos Direitos Humanos. Busca-se situar a hipótese no cenário de superação hermenêutica das dicotomias, especialmente aquela que ainda persiste entre o Direito Público e o Direito Privado; além do reposicionamento do papel dos princípios constitucional-contratuais na interpretação dos contratos, destacadamente aqueles relacionados ao tema da gestação substitutiva, no panorama da fusão de horizontes entre o Direito Nacional com o Direito Estrangeiro, no caso dos Estados Unidos.

A importância da pesquisa realizada está na atual necessidade de regramento a situações fáticas que ocorrem na sociedade brasileira. Na ausência de uma legislação específica para regular os contratos de gestação de substituição, o Conselho Federal de Medicina editou uma regulamentação que restringiu a autonomia da vontade privada, pois possibilitou apenas aos parentes até quarto grau de um dos parentes intencionais a serem possíveis gestantes de substituição. Diante dessa restrição, muitas pessoas buscam a resolução do problema em outro país, onde o regramento permita a utilização desse negócio jurídico. Além da restrição quanto ao grau de parentesco da gestante, a referida resolução ainda impossibilita que a gestante receba uma contrapartida em dinheiro pelo encargo desempenhado.

A pesquisa objetiva estabelecer critérios para a concretização de negócios jurídicos de gestação de substituição, entre eles quais seriam as obrigações das

partes, a possibilidade ou não de contrapartida em dinheiro pelo serviço prestado, e quem poderia ser contratado neste tipo de contrato.

Sabe-se que nos Estados Unidos, em razão de um sistema federativo em que os Estados possuem uma grande autonomia, existe uma diversidade de legislações por Estado.⁴ Alguns proíbem, outros não tem legislação, outros permitem e possuem legislação sobre o assunto.

Diante do grande número de brasileiros que possuem relações com os Estados Unidos, o presente trabalho aborda a questão da gestação de substituição, na legislação, doutrina e precedentes de três Estados americanos: Califórnia, Florida e Nova York.

Assim não se pode afastar a importância de um ordenamento jurídico atualizado, para abranger as situações sociais novas decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, que não puderam ser previstas no momento da edição norma. Desta forma, a opção do legislador em utilizar as chamadas cláusulas gerais no ordenamento jurídico permitiu que valores sociais atuais sejam incluídos no alcance da norma a ser interpretada, tendo como limite as garantias constitucionais estabelecidas.

Se de um lado as chamadas cláusulas gerais permitem um ordenamento jurídico sempre atualizado, de outro, o intérprete e o julgador tem um papel de grande alcance, sendo condicionado pelos elementos estruturantes presentes em um duplo controle: a Constituição Federal, além dos documentos relativos aos Direitos Humanos e decisões proferidas pelas Cortes específicas que julgam casos sobre esta

⁴ Alguns exemplos: **California** - California law, as established in rulings of the California Supreme Court, is very favorable to surrogacy. In the notable cases of Calvert v. Johnson (1993) and Buzzanca v. Buzzanca (1998), California first established and then reinforced its position that intent governs in the determination of parentage in gestational surrogacy situations; **Florida** - Florida statutes permit both traditional and gestational surrogacy. Traditional surrogacy arrangements, known as “pre-planned adoption agreements,” are linked to the state adoption statute. Gestational surrogacy agreements are permitted only between legally married couples; **Georgia** - There is no law governing surrogacy but the courts are generally favorable; **Louisiana** - A Louisiana statute declares traditional surrogacy agreements to be void, unenforceable, and contrary to public policy. The statute does not address gestational surrogacy. However, many courts are not gestational surrogacy friendly; **Massachusetts** - There is no law governing surrogacy but the courts are generally favorable; **New York** - New York forbids surrogacy. Anyone who enters into a surrogacy arrangement may be fined up to \$10,000. Those who facilitate surrogacy arrangements, e.g. lawyers and agencies, are fined in the first instance and, for a second offense, are guilty of a felony; **North Carolina** - There is no law governing surrogacy but the courts are generally favorable. (grifo do autor). UNITED STATES. Department of State. Bureau of Consular Affairs. Important Information for U.S. **Citizens considering the Use of Assisted Reproductive Technology (ART) Abroad**. Washington, 2015. Disponível em: <<http://travel.state.gov/content/travel/english/legal-considerations/assisted-reproductive-technology.html>>. Acesso em: 12 out. 2016.

temática, gerando o denominado controle de convencionalidade. Desta forma, especialmente os juízes devem reconhecer que o Direito não está somente na norma escrita e legislada, mas num conjunto plural de fontes. Assim, independente da ausência de lei para regulamentar os contratos de gestação de substituição, em razão da disponibilidade técnica para este tipo de reprodução assistida, há grande importância em delimitar a autonomia da vontade privada nestes negócios jurídicos.

O objetivo geral da tese é estudar o contrato na realidade atual, especialmente quanto à questão da autonomia privada nos contratos de gestação de substituições, vinculado aos princípios constitucionais, no âmbito das possibilidades jurídicas trazidas pelo horizonte hermenêutico da comparação entre o Direito Brasileiro e o Direito dos Estados Unidos da América. Quanto aos objetivos específicos da pesquisa:

- a) estudar o papel na Constituição Federal de 1988 no Direito Civil, aplicado aos contratos na atualidade e suas consequências;
- b) analisar o Direito dos Estados Unidos da América quanto a autonomia privada relacionada aos contratos e a incidência da Constituição nas relações privadas;
- c) conhecer os elementos relacionados à constitucionalização do Direito, notadamente a Constitucionalização do Privado, a partir de uma leitura hermenêutica, que possa aproximar o Direito Brasileiro do Direito dos Estados Unidos da América;
- d) avaliar, por meio de estudo comparado, a possibilidade da aplicação do regramento dos EUA sobre a gravidez de substituição ao Direito Contratual Brasileiro sobre a matéria;
- e) propor um modelo jurídico, a partir do diálogo entre as fontes do Direito vigentes no Brasil e no modelo proveniente dos EUA estudado para estabelecer critérios a serem seguidos nos contratos de gestação substitutiva no Brasil.

A pesquisa será desenvolvida com a utilização de doutrina nacional e estrangeira, estudo de decisões referentes aos contratos de gestação de substituição.

Na seara do Direito Civil serão utilizadas obras de Pietro Perlingieri e Erik Jayme, tanto textos traduzidos para o português, quanto obras em língua estrangeira.

Importante ainda referir alguns doutrinadores do sul do Brasil os quais suas obras são de grande importância para esta pesquisa. Dentre estes autores está Judith Martins Costa que desenvolveu muitas obras sobre o novo Código Civil e seus princípios, Cláudia Lima Marques que desenvolveu várias obras referentes a contratos principalmente em questões de direito do consumidor e que muito contribuiu para um novo olhar nas relações contratuais e Wilson Engelmann desenvolveu várias obras sobre o diálogo entre as fontes do Direito, o que possibilitará o desenvolvimento de novas teorias contratuais.

Luiz Edson Fachin em sua obra traz uma série de questões importantes no Direito Civil brasileiro, que servirão de igualmente de base para esta pesquisa.

Relativo à interpretação das normas serão estudadas obras de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer que muito contribuíram para uma melhor compreensão dos textos jurídicos, bem como Lenio Luiz Streck que desenvolveu uma teoria para interpretação do Direito, considerando principalmente o panorama nacional e a banalização da utilização dos princípios nas decisões judiciais brasileiras.

Serão utilizadas obras de diversos autores, destacando-se Marc Ancel, Mark Van Hoecke, Francois Ost, Mario Losano, Toni M. Fine, entre outros, relativas ao Direito Comparado e os grandes sistemas jurídicos.

A pesquisa adotará o método fenomenológico-hermenêutico, sendo este compreendido com a “interpretação ou hermenêutica universal”, entendendo-se desta forma com uma revisão crítica dos temas principais transmitidos através da linguagem, bem como a destruição e modificação do chão linguístico da metafísica ocidental. Desta forma é possível descobrir um projeto de análise da linguagem, com proximidade à *práxis* humana, sendo que a linguagem não é analisada a partir de um sistema fechado de referências, mas sim no plano da historicidade, visando aproximar o sujeito (pesquisador) e o objeto a ser pesquisado.

O método escolhido deve-se ao fato de que este permite demonstrar que o modelo de conhecimento subsuntivo próprio do sistema sujeito-objeto foi superado por um novo paradigma interpretativo, em que através da invasão da filosofia pela linguagem a partir de uma pós-metafísica de reinclusão da faticidade atravessa o esquema sujeito-objeto, estabelecendo uma circularidade na compreensão. Assim compreender não é mais um agir do sujeito, mas passa a ser um modo de ser que se

dá em uma intersubjetividade. O modelo sujeito-objeto passa a ser um modelo sujeito-sujeito.⁵

A *fenomenologia hermenêutica*, estabelece que a determinação do Direito, deixa de ser um ato passivo de subsunção, para tornar-se um ato criativo que implica o próprio sujeito. Conforme Streck o verdadeiro caráter do método fenomenológico não pode ser explicitado fora do movimento e da dinâmica da própria análise do objeto.⁶

Assim, “a introdução ao método fenomenológico somente é possível [...] na medida em que, de sua aplicação, forem obtidos os primeiros resultados. Isto constitui sua ambiguidade e sua intrínseca circularidade.”

Na aplicação deste movimento pode ser constatado que e a “[...] sua explicitação somente terá lugar no momento em que tiver sido atingida a situação hermenêutica necessária. Atingida esta, descobre-se que o método se determina a partir da coisa mesma”. Diante deste ambiente compreensivo, é que se mostra adequado a temática objeto desta pesquisa.

O método de procedimento escolhido é o método monográfico, direcionado a uma temática delimitada que proporciona segurança à pesquisa a ser elaborada.

Contudo, será utilizada paralelamente uma visão panorâmica em temáticas correlatas, que sejam necessárias e imprescindíveis ao estudo do tema escolhido, quando informem, justifiquem ou estruturem o sentido da temática central.

Em razão da temática objeto da pesquisa, há necessidade de utilização, concomitantemente ao método monográfico, dos métodos *histórico* e *comparativo*.

Através do método comparativo realizam-se comparações com o objetivo de averiguar semelhanças e explicar divergências. Diante da utilização do método comparativo há a necessidade de compreensão dos sistemas jurídicos envolvidos, seus dados históricos, no sentido de aproximação dos sistemas escolhidos.⁷

Na pesquisa a ser realizada utilizar-se-á da comparação ao nível de instituição. Neste caso, a comparação será estudada no direito contratual, examinando-se a

⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 48.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 52.

⁷ ANCEL, Marc. **Utilidade dos métodos comparados**. Porto Alegre: Fabris, 1980. p. 81.

regulamentação no sistema brasileiro e anglo americano com ênfase nos contratos de gestação de substituição.⁸

Seguindo o método comparativo, a pesquisa abrangerá a o estudo da legislação alienígena sobre o tema, com o intuito de construir no Direito brasileiro a regulamentação pertinente observando-se a experiência norte americana.⁹

Ost destaca que se devam multiplicar os ângulos e analisar o tema de todos os lados. Neste sentido, pode-se colocar o tema em perspectiva comparatista verificando como problemas análogos estão sendo abordados em outros sistemas (Direito comparado).¹⁰

A utilidade do direito comparado será informar de maneira precisa e rigorosa sobre o direito contratual e autonomia privada, especificamente nos contratos de gestação substitutiva, buscando na experiência dos EUA preencher as lacunas e as imperfeições do direito nacional nesse tema.¹¹

O primeiro capítulo da pesquisa desenvolverá o papel da autonomia privada no Direito Contratual, tratando do contrato na atualidade, o modelo solidarista e a questão da aplicação das cláusulas gerais aos contratos. Neste capítulo ainda será desenvolvida uma análise quanto a contribuição de Heidegger na compreensão do Direito.

No segundo capítulo será desenvolvida uma análise quanto à autonomia privada no Direito Contratual dos EUA, especialmente nos contratos de gestação de substituição. Será ainda estudada a legislação e decisões dos Estados da Flórida, Nova York e Califórnia quanto a esse tema.

No ultimo capítulo da pesquisa será desenvolvido um modelo normativo a partir do direito comparado para os casos de gestação de substituição no Brasil utilizando-se a contribuição dos modelos a serem estudados nos EUA. Aqui pode-se referir a possibilidade de adequação do contrato de prestação de serviços porém de natureza *sui generis*, em razão da atividade a ser prestada que é gerar um embrião humano, possibilitando dessa forma cláusulas que determinem o comportamento da gestante quando diretamente influenciarem na gestação, tal como fumar ou consumir drogas.

⁸ ANCEL, Marc. **Utilidade dos métodos comparados**. Porto Alegre: Fabris, 1980. p. 119.

⁹ HOECKE, Mark Van. **Epistemology and methodology of comparative law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2004. p. 83.

¹⁰ OST, François. A tese de doutorado em direito: do projeto à defesa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), São Leopoldo, v. 7, n. 2, p. 107, maio/ago. 2015.

¹¹ ANCEL, Marc. **Utilidade dos métodos comparados**. Porto Alegre: Fabris, 1980. p. 24.

Neste contexto há a ressignificação da autonomia privada, no sentido de que essa poderá ser exercida, mesmo quando relacionada a disponibilidade de direitos de personalidade, desde que haja uma real autonomia, que poderá ser verificada através de critérios a serem analisados antes da execução do contrato.

A pesquisa se insere na Linha de Pesquisa 2 do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS): Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização, bem como se alinha ao projeto de pesquisa desenvolvido pelo orientador Prof. Dr. Wilson Engelmann.

2 O DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO E O (NOVO) PAPEL DA AUTONOMIA PRIVADA

A celeridade e a complexidade das relações contratuais na sociedade atual tornam imperioso que haja uma flexibilização consciente e uma abrangência acertada na aplicação das normas à prática, buscando, inclusive, elementos em distintas searas do conhecimento para agregar e trazer soluções às questões que a dinamicidade do dia-a-dia nos impõe. Neste cenário, houve uma mudança significativa no papel da autonomia da vontade privada. O Estado passou a regular cada vez mais as relações privadas, sendo o contrato o principal meio de troca entre os particulares.

Por outro lado, a opção legislativa pelas cláusulas gerais, fazem com que haja cada vez mais um papel significativo ao intérprete. Diante desta nova realidade, o desafio é delimitar a possibilidade de abrangência dos contratos tendo em vista o Estado como regulador e a autonomia da vontade dos contratantes como um espaço de liberdade, limitada pela Constituição Federal.

2.1 O Contrato na Atualidade: noções histórico-conceituais

Na sociedade moderna não se pode mais definir exatamente uma linha divisória entre as esferas pública e privada. Na seara contratual, especificamente, a autonomia da vontade das partes está limitada por princípios, tais como: o princípio da função social do contrato, o da boa-fé objetiva e o do equilíbrio econômico. Assim, pode-se afirmar que houve a substituição da liberdade total dos contratantes por uma liberdade limitada em prol das transformações econômicas da sociedade.

A concepção de contrato passou por duas fases, sendo a primeira na qual havia a primazia dos valores iluministas da liberdade e da igualdade, e a outra em que há um controle da autonomia privada através de regras interventivas.¹²

A ideia de igualdade formal que estava incorporada nas relações privadas foi sendo substituída pela busca da igualdade material, agregando elementos à interpretação do contrato.

¹² LOPES JR, Dalmir. O contrato como intertextualidade: o papel do direito privado em face da policontextualidade. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 147.

Segundo Nipperdey foi incorporada às Constituições modernas uma expressão geral de princípios que atuam entre os consortes jurídicos e não mais apenas na relação estado e cidadão. Estes princípios atuam como uma unidade e uma estrutura de sentido conexo, influenciando os limites dos poderes jurídico-privados dos particulares. Desta forma, o contrato passa por um novo momento no qual vislumbra-se claramente uma limitação na liberdade dos contratantes em razão dos princípios fundamentais.¹³ Não se pode negar que o contrato possui um conteúdo patrimonial, razão pela qual, na concepção moderna de contrato, há a associação às operações econômicas. De outro lado, o contrato encerra um acordo de vontades entre as partes, assim, se pode dizer que o contrato deve ser visto como acordo individual e como instrumento jurídico de proteção às operações econômicas.¹⁴

Ocorre que a concepção de contrato desenvolvida nos séculos XIX e XX precisa ser modificada, principalmente em relação ao fato de que o contrato não deve ser visto somente como uma relação de troca econômica protegida pela lei, mas sim que além das relações das partes envolvidas no contrato estão outras mais amplas e gerais que dele decorrem.

Segundo Lopes o contrato deve ser visto não apenas como um acordo de vontades entre as partes, mas também como um sistema formado ao redor da comunicação estabelecida pelas pessoas vinculando lógicas sociais que deverão ser consideradas no caso de possível conflito jurídico.¹⁵

Com o desenvolvimento de novas tecnologias, houve mudanças em várias áreas, porém o contrato continua a ser o principal instrumento que permite a troca ou a utilização de tecnologias, riquezas e outras necessidades geradas pela globalização. Nesse sentido, os princípios de justiça e de boa-fé precisam ser conciliados com a liberdade e a responsabilidade individuais, garantindo o equilíbrio entre as partes envolvidas, sob pena de intervenção Estatal para garantir esse.

¹³ NYPPERDAY, Hans Carl. Livre desenvolvimento da personalidade. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris, 2012. p. 80.

¹⁴ LOPES JR, Dalmir. O contrato como intertextualidade: o papel do direito privado em face da policontextualidade. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 149.

¹⁵ LOPES JR, Dalmir. O contrato como intertextualidade: o papel do direito privado em face da policontextualidade. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 149.

No Brasil, o Código Civil de 2002 em vários dos seus artigos alterou velhos institutos de Direito Civil, exprimindo a função social do contrato como fonte necessária para a harmonização dos interesses privativos dos contratantes com os interesses de toda a coletividade. O Código implementou uma série de novidades como, por exemplo, a inserção da função social do contrato. Nesse panorama há a possibilidade de uma intervenção Estatal nos contratos para assegurar a socialidade que permeia o novo diploma. O contrato não deixa de ter seu conteúdo econômico, porém vinculado às garantias constitucionais. Segundo Moraes

As finalidades sociais da norma e exigências do bem comum foram já delimitadas pelo legislador constituinte quando da elaboração do Texto Constitucional. Do que resulta que, a teor do disposto, a interpretação das normas jurídicas, ainda que importe sempre na sua recriação pelo Juiz, não resta submetida ao livre arbítrio do Magistrado ou dependente de sua exclusiva bagagem ético-cultural, encontrando-se definitivamente vinculada aos valores primordiais do ordenamento jurídico.¹⁶

Segundo Wald, a função social do contrato faz com que este negócio jurídico deixe de ser tratado como uma espécie de bolha ou ilha isolada, para transformar-se num bloco de direitos e obrigações, verdadeiro ente vivo de caráter dinâmico, um vínculo que evolui de acordo com as circunstâncias, mas mantendo o equilíbrio estabelecido inicialmente entre os contratantes.¹⁷

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em demanda julgada recentemente, estabeleceu, como exemplo de violação à função social do contrato, a disposição contratual leonina introduzida em contrato de adesão, que permitia o rompimento de relação mantida por mais de dois anos, apenas com uma notificação com antecedência de quinze dias.¹⁸

¹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin. **A caminho do direito civil-constitucional**. [S.l.], 1991. p. 10. Disponível em: <<http://www.grupoddp.com.br/resources/A%20Caminho%20do%20Direito%20Civil-Constitucional%20-%20Maria%20Celina%20Bodin%20de%20Moraes.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

¹⁷ WALD, Arnoldo. **Direito civil: introdução e parte geral**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 59.

¹⁸ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESCISÃO CONTRATUAL. CLÁUSULAS EXPRESSAS. INTERPRETAÇÃO. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. É de se reconhecer o abuso de direito cometido pela ré - pois ofensivo à boa-fé e à função social do contrato -, ao atuar com base em disposição contratual leonina, introduzida em contrato de adesão, que permitia o rompimento de relação mantida por mais de 02 (dois) anos, mediante notificação encaminhada com antecedência exígua de 15 (quinze dias). Tal previsão contrariava até mesmo pactos semelhantes que estabeleciam antecedência de seis meses. Agir da apelante passível de ensejar a reparação por lucros cessantes (aquilo que os criadores deixaram de ganhar em face da resilição inesperada e quase imediata do vínculo), na dosagem proporcional e razoável estabelecida pelo Juízo a quo, e por abalo moral (fruto da angústia criada pela perda da fonte de renda dos autores). Solução que se mostra consentânea com a orientação firmada pela

Em outro caso julgado no referido Tribunal, há referência de que a função social do contrato tem por objetivo conciliar o bem comum do contratante e da sociedade, devendo a liberdade de contratar ser exercida em razão dos limites da função social. Essa função social seria o próprio fundamento da liberdade de contratar, que se ausente, desapareceria o próprio interesse prático para a celebração do contrato.¹⁹

Verifica-se dessa forma, após breve análise na doutrina e jurisprudência, que o conceito de função social do contrato é muito amplo e deve ser analisado no caso concreto.

Não há dúvida de que houve modificações significativas no Direito Civil. Ocorre que essas modificações sociais ocorridas nas últimas décadas exigiram do contrato uma revitalização. A consequência é uma releitura a partir de princípios, reconstruindo e atualizando o conteúdo contratual. Dessa forma, o contrato deixa de ser uma relação estática para se transformar em um verdadeiro ente vivo de caráter dinâmico, evoluindo de acordo com as circunstâncias, mas mantendo o equilíbrio entre os contratantes.²⁰

Câmara e pelo Grupo em casos análogos. Julgamento antecipado da lide que não importa em cerceamento de defesa. APELO DESPROVIDO. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70062004999**, da Nona Câmara Cível. Apelado: Joao Bazi. Apelante: BRF S.A. Relator: Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, julgado em 17 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

¹⁹ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONVÊNIO DENOMINADO BB AGRO REVENDA CONVENIADA. NEGATIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM CELEBRAR TAL CONVÊNIO COM A PARTE AUTORA. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA TANTO. LIBERDADE DE CONTRATAR. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. ART. 421 DO CC. BB AGRO. A função social do contrato tem por objetivo conciliar o bem comum do contratante e da sociedade. Dizer que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato significa dizer que a função social é o próprio fundamento da liberdade de contratar, de tal modo que, ausente aquela, desaparece o próprio interesse prático para a celebração do contrato. Caso dos autos em que a liberdade de contratar ou não e com quem contratar, prevista no art. 5º, II, da CF deve ser analisada em conjunto com a função social do contrato. Na hipótese, o que pretende a empresa autora não é a celebração de um contrato de mútuo com a instituição financeira demandada, o que daria plena liberdade para o Banco se negar a outorgar o crédito. Nas circunstâncias, a pretensão da empresa demandante é a de celebrar com o Banco um convênio denominado "BB Revenda Conveniada", mediante o qual poderá vender seus produtos, de forma financiada, aos agricultores que se utilizam da linha de crédito denominada BB Agro. Função social do convênio evidenciada a partir do fomento da atividade desenvolvida pela empresa autora, gerando empregos e beneficiando agricultores que poderão adquirir os equipamentos agroindustriais de forma financiada. Convênio que, por outro lado, não traz qualquer risco ao Banco, pois não sendo financiamento, apenas possibilita que este venha a ser disponibilizado a quem com a empresa contratar. Dever de contratar que, nas circunstâncias, encontra embasamento no art. 421 do CC. APELO PROVIDO. UNÂNIME. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70062440326**, da Vigésima Câmara Cível. Apelante: Banco do Brasil S/A. Apelado: Singular do Brasil Indústria de Máquinas e Equipamentos LTDA. Relator: Dilso Domingos Pereira, Porto Alegre, julgado em: 19 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

²⁰ WALD, Arnoldo. **Direito civil**: introdução e parte geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 59.

Pode-se dizer que hoje o contrato é um instrumento de cooperação que deve atender aos interesses tanto das partes como da sociedade, sendo que alguns doutrinadores entendem que possa haver uma *affetio contratus* similar a que há entre os sócios de uma empresa. A sociedade precisa de circulação de riquezas e segurança jurídica, decorrendo dessa necessidade que os contratos sejam eficientes e equilibrados. Neste momento histórico em que o mundo está em constante transformação há necessidade de o contrato adaptar-se para salvaguardar o equilíbrio econômico e financeiro estabelecido pelas partes que o compõe. Assim, a liberdade é qualificada baseando-se na lealdade e na confiança que devem existir entre as partes, bem como na eficiência que é a adaptabilidade do contrato às necessidades do mercado.

Além disso, atualmente faz-se necessário analisar a questão contratual na esfera internacional. Com efeito, a partir da globalização, cada vez mais ocorrem contratos que envolvem mais de uma jurisdição. Dessa sorte, há um interesse geral em que o sistema de trocas mantenha um elevado dinamismo, desde que seus resultados sejam justos e não prejudiciais aos seus participantes. Assim, com relação ao ideal da autonomia da vontade, o devido processo legal deve ser tal que assegure aos indivíduos equitativamente a capacidade prática de estabelecer o seu plano de contratos e participar diretamente do sistema de produção e troca.²¹

Para Teubner “[...] a interpretação do contrato como sistema autopoietico permite a reformulação de certas questões particulares do direito dos contratos e do direito das sociedades comerciais”. Para esse autor, a resolução de conflitos através do Direito pode ser construída como autorregulação jurídica operando exclusivamente nos limites do sistema jurídico.²² Em um ordenamento complexo se caracteriza a supremacia das normas constitucionais, devendo-se reconhecer que a interpretação das normas deve ser sistemática e que as normas infraconstitucionais devem ser adequadas à Constituição. E mais: na perspectiva adotada nesta Tese, a interpretação sistemática, operada no movimento do diálogo entre as fontes do Direito, deverá inspirar-se nas normas e textos internacionais relativos aos Direitos Humanos.

²¹ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 127.

²² TEUBER, Gunther. Níveis de conflito no sistema contractual. In: TEUBER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: FUnção Caolouste Gulbenkian, 1993. p. 241.

Segundo Perlingieri, o respeito aos valores e aos princípios fundamentais representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos marginalizados dos menos favorecidos.²³ A concepção social do contrato apresenta-se modernamente como um dos pilares da teoria contratual, em colisão com o princípio "*pacta sunt servanda*". Dessa forma, há a atenuação da autonomia da vontade, promovendo a realização de uma justiça comutativa. Para Sandel existem três abordagens da justiça. A primeira refere que justiça significa maximizar a utilidade ou o bem-estar (visão utilitária); a segunda diz que a justiça significa respeitar a liberdade de escolha (visão libertária); a terceira diz que justiça envolve o cultivo da virtude e a preocupação com o bem estar comum. Esse autor é favorável a terceira abordagem da justiça.²⁴

Assim, a doutrina da autonomia privada não corresponde à teoria geral do contrato. Superou-se o dogma do caráter sacro e inviolável do poder de autonomia, colocando-se alguns limites à extensão desse poder. Dessa forma, há um concurso de fontes na regulamentação do contrato, excluindo do particular o poder de incidir sobre a regulamentação, reservando-lhe unicamente a escolha entre concluir o ato (se não houver obrigação legal) ou não o concluir.²⁵ Pode-se dizer que o contrato deve ser fixado em seu conteúdo, de acordo com a vontade das partes. Porém esta resta limitada ou autorregrada em razão e nos limites da função social, submetendo o contrato a novos elementos integradores de relevância para sua formação, existência e execução, superando a mera vontade dos contratantes. Assim, o contrato pode prestar relevantes serviços à sociedade, uma vez que as vontades individuais cedem diante do interesse coletivo, pois através de regras de ordem pública, independentes do querer de ambos ou de qualquer dos contratantes, incidirão para evitar a prevalência do economicamente forte sobre o economicamente fraco.

Na atualidade, o contrato continua sendo o principal instrumento de troca de riquezas. Cabe ressaltar que houve a substituição de uma liberdade quase total nas

²³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 6.

²⁴ SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Martias e Maria Alice Máximo. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 321.

²⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 277.

relações contratuais para uma liberdade limitada, em razão da prevalência do interesse coletivo sobre o interesse individual.

Conclue-se que o contrato continua sendo o principal instrumento de troca de riquezas e que diante dos desafios trazidos pela sociedade moderna, há a necessidade de utilização de ferramentas jurídicas que possibilitem abarcar as novas realidades sociais. Neste sentido passa-se a analisar as cláusulas gerais e sua aplicação nos contratos.

2.2 A Opção Legislativa pelas Cláusulas Gerais e sua Aplicação aos Contratos

Tradicionalmente o Direito Civil objetivava garantir à atividade privada uma estabilidade proporcionada por um conjunto de regras quase imutáveis, sendo o Código Civil um estatuto único e monopolizador das relações privadas. No Brasil, o Código Civil de 1916 desempenhou esse papel até a promulgação da atual Constituição, em que o legislador, através de diplomas setoriais, inaugurou uma nova fase em que o Código Civil devia ser valorado e interpretado conjuntamente a essas leis. Segundo Tepedino, a legislação especial foi o instrumento da profunda alteração avalizada pela Constituição Federal.²⁶ As alterações significativas ocorridas no Direito Civil a partir da Constituição de 1988 deram origem a uma forte produção doutrinária intitulada "Constitucionalização do Direito Privado"²⁷, a qual se refere à existência de uma zona de instabilidade, consoante uma parte da doutrina, que possibilita ao operador do Direito a interpretação da norma civil diante de uma lacuna. Essa interpretação ocorreria de acordo com os princípios e ainda conforme a sistemática do atual Código Civil, através de cláusulas gerais em que o intérprete deverá utilizar-se de um diálogo entre as fontes do direito para construir a delimitação do tipo civil

²⁶ TEPEDINO, Gustavo. premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEMAS de direito civil. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 8.

²⁷ Alguns autores que tratam do referido tema: TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEMAS de direito civil. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 1-23. DE CUPIS, Adriano. A proposito di códice e di decodificazione. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, n. 2, p. 47 e ss, 1979. GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. Tradução de Maria Cristina de Cicco. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 747, p. 35 e ss., jan. 1998. IRTI, Natalino. L'Età dela decodificazione. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, v. 10, ano 3, p. 15-33, out./dez. 1979. PERLINGIERI, Pietro. Realidade social e ordenamento jurídico; fontes, técnicas, valores. In: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 1-34. SACCO, Rodolfo. Codificare: modo superato di legisferare? **Rivista di Diritto Civile**, Padova, n. 2, p. 118 e ss., 1983.

esculpido no Código Civil. Legislar através de cláusulas gerais significa deixar ao intérprete uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato.²⁸

Por outro lado, Rodrigues Junior faz uma crítica à constitucionalização do Direito Privado. Para esse autor o Direito Privado tem sua história, sua metodologia, seus princípios e suas funções. Não seria adequado fazer um transplante desses elementos do Direito Público para o Direito Privado. Dentre os problemas está a assunção de culpas históricas pelo Direito Privado, que não lhe pertencem e adotar métodos e princípios que não se ajustam com seus fins. Neste sentido refere:

A criatividade, a destruição, a transformação e a liberdade pautam a realidade que o Direito Privado tenta regular. O mundo das famílias, das empresas, dos negócios e da propriedade é, assim e somente, um conjunto de regras adaptadas a esse modo entrópico de organização das relações sociais é hábil (ou útil) para responder às necessidades de seus atores.²⁹

Para Leal o Direito Civil Constitucional deve ser visto, do ponto de vista normativo, como uma proposta teórica.

Do ponto de vista *normativo*, o direito civil constitucional pode ser compreendido como uma proposta teórica que pretende justificar a preferência por um modelo em que a teorização e a aplicação do direito civil *devem* passar necessariamente pelo filtro da Constituição.³⁰

Para esse autor havia um grande problema no Direito Civil Constitucional. Haveria um incentivo a que os julgadores e advogados se utilizem da dignidade da pessoa humana para justificar suas decisões.

Especialmente problemático, porém, revela-se o incentivo fornecido pela doutrina civil constitucional para que juízes e advogados evoquem frequentemente a dignidade humana em processos de *justificação de decisões*.³¹

²⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 27.

²⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **O Direito**, Coimbra, ano 143, n. 2, p. 23, 2011. Disponível em: < <https://goo.gl/VIPNbO>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

³⁰ LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, ano 9, n. 33, p. 14, out./dez. 2015.

³¹ LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, ano 9, n. 33, p. 21, out./dez. 2015.

Essa técnica legislativa nada mais é do que a expressão normativa da complexidade política da vida contemporânea, principalmente em razão da impossibilidade de regular o conjunto de situações negociais que floresce na vida, cujos avanços tecnológicos surpreendem até o legislador. Assim, diante das situações novas, deverá o intérprete fazer prevalecer os valores reconhecidos pelo ordenamento.³²

As cláusulas gerais são uma opção legislativa que utiliza no seu enunciado uma linguagem vaga, fluída, de modo a possibilitar o ingresso de elementos de fora do sistema através da via jurisdicional.

Para Canaris a cláusula geral se caracteriza por não estar preenchida com valorações, ela não tem os critérios necessários para sua concretização, necessitando do caso concreto para seu preenchimento.³³

Assim, o aplicador da lei possui um mandato para que, nos casos concretos, complemente as normas jurídicas com os elementos que entender necessários. Dessa forma, essas cláusulas possibilitam sua utilização em uma variedade de casos que seriam difíceis de abarcar pelo sistema das cláusulas fechadas ou determinadas.

Não há dúvidas que o Código Civil de 2002 possui cláusulas gerais com vagueza semântica, que possibilitam interpretações contemporâneas dos institutos e ainda oferecem a vantagem de manter atualizada a norma. Segundo Martins Costa, o Código Civil brasileiro é polarizado pela diretriz sistemática, que assegura a sua unidade lógica e conceitual, visando assegurar um mínimo de segurança jurídica pela regulação coordenada dos comportamentos sociais desenvolvidos na esfera privada. Por outro lado, a técnica legislativa empregada caracteriza-se como um sistema aberto em virtude da linguagem empregada, possibilitando a incorporação e solução de novos problemas.³⁴

A cláusula geral, de forma especial e com maior evidência, permite que uma série de situações práticas possa se submeter a um tratamento jurídico a partir de um mesmo enunciado dogmático, sem que este esteja, desde logo, limitado em seu significado.³⁵

³² TEPEDINO, Gustavo. TEMAS de direito civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 239.

³³ CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Int. e trad. de A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Ed da Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 143.

³⁴ MARTINS-COSTA, Hofmeister Judith. O novo código civil brasileiro: em busca da "ética da situação". **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 599. 2004.

³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. pt. 1, p. 57.

Segundo essa jurista, o Código pode ser classificado como não totalitário, possuindo janelas abertas para a mobilidade da vida, possibilitando uma ponte com outros corpos normativos. Nessa linha, as chamadas cláusulas gerais conformam o meio hábil para o ingresso no ordenamento jurídico codificado de princípios valorativos não expressos legislativamente, de *standards*, de deveres de conduta, entre outros, possibilitando, inclusive, a inserção de normas constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sistematização e ressystematização permanente no ordenamento positivo. Portanto, o legislador intencionalmente desenha uma vaga moldura, cujo objetivo é remeter o intérprete a critérios que possam preencher e especificar a moldura vagamente desenhada. No emprego das cláusulas gerais a formulação de uma hipótese legal ocorre com o emprego de conceitos que possuem um significado intencionalmente vago e aberto, chamados conceitos jurídicos indeterminados. O enunciado é desenhado propositadamente com uma vaga moldura, permitindo a vagueza semântica, permitindo a incorporação de princípios e máximas de conduta originalmente externas à norma, mediante a concreção dos princípios, diretrizes e máximas de conduta. Nesse sentido há uma constante atualização na norma, afastando o risco de imobilismo. As cláusulas atuam como metanormas cujo objetivo é remeter o juiz a critérios aplicativos determináveis ou em espaços do sistema, ou mediante variáveis tipologias sociais, usos, costumes, que estariam em vigor em determinado ambiente social. O juiz terá o dever e a responsabilidade de formular a cada caso a estatuição, buscando, em outras normas do sistema ou em valores, os elementos que possam preencher e especificar a moldura desenhada com vagueza pela cláusula geral.³⁶

Com as cláusulas gerais é dado ao intérprete uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato. Desde as origens o Direito nasce como síntese e equilíbrio entre os valores impostos e livremente escolhidos sendo que este equilíbrio é o problema base de todo o ordenamento.³⁷ Para compreender o intérprete não pode entregar-se ao arbítrio de suas próprias opiniões, mas sim considerar a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente que puder. Deve estar disposto a deixar que o texto lhe diga algo, tal como uma consciência que se mostra

³⁶ MARTINS-COSTA, Hofmeister Judith. O novo código civil brasileiro: em busca da "ética da situação". **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 599. 2004.

³⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 31.

receptiva à alteridade do texto. É preciso “dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais.”³⁸

Nos textos jurídicos o juiz adapta a lei transmitida às necessidades do presente, sendo seu objetivo, realizar uma tarefa prática. Não se pode imaginar que sua interpretação da lei deva ser feita de modo arbitrário, pois seguindo a hermenêutica, compreender e interpretar significa conhecer e reconhecer um texto vigente.

O conteúdo da norma não se forma no momento da produção do texto, mas o intérprete coopera na produção (= atribuição) do sentido, na recepção do texto por parte do destinatário. No movimento do círculo hermenêutico, se opera a fusão dos horizontes do texto e do intérprete do texto, no momento vital de estruturação da norma jurídica. Há, dessa forma, uma responsabilidade do intérprete na interpretação da norma, não se podendo afastar que este possui uma pré-compreensão e que esta não deve tornar-se um preconceito que impossibilite a compreensão do texto, uma vez que deve ser seguida a orientação da constituição. Assim, os intérpretes não são meros copiadores ou repetidores, mas são autores e criadores, extraído do princípio do direito e trabalhando em torno das fontes do direito.³⁹

Neste sentido se pode dizer que a partir de Heidegger e Gadamer o ato de interpretar está vinculado a uma pré-compreensão, em que existem conceitos prévios que vão sendo esculpidos através do tempo.

Para Gadamer

A interpretação surge como um comportamento reflexivo diante da tradição, pois a consciência não aceita cegamente a voz que vem do passado, mas recoloca-a no contexto em que ela se originou, a fim de ver o significado e o valor relativos que lhe são próprios.⁴⁰

Assim a norma existirá a partir a partir de um processo hermenêutico que é realizado a cada nova situação em que há a confrontação com o texto legal existente. Assim

³⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 358.

³⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 69.

⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg, **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, Traduzido por Flávio Paulo Meurer. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 31.

desenvolve-se o círculo hermenêutico a partir da précompreensão definida pela tradição.⁴¹

Em um sistema como o brasileiro, em que os enunciados normativos expressos (leis) não são exaustivos (como por exemplo, a questão das cláusulas gerais) devem ser especificados em conformidade com o que dispõem os valores base do ordenamento. Observa-se, porém, que parte geral do Código Civil introduziu a técnica legislativa chamada “cláusulas gerais”, mas não associou normas descritivas de valores para servirem de ponto de referência interpretativo, oferecendo ao intérprete os critérios e os limites para aplicação das demais disposições normativas.

Independente da referida ausência de normas descritivas de valores, cabe ao intérprete a busca pelo sentido no processo hermenêutico, pois a questão do conhecimento do sentido e a aplicação no caso concreto são um processo unitário.

Na seara contratual observa-se o art. 422 do Código Civil, que determina a boa-fé como princípio fundamental e cláusula geral dos contratos, abrange não só a fase de sua conclusão como as demais. A exigência consiste em um dever de cooperação, traduzida na conduta pautada na boa-fé que deverá seguir o caminho contratual. A boa-fé objetiva significa que cada pessoa deve ajustar a própria conduta, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade.⁴² A dignidade da pessoa humana configura uma cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento. Desta forma, na perspectiva da atividade econômica privada informa as relações contratuais.⁴³

Atualmente, a pessoa humana é o centro das relações privadas, pelo simples fato de ser pessoa, em sua irreduzível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e, por isso mesmo, titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente. Assim, há a valorização de pressupostos éticos na relação dos sujeitos de direito, na proteção da confiança que deve existir como condição da vida civil, como dever de equidade, bem como no dever de proporcionalidade.

O legislador cuidou da boa-fé objetiva em três aspectos: como princípio interpretativo dos negócios, como princípio fundamental do regime contratual e como

⁴¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Traduzido por José Iamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 287.

⁴² MARTINS-COSTA, Hofmeister Judith. O novo código civil brasileiro: em busca da "ética da situação". **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 613, 2004.

⁴³ TEPEDINO, Gustavo. **TEMAS de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 13.

critério limitador do exercício de direitos, mas deixou de fornecer as balizas hermenêuticas delimitadoras do conteúdo das cláusulas gerais, que deve ser buscado na Constituição Federal. A boa-fé objetiva fixou um novo parâmetro interpretativo, expandido às relações contratuais em geral, que já estava estabelecido no Código de Defesa do Consumidor. Assim, a cláusula geral de boa-fé objetiva deve ser lida a partir dos princípios constitucionais informadores da atividade econômica privada, permitindo desvendar o verdadeiro alcance do preceito na interpretação do negócio jurídico.⁴⁴

A função social do contrato, prevista no art. 421 do Código Civil, lida à luz do texto constitucional, torna-se a razão determinante e elemento limitador da liberdade de contratar, na medida em que esta só se justifica na persecução dos fundamentos e dos objetivos da República Federativa do Brasil, entendendo-se como dever imposto aos contratantes de atender, ao lado dos próprios interesses individuais, interesses extra-contratuais socialmente relevantes. Esses interesses dizem respeito aos consumidores, livre concorrência, meio ambiente, etc.⁴⁵ Associa-se a função social com a boa-fé objetiva, seja como princípio interpretativo, seja como princípio fundamental do regime contratual, significando o dever de interpretar o conteúdo do negócio preservando o caráter econômico e social perseguido pelas partes, decorrendo então deveres anexos, lealdade e transparência em todas as fases do contrato.⁴⁶

Segundo Moraes, o problema maior do Direito atualmente tem sido o de estabelecer um compromisso aceitável entre valores fundamentais comuns, capazes de fornecer os enquadramentos éticos nos quais as leis se inspirem, e espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e o direcionamento de sua vida particular, de sua trajetória individual.⁴⁷ Conclui-se que o intérprete deve buscar a integração do sistema jurídico através da Constituição Federal e critérios hermenêuticos para visualizar o real sentido da norma. Dessa forma, é claramente vantajoso ao sistema jurídico que haja um direito flexível

⁴⁴ O dever de interpretar o os negócios jurídicos conforme a boa-fé objetiva está pautado nos seguintes princípios: art.1, III CF - dignidade da pessoa humana; art.1, IV CF – o valor social da livre iniciativa, art 3, I CF – solidariedade social, art. 3, II CF – igualdade substancial. TEPEDINO, Gustavo. TEMAS de direito civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 19.

⁴⁵ Por sua função social, o contrato é submetido a novos elementos integradores de relevância a sua formação, existência e execução, superando a esfera consensual, ficando o contrato em condições de prestar relevantes serviços ao progresso social. ALVES, Jones Figueredo. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 374.

⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. TEMAS de direito civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 20.

⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana**: uma trajetória civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 71.

no lugar de um protótipo legal, pois na regra rígida poderá haver perda da efetividade resultante do desuso da norma.⁴⁸ Com relação aos contratos, as cláusulas gerais inseridas em nosso sistema jurídico permitem uma maior abrangência às novas relações jurídicas que nascem nas sociedades complexas atuais e futuras, com especial destaque para aquelas geradas a partir das novas tecnologias, como é o caso do tema desta Tese de Doutorado.

2.3 A Autonomia Privada na Atual Sistemática Hermenêutico-Contratual

A autonomia da vontade sempre foi um sustentáculo no modelo clássico de contrato, sendo expressada por meio da liberdade de contratar e da liberdade contratual.⁴⁹ A liberdade de contratar consistente na plena liberdade para a celebração dos pactos e avenças com determinadas pessoas, podendo-se dizer que o direito à contratação é inerente à pessoa humana como um direito fundamental ligado ao direito de liberdade. Já a liberdade contratual consiste na autonomia da pessoa escolher o conteúdo do negócio jurídico.

Atualmente uma grande parcela da doutrina propõe a substituição da autonomia da vontade pela autonomia privada, considerando a adoção do princípio da função social do contrato.⁵⁰ Neste sentido, afastou-se a visão individualista, e recorreu-se ao intervencionismo do Estado como forma de coibir os abusos da liberdade dos particulares.⁵¹

O Direito Civil passou por diversas transformações ao longo do tempo no Brasil.⁵² Desta forma a autonomia da vontade, que se relaciona com o conteúdo do

⁴⁸ CARBONNIER, Jean. **Flexible droit**: pour une sociologie du Droit sans rigueur. 10. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001. p. 140.

⁴⁹ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. **La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato**. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/825/82510616.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

⁵⁰ Para Borges, Cabral e Fiuza, se deve referir autonomia privada e não mais autonomia da vontade. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 51. CABRAL, Eurico de Pina. A "autonomia" no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 5, n. 19, p. 87, jul./set., 2004. FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freide de; NAVES, Bruno Torquato de Olivera. **Direito civil**: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: DelRey. 2007. p. 57.

⁵¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. Notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 41, n. 163, p. 122, jul./set. 2004. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/982/R163-08.pdf?SEQUENCE=4>. Acesso em: 11 jan. 2016.

⁵² DANTAS, F. C. San Tiago; Direito privado brasileiro. Aspectos gerais de sua evolução nos últimos cinquenta anos. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, ano 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/direito-privado-brasileiro-aspectos-gerais-de-sua-evolucao/>>. Acesso em: 08 jan. 2016.

contrato, passa a ser objeto do dirigismo estatal, atendendo a normas imperativas e de ordem pública. Assim a liberdade contratual que esta vinculada a autonomia da vontade vincula-se a função social. Neste sentido refere Hironaka:⁵³

Na verdade, trata-se de liberdade contratual, aquela pertinente à limitação do Conteúdo do contrato, por força de norma de ordem pública, e não de liberdade de contratar, esta sim fundada na dignidade da pessoa humana e resultante da alta expressão da autonomia privada e, bem por isso, ilimitada. Além disso, a liberdade contratual poderá encontrar, na função social que é inerente ao contrato, uma limitação à sua extensão meramente volitiva, uma vez que nem sempre os contratantes poderão, sem estes freios, fixar livremente as cláusulas de seu contrato.

Neste sentido surgiu a substituição da expressão da autonomia da vontade pela autonomia privada, decorrente da limitação da liberdade contratual que relativizou a autonomia da vontade. A autonomia privada segundo Amaral Neto não tem recebido o interesse devido, mesmo considerando-se como princípio jurídico fundamental que integra as fontes do Direito. O jurista deve considerar a autonomia privada inserida no Direito atual em que o eixo fundamental é a realização dos interesses da pessoa humana, de forma que essa autonomia é limitada pela ordem pública e os bons costumes.⁵⁴

No campo do Direito Civil o reconhecimento da autonomia privada pode ser relacionado com a liberdade contratual, a força obrigatória dos contratos, o consensualismo, a natureza supletiva, dispositiva da maioria das normas estatais e ainda a teoria dos vícios do contrato.⁵⁵ Segundo Amaral Neto, a definição de autonomia privada seria o poder que os particulares têm de regular, as relações de que participam, pelo exercício da própria vontade, determinando a respectiva disciplina jurídica.⁵⁶

⁵³ HIRONAKA, Giselda Maria de Fernandes Novaes. **Contrato**: estrutura milenar de fundação do direito privado. Superando a crise e renovando princípios, no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa civil brasileira. Uberlândia, 2002. p. 07. Trabalho apresentado no 5º Seminário de Estudos sobre o Novo Código Civil, em Uberlândia. Disponível em: <file:///Users/idabeatrizdeluca/Downloads/67537-88959-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 set. 2016.

⁵⁴ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada. **Revista CEJ**, Brasília, DF, v. 3, n. 9, p. 2, set./dez. 1999. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo5.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

⁵⁵ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada. **Revista CEJ**, Brasília, DF, v. 3, n. 9, p. 3, set./dez. 1999. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo5.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

⁵⁶ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 26,

Perlingieri refere que não é uma tarefa simples definir a autonomia privada. Sobre esse conceito conectaram-se questões às quais depende em grande parte a configuração do ordenamento jurídico. Assim, deve-se examinar a autonomia privada em relação a um ordenamento específico e não em abstrato. Uma definição inicial de autonomia da vontade poderia ser o poder reconhecido ou concedido pelo ordenamento jurídico a um indivíduo ou a um grupo de determinar as vicissitudes jurídicas como consequência de seus comportamentos, em qualquer medida, por eles livremente assumidos.⁵⁷

Fachin descreve a autonomia privada como a pedra angular do sistema civil, porém está inserida em um contexto econômico e político próprio. Os particulares atuam em um espaço próprio reservado a esses para disporem de seus interesses. Neste sentido os particulares teriam um espaço permitido pelo ordenamento jurídico para atuarem de acordo com os seus interesses.⁵⁸ Para Borges, as pessoas têm no ordenamento jurídico o poder criador, modificativo e extintivo de situações e relações jurídicas conforme previstas pelo mesmo ordenamento. Assim, o exercício da autonomia privada, ao ser regulamentado de forma direta e individual, faz com que coincidam os interesses que o ordenamento escolhe proteger com os próprios interesses pessoais.⁵⁹

Pode-se dizer que a autonomia privada tem sido adotada como fundamento do negócio jurídico, sendo ainda vinculada com a força obrigatória dos contratos, que deve ser vislumbrada no momento atual e relacionada com o dever de respeitar a palavra dada, bem como a confiança e a boa-fé.⁶⁰ Há claramente uma relação da autonomia privada com a liberdade. Essa liberdade, segundo Amaral Neto, seria um valor jurídico que permite ao indivíduo a atuação com eficácia jurídica, ou seja, a atuação livre com transcendência jurídica que se concretiza em duas manifestações fundamentais. A primeira subjetiva, vinculada ao estabelecimento, modificação ou

n. 102, p. 210, abr./jun. 1989. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 17.

⁵⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico**. Curitiba: Educa, Scientia et Labor, 1988. p. 54.

⁵⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva 2007. p. 70.

⁶⁰ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994. p.116.

extinção de relações jurídicas e a, segunda objetiva, derivada da normatização ou regulação jurídica dessas relações.⁶¹

Pode-se perceber que o Código Civil de 2002, em seu artigo 421, estabeleceu que a liberdade contratual será exercida nos limites e em razão da função social do contrato.⁶² Para Rodrigues Junior, o dispositivo erroneamente refere liberdade contratual no lugar de liberdade de contratar que seria o termo correto. O dispositivo sujeita a autonomia privada da vontade, que é corolário dessas liberdades, não somente aos limites, mas também à interpretação que seja dada à função social do contrato. Nesse contexto, corre-se o risco de um giro radical dos abusos do individualismo à opressão do estatalismo. Para Rodrigues o que caracteriza os tempos pós-modernos é o pluralismo. Supera-se a visão ultrapassada do idealismo que contaminou o pensamento jurídico do século XX.⁶³⁶⁴

Segundo Jayme

A pós-modernidade vive de outros pensamentos. O comum, o igual não será negado, mas aparece como subsidiário, como menor. A identidade cultural do indivíduo, como a dos povos, é que necessita de atenção. A pluralidade reaparece como um valor jurídico (Rechtswert); as diferenças entre ordens jurídicas passam a ser interessantes.⁶⁵

A autonomia da vontade preserva em seu conteúdo positivo a possibilidade de se realizarem deslocamentos patrimoniais mediante negócios jurídicos, e ainda em seu conteúdo negativo, uma cláusula geral de que os bens particulares somente podem ser dispostos por sua vontade. Pode-se referir o art. 5., inciso LIV da

⁶¹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 26, n. 102, p. p. 212, abr./jun. 1989. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

⁶² BRASIL. **Lei n. 10.402 de 10 de janeiro de 2002** [Código Civil Brasileiro]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

⁶³ Para Erik Jayme "dentre os valores básicos da pós modernidade destaca-se o reconhecimento do pluralism, da pluralidade de estilos de vida e a negação de uma pretenção universal à maneira própria de ser. JAYME, Erik. **Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado**. Tradução de Cláudia Lima Marques. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 759, p. 24-40, jun. 1999.

⁶⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e pós-modernidade. IN: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, DF ano 41, n. 163, p. 122, jul./set. 2004. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/982/R163-08.pdf?SEQUENCE=4>. Acesso em: 11 jan. 2016.

⁶⁵ JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. Tradução de Cláudia Lima Marques. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 759, p. 27. jun. 1999.

Constituição Federal⁶⁶ – ninguém poderá ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Para Rodrigues Junior, essa seria a prerrogativa fundamental dada à autonomia privada.⁶⁷ Neste sentido, o princípio da autonomia privada é restringido pelo dirigismo contratual, que determina a supremacia dos interesses coletivos sobre os individuais dos contratantes. O objetivo é equilibrar as partes envolvidas no negócio, prevenindo abusos e protegendo os mais fracos economicamente.

Para Amaral Neto, a partir da Constituição de 1988, há um deslocamento dos valores fundamentais do Direito em geral e principalmente do civil para o texto constitucional⁶⁸:

Os valores fundamentais do Direito em geral e do civil em particular, como a justiça, a segurança, a liberdade, a igualdade, o direito à vida, a propriedade, o contrato, o direito de herança, etc., saem do seu habitat natural, que era o Código Civil, e passam ao domínio do Texto Constitucional que, além de reunir os princípios básicos da ordem jurídica, também estabelece os direitos e deveres do cidadão e organiza a estrutura político administrativa do Estado.

Para Anderson Schreiber, o Estado passa a intervir na defesa daqueles mais vulneráveis, modificando a atuação privada. A dignidade da pessoa humana e a solidariedade social passam a sujeitar o exercício de qualquer situação jurídica subjetiva ao respeito dos múltiplos aspectos da personalidade de todos aqueles envolvidos e sobre os quais esse exercício possa se refletir. Desta forma, a liberdade e a autonomia privada passam a estar condicionadas ao atendimento da dignidade da pessoa humana.⁶⁹ Assim, a concepção de autonomia privada mudou radicalmente principalmente em razão da hierarquia dos valores constitucionais. Como exemplo se pode citar que a liberdade não se identifica com a iniciativa econômica: a liberdade da

⁶⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

⁶⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e pós-modernidade. IN: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, DF ano 41, n. 163, p. 127, jul./set. 2004. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/982/R163-08.pdf?SEQUENCE=4>. Acesso em: 11 jan. 2016.

⁶⁸ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Direito civil**: introdução. 6. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 52.

⁶⁹ SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**: tutela da confiança e venire contra factum próprio. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 54.

pessoa e a conseqüente responsabilidade, ultrapassa e subordina a si mesma a iniciativa econômica.⁷⁰

Para Perlingieri, há de se delinear os aspectos nos quais se manifesta a autonomia privada. Há a necessidade de se verificar se as liberdades que tradicionalmente são atribuídas à autonomia privada (liberdade de negociar, de escolher o contratante, de determinar o conteúdo do contrato ou do ato, de escolher, por vezes, a forma do ato), em razão da fisionomia que essa assume com base nos princípios gerais do ordenamento, encontram correspondência efetiva na teoria dos atos. Desta forma será possível avaliar se a autonomia privada possui ou não proteção digna por parte do ordenamento. Assim torna-se indispensável a análise de acordo com a teoria dos atos, com o reexame da noção à luz do juízo de valor de cada ato realizado.⁷¹

Desta forma, a própria noção de ordem pública passa a ter seu conteúdo redefinido, com particular ênfase para a dignidade da pessoa humana, que ocupa a mais alta hierarquia no ordenamento constitucional.⁷²

A autonomia privada não deve ser vista apenas com o viés da iniciativa privada vinculada ao caráter econômico. Há situações em que o que está envolvido são situações subjetivas existenciais. Em razão disso, não é possível um discurso unitário sobre a autonomia privada. A unidade é axiológica, porque unitário é o ordenamento centrado no valor da pessoa, e justamente essa conformação do ordenamento impõe um tratamento diferenciado para os atos e atividades. É possível que as situações sejam ora existenciais, ora patrimoniais.⁷³

Para Perlingiere, a doutrina da autonomia privada não corresponde à teoria geral do contrato. A manifestação de vontade do sujeito apoia-se na normativa prevista pela norma (regras e princípios), ou na falta desta pelos usos e equidade. Há, desta forma, um concurso de fontes na regulamentação do contrato, podendo ainda a lei excluir o particular do poder de incidir nessa regulamentação. Muitas vezes a única escolha que o sujeito tem é concluir um ato (escolha por sua vez inexistente nos casos

⁷⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 17.

⁷¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 18.

⁷² MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil- constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 105.

⁷³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 277.

de obrigação legal), e não conclui-lo, sendo o ato de autonomia apenas um ato de iniciativa.⁷⁴ Segundo Pinto a autonomia privada pode ser vista como a possibilidade de os sujeitos jurídicos privados livremente governarem a sua esfera jurídica, formando as suas relações jurídicas e podendo exercer posições reconhecidas pelo ordenamento jurídico. Como conteúdo de um direito fundamental, a autonomia privada resulta do valor da auto determinação da pessoa, e mais amplamente da sua liberdade. Corresponde a possibilidade de ordenação espontânea dos interesses das pessoas, nas relações entre iguais, na sua vida de convivência.⁷⁵

Nos contratos a autonomia privada tem como decorrência importante a liberdade contratual, desdobrando-se em liberdade de modelação (fixação e estipulação) do conteúdo do contrato, e a liberdade de celebração e/ou conclusão do contrato. Evidencia-se que a autonomia privada além de ser um princípio fundamental do direito civil, possui proteção constitucional, ao menos sob o aspecto da liberdade geral de ação que é uma das dimensões do direito ao desenvolvimento da personalidade. As normas imperativas de Direito Privado podem ser confrontadas com a liberdade geral de ação para controle da preservação do conteúdo essencial de tal liberdade e da proporcionalidade de sua limitação.⁷⁶

Branco refere que a liberdade para regular as relações jurídicas (econômicas ou não) e o resultado desta liberdade formando um ato jurídico perfeito torna a autonomia privada (como gênero do qual liberdade contratual é espécie) direito fundamental emanado diretamente do artigo 5º da Constituição Federal,⁷⁷ assegurando essa condição para os direitos de liberdade a eles associados. Pode-se referir entre esses direitos de liberdade a autovinculação, que atribui significado à autonomia privada e à liberdade contratual. Desta forma a ausência de um texto normativo expresso na Constituição não retira a condição de direitos fundamentais à

⁷⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 277.

⁷⁵ PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 379.

⁷⁶ PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 379.

⁷⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 mar. 2016.

autonomia privada e à autodeterminação, pois é o sistema de proteção de uma determinada norma que assegura a sua existência.⁷⁸

Neste sentido Alexy refere que a autonomia privada e a autodeterminação são normas de direito fundamental atribuídas, que são aquelas que não estão diretamente previstas no texto constitucional.⁷⁹

Para Martins-Costa

Observa-se, assim, por conexões estruturais, sistemáticas e funcionais entre a liberdade contratual, a função social e o princípio da responsabilidade que, ao alargamento da responsabilização, corresponde, *pari passu*, a ressignificação da autonomia privada como poder jurígeno. Entretanto, uma tal ressignificação se faz na direção inversa à do atomismo, da redução sociológica e ontológica das pessoas concretas ao abstrato sujeito sempre-igual.⁸⁰

A autonomia privada, conforme anteriormente referida podem ter um conteúdo patrimonial ou existencial. São atos de autonomia individual todos aqueles realizados pela pessoa, inclusive quando a autonomia se reduz à iniciativa, como nos atos não negociais. Desta forma, a autonomia individual compreende os negócios jurídicos, de cunho patrimonial ou existencial, os atos jurídicos *stricto sensu* e os atos lícitos.⁸¹

A autonomia privada é um importante instrumento no plano das relações existências. Existem diversos negócios jurídicos não patrimoniais que envolvem a manifestação da autonomia privada. Pode-se citar como exemplo o consentimento para um transplante, a cessão de uso de imagem entre outros. Desta forma a manifestação de vontade que se destina a produzir efeitos jurídicos, livremente assumidos, criando, modificando ou extinguindo uma relação jurídica, seria considerado um ato de autonomia privada existencial.⁸²

⁷⁸ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Elementos para interpretação da liberdade contractual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da teoria geral dos contratos. In: MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 265.

⁷⁹ ALEXY Robert. **Teoria do direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 50.

⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1 p. 44-45, 2014. Disponível em: <file:///Users/idabeatrizdeluca/Downloads/35261-68343-1-PB.pdf>. Acesso em 21 de novembro de 2016.

⁸¹ ROCHA, Rafael da Silva. Autonomia privada e direitos de personalidade. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 147, 2011. Disponível em: <www4.jrj.jus.br/ser/index.php/revista_sjtrj/ article/258/232> Acesso em: 09 mar. 2016.

⁸² ROCHA, Rafael da Silva. Autonomia privada e direitos de personalidade. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 148, 2011. Disponível em: <www4.jrj.jus.br/ser/index.php/revista_sjtrj/ article/258/232> Acesso em: 09 mar. 2016.

Perlingieri refere que a negociação que tem por objeto as situações subjetivas não patrimoniais – de natureza pessoal e existencial- deve ser colocada em relação à cláusula geral de tutela da pessoa humana. Segundo este jurista os atos de autonomia têm fundamentos diversificados, encontrando um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de um interesse que mereça tutela que que seja útil socialmente.⁸³

Neste sentido, a valorização da pessoa, como princípio expressamente referido na Constituição (Dignidade da Pessoa Humana) impõe uma interpretação de cada ato ou atividade dos particulares à luz desse princípio.⁸⁴ Um caminho metodológico para essa interpretação é o manejo das contribuições de filosofia hermenêutica, nos termos propostos por Martin Heidegger, como se verá a seguir.

2.4 A Contribuição de Heidegger na Compreensão do Direito⁸⁵

Heidegger construiu sua filosofia em um momento de crise na Europa, momento histórico em que ocorreram guerras e que os paradigmas modernos da ciência estão sendo questionados. A linguagem invadiu a filosofia e o grande projeto moderno de dominação da ciência e da natureza pela técnica é criticado por Heidegger.

Uma parte importante da formação de Heidegger ocorreu com Edmund Husserl, que desenvolveu o estudo da fenomenologia como refutação do psicologismo. A busca do ser é o tema central da filosofia de Heidegger, e o filósofo aproxima as noções de *logos* e *alethéia* e desenvolve sua ontologia fundamental, questionando a estrutura originária do Ser-aí (Dasein).

Na obra *ser e tempo*, a primeira parte é dedicada à questão do ser, em que Heidegger desconstitui alguns pré-juízos que acompanham a idéia de ser desde Platão até Hegel.

Platão é o filósofo que encobre o ser, criando a chamada “doutrina das idéias” que busca confrontar o pensamento sofista, traduzido na idéia de que não existe uma relação entre as coisas e seus nomes, e que a linguagem está à disposição dos

⁸³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 19.

⁸⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 284.

⁸⁵ SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger**: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. São Paulo: Geração, 2000. p. 43.

homens. Platão defende a idéia de que as coisas possuem um nome independente dos homens, que provem da essência das próprias coisas. A idéia do filósofo corresponde a que todas as coisas terrenas existem no mundo sensível, existindo uma idéia correspondente no mundo inteligível, fazendo com que o homem conheça as coisas e seus nomes. Na visão platônica o sentido estaria no próprio objeto e na capacidade do homem de encontrar a essência da coisa mesma, assim compreender a coisa não está no sujeito nem na linguagem que o sujeito usa, mas sim na essência da coisa que existe no plano metafísico. Essa é a metafísica clássica dos gregos.

Heidegger entende que a primeira pergunta a fazer é pelo ser. Já a metafísica moderna, especialmente em Kant, sai de um conhecimento metafísico para fazer uma metafísica do conhecimento.⁸⁶ Neste momento que se estabelece a filosofia da consciência e o esquema sujeito-objeto, no qual o sujeito, que é dotado de razão, domina a linguagem, um instrumento ou tecnologia, colocando o sentido que produzido pela própria subjetividade.

Heidegger supera a metafísica ao compreender que o homem em sua finitude, não tem acesso ao ente, isto é, a coisa mesma, e que o sentido não é algo construído pelo subjetivismo do sujeito. Entende que a finitude do homem impõe limites a sua capacidade de compreender, nascendo em um mundo em que já existe linguagem, fazendo uso desta antes mesmo de ter consciência de sua capacidade de pensar. Assim o homem é determinado pelo tempo, sendo a finitude determinante para a compreensão. A questão da finitude torna os entes enquanto entes inacessíveis, pois não é possível chegar ao um grau zero na linguagem, uma vez que o homem já nasce na linguagem. Heidegger dirá que somos tão finitos que só conseguimos sobreviver pensando o ser. O homem na sua finitude compreende somente o ser dos entes.

Desta forma, a linguagem é constituidora do próprio mundo do ser, que se constitui um desvelamento do sentido que permite ao homem compreender o ser do ente. Assim, o ente existe, mas é inacessível, dependendo da compreensão do intérprete através de sua pré-compreensão. Segundo Stein, a descoberta da fenomenologia conduziu a regiões diferentes de um pensamento que era afirmado em confronto com o pensamento ocidental. Analisando a posição do homem dentro do

⁸⁶ STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Editora Unijuí. 2001. p. 70.

movimento fenomenológico, destaca-o como um pensador que ultrapassou a situação concreta fenomenológica que recebera.⁸⁷

Heidegger descreve o ser humano como um ser-no-mundo, que desde sempre já se compreende em razão de que já houve uma antecipação do sentido de uma compreensão do ser. Agora o compreender se constitui uma totalidade, pois é um compreender o mundo, que é a própria transcendência.⁸⁸ Neste contexto, a obra *Ser e Tempo* de Heidegger procura descrever o sentido do ser. O *Dasein* e a compreensão da vida fática do homem, definindo a transcendência como o modo em que este existe finitamente.⁸⁹ Heidegger reconhece como essencial a toda compreensão uma pré-compreensão, para torná-la possível. Assim aquilo que é procurado no sentido do ser, não é completamente desconhecido. O ente não é ele próprio, mas aquilo que falamos, pensamos, nos comportamos, o que somos e o modo como somos. Já o ser reside no que, no quem, naquilo que subsiste, no ente particular que é o *Dasein*, pois este é o único ente que é capaz de se questionar acerca de seu ser.

Para Streck, em Heidegger não se pode ignorar que a interpretação é o desenvolvimento das possibilidades abertas que existem para o *Dasein*. Assim a existência humana deve ser entendida, com sua finitude, sua mobilidade, sua projeção para o futuro.⁹⁰ O *Dasein* está no mundo, para Heidegger, antes de mais e fundamentalmente, como compreensão. Neste sentido, o mundo deve ser entendido como uma totalidade de relações e de referências.

A compreensão mantém as relações acima examinadas num estado de abertura preliminar. Estas relações estão vinculadas entre si numa totalidade originária. A totalidade das relações deste significar é o que nós chamamos com o termo significatividade, é a condução ôntica da possibilidade de descobrir o ente que se encontra no mundo de ser da prestabilidade (a prestabilidade é a determinação ontológico-categorial do ente tal como este é em si).⁹¹

Neste sentido, o *Dasein* é um ente que, entendendo-se em seu ser, comporta-se em relação a esse ser, indicando o conceito formal de sua existência.⁹² Com relação

⁸⁷ STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Editora Unijuí. 2001. p. 135.

⁸⁸ STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Editora Unijuí. 2001. p. 61.

⁸⁹ VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Lisboa: Instituto Piaget. 1996. p. 23.

⁹⁰ STRECK, Lenio. **Hermeneutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 233.

⁹¹ VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 29-30.

⁹² STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 169.

às coisas, pode-se dizer que se apresentam sempre dotadas de uma função, isto é, de um significado, e podem manifestar-se como coisas, unicamente quando se inserem em uma totalidade de significados de que o Dasein já dispõe. Para que possa haver uma compreensão sobre algo há a necessidade de ter um conhecimento prévio do significado desta coisa. Desta forma ocorre o “circular” da compreensão.

O mundo anteriormente referido, só se nos dá na medida em que já temos sempre certo patrimônio de idéias e, se se prefere, certos “prejuízos” que nos guiam na descoberta das coisas. Neste sentido para que se possa compreender algo, tenho que ter uma ideia prévia da coisa.⁹³ Pode-se citar como exemplo a ideia de uma garrafa de refrigerante entregue a uma pessoa qualquer em nossa sociedade. Não precisará uma explicação prévia sobre o que é uma garrafa de refrigerante e nem para que se utiliza. As pessoas têm uma pré-compreensão do sentido desta coisa. Caso esta mesma garrafa de refrigerante aparecesse em uma aldeia indígena, sem qualquer contato com a civilização, essas pessoas não teriam uma pré-compreensão acerca desta coisa, impossibilitando a compreensão deste objeto.

Assim o conhecimento não é um ir do sujeito para um objeto simplesmente-presença ou vice-versa, a interiorização de um objeto (originariamente separado) por parte de sujeito vazio. O conhecimento deve ser visto como a articulação de uma compreensão originária em que as coisas estão já descobertas. Esta articulação chama-se interpretação: não tem sentido fazer a observação de que o conhecimento é apenas um movimento do sujeito no interior da própria imagem de mundo já dada. O ser-no mundo nada tem de sujeito, porque esta noção pressupõe precisamente que o sujeito é algo que se pressupõe a um objeto entendido como simples presença.⁹⁴ Esta articulação geradora do conhecimento será um caminho fértil para que se possa estruturar o diálogo entre as fontes do Direito brasileiro e norte americano, para abrigar juridicamente o tema proposta nesta Tese de Doutorado.

O conhecimento como interpretação não é o desenvolvimento e articulação das fantasias do Dasein, como sujeito individual possa ter sobre o mundo, mas sim a elaboração da constitutiva e originária relação com o mundo que o constitui. Para Streck, a hermenêutica é compreensão e através dessa compreensão se produz o sentido. O sujeito interpretante está inserido em um mundo, em um mundo

⁹³ STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**. Ijuí: Unijuí, 2002. p. 113.

⁹⁴ STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Editora Unijuí. 2001. p. 243.

linguisticamente constituído, desta forma o *cogito* não pode ser desindexado da tradição. Neste contexto pode-se referir que a compreensão é feita por um indivíduo em seu tempo. No caso do Direito a compreensão da norma buscando o sentido possível de um determinado texto, e não a reconstrução do texto advindo de um significante-primordial-fundante.⁹⁵

A ideia do conhecimento como articulação de uma compreensão originária é a doutrina que Heidegger chama (juntamente com a tradição da teoria da interpretação) o “círculo hermenêutico”. Este círculo pode parecer um círculo vicioso sob um ponto de vista de um ideal do conhecer o ser como simples presença. Desta forma, o círculo da compreensão não é um simples círculo em que se mova qualquer forma de conhecer, mas sim a expressão da pré-estrutura própria do Dasein. Segundo Stein, Heidegger refere que na filosofia, sempre se tivera consciência de que partes de um texto eram compreendidas a partir de um sentido prévio que se projetava sobre todo o texto.⁹⁶

Compreender é o ser existencial do próprio poder-ser do Dasein de tal maneira que, em si mesmo esse ser abre e mostra como anda seu próprio ser. Trata-se de apreender ainda mais precisamente a estrutura desse existencial.⁹⁷ Neste sentido, pode-se dizer que toda interpretação se move em uma estrutura prévia já caracterizada, isto é, já compreendida. Assim seria inviável pretender sair de sua própria história pensando em uma interpretação supostamente objetiva, pois a hermenêutica propõe que se adentre no círculo hermenêutico onde já existem compreensões.

Toda interpretação se funda no entender. O que é como tal articulado na interpretação, e o que é de antemão é delineado como articulável no entender em geral, é o sentido. Na medida em que a enunciação se funda no entender e exhibe uma forma-de-execução que deriva da interpretação, ela também ‘tem’ um sentido.

Pode-se dizer que é na compreensão/interpretação que está a essência do método fenomenológico, e é por este método que se determina o como se dá algo. Proferimos sentenças sobre o mundo, assim o mundo é condição de possibilidade de

⁹⁵ STRECK, Lenio. **Hermeneutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 234.

⁹⁶ STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Editora Unijuí. 2001. p. 242.

⁹⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser y tiempo**. Madrid: Trotta, 2003. p. 108.

algo enquanto algo. O que Heidegger chama de como hermenêutico é o algo enquanto algo, ou algo como algo existe. Somente a partir do significado é que as coisas podem mostrar-se, pois do contrário não apareceriam como isto ou aquilo. Assim, não existem percepções nuas, mas encontramos coisas com significados que surgem dentro de um contexto remissivo, da significatividade do mundo. Pode-se dizer que tudo está no mundo, aparecendo dentro do mundo da significatividade.⁹⁸ Conheço como a linguagem na qual existo me permite, desta forma a coisa não existe como coisa, mas sim quando há um sentido compartilhado.

Para Streck, há uma tendência peculiar ao pensamento jurídico de se falar em hermenêutica, círculo hermenêutico, pré-compreensão e outros conceitos filosóficos sem citar aquele que foi o grande filósofo que introduziu esses conceitos ou renovou-os como no caso do conceito de hermenêutica e círculo hermenêutico.⁹⁹ Heidegger demonstrou que já se está envolvido no mundo bem antes de que se possa separar dele teoricamente para entendê-lo filosoficamente, portanto, as condições para o pensamento possível não são autogeradas, mas estabelecidas antes de se fixar em atos de introspecção. Assim, não existe um “marco zero” de compreensão, no qual as coisas são acessíveis em si mesmas, mas há o desenvolvimento de um senso de mundo, que faz com que se tenha a pré-compreensão das coisas.

Assim, só é possível interpretar, se existe a compreensão do intérprete que depende da pré-compreensão deste. Neste contexto insere-se a tradição, que é o lugar de inserção do homem, como ser-no-mundo e ser-com-os-outros.¹⁰⁰ Para Heidegger o mundo natural por si só não tem sentido, e por isso não tem significado. Atribui-se essas propriedades porque ao falar de mundo natural, já se está mergulhado em certos determinismos históricos culturais de caráter não explicitados, que fazem parte do contexto histórico. Neste contexto histórico se encontra a compreensão.¹⁰¹

É o ser humano que, enquanto é, se compreende e explicita em seu modo de ser e desse processo, resulta a possibilidade de qualquer relação com o mundo natural, não só porque nessa compreensão também está implicada a compreensão do ser, mas basicamente

⁹⁸ STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Editora Unijuí. 2001. p.251.

⁹⁹ STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 455.

¹⁰⁰ STRECK, Lenio. **Hermeneutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P 233.

¹⁰¹ STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**. Ijuí: Unijuí, 2002. p. 115.

porque a compreensão resulta de um movimento da vida fática em que ela, enquanto se compreende, mergulha a relação ser-aí e mundo natural, num todo que constitui o próprio sentido fundamental da mobilidade fática da vida humana e isto quer dizer que o compreender também é um comprometer-se.¹⁰²

Assim, o mundo natural nunca é natural enquanto houver ser humano. Envolvê-lo na compreensão significa um desenvolver do cuidado. Assim a vida fática sempre assume o mundo natural como seu mundo, passando a ser situado no contexto do conhecimento, da familiaridade e do lidar com que lhe tira o caráter simplesmente objetivo e lhe impõe o caráter de algo significado, vindo então o mundo ao nosso encontro com o caráter da significabilidade.¹⁰³ A compreensão do mundo ocorre através de um movimento que faz parte do modo de ser da sua vida fática e com ela constitui o SER-AÍ. Assim o homem pode incorporar-se ao chamado mundo natural, pelo processo da pré compreensão. Este movimento de pré-compreensão é a condição de possibilidade de qualquer compreensão, em que se chega as coisas mesmas não simplesmente porque elas são entes, mas porque já as compreendemos quando compreendemos o ser. A pré-compreensão é fundamental para a compreensão do ser.

Naturalmente esta compreensão do ser não se dá sem a compreensão do ser-aí, isto é, das coisas inseridas em um contexto histórico. Neste sentido, as coisas mesmas estão sempre comprometidas com o espaço aberto por esse aí do ser e não podem ser compreendidas a não ser a partir desse lugar.¹⁰⁴ O mundo natural é um conceito intuitivo que não se sustenta. Só faz sentido falar nele como um mundo que já sempre é para nós, isto é, que está inserido no processo em que o ser-aí é formador de mundo. O sentido que nós projetamos se torna organizador de mundo. Heidegger destaca as diversas relações que os seres têm com o mundo, citando a idéia de que a pedra não tem mundo, o animal é pobre de mundo e o ser humano é formador de mundo.¹⁰⁵ Heidegger descreve o mundo como fenômeno relativo ao ser humano, fazendo uso de um conceito bem específico, enquanto ele representa uma totalidade de sentido em que o ser humano se move e, dessa maneira, o filósofo pode dizer que o homem é ser-no-mundo e desse estado ontológico, pode ser feita a passagem para o conceito de ser-aí.

¹⁰² STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**. Ijuí: Unijuí, 2002. p. 116.

¹⁰³ STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “ser e tempo”**. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 23.

¹⁰⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 455.

¹⁰⁵ STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**. Ijuí: Unijuí, 2002. p. 119.

Esse filósofo utiliza três caminhos para desenvolver o conceito de mundo: o caminho da história da palavra mundo, que investiga a sua formação e seus diversos conteúdos; a compreensão cotidiana de mundo do ser humano que pode ser analisado estruturalmente e uma análise comparativa.¹⁰⁶ Assim o ser humano é formador de mundo, uma vez que esse conceito tem como propriedade a abertura do ente como tal, do ente enquanto ente. O ser humano não é tomado pelo ente, mas ele se comporta com relação ao ente. Já o animal é considerado pobre de mundo justamente do fato de o animal ter o seu mundo determinado como território ou ambiente. O mundo animal é um mundo fixo, e é esse caráter permanente que constitui a possibilidade do animal existir. Os elementos naturais são vistos a partir do conceito de mundo enquanto destituídos de mundo.¹⁰⁷

Pode-se compreender que o conhecimento humano não deve ser considerado como natural, pois está inserido em uma antecipação de sentido que lhe preparou o horizonte em que este está inserido, sendo desta forma, considerado uma capacidade humana. Na fenomenologia hermenêutica, a compreensão se insere entre nossas representações e o mundo da natureza, por isso se pode considerar o homem como formador de mundo. O conhecimento como verdadeiro pensar se realiza em vir-a-ocorrer que precede qualquer representação e onde acontece o que poderíamos designar o verdadeiro pensar filosófico.¹⁰⁸ O homem compreende através de sua pré-compreensão das coisas, em que o sentido já está inserido na tradição. Desta forma, para que haja a possibilidade de entender o mundo, o ser humano já possui uma antecipação de sentido inserida no horizonte, isto é, no tempo do ser-aí.

O parágrafo 44 da obra *Ser e Tempo* de Heidegger discorre acerca da verdade. Para Heidegger a proposição não é o lugar da verdade, mas a verdade é o lugar da proposição.¹⁰⁹ Heidegger utiliza a obra de Kant como motivo básico para a discussão sobre a verdade. Em 1927 os neokantianos discutiam em torno da questão de se existe um tipo de verdade que não é apenas verdade das proposições, verdade simplesmente de proferir sentenças, uma verdade que seja vista como condição de possibilidade para podermos entender o que é propriedade (verdadeiro ou falso) de uma proposição.¹¹⁰

¹⁰⁶ STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**. Ijuí: Unijuí, 2002. p. 121.

¹⁰⁷ STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**. Ijuí: Unijuí, 2002. p. 122.

¹⁰⁸ STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**. Ijuí: Unijuí, 2002. p. 125.

¹⁰⁹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 591.

¹¹⁰ STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “ser e tempo”**. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 19.

A questão seria uma espécie de verdade fundante, uma verdade que possibilitasse as condições transcendentais da verdade, ou que confirmasse o que ele afirma mais no começo que toda a verdade existencial, toda a verdade fenomenológica tem o caráter de ser uma *veritas transcendentalis*, de ser uma verdade transcendental. Ao estudar a obra de Heidegger, Stein esclarece que Kant não respondeu a algumas perguntas: Que posso saber? O que devo fazer? Que me é permitido esperar? Heidegger responderia ao responder o que é homem. Neste sentido de Heidegger analisa o Dasein na tentativa de responder as questões anteriores, que seria uma espécie de processo de fundação.¹¹¹

Heidegger quer abordar a questão da verdade no âmbito das condições existenciais de possibilidade, considerando que só há verdade enquanto há Dasein, e que não existem verdades eternas. A verdade está inserida na compreensão do ser.¹¹² Heidegger acomete contra dois temas fundamentais da metafísica ocidental: o primeiro, a questão da relação entre Dasein, mundanidade e realidade, e o segundo, a relação entre Dasein revelação e verdade. Primeira questão que rompeu com a tradição da metafísica foi definir o homem enquanto Dasein como ser no mundo. Mundo este definido como um modo de ser, mundo enquanto um como. Isto permitiu analisar a questão da verdade do ponto de vista transcendental. Desta forma não se trata mais de provar a existência das coisas, do mundo, do que é verdadeiro ou falso, mas a questão da verdade está ligada ao Dasein e nós somos levados a pressupor o Dasein.¹¹³

Essa pressuposição da verdade na pressuposição do Dasein é inexorável, se nós quisermos pensar a verdade com radicalidade. Em sua obra, Heidegger tem a intenção de criticar a questão da verdade tradicional, não no sentido pejorativo, e sobre esta crítica desenvolver alguns aspectos da verdade como ele pensa que deva ser desenvolvido. Ele baseia a questão da verdade sobre a característica que é um dos existenciais fundamentais do Dasein que é a “revelação”. Condição de se poder abrir algo – ligado ao nível prático- este nível precede e acompanha a reflexão filosófica.¹¹⁴

A relevação passa a ter um sentido de ser ao mesmo tempo uma correção de lugar em que se fazia uma discussão da verdade, que era o lugar da consciência, e a

¹¹¹ STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “ser e tempo”**. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 33.

¹¹² HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 626.

¹¹³ STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “ser e tempo”**. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 33.

¹¹⁴ STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “ser e tempo”**. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 109.

introdução da discussão da verdade no âmbito do próprio modo de ser do Dasein, isto é, inserido em um contexto histórico. Com este modo de ser que se dá a revelação, o conceito de verdade passa a ter uma característica que de um lado, se afasta da idéia de verdade como propriedade das proposições verdadeiras ou falsas, e de outro da idéia de verdade como qualidade do sujeito, como elemento transcendental sustentado pela subjetividade para fundamentar a verdade. Assim substitui-se os conceitos intencionalidade e consciência por revelação. A verdade deveria ser revelada. O parágrafo 44 da obra *Ser e Tempo* traz o conceito tradicional de verdade e seus fundamentos ontológicos, chamando a atenção pela insuficiência do conceito tradicional de verdade desde os gregos, ou ao menos o encobrimento de verdade desde os gregos, em seguida desenvolve o chamado o fenômeno originário da verdade e o caráter derivado do conceito tradicional de verdade. Para Heidegger o fenômeno originário da verdade está ligado à questão do velamento e desvelamento, sendo característica existencial do Dasein. Nesse sentido a verdade está ligada ao Dasein enquanto ser-aí, e neste contexto se dá o velamento e o desvelamento.

Assim, a verdade não é mais um fundamento seguro e subjetivo, mas sim um fundamento ligado às condições concretas, históricas, do modo de ser do Dasein no mundo. Há desta forma, uma historização da questão da verdade, mediante a própria condição de revelação, que é um existencial sendo um elemento dinâmico ligado à historicidade. Pensando deste modo a questão da verdade está no horizonte do tempo, não existindo verdades eternas.

Ao se ligar a questão da verdade ao Dasein não quer dizer que este sempre consiga revelá-la. O caráter do ser-no-mundo é ser ao mesmo tempo encobridor, o que por vezes encobre a verdade. Assim a condição humana não se reconhece a si mesma, na sua plenitude, concretamente, porque ela tende a se encobrir diante da angústia e diante da morte. A fuga de si mesmo faz também com que o Dasein encubra a questão da verdade que nele se manifesta. Assim o Dasein neste sentido está sempre na verdade e não verdade (verdade como o lugar onde ela se dá, mas também como lugar onde ela pode ser encoberta).¹¹⁵ Heidegger coloca a verdade como ligada ao Dasein que é ser no mundo, unida ao mundo prático, em que desde sempre nós sabemos o que é verdade, na medida em que lidamos com os entes que

¹¹⁵ STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “ser e tempo”**. Petrópolis: Vozes, 2005. p.124.

nos cercam, com entes disponíveis e nos compreendemos a nós mesmos em nossa existência, por meio da idéia da compreensão do ser.

A concepção que Heidegger quer ressaltar no problema da verdade é o caráter de uma transcendentalidade que é prática, que é ligada ao modo de ser no mundo que é vinculada à revelação do Dasein. “O ser da verdade está em originária conexão com o Dasein. E somente porque o Dasein é como constituído pela abertura, isto é, pelo entender, algo assim como ser pode ser em geral entendido, sendo possível entendimento-ser.”¹¹⁶ Para Heidegger, somos determinados por uma história que nunca conseguimos explicitar inteiramente. Desta forma a verdade pode ser vista como essência da verdade e verdade da essência, dizendo que é preciso uma espécie de virada, no sentido que não se trata simplesmente de uma definição metafísica existencialista da verdade, mas de tomar a verdade na medida em que ela é a manifestação fenomenológica da questão do ser. A verdade passa a ser um modelo operacional, no qual o critério é prático, aparecendo como categoria de sucesso do lidar dos entes no mundo. Pode-se dizer que o Dasein é o lugar transcendental da verdade, pois a verdade para Heidegger é relativa a este.

A questão da verdade é vista pelo método fenomenológico, que é aquele que pretende poder estabelecer um “como se dá algo”. Para Heidegger este como do dar-se dá-se no Dasein. Por isso que o Da é o aí do Dasein, no seu modo prático do ser-no-mundo. Abordar a questão da verdade do ponto de vista do método fenomenológico heideggeriano significa dar primazia à questão da possibilidade, das condições de possibilidade. Assim questionar a verdade significa pô-la no nível da própria tradição ontológica-transcendental, mas ao mesmo tempo, compreende-la da maneira como Heidegger interpreta a tradição ontológica-fundamental, ligando-se a ela afirmando a universalidade e a originariedade como características do seu modo de proceder e rompendo com ela em razão de que não se ligam mais a questão da subjetividade.¹¹⁷

Pode-se dizer que a verdade tem os elementos do Dasein por isso é originária, possuindo características que são da ordem do Dasein. Nessas características, existem as três dimensões do cuidado referido por Heidegger que são: ser-diante-de-si-mesmo, já-ser-em, junto-das-coisas e no junto das coisas existe o lugar preferencial que é ocupado por todos os que lidam com teoria do conhecimento, com

¹¹⁶ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 635.

¹¹⁷ STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “ser e tempo”**. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 117.

fundamentação e justificação do conhecimento, todas estas teorias sofrem das insuficiências deste estar junto-das-coisas. Esta insuficiência é uma fuga que leva ao encobrimento, pois não conseguimos fugir do elemento não-verdade que está presente no estar-junto-das coisas.

No nível ontológico-transcendental trata-se de descrever uma diferença que não é posta no plano da enunciação, mas uma diferença que é posta desde a compreensão do ser. Assim a verdade transcendental não pretende concorrer com as verdades que se desenvolveram nas teorias do conhecimento. Pelo contrário, apenas mostra que como verdade mais originária é também condição de possibilidade da verdade dos enunciados. Desta forma para Heidegger o modelo pragmático trata a verdade como condição de possibilidade exercendo um papel fundador, razão pela qual a verdade das proposições seria uma verdade derivada.¹¹⁸ O conceito de verdade para Heidegger está ligado ao caráter revelador do Dasein, ao caráter enquanto ele é o aí, isto é o lugar em que algo se abre, se possibilita, em algo que pode aparecer e ao mesmo tempo o caráter de verdade se liga ao caráter de ser-descoberto do ente intramundano. Assim as proposições que se fizerem do ente intramundano se fazem sobre o fundo, que é da própria existência, que é próprio do ser-aí, que é próprio do caráter do ser-aí.¹¹⁹

Para Heidegger, o Dasein é um projeto projetado em um horizonte, um pano de fundo sobre o qual possa se dizer verdadeiro ou falso, que está ligado à temporalidade. Heidegger substitui a substância e a subjetividade da tradição pela possibilidade. A substância e a subjetividade são elementos da realidade objetiva que são sustentados pela possibilidade, enquanto ela os produz com seu poder.¹²⁰

A possibilidade é a própria *aletheia*, é o ser pensado, não apenas como presença como faz a metafísica, mas como possibilidade de presença (desvelamento), o que quer dizer velamento, retenção, retração. Na *aletheia* o ser é pensado como possibilidade em seu sentido ativo, enquanto toda a presença de lethe, do ocultamento, do velamento.¹²¹ A partir da possibilidade, que Heidegger resume na *aletheia* em sua interpretação mais profunda, também se abre o horizonte do método fenomenológico. É na possibilidade que radica também o próprio movimento circular

¹¹⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 635.

¹¹⁹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 613.

¹²⁰ STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Editora Unijuí. 2001. p. 243.

¹²¹ STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “ser e tempo”**. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 303.

da existência. Heidegger elevou o termo *aletheia* a uma dimensão ontológica, como palavra em que se resume sua idéia de ser. O ser é esquecimento à media em que se retrai, se esconde sob os entes que o velam, é esquecimento para o homem que se movimenta em meio a familiaridade dos entes. Por isso o pensamento do ser é lembrança e o saber é a memória do ser. Heidegger procura mostrar que a essência da verdade como adequação tem seu fundamento na “verdade enquanto a não verdade” que é o velamento e a “esfera não experimentada da verdade do ser”. Assim a verdade, restituído o seu sentido originário, é entendida como tensão entre desvelamento e velamento, desocultação e ocultação, contrariamente às ideias de correspondência, adequação, correção, as quais predominaram no pensamento filosófico ocidental.¹²²¹²³

Segundo Streck, o acesso a algo nunca é direto, mas sim pela mediação do significado e do sentido. Assim não podemos compreender as coisas sem que tenhamos um modo de compreender. Assim temos acesso aos objetos através de um ponto de vista. Morre desta forma a relação sujeito-objeto e passa-se a relação sujeito-sujeito.¹²⁴ Heidegger deu uma importante contribuição para a interpretação ao determinar que a questão do ser só é possível se dá uma compreensão do ser. Para este filósofo o *Dasein* se comporta compreendendo, e a compreensão é o ser existencial do saber-ser inalienável, de tal modo que este ser revela por si mesmo como está a respeito do seu ser consigo mesmo. As questões centrais tratadas na hermenêutica filosófica de Heidegger são a compreensão como totalidade e a linguagem como meio de acesso ao mundo e aos objetos.¹²⁵ “A compreensão tem uma inexorável e indissociável condição histórica, que faz uma mediação entre o sujeito e a coisa e ser compreendida”.¹²⁶

Desta forma, Heidegger demonstra que o homem não veio ao mundo como tabula rasa, e que o tempo confere o desenvolvimento de um senso de mundo, coerente, contínuo e aberto, onde começamos envolvimento práticos neste mundo,

¹²² Na obra *Sobre a Verdade*, Lições Preliminares ao parágrafo 44 de *Ser e Tempo*, Ernildo Stein faz uma análise aprofundada do referido parágrafo da Obra de Heidegger, demonstrando a questão do velamento e desvelamento presente na idéia de *Aletheia*.

¹²³ STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “ser e tempo”**. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 306.

¹²⁴ STRECK, Lenio. **Hermeneutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 177.

¹²⁵ STRECK, Lenio. **Hermeneutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 198.

¹²⁶ STRECK, Lenio. **Hermeneutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 209.

através de atividades e formas de socialização. Na hermenêutica tudo “é um diálogo infinito que sempre se reinicia novamente e sempre emudece uma vez mais, sem jamais encontrar um fim.”¹²⁷

Através da hermenêutica pode ser demonstrado que o pertencimento do intérprete ao seu objeto de investigação obtém um sentido:

a pre-sença, que se projeta para seu poder-ser, já é sempre ‘sido’. Este é o sentido do existencial do estar-lançado. O fato de que todo comportar-se livremente com relação ao seu ser não possa remontar para além da facticidade desse ser constitui o núcleo central da hermenêutica da facticidade e sua oposição à investigação transcendental constitutiva da fenomenologia de Husserl.¹²⁸

O intérprete para compreender um texto, deve a partir do hábito da linguagem da época de seu autor, e não da inserção direta e acrítica de seus próprios hábitos extraídos da linguagem.

de modo algum podemos pressupor como dado geral que o que nos é dito em um texto se encaixe sem quebras nas próprias opiniões e expectativas. Ao contrário, o que me é dito por alguém, numa conversa, por carta, num livro ou de outro modo, encontra-se por princípio sob a pressuposição de que o que é exposto é a sua opinião e não a minha, da qual eu devo tomar conhecimento sem precisar partilhá-la. Todavia, essa pressuposição não representa uma condição que facilite a compreensão; antes, representa uma nova dificuldade, na medida em que as opiniões prévias que determinam minha compreensão podem continuar completamente desapercibidas.¹²⁹

Seguindo esta ideia, Gadamer refere que “a tarefa da hermenêutica se converte por si mesma em um questionamento pautado na coisa em questão.”¹³⁰ Em outras palavras, afirma o autor que “compreender é estar em relação, a um só tempo, com a coisa mesma que se manifesta através da tradição e *com uma tradição* de onde a ‘coisa’ possa me falar.”¹³¹ Para compreender o intérprete não pode entregar-se ao arbítrio de suas próprias opiniões, mas sim considerar a opinião do texto da maneira

¹²⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007. p. 182.

¹²⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 12. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 328.

¹²⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 12. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 357.

¹³⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 12. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 358.

¹³¹ GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 67.

mais obstinada e conseqüente que puder. Deve estar disposto a deixar que o texto lhe diga algo, tal como uma consciência que se mostra receptiva à alteridade do texto. É preciso “dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais.”¹³²

Nos textos jurídicos o juiz adapta a lei transmitida às necessidades do presente, sendo seu objetivo, realizar uma tarefa prática. Não se pode imaginar que sua interpretação da lei deva ser feita de modo arbitrário, pois seguindo a hermenêutica compreender e interpretar significa conhecer e reconhecer um texto vigente. O juiz tenta reconhecer o significado jurídico da lei, não o significado histórico de sua promulgação ou certos casos de sua aplicação. Assim não se comporta como historiador, mas se ocupa de sua própria história, que seu próprio presente.

Gadamer refere que todos os julgamentos estão condicionados a pré-julgamentos, uma vez que estamos inseridos em um mundo em que já possuímos pré-julgamentos. Assim,

o sentido da pertença, isto é, o momento da tradição no comportamento histórico-hermenêutico, realiza-se através da comunidade de preconceitos fundamentais e sustentadores. A hermenêutica precisa partir do fato de que aquele que quer compreender deve estar vinculado com a coisa que se expressa na transmissão e ter ou alcançar uma determinada conexão com a tradição a partir da qual a transmissão fala. Por outro lado, a consciência hermenêutica sabe que não pode estar vinculada à coisa em questão ao modo de uma unidade inquestionável e natural, como se dá na continuidade ininterrupta de uma tradição. Existe realmente uma polaridade entre familiaridade e estranheza, e nela se baseia a tarefa da hermenêutica. Só que essa não pode ser compreendida no sentido psicológico de Schleiermacher como o âmbito que abriga o mistério da individualidade, mas num sentido verdadeiramente hermenêutico, isto é, em referência a algo que foi dito (*Gesagtes*), a linguagem em que nos fala a tradição, a saga (*Sage*) que ela nos conta (*sagt*). Também aqui se manifesta uma tensão. Ela se desenrola entre a estranheza e a familiaridade que a tradição ocupa junto a nós, entre a objetividade da distância, pensada historicamente, e a pertença a uma tradição. *Esse sentremeio (Zwischen) é o verdadeiro lugar da hermenêutica.* (grifo nosso).

Streck destaca que o intérprete sempre está inserido no mundo da linguagem, podendo falar a partir da tradição. Refere que, se “o mundo dizível é o mundo

¹³² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 358.

lingüisticizado”, a compreensão é condição de possibilidade da interpretação, dado que “*no compreendido está o compreendedor*”.¹³³ Desta forma, cada interpretação é uma nova interpretação, gerando novos sentidos. Assim o processo hermenêutico é sempre produtivo, impossibilitando que se reproduzam sentidos. Especificamente no texto jurídico a questão do conhecimento do sentido e a aplicação em um caso concreto se apresentam em um processo unitário. Para Gadamer o jurista deve ter em mente a lei, porém seu conteúdo normativo será determinado de acordo com o caso que deve ser aplicado, assim “para determinar com exatidão esse conteúdo não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário” e em razão disso que “o intérprete jurídico leva em conta o valor posicional histórico atribuído a uma lei em virtude do ato do legislador”. Neste caso, o intérprete não deve prender-se aos protocolos que os parlamentares que elaboraram a lei possuíam naquele momento, mas deve entender que as circunstâncias foram sendo alteradas com o tempo, podendo haver uma nova função normativa da lei.¹³⁴

Pode-se dizer que a tarefa da interpretação da lei será a sua aplicação ao caso concreto. Haverá então a complementação produtiva do Direito, que se dá na aplicação da lei e somente a pessoa que tenha se aprofundado na concreção de uma situação, terá condições de realizar uma ponderação de modo justo, havendo desta forma o que o autor entende como a segurança jurídica no estado de direito, em razão de que é possível ter uma idéia daquilo com que estamos situados.¹³⁵

Neste contexto,

a princípio, qualquer advogado ou conselheiro está capacitado para aconselhar corretamente, ou seja, para predizer corretamente a decisão do juiz com base nas leis vigentes. Claro que esta tarefa da concreção não se resume a um mero conhecimento dos artigos dos códigos. Precisamos conhecer também a judicatura e todos os momentos que a determinam se quisermos julgar juridicamente um caso determinado. Não obstante, a única pertença à lei que se exige aqui é que a ordem jurídica seja reconhecida como válida para todos, sem exceção. Por isso, a princípio, sempre é possível conceber como tal a ordem jurídica vigente, o que significa reelaborar dogmaticamente qualquer complementação jurídica feita à lei. Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática existe, pois, uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém a primazia. *A ideia de uma dogmática jurídica*

¹³³ STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 222.

¹³⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 429.

¹³⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 432-433.

*perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como simples ato de subsunção, não tem sustentação.*¹³⁶

Neste sentido, pode-se dizer que o texto não está equiparado à norma, pois esta será sempre o resultado da interpretação do texto. Não se pode esquecer que desde Heidegger se tem a idéia de que o ente só existe no seu ser, e o ser é sempre um ser de um ente. Quando o intérprete se depara com um texto jurídico ele já emerge dotado de norma, em razão da tradição da faticidade e da historicidade.¹³⁷

Heidegger entende que é preciso “temporalizar”, significando um amadurecer, um deixar surgir, que significa uma aprendizagem surgida pela tradição, que “temporaliza” na calma e na conclusão do aprendido.¹³⁸ Essa “calma” na análise da situação se exige em relação ao tema desta Tese de Doutorado: se trata de uma situação gerada pelo avanço tecnológico, que está em andamento na sociedade contemporânea. A questão do tempo é fundamental, dadas as consequências que poderão decorrer das decisões a serem tomadas, pois está em jogo o futuro de um ser humano: a criação a ser gerada por meio da gestão por substituição.

2.4.1 A Interpretação Jurídica e a Busca de Soluções às Questões Sociais Complexas

No cenário social atual, com a potencialização da emergência de novas tecnologias, as relações sociais estão em processo crescente de complexificação. Neste sentido, diante de uma legislação cada vez mais permeável, cabe ao intérprete adequar o fato à norma, tendo como limite a Constituição Federal. Para muitas vezes não há uma norma. Neste sentido, cabe referir dois casos julgados pelo Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, relativos à inclusão de duplo registro de pai/mãe em assento de nascimento, que foram julgados pela mesma magistrada. Salienta-se que em recente pesquisa realizada no site oficial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, não foi encontrada nenhuma decisão relativa à gestão de substituição.

O primeiro caso, julgado em 07 de agosto de 2013, proveniente da Comarca de São Francisco de Assis, determinou a inclusão do nome da madrasta (considerada

¹³⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 433.

¹³⁷ STRECK, Lenio. **Hermeneutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 223.

¹³⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução Fausto Castilho, Petrópolis: Vozes, 2012. p. 996.

mãe socioafetiva) juntamente com a mãe biológica (falecida), bem como dos avós socioafetivos juntamente com os biológicos no assento de nascimento dos autores. No referido julgado, a magistrada entendeu que apesar do ordenamento jurídico não prever a possibilidade de dupla maternidade, este fato não poderia significar impossibilidade jurídica do pedido. Referiu ainda, que não seriam os fatos que se amoldariam às leis, mas sim estas são criadas para regular as consequências provenientes dos fatos, com o objetivo de manter a ordem pública e a paz social. Refere ainda que os legisladores brasileiros, muitas vezes por temor a críticas e uma possível reeleição, silenciam diante de realidades polêmicas. Neste sentido, destaca que o afeto deve se sobrepor à lei e que inclusive a Constituição institui como um dos princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, não havendo o porquê não poder constar duas mães em uma certidão de nascimento, se as crianças no íntimo de seus corações, as reconhecem assim. Conclui que o julgador deve estar atento às mudanças sociais para que possa assegurar os direitos, interpretando princípios e postulados normativos, concretizando a justiça, inclusive diante da omissão normativa.¹³⁹

Segundo Streck, quando o homem se ocupa com questões jurídicas, possui, antecipadamente/pré-compreensivamente, um todo conjuntural que lhe permite desenvolver os diversos instrumentos que a tradição jurídica construiu. Há sempre um

¹³⁹ Trecho da sentença do processo. Processo nº: 125/1.12.0001221-8. “O Código Civil, em seu art. 1.593, dispõe que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”; a seu turno, a Constituição Federal preconiza a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, § 6º).

O fato de o ordenamento jurídico não prever a possibilidade de dupla maternidade não pode significar impossibilidade jurídica do pedido. Afinal, não são os fatos que se amoldam às leis, mas sim estas são criadas para regular as consequências que advém dos fatos, objetivando manter a ordem pública e a paz social. As relações de afeto têm desafiado os legisladores que, muitas vezes, arraigados ao preconceito, ao temor de críticas que maculam a imagem daqueles que almejam a reeleição, silenciam face à realidade que lhes salta aos olhos. É preciso amadurecimento da sociedade para que se exija uma conduta ativa dos legisladores a ponto de regulamentarem matérias polêmicas, como a dos autos.

O afeto se sobrepõe à lei e tem reconfigurado a estrutura das famílias modernas, deitando raízes, inclusive, na Carta Magna que institui como um dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III). Assim, é mister questionar: **“Por que não pode haver duas mães em uma certidão de nascimento, se as crianças, no íntimo de seus corações, as reconhecem como tal?”**

O Julgador deve estar atento a estas mudanças para que possa assegurar os direitos, interpretando princípios e postulados normativos, concretizando a justiça, mesmo diante da omissão legislativa.” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Processo nº: 125/1.12.0001221-8**. Autor: Daiana Brondani Guizolfi Espig, Jari Antônio Lara Corrêa Guizolfi Espig Júnior e Carlos Eugenio Lara Correa Guisolfi Espig Netto. Réu: Não consta. Juiz Prolator: Juíza Substituta - Dr. Carine Labres. São Francisco de Assis, 7 de agosto de 2014. Disponível em <<http://www.jus.br/busca?tb=proc>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

todo antecipado nos atos praticados, no contexto da tradição em que estamos inseridos, e este todo é representado pela Constituição. Esta Constituição deve ser entendida como um evento que introduz um novo modelo de sociedade.¹⁴⁰ Neste sentido, não se pode falar em abertura interpretativa, mas ao contrário, o intérprete está condicionado a decidir de modo a não comprometer todo o conjuntural da comum-idade dos princípios constitucionais.

Deve-se entender que “norma” é o produto da interpretação de um texto, realizado através da materialidade principiológica. Haverá sempre um princípio atrás de uma regra, sendo a norma o produto dessa interpretação, dando-se na *applicatio*.¹⁴¹ Para este autor, a decisão que utiliza um caso concreto como alibi para excepcionar a aplicação de uma regra, possui dois problemas: a própria exceção e o que fazer no momento consequente. Como princípios garantidores da igualdade e da equanimidade da aplicação, e coerência e a integridade estabelecem um padrão que se pode chamar de decisão adequada, a partir da doutrina e da jurisprudência.

Segundo Streck:

Se admitimos ou estamos de acordo que a noção de pré-compreensão conforma a atividade interpretativa, e se estamos de acordo com o novo paradigma de direito tinha que fazer uma ruptura com aquela autonomia formal, e se estamos de acordo que os catálogos de direitos fundamentais e demais compromissos com a sociedade democrática (justa e solidária) foram inseridos nas constituições, o modo de fazer isso é compreender que isso só se dá a partir da faticidade. Isto é, do mundo prático. Princípios, nesse sentido, são o modo pelo qual toda essa normatividade adquire força normativa para além das suficiências das regras.¹⁴²

Algumas considerações se fazem necessárias para análise do referido julgado. Primeiramente, a Constituição Federal, através de seu art. 227, § 6º, determina que os filhos têm os mesmos direitos, proibindo qualquer distinção e/ou discriminação entre eles, interpretando-se que desimportaria o modo de constituição e reconhecimento da filiação. Em segundo lugar, o Código Civil de 2002, em linhas gerais, assumiu a absoluta igualdade dos filhos e a ausência de restrições na pesquisa da verdadeira paternidade biológica. Assim além da paternidade biológica, mantém o Código de 2002¹⁴³ a paternidade legal ou presumida pelo simples fato do nascimento,

¹⁴⁰ STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 546.

¹⁴¹ STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 549.

¹⁴² STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 560.

¹⁴³ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

com a finalidade de preservar ao máximo a família como estrutura básica e ética da sociedade constitucionalmente protegida. Esta presunção estabelecida pela lei é *juris tantum*, cedendo mediante prova da não relação biológica entre a criança e o suposto pai, sendo esta ação imprescritível.¹⁴⁴ Há quem entenda ser de natureza mista. Tendo algo de absoluta sem ser absoluta, admitindo prova em contrário como as relativas, porém com excepcionalidades, pois cria um ônus de prova para o pai que pretenda contestar a paternidade. Esta presunção legal é cada vez mais discutida em juízo em razão da busca da verdade biológica.

Desta forma, se de um lado houve uma proteção ao filho biológico no atual Código Civil, podendo o filho investigar sua origem biológica, e sendo esta ação imprescritível, nada constou acerca da possibilidade de investigar a paternidade ou maternidade socioafetiva quando esta não estiver de direito estabelecida, isto é, quando não houver registro de nascimento constando os pais socioafetivos. A doutrina tem demonstrado que a posse do estado de filho seria uma das possibilidades de paternidade fática.¹⁴⁵ Assim, nasce a posse do estado de filho quando as pessoas desfrutam de uma situação jurídica que não corresponde à verdade, mas a aparência faz com que todas as pessoas acreditem existir situação não verdadeira, fato que não pode ser desprezado pelo direito. Neste caso surge a teoria da aparência, que no caso da filiação nasce com o vínculo da paternidade, isto é, a realidade corresponde a uma aparente relação paterno-filial. Nesta seara encontra-se a filiação socioafetiva, isto é, no reconhecimento da posse do estado de filho que traz a condição de filho fundada em laços de afeto.

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.
BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

¹⁴⁴ Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação. BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

¹⁴⁵ A expressão “posse do estado de filho” é utilizada por Dias para referir a possibilidade de reconhecimento da paternidade sócio afetiva.

Segundo Maria Berenice Dias, desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e autora de diversas obras sobre Direito de Família, para que haja o reconhecimento da posse do estado de filho, deveria haver a conjunção de três aspectos: *tractatus* – quando o filho é tratado como tal, criado e educado e apresentado como filho pelo pai e mãe, *nominatio* – usa o nome da família e assim se apresenta e *reputatio* – é conhecida pela opinião pública como pertencente à família de seus pais. Assim haveria verossimilhança à aparência e o direito consideraria satisfatória.¹⁴⁶ Seguindo este raciocínio, a paternidade e maternidade biológica nada valeriam frente ao vínculo afetivo que se forma entre a criança e aquele que trata e cuida dela, participando faticamente e afetivamente da sua vida.

Para Lôbo, se vislumbra que a Constituição Federal abandonou a primazia da origem biológica, quando equiparou os filhos naturais e os adotados e conseqüentemente poder-se-ia considerar que priorizou à convivência familiar.¹⁴⁷ Assim, criada a posse do estado de filho consolidada no tempo, observa-se que este critério tem predominado sob o critério biológico, impedindo o exercício de impugnar a paternidade baseada no critério genético.

Neste sentido, diversos julgados referem a possibilidade de conhecer a origem biológica sem que haja a desconstituição do vínculo sócioafetivo.¹⁴⁸

¹⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p 340.

¹⁴⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil – famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 22.

¹⁴⁸ Ementa: AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA CUMULADA COM QUE RECONHECEU A PATERNIDADE SEM GERAR EFEITOS CIVIS. 1. Mostra-se flagrantemente descabida a petição de herança cumulada com nulidade de partilha, com base na sentença que se limitou a reconhecer a paternidade biológica, já que o pedido era expresso no sentido de buscar apenas origem genética e também de ser mantida a paternidade registral, tendo em mira a existência de uma relação de paternidadesocioafetiva. 2. Se a relação jurídica de parentesco com o pai registral permanece hígida, então inexistente título jurídico a albergar a pretensão de anular a partilha em razão da petição de herança. 3. Não obstante a sentença ter declarado a paternidade genética, ela é também imprestável para esse fim, pois sequer foi realizado exame de DNA. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70051398550, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 21/11/2012). Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em 21 de novembro de 2016. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. CONFIGURAÇÃO DO VÍNCULO BIOLÓGICO. ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA CONFIGURADA PELA ADOÇÃO PROMOVIDA PELOS PAIS REGISTRAIS HÁ MAIS DE 30 ANOS. IRREVOGABILIDADE, 1. Assegurado o direito de investigar sua origem biológica e constatado o vínculo genético com o investigado, é parcialmente procedente a pretensão do autor, na medida em que o reconhecimento de paternidade não pode ter repercussões na esfera registral nem patrimonial, uma vez que encontra óbice na relação de filiação socioafetiva estabelecida pela adoção empreendida pelos pais registrares, que é irrevogável, e consolidada ao longo de 30 anos de posse de estado de filho. 2. Assim, dá-se provimento aos recursos dos herdeiros do investigado, afastando a possibilidade de alteração no registro civil e qualquer repercussão patrimonial decorrente da investigatória. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível Nº 70045659554**, da Oitava Câmara

Porém, já existem decisões que questionam a utilização deste critério indiscriminadamente, considerando que infelizmente a parentalidade socioafetiva está servindo para tudo.¹⁴⁹ Seguindo a tradição do Direito de Família brasileiro, até a Constituição de 1988 prevalecia o critério legal, ou seja, era filho aquele que a lei determinava, mesmo que todos soubessem que não era o filho biológico daqueles que figuram como pai ou mãe. Já no Código Civil de 1916 havia prazos decadenciais curtíssimos para que o marido contestasse a paternidade.

No Código de 2002 houve aparentemente a predominância da verdade biológica estabelecendo inclusive a imprescritibilidade da possibilidade de contestar a paternidade.¹⁵⁰ Porém com o passar dos tempos a doutrina e a jurisprudência estabeleceram critérios para ajustar a possibilidade de contestação da paternidade para não criar insegurança jurídica nas relações familiares.

Ainda na vigência do Código de 1916 era possível atenuar o critério da verdade legal, havendo a possibilidade de ação de impugnação ou desconhecimento da

Cível Comarca de Bagé. Apelante: E.S.M.M.Y.; S.S.M.M.M.; M.S.M.S. Apelado: L.F.R.L. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 26 de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21177934/apelacao-civel-ac-70045659554-rs-tjrs/inteiro-teor-21177935>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

¹⁴⁹ Transcrevo parte da decisão da Apelação Cível Nº 70050745819, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 29/11/2012: [...] Como tenho reiteradamente batido, o instituto da parentalidade socioafetiva, penso eu, está hoje para o Direito de Família como o princípio da dignidade da pessoa humana para o Direito Constitucional, ou seja, algo extremamente nobre que, lamentavelmente, está servindo para tudo.

Está-se criando um monstro, e já se vê, em quase todas as investigatórias, e esta não é uma exceção, a alegação do réu muito preocupado em preservar a paternidade socioafetiva do investigante, invocando os vínculos afetivos dele com seu pai registral. É uma situação curiosíssima e evidentemente hipócrita, pois é claro que o réu não está preocupado com a situação da autora nem com a sua relação com o pai registral. O réu está preocupado é com a sua situação e com a repercussão patrimonial decorrente da paternidade reconhecida em favor da apelada.

Mesmo que haja uma relação afetiva da apelada com seu pai registral não se pode negar a ela o direito de buscar a verdade sobre sua origem biológica, que somente foi possível recentemente quando tomou conhecimento de quem seria seu pai biológico, alegação que não foi impugnada, nem poderia, pois o próprio apelante alegou na contestação não saber da existência da autora e tampouco de recordar de qualquer envolvimento com a mãe dela.

Como já consignei reiteradas vezes a existência de paternidade socioafetiva decorrente de reconhecimento voluntário de paternidade somente pode ser invocada pelo filho contra quem a invoque com o fito de desapossá-lo desse estado (de filho), jamais pelo pai biológico, para eximir-se dos deveres da paternidade, como no caso dos autos. (grifo nosso). RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70050745819**, da Oitava Câmara Cível Comarca de Sananduva. Apelante: O.M.M. Apelado: M.T.A.S. Interessado: A.P. Presidente e Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 29 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112427851/apelacao-civel-ac-70050745819-rs/inteiro-teor-112427860>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

¹⁵⁰ Art. 1.601 CC – Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

paternidade que poderia ser ajuizada quando havia falta de identidade entre a criança nascida da mulher e a pessoa que traz a condição de filho, nos casos de simulação de parto, falsidade ideológica ou instrumental do assento de nascimento. Esta ação era imprescritível e poderia ser ajuizada tanto pelo pai como pela mãe.

Quanto ao critério socioafetivo não há referência expressa no Código Civil, porém tanto a doutrina quanto a jurisprudência ¹⁵¹tem entendido que está presente

¹⁵¹ Algumas decisões de 2016 demonstrando o reconhecimento da paternidade sócioafetiva. **Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PRESUNÇÃO PATER IS EST. VÍCIO DE CONSENTIMENTO ORIGINÁRIO. ERRO DO PAI REGISTRAL, QUE ESTAVA EM UNIÃO ESTÁVEL COM A GENITORA DO APELADO. ROMPIMENTO DA RELAÇÃO AFETIVA APÓS A CIÊNCIA DA AUSÊNCIA DE PATERNIDADE. BIOLÓGICA. O reconhecimento do filho no registro de nascimento é irrevogável, a teor do disposto no art. 1.609 do Código Civil. A anulação do ato somente é admitida quando demonstrada a existência de coação, erro, dolo, simulação ou fraude. Verificado que o pai registral realizou o registro da criança porque acreditava ser o pai biológico, deve ser reconhecido o vício de consentimento originário decorrente de erro. A relação de afeto estabelecida entre o apelante e apelado está consubstanciada no vício de consentimento originário e foi rompida após a ciência da ausência de paternidade biológica, o que afasta o reconhecimento da filiação socioafetiva. Precedente do STJ. 1ª Apelação provida. 2º Apelo não conhecido. (Apelação Cível Nº 70071260012, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 09/11/2016); **Ementa:** APELAÇÕES CÍVEIS. FAMÍLIA. AÇÃO INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. 1. INVESTIGANTE QUE CONTA COM PAI REGISTRAL. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA COM O PAI REGISTRAL COMO ÓBICE À PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INVESTIGATÓRIO. NÃO CABIMENTO. Cuidando-se de ação investigatória de paternidade ajuizada pelo filho, ainda quando menor de idade, e havendo comprovação da paternidade biológica pelo resultado do exame de DNA realizado, impõe-se o julgamento de procedência do pedido inicial, no sentido de ser declarada a paternidade em questão, com a respectiva retificação do registro de nascimento da parte autora, com a inclusão do nome do genitor e dos avós paternos. O fato de o filho já possuir um pai registral e pretender preservar seu nome atual, que conta com o patronímico do pai registral, não deve constituir óbice à procedência de tal pleito, com seus reflexos na esfera registral e patrimonial. Via de regra, o argumento da prevalência da paternidade socioafetiva em relação à paternidade biológica somente é passível de acolhimento em prol do filho, quando for de interesse dele preservar e manter o vínculo parental estabelecido no registro de nascimento, e não contra o filho. A exceção à mencionada regra se dá em circunstâncias muito especiais, quando a relação socioafetiva é consolidada ao longo de toda uma vida. Porém, não é isso que ocorre na espécie, em que o filho possuía apenas 14 anos de idade à época do ajuizamento da ação. 2. ALIMENTOS. No que toca aos alimentos, assiste parcial razão à apelante. Com efeito, os documentos de fls. 23/58 comprovam que o apelado é proprietário de algumas áreas de terras tanto neste Estado do Rio Grande do Sul, como, especialmente, no Mato Grosso, onde, no município de Cotriguaçu-MT, é titular de 792,5 ha.. Desse modo, parece certo que tem condições de contribuir com alimentos no montante de 2 salários mínimos em prol da filha. 3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. MAJORAÇÃO DO VALOR ARBITRADO EM SENTENÇA. É de ser majorado para R\$ 3.000,00 o valor dos honorários advocatícios de sucumbência fixados em sentença, tendo em vista que o montante deve atender ao grau de zelo do profissional, a natureza e importância da causa, bem como o trabalho exigido pelo causídico e o tempo exigido para seu serviço, critérios expressamente estabelecidos nas alíneas do § 3º do art. 20 do CPC/73 (agora nos incisos do art. 85, § 2º, do CPC/15), retribuindo, com dignidade, o trabalho do profissional da advocacia. POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO DO DEMANDADO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DA AUTORA. (Apelação Cível Nº 70069096188, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 27/10/2016); **Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. INVESTIGANTE QUE CONTA COM PAI REGISTRAL. RESULTADO DE EXAME DE DNA QUE APONTA PROBABILIDADE SUPERIOR A 99,99% DE QUE O INVESTIGADO SEJA O PAI BIOLÓGICO DO INVESTIGANTE. SENTENÇA QUE SOMENTE DECLARA A PATERNIDADE BIOLÓGICA, SEM CONCEDER, CONTUDO, OS REFLEXOS NA ESFERA REGISTRAL E PATRIMONIAL. PATERNIDADE REGISTRAL QUE NÃO PODE INIBIR AS REPERCUSSÕES DA INVESTIGATÓRIA, EM

em nosso sistema jurídico sendo que a própria Constituição Federal em seu art. 227, § 6º, proíbe qualquer distinção entre os filhos, independente do critério.

De acordo com a doutrina¹⁵², a relação socioafetiva entre filho e pai ou mãe não pode simplesmente se presumir pela passagem do tempo, é preciso averiguar se existe ou não a relação socioafetiva. É preciso que realmente haja uma relação baseada no afeto para que esta seja caracterizada. A relação de afeto criada entre o adotado e o adotante faz com que existam laços entre estes, independente da falta de vínculo biológico.

Pode-se dizer que hoje existem três critérios para verificar a paternidade/maternidade de uma pessoa. Seriam os critérios, legal, biológico e sócioafetivo. A questão enfrentada teria como objetivo a determinação da paternidade ou maternidade de alguém, especialmente para que esta pessoa tivesse um pai e uma mãe.

Muitos casos ocorriam no Brasil da chamada adoção à brasileira, que nada mais era do que uma falsidade na declaração de paternidade/maternidade. A hipótese ocorria quando um casal, sabendo que não eram os pais biológicos de uma criança, declara intencionalmente que eram. Esses casos ocorriam com frequência,

DETRIMENTO DOS INTERESSES DO INVESTIGANTE. 1. Considerando que o índice de probabilidade de paternidade apontado no resultado do exame de DNA realizado foi superior a 99,99999%, é indubitável que o investigado é mesmo o pai biológico do autor, impondo-se, pois, o julgamento de procedência do pedido investigatório, com todas as suas repercussões. O fato de o investigante possuir um pai registral não deve constituir óbice à procedência de tal pleito, com seus reflexos na esfera registral e patrimonial. 2. Por via de regra, o argumento da prevalência da paternidade socioafetiva em relação à biológica somente é passível de acolhimento em prol do filho, quando for de interesse dele preservar e manter o vínculo parental estampado no registro de nascimento, e não contra o filho. A exceção à mencionada regra se dá em circunstâncias muito especiais, quando a relação socioafetiva é consolidada ao longo de toda uma vida - o que não se verifica no caso em exame, em que o autor possuía apenas 24 anos de idade à época do ajuizamento da ação. POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70069615979, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 27/10/2016); Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PATERNIDADE REGISTRAL E BIOLÓGICA. DIREITO À IDENTIDADE BIOLÓGICA. O reconhecimento da paternidade genética e socioafetiva é um direito da personalidade. Em se tratando de pedido de investigação de paternidade biológica, o vínculo de afeto entre a investigante e o pai registral não pode afastar os direitos decorrentes da filiação, sob pena de violar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Ainda, em recente decisão, o e. STF decidiu que "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais. Apelação cível desprovida. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70070607965**, da Sétima Câmara Cível. Apelante: V.S. Apelado: E.M.E.K.C. Interessado: E.K. Relator: Jorge Luís Dall'Agnol. Porto Alegre, julgado em 26 de outubro de 2016 Disponível: <<https://goo.gl/QqQvNj>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

¹⁵² Atualmente os livros que tratam sobre direito de família trazem a paternidade sócioafetiva como uma das formas da paternidade. Pode-se referir, Paulo Lôbo, Maria Berenice Dias, Rolf Madaleno, entre outros, como autores que incorporaram esse conceito em suas obras.

principalmente no interior dos Estados, em que a gestante combinava com um casal para que estes criassem a criança como seus filhos.

Esta criança não era filho biológico do casal, mas com o tempo ocorria uma relação socioafetiva entre eles, e conseqüentemente fazia com que mesmo diante de uma falsidade registral tal vínculo não pudesse ser rompido. Nesse contexto tradicionalmente foi reconhecido o vínculo socioafetivo validando as relações entre pais e filhos baseadas neste critério.

A questão trazida ao judiciário no processo 125/112.00001221-8 refere à possibilidade de inclusão de mais de uma mãe no assento de nascimento, considerando o vínculo socioafetivo da madrasta com as crianças. Não há legislação prevendo tal possibilidade e os registros de nascimento trazem tradicionalmente apenas um pai e uma mãe, mesmo nos casos de adoção.

A lei 6.015/73¹⁵³ estabelece as formas de registro de nascimento, bem como a possibilidade de inclusão do nome de família do padrasto ou madrasta no registro do enteado(a). Refere ainda que em caso de adoção os pais adotivos é que constarão no registro de nascimento do adotado. Dessa forma, conclui-se que o registro de nascimento deverá constar um pai e uma mãe (se houverem), podendo haver substituição em caso de adoção.

A questão enfrentada pelo judiciário gaúcho referiu-se a inclusão do nome da madrasta como mãe ao lado da mãe (falecida) das crianças, e ainda a inclusão dos avós maternos (pais da madrasta) juntamente com avós maternos (pais da mãe falecida).

¹⁵³ Art. 50. Todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de quinze dias, que será ampliado em até três meses para os lugares distantes mais de trinta quilômetros da sede do cartório.

Art. 57, § 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.

Art. 95. Serão registradas no registro de nascimentos as sentenças de legitimação adotiva, consignando-se nele os nomes dos pais adotivos como pais legítimos e os dos ascendentes dos mesmos se já falecidos, ou sendo vivos, se houverem, em qualquer tempo, manifestada por escrito sua adesão ao ato (Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965, art. 6º). (Renumerado do art. 96 pela Lei nº 6.216, de 1975).

Parágrafo único. O mandado será arquivado, dele não podendo o oficial fornecer certidão, a não ser por determinação judicial e em segredo de justiça, para salvaguarda de direitos (Lei n. 4.655, de 2-6-65, art. 8º, parágrafo único).

Art. 96. Feito o registro, será cancelado o assento de nascimento original do menor. (Renumerado do art. 97 pela Lei nº 6.216, de 1975). BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

A situação registral dessas crianças em consequência da decisão judicial é possuírem duas mães, 4 avós maternos, um pai e dois avós paternos.

O segundo processo julgado no Rio Grande do Sul acerca do tema, resultou na possibilidade de constar o nome do pai biológico juntamente com o pai registral no assento de nascimento (ambos vivos), bem como a inclusão de todos os avós paternos no registro.¹⁵⁴

Algumas vozes na doutrina têm defendido a possibilidade de que as pessoas possam ter mais de um pai e mãe, defendendo inclusive que todos os direitos e obrigações decorrentes destes vínculos sejam estendidos àqueles que participam da relação.¹⁵⁵ A questão a ser debatida consiste em saber se a norma jurídica possibilita esta interpretação, ou a solução jurisprudencial apresentada para o tema está baseada no subjetivismo do julgador?

Segundo Streck, a hermenêutica surgiu para superar o assujeitamento que o sujeito faz do objeto. Assim o giro ontológico-linguístico já mostrou que somos seres-no-mundo, razão pela qual já se está fora de nós mesmos e nos relacionamos com as coisas e com o mundo. Este é um espaço compartilhado e temos que prestar contas uns aos outros, sendo a linguagem a condição de possibilidade para o acesso ao mundo. Desta forma o sujeito solipsista foi destruído.¹⁵⁶

O Direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja. Deve-se entender que os princípios são normas e tem sentido deontológico, desta forma não se pode confundir com uma abertura com abertura hermenêutica, pois estes não se constituem álibis teóricos para superar problemas metodológicos oriundos da insuficiência de regras. Neste sentido, o intérprete tem uma pré-compreensão, que é um modo de ser que possibilita a antecipação do sentido daquilo que se compreende e da relação deste com a coisa no contexto de determinada situação. Desta forma, a tradição do intérprete será a grande responsável pela configuração de sua pré-compreensão.

A pré-compreensão, que é a responsável pela antecipação do sentido das coisas que nos circundam no mundo, e a compreensão, como parte integrante do processo de interpretação, configuram um círculo. Este movimento circular deve ser

¹⁵⁴ RIO GRANDE DO SUL. **Processo nº: 025/1.10.0004112-0**, da Comarca de Santana do Livramento/RS Autor: J. V. R. Réu: R. C. S, C. C. M. C. e R. C. S. Juiz Prolator: Juíza de Direito: Dra. Carine Labres. Santana do Livramento, 08 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/sitenovo/wp-content/uploads/2014/12/SENTENCA-DOIS-PAIS-CARINE-LABRES.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

¹⁵⁵ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 1199.

¹⁵⁶ STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 38.

aprendido para que se possa efetivamente desenvolver a hermenêutica. A interpretação geralmente é apresentada como aquele momento em que houve a compreensão, porém para Heidegger a interpretação representa uma elaboração de formas e sentidos projetados pela compreensão e anteriormente inseridos na estrutura da pré-compreensão.

Há uma importância do passado para a construção da compreensão, pois somente se pode compreender o presente mediante os legados oriundos do passado, sendo que, desta forma a tradição traz subsídios para a compreensão do mundo.¹⁵⁷

Segundo Streck a inovação está que por trás de cada regra passa a existir um princípio. Desta forma, enquanto as insuficiências provocadas pela limitação própria das regras eram "superadas" pelas teorias da argumentação e outras correlatas, através das incertezas da linguagem, o paradigma que supera este modelo, sustentado no novo Constitucionalismo, passa a ter na aplicação dos princípios, o modo de alcançar respostas adequadas constitucionalmente, além de evitar a descontextualização do Direito.¹⁵⁸

Assim,

a princípio, qualquer advogado ou conselheiro está capacitado para aconselhar corretamente, ou seja, para predizer corretamente a decisão do juiz com base nas leis vigentes. Claro que esta tarefa da concreção não se resume a um mero conhecimento dos artigos dos códigos. Precisamos conhecer também a jurisprudência e todos os momentos que a determinam se quisermos julgar juridicamente um caso determinado. Não obstante, a única pertença à lei que se exige aqui é que a ordem jurídica seja reconhecida como válida para todos, sem exceção. Por isso, a princípio, sempre é possível conceber como tal a ordem jurídica vigente, o que significa reelaborar dogmaticamente qualquer complementação jurídica feita à lei. Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática existe, pois, uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém a primazia. A ideia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como simples ato de subsunção, não tem sustentação.¹⁵⁹

Nesta seara, o intérprete deve buscar na tradição o conteúdo das normas, e não uma busca desenfreada a "princípios" justificadores de discricionariedade judicial.

¹⁵⁷ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 222.

¹⁵⁸ STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 40.

¹⁵⁹ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 222.

O ponto fundamental é que o juiz não tem qualquer possibilidade de decidir com base em seu livre convencimento. O sentido do direito é projetado pela comunidade política, em razão do compromisso político, devendo ser sempre pré-compreendido. Assim passa pela reconstrução da história institucional do direito, colocando o caso julgado dentro de da cadeia de integridade do direito. Assim, “a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda”, devendo estruturar sua interpretação como a melhor e mais adequada, em conformidade com sentido projetado pela comunidade política.¹⁶⁰

Não há dúvidas que houve um compromisso na Constituição em proteger a família e igualar os filhos independente da origem, porém, a interpretação da norma não pode ser baseada no livre convencimento do juiz, mas sim na tradição autêntica em que está inserido. A própria jurisprudência tem questionado o alcance do vínculo sócioafetivo. Em julgado recente o Desembargador Rui Portanova questiona a forma como vêm sendo decididas questões relativas à manutenção ou não do vínculo socioafetivo quando há vínculo biológico a ser reconhecido.¹⁶¹ A possibilidade de

¹⁶⁰ STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 108.

¹⁶¹ Transcrevo parte do voto do Desembargador Rui Portanova no recurso 70057989337 da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 08/04/2014: [...] Se o instituto da paternidade socioafetiva só pode ser alegado pelo investigante; e então podemos dizer que seu efeito é de mão única.

E já digo, na pior oportunidade. A mais gananciosa.

Vamos a alguns exemplos com o meu temor de exercício de ganância.

O filho sempre viveu e é registrado em nome de um pai. E vai buscar a paternidade naquele que é biologicamente o seu genitor.

Não sei se vai importar a idade do filho/a. Já tivemos um caso assim, que era uma investigante de mais de 50 anos. E a indubitosa paternidade registral e socioafetiva não valeu contra o genitor (decisão por maioria, confirmada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça) .

Continuo não falando de nenhum caso concreto conhecido, pois as intenções gananciosas nem sempre são reveladas nos autos. Falo apenas de meu temor: o temor de que o filho/a tenha sugado ao longo da vida tudo que pode do ponto de vista financeiro de seus pais registrais e agora vai buscar mais em outras paragens paternais.

Mas vejam, podemos colocar o mesmo caso, o/a filho/a investigante registrado e vivendo com paternidade socioafetiva com um pai, mas tem um outro pai genitor que quer ser pai.

Como é filho/a que manda nos efeitos da paternidade socioafetiva, o filho/a não permite a investigação quer ficar como filho/a do registral. E a ação do pai para ser reconhecido como pai biológico pode nem chegar a prova por DNA.

Aqui, meu temor do exercício de ganância pode se dar em duas vias. Quando um dos pais morrer, a ganância do filho/a por receber duas heranças começa. Se morre por primeiro, o genitor e autor daquela ação improcedente, o filho (arrependido), agora, entra com a ação buscando o sagrado direito de reconhecer a geneticidade. Como é o filho que modula os efeitos, a paternidade socioafetiva não pode ser alegada contra o filho/a. Se morrer primeiro o pai socioafetivo, ele herda e como ele é quem modula a paternidade socioafetiva, em seguida vai em busca da sua geneticidade e futura segunda herança.

Quando discricionariedade, como nestes exemplos hipotéticos se confunde com arbitrariedade, o Direito deve se sobrepor, para não permitir o abuso.

inclusão de dois pais/ mães no assento de nascimento de uma pessoa traz várias conseqüências jurídicas que não estão sendo analisadas pelos doutrinadores e julgadores. Pode-se citar a questão da guarda da criança, direito de visitas, alimentos, emancipação, bem como o direito sucessório, como algumas possíveis conseqüências que não estão sendo vislumbradas com a cautela necessária.

A questão da paternidade/maternidade mudou com relação aos avanços científicos, criando novas possibilidades. Não se pode negar que hoje está à disposição das pessoas métodos que possibilitam a utilização de material genético de um doador para realização do sonho da maternidade/paternidade.¹⁶²

A conseqüência nesses casos será o registro desta criança em nome da mãe e do pai(se tiver) que concordou com esta fecundação. A mãe será biológica e o pai não terá vínculo biológico. O art. 1597 do Código Civil traz a presunção de concebidos na constância do casamento o filho proveniente de inseminação heteróloga que tenha autorização do marido. O *caput* do artigo 1596 elenca que todos os filhos serão tratados da mesma forma, independente de sua origem.

Nesse contexto salienta-se que as figuras de pai e mãe são muito importantes para a criança e na ausência de um deles, ou mesmo dos dois, se tradicionalmente busca alguém para suprir este papel. Assim para aquele que não tem pai e mãe,

O direito constitucional de conhecer a herança genética.

Vislumbro a possibilidade de existir, tanto uma ação de “investigação de paternidade”, como uma ação “conhecer a herança genética”, com efeitos diferentes. Cada uma com seus efeitos jurídicos próprios.

O instituto da “paternidade” traz em seu bojo os efeitos jurídicos peculiares. E o exercício da paternidade, biológica ou não, que vai dar a obrigação do “cuidado” que tem projetado a indenização por abandono moral.

Não se pode imaginar, um genitor, assim reconhecido depois de 30, 40, 50 anos de vida do filho/a ser responsabilizado por falta de cuidado quando, quem tinha o dever de cuidado era aquele homem que exercia a paternidade, ainda que não fosse o genitor.

Quando se pensa nos efeitos sobre direito e obrigação de alimentos, entre – simultaneamente e reciprocamente considerados – pais, filhos e netos se poderá chegar a situações as mais complexas.

Enfim, a menos que se fatie os deveres da paternidade, “data venia”, o pai e a paternidade é diferente do genitor e de quem só gerou.

Nesse passo, estou em que o direito material e processual abrem oportunidade para quem quere buscar saber a herança genética. Mas isso, necessariamente não significa, sempre e sempre, dizer que os efeitos de eventual DNA identificado, vão possibilitar o apagamento de uma vida de afeto na relação de paternalidade, para viabilizar um enriquecimento centrado puramente na sorte de um genitor de quem se pode herdar (a primeira ou a segunda vez). RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70057989337 (Nº CNJ: 0523560-50.2013.8.21.7000)**, Oitava Câmara Cível, Comarca de Encruzilhada do Sul. Apelante: Catia Berenice dos Santos. Apelados: Sandra Vargas Duarte e Outros e Joao Luz Soares. Relator: des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 08 de maio de 2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/urisprudencia/120130949/apelacao-civil-ac-70057989337-rs/inteiro-teor-120130950>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

¹⁶² DIAS, Maria Berenice. **Quem é o pai?** [S.l.], 2002. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/uploads/2_-_quem_%E9_o_pai.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2016.

busca-se pais adotivos, para aquele que não tem pai ou mãe, busca-se a figura do padrasto/ madrasta ou a adoção para formar esta família. Desta forma a criança teria um pai e uma mãe, com todos os direitos e obrigações decorrentes da filiação aplicando-se a norma vigente e a legislação que possibilita que esta criança tenha um pai e uma mãe.

Analisa-se os casos apresentados com o objetivo de verificar se a interpretação da norma está de acordo com a tradição, ou baseada no “livre convencimento do juiz”.

O primeiro caso possibilitou que a madrasta fosse incluída no registro de nascimento ao lado da mãe falecida, incluindo ainda os avós maternos (pais da madrasta) ao lado dos avós maternos (pais da mãe). A situação fática apresentada possibilitaria a adoção por parte da madrasta, e a consequente retirada do assento de nascimento da mãe falecida e avós maternos, ou a manutenção do papel de madrasta dessas crianças. Esta seria tradicionalmente a solução para o caso apresentado.

Buscando o conteúdo da norma a ser interpretada, parece haver fundamento para a decisão proferida. A legislação relativa à filiação procura resguardar para a criança a possibilidade de esta ter um pai e uma mãe. Nesse sentido, as crianças do processo 125/112.00001221 não possuíam uma mãe presente, eis que a mãe biológica havia falecido. A retirada do nome da mãe biológica do assento de nascimento dessas crianças contribuiria para que houvesse um rompimento não desejado com a família materna.

A relação da madrasta com as crianças, conforme demonstrado no processo, era muito forte, como se mãe efetivamente fosse, sendo que, a inclusão de seu nome no registro de nascimento dessas, possibilitou-as de terem efetivamente um pai e uma mãe com todas as consequências jurídicas decorrentes. Aparentemente o “espírito da lei” foi mantido, colocando o caso julgado de acordo com a integridade do direito.

O segundo caso (processo 025/110.0004112-0), considerou a possibilidade de inclusão do nome do pai biológico juntamente com o registral e a inclusão dos avós biológicos juntamente com os registrais. A certidão de nascimento dessa criança constará dois pais (um biológico e um registral – todos vivos), quatro avós paternos e a mãe e os avós maternos. Essa criança efetivamente terá dois pais, com todas as consequências jurídicas advindas da paternidade/filiação.

Tradicionalmente, a investigação de paternidade possibilitaria duas consequências: se reconhecida a paternidade biológica e seria alterado o registro de

nascimento para que constasse como pai o biológico, ou caso fosse reconhecido o vínculo socioafetivo, não haveria a alteração no registro sendo a paternidade biológica apenas um direito de conhecer a origem genética.¹⁶³ Assim, de acordo com a tradição, a solução encontrada para casos similares possibilita a criança um pai e uma mãe no assento de nascimento, seja biológico ou sócio afetivo. Possibilitar a inclusão de outro pai no registro de nascimento rompe com a tradição. Dessa forma, o juiz julgou baseado em seu livre convencimento, não observando o sentido do direito decorrente do compromisso político. O caso julgado não se encontra na cadeira de integridade do direito.

Quando se descreve a tradição não há como deixar de mencionar Gadamer. Segundo este filósofo tudo aquilo que é definido como racional é sempre definido de acordo com a tradição. Dessa forma,

vivemos dentro de tradições, e essas não são um campo parcial de nossa experiência do mundo nem uma tradição cultural que consta apenas de textos e monumentos, transmitindo um sentido constituído pela linguagem e historicamente documentado. Ao contrário, é o próprio mundo experimentado na comunicação que se nos oferece (*traditur*) constantemente como uma tarefa infinitamente aberta. Não é nunca o mundo do primeiro dia, mas algo que herdamos. Toda vez que experienciamos algo, sempre que suplantamos a falta de familiaridade, sempre que se produzem iluminações, conhecimento, assimilação, realiza-se o processo hermenêutico de inserção na palavra e na consciência comum. A própria linguagem formulada em

¹⁶³ Saliencia-se que a jurisprudência tem oscilado na questão do direito do filho que tem vínculo socioafetivo poder ou não ter reconhecido a filiação biológica com todas as conseqüências. Aqui a ementa de uma decisão recente sobre o tema: Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE. FALSIDADE NO REGISTRO DE NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO DO REGISTRO. PROCEDÊNCIA. RECONHECIMENTO DE DIREITO SUCESSÓRIO. Preliminar Em que pese a desconstituição de registro civil acarrete efeitos aos pais registrai e que, de regra, eles devem integrar o polo passivo, tal exigência não tem aplicação ao caso, porquanto sendo falecidos, seus sucessores não teriam legitimidade para impugnar ou consentir com pedido afeto a direitos personalíssimos. Logo, em virtude do óbito dos registrai, o feito tal como formado está regular, motivo pelo qual a preliminar de extinção do processo vai rejeitada. Mérito Caso em que a prova genética e também testemunhas e fotografias demonstraram que a autora/apelada - na realidade - é filha biológica e também era tratada como filha pelo investigado falecido e também por sua mãe biológica. Da mesma forma, os "pais registrai" sempre se relacionaram com a autora como se fosse neta e não filha. Consequentemente, não se cogita de "posse de estado de filho" ou filiação socioafetiva em relação aos pais registrai, sendo de rigor a manutenção da sentença que julgou procedente o pedido declaratório de paternidade e maternidade, com conseqüente retificação do registro de nascimento e deferimento do direito sucessório respectivo, em razão da manifesta falsidade do registro (artigo 1.604 do Código Civil). REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70069260784**, da Oitava Câmara Cível. Apelante: M. I. M. A. O. Apelado: A. M. S. M. Relator: Rui Portanova, Porto Alegre, julgado em: 25 de agosto de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/h3Vz9g>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

monólogo, própria da ciência moderna, só conquista a realidade social por essa via.¹⁶⁴

Ao interpretar uma norma há a necessidade de manter a vista atenta “através de todos os desvios a que se vê constantemente submetido o intérprete em virtude das ideias que lhe ocorrem.” Aquele que quer compreender um texto sempre realiza um projetar e “logo que aparece um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo”, pois aquele que lê o texto o faz com determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. Dessa forma ocorre uma elaboração de um projeto prévio que é indispensável para a compreensão do que está no texto, porém deverá ser constantemente revisado conforme se avance no sentido.¹⁶⁵

Pode ocorrer que quem busca compreender possa ter opiniões prévias que não se confirmam. Pois, “elaborar projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que só podem ser confirmadas ‘nas coisas’, é, então, a tarefa constante da compreensão”, sendo que vai alcançar sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias não forem arbitrarias. Em virtude disso, “faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade.”

Em Gadamer o conceito de tradição é aquilo que tem validade sem precisar de fundamentação, dessa forma não é simplesmente um processo que a experiência nos ensina a governar, isto é a linguagem. Podemos observar que a razão é uma característica da tradição. A razão é justamente o que é transmitido pela tradição, o que é transmitido por ela. Assim “o que satisfaz nossa consciência histórica é sempre uma pluralidade de vozes nas quais ressoa o passado. O passado só aparece na diversidade dessas vozes. É isso que constitui a essência da tradição da qual participamos e queremos participar.”¹⁶⁶

O tempo deixa de ser considerado como “um abismo a ser transposto porque separa e distancia” passando a ser “o fundamento que sustenta o acontecer, onde a atualidade finca suas raízes.” Consequentemente, “a distância de tempo como uma

¹⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 55.

¹⁶⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 356.

¹⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 377.

possibilidade positiva e produtiva do compreender.” Portanto, o tempo “está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição, em cuja luz nos é mostrada toda a tradição.”¹⁶⁷. Neste sentido se pode dizer que o distanciamento temporal, aumenta o nível de clareza do texto. Isso ocorre em razão de que a tradição que se desenvolveu desde a criação do texto até sua interpretação faz com que o intérprete vislumbre melhor o sentido do texto.

Nessa perspectiva o distanciamento temporal pode ser visto como

uma realidade essencial para uma melhor compreensão das coisas (compreender diferente), não na tarefa de desenvolver um método de compreensão, mas no de esclarecer as condições nos quais se dá este processo de compreensão. Na verdade, como bem compreende a hermenêutica gadameriana, o homem sempre chega tarde, pois já se está imbricado em uma historicidade que o abarca. Afinal, a história não pertence ao homem, mas, sim, este pertence àquela.¹⁶⁸

Gadamer refere que “o conhecimento histórico não conduz necessariamente à dissolução da tradição na qual vivemos; ele pode também enriquecer essa tradição; confirmá-la ou modificá-la, enfim, contribuir para a descoberta de nossa própria identidade”.¹⁶⁹ Nesse contexto, pode-se afirmar que

Gadamer nos deu, com sua hermenêutica filosófica, uma lição nova e definitiva: uma coisa é estabelecer uma práxis de interpretação opaca como princípio, e outra coisa bem diferente é inserir a interpretação num contexto - ou de caráter existencial, ou com as características do acontecer da tradição na história do ser - em que interpretar permite ser compreendido progressivamente como uma autocompreensão de quem interpreta. E, de outro lado, a hermenêutica filosófica nos ensina que o ser não pode ser compreendido em sua totalidade, não podendo assim, haver uma pretensão de totalidade da interpretação.¹⁷⁰

No caso do texto jurídico conhecer o sentido do texto e aplicar a um caso concreto não deve ser visto como dois momentos distintos, mas sim um processo único. O jurista deve ter em mente a lei, mas o conteúdo normativo deve ser

¹⁶⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 393.

¹⁶⁸ SUBTIL, Leonardo de Camargo; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Por uma hermenêutica gadameriana no direito internacional público: da discricionariedade do solipsismo soberano à hermenêutica da (in)finalidade internacional rumo ao cosmopolitismo. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., Fortaleza, 2010. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 3789-3802.

¹⁶⁹ GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 13.

¹⁷⁰ STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**. Ijuí: Unijuí, 2002. p. 35.

determinado em relação ao caso que é aplicado. Não pode ser dispensado o conhecimento histórico do sentido originário do texto, porém deve admitir que as circunstâncias fossem mudando para determinar a função normativa da lei.¹⁷¹

Observa-se que a proteção da família está garantida constitucionalmente e a tradição demonstra que o sentido da norma envolvendo as questões sobre filiação objetiva dar um pai/ mãe às crianças que não os possuam. Nesse sentido a inclusão do nome da madrasta no assento de nascimento juntamente com a mãe biológica pré-morta dá a estas crianças a possibilidade de terem uma mãe e um pai presentes em suas vidas. Decorre assim que a decisão judicial está em conformidade com a integridade do direito. Nesse sentido o vínculo com a família da mãe biológica foi preservado, dando a estas crianças a possibilidade de ter uma mãe presente já que a biológica é falecida.

Quanto ao segundo caso, referente à investigação de paternidade em que a julgador possibilitou a inclusão do nome do pai biológico juntamente com o pai sócioafetivo, houve a ruptura com a tradição, estando o juiz decidindo com base em seu livre convencimento. Tradicionalmente, havendo vínculo socioafetivo com o pai registral, a busca pelo pai biológico apenas serviria para identificar sua origem genética e não para acrescentar outro pai no registro de nascimento.

Poder-se-ia considerar que o caso concreto é que dará sentido a norma, porém não há como desconectar o caso da tradição em que está envolvido. A linguagem pode mudar, mas está vinculada as infinitas trocas dialógicas que ocorrem no contexto da tradição e da história. Pode-se dizer que é como se a linguagem nos falasse e não o contrário. Segundo Streck o processo interpretativo sempre encontra limites, visto que a hermenêutica filosófica não comporta ou autoriza atribuições discricionárias de sentido segundo a vontade ou conhecimento do intérprete.¹⁷²

Mesmo que o ordenamento jurídico brasileiro possua algumas “portas” para a aparentemente para a discricionariedade, o julgador não está livre para estabelecer o que quiser.

Aparentemente a norma possibilitaria uma margem de discricionariedade ao julgador, porém isso é uma leitura equivocada. Esses equívocos são pensados principalmente com relação a algumas normas tais como a Lei de Introdução às

¹⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 429.

¹⁷² STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 236.

Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que estabelece, em seu art. 4º, que “quando a lei foi omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”, o art. 140 do Código de Processo Civil determina que Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”, e ainda o art. 375 do mesmo Código lê-se que O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.¹⁷³

Esses exemplos contribuem para que se verifique como está sendo tratado de forma equivocada a questão dos princípios. Os princípios constitucionais devem ser vistos como um obstáculo à discricionariedade, salvaguardando a Constituição federal, porém estes chamados princípios gerais de direito, como exemplificado anteriormente acabam assumindo um papel contrário, pois são utilizados como mecanismos autorizadores da arbitrariedade judicial, em que a decisão acaba por estabelecer um grau zero de sentido, totalmente desconectado da tradição. Sobre o tema, Streck refere que

não se pode confundir ou tentar buscar similitudes entre os princípios constitucionais e as referidas cláusulas gerais (abertas). São coisas absolutamente distintas. Aliás, seria incompatível com a democracia que uma Constituição estabelecesse, por exemplo, ‘princípios’ (*sic*) que autorizassem o juiz a buscar, em outros ‘espaços’ ou fora dele, as fontes para complementar a lei.¹⁷⁴

Infelizmente há no imaginário do judiciário uma forte tendência em considerar que o juiz pode decidir de maneira solipsista, ou melhor, conforme os ditames de sua consciência. Streck refere como que ilustrativo disso o voto proferido pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Humberto Gomes de Barros no Agravo Regimental em Recurso Especial nº 279.889/AL (julgado em 03/04/2001, DJ 11/06/2001), quando menciona que:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha

¹⁷³ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** [Código de Processo Civil]. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21 nov. 2016.

¹⁷⁴ STRECK, Lenio. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 48.

jurisdição. [...] *Decido, porém, conforme minha consciência.* Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros *decidem assim, porque pensam assim.* E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a *doutrina que se amolde a ele.* É fundamental expressarmos o que somos. *Ninguém nos dá lições.* Não somos aprendizes de ninguém. (grifo do autor).¹⁷⁵

Aparentemente nos casos analisados há em pelo menos um deles (o segundo) uma decisão discricionária e desconectada da tradição. O que se observa em diversas decisões judiciais não é a utilização de princípios constitucionais, mas a criação de “princípios” para justificar decisões arbitrárias. Assim o Direito não deve ser aquilo que o intérprete quer ele seja, mas sim uma busca na tradição pelo conteúdo das normas e não uma busca desenfreada a “princípios” justificadores de discricionariedade judicial.

Abre-se aqui um novo desafio ao intérprete relativo a interpretação da questão da gestação de substituição no Direito brasileiro. Não existem normas a respeito do tema, apenas uma resolução do Conselho Federal de Medicina. Teria essa resolução força de lei? Poderia uma resolução limitar a autonomia da vontade privada relativa aos acordos relativos a esse tema?

Esses são alguns temas que serão desenvolvidos nos capítulos seguintes.

2.5 O Modelo Solidarista de Contrato no Horizonte Histórico Brasileiro

O século XX trouxe uma série de alterações nas relações sociais que refletiram modificações na seara da ciência jurídica. Com a modernização dos meios de produção, as relações baseadas em sistemas de trocas de bens e serviços tornaram-se cada vez mais massificadas, alterando significativamente um importante instrumento negocial que é o contrato. Neste sentido, o chamado dirigismo contratual passou a ser uma resposta estatal para as situações em que os particulares não conseguiram conduzir adequadamente suas relações contratuais. O contrato passa a atuar como um mecanismo de implementação de políticas. Segundo Lorenzetti a

¹⁷⁵ STRECK, Lenio. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 24-25.

regulamentação estatal indica que a coletividade quer que seja feito e não mais a vontade privada como definidora das relações contratuais.¹⁷⁶

Para Lôbo, a intervenção do Estado no contrato operou-se em duas fases: primeiro em uma função protetiva, em que houve a proteção dos mais fracos, para garantir o equilíbrio e em uma segunda fase passou a determinar previamente as regras do jogo, não mais simplesmente para a proteção dos interesses particulares, mas sim para proteção do interesse social. Neste sentido não há mais uma intervenção e há sim um dirigismo.¹⁷⁷ No Estado liberal se pode referir que a função basilar do Direito era suplementar a autonomia da vontade com normas de caráter dispositivo. Neste sentido havia a mínima cogência normativa. Pontes de Miranda refere que as normas dispositivas substituem as manifestações de vontade que deveriam ter sido feitas e não foram.¹⁷⁸

Contudo o Estado passou a intervir nas relações firmadas entre os particulares, passando a editar normas de caráter cogente, reduzindo de forma considerável a autonomia da vontade negocial. Neste sentido novos critérios de valoração tais como o interesse social e o respeito às normas de ordem pública. Lôbo explica que houve uma inversão de predominância passando as normas cogentes a predominarem sobre as dispositivas, sendo esta uma das técnicas mais importantes do Estado Social para disciplinar o contrato, limitando dessa forma o espaço que anteriormente era destinado à autonomia entre os particulares.¹⁷⁹

Dentre as técnicas utilizadas pelo Estado para intervir nos contratos celebrados entre os particulares, estão as cláusulas previamente manifestadas pelo Estado como indesejadas, devendo serem excluídas dos pactos, e aquelas que são incluídas de forma forçada como se fossem decorrentes do acordo de vontade entre as partes.¹⁸⁰

A noção tradicional de contrato consagrou três postulados que lhe serviram de sustentáculo. O primeiro, o consensualismo, era manifestado pela liberdade contratual e de contratar. O segundo a força obrigatória dos contratos e o terceiro a relatividade dos efeitos do vínculo contratual. Na estrutura clássica do contrato a autonomia da

¹⁷⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. Analisis crítico de la autonomia privada contratual. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 14, p. 8, abr./jun. 1995.

¹⁷⁷ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **O contrato: exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 25.

¹⁷⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Bookseller, 2000. t. 2, p. 35.

¹⁷⁹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **O contrato: exigências e concepções atuais**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 54.

¹⁸⁰ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: RT, 1980. p. 24.

vontade foi quem mais sofreu a interferência do dirigismo contratual por parte do Estado. Neste sentido o Estado passa a intervir a partir do momento em que há a consciência de que as partes contratantes nem sempre estão em condições iguais, cabendo ao Estado garantir uma igualdade a mais próxima possível entre os contratantes. O interesse público passa a ter preponderância sobre a liberdade contratual e de contratar, pois o Estado Social preocupa-se principalmente com o bem-estar da coletividade.

Neste sentido, o Estado Social desenvolve normas contratuais que acabam por deixar a autonomia da vontade em um papel residual. Enquanto o Estado Liberal valorizava a livre estipulação entre as partes, o Estado Social valoriza o interesse coletivo, sobrepondo-o ao individual uma vez que as transformações sócio-econômicas foram profundas.¹⁸¹

Para Swab, mesmo antes da Constituição de 1988, existiam premissas para que houvesse a fixação da liberdade de contratar. De acordo com este jurista se em um contrato uma das partes não possui chance suficiente de afirmar e implementar seus interesses, por ocasião da sua celebração, esse contrato não estaria abrangido pelo princípio da liberdade de contratar.¹⁸² Quando há submissão ou subordinação de uma parte ante a outra, Swab refere que o legislador deva proteger os direitos mínimos do contratante mais fraco, criando normas cogentes as quais os contratantes não possam modifica-las ou afasta-las. Neste sentido, a limitação da liberdade de contratar já ocorria dentro do modelo clássico liberal, através de normas cogentes.¹⁸³

Segundo Alarcão, o dirigismo contratual incrementou a chamada crise do contrato, significando o seu declínio ou decréscimos do poder contratual. Esse autor refere que progressivas limitações à liberdade contratual, tanto a liberdade de constituição ou celebração do contrato, como a liberdade de conformação de seu

¹⁸¹VINAGRE, Marta Maria. A outra face do contrato. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. n. 44, p. 102, abr./jun. 1988.

¹⁸²SWAB, Dieter. Liberdade contractual e formação dos contratos ex vi legis'. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, v. 39, p. 24, 1987. Afirma esse jurista que para que haja a liberdade de contratar há de se verificar as seguintes premissas:“(a) a liberdade de contratar somente pode ser mantida quando ocorre uma determinada limitação da sua atuação. Isto é comprovado pela legislação de controle de cartéis. (b) relativamente aos efeitos da liberdade de contratar sobre toda a sociedade, ela está sujeita a limites iminentes, a ordem jurídica precisa intervir sempre, quando há ameaça de danos sociais. (c) a liberdade de contratar pressupõe, como premissa preliminar e básica, que ambas as partes contratantes, por ocasião da negociação do contrato, são capazes de se autodeterminarem, e que possuem suficiente liberdade de decisão.”

¹⁸³SWAB, Dieter. Liberdade contractual e formação dos contratos ex vi legis'. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, v. 39, p. 27, 1987.

conteúdo, limitações estas impostas ou acentuadas pelo intervencionismo estatal e pelo movimento de 'socialização e publicização do Direito privado resultou com a quase morte do contrato".¹⁸⁴

A desigualdade material em comumente encontrada em diversos setores contratuais fez com que o Estado intervisse nas relações negociais realizadas entre os particulares, passando a dirigir o contrato entabulado entre as partes. Foram criadas leis para tutelar a parte mais vulnerável, como por exemplo as leis trabalhistas e as de defesa do consumidor.¹⁸⁵ O Direito do Consumidor protege a parte hipossuficiente da relação jurídica, trazendo mecanismos para essa proteção.¹⁸⁶

Com o Estado do Bem-Estar Social a intervenção estatal nas relações contratuais tornou-se intensa, criando normas cogentes que passaram a disciplinar as relações contratuais. O desequilíbrio social, as crises econômicas, o desemprego, etc., refletiram em leis cada vez mais intervencionistas nas relações privadas. Neste sentido o papel do Direito seria como instrumento de planejamento econômico, para diminuir das chamadas injustiças sociais.¹⁸⁷

Segundo Tim, a chamada funcionalização social dos institutos jurídicos tem a pretensão de transformar uma sociedade injusta e anômala em uma comunidade solidária, justa e equilibrada. Para isso foram criadas normas jurídicas estimuladoras desse ideal. Um exemplo seriam as leis trabalhistas e consumeristas que visam proteger a parte hipossuficiente. Assim quem é fraco tem o direito de ser protegido, fazendo com que no âmbito dos contratos o chamado Direito Social não tolere a desigualdade de poder de uma das partes.

Na seara contratual se pode dizer que uma das formas de proteção esta na proibição de lesão nas relações obrigacionais, em que uma das partes assumiria uma obrigação muito desvantajosa, o que geraria uma violência com relação ao mais fraco da relação. Outra proteção criada está teoria da imprevisão, em que havendo uma alteração no equilíbrio econômico entre as partes em contratos de execução continuada, poderia gerar uma revisão na relação jurídica. Nos chamados contratos

¹⁸⁴ ALARCÃO, Rui. Contrato democracia e direito. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, v.20, p. 3-4, 2001.

¹⁸⁵ BITTAR, Carlos Alberto. O dirigismo econômico e o direito contratual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 17, n. 66, p. 246, abr./jun. 1980.

¹⁸⁶ BITTAR, Carlos Alberto. Os contratos de adesão e a defesa do consumidor. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 29, n. 11, p. 242, abr. /jun. 1992.

¹⁸⁷ TIM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 113.

de adesão, que são aqueles em que uma das partes apenas adere a cláusulas previamente definidas, houve uma proteção ao aderente, pois esse seria a parte mais fraca da relação. Esse tipo de contrato é amplamente utilizado nas sociedades atuais, principalmente em atividades tais como telefonia, planos de saúde, seguros, etc.¹⁸⁸

O Direito Social visa proteger a igualdade, e nesse sentido estabeleceu limitações ao exercício de direitos, surgindo então a teoria do abuso de direito, que fez com que a lei estabelecesse limites sociais ao exercício do direito subjetivo. No âmbito da responsabilidade civil a pretensão do direito social queria que o risco gerado aos mais fracos por aquele que obtém lucro com sua atividade, fosse suportado por aquele que obtém fica com o resultado da atividade. Diante da pretensão de modificação e de estabilização social, ideia solidarista exige uma nova racionalidade jurídica, vinculada a aferição de uma justiça concreta, isto é a adequação da norma jurídica ao caso concreto.¹⁸⁹

Segundo Lôbo o que caracteriza o Estado Social, sob o ponto de vista do Direito é a incorporação da ordem econômica e social. Neste modelo caberia ainda ao Estado intervir para proteger os fracos.¹⁹⁰

Para Lôbo

O Estado social, no plano do direito, é todo aquele que tem incluída na Constituição a regulação da ordem econômica e social. Além da limitação ao poder político, limita-se o poder econômico e projeta-se para além dos indivíduos a tutela dos direitos sociais e econômicos, todos com inegáveis reflexos nas dimensões materiais do direito civil.¹⁹¹

Pode-se dizer que neste sentido há uma racionalidade material ao invés de formal, pois existem critérios que são extrajurídicos, como por exemplo, éticos, de justiça, a qual busca a justiça e a equidade do caso concreto. O paradigma do “welferismo” difunde a ideia de busca pela liberação jurídica, isto é, a possibilidade de

¹⁸⁸ TIM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 115.

¹⁸⁹ TIM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 117.

¹⁹⁰ LÔBO, Paulo. Metodologia do direito constitucional In: PIANOVSKI, Carlos Eduardo (Org.). **Direito civil constitucional: ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 21. Disponível em: <<https://goo.gl/0bHYgk>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

¹⁹¹ LÔBO, Paulo. Constitucionalização do direito civil: novas perspectivas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3754, p. 5, 11 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25361/novas-perspectivas-da-constitucionalizacao-do-direito-civil>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

buscar critérios estranhos ao sistema legal, para a concretização da “justiça social”.

192

Um exemplo dessa abertura está nas chamadas cláusulas gerais, em que a vagueza semântica dessas normas jurídicas possibilita que o julgador e possa dar o respectivo significado no caso concreto. Segundo Martins Costa, as cláusulas gerais permitem tanto uma ligação entre as normas do sistema jurídico como também permitem que o intérprete se utilize de informações externas ao sistema jurídico para dar concretude a essas cláusulas. Desta forma, na técnica legislativa anteriormente referida há um sistema aberto com relação a linguagem empregada, o que permite a incorporação e solução de novos problemas, seja por via da construção jurisprudencial, seja por via de novas leis.¹⁹³

Nas cláusulas gerais ¹⁹⁴na formulação da hipótese legal há a utilização dos chamados conceitos jurídicos indeterminados, que possuem uma vaga moldura, permitindo pela vagueza semântica a incorporação de princípios e máximas de conduta estranhos àquela norma, que para serem concretizados necessitam da interpretação do julgador. Pode-se dizer que houve a troca do imobilismo gerado pelas normas fechadas pela mobilidade proporcionada pela intencional imprecisão dos termos, sem contudo deixar de ter um grau mínimo do princípio da tipicidade.¹⁹⁵ Ao juiz e ao intérprete é dada uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato, e o equilíbrio entre os valores impostos e livremente escolhidos pela sociedade passa a ser o problema base de todo o ordenamento jurídico.¹⁹⁶

Com a utilização das normas gerais houve uma modificação no papel até então desempenhado pelo poder judiciário. Passou a ser o mandatário da ordem jurídica para fazer concretizar a norma legal no julgamento dos casos que lhe forem submetidos.¹⁹⁷O julgador nesse novo papel deve seguir a ordem jurídica estabelecida, isto é, seguir a Constituição. Segundo Streck a interpretação do caso concreto não

¹⁹² TIM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 117.

¹⁹³ MARTINS-COSTA, Hofmeister Judith. O novo código civil brasileiro: em busca da "ética da situação". **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 599, 2004.

¹⁹⁴ Para English as cláusulas gerais são formulações contidas em lei, de caráter significativamente genérico e abstrato. ENGLISH, Kar.I **Introdução ao pensamento jurídico**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouse Gubenkian, 1972. p. 120.

¹⁹⁵ MARTINS-COSTA, Hofmeister Judith. O novo código civil brasileiro: em busca da "ética da situação". **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 600, 2004.

¹⁹⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 31.

¹⁹⁷ TIM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 118.

deve ser efetivada através da discricionariedade, pois a Constituição Federal é o limite do julgador.¹⁹⁸

Tim descreve que para alguns o modelo solidarista permite uma reaproximação do direito com a moral, pois a todo instante há a necessidade de recorrer aos princípios morais que governam a sociedade, pois o legislador não exaure o conteúdo ético.¹⁹⁹ Para reforçar essa ideia Miguel Reale referiu como diretriz para o Código Civil de 2002 a eticidade.²⁰⁰

Neste panorama, e a partir da junção dos avanços trazidos pela Constituição do Brasil de 1988 e o novo Código Civil, se deve reconhecer que se passa por um período de forte inclinação no sentido da chamada repersonificação do Direito Civil. No entanto, mesmo que se sinta os reflexos sociais, coletivos e constitucionais, continua a ser o ramo do Direito preocupado em regular o indivíduo em seu “ser, ter e agir”. Continua a cuidar dos particulares e de suas ações, mas agora assume a sua postura ética e social para inserir o indivíduo na sociedade e tutelar a dimensão existencial para então majorar os valores da civilidade em que está inserido.²⁰¹ Tanto assim que o Código Civil apresenta três princípios fundamentais²⁰²: a eticidade, a socialidade e a operabilidade.

A eticidade aparece como uma alternativa ao formalismo jurídico do Código Civil de 1916, permitindo assim que valores éticos adentrem ao ordenamento.²⁰³ Recorrentemente no texto codificado civil se vislumbra o primado do princípio/regra da boa-fé, seja como regra interpretativa²⁰⁴ ou como dever anexo aos contratantes. A boa-fé, como expressão máxima de cláusula geral, deverá ser preenchida conforme os valores da confiança, da proporcionalidade, da equidade, enfim, leva-se em conta a tradição (aqui entendida no viés da hermenêutica filosófica, a partir de Gadamer) na

¹⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 24.

¹⁹⁹ TIM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 120.

²⁰⁰ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito.** São Paulo: Saraiva, 1994. p. 8.

²⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002. p. 131.

²⁰² REALE, Miguel. Visão geral do novo código civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 808, p. 11-19, fev. 2003.

²⁰³ REALE, Miguel. Visão geral do novo código civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 808, p. 11-19, fev. 2003.

²⁰⁴ Segundo Reale o principal artigo do Código Civil de 2002 trata da interpretação dos negócios jurídicos com base na boa-fé e nos usos (art. 113). REALE, Miguel. **Um artigo-chave do código civil.** [S.l.], 21 mar. 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos>>. Acesso em: 10 out. 2016.

composição de seu âmbito normativo. A adoção da teoria da confiança no direito obrigacional deve ser pautada por valores como a transparência e a lealdade, pelo que se percebe que as condutas éticas se mostram como um dos objetivos principais do texto civil.²⁰⁵ O panorama onde esta Tese de Doutorado se inscreve tem-se, portanto, uma guinada ou um retorno para a iluminação do ordenamento jurídico – especialmente na seara privada-civil – de pressupostos principiológicos, que estavam “um pouco” esquecidos pelos contornos dados pelo positivismo, notadamente de vertente legalista.

A socialidade, por sua vez, transparece nas situações que regulam o indivíduo em sua vida comunitária, notadamente pelo princípio da função social. Cabe ao Direito Civil transformar o simples princípio em um “concreto instrumento de ação”²⁰⁶, fazendo prevalecer o coletivo sobre o individual, instrumentalizando-o, porém não se confundindo²⁰⁷ socialidade como princípio do Código Civil com a solidariedade como objetivo da República constante na Constituição do Brasil de 1988. A socialidade é uma proposição para adequar a lei civil à época em que regra é aplicada, permitindo “conciliar as diretrizes centrais do ordenamento, polos em torno dos quais o Direito realiza os seus valores, ligados à individualidade e à sua dimensão social”.²⁰⁸

Para Martins-Costa e Branco²⁰⁹, tal instrumentalização ocorre em três domínios: do contrato, da propriedade e da posse.

No que tange à posse e à propriedade, perpassa-se a ideia da titularidade individual para preocupar-se com a utilização do bem. Ao contrário do absolutismo das legislações oitocentistas, o uso do bem, especialmente imóvel, vem sofrendo restrições desde a Constituição de Weimar, quando o interesse social apareceu, uma das primeiras vezes, como dever limitador ao seu titular. Não se trata de ver a posse ou a propriedade como públicas, mas sim de entender as limitações coletivas e sociais

²⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 131-44.

²⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 144-160.

²⁰⁷ BRANCO, Gerson Luiz. Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da teoria geral dos contratos. In: MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 267.

²⁰⁸ BRANCO, Gerson Luiz. Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da teoria geral dos contratos. In: MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 267.

²⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 144-60.

que seu uso sofre, no limite da complexidade das relações jurídicas atuais, buscando a sua utilidade para a sociedade como um todo.²¹⁰

A função social da posse e da propriedade estão estampadas tanto no texto constitucional, elevada inclusive à qualidade de direito fundamental (art. 5º., XXXII) e princípio da atividade econômica (art. 170) quanto no Código Civil (art. 1228, § 1º.) e retratam as inúmeras preocupações coletivas que devem pautar o uso do bem imóvel, especialmente a preocupação com o meio ambiente e ao cumprimento das regras sociais. Percebe-se a partir de tais dispositivos legais que o público, o coletivo, sobrepõe-se ao direito do particular, que deverá cumprir as limitações para manter-se no bem.

No que se refere à função social do contrato, domínio de instrumentalização que aqui tem especial importância (dado o tema desta Tese de Doutorado), aparece como função integradora da autonomia da vontade e os efeitos econômicos e sociais que o instrumento produz na sociedade. Além disso, cabe destacar, também, o papel norteador da sistematicidade e a operabilidade tornam efetivas as disposições éticas e sociais, pois Reale²¹¹ também se preocupou com tornar o conteúdo da lei em concretização de direitos. De nada bastaria trazer disposições repletas de significado filosófico e político, sem se preocupar no modo de tornar efetivo o seu conteúdo. Por conta disso, o Código Civil traz diversas regras buscando a concreção dos valores²¹² e princípios por elas consagrados. Reale²¹³, desde a exposição de motivos do Código Civil assim se manifestou:

Essa unificação, inclusive no tocante à linguagem, tinha, é claro, valor provisório, tendo por escopo fornecer a primeira e indispensável visão de conjunto, o que importou a eliminação de normas porventura conflitantes, bem como a elaboração de outras destinadas a **assegurar ao Código o sentido de 'socialidade' e 'concreção', os dois princípios que fundamentalmente informam e legitimam a obra programada.** Não se compreende, nem se admite, em nossos

²¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002. p. 144-60.

²¹¹ REALE, Miguel. **Exposição de motivos do código civil brasileiro.** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdssf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 15 out. 2016.

²¹² “As cláusulas gerais continuaram a ser a fonte de criação judicial, caminho para a entrada de novos valores nos sistemas Legislativos”. MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50, p. 9-35, abr./ jun. 2004.

²¹³ REALE, Miguel. **Exposição de motivos do código civil brasileiro.** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdssf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 15 out. 2016.

dias, legislação que, em virtude da insuperável natureza abstrata das regras de direito, não abra prudente campo à **ação construtiva da jurisprudência**, ou deixe de prever, em sua aplicação, valores éticos, como os de boa-fé e equidade. (grifo do autor).

Assim, verifica-se uma mudança estrutural significativa, que reflete não apenas na atuação do Poder Judiciário, na sua função primordial da resolução de conflitos, mas em todo intérprete do sistema jurídico privado brasileiro. A juridicização do fato social deverá ser operacionalizada, necessariamente, numa interpretação conforme a Constituição e normas do sistema jurídico. Caberá ao intérprete não mais a mera subsunção da regra ao caso concreto, mas sim a uma atitude mais complexa: concreção do Direito, independentemente da existência ou não de regra positivada.²¹⁴ Aí, como se verá ao longo deste trabalho, a importância do adequado manejo do círculo hermenêutico no panorama do diálogo entre as fontes do Direito.

A Constituição, portanto, passa a ser considerada como fonte das relações de Direito Público e do Direito Privado, irradiando efeitos por meio de seus valores sociais e democráticos para toda a sociedade²¹⁵, seja por meio de sua aplicação direta ou indireta, por meio de suas regras ou princípios, passa da abstração regulatória para a aplicação prática, inclusive às relações privadas.

Verifica-se que houve uma transposição do modelo solidarista de sociedade para as relações contratuais: o chamado “welferismo contratual” representa a transposição do modelo solidarista de sociedade e de Direito para o campo das relações contratuais”.²¹⁶ Neste contexto, surgiram novos princípios que passaram a moldar uma nova forma de contratar. Houve a transposição das normas diretivas do sistema de Direito Civil na Constituição o que ocasionou uma alteração na tutela anteriormente oferecida: a proteção das relações individuais, para a proteção da dignidade da pessoa humana como condição fundamental da República Federativa do Brasil.²¹⁷ Nas trocas feitas através dos contratos devem haver reflexos dos ideais do Estado Social, em que as prestações e contraprestações precisam ser permeadas

²¹⁴ AVILA, Humberto Bergman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz (Org.). **Faculdade de direito: o ensino jurídico no limiar do novo século** Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 413.

²¹⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2010. p. 83.

²¹⁶ TIM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 121.

²¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Dignidade da pessoa humana e dano moral: as duas faces de uma moeda. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 74.

pela boa-fé e pela função social. Pode-se dizer que há a hipercomplexidade dos princípios contratuais, em que os antigos princípios contratuais passam a conviver com os novos princípios.^{218, 219} O princípio da dignidade da pessoa humana enfatizou a esfera dos valores existenciais da pessoa, além de ter incidência em todo o ordenamento jurídico. Abriu-se um vasto campo de reconstrução dos institutos e dos conceitos de direito privado, que combinado às cláusulas gerais permite ainda o desenvolvimento jurisprudencial de novas hipóteses.²²⁰

Segundo Martins-Costa no panorama da aplicação da boa-fé há de um lado uma jurisprudência responsável, pois está ciente da conexão entre o fato e sua configuração de acordo com o mandamento constitucional de fundamentação da sentença, porém por outro lado há um emprego embasado em um subjetivismo hermenêutico, que serve apenas como argumento de autoridade totalmente distanciados dos fatos, ou ainda como desculpa ao personalismo do julgador que limita-se a proclamar a boa-fé sem explicitar as razões de fato e direito pelas quais o faz nem como encontrou a solução para qual foi orientado pelo princípio.²²¹

Um dos princípios valorizados na nova sistemática contratual, como já se destacou, é o princípio da função social, que visa promover a coesão e estimular a solidariedade na sociedade, diminuindo os riscos de desequilíbrio social. Desta forma as regras negociadas entre as partes no contrato passam a ser ligadas a um fim socialmente reconhecido, pode-se citar a cooperação e a solidariedade como exemplos da finalidade social. Seguindo essa ideologia, a concepção de contrato passa a ser apresentada como uma tensão do indivíduo, com seus respectivos interesses sociais, versus a sociedade que possui interesses econômicos e sociais. Supera-se dessa forma o dogma da vontade, havendo uma regulação imperativa em

²¹⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 140.

²¹⁹ A autonomia da vontade passa a ser analisada junto com a boa-fé, o *pacta sunt servanda* passa a ser vinculado com o equilíbrio contratual e a relatividade analisada de acordo com a função social.

²²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no Direito Brasileiro e a natureza da sua reparação. In: MARTINS-COSTA (Org.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 414.

²²¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 11.

matérias de maior interesse social. O contrato passa a ser um instrumento da cooperação e da integração social.²²²

O modelo solidarista de contrato visa à prevenção dos abusos praticados pela parte mais forte da relação jurídica. Pode-se entender como uma proteção do estado nos contratos privados para proteger os direitos fundamentais, entendendo-se para tanto que o particular é o destinatário desses direitos.²²³ O contrato passa a interessar a comunidade no sentido de promover a cooperação e a ordenação social, sendo o contratante alguém que cumpre papéis sociais que geram expectativas sociais. Neste contexto, a liberdade de contratar passa a ser redefinida dentro do espaço gerado pelos novos princípios, sendo abrangida pelas disposições legais irrenunciáveis e pelas práticas sociais.²²⁴ Desta forma, a identificação dos valores da sociedade civil fixa os limites da atuação do estado e do mercado dentro do direito, significando que a proteção do indivíduo passa pela limitação do mercado, pelo estabelecimento de uma ordem jurídica e pela institucionalização da vida social.²²⁵

No modelo solidarista de contrato as partes possuem direitos e obrigações que vão além da vontade manifestada, existem deveres esperados implícitos acompanhando o tipo contratual. Assim o tipo contratual reflete as expectativas normais das partes para um determinado modelo, que é reconhecido socialmente, do qual decorrem múltiplos direitos, deveres e ônus. Essas dimensões implícitas do contrato não podem ser ignoradas pelas partes ou rejeitadas pelo direito positivo ou pela dogmática jurídica, sob pena de ausência de funcionalidade do sistema jurídico com relação ao sistema social. Poderá haver a intervenção estatal, seja pela via legislativa ou judicial nas relações individuais objetivando a busca da integração social, isto é, a consideração do outro na relação contratual e dos interesses públicos no âmbito das relações privadas, comumente chamada de dirigismo contratual.²²⁶

A autonomia da vontade, como um princípio cardeal da estrutura clássica do contrato, passou a ser o principal alvo do dirigismo contratual, que introduziu o

²²² TIM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 123.

²²³ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constiuição**: drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergencia à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 49.

²²⁴ TIM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 128.

²²⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 253.

²²⁶ TIM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 130.

interesse social como condição da manutenção da autonomia da vontade, isto é, a vontade dos indivíduos está vinculada a realização do interesse social decorrente da função social que o contrato. Neste sentido a liberdade contratual e de contratar está vinculada ao interesse público que predomina sobre a vontade individual.²²⁷

Outra questão importante com relação aos contratos está no fenômeno da massificação social. Diante desse fenômeno os contratos deixam de ter um caráter de manifestação de autonomia de vontade e passam a representar um novo método de contratação comprometido com a padronização de cláusulas para atender a exigência de uma aceleração no processo de consumo.

Segundo Marques, o referido fenômeno é inerente à sociedade industrializada moderna.

[...] certo é que os fenômenos da predisposição de cláusulas e condições gerais dos contratos e do fechamento dos contratos de adesão tornam-se inerentes à sociedade industrializada moderna: em especial, nos contratos de seguros e de transportes já se observa a utilização dessas técnicas de contratação desde o século XIX.²²⁸

Para Lorenzetti, o conhecido fenômeno da massividade das relações jurídicas deu origem as contratações por adesão e as condições gerais dos contratos. Muitas relações passaram a não ter diálogos nem discussões, apenas a possibilidade de adesão a condições previamente estipuladas. Outra novidade foi a possibilidade de contratação por meio eletrônico, que trouxe outras dificuldades como por exemplo a questão do consentimento.²²⁹ Segundo Marques, os fenômenos de predisposição de cláusulas e condições gerais de contrato são inerentes às sociedades industrializadas, e passaram a ser a maneira normal de contratar onde há superioridade econômica ou técnica em um dos lados da relação contratual.²³⁰

A chamada objetivação do contrato, por meio das relações de massa, acompanhada de novas técnicas contratuais, fez com que fossem formuladas novas

²²⁷ SOTO COÁGUILA, Carlos Alberto. **La contratación masiva y la crisis del contrato**: a proposito del proyecto del Código Civil argentino de 1998. [S.l.], 1999. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2004-30114701186_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_contrataci%F3n_masiva_y_la_%22crisis%22_de_la_teor%EDa_cl%E1sica_del_contrato>. Acesso em: 12 ago. 2016.

²²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 66.

²²⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **La Nueva Teoría Contractual**. In: AMEAL, Oscar José (Dir.). **Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001. p. 812.

²³⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 66.

questões na teoria dos contratos. Com a presença de grandes empresas no mercado, as relações contratuais ficaram cada vez mais standardizadas para facilitar a contratação massificada, o que gerou um grande incremento da utilização dos contratos de adesão. Nesse contexto, pode-se dizer que o chamado dirigismo privado relacionado aos contratos possui três formas de standardização, sendo elas o contrato de adesão, as chamadas condições gerais do contrato e o contrato formulário, podendo inclusive utilizar-se as três técnicas integradas.²³¹ No entanto, o chamado dirigismo contratual foi gradativamente substituído pela regulação, em que o Estado passa a atuar como regulador das relações econômicas.

Segundo Nalin, o contrato na pós-modernidade está nem tanto livre, nem tanto dirigido:

[...] acaba o contrato por mediar as forças do mercado, sendo o liame inegável entre a concorrência e o consumo, revelando-se os pólos do produtor/fornecedor e do consumidor. O ajuste entre tais forças é que acaba por demonstrar o atual perfil do contrato na pós-modernidade, nem tanto livre, nem tanto dirigido. Revela-se, por ser o condutor da ingerência tutelar do Estado à livre iniciativa, à medida que a conforma aos interesses da justiça social.²³²

Neste contexto, o fenômeno da pós-modernidade criou novos parâmetros para o direito contratual, com valores constitucionais que revitalizaram a importância do indivíduo como pessoa e sua inserção no meio social. Não se pode esquecer que a modernidade foi uma fase em que houve uma grande evolução na humanidade, e com relação as questões econômicas, foi a era da evolução industrial, do crescimento econômico, e de uma considerável melhoria nas condições de vida. No campo político houve a consagração da democracia para atender os anseios da sociedade. Nesta fase houve ainda o reconhecimento dos direitos fundamentais, o que gerou uma mudança no paradigma do ordenamento jurídico, valorizando a pessoa humana como o centro do ordenamento jurídico-social.²³³

A modernidade possibilitou a formação de uma estrutura social, porém com o passar do tempo a realidade deixou de caber nos padrões do moderno, exigindo

²³¹ LOPES, José Reinaldo Lima. **Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 1992. p. 41.

²³² NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Paraná: Juruá, 2006. p. 123.

²³³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 42.

modificações que possam corresponder aos novos anseios da sociedade cada vez mais complexa. Bittar afirma:

[...] a pós-modernidade mantém-se por um enlace em contato com a modernidade, ainda, por uma forte e marcante fase de crise. A crise é o sinal mais claro da transição, da mudança, da passagem, da travessia, que não há de ser pouco traumática, entre duas eras tão diferentes.²³⁴

A complexidade criada pelas novas relações sociais, na era da globalização, aumentou a participação ativa da população no mercado econômico, rompeu barreiras geográficas e de soberania estatal. Para Balman a globalização pode ser o que devemos fazer para sermos felizes ou exatamente o contrário, porém uma coisa é certa: é um caminho sem volta.²³⁵ A questão ser enfrentada está em que nessa nova sistemática o indivíduo se vê perdido em uma teia social, passando a ser um produto de uma realidade formatada, em que acaba assumindo um papel de elemento de engrenagem da máquina social e não mais de um “agente social”.²³⁶ Sábato ainda refere: “[...] O homem deve lutar hoje por uma nova síntese: Não uma mera ressurreição do individualismo, mas a conciliação do indivíduo com a comunidade; não o desterro da razão e da máquina, mas a sua destinação aos estritos territórios que lhe correspondem”.²³⁷

Uma questão interessante relacionada à globalização está em que os valores culturais anteriormente em grande parte regionalizados, passaram a ser distribuídos mundialmente. Pode-se perceber em alguns casos uma crise de identidade pois sociedades receberam valores vazios, que não faziam parte de sua história. Para Bauman “Estamos em movimento mesmo que fisicamente estejamos imóveis: a imobilidade não é uma opção realista num mundo em permanente mudança. E no entanto os efeitos dessa nova condição são radicalmente desiguais.”²³⁸

²³⁴ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 95.

²³⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Traduzido por Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 7.

²³⁶ SÁBATO, Ernesto. **Homens e engrenagens**. Tradução de Janer Cristaldo. Campinas: Parirus, 1993. p. 130.

²³⁷ SÁBATO, Ernesto. **Homens e engrenagens**. Tradução de Janer Cristaldo. Campinas: Parirus, 1993. p. 131.

²³⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Traduzido por Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 9.

Com uma crise de legitimação dos valores sociais, o indivíduo começa a reclamar o seu retorno ao centro do ordenamento social, pleiteando sua própria valorização. Neste sentido houve a redescoberta dos direitos humanos que passam a representar as aspirações mundiais facilitando o diálogo entre os povos. Com essa retomada o mercado passa ser um elemento social, servindo de instrumento para que as pessoas desempenhem suas potencialidades.²³⁹

Na complexidade pós-moderna o homem passa a constatar a realidade de que não conseguirá dominar as consequências da tecnologia, isto é, as consequências geradas fugirão ao controle do conhecimento científico.²⁴⁰ Erik Jayme refere que o Direito e a cultura pós-moderna possuem um ponto de encontro que são os valores em comum. Neste sentido, a cultura pós-moderna se conecta com o sistema jurídico que passa a estar impregnado pelo pluralismo, a comunicação, narratividade e o retorno aos sentimentos, vinculado aos direitos humanos.²⁴¹

Este passa a ser o novo desafio para os contratos, conseguir de um lado conciliar a autodeterminação dos indivíduos, que está esculpida na liberdade contratual e de outro lado a questão social e econômica decorrente deste mesmo contrato. Delineado o panorama atual do contrato no Direito brasileiro, passa-se a caracterizá-lo no Direito americano, buscando, na sequência, a apresentação dos modos de se desenvolver o diálogo entre estas fontes do Direito, a fim de se sinalizar caminhos para a juridicização do contrato de gestão de substituição no Brasil.

²³⁹ MATTIETTO, Leonardo de Andrade. O papel da vontade nas situações jurídicas patrimoniais: o negócio jurídico e o novo Código Civil. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Construindo uma realidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 31.

²⁴⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. Constituição e direito civil: tendências. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 779, p. 49, 2000.

²⁴¹ JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. **Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 106, 2003.

3 O DIREITO CONTRATUAL NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA ANALISADO SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA NOS CONTRATOS DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

Para que se possa abordar o tema da autonomia da vontade privada há a necessidade de situar o tema contratos na sociedade em que se está estudando. Desta forma, a questão a ser analisada percorrerá as questões decorrentes do Direito Contratual nos Estados Unidos da América.²⁴²

3.1 Noções sobre o Direito Contratual nos Estados Unidos da América

O direito contratual nos EUA está classificado como direito privado, sendo considerado primeiramente como uma forma de tornar obrigatória as promessas efetuadas.²⁴³

O *contract law* inclui a capacidade das partes, as formalidades requeridas para cada contrato, a oferta e a aceitação, o erro e a apresentação falsa, coação e *unconscionability*²⁴⁴, inexecução com relação às políticas públicas, interpretação e construção de termos, execução e condições de execução, frustração da proposta e execução impraticável, exercício das obrigações, direitos dos terceiros e remédios para a quebra total ou parcial dos contratos.²⁴⁵

Quando a lei força uma promessa, providenciando um remédio para a quebra da dessa poderá haver duas formas de remédio. Primeiro, a corte ou o júri ordenará a parte que provocou o rompimento a pagar uma quantia pelos danos causados ou executar exatamente o que estava especificado na promessa. O pagamento em dinheiro é o primeiro remédio utilizado. Nestes exemplos houve a classificação da promessa como contrato, pois caso contrário, como regra geral, não há remédio judicial para o não cumprimento de uma simples promessa.²⁴⁶

²⁴² ZWEIGERT, Konratz. KOTZ, Hein. **Introduction to comparative law**. Translator: Tony Weir. 3 rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1998. p. 323.

²⁴³ FARNSWORTH, E. Allan. **An introduction to the legal system of the United States**. 4th ed. Oxford. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 133.

²⁴⁴ Refere-se a termos que são extremamente injustos ou favorecem um lado que possui um poder de barganha maior em detrimento do outro.

²⁴⁵ FARNSWORTH, e. Allan. **An introduction to the legal system of the United States**. 4th ed. Oxford. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 134.

²⁴⁶ MARSHALL, Kevin S.; DANIEL, Juanda Lowder. **Principles of contract law**. 3rd ed. Lake Mary: Vandeplas Publishing, 2013. p. 509.

Essas questões são aplicadas a diversos tipos de contratos tais como compra e venda de coisas móveis e imóveis, seguros, inclusive quando as partes envolvidas são indivíduos, empresas ou mesmo contratos envolvendo entidades governamentais. Como grande parte do direito nos EUA o direito contratual é na sua maioria sujeito a leis estaduais. O *Uniform Commercial Code*²⁴⁷ possui regras para a compra e venda de coisas (excluídos os bens imóveis), sendo que esse regramento foi criado para tentar unificar a legislação estadual. Ocorre que cada Estado pode ou não incorporar à sua lei o referido código, razão pela qual a legislação estadual quanto à essa matéria continua bastante variada em razão da autonomia estatal.

Existem várias definições para contrato, uma delas seria uma promessa na qual a lei prevê um remédio para o caso de quebra dessa promessa ou a execução na qual a lei de alguma forma reconhece como uma obrigação.²⁴⁸ Todo contrato possui uma promessa e uma consequência jurídica. Há contratos que devem ser escritos (*statutes of frauds*) e o requerimento da *consideration*²⁴⁹ é uma condição para que o contrato seja executável. Nos EUA geralmente as promessas não são executáveis a não ser que haja o suporte da *consideration*. Para que uma promessa seja suportada por esse elemento há necessidade da coexistência de outros três elementos. O primeiro refere-se a que aquele que a foi feita a promessa deva sofrer um dano ou ameaça legal, tal como, fazer ou prometer fazer o que aquele a quem foi prometido não era legalmente obrigado a fazer; o segundo refere-se a que o promitente deve ter feito a promessa em razão de que acreditava estar fazendo o negócio, até mesmo em parte, para que a perda possa ser induzida a outra parte. A terceira diz para com que a promessa deve induzir a perda. Isso significa que a parte a quem foi feita a oferta deve conhecer a proposta feita e manifestar a intenção de aceitar. Havendo esses três elementos a transação passa a ser obrigatória.²⁵⁰

Normalmente uma promessa gratuita não é executável, porém há possibilidade através do princípio da “*promissory estoppel*” de que uma promessa sem

²⁴⁷ THE AMERICAN LAW INSTITUTE. THE NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. **Uniform commercial code**. Ithaca, 2001. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/ucc>>. Acesso em: 13 out. 2016.

²⁴⁸ PERILLO, Joseph M.; CALAMARI, John. **Contracts**. 6th ed. New York: West Publishing, 2009, p. 01.

²⁴⁹ Consideration é um dos elementos essenciais do contrato. Pode-se referir que é a vantagem que cada lado recebe ao contratar. O conceito a seguir apresentado refere que seria o preço, mas na realidade consideration é mais do que isso. *Consideration is the price, in money, goods, or some other reward, paid by one person in exchange for another person promising to do something, which is an essential element in the formation of contract*. COLLIN, P.H. **Dictionary of law**. 4th ed. London: Bloomsbury, 2004.

²⁵⁰ PERILLO, Joseph M.; CALAMARI, John. **Contracts**. 6th ed. New York: West Publishing, 2009. p. 151.

consideration seja executável. *A promissory estoppel is an equitable doctrine designed to prevent the intricacies and details of the law from frustrating the ends of justice.*²⁵¹²⁵² Há previsão desse princípio no *Restatement Second* bem como nos *Case Law* que especifica que quando a promessa induz a outra parte a acreditar no que foi prometido e por isso agiu confiando na promessa feita, poderá essa promessa ser executável se for necessário para evitar uma injustiça. Aqui se vislumbra o princípio da confiança nas relações negociais.

Contudo, o *Restatement (Second) of Contracts* não é considerado uma lei e sim um material de consulta tal como a doutrina. Na realidade essa obra foi criada para tentar unificar as regras que devem ser observadas nos contratos. Assim sendo, cabe aos julgadores decidirem de que forma irão aplicar esse princípio aos casos concretos.

Uma das regras comuns utilizada no direito contratual nos EUA é de que uma oferta pode ser revogada a qualquer tempo antes da aceitação e a promessa feita pelo ofertante de não revogar não é efetiva sem que tenha o suporte da *consideration*.

De acordo com Farnsworth nas últimas décadas as cortes e o poder legislativo começaram a se preocupar com o aumento do abuso de poder e a imposição de termos injustos nos contratos. Exemplos desses tipos de contratos estão nos de adesão como os tickets, as locações, as vendas a varejo, que forçam a parte mais fraca a aderir às cláusulas previamente escritas pela parte mais forte.²⁵³

O *Uniform Commercial Code* trouxe força para as cortes ao possibilitar a não execução de um contrato ou termo em que fique determinado pelo judiciário como sendo *unconscionable* (não razoável ou certo).²⁵⁴

²⁵¹ PERILLO, Joseph M.; CALAMARI, John. **Contracts**. 6th ed. New York: West Publishing, 2009. p. 219.

²⁵² § 90 *Promise Reasonably Inducing Action or Forbearance - (1) A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires.* AMERICAN LAW INSTITUTE. **Restatement (second) of contracts**, Pensilvânia, 1981. Disponível em: <<https://goo.gl/CaaYtP>>. Acesso em: 14 out. 2016. Acesso mediante senha.

²⁵³ FARNSWORTH, e. Allan. **An introduction to the legal system of the United States**. 4th ed. Oxford. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 138.

²⁵⁴ Há previsão tanto no *Restatement Second* quanto no UCC. *Restatement (Second) of Contracts* in § 208 *Unconscionable Contract or Term - If a contract or term thereof is unconscionable at the time the contract is made a court may refuse to enforce the contract, or may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result.* AMERICAN LAW INSTITUTE. **Restatement (second) of contracts**. Pensilvânia, 1981. Disponível em: <<https://goo.gl/CaaYtP>>. Acesso em: 14 out. 2016. Acesso mediante senha. **Uniform Commercial Code**, § 2-302. *Unconscionable Contract or Clause - 1) If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract*

Nos EUA a autonomia da vontade é vinculada ao sistema econômico que coordena a sociedade. A ideia geral é que indivíduos devem privadamente decidir sobre as transações que querem fazer com outros indivíduos para vender ou comprar coisas, serviços ou outros bens. O Mercado ajusta os preços das propriedades e serviços e a demanda de consumidores determina a natureza e a quantidade que devem ser providenciadas pelos fornecedores. Assim, a ideia é que fornecedores individuais agindo por conta própria em um mercado livre cria o benefício do produto para a sociedade, produzindo quantidades suficientes de produtos e serviços pelos melhores preços. Pode-se vislumbrar que a Constituição dos EUA em nenhum lugar prevê uma imensurável autonomia de vontade, tampouco um endosso ao sistema econômico capitalista, mas ela protege a obrigação gerada no contrato. Os que defendem um sistema de livre comércio acreditam que a economia privada através das transações comerciais cria benefício para a sociedade e por outro lado, não possuem capacidade para começar a produzir através de alternativas formas de economia como uma estrutura central planejada em que o governo dita regras sobre os produtos e serviços que devem ser produzidos e os preços a que devem ser oferecidos.

Os EUA não operam em um total *laissez faire* (sem nenhum controle do governo na economia) no sistema de comércio. O que ocorre é o reconhecimento dos benefícios do livre comércio, e isso é largamente aceito pelo público, porém as leis estabelecem algumas restrições nas contratações. A lei reconhece que na atualidade o comércio possui imperfeições, e determinadas regras operam para proteger o sistema de comércio. Um exemplo é a lei antitruste que previne que o preço possa ser fixado, bem como outras formas de colusão entre os comerciantes. Neste sentido o objetivo é proteger a integridade do comércio em geral. É importante referir que a lei é um veículo no qual a sociedade expressa seus valores. Assim um valor a ser protegido é o sistema de livre comércio que é suportado pela atividade contratual, mas este não é o único valor que a sociedade americana quer proteger. Por isso existem leis que proíbem ou tornam inexecutáveis certos tipos de contrato, como por exemplo a venda de drogas. A lei

without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result. (2) When it is claimed or appears to the court that the contract or any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination. THE NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. **Uniform commercial code**. Chicago, 2011. Disponível em: <<https://goo.gl/1ErX3I>> Acesso em: 14 out. 2016. Acesso mediante senha.

igualmente não reconhece contratos contrários às políticas públicas. Interessante referir aqui que os Estados possuem diferentes políticas públicas, o que poderá gerar diferentes consequências aos contratos. Pode-se referir como exemplo os contratos de gestação de substituição em Nova York que são considerados contrários às políticas públicas e que são aceitos na Flórida.²⁵⁵

No sistema federal dos EUA podem ser encontradas limitações impostas pela Constituição e igualmente nas Constituições Estaduais. A Constituição Federal proporciona uma proteção mínima contra as interferências do governo, porém as Constituições Estaduais podem impor maiores proteções.²⁵⁶

A chamada *Contracts Clause* da Constituição dos EUA aplica-se só aos estados e não ao governo federal. A provisão da Constituição estadual aplica-se contra as ações do poder legislativo estadual. Entretanto isso não quer dizer que não existem restrições contra a habilidade do governo federal em reduzir as obrigações do contrato. Historicamente a proibição da diminuição nas obrigações contratuais foi extraída de três valores. O primeiro referente a autonomia privada, em que os indivíduos teriam o direito de livremente disporem de sua propriedade e trabalho sem interferência estatal, e também relativa à liberdade individual. Isso resultou na adoção do sistema da economia privada e do livre comércio. O segundo valor é o *rule of law* significa que as leis são públicas e não são aplicadas retroativamente, bem como a ideia de que as pessoas devem ser tratadas de maneira igualitária perante a lei. Neste sentido os indivíduos podem fazer planos econômicos com razoável certeza. O terceiro valor está na separação dos poderes em diferentes áreas de governo. Assim é função das cortes (poder judiciário) decidir quais promessas são executáveis ou não, relativa aos casos a elas submetidos. Essa ideia está descrita nos *Case Law, que uma fonte primária da lei nos EUA*.

²⁵⁵ PERILLO, Joseph M.; CALAMARI, John. **Contracts**. 6th ed. New York: West Publishing, 2009. p. 08, 15.

²⁵⁶ United States Constitution, Article I, section 10, clause 1: No State shall enter into any Treaty, Alliance, or Confederation; grant Letters of Marque and Reprisal; coin Money; emit Bills of Credit; make any Thing but gold and silver Coin a Tender in Payment of Debts; pass any Bill of Attainder, ex post facto Law, or Law impairing the Obligation of Contracts, or grant any Title of Nobility. UNITED STATES OF AMERICA. Constitution (1787). **The Constitution of the United States of America**. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/constitution>>. Acesso em: 16 out. 2016; Florida Constitution, Article I, Section 10: Prohibited laws.-No bill of attainder, ex post facto law or law impairing the obligation of contracts shall be passed. FLORIDA. Constitution (1968). **Constitution of the State of Florida**. Disponível em: <<http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?submenu=3>>. Acesso em: 05 set. 2016. Documento com acesso exclusive mediante senha.

In determining whether the provision for this temporary and conditional relief exceeds the power of the State by reason of the clause in the Federal Constitution prohibiting impairment of the obligations of contracts, we must consider the relation of emergency to constitutional power, the historical setting of the contract clause, the development of the jurisprudence of this Court in the construction of that clause, and the principles of construction which we may consider to be established.²⁵⁷

Desta forma a *Contracts Clause* promove seu valor deixando de lado o poder legislativo estadual, como no caso de decidir disputas contratuais através da legislação, com relação a contratos existentes para alterar as obrigações que já existiam entre as partes. Pode-se referir como exemplo quando uma pessoa faz *lobbie* junto ao poder legislativo para através de uma lei extinguir uma obrigação na qual estava vinculado a outra parte.

When we consider the contract clause and the decisions which have expounded it in harmony with the essential reserved power of the States to protect the security of their peoples, we find no warrant for the conclusion that the clause has been warped by these decisions from its proper significance or that the founders of our Government would have interpreted the clause differently had they had occasion to assume that responsibility in the conditions of the later day. The vast body of law which has been developed was unknown to the fathers, but it is believed to have preserved the essential content and the spirit of the Constitution.²⁵⁸

Essas são algumas noções referentes ao direito contratual dos EUA. Salienta-se que a matéria é regulada pela legislação estadual na sua maioria, e os juristas de um modo geral utilizam como fonte de consulta doutrinaria o *Restament Second of Contracts*. O *Uniform Comercial Code*, que é apenas para compra e venda de bens, não é uma legislação obrigatória mas sim um modelo para que haja uma homogeneização entre as leis estaduais. Salienta-se que cada estado tem autonomia para incorporar ou não essa lei no seu sistema.

²⁵⁷ UNITED STATES. Supreme Court. **Home Building & Loan Ass'n v. Blaisdell et ux**. Decided Jan. 8, 1934. Disponível em: <<https://goo.gl/Urq5J5>>. Acesso em: 19 out. 2016.

²⁵⁸ UNITED STATES. Supreme Court. **Home Building & Loan Ass'n v. Blaisdell et ux**. Decided Jan. 8, 1934. Disponível em: <<https://goo.gl/qY7rbK>>. Acesso em: 19 out. 2016.

3.2 Autonomia Privada nos Contratos e o Papel da Constituição dos Estados Unidos da América no Direito Contratual

O primeiro passo para que se entenda a autonomia da vontade privada nos contratos sob a lei dos Estados Unidos da América é decifrar o que é um contrato neste sistema legal. Neste sentido, se pode referir varias possibilidades de definição. Há quem defina contrato como uma promessa ou um conjunto de promessas em que em caso de quebra a lei possibilita um remédio ou ainda o desempenho em que a lei reconhece como uma obrigação. O corre que existem críticas com relação a esse conceito, uma vez que apesar da promessa ser um elemento necessário em cada contrato, algumas vezes essa promessa ocorre através de outros elementos, como por exemplo um ato físico e a imediata transferência de propriedade ou outros interesses.²⁵⁹

Outra definição utilizada para contratos estabelece que são as relações entre as partes para projetarem uma(s) troca no futuro. Nessa definição o problema está na amplitude das relações entre as partes, o que nem sempre revela um contrato entre elas. Existe uma dificuldade para definir o que é contrato, mesmo quando não há um grande desentendimento nessa definição. Muitas vezes as palavras só conseguem produzir um significado quando estão envolvidas em um contexto. Existem alguns estatutos que definem termos em direção diversa das definições consideradas “standard”. Um exemplo está no Código Comercial Uniforme que define contrato como uma obrigação legal criada por um negócio (*bargain*). Esse termo *bargain* é usado na fala jurídica para transações em que não há uma promessa feita, como uma imediata venda de uma propriedade sem uma garantia de troca por dinheiro. Algumas vezes a palavra contrato é utilizada tanto por advogados como por leigos como referencia ao documento em que os termos do contrato estão escritos. Esta referencia não representa uma definição de contrato, pois o escrito representa apenas a memória do acordo feitos pelas partes.

260

A lei contratual permeia todos os aspectos da sociedade dos Estados Unidos da América. Todos os dias essa lei interage com os indivíduos em diversas áreas

²⁵⁹ PERILLO, Joseph M.; CALAMARI, John. **Contracts**. 6th ed. New York: West Publishing, 2009. p. 01

²⁶⁰ PERILLO, Joseph M.; CALAMARI, John. **Contracts**. 6th ed. New York: West Publishing, 2009. p. 03.

da vida, podendo ainda se relacionar a questões internas ou de comércio internacional.

Historicamente, na Inglaterra medieval o Direito contratual era rudimentar. A proteção a expectativa de que os acordos fossem cumpridos não era considerada importante razão pela qual o Estado não interferia. A resolução dos conflitos era deixada para as cortes locais, razão pela qual se tem poucos documentos com essas informações. Já naquela época mercadores e artesãos frequentemente utilizavam suas próprias cortes e arbitragem. Entretanto as partes centrais do sistema legal (cortes de common law e a presidida pelo *Lord Chancellor*) tendiam a considerar como promessas não cumpridas como indigna para a justiça do rei a menos que a promessa fosse feita de acordo com certas solenidades. A sociedade feudal naquele tempo possuía as pessoas de acordo com nichos que eram rigidamente delineados de acordo com a conduta esperada uns com os outros. A obrigação assumida voluntariamente e que pode ser executada, a qual chamamos hoje de contrato, tendia a corromper os nichos pré-estabelecidos na sociedade daquela época.²⁶¹

Como a Inglaterra mudou de um Estado quase primitivo para o centro do comércio com um capitalismo ético, a lei mudou também. A liberdade trouxe a necessidade de reformas políticas e a liberdade contratual foi um princípio ideológico para o desenvolvimento do direito contratual. No século XX houve uma modificação da visão de uma liberdade total do contrato como era vista até o século XIX. Hoje, enquanto as partes têm o poder de contratar como eles desejam e esse é um princípio básico do direito contratual, cada vez mais as leis estão sendo criadas para restringir essa liberdade. Para ilustrar isto, se pode referir que nos contrato de trabalho existem leis federais que determinam a jornada, as condições de trabalhos, os seguros necessários dentre outras restrições. Além das leis criadas pelo Poder Legislativo, que restringem a liberdade contratual, as cortes irão impor restrições de acordo com o exercício de suas funções no sistema da *common law*.

²⁶²

Na história inglesa não há nenhum evento comparável a adoção de um Código Civil como ocorreu na França e na Alemanha. Houve apenas a Declaração dos Direitos (*Declaration of Bill of Rights*) em 1689. França e Alemanha dividem

²⁶¹ PERILLO, Joseph M.; CALAMARI, John. **Contracts**. 6th ed. New York: West Publishing, 2009. p. 04.

²⁶² PERILLO, Joseph M.; CALAMARI, John. **Contracts**. 6th ed. New York: West Publishing, 2009. p. 05.

regras relativamente homogêneas a respeito da função da liberdade contratual na sociedade. Esses sistemas legais são unidos por valores universais infiltrados nos conceitos e princípios legais, tendo a autonomia um sentido central nestes valores.²⁶³

A Antropologia e a História provam que a base do Direito contratual é o desejo de manter a paz social. Entretanto, esse Direito possui outras funções e outras razões para sua existência. Doutrinadores ²⁶⁴têm através dos tempos buscado uma resposta além da manutenção da paz social, para tentar explicar o motivo pelo qual o sistema legal reconhece e reforça a os acordos privados. Apesar de não haver um total consenso entre os filósofos, expoentes de diferentes escolas têm a tendência a focar em cinco fatores: a vontade humana como da fonte da soberania; como a fonte da compulsão moral; a autonomia privada; a confiança e a necessidade de comércio.²⁶⁵

Segundo o entendimento de Micklitz a respeito da liberdade contratual e sua regulamentação as raízes das diferenças de entendimento entre os Estados estão na historia legal de cada ente, o que representa uma diferenciação socioeconômica e política significativa com relação autonomia e sua regulação. Tais diferenças podem ser visualizadas no quadro a seguir:

Quadro 1 - Liberdade contratual e sua regulamentação

²⁶³ MICKLITZ, Hans-W. On the intelectual history of freedom of contract and regulation. **The Penn State Journal of Law & International Affairs (JLIA)**, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 08, Dic. 2015.

²⁶⁴ Perillo refere Atiyah, na obra *Promisses, Moral and Law* (1981) e *The rise and Fall of freedom of Contract* (1979); Barnett na obra *A Consent Theory of Contract* (1986); Gordley na obra *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (1991) entre outros, como autores que tratam do tema.

²⁶⁵ PERILLO, Joseph M.; CALAMARI, John. **Contracts**. 6th ed. New York: West Publishing, 2009. p. 07.

Country	Model of freedom of Contract	Intellectual History	Regulation
France	A political project Code Civil	French rationalism Enlightenment	Regulating contracts as a political counter-project
Germany	A liberal authoritarian/ paternalistic project Bürgerliches Gesetzbuch	German idealism Metaphysics	Regulating contracts as a technical bureaucratic exercise
United Kingdom	A liberal pragmatic project Common law	Empiricism and Utilitarianism Pragmatism	Regulating contracts to solve 'concrete Problems'
European Union	A technocratic project Regulatory private law	Instrumentalism and functionalism	Regulated freedom -- enabling and shaping autonomy

Fonte: Micklitz ²⁶⁶

A verdadeira diferença entre a lei continental da Europa e o *common law* data de antes da Revolução Francesa, e isto é importante para identificar o ponto em que houve divergência entre os dois sistemas. Houve a rompimento entre diferentes filosofias, remanescendo a influência escolástica no continente europeu, enquanto crescia a crítica através do nominalismo no Reino Unido. Essa divergência ocorreu durante o período medieval onde a relativa. Mais tarde o empirismo foi responsável por profundas diferenças entre os sistemas jurídicos. Houve grandes trocas intelectuais, especialmente entre França e Inglaterra, como por exemplo, Hobbes importou ideias da França e Rousseau referiu ideias de John Locke. O empirismo pavimentou a estrada para o utilitarismo, e aqui se pode verificar a chave para o entendimento das restrições inglesas em aceitar uma intervenção regulativa na economia, mas também a explicação pelo pragmatismo inglês que permite uma intervenção regulatória quando existe uma necessidade concreta de ação. A Inglaterra tem um caminho pavimentado por um sistema legal com profundas raízes no

²⁶⁶ MICKLITZ, Hans-W. On the intellectual history of freedom of contract and regulation. **The Penn State Journal of Law & International Affairs (JLIA)**, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 08, Dic. 2015.

pensamento nominalista e utilitarista. A liberdade contratual repousa nas raízes profundas da história intelectual inglesa. O nominalismo serviu para cortar as barreiras estabelecidas pela Escola Escolástica e para libertar a lei contratual inglesa da herança da Pandectista. Desta forma, o utilitarismo facilitou o incremento da Inglaterra como um estado de comércio, em que a liberdade contratual significa primeiramente uma liberdade econômica voluntariamente engajada em transações econômicas, sem riscos de intervenção estatal, exceto nas questões fiscais com a coroa.²⁶⁷

Pode-se referir que a Inglaterra é um estado liberal, razão pela qual sua função não é o controle do comportamento econômico, mas a garantia da liberdade contratual. No século XVII essa visão interessou para a aventura comercial da época, e hoje interessa para o desenvolvimento dos negócios em larga escala. Uma intervenção legislativa na economia pode ser possível se isso for uma necessidade política. Um exemplo dessa necessidade encontra-se na lei trabalhista e consumerista. O parlamento do Reino Unido estava na frente com relação a legislação consumerista. Neste caso, refere-se à proteção ao crédito e a segurança do consumidor, sendo que o parlamento tem sido uma referencia na intervenção através de leis. O pragmatismo vem guiando a regulação através das leis, restringindo a liberdade contratual. Essa questão pode ser sentida quando da transposição das diretivas europeias de direito do consumidor no sistema inglês, irritando o sistema, uma vez que nesse sistema uma intervenção regulatória não possui normalmente um significado de mudança geral na liberdade contratual, servindo apenas para resolver um caso concreto. A formula básica que representa o coração da cultura legal inglesa resume-se ao nominalismo, empirismo e utilitarismo. A liberdade contratual está na fundação dos contratos no *Common Law*, sendo a intervenção através de estatutos aceitável para resolver casos concretos de direito do consumidor ou do trabalho.²⁶⁸

No caso francês os resultados da revolução francesa ainda continuam esculpindo os entendimentos a respeito das Constituições, do código civil, contratos e responsabilidade civil. Na Inglaterra não houve uma noção similar para demarcar o momento da construção da constituição e nem do sistema privado. A revolução francesa quebrou as estruturas do feudalismo, e instituiu uma sociedade burguesa

²⁶⁷ MICKLITZ, Hans-W. On the intellectual history of freedom of contract and regulation. **The Penn State Journal of Law & International Affairs (JLIA)**, [S.I.], v. 4, n. 1, p. 09, Dic. 2015.

²⁶⁸ MICKLITZ, Hans-W. On the intellectual history of freedom of contract and regulation. **The Penn State Journal of Law & International Affairs (JLIA)**, [S.I.], v. 4, n. 1, p. 09, Dic. 2015.

governada pela liberdade individual e igualdade de direitos, claramente visível no Código Civil francês e na Constituição francesa. O legado da revolução pôde ser visto igualmente na Alemanha um século mais tarde. O entendimento francês relativo à liberdade contratual pode ser visto através de duas premissas. A primeira, relativa à visão da Revolução Francesa que foi proclamada na Declaração dos Direitos do Homem teve profundas raízes sociais, econômicas, culturais e intelectuais. Atualmente a concepção francesa da liberdade contratual pode ser melhor entendida quando se olha para além do conceito político, voltando ao racionalismo francês e Descartes. Segundo, a sociedade francesa se caracterizava pela tensão entre projetos intelectuais guiados pelas chamadas grandes ideias (Constituição e Código Civil), que fortaleceram o poder do poder executivo em detrimento do poder judiciário, e a altamente politizada resistência de baixo para cima contra um excessivo poder executivo. A luta através do “social”, que consistiu em uma intervenção regulativa para proteger trabalhadores e mais tarde consumidores, demonstrou que a determinação de certos limites a liberdade contratual foi uma forma politizada de evitar potenciais conflitos.²⁶⁹

Assim como na Inglaterra, a virada intelectual pode ser atribuída a influência do pensamento da escolástica. Isso pavimentou a estrada para um novo método racional na filosofia. Houve um questionamento a respeito de todos os valores e conhecimentos existentes até então, o que mais tarde ficou conhecido como o Iluminismo. Esse novo método de investigar a verdade e o conceito de verdade foi trazido no século XVII por Descartes. Ele referiu que um método particular para descobrir a verdade para era necessário para explicar todos os problemas filosóficos. Ao contrário do utilitarismo, ele acreditava que o que é verdade é utilizável. Sem a teoria de Descartes fica difícil de se entender a concepção política do Código Civil francês. Essa filosofia prega a prioridade do conceito sobre a prática, sendo a base do intelectualismo francês. A conexão entre o projeto político francês da liberdade contratual e as particularidades da cultura legal francesa, fizeram com que a ideia da liberdade contratual seja mais do que apenas um exercício para maximizar o benefício econômico, sendo ainda um marco de comunicação entre as partes e um compromisso de contratar como um produto de uma decisão razoável. A autonomia da vontade desta forma é limitada ou assumida em uma razão superior que é mais

²⁶⁹ MICKLITZ, Hans-W. On the intellectual history of freedom of contract and regulation. **The Penn State Journal of Law & International Affairs (JLIA)**, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 10, Dic. 2015.

profunda do que a transação individual. Este é o lado cartesiano do conceito de autonomia da vontade. Entretanto existe o lado Rousseauiano deste conceito que demonstra a dimensão política. Neste sentido, a questão não deve ser vista do ponto de vista individual, mas em razão do desenvolvimento político. A isso, Rousseau chamou de vontade geral. Sem esse conceito não há como entender a dimensão da autonomia da vontade esculpida no Código Civil francês.²⁷⁰

Na França existe um entendimento peculiar sobre a regra e o funcionamento da intervenção regulatória na economia para proteger trabalhadores e consumidores, e ainda em geral, para restringir a liberdade contratual nas transações comerciais através de regulamentação legal. Pode-se referir ainda uma forte conexão entre a regra e o funcionamento da política e o entendimento da intervenção regulatória. Atualmente dá-se o nome de intervenção social ou intervenção executiva no gerenciamento da economia do país. A política também pode emergir através da resistência das ruas contra a supremacia do Estado manejando a economia acima dos políticos.

Para ilustrar a consciência legal francesa com relação aos direitos do consumidor, ao invés de alterar o Código Civil para agregar as regras protetivas ao consumidor, essas foram colocadas em um “*Code de la Consommation*”, com o objetivo de manter a integridade do Código Civil como um eterno projeto político que faz parte da identidade francesa. Na França as regras consumeristas tiveram um modelo político através de um código, similar ao Código Civil, podendo servir de guia para o desenvolvimento da Europa com um consistente corpo de leis consumeristas.²⁷¹

Apesar da referência quanto à Alemanha e a União Europeia na tabela anteriormente apresentada, tratou-se apenas de ilustrar outros modelos de liberdade contratual.

Seguindo a questão da soberania da vontade humana, pode-se referir que essa pode ser vista no auge da era do Iluminismo, em que havia uma crença na existência de direitos inalienáveis já existentes e independentes do governo. O governo mesmo acreditava estar baseado sob um contrato social que derivou da soberania da vontade individual daquelas partes contratantes. Historicamente se pode dizer que que no

²⁷⁰ MICKLITZ, Hans-W. On the intellectual history of freedom of contract and regulation. **The Penn State Journal of Law & International Affairs (JLIA)**, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 10, Dic. 2015.

²⁷¹ MICKLITZ, Hans-W. On the intellectual history of freedom of contract and regulation. **The Penn State Journal of Law & International Affairs (JLIA)**, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 12, Dic. 2015.

contrato o contratante está obrigado porque teve a intenção de estar obrigado. Dessa forma a intenção seria a pedra fundamental do direito contratual. Embora neste período o conceito de direito natural tivesse um impacto maior nas cortes Anglo-americanas, isso foi precedido pelo pensamento derivado do direito canônico e judaico que entendiam a promessa como algo santificado.

Uma análise menos radical da eficácia da vontade humana é feita pela teoria da autonomia privada. Para essa teoria, a pedra fundamental do direito contratual está na delegação de poder feita pelo estado aos seus habitantes. Neste sentido as partes deveriam operar dentro dos limites do poder delegado pelo Estado.²⁷²

Os proponentes da teoria da confiança nos contratos acreditam que a pedra fundamental do Direito contratual não está na promessa realizada, mas expectativa dela decorrente na qual a parte conseqüentemente confiou. Essa teoria se distancia das anteriores no aspecto relativo a que a eficácia do contrato estaria baseada no poder da vontade emitida pelo contratante, como anteriormente referido pela teoria da autonomia da vontade. Seguindo a ideia da teoria da confiança pode-se referir que houveram decisões das cortes do *Common Law* que aliviaram a promessa feita em razão de não ter havido dano com relação a confiança depositada na promessa realizada. Se vê, entretanto, que em diversas áreas do direito contratual que a confiança gerada pela promessa é frequentemente crucial.²⁷³

Há ainda a possibilidade de se analisar o contrato do ponto de vista da análise econômica. No período que iniciou em 1970 até o presente, muita literatura sobre contratos tem esta concentrada na referida análise. Muitos economistas da Escola de Chicago têm recorrido a regras gerais tradicionais contratuais. Isto é uma ótima opção, uma vez que muito desta literatura é pouco acessível para os advogados e juizes e ainda são utilizados jargões utilizados pelos economistas, que tornam a leitura difícil para pessoas com formação apenas jurídica. Os economistas neoclássicos observam que as pessoas alocam os recursos da sociedade através de processos de trocas. Trocas voluntárias ocorrem no mercado livre porque as partes seguindo para maximizar seu bem-estar desistem de recursos de retorno por recursos mais valiosos. Como a troca é socialmente desejável, pois isso move os recursos para usos mais valiosos, aumentando assim a eficiência alocativa. Desta forma, em razão de seu próprio interesse, as pessoas promovem os interesses da sociedade. Esses

²⁷² PERILLO, Joseph M.; CALAMARI, John. **Contracts**. 6th ed. New York: West Publishing, 2009. p. 10.

²⁷³ PERILLO, Joseph M.; CALAMARI, John. **Contracts**. 6th ed. New York: West Publishing, 2009. p. 09.

economistas são sépticos com relação a capacidade dos legisladores para promoverem um método privado para a organização econômica, razão pela qual acreditam que o direito contratual apropriadamente reforça as trocas voluntárias. Os proponentes do contrato, como uma ferramenta da ordem econômica apoiada na autonomia individual, fazem as suas próprias escolhas comerciais.²⁷⁴

Perillo arrisca sintetizar as teorias referentes ao Direito contratual relacionando ao valor social delineado: a) Soberania da vontade individual relacionada ao valor social da responsabilidade do promitente; b) Santidade da promessa relacionada ao valor social de que a lei se apoia em valores morais; c) Autonomia privada relacionada a liberdade do setor privado com controles para reprimir os excessos; d) Confiança relacionada a justiça para aqueles aos quais a promessa foi feita e e) Necessidade de comércio relacionada à eficiência econômica.²⁷⁵

Outra questão que emerge referente ao Direito contratual se relaciona a possibilidade de serem aplicados princípios gerais formulados, uma vez que existem muitos tipos de contratos. Não há consenso total na resposta a essa questão. Existem questões comuns a todas as transações, particularmente envolvendo a natureza do consenso, a capacidade das partes, os métodos de interpretação, as formalidades necessárias, a relação entre o desempenho das partes, direitos dos terceiros, a liberação das obrigações bem como outras. Existem questões que são específicas de cada tipo de transação, porém a coexistência de regras gerais para todas as transações de regras especiais para transações particulares é reconhecida pela maior parte dos doutrinadores nos Estados Unidos da América. Estudar um tipo de transação isoladamente seria ignorar a natureza humana e a utilidade de generalizações. Pode-se ainda referir que a tradicional doutrina sobre contratos não está totalmente adequada aos chamados contratos de adesão, razão pela qual há a necessidade de adequação do estudo das relações contratuais.²⁷⁶

Existe atualmente uma análise acerca da possibilidade ou não de efeitos horizontais decorrentes da Constituição. Nos Estados Unidos da América tradicionalmente, entendeu-se que os efeitos decorrentes da Constituição seriam apenas no sentido vertical, isto é, o direito constitucional regula a conduta dos atores

²⁷⁴ PERILLO, Joseph M.; CALAMARI, John. **Contracts**. 6th ed. New York: West Publishing, 2009. p. 09.

²⁷⁵ PERILLO, Joseph M.; CALAMARI, John. **Contracts**. 6th ed. New York: West Publishing, 2009. p. 10.

²⁷⁶ PERILLO, Joseph M.; CALAMARI, John. **Contracts**. 6th ed. New York: West Publishing, 2009. p. 13.

governamentais em suas relações com os indivíduos (privados) e não as relações entre os indivíduos (privados).²⁷⁷

Porém um entendimento mais moderno está sendo moldado tendo em vista estudos de Direito comparado. Neste sentido, os EUA não teriam aderido à posição vertical, ou qualquer outra posição em que os direitos constitucionais excluíssem certas leis da total e direta revisão constitucional. Toda a lei, não interessando o tipo, se pública ou privada, legislada ou feita pelo judiciário, se relacionada a uma disputa entre um indivíduo e um estado ou entre particulares, serão totalmente, diretamente sujeitas a Constituição. A única genuína questão em cada caso é quando a lei é consistente com ou viola a Constituição. Entretanto não existem deveres constitucionais colocados nos atores privados, mas os direitos constitucionais têm um impacto substancial no que os indivíduos podem legalmente fazer ou requerer e com isso seus interesses, preferências e ações podem ser protegidas pela lei. Essa posição pode ser definida como “forte efeito horizontal indireto”.²⁷⁸

A maneira como a Constituição dos EUA está estruturada determina um grande impacto nos atores privados relativo aos direitos individuais pois as leis que regulam as relações privadas nos Estados Unidos da América são governadas pelos direitos constitucionais e não somente influenciadas ou afetadas pelos valores constitucionais. Na *Common Law* a questão como o litígio está sujeito à Constituição é precisamente da mesma maneira nas leis privadas ou nas leis públicas, todas as leis são sujeitas à Constituição. Isso não quer dizer que todas as leis estão necessariamente ou automaticamente desafiáveis em cada peça de litígio, existem limitações procedimentais.

3.3 Os Contratos de Gestão de Substituição e o Papel das Decisões Judiciais

No sistema jurídico dos EUA a Constituição encontra-se no topo da pirâmide de autoridade, seguida pela lei e então pelos precedentes (decisões judiciais com força obrigatória). Neste sentido, nos Estados em que existem leis regulando a gestão de substituição, o papel das decisões judiciais fica sujeito às leis daquele

²⁷⁷ GARDBAUM, Stephen. The horizontal effect of constitutional rights. *Michigan Law Review*, [S.l.], v. 102, n. 387, p. 03, 2003.

²⁷⁸ GARDBAUM, Stephen. The horizontal effect of constitutional rights. *Michigan Law Review*, [S.l.], v. 102, n. 387, p. 22, 2003.

local. Nos casos em que não há legislação sobre a matéria, o *Case Law*²⁷⁹ possui uma importância fundamental, pois, será a lei aplicada naquele estado. Saliencia-se que a matéria contratos e direito de família são de competência dos estados, cabendo a estes regularem a matéria.²⁸⁰

Em razão da grande autonomia estatal nos EUA, cada Estado possui uma grande liberdade em termos legislativos. Muitas matérias ficam a critério de leis estatais, causando grande diferenças de uma região para outra. O limite imposto aos estados, mesmo em matérias as quais esses possuem liberdade, é a Constituição dos EUA. Nenhuma lei pode contrariar a Constituição Federal. Neste sentido, se pode verificar que a Suprema Corte dos EUA tem dado sentido ao texto constitucional, pois em linhas gerais os termos utilizados originalmente são extremamente genéricos, cabendo ao intérprete buscar o significado por trás das palavras. Um exemplo está na emenda XIV que possui uma série de direitos dela decorrentes, tais como liberdade, incluindo a de contratar, igualdade, devido processo legal, entre muitos outros direitos.²⁸¹

O termo tecnologias de reprodução assistida (ART), refere-se a técnicas biológicas para reprodução de humanos, sem que haja um intercuro sexual entre um homem e uma mulher. O *Uniform Parentage Act* inclui como definição de reprodução assistida a inseminação intrauterina, doação de óvulos, doação de embriões, fertilização *in vitro* e transferência de embriões, a injeção de espermia intracitoplásmica.²⁸²

²⁷⁹ Apesar da utilização do *Case Law* como fonte primária para análise de questões legais, deve-se entender que nem todos possuem força vinculante. Existem regras para determinar se um precedente é *binding* ou não. *Stare decisis* é uma frase latina que significa manter as coisas como foram decididas, e descreve a política das cortes em seguir os precedentes estabelecidos nos casos anteriores. BARTON, Jill, SMITH, Rachel H. **The handbook for the new legal writer**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2015. p. 21.

²⁸⁰ BARTON, Jill, SMITH, Rachel H. **The handbook for the new legal writer**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2015. p. 18.

²⁸¹ CONSTITUTION OF UNITED STATES OF AMERICA, XIV AMENDMENT, "All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws." UNITED STATES OF AMERICA. Constitution (1787). **The Constitution of the United States of America**. Disponível em: <<https://www.congress.gov/content/conan/pdf/GPO-CONAN-REV-2014-10-15.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

²⁸² THE UNIFORM LAW COMMISSION (ULC). **Uniform parentage ACT**. Seattle, Dec. 2002. Disponível em: <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/upa_final_2002.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2016.

A primeira técnica utilizada foi a inseminação artificial, em que o esperma é colocado diretamente no útero da mulher. Nesta técnica, pode haver a utilização de esperma de um doador ou do marido. A técnica intracitoplásmica é utilizada para os casos de infertilidade masculina em que um único espermatozoide é injetado diretamente em um óvulo. Mesmo a técnica de extração de óvulo e fertilização in vitro não podem mais serem consideradas novas, uma vez que já existem a mais de 30 anos. O que pode ser considerado novo é o tratamento legal a estas questões relativos ao desejo das pessoas em terem filhos biológicos, relacionados a questões como, pessoas solteiras, casadas, heterossexuais, homossexuais, o que resultou em um crescimento da utilização dessas técnicas tanto nos EUA como no exterior.²⁸³

O governo federal dos EUA fornece informações sobre as clínicas de fertilidade com relação taxa de sucesso nos procedimentos, autoriza o uso de medicamentos para fertilidade e produtos comumente utilizados nas técnicas de reprodução assistida. Os Estados regulam a profissão de médico, os quais podem utilizar as técnicas de reprodução assistida. Alguns Estados possuem seguro para cobertura por tratamento de fertilidade. Fora isso, não há maiores regulamentações sobre a matéria.²⁸⁴

Do ponto de vista do Direito de família nos EUA, a utilização das técnicas de reprodução assistida permanece necessitando de normas para evitar a indeterminação jurídica. Principalmente em casos como o de gestação de substituição, há a possibilidade de batalhas judiciais para determinação do parentesco.²⁸⁵ O tema gestação de substituição merece atenção não só diversidade legal, mas também como pelo grande interesse social que provoca. A gestação de substituição tem sido uma alternativa para mulheres que não podem gestar seus filhos e os recentes avanços na tecnologia da reprodução humana possibilitam que uma mulher possa dar à luz a uma criança sem ter qualquer vínculo genético com essa. Modernos contratos de gestação de substituição entre aquela que irá gestar a criança e os que querem ser os pais dessa tem ficada cada vez mais comum no mundo, e também tornando o fato de trazer alguém ao mundo bem mais complicado.

²⁸³ AREEN, Judith; SPINDELMAN, Marc; TSOUKALA, Philomena. **Family Law, cases and materials**. New York: Foundation Press, 2012. p. 571.

²⁸⁴ AREEN, Judith; SPINDELMAN, Marc; TSOUKALA, Philomena. **Family Law, cases and materials**. New York: Foundation Press, 2012. p. 572.

²⁸⁵ AREEN, Judith; SPINDELMAN, Marc; TSOUKALA, Philomena. **Family Law, cases and materials**. New York: Foundation Press, 2012. p. 572.

Existem pessoas que necessitam que ter um vínculo biológico com uma criança, sendo este um dos maiores desejos humanos que não é atingido pela simples adoção. Mesmos para aqueles que entendem que adoção ainda é uma boa alternativa, normalmente o processo é lento e muitas vezes o número de crianças disponíveis é menor do que a demanda para adoção. A mudança na estrutura familiar também contribuiu para o aumento da popularidade da gestação de substituição. Hoje existem muitas famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo, sendo necessária a utilização de algum tipo de reprodução assistida caso queiram filhos com algum vínculo biológico.

Os recentes avanços na tecnologia da reprodução assistida possibilitaram novas oportunidades para os casais que tem dificuldade nessa área. A reprodução assistida é comumente utilizada por casais inférteis ou que tenham dificuldade para conceber, ou gestar uma criança, bem como mulheres que possuem abortos espontâneos ou outras condições médicas tais como hipertensão, diabetes, AIDS, que possam causar risco de morte para a mãe ou dano para o feto. Menos de 20 anos atrás as mulheres que tivessem esses problemas ou adotavam uma criança, ou não teriam filhos. Agora mulheres podem se beneficiar das técnicas de reprodução assistida tais como, inseminação artificial, fertilização *in vitro*, criopreservação e gestação de substituição.

Existem dois tipos de mães de substituição, todas são mulheres que gestam uma criança para outra pessoa. A chamada tradicional gestação de substituição tradicional é aquela em que a gestante doa seu óvulo e este é fertilizado pelo sêmen do homem que será o pai da criança. Neste caso a gestante terá um vínculo biológico com a criança que está sendo gestada. Já na outra forma de gestação de substituição a gestante não possui qualquer vínculo biológico com a criança. Nesse caso é feita uma fertilização *in vitro* com o óvulo da futura mãe ou mesmo de outra doadora e o sêmen do pai ou de um doador e colocado o embrião no útero da gestante substituta.²⁸⁶

Tem-se visto que a motivação para as mulheres serem gestantes de substituição ocorre tanto por impulsos altruísticos como também por impulsos comerciais. Normalmente o acordo para a gestação de substituição é elaborado através de um contrato escrito onde uma das partes concorda em gestar o feto e dar

²⁸⁶ MC EWEN, Aangie G. So you're having another woman's baby: economics and exploitation in gestational surrogacy. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, [S.l.], v. 32, p. 271, 1999.

à luz a criança, transferindo seus possíveis direitos como genitora para a outra parte (casal ou uma só pessoa). O pagamento tipicamente efetuado nos EUA para a gestante de substituição é em torno de U\$ 10.000,00 mais o pagamento de outras despesas como seguro de vida, seguro de saúde, roupas, medicamentos, transporte entre outras. Nos casos em que é utilizado os serviços de uma agência para fazer os acordos de gestação de substituição, o custo pode chegar a U\$50.000,00. Apesar dos contratos descreverem que a gestante de substituição irá prestar o serviço, os contratantes normalmente pagarão 10% do total do valor do contrato se a contratada não conseguir fornecer para os contratantes uma criança viva.²⁸⁷

A mulher contratada para a gestação de substituição terá certas obrigações, geralmente relacionada a conduta durante e anterior à gestação. Durante a gestação usualmente concorda em incluir os contratantes nas visitas obstétricas, considerar um aborto em caso de anormalidades fetais detectadas, e permitir estarem quando do nascimento da criança. Ainda será requerido que a gestante não fume, consuma álcool ou use drogas durante a gestação. Após a gestação, a contratada deverá entregar todos os seus direitos de genitora para os contratantes e permitir que esses tenham a custódia da criança no nascimento. Para facilitar a transferência da custódia, o contrato pode definir que a contratada assista os contratantes durante o processo de adoção, para obter a certidão de nascimento com o nome dos contratantes como pai e mãe da criança.

Com o desenvolvimento das tecnologias em reprodução humana, é possível a utilização da gestação de substituição, sem que a gestante tenha qualquer vínculo biológico com a criança. Isso facilitou a utilização desse procedimento, pois os contratantes se sentem mais seguros em eventuais demandas judiciais. Existem alguns dilemas que nascem com a utilização deste serviço. A questão da comercialização em que a gestante de substituição recebe uma compensação pelos serviços prestados, a questão da exploração que traz a ideia de que a mulher é forçada a prestar o serviço em razão de seu baixo poder econômico e/ou recebe muito pouco pelos serviços prestados.

De acordo com Stark alguns países têm banido a gestação de substituição com fins comerciais, outros países têm permitido e regulado a matéria e em outros ainda

²⁸⁷ MC EWEN, Aangie G. So you're having another woman's baby: economics and exploitation in gestational surrogacy. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, [S.l.], v. 32, p. 272, 1999.

não existe qualquer regulamentação.²⁸⁸ A mesma situação ocorre nos EUA em razão da autonomia dos Estados.

3.4 A Gestação de Substituição nos Estados Unidos da América (EUA)

Nos EUA não há uma legislação federal para tratar do tema, podendo os Estados legislar para regular a matéria. Como resultado não há uma uniformidade e vários estados divergem quanto às práticas e preferências legais. Quando esta prática é considerada legal, há semelhanç as entre as jurisdições. Existem três categorias de regulamentação pelos estados: primeiro, estados que são proativos em legislar permitindo ou proibindo; segundo, Estados que não têm legislações mas que as decisões judiciais criaram leis para governar essas situações (*common law*); e terceiro, os estados que não tem legislação nem *case law*. Pode-se imaginar que nos estados em que h  a criminalização da gestação de substituição compensada isso não ocorra, mas mesmo nesses estados existem casos decididos pelas cortes afirmando o parentesco dos contratantes (parentes intencionais) mesmo nos contratos incontestados.²⁸⁹

Nas normas encontradas nos EUA há, de alguma forma, proteção às partes participantes nos contratos de gestação de substituição. Em especial, a autonomia da gestante de continuar ou não com a gestação, o cuidado médico, a compensação pelos custos e pelas perdas. Existem leis que restringem a idade, ou ainda que exigem que a gestante já tenha tido filhos. Há ainda requerimentos que proíbem a utilização dos óvulos da gestante ou o s men de seu marido nos acordos de gestação de substituição bem como exigem que o embrião tenha conexão biológica com um dos parentes intencionais. Há ainda a possibilidade de proibição de "comercio" restringindo a remuneração da gestante.

O aspecto mais importante com relação a gestação de substituição nos EUA está na base das regras que informam os direitos das mulheres no país. Entre essas a habilidade da mulher de manter sua independência com relação à sua família,

²⁸⁸ STARK, Barbara. International surrogacy: transnational surrogacy and international human rights law. **Journal of International & Comparative Law**, [S.l.], v. 18, p. 369, 2011-2012. Disponível em: <<https://goo.gl/3jo1eR>>. Acesso em: 05 set. 2016. Documento com acesso exclusive mediante senha.

²⁸⁹ CHOUDHURY, Cyra Akila. The political economy and legal regulation of transnational commercial surrogate labor. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, [S.l.], v. 48, p. 40, 2015.

acesso a educação e recurso legais, e o estabelecimento de igualdade protegido pelas agências americanas de gestação de substituição.²⁹⁰

Existem várias questões que podem surgir nos acordos de gestação de substituição. Em um caso levado a corte as partes requereram que o casal biologicamente relacionado com a criança, mas gestado através de gestação de substituição, pudesse ter seus nomes na certidão de nascimento da criança. Todas as partes envolvidas poderiam ser listadas como parentes legais na certidão de nascimento. Entretanto o advogado geral do Estado de New Jersey se opôs ao requerimento dos parentes biológicos em acordo anterior ao nascimento da criança, em razão de que a lei nesse estado proíbe uma mãe de abrir mão de seus direitos antes de 72 horas após o nascimento da criança e a política pública do Estado de New Jersey foi expressa pela Suprema Corte de New Jersey no caso Baby M, decidido em 1998²⁹¹. Considerando a lei e as decisões de outros estados, a corte decidiu não aceitar o pedido das partes, mas aceitando que o nome dos pais biológicos fosse colocado na certidão de nascimento da criança após 72 horas do nascimento, conforme a lei do estado. Para que se possa entender a questão analisada nesse caso, deve-se verificar a lei no local e em outros estados referente as políticas públicas e suas implicações na questão da gestação de substituição.

As partes do referido caso arguiram que a gestante não possuía qualquer vínculo biológico com a criança, razão pela qual não teria direito sobre o feto. Para suportar essa posição foram citados os procedimentos adotados na Califórnia e Massachussetts, onde as cortes aceitam os acordos pré-nascimento bem como na Flórida, onde a gestação de substituição possui lei própria.

O primeiro caso na Califórnia relacionado a um contrato gestação de substituição foi Johnson v. Calvert decidido em 1993.²⁹² No referido caso o Sr. e a Sra. Calvert não podiam ter filhos e a senhora Johnson voluntariamente se ofereceu para gestar um embrião para eles. As partes concordaram que a Sra. Johnson abriria mão de seus direitos sobre a criança em favos do casal Calvert. O casal pagaria o valor de

²⁹⁰ CHOUDHURY, Cyra Akila. The political economy and legal regulation of transnational commercial surrogate labor. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, [S.l.], v. 48, p. 47, 2015.

²⁹¹ NEW JERSEY. Supreme Court. *In Re Baby M*, February 3, 1988, Disponível em: <<https://goo.gl/Xaer5j>>. Acesso em: 05 set. 2016. Documento com acesso exclusivo mediante senha.

²⁹² CALIFORNIA. Supreme Court. *Johnson v. Calvert*, 5 Cal.4th 84, 19 Cal.Rptr.2d 494, 851 P.2d 776, cert. denied 510 U.S. 874, 114 S.Ct. 206, 126 L.Ed.2d 163, cert. dismissed 510 U.S. 938, 114 S.Ct. 374, 126 L.Ed.2d 324, 1993. Disponível em: <<https://goo.gl/vpTkyf>>. Disponível em: 05 set. 2016. Documento com acesso exclusivo mediante senha.

U\$10.000,00 (dez mil dólares) e ainda um seguro de vida para Sra. Johnson com uma cobertura de U\$200.000,00 (duzentos mil dólares). A relação entre as partes se deteriorou a partir do momento em que o casal soube que a Sra. Johnson teve abortos espontâneos e deu a luz a natimortos e essa descobriu que o casal nunca fez o seguro de vida para ela. A Sra. Johnson ingressou com uma ação para obter o pagamento do valor pactuado e ameaçou ficar com a criança caso o casal não pagasse o referido valor. Todas as partes requereram judicialmente a declaração de parentes legais da criança ainda não nascida e ainda a Sra. Calvet e a Sra. Johnson requereram a declaração de maternidade sobre a criança ainda não nascida. A Suprema Corte da Califórnia declarou que a gestante não tinha direitos parentais com relação a criança que estava gestando, uma vez que não havia qualquer vínculo biológico entre elas. A corte deu um peso substancial ao fato de que o casal tinha a intenção de ter uma criança e criar essa, não tendo havido qualquer doação de embrião para a Sra. Johnson. Mas apenas com a intenção do casal a criança não existiria. Através da decisão da Sra. Johnson de gestar o embrião foi possível realizar a intenção dos Calvet. A corte concluiu que a mãe legal era a mulher que possuía a intensão de ter uma criança a partir da concepção da criança e a intensão de criar essa criança. A questão relativa ao acordo anterior ao nascimento foi discutida no caso, mas o processo terminou após o nascimento da criança.

Como na Califórnia e em New Jersey, Massachusetts não tem lei diretamente endereçada a ordens anteriores ao nascimento. Apenas dois casos relativos a essa questão foram julgados e nenhum caso é completamente de acordo com a questão que está sendo analisada. Em uma das decisões houve implicitamente a permissão da emissão de uma ordem antes do nascimento. No caso *R.R. v. M.H. & another*, decidido em 1998, a Suprema Corte de Massachusetts entendeu um contrato de gestação de substituição pode ser invalidado porque esse tipo de acordo força a mãe a desistir da custódia da criança antes do nascimento. Porém a corte refere a distinção entre a tradicional gestação de substituição (*traditional surrogacy*) e a gestação de substituição pura (*gestacional surrogacy*), destacando que as duas formas envolvem diferentes considerações e na última referida não seria a mãe da criança que gesta essa.²⁹³ Um ano mais tarde a mesma corte entendeu no caso *Smith v. Brown* que a

²⁹³ MASSACHUSETTS. Supreme Court. **R.R. v. M.H. & another**. 1998, v. 426, p. 501, 689, North Eastern Reporter, Second Series. Disponível em: < <https://goo.gl/etpa3S>>. Acesso em: 05 set. 2016. Documento com acesso exclusivo mediante senha.

decisão da corte de família fosse válida. Enquanto não decidiu diretamente sobre a questão de uma ordem anterior ao nascimento, a corte comentou que o procedimento usado pela corte de família para entrar com uma ordem anterior ao nascimento foi incorreto e então implicitamente ratificou a entrada de uma ordem anterior ao nascimento enquanto não concordou com o método.²⁹⁴

Na Florida existem leis que regulam a gestação de substituição, sendo que nesse estado será analisado com maior detalhamento em capítulo posterior.

Vários estados baniram os contratos de gestação de substituição em razão de considerarem contrários as políticas públicas, independente do pagamento ou não pelo serviço efetuado. Entre estes se pode citar Nova York, Michigan e Arizona. Washington, Louisiana, Nebraska e Kentucky proíbem os contratos em que há a compensação como elemento.²⁹⁵ Entretanto, as cortes nesses estados podem permitir os contratos de gestação de substituição onde não compensação financeira.

A Suprema corte de New Jersey esteve em contato com a questão da gestação de substituição pela primeira vez no caso *Baby M* (In re Baby M, 1988), sendo esse caso o primeiro com repercussão nacional nos EUA.

No referido caso o Casal Stern entrou em um contrato de gestação de substituição com Sra. Whitehead, a qual concordou por um valor de U\$10.000,00 (dez mil dólares) ser inseminada com o sêmen do Sr. Stern e após o nascimento da criança, extinguir seus direitos sobre a criança após o nascimento, para que o casal Stern pudesse adotar a criança. O litígio começou quando a Sra. Whitehead se negou a entregar a criança. A corte, em uma decisão emitida pelo juiz Wilentz decidiu que o contrato de gestação de substituição é nulo porque é contrário a política pública e ainda está em conflito direto com as leis existentes. A corte ainda entendeu que havia coerção no contrato uma vez que a Sra. Whitehead foi forçada a entregar a desistir de sua criança antes da concepção. O juiz ainda escreveu que o efeito do contrato estabelecia um exclusivo direito do pai sobre a criança, destruindo qualquer direito da mãe sobre essa. Aparentemente o maior problema encontrado pela corte foi o

²⁹⁴ MASSACHUSSETS. Supreme Court. **Smith v. Brown**. v. 430, p. 1005, 1999. North Eastern Reporter, Second Series, Disponível em: <<https://goo.gl/Vcq2rw>>. Acesso em: 05 set.2016. Documento com acesso exclusivo mediante senha.

²⁹⁵ WASHINGTON. **Rev. Code Ann §§ 26.26.230-26.26.240**. West, 1997. Disponível em: <<https://goo.gl/2NPLj6>>. Acesso em: 05 set. 2016. LOUISIANA. **La.Rev.Stat. Ann.** § 9:2713 (West 1991). Disponível em: <<https://goo.gl/sl2jgO>>. Acesso em: 05 set. 2016. NEBRASKA. **Neb. Rev. Stat §§ 25-21**, 200, 1995. Disponível em: <<https://goo.gl/k4FIL8>>. Acesso em: 05 set. 2016. Documento com acesso exclusivo mediante senha.

pagamento de U\$10.000 (dez mil dólares) feito pelos Sterns pelo óvulo e a gestação, ligando as partes a permuta do bebê. A corte ainda expressou dúvida em relação aos acordos de gestação de substituição, quando não envolvem compensação. Houve ainda a manifestação do Chefe de justiça Wilentz que esse tipo de contrato explora a necessidade financeira da mulher, promovendo uma ajuda econômica em troca de seu filho. Embora o idealismo possa ter motivado os participantes, o motivo predominante que governou a transação foi econômico. A corte enfatizou ainda que não há ofensa a presente lei quando a mulher voluntariamente e sem acordo de pagamento concorda em servir de gestante de substituição, sem estar sujeita a um contato executável para entrega da criança. A Suprema corte de New Jersey considerou que o contrato de gestação de substituição conflita com as leis que proíbem o uso de dinheiro em conexão com adoções, leis requerendo prova da inaptidão parental ou abandono antes de extinguir os direitos parentais e ordenar a adoção e leis fazendo a entrega da custódia da criança e consentimento para adoção revogável com relação a adoções privadas. Considerou ainda que o contrato é contrário à política pública do estado. O melhor interesse da criança justificou que a custódia ficasse com o pai natural e a mãe ficasse com o direito de visitação.

Estudiosos sugerem que o direito de procriar inclui o direito de ter seu descendente geneticamente relacionado, seja através de relação sexual ou técnicas de reprodução assistida. Neste sentido se poderia concluir que o estado estaria violando esse direito se impusesse a total ilegalidade da gestação de substituição.²⁹⁶

Existem muitos argumentos a favor e contra a gestação de substituição. A questão contratual por exemplo traz uma série de questionamentos com relação a qual lei aplicar a esses casos. Seria possível a aplicação direta das leis contratuais utilizadas no comércio de serviços e produtos, por exemplo? Outras leis poderiam ser aplicadas nos casos em que a corte tivesse que decidir, tais como Direito Constitucional, Direito Contratual, Direito Criminal e ainda as leis regulamento às adoções. Se considerarmos apenas as regras contratuais, poderíamos concluir que os contratos de gestação de substituição seriam executáveis. Ocorre que mesmo o

²⁹⁶ AREEN, Judith; SPINDELMAN, Marc; TSOUKALA, Philomena. **Family law, cases and materials**. New York: Foundation Press, 2012. p. 594.

direito contratual tem exceções tais como exploração ou *unconscionability*, que torna o contrato não obrigatório.²⁹⁷

Argumentos constitucionais podem ser formulados tanto para defender a ideia de que os contratos de gestação de substituição são executáveis como para bani-los. Se a Constituição dos EUA protegesse os contratos gestação de substituição, as leis e as cortes estaduais não poderiam proibi-los ou considerá-los contrário a lei. Considerando que a Constituição não protege esse tipo de contrato, os estados poderiam proteger ou proibir esses negócios jurídicos. A contrário sensu, se a Constituição previsse como inconstitucional a execução desse tipo de negócio, seria criada a regra de que esses contratos seriam inexecutáveis em todos os estados.²⁹⁸

Um argumento comum de que os contratos de gestação de substituição são protegidos pela constituição está relacionado ao direito fundamental de procriar. Neste caso, o casal intencional ao fechar o acordo com a futura gestante estaria exercendo o referido direito. Nesta visão se poderia ainda argumentar que o direito à igual proteção está previsto na Constituição dos EUA, especificamente na XIV Emenda, e que haveria uma violação a essa igualdade ao não ser permitido a mulher que não pode gestar o direito de ter seu filho. A doutrina da igual proteção determina que o estado não pode arbitrariamente definir distinções entre pessoas na mesma situação, requerendo substanciais razões para justificar distinções que interfiram nos direitos fundamentais dessas. Um outro argumento relativo a igual proteção refere ao proibir o contrato de gestação de substituição, o estado estaria tratando de maneira desigual os casais inférteis, uma vez que admitem que casais se utilizem de inseminação artificial quando o homem é estéril, mas não permitem a gestação de substituição quando a estéril é a mulher. A questão a ser verificada esta na diferença entre os referidos arranjos. Se por um lado o doador de sêmen participaria somente na entrega do material, no caso da gestação de substituição as obrigações da gestante seriam muito maiores. Gestar por nove meses, enfrentar o trabalho de parte e entregar a criança, são exigências bem maiores do que simplesmente doar sêmen. Neste sentido, se poderia aceitar que o estado tivesse um tratamento diferenciado para essas duas formas de procriação. A questão está no balanço entre a ameaça e o

²⁹⁷ FIELD, Martha A. **Surrogate motherhood**: the legal and human issues. Cambridge: Harvard University Press, 1990. p. 15.

²⁹⁸ FIELD, Martha A. **Surrogate motherhood**: the legal and human issues. Cambridge: Harvard University Press, 1990. p. 46.

benefício neste tipo de acordo, para que possa sustentar a alegação de constitucionalidade do contrato ao invés de simplesmente considerar uma questão de política pública.²⁹⁹

Como não existe uma lei federal regulamentando a gestação de substituição ou uma decisão da Suprema Corte dos EUA quanto a constitucionalidade ou não destes acordos, os Estados têm decidido de acordo com seus interesses e valores. O resultado é uma heterogeneidade de tratamento nessas questões. Da total ilegalidade, considerando algumas vezes até crime esta prática, até a total legalidade com leis que regulamentam os requisitos e obrigação das partes.

No ano de 2016 um caso ganhou repercussão internacional em razão de que uma gestante de substituição se negou a fazer um aborto de um dos três fetos que ela estava gestando. Ela ajuizou uma ação requerendo a inconstitucionalidade da lei da Califórnia. O pai intencional arguiu a cobrança por danos para caso a gestante não faça o aborto, relacionando a disposição contratual que previa essa possibilidade. A gestante está arguindo que o contrato com o pai biológico viola o devido processo legal e o direito à igualdade que é protegido pela Constituição dos Estados Unidos da América. Ela está requerendo ainda a custódia da criança quando do nascimento. Não há até o momento decisão sobre este caso.³⁰⁰

Houve, a partir de 1973, uma tentativa de uniformização de questões ligadas ao direito de família. Surgiu então o *Uniform Parentage Act* para determinação de parentesco, ações de paternidade e alimentos. Essa iniciativa ocorreu após a Suprema Corte decidir no sentido de eliminação das barreiras anteriormente existentes que diferenciavam os filhos, dependendo se fossem frutos de um casamento ou não, ou mesmo adoção. O artigo 7 do referido documento foi introduzido posteriormente para regular o parentesco de uma criança nascida através de técnicas de reprodução assistida. Neste sentido o homem e a mulher que consentem em utilizarem essas técnicas, e a mulher que dá a luz a criança resultado

²⁹⁹ FIELD, Martha A. **Surrogate motherhood**: the legal and human issues. Cambridge: Harvard University Press, 1990. p. 48.

³⁰⁰ LAHL, Jennifer. Statement from CBC president Jennifer Lahl on Melissa Cook's Landmark surrogacy case. **The Center for Bioethics and Culture**, [S.l.], Jan. 5, 2016 Disponível em: <<http://www.cbc-network.org/2016/01/statement-from-cbc-president-jennifer-lahl-on-melissa-cooks-landmark-surrogacy-case/>>. Acesso em: 05 set. 2016 e CAMPANILE, Carl. Surrogate carrying triplets sues to stop forced abortion. **New York Post**, New York, Jan 4, 2016. Disponível em: <<http://nypost.com/2016/01/04/surrogate-mom-carrying-triplets-sues-to-stop-forced-abortion/>>. Acesso em: 05 set. 2016.

seriam os parentes legais. Os doadores de semên e óvulos não teriam qualquer direito sobre a criança resultado.³⁰¹

O artigo 8 do mesmo documento se refere aos acordos de gestação de substituição. Este artigo é considerado opcional para os Estados que resolvam adotar as regras sugeridas pelo *Uniform Parentage Act*. Foi introduzido em 2002, e em razão da divergência entre os Estados relativo a essa matéria, foi considerado opcional sua adoção. Nesses acordos há a gestante de substituição, o casal intencional, e a criança relacionada geneticamente com pelo menos um dos parentes intencionais. A mulher que gesta a criança não é a mãe legal, o que excepciona a regra geral, e os parentes intencionais são os parentes legais da criança resultado. A regra introduzida neste artigo requer que a Corte examine a validade do acordo antes desse ser executável. Todas as partes envolvidas deverão consentir com os termos e se a gestante de substituição for casada o seu marido deverá consentir igualmente. A Corte irá verificar a qualificação dos envolvidos para serem parentes, a gestante de substituição poderá ser compensada financeiramente e possui o poder de terminar o acordo.³⁰²

Salienta-se que o Uniform Parentage Act é um documento criado por uma comissão para ajudar os Estados a uniformizar a matéria. Não há qualquer obrigatoriedade por parte dos Estados em adotarem as regras sugeridas.

Os EUA possuem um sistema jurídico dotando os estados de uma grande autonomia frente a federação. Diante dessa realidade foi necessária a escolha de alguns estados para realizar a pesquisa sobre a gestação de substituição. Os estados escolhidos foram Florida, Nova York e Califórnia.

3.4.1 A Gestação de Substituição na Florida

O estado da Florida possui legislação para regulamentar a gestação de substituição. Tanto a tradicional gestação de substituição como a puramente

³⁰¹ THE NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. Uniform Law Commissioners **Parentage act summary**. Chicago, 2016. Disponível em: <<http://www.uniformlaws.org/ActSummary.aspx?title=Parentage%20Act>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

³⁰² THE NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. Uniform Law Commissioners **Parentage act summary**. Chicago, 2016. Disponível em: <<http://www.uniformlaws.org/ActSummary.aspx?title=Parentage%20Act>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

gestacional são aceitas nesse estado. O capítulo 63 da lei da Florida, seção 63.213³⁰³ regulamenta o chamado acordo de adoção pre-planejada, que corresponde a tradicional gestação de substituição. Já o capítulo 742, seção 742.14³⁰⁴ regulamenta o contrato de gestação de substituição que corresponde aos casos de gestação de substituição puramente gestacional. Há ainda a previsão de que nos casos de doação de óvulos, sêmen e preembriões o doador renunciará aos direitos e obrigações relativas a doação bem como relativa a criança resultante. A exceção a esta renúncia aplica-se apenas aos casos de gestação de substituição e de adoção pré-planejada.³⁰⁵

Nos casos de acordo de adoção pré-planejada deverá haver uma revisão e aprovação pelo Poder Judiciário quando da adoção da criança. O acordo deverá conter que a mãe voluntária concorda em ficar grávida através das técnicas especificadas no contrato, gestar a criança e extinguir seus direitos e responsabilidades de genitora relativos a criança, dando um consentimento escrito no mesmo momento como o pre-planejado acordo de adoção. Esse acordo está sujeito à rescisão por parte da mãe voluntária até 48 horas após o nascimento da criança, se essa estiver relacionada biologicamente com essa. Deverá ainda haver a concordância da mãe voluntária em se submeter a avaliação medica e tratamento se necessário, seguindo as orientações médicas relativas ao pré natal. A mãe voluntária deverá ter no mínimo 18 anos e reconhecer ainda que no caso dos planejados pais extinguiem o acordo antes do nascimento da criança ou mesmo no caso da corte não aprovar a adoção, a gestante deverá assumir todos os direitos e obrigações decorrentes da maternidade, se houver vínculo biológico com a criança.

Por outro lado, havendo vínculo biológico com o planejado pai, esse deverá assumir todos os direitos e obrigações relativos a paternidade, independente da extinção do acordo.

³⁰³ FLORIDA. State of Florida. **The 2016 Florida Statutes**. Title VI, Chapter 63, section 63.213 preplanned adoption agreement. Disponível em: <http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0000-0099/0063/Sections/0063.213.html>. Acesso em: 16 ago. 2016.

³⁰⁴ FLORIDA. State of Florida. **The 2016 Florida Statutes**. Title XLII, Chapter 742, section 742.15 Gestational surrogacy contract. Disponível em: <http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&URL=0700-0799/0742/0742.html>. Acesso em: 05 set. 2016.

³⁰⁵ Donation of eggs, sperm, or preembryos.—The donor of any egg, sperm, or preembryo, other than the commissioning couple or a father who has executed a preplanned adoption agreement under s. 63.213, shall relinquish all maternal or paternal rights and obligations with respect to the donation or the resulting children. Only reasonable compensation directly related to the donation of eggs, sperm, and preembryos shall be permitted. FLORIDA. State of Florida. **The 2016 Florida Statutes**. Title XLII, Chapter 742, section 742.14 Donation of eggs, sperm, or preembryos. Disponível em: <http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0700-0799/0742/Sections/0742.14.html>. Acesso em: 05 set. 2016.

O acordo ainda deverá estabelecer o valor a ser pago para a mãe voluntária que deverá ser o suficiente para as despesas e perdas da gestante relacionadas à gestação e nascimento da criança, bem como pelo inconveniente, desconforto e risco médico. Nenhuma outra compensação é permitida pela referida lei. Não poderão ser pagos valores relativos ao agenciamento ou intermediários, tais como advogados ou outros profissionais pelo serviço de procurar voluntários para esse tipo de acordo. Interessante ainda referir que havendo advogado que represente a mãe e pai planejados, esse não poderá prestar serviços para a mãe voluntária relativo a adoção pre-planejada.

Nos contratos de gestação de substituição, a lei estabelece diversos requisitos para que esse seja executável. A gestante deverá ter 18 anos ou mais e o casal que ficará com a criança deverá ter 18 anos ou mais e ainda serem casados legalmente. Há ainda o requisito de que a mulher que está contratando não possa gestar a criança em razão de problemas médicos que tragam risco para sua vida ou do feto. Após o nascimento da criança é previsto um procedimento judicial para transferir os direitos e obrigações para o casal contratante.³⁰⁶ A gestante deverá aceitar se submeter a avaliação médica e seguir as orientações do médico. Quanto ao valor a ser pago para a gestante deverá ser o razoável para pagar por despesas regulares, legais, médicas e psicológicas relacionadas diretamente a gestação e o período pós parto.

Apesar da lei estabelecer determinados critérios específicos para que o contrato de gestação de substituição seja executável, vários casos que chegam ao judiciário criam novas situações que necessitam ser solucionadas.

No caso *A.A.B. v. B.O.C.* julgado pela Corte de Apelação do segundo distrito da Flórida em 2013 o pai biológico, que era conhecido da mãe biológica, concordou em cooperar em um procedimento de inseminação artificial (“do-it-yourself”) feita pela mãe biológica e sua parceira, sendo esta última irmã do pai biológico poderia ter a criança em conjunto, considerado como um mero doador de esperma na ótica da lei de inseminação artificial, afirmando não ter direitos de pai após o nascimento da

³⁰⁶ Esse procedimento está descrito na lei na seção 742.16. FLORIDA. State of Florida. **The 2016 Florida Statutes**. Title XLII, Chapter 742, section 742.16 Expedited affirmation of parental status for gestational surrogacy. Disponível em: <http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?mode=View%20Statutes&SubMenu=1&App_mode=Display_Statute&Search_String=742.16&URL=0700-0799/0742/Sections/0742.16.html>. Acesso em: 05 set. 2016.

criança, pois o estatuto não requer que a inseminação artificial tenha ocorrido.³⁰⁷ A mãe biológica A.A.B. apelou do julgamento de paternidade que deu os respectivos direitos à B.O.C. com relação a criança C.D.B. que foi concebida através de inseminação artificial. A apelação teve como base a seção 742.14³⁰⁸ da lei da Flórida que estabelece que o doador de sêmen não tem direitos de pai relativo a criança gerada. A apelante e sua parceira viviam juntas e decidiram ter uma criança em conjunto. Pediram a B.O.C. que doasse seu esperma para que fosse utilizado em uma inseminação artificial (do it yourself). A.A.B. e sua parceira S.C. assumiram todas as responsabilidades relativas ao pré-natal. Quando a criança nasceu, B.O.C. vivia em outro estado e não assumiu as funções parentais relativas à criança. Três anos mais tarde A.A.B. e S.C. terminaram seu relacionamento, mas continuaram a dividir o papel parental com a criança, inclusive dividindo sua custódia. Entretanto a relação entre elas se deteriorou e A.A.B. não permitiu mais que S.C tivesse nenhum contato com a criança. Foi então que B.O.C. ingressou com uma ação para requerer a paternidade e o direito de visitação relativo a criança. Na decisão do juiz singular houve o reconhecimento da paternidade com os direitos e obrigações relativos a esta. Desta decisão houve o recurso para que fosse aplicada a lei relativa à doação de sêmen (742.14) que determina não haver qualquer direito relativo à criança para aquele que doou seu sêmen. A questão trazida diz respeito não haver contrato escrito entre as partes que estabelecesse a doação, bem como no procedimento o não foi realizado em clínica própria. Em razão desses fatos, o juiz singular entendeu que não poderia ser aplicado a seção 742.14 da lei da Flórida. Na decisão da corte de apelação houve o reconhecimento de que não há necessidade de que a inseminação seja feita em local próprio, podendo ocorrer fora de laboratório. A referida lei estabelece duas exceções para que o doador possa manter seus direitos sobre a criança: os contratantes de gestação de substituição e os casos de adoção pré-planejada. O caso analisado demonstrou que não havia qualquer relação entre as partes tal como um

³⁰⁷ FLORIDA. Court of Appeal. A.A.B. v. B.O.C. **Southern Reporter**, Third Series, v. 112, 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/VBpdVp>>. Acesso em: 05 set. 2016. Documento com acesso exclusivo mediante senha.

³⁰⁸ FLORIDA. State of Florida. **The 2016 Florida Statutes**. Title VI, Chapter 63, section 63.213 Preplanned adoption agreement. Disponível em: <http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0000-0099/0063/Sections/0063.213.html>. Acesso em 05 de setembro de 2016.

³⁰⁸ FLORIDA. State of Florida. **The 2016 Florida Statutes**. Title XLII, Chapter 742, section 742.15 Gestational surrogacy contract. Disponível em: <http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&URL=0700-0799/0742/0742.html>. Acesso em: 05 set. 2016.

casal que estivesse planejando ter um filho tal como nos casos de gestação de substituição. O que os fatos demonstraram é que o apelado apenas doou seu sêmen para que a apelante pudesse ficar grávida. Neste sentido deve ser aplicada a seção 742.14, não havendo qualquer vínculo de paternidade entre a criança e o pai biológico.

Em outro caso julgado na Flórida em 2013 a mãe biológica de uma criança, que doou o óvulo para a mãe de nascimento ingressou com uma ação para ter seus direitos reconhecidos. Havia entre elas uma relação como um casal de mesmo sexo. O requerimento feito pela autora incluía o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei que determina que a doadora de óvulo abre mão de seus direitos sobre a criança. A ação foi julgada improcedente pelo juiz singular, havendo apelação por parte da autora. A corte de apelação reverteu a decisão entendendo que a lei seria inconstitucional se aplicada ao caso julgado.³⁰⁹

No caso descrito, havia uma relação entre a mãe biológica e a mãe de nascimento. A criança foi concebida com o óvulo da uma mãe biológica e o sêmen de um doador e o embrião implantado no útero de mãe de nascimento. As duas estavam envolvidas em uma relação duradoura e pretendiam criar a criança em conjunto. A criança foi concebida através de reprodução assistida, e após o nascimento a criança teve seu sobrenome com a utilização do nome das mães, o que demonstrou a intenção dessas. Em havendo a aplicação da lei que determina que aquele que doa óvulo está abrindo mão de seus direitos sobre a possível criança, haverá uma inconstitucionalidade com relação ao caso, pois estaria infringindo os direitos parentais de T.M.H. que ao disponibilizar seu óvulo para o casal, queria ter e criar uma família. A corte ainda, certificou que a questão era de grande importância social. Concluíram que neste caso a lei seria inconstitucional pois estaria violando o devido processo legal previsto na Constituição dos EUA e ainda estaria violando o devido processo legal e privacidade prevista na Constituição da Flórida. Haveria ainda uma violação ao direito à igualdade, que está previsto, tanto à nível federal como estadual. Em conclusão com relação ao pai biológico, há um direito fundamental em ser pai, protegido pela Constituição dos EUA e da Flórida, quando demonstrado que a intenção deste é criar a criança assumindo as responsabilidades parentais. No caso analisado, não havia essa intenção por parte do pai biológico. Em razão da aplicação

³⁰⁹ FLORIDA. Supreme Court. D.M.T. v. T.M.H. **Southern Reporter**, Third Series, v. 129, 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/HPtYlt>>. Acesso em: 05 set. 2016. Documento com acesso exclusive mediante senha.

automática da seção 742.14, houve a privação do direito de T.M.H. de seu direito fundamental de ser mãe, havendo dessa forma, uma inconstitucionalidade diante das circunstâncias. Assim a lei é inconstitucional como aplicada diante das cláusulas do devido processo legal das Constituições da Flórida e dos EUA e ainda sob a provisão da igualdade prevista na Constituição da Flórida. Ainda com relação a combinação da seção 742.14 e 742.13(a), que restringe a definição do casal (pai/mãe) pais intencional (commissioning couple) há violação estadual e federal a proteção dada aos casais de mesmo sexo.

Em uma análise quanto à constitucionalidade da seção 742.14 e a correspondente provisão da seção 742.13 que define o casal intencional, de acordo com o caso anteriormente referido, os argumentos quanto o devido processo legal e a privacidade que são aplicados na lei da reprodução assistida abriga um direito fundamental de ser pai/mãe. Pode-se endereçar ainda o argumento da igual proteção, que na combinação das seções anteriormente referidas, cria uma inconstitucionalidade baseada em uma classificação baseada na orientação sexual. Neste sentido a seção 742.14 é inconstitucional quando aplicada nesta base factual tanto em relação à Constituição da Florida, quanto a dos EUA.

Pode-se referir que os indivíduos tem um direito fundamental constitucionalmente protegido de procriar e ser pai/mãe de uma criança. Esse direito foi reconhecido no caso *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57, 65, 120 S.Ct 2054, 147 L.Ed.2d 49 (2000), referindo que o interesse dos parentes em cuidar, ter a custódia e controlar a criança é talvez o mais antigo direito à liberdade reconhecido.³¹⁰

Seguindo a análise quanto à inconstitucionalidade da lei da Florida a corte entendeu ainda que o direito fundamental de ter uma criança é tão básico e inseparável dos direitos de aproveitar e defender a vida e a liberdade, bem como da busca da felicidade. As Constituições protegem os indivíduos com relação às

³¹⁰ "The liberty interest at issue in this case -- the interest of parents in the care, custody, and control of their children -- is perhaps the oldest of the fundamental liberty interests recognized by this Court. More than 75 years ago, in *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 399, 401, 67 L. Ed. 1042, 43 S. Ct. 625 (1923), we held that the "liberty" protected by the Due Process Clause includes the right of parents to "establish a home and bring up children" and "to control the education of their own." Two years later, in *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, 534-535, 69 L. Ed. 1070, 45 S. Ct. 571 (1925), we again held that the "liberty of parents and guardians" includes the right "to direct the upbringing and education of children under their control." WASHINGTON. Supreme Court of United States. *Troxel v. Granville*. **United States Reporter**, v. 530, p. 57, 65, 120, 2000. Disponível em: <<https://goo.gl/eh1LgC>>. Acesso em: 05 set. 2016. Documento com acesso exclusive mediante senha.

arbitrariedades governamentais relativas ao direito a vida, liberdade e propriedade.³¹¹A Constituição da Flórida ainda contem uma proteção à privacidade, declarando que o indivíduo tem o direito de ficar sozinho e livre da interferência estatal com relação a sua vida privada.³¹² A Corte interpretou a provisão de privacidade incluindo uma proteção especial contra o estado, para que este não interfira no direito fundamental dos pais de criar uma criança, excepcionando apenas os casos em que a criança é ameaçada ou prejudicada. Neste sentido se pode entender que no estado da Flórida há um direito fundamental individual de liberdade constitucionalmente protegido pela provisão de privacidade. No caso do pai biológico, a Corte entendeu que o direito fundamental de ser pai estaria protegido se o pai demonstrasse um total compromisso e responsabilidade com a criança.

Em outro caso decidido na Flórida foi decidido que aquele que doa seu sêmen não tem direitos sobre a criança eventualmente gerada. Lucas doou seu sêmen para Lamarita e o contrato entre eles estabeleceu que ela poderia ficar grávida através de inseminação artificial e ter sua descendência. O contrato ainda previu que o doador não teria qualquer direito ou obrigação sobre a criança gerada e ambas as partes estariam encerradas com relação ao estabelecimento de qualquer direito ou obrigação relativa a ação que determine a paternidade de qualquer criança. Apesar de expressamente definido no contrato esses termos, após o nascimento de dois meninos, o doador ingressou com uma ação para ter sua paternidade reconhecida. Na defesa Lamarita alegou que o contrato estabelecido entre eles não dá qualquer direito a Lucas sobre as crianças geradas.

O Sr. Lucas convenceu a Corte de julgamento que emitisse uma ordem de teste de paternidade para evitar o litígio se a criança não fosse seu filho. Em recurso houve a suspensão da ordem em razão da aplicação da lei relativa à doação de sêmen que extingue os direitos sobre a criança daquele que doou seu sêmen. Em outro caso julgado em 1998 (L.A.L. v. D.A.L., 714 So.2d 595, 596 - Fla. 2d DCA 1998), a corte já havia anulado uma ordem de exame de paternidade da mesma forma que no caso de

³¹¹ Amend. XIV, § 1 (“[N]or shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law.”). UNITED STATES. Constitution (1866). **The US Constitution**: 14th Amendment. Disponível em: <http://www.14thamendment.us/amendment/14th_amendment.html>. Acesso em: 24 ago. 2016 and Constitution of State of Florida, art. I, § 9, (“No person shall be deprived of life, liberty or property without due process of law”). FLORIDA. Constitution (1968). **Constitution of the State of Florida**. Disponível em: <<http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?submenu=3>>. Acesso em: 05 set. 2016. Documento com acesso exclusivo mediante senha.

³¹² Constitution. Art. I, § 23. FLORIDA. Constitution (1968). **Constitution of the State of Florida**. Disponível em <<http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?submenu=3>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

Lamarita. A decisão considerou que a seção 714.14, Florida Statute³¹³ é constitucionalmente aplicável aos fatos narrados no litígio. A questão relativa à determinação se o doador é ou não pai biológico das crianças, não dará direitos sobre essas. No caso Lamarita, a corte considerou que o contrato estabelecido entre as partes é executável de acordo com a lei. Outro argumento utilizado para tentar impedir a aplicação da referida lei, foi a alegação de que as partes se enquadrariam como parentes intencionais da criança. A definição de “*commissioning couple*” está da seção 742.13, Florida Statutes.³¹⁴ A Corte decidiu que não havia nenhum tipo de relação entre as partes que os enquadrasse na referida definição. A única intenção verificada é de que Lucas iria doar seu sêmen para ser artificialmente inseminado na Sra. Lamarita. Desta forma, conforme previsto na lei da Florida e no contrato estabelecido entre as partes, não há vínculo de parentesco entre a criança e aquele que doa seu sêmen. Independente das partes concordarem em estabelecer visitação posterior entre a criança e o doador como um direito a alguém que não é parente, a corte entendeu que esta parte do acordo não é executável.³¹⁵

Segundo a pesquisa realizada por Choudhury³¹⁶, a regulamentação da gestação de substituição na Flórida segue o quadro abaixo:

Quadro 2 - Selected Legislated Surrogacy Regulation by Florida

³¹³ FLORIDA. State of Florida. **The 2016 Florida Statutes**. Title XLII, Chapter 742, section 742.14 Donation of eggs, sperm, or preembryos Disponível em: <http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0700-0799/0742/Sections/0742.14.html>. Acesso em: 05 set. 2016.

³¹⁴ Commissioning couple is defined in the statute as “the intended mother and father of a child who will be conceived by means of assisted reproductive technology using the eggs or sperm of at least one of the intended parents.” § 742.13(2). FLORIDA. State of Florida. **The 2016 Florida Statutes**. Florida Statutes. Title XLII, Chapter 742, section 742.13, Determination of parentage, Disponível em: <http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0700-0799/0742/Sections/0742.13.html>. Acesso em: 05 set. 2016.

³¹⁵ A seção 742.14 da Lei da Flórida determina: “The donor of any egg, sperm, or preembryo, other than the commissioning couple or a father who has executed a preplanned adoption agreement under s. 63.212, shall relinquish all maternal or paternal rights and obligations with respect to the donation or the resulting children.” FLORIDA. State of Florida. **The 2016 Florida Statutes**. Title XLII, Chapter 742, section 742.14 Donation of eggs, sperm, or preembryos Disponível em: <http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0700-0799/0742/Sections/0742.14.html>. Acesso em: 05 set. 2016.

³¹⁶ CHOUDHURY, Cyra Akila. The political economy and legal regulation of transnational commercial surrogate labor. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, [S.l.], v. 48, p. 43. 2015.

State	Commissioning Parent	Surrogate	Courts
FLORIDA	<ul style="list-style-type: none"> • One parente must be genetically related. • Commissioning mother must show she cannot maintain pregnancy. • Limits types of payments. 	<ul style="list-style-type: none"> • Must be at least 18. • Undergo medical evaluation. • Relinquishes her rights upon birth. • Is default parente if neither commissioning parente is genetically related to child. • Intend parentes must take child regardless of any imparment 	*

Fonte: Elaborado pela autora.

Nota:* Conforme os casos apresentados anteriormente, as Cortes da Flórida têm decidido questões que trazem ao julgamento a análise relativa aos requisitos legais relativos à gestação de substituição. Não foi localizado o nenhum caso que diretamente decidisse sobre uma gestação de substituição propriamente dita.

3.4.2 A Gestação de Substituição no Estado de Nova York

No Estado de Nova York os contratos de gestação de substituição são considerados contrários às políticas públicas.³¹⁷ Com relação às agencias ou pessoas que participam dos acordos de gestação de substituição, há previsão de penalidade cível, incluindo as partes do contato.³¹⁸

³¹⁷ Article 8 §122, Surrogate parenting contracts are hereby declared contrary to the public policy of this state, and are void and unenforceable. NEW YORK. **New York Domestic Relations Law**. New York. 2016. Disponível em: <<http://codes.findlaw.com/ny/domestic-relations-law/dom-sect-122.html#sthash.1Xh0QM74.dpuf>> Acesso em: 20 set. 2016.

³¹⁸ Article 8 §123. No person or other entity shall knowingly request, accept, receive, pay or give any fee, compensation or other remuneration, directly or indirectly, in connection with any surrogate parenting contract, or induce, arrange or otherwise assist in arranging a surrogate parenting contract for a fee, compensation or other remuneration, except for:

(a) payments in connection with the adoption of a child permitted by subdivision six of section three hundred seventy-four of the social services law and disclosed pursuant to subdivision eight of section one hundred fifteen of this chapter; or

(b) payments for reasonable and actual medical fees and hospital expenses for artificial insemination or in vitro fertilization services incurred by the mother in connection with the birth of the child.

2. (a) A birth mother or her husband, a genetic father and his wife, and, if the genetic mother is not the birth mother, the genetic mother and her husband who violate this section shall be subject to a civil penalty not to exceed five hundred dollars.

(b) Any other person or entity who or which induces, arranges or otherwise assists in the formation of a surrogate parenting contract for a fee, compensation or other remuneration or otherwise violates this section shall be subject to a civil penalty not to exceed ten thousand dollars and forfeiture to the state of any such fee, compensation or remuneration in accordance with the provisions of subdivision (a) of section seven thousand two hundred one of the civil practice law and rules, for the first such offense. Any person or entity who or which induces, arranges or otherwise assists in the formation of a surrogate parenting contract for a fee, compensation or other remuneration or otherwise violates this section, after having been once subject to a civil penalty for violating this section, shall be guilty of a felony. NEW YORK. **New York Domestic Relations Law**. New York. 2016. Disponível em: <<http://codes.findlaw.com/ny/domestic-relations-law/dom-sect-123.html#sthash.p9MD1gT8.dpuf>> Acesso em: 20 out. 2016.

A lei estabelece que independente do contrato estabelecido pelas partes, a participação da mãe de nascimento no acordo não lhe retira os direitos sobre a criança.³¹⁹

No caso *T.V. v New York State Dept. of Health*, decidido em 2010,³²⁰ antes do nascimento da criança através de gestação de substituição, os parentes genéticos e gestacionais ingressaram com uma ação para que a criança fosse declarada filha dos pais genéticos. O artigo 8 do *Domestic Relations Law*, proíbe a gestação de substituição com fins comerciais e impede que a gestante seja compelida a abrir mão de seus direitos sobre a criança. Outra lei Family Act §§ 517 and 542, permite que o pai genético obtenha a ordem de filiação. Neste caso a mãe genética teve que fazer uma histerectomia em razão de um tumor maligno, razão pela qual não poderia mais gestar uma criança. Em razão deste fato, de seu desejo de ter um filho, uma amiga próxima do casal ofereceu gestar um embrião gerado com o óvulo e espermatozoides do casal. Nenhum pagamento foi realizado e a gestação foi feita apenas em razão de compaixão, amizade e o desejo de assistir o casal a ter um filho biológico. As partes fizeram documentos que a gestante abrisse mão de qualquer direito sobre a criança. Após o período de cinco dias após o nascimento da criança, o hospital encaminhou a certidão de nascimento para o Departamento de Saúde de Nova York, que identificou a mãe gestacional como mãe e não identificou o pai. Antes do nascimento da criança as partes iniciaram esta ação para que houvesse o julgamento declarando os pais genéticos como pais legais da criança que estava sendo gestada, para que o certificado de nascimento constasse apenas os pais genéticos. Na primeira decisão ficou reconhecido o direito do pai biológico de constar como pai da criança na certidão

³¹⁹ Article 8 §124. In any action or proceeding involving a dispute between the birth mother and (i) the genetic father, (ii) the genetic mother, (iii) both the genetic father and genetic mother, or (iv) the parent or parents of the genetic father or genetic mother, regarding parental rights, status or obligations with respect to a child born pursuant to a surrogate parenting contract:

1. the court shall not consider the birth mother's participation in a surrogate parenting contract as adverse to her parental rights, status, or obligations; and

2. the court, having regard to the circumstances of the case and of the respective parties including the parties' relative ability to pay such fees and expenses, in its discretion and in the interests of justice, may award to either party reasonable and actual counsel fees and legal expenses incurred in connection with such action or proceeding. Such award may be made in the order or judgment by which the particular action or proceeding is finally determined, or by one or more orders from time to time before the final order or judgment, or by both such order or orders and the final order or judgment; provided, however, that in any dispute involving a birth mother who has executed a valid surrender or consent to the adoption, nothing in this section shall empower a court to make any award that it would not otherwise be empowered to direct. NEW YORK. **New York Domestic Relations Law**. New York. 2016. Disponível em: <<http://codes.findlaw.com/ny/domestic-relations-law/dom-sect-124.html#sthash.yedR8rSg.dpuf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

³²⁰ NEW YORK. Supreme Court. **T.V. v New York State Dept. of Health**. 2010. p. 1378. Disponível em: <<https://goo.gl/i1EZcq>>. Acesso em: 05 set. 2016. Documento com acesso exclusivo mediante senha.

de nascimento. A partes ainda alegaram que *Family Court Act* §§ 517 and 542 e o artigo 8 do *Domestic Relations Law* seriam inconstitucionais pois violariam o direito da mãe biológica com relação à igual proteção que está prevista na Constituição do Estado de Nova York e na dos EUA, uma vez que pai biológico obteve a ordem da corte de para que seu nome constasse na certidão de nascimento. Neste sentido haveria um impedimento para mãe biológica de ter o mesmo direito garantido, o que claramente estaria ferindo o direito de igualdade. Foi alegado ainda que o art. 8 do *Domestic Relations Law*, que proíbe a gestação de substituição com fins comerciais e impede que a gestante abra mão de seus direitos sobre a criança estaria violando o devido processo legal, se fosse entendido como uma presunção de que a mãe gestacional seria a mãe legal e que a mãe biológica estaria impedida de estabelecer seus direitos sobre a criança.

A alegação do *Department of Health* foi de que estaria claro que a mãe conforme o estabelecido no *Public Health Law* § 4130³²¹ era que a mulher que dá a luz é a mãe da criança. Desta forma estaria claro que a gestante seria a mãe da ³²²criança. Igualmente foi referido que o contrato estabelecido entre as partes seria nulo e inexecutável, mesmo que feito entre amigos e sem qualquer compensação. Por outro lado, houve a alegação dos autores de que a referida lei foi elaborada em uma época em que a mãe de um recém nascido era claramente identificada, sem precisar de uma declaração de maternidade, mas a corte tem autoridade para fazer essa

³²¹ NEW YORK. Public Health Law, § 4130. Births; registration. 1. Live birth is defined as the complete expulsion or extraction from its mother of a product of conception, irrespective of the duration of pregnancy, which, after such separation, breathes or shows any other evidence of life such as beating of the heart, pulsation of the umbilical cord, or definite movement of voluntary muscles, whether or not the umbilical cord has been cut or the placenta is attached; each product of such a birth is considered live born. 2. The birth of each child born alive in this state shall be registered within five days after the date of birth by filing with the registrar of the district in which the birth occurred a certificate of such birth, which certificate shall be upon the form prescribed therefor by the commissioner. 3. In each case where a physician or nurse-midwife was in attendance upon the birth, it shall be the duty of such physician or nurse-midwife to file said certificate. 4. In each case where there was no physician or nurse-midwife in attendance upon the birth, it shall be the duty of the father or mother of the child, the householder or owner of the premises where the birth occurred, or the director or person in charge of the public or private institution where the birth occurred, each in the order named, within five days after the date of such birth, to report to the local registrar the fact of such birth and to file said certificate. 5. When a birth occurs in a hospital, the person in charge of such hospital or his designated representative shall obtain the personal data, prepare the certificate, secure the signatures required by the certificate and file it with the registrar. The physician in attendance or a physician acting in his behalf shall certify to the facts of birth and provide the medical information required by the certificate within five days after the birth. NEW YORK. **Public Health Law**. § 4130. Mountain View, 2012. Disponível em: <<http://law.justia.com/codes/new-york/2012/pbh/article-41/title-3/4130>>. Acesso em: 05 set. 2016.

³²² Article 8 - (Domestic Relations) SURROGATE PARENTING CONTRACTS, 122 - Public policy. Surrogate parenting contracts are hereby declared contrary to the public policy of this state, and are void and unenforceable. NEW YORK. **Laws, Dom - Domestic Relations**. Article 8. Mountain View, 2015. Disponível em: <<http://law.justia.com/codes/new-york/2015/dom/article-8/122>>. Acesso em: 05 set. 2016.

declaração. A situação em que os parentes biológicos necessitaram utilizar-se dos avanços da tecnologia médica não estariam previstos na lei. Assim não estaria previsto o caso de uma mulher dar a luz a uma criança sem ser mãe desta não estaria previsto na lei. A corte de primeiro grau rejeitou as alegações dos autores e extinguiu a causa por falha em estabelecer a causa da ação. A corte decidiu que os pedidos dos autores eram fundamentalmente falho, uma vez que na eventualidade do poder legislativo ter falhado ao contemplar adequadamente os nascimentos nos casos de gestação de substituição, a falha do *Family Court Act* artigo 5 para resolver esse tipo de controvérsia seria redirecionar, isto é criar e controlar os procedimentos de paternidade e não pelo judiciário. Referiu ainda que existia uma alternativa, na forma de adoção, que poderia ser completada ao invés da ação interposta. Desta decisão, os autores recorreram.

A Corte Recursal realizou uma análise interessante a respeito da legislação. Que através dos anos a lei teria tentado manter a paz com os desenvolvimentos médicos relativos à reprodução assistida, mas ainda não teria conseguido encontrar-se com a ciência. Os legisladores do estado de Nova York concluíram que os contratos de gestação de substituição seriam contrários a política pública e criaram uma lei em 1992 declarando que esses contratos seriam nulos e inexecutáveis (*Domestic Relations Law* §§ 122-124). Antes dessa lei a questão dos direitos inerentes aos acordos de gestação de substituição receberam atenção em todo o país em razão do caso *Baby M*. Mesmo antes do referido caso, o estado de Nova York criou o *the Task Force*, com o objetivo de desenvolver recomendações para a política pública com relação as questões que estavam sendo criadas pelos avanços na tecnologia médica. O *Task Force* recomendou que a legislação poderia declarar os contratos de gestação de substituição nulos e inexecutáveis e banir as taxas para as gestantes e as agências que intermediam esse tipo de acordo. A lei surgiu a partir da recomendação anteriormente referida.³²³

³²³ Law, Domestic Relations Law § 122 declares *surrogate* parenting contracts void and unenforceable as contrary to public policy. *Domestic Relations Law* § 123 provides for civil penalties that may be assessed against parties to a commercial surrogacy contract, as well as against persons who induce, arrange, or otherwise assist in the formation of such contracts. *Domestic Relations Law* § 124 (1) concerns proceedings regarding parental rights to children born of such a contract and establishes that "the court shall not consider the birth *mother's* participation in a *surrogate* parenting contract as adverse to her parental rights, status, or obligations. NEW YORK. **Law, Domestic Relations Law § 122**. Mountain View. Disponível em: <<https://goo.gl/f8KDwf>>. Acesso em: 05 set. 2016. Documento com acesso exclusivo mediante senha.

Em 1998 o *Task Force* atualizou o sumário executivo “Task Force on life and Law”, considerando a possibilidade da criança resultado de uma gestação de substituição ser reconhecida como filha da mãe biológica se houver acordo entre esta e a mãe gestacional, devendo a lei providenciar mecanismos para atingir este resultado.³²⁴

Em outro caso similar, os pais biológicos, a gestante de substituição e seu marido, ingressaram com uma ação igualmente para que o nome dos pais biológicos fossem colocados diretamente na certidão de nascimento da criança. Alternativamente, os autores arguíram que o artigo 8 da lei de relações domésticas³²⁵ (Article 8 - Surrogate Parenting Contracts), bem como *Family Court Act* 517³²⁶ e 542³²⁷ estariam violando o direito fundamental da igualdade, do devido processo legal e da Constituição do Estado de Nova York. A criança nasceu em junho de 2009 e o gestante de substituição e seu marido abriram mão de seus direitos sobre a criança. Na mesma data, sem oposição do departamento de saúde do estado, o pai biológico foi declarado como pai legal da criança de acordo com a ordem de paternidade da corte. Cinco dias após o nascimento da criança, o hospital submeteu a documentação para registro da criança identificando a gestante de substituição como a mãe legal da criança. Na documentação não havia o nome do pai da criança. O departamento de saúde alegou não há previsão de declaração de maternidade na lei ou no *case law*, e ainda o estado de Nova York proíbe a gestação de substituição.³²⁸

Os autores ainda referiram que a corte tem poder para declarar a maternidade como requerido, para que Sra. Feigenbaum possa exercer seu direito fundamental de ter e criar uma criança, ao invés de proceder ao longo processo de adoção, deixando

³²⁴ EXECUTIVE summary of assisted reproductive technologies: analysis and recommendations for public policy. **New York State Task Force on Life and Law**, New York, Jan. 2011. Disponível em: <http://www.health.ny.gov/regulations/task_force/reports_publications/execsum.htm>. Acesso em: 29 ago. 2016.

³²⁵ DOMESTIC RELATIONS LAW, Article 8 - SURROGATE PARENTING CONTRACTS, 122 - Public policy. Surrogate parenting contracts are hereby declared contrary to the public policy of this state, and are void and unenforceable. NEW YORK. **Laws, Dom - Domestic Relations**. Article 8. Mountain View, 2015. Disponível em: <<http://law.justia.com/codes/new-york/2015/dom/article-8/122>>. Acesso em: 5 set. 2016.

³²⁶ FAMILY COURT ACT, Article 517 –“*Proceedings to establish the paternity of a child may be instituted during the pregnancy of the mother or after the birth of the child, but shall not be brought after the child reaches the age of twenty-one years, unless paternity has been acknowledged by the father in writing or by furnishing support.*”

³²⁷ NEW YORK. Family Court Act. **Article 542**. Disponível em: <<https://goo.gl/HaKQik>> Acesso em: 06 set. 2016. Documento com acesso exclusivo mediante senha.

³²⁸ NEW YORK. Supreme Court. Suffolk County. **Feigenbaum v New York State Dept. of Health**. 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/x9obtX>>. Acesso em: 06 out. 2016. Documento com acesso exclusivo mediante senha.

com que a gestante de substituição fique com responsabilidades as quais essa não quer. Requereram ainda um julgamento sumário para que seja declarada a maternidade da mãe biológica e alterado o certificado de nascimento.

No referido caso não houve um contrato escrito, nem o pagamento de qualquer quantia à gestante de substituição. De acordo com a lei de Nova York os contratos de gestação de substituição são contrários às políticas públicas, e sua definição está na lei DRL §121 (4)³²⁹, podendo este ser oral e sem compensação. Por outro lado, há previsão legal protegendo os direitos dos pais biológicos nos casos de inseminação artificial, quando há consentimento do homem e da mulher. Não há no entanto legislação para os casos que envolvem o procedimento de implantação de óvulo.³³⁰ A corte decidiu que a designação e determinação da mãe genética como mãe legal de uma criança nascida através de gestação de substituição é uma questão que deve ser endereçada ao Poder Legislativo. Quanto a inconstitucionalidade arguida pelos autores, a corte referiu que as leis são presumidamente válidas, e aquele que desafia a sua inconstitucionalidade tem o encargo de comprovar além de uma dúvida razoável.

No contexto de um contrato de gestação de substituição, existem duas mães, uma genética e outra gestacional ou de nascimento. A lei reconhece como mãe as duas mulheres participantes da criação e desenvolvimento da criança, definindo uma como mãe genética e outra a mãe de nascimento. Segundo a corte, os autores requereram a transformação do procedimento de paternidade como uma formalidade idêntica o da maternidade para designar a mãe genética como a mãe legal para obter a custódia da criança. Para a corte, a igual proteção e o devido processo legal requerem igual tratamento para as pessoas em situação similar, mas não proíbe um

³²⁹ “Surrogate parenting contract” shall mean any agreement, oral or written, in which:

(a) a woman agrees either to be inseminated with the sperm of a man who is not her husband or to be impregnated with an embryo that is the product of an ovum fertilized with the sperm of a man who is not her husband; and (b) the woman agrees to, or intends to, surrender or consent to the adoption of the child born as a result of such insemination or impregnation. NEW YORK. **New York Domestic Relations Law**. New York. 2016. Disponível em: <<http://codes.findlaw.com/ny/domestic-relations-law/dom-sect-121.html>> Acesso em: 05 ago. 2016.

³³⁰ DRL § 73A. Legitimacy of children born by artificial insemination. 1. Any child born to a married woman by means of artificial insemination performed by persons duly authorized to practice medicine and with the consent in writing of the woman and her husband, shall be deemed the legitimate, birth child of the husband and his wife for all purposes. NEW YORK. **Domestic Relations Section 73 - Legitimacy Of Children Born By Artificial Insemination**. New York. Disponível em: <http://law.onecle.com/new-york/domestic-relations/DOM073_73.html>. Acesso em: 05 set. 2016.

tratamento diferente a pessoas com situações diferentes. Neste sentido, não haveria a mesma situação quanto ao genético pai e a genética mãe.³³¹

Para o julgador, permitir que a mãe genética tenha um tratamento igual ao pai genético para obter uma ordem de maternidade envolveria uma automática seleção entre as duas mães, que são as duas mulheres que participaram do desenvolvimento da criança, em consideração apenas da mãe genética. Neste sentido se estaria deixando a mãe de nascimento sem qualquer consideração, apesar de sua contribuição extensiva e seu envolvimento do desenvolvimento da criança. Na análise realizada pela corte, existiriam situações em que a gestante de substituição quer ser reconhecida como a mãe da criança e estar ativamente envolvida na criação desta, juntamente com a mãe genética. Essas complexas relações interpessoais sugerem que o procedimento disponível aos envolvidos seria a adoção e não um procedimento de maternidade que não existe na legislação de Nova York. Apesar da corte simpatizar com os argumentos dos autores, a decisão proferida determinou que esses teriam a disposição a adoção para que fosse expedido um novo certificado de nascimento.³³²

Em 2004 no caso *Doe v. N.Y. City Bd of Health*, a Suprema Corte³³³ de Nova York teve um entendimento diferente. A corte entendeu que a lei não previu casos de crianças nascidas de gestação de substituição, razão pela qual se deveria fazer a declaração de maternidade da mesma forma prevista para de paternidade.³³⁴

O casal Dick Doe e Jane Doe eram marido e mulher. Em razão da impossibilidade da Sra. Doe gestar uma criança, sua irmã concordou em ter implantado em seu útero um embrião criado a partir do esperma e do óvulo do casal Doe. Nasceram três crianças. Antes do nascimento as partes ingressaram na justiça para que fosse determinado a paternidade e maternidade das crianças. A corte negou o pedido de julgamento preliminar. As partes então ingressaram com o pedido de declaração de que a Sra. Doe seria a mãe dos trigêmeos. Para reforçar o pedido,

³³¹ NEW YORK. Supreme Court. Suffolk County. **Feigenbaum v New York State Dept. of Health**. 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/Cji9fN>>. Acesso em: 06 out. 2016. Documento com acesso exclusive mediante senha.

³³² NEW YORK. Supreme Court. Suffolk County. **Feigenbaum v New York State Dept. of Health**. 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/Cji9fN>>. Acesso em: 06 out. 2016. Documento com acesso exclusive mediante senha.

³³³ A Suprema Corte do Estado de Nova York é correspondente a Trial Court em outros estados, sendo responsável pelo julgamentos dos casos em primeira instância.

³³⁴ NEW YORK. Supreme Court of New York., New York County. **Doe v. N.Y. City Bd. of Health**. 2004, Disponível em: <<https://goo.gl/mC5ivD>>. Acesso em: 08 set. 2016. - Documento com acesso exclusive mediante senha.

apresentaram documentos os quais a mãe gestacional declarou estar abrindo mão de todos os direitos sobre as crianças.

As partes originalmente tiveram um julgamento declarando que o casal Doe era os genitores das três crianças, possibilitando que seus nomes estes constassem nas respectivas certidões de nascimento. A obstetra do hospital concordou com a ordem judicial. Contudo, o Departamento de Saúde se opôs a cumprir a ordem, alegando que esta estaria violando o artigo 8 da lei de relações domésticas, assim como a referida lei considera os contratos de gestação de substituição nulos e inexecutáveis. Alegou ainda que os médicos e o hospital deveriam reportar a verdade médica relacionada aos nascimentos, incluindo a identidade da mulher que deu à luz as crianças. Essas medidas previniriam fraudes ou erros na determinação da identidade, cidadania, herança e seguros. O departamento de saúde referiu não se opor ao reconhecimento posterior da maternidade/paternidade, mediante exame de DNA, ou processo de adoção.

Em outro caso julgado pela corte de Nova York a questão levada ao judiciário foi relativa à finalização de uma adoção decorrente de um contrato de gestação de substituição realizado na Índia. A criança foi concebida com o esperma do pai biológico e óvulos de uma doadora através de fertilização in vitro. No acordo ficou estabelecido na proposta de adoção que a criança receberia a cidadania americana e seria permitida a viagem desta para os EUA. Os futuros pais adotivos requeram à corte a finalização do processo de adoção. Apesar da legislação de Nova York ter avançado com relação às questões de reprodução assistida, nem todas as situações fáticas estão abarcadas pela legislação. A legislação permite que uma pessoa adote o filho de seu marido ou esposa, inclusive nos casos de casais homossexuais. A questão endereçada a Corte seria com relação a uma proposta finalização de adoção decorrente de um contrato de gestação de substituição, considerando que a lei de Nova York considera esse tipo de contato como contrário às políticas públicas, nulo e inexecutável. Não havia resposta na lei para resolução deste caso, contudo a Corte têm dado uma grande ênfase ao melhor interesse da criança para solucionar esses casos. Neste sentido ficou decidido que a questão da finalização do processo de adoção não tem qualquer relação com a execução do contrato de gestação de substituição, nem mesmo a Corte tem que decidir sobre a revogação dos direitos dos genitores. Assim seguindo a intenção do legislativo em encorajar o amor, a felicidade

das famílias, a corte decidir finalizar o processo de adoção seguindo o melhor interesse da criança.³³⁵

Quadro 3 - Resumo da situação em Nova York:

State	Commissioning Parent	Surrogate	Courts
Nova York	A legislação considera o contrato de gestação de substituição contrários às políticas públicas do Estado. Os contratos não são executáveis em caso de algum problema entre as partes.	A legislação considera o contrato de gestação de substituição contrários às políticas públicas do Estado. É considerada a mãe da criança, só podendo abrir mão de seu direito após o nascimento desta.	Casos que são levados ao judiciário para que seja feito o registro da criança em nove dos pais intencionais, são aceitos pela Corte, mas só após o nascimento da criança e quando há acordo entre as partes.

Fonte: Elaborado pela autora.

3.4.3 A Gestação de Substituição no Estado da Califórnia

O Estado da Califórnia tem sido considerado um estado que protege os acordos de gestação de substituição. Tanto os casos de acordo com contrapartida em dinheiro como os gratuitos são aceitos, não há necessidade do casal intencional ser casado, permitindo inclusive casais formados por pessoas do mesmo sexo. Não há necessidade de processo de adoção podendo ser estabelecido os direitos parentais antes do nascimento da criança. A Califórnia adotou as regras sugeridas pelo art. 8 do *Uniform Parentage Act em seu Family Code*.³³⁶³³⁷

A Suprema Corte da Califórnia, em *Johnson v. Calvert*³³⁸, julgamento ocorrido em 1993 afirmou que aquela que desempenhou o papel de substituição, não seria considerada a mãe da criança. No referido caso o casal Calvert realizou um contrato de gestação de substituição, em razão de uma histerectomia que a Sra. Calvert teve que realizar e que a impedia de gestar uma criança. Eles contrataram Anna para

³³⁵ NEW YORK. Family Court of New York. **Queens County**, Apr. 3, 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/sYQthx>> Acesso em: 20 set. 2016. Documento disponível mediante senha.

³³⁶ Referência utilizada em centro de reprodução assistida MODERN FAMILY SURROGACY CENTER. **What are the state laws in California for surrogacy?** El Cajon, 2016. Disponível em: <http://www.modernfamilysurrogacy.com/page/state_laws_in_california_for_surrogacy>. Acesso em: 02 nov. 2016.

³³⁷ CALIFORNIA. California Family Code. **Section 7960-7962**. California, 2016. Disponível em: <<http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=fam&group=07001-08000&file=7960-7962>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

³³⁸ CALIFORNIA. Supreme Court. **Johnson v. Calvert**, May 20, 1993. Disponível em: <<https://goo.gl/j6IPYs>>. Acesso em: 21 set. 2016. Documento disponível mediante senha.

gestar seu embrião (sêmen e óvulo do casal). Anna concordou em abrir mãe de todos os direitos parentais e recebeu dez mil dólares e um seguro de vida no valor de duzentos mil dólares. Após a gestação iniciar a relação entre as partes se deteriorou, principalmente quando os Calvert descobriram que Anna já havia tido vários abortos espontâneos. Anna descobriu que não teria o seguro prometido e se sentiu abandonada. Anna então enviou uma carta ao casal dizendo que não havia recebido todo o prometido e que caso não fosse regularizada a situação ela poderia não entregar a criança. O casal então entrou com uma ação judicial para ter reconhecido seus direitos como genitores. Anna igualmente ingressou com uma ação para ser declarada mãe da criança. Quando a criança nasceu foi feito exame de DNA confirmando que o casal Calvert eram os pais biológicos. As partes concordaram que o casal ficaria temporariamente com a guarda da criança e que Anna teria direito de visita. A corte então decidiu que o casal Calvert eram os pais biológicos e naturais da criança e que Anna não teria nenhum direito sobre a criança e que o contrato de gestação de substituição era legal e executável, contrário ao pedido de Anna. Nesta primeira decisão foi extinto o direito de visitação de Anna. Houve apelação por parte de Anna confirmando a decisão de primeiro grau. O processo seguiu para a Suprema Corte da Califórnia.

A primeira questão analisada pela Suprema Corte foi quanto a determinação paternidade/maternidade de acordo com o *Uniform Parentage Act*. A referida legislação teve como um de seus objetivos eliminar a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. Nesta época a Suprema Corte do EUA já havia decidido que as crianças deveriam ter tratamento igual independente de serem filhos legítimos ou ilegítimos. Assim nasceu a referida legislação que estabeleceu as bases dos direitos dos pais e filhos e o respectivo relacionamento entre esses, independente do casamento dos pais. No estado da Califórnia a referida lei passou a fazer parte do California Civil Code, parte 7 da divisão 4, seções 7000-7021. As presunções criadas pela referida lei para reconhecer a maternidade de uma criança não poderiam ser utilizadas no presente caso, pois tanto o exame de DNA quanto quem deu a luz a criança indicavam pessoas diferentes como possíveis mães. Neste sentido a corte entendeu que seria necessária a análise da intenção manifesta no acordo de gestação de substituição. Claramente restou demonstrado que o casal Calvert queriam ter um filho e que em razão da impossibilidade da Sra. Calvert utilizaram a fertilização *in vitro* para a criação de um embrião que foi colocado no útero de Anna para que essa gestasse-o. Assim

sem a intenção do casal Calvert a criança não existiria. Anna por sua vez não possuía inicialmente a intenção de ser mãe. A corte decidiu que mesmo a lei reconhecendo como mãe aquela que deu a luz bem como a que possui vínculo biológico, quando esses dois fatores não encontram-se na mesma pessoa, dever ser analisado quem tinha a intenção de ser mãe e criar a criança como sua, devendo essa mulher ser a mãe natural de acordo com a lei da Califórnia.³³⁹ Neste julgamento houve a utilização da análise de que a relação genética por si não deve ser uma prioridade para definir quem é a mãe em uma relação de gestação de substituição. Enquanto todas as partes envolvidas no arranjo são necessárias para trazer a criança ao mundo, a intenção de ter uma criança deve ser considerada a primeira causa para que o resultado criança possa acontecer. Assim a intenção dos futuros pais passa ser o fator determinante nesses casos. A Corte reconheceu o fator mental como algo que cria a expectativa das pessoas serem parentes (pai/mãe), criando ainda expectativas na sociedade para um adequado resultado por parte daqueles que tiveram a intenção de serem parentes daquela criança. Por outro lado, o interesse da criança também deve ser preservado. De acordo com a interpretação de Anna relacionado ao seu ato de gestar, uma mulher que concorda em gestar um feto geneticamente relacionado com os parentes intencionais, pode ser sua mãe natural, com todas as responsabilidades, inclusive no caso de que a mãe intencional não queira a criança após o nascimento. A Corte entretanto reconheceu que os pais intencionais são os parentes legais e naturais da criança, promovendo dessa forma uma certeza e estabilidade maior para a criança.

Em outro caso julgado pela Suprema Corte da Califórnia em 2005³⁴⁰, a questão foi se uma mulher que proveu seu óvulo para sua parceira em uma relação homossexual, para que pudessem criar a criança seria também sua mãe. Neste sentido, a corte, de acordo com seção 7612 subdivisão “b” do Código da Família que refere que um homem não é o pai se ele doa seu sêmen para que um médico utilize

³³⁹ “Procreation has anthropological and sociological significance supporting its designation as a fundamental right. No other creative function ranks with the process of procreation in its importance to individuals and to society. The impetus to procreate is fostered both biologically through hormonal impulses and psychologically through enculturation. A constitutional right to procreate is in part a tacit acknowledgement of the internal and external pressures working on most individuals to that end.” STUMPF, Andrea E. Redefining mother: a legal matrix for new reproductive technologies. **The Yale Law Journal**, New Haven, n. 96, p. 4, 1986. Disponível em: <www. Westlaw.com> Acesso em: 21 set. 2016. Acesso mediante senha.

³⁴⁰ CALIFORNIA. Supreme Court. **K.M. v. E.G.** 19 Oct. 2005. Disponível em: <<https://goo.gl/tfS4Te>>. Acesso em: 25 set. 2016. Acesso mediante senha.

para inseminar uma mulher que não é sua esposa entendeu que a referida lei não poderia ser aplicada ao caso *sub judice*.

A corte reconheceu nesse caso que quando duas mulheres participam na concepção de uma criança com a intenção de para cri-la, as duas devem ser consideradas mães.

O referido caso chegou a Corte em razão de que K.M. requereu o estabelecimento de seus direitos sobre uma criança de 5 anos nascida de sua relação homossexual. Ela referiu que teria uma relação biológica com a criança em razão de ter provido seu óvulo que fosse fertilizado e implantado no útero de sua parceira. A ex parceira E.G. alegou que sua intenção sempre foi de criar sozinha a criança. Inclusive tentou utilizar seu próprio óvulo, mas não houve êxito. Em razão disso, e por sugestão do médico sugeriu que K.M. lhe doasse o seu óvulo, mas somente se fosse realmente uma doação. A razão dessa exigência era que não havia uma relação estável entre elas e E.G. não gostaria de entrar em uma batalha posterior pela custódia da criança. Desta forma as duas acordaram que não diriam a ninguém que K.M. era a mãe biológica da criança. Segundo K.M. sua concordância com o sigilo apenas ocorreu devido a expectativa de que iria participar da criação da criança. Cabe referir ainda que K. M. assinou um acordo de doação do óvulo em que estaria abrindo mão de todos os direitos sobre a criança que nascesse. Nasceram duas crianças e após esse fato as partes resolveram casar. Na prova trazida ao processo restou claro que na escola das crianças as duas constavam como mães.

A relação entre as partes terminou em março de 2001, e K.M. ingressou com a presente ação. E.G mudou-se para Massachusetts com as crianças. O processo foi julgado improcedente pela corte de primeiro grau e pela corte de apelação, em razão de que K. M. Teria assinado um acordo de doação de óvulo em que estaria abrindo mão de todos os direitos sobre a possível criança. A Suprema Corte da Califórnia decidiu que no caso apresentado K.M. não possuía intenção de doar seu óvulo, mas sim a intenção de criar a criança em conjunto com E.G. Diante desta constatação a autora teria direitos sobre as crianças geradas.

Recentemente, em janeiro de 2016, um caso tornou-se conhecido ao ser veiculada a notícia de que uma gestante de substituição não queria abortar um dos três fetos que estava gestando.

Melissa Cook ingressou com uma ação contra o governador e outros oficiais públicos, hospitais e o genético e intencional pai dos bebês, desafiando a

constitucionalidade do *California Family Code*, seção 1983 que protege os contratos de gestação de substituição na Califórnia.³⁴¹

Cook alegou que a referida seção do *California Family Code*, que protege os contratos de gestação de substituição estaria violando o devido processo legal e o direito de igualdade da mãe de substituição de das crianças que estavam sendo gestadas.

Na decisão do caso acima descrito, a corte desenvolveu o tema da gestação de substituição na Califórnia. Historicamente foi referido que em 1975 ao estado da California adotou o *Uniform Parentage Act* com intuito de eliminar a distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos. Essa lei surgiu no momento em que a Suprema Corte dos EUA vinha decidindo pelo igual tratamento das crianças independente dos pais serem ou não casados. O referido ato determina os direitos entre os pais e filhos na relação existente entre pai/mãe e a criança, independente do estado civil dos pais. Essa foi incorporada pela legislação da Califórnia, tornando-se a parte 7 da divisão 4 do *California Civil Code*, seções 7000-7021, definindo a relação pais e criança como uma relação legal existente entre uma criança e seu natural ou adotivo parente, a qual a lei confere e impões determinados direitos e obrigações. A referida lei foi criada em um momento em que não havia grandes avanços na área da reprodução assistida, dessa forma o legislador não imaginou as novas situações que poderiam existir no futuro.

Consoante o julgador, perto de 2% das crianças são concebidas através das tecnologias de reprodução assistida e as noções sobre família estão cada vez mais complexas.³⁴² Ao lado dessas informações, os casos de gestação de substituição incluem uma terceira pessoa que ajuda outra ou um casal a ter seu filho, normalmente geneticamente relacionado. Segundo o Centro de Controle de Doenças, em 2010 19.218 nascimentos foram resultado de acordos de gestação de substituição na Califórnia.³⁴³

³⁴¹ Melissa Kay Cook, individually and as Guardian Ad Litem of baby A, baby B, and baby C, v. Cynthia Anne Harding; Jeffrey D. Gunzenhauser; Dean C. Logan; Edmund G. Jerry Brown, Jr.; Karen Smith; Kaiser Foundation Hospital; Panorama City Medical Center; Payman Roshan; and C.M., Case No 2:16-cv-00742-ODW (AFM). CALIFORNIA. United States District Court, C.D. California. June 6, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/aJI086>>. Acesso em: 27 set. 2016. Acesso mediante senha.

³⁴² KAPLAN, Karen. More than 1.5% of American babies owe their births to IVF, report says. **Los Angeles Times**, Los Angeles, March 3 2015. Disponível em: <<http://www.latimes.com/science/sciencenow/la-sci-sn-ivf-live-births-success-rate-20150303-story.html>>. Acesso em: 27 set. 2016.

³⁴³ GUGUCHEVA, Magdalena. **Surrogacy in America**. Cambridge: Council for Responsible Genetics, 2010. p. 10. Disponível em: <<http://www.councilforresponsiblegenetics.org/pageDocuments/KAEVEJ0A1M.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2016.

Os acordos de gestação de substituição são muito utilizados na Califórnia, mesmo antes de 2012, quando então foi criada uma lei para regulá-los. A Suprema Corte da Califórnia já decidiu que a mãe intencional é a mãe da criança que está sendo gestada pela gestante de substituição, independente de não haver expressamente essa referencia na lei. De acordo com a atual lei quando a gestante de substituição e os pais intencionais fazem o acordo, este acordo apresenta certos requisitos, pode ser apresentado à corte e os pais intencionais serão colocados na certidão de nascimento da criança extinguindo qualquer direito da gestante sobre essa.³⁴⁴ Desta forma, com a apresentação de um contrato de gestação de substituição de acordo com os requisitos legais, será refutada qualquer presunção de que a criança é filha da gestante e de seu marido.³⁴⁵

³⁴⁴ CALIFORNIA. **Cal. Fam. Code**, § 7962. *Assisted reproduction agreements for gestational carriers; requirements; actions to establish parent-child relationship; rebuttal of presumptions; judgment or order; confidentiality; presumption of validity.* Disponível em: <<https://goo.gl/TMkJOk>>. Acesso em: 27 set. 2016. Acesso mediante senha.

³⁴⁵ CALIFORNIA, **Cal. Fam. Code**, § 7962 [...] (a) *An assisted reproduction agreement for gestational carriers shall contain, but shall not be limited to, all of the following information:*

- (1) *The date on which the assisted reproduction agreement for gestational carriers was executed.*
- (2) *The persons from which the gametes originated, unless anonymously donated.*
- (3) *The identity of the intended parent or parents.*
- (4) *Disclosure of how the intended parents will cover the medical expenses of the gestational carrier and of the newborn or newborns. If health care coverage is used to cover those medical expenses, the disclosure shall include a review of the health care policy provisions related to coverage for surrogate pregnancy, including any possible liability of the gestational carrier, third-party liability liens or other insurance coverage, and any notice requirements that could affect coverage or liability of the gestational carrier. The review and disclosure do not constitute legal advice. If coverage of liability is uncertain, a statement of that fact shall be sufficient to meet the requirements of this section.*
- (b) *Prior to executing the written assisted reproduction agreement for gestational carriers, a surrogate and the intended parent or intended parents shall be represented by separate independent licensed attorneys of their choosing.*
- (c) *The assisted reproduction agreement for gestational carriers shall be executed by the parties and the signatures on the assisted reproduction agreement for gestational carriers shall be notarized or witnessed by an equivalent method of affirmation as required in the jurisdiction where the assisted reproduction agreement for gestational carriers is executed.*
- (d) *The parties to an assisted reproduction agreement for gestational carriers shall not undergo an embryo transfer procedure, or commence injectable medication in preparation for an embryo transfer for assisted reproduction purposes, until the assisted reproduction agreement for gestational carriers has been fully executed as required by subdivisions (b) and (c) of this section.*
- (e) *An action to establish the parent-child relationship between the intended parent or parents and the child as to a child conceived pursuant to an assisted reproduction agreement for gestational carriers may be filed before the child's birth and may be filed in the county where the child is anticipated to be born, the county where the intended parent or intended parents reside, the county where the surrogate resides, the county where the assisted reproduction agreement for gestational carriers is executed, or the county where medical procedures pursuant to the agreement are to be performed. A copy of the assisted reproduction agreement for gestational carriers shall be lodged in the court action filed for the purpose of establishing the parent-child relationship. The parties to the assisted reproduction agreement for gestational carriers shall attest, under penalty of perjury, and to the best of their knowledge and belief, as to the parties' compliance with this section in entering into the assisted reproduction agreement for gestational carriers. Submitting those declarations shall*

O contrato firmado entre Cook e o pai intencional foi estabelecido através de uma agência chamada *Surrogacy International, Inc.*, que oferece o serviço de aproximação e ajuda às famílias. Ela deu a luz aos trigêmeos em fevereiro de 2016. O problema entre as partes ocorreu em setembro de 2015, quando o pai intencional requereu que Cook reduzisse o número de embriões que essa estava gestando. Apesar da grande pressão sobre Cook para que reduzisse para dois o número de fetos, o pai intencional permaneceu efetuando os pagamentos aos quais estava obrigado. A corte decidiu a favor do pai intencional relativo a relação entre Cook e os bebês que nasceram prematuros em fevereiro de 2016, passando esse a ser o único pai das crianças. Cook então tentou continuar sua relação com os bebês, mas foi impedida.

Os pedidos de Cook no processo dizem a respeito da Constitucionalidade da lei que define a relação de parentesco entre pais e filhos e também que o estado não poderia forçar um contrato privado entre adultos para gestar um feto humano, independente de haver ou não vínculo biológico entre a gestante de substituição e o feto que esta está gestando. Ela pede o reconhecimento de seus direitos e talvez o fim do reconhecimento de que os contratos de gestação de substituição são executáveis no estado da Califórnia.

A questão analisada pela corte tem uma relevância significativa, principalmente em razão do fato que gerou a presente demanda, que foi abortar um dos fetos.

Segundo a pesquisa realizada por Choudhury³⁴⁶, a regulamentação da gestação de substituição na Califórnia segue o quadro abaixo:

Quadro 4 - Selected Legislated Surrogacy Regulation by California.

State	Commissioning Parent	Surrogate	Courts
California	<ul style="list-style-type: none"> An action to establish the parent-child relationship permitted to be filed before the child's birth, and specifies where that action may be filed. 	<ul style="list-style-type: none"> A surrogate mother and the intended parent or intended parents required to be represented by 	<ul style="list-style-type: none"> The parties are prohibited from commencing procedures to begin a surrogacy until the

*not constitute a waiver, under Section 912 of the Evidence Code, of the lawyer-client privilege described in Article 3 (commencing with Section 950) of Chapter 4 of Division 8 of the Evidence Code. [...]. CALIFORNIA. Cal. Fam. Code, § 7962. Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=L&pubNum=1003409&cite=CAFAMS7962&originatingDoc=lac4905202e6511e68e80d394640dd07e&refType=LQ&originationContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.History*oc.Search\)>](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=L&pubNum=1003409&cite=CAFAMS7962&originatingDoc=lac4905202e6511e68e80d394640dd07e&refType=LQ&originationContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.History*oc.Search)>)>. Acesso em: 27 set. 2016. Acesso mediante senha.*

³⁴⁶ CHOUDHURY, Cyra Akila. The Political Economy and Legal Regulation of Transnational Commercial Surrogate Labor. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, [S.l.], v. 48, p. 42, 2015.

	<ul style="list-style-type: none"> • Assisted reproduction agreement for gestational carriers executed in accordance with these provisions is presumptively valid. • The assisted reproduction agreement for gestational carriers and related documents are not open to inspection, except by the parties to the proceeding and their attorneys and the State Department of Social Services, except as specified. 	<p>separate independent counsel prior to executing an assisted reproduction agreement for carriers.</p> <ul style="list-style-type: none"> • An assisted reproduction agreement for gestational carriers required to contain specified information. • The assisted reproduction agreement for gestational carriers required to be executed by parties and notarized or otherwise witnessed, as specified. 	<p>assisted reproduction agreement for gestational carriers has been fully executed.</p> <ul style="list-style-type: none"> • The parties to the assisted reproduction agreement for gestational carriers required to attest, under penalty of perjury, and to the best of their knowledge and belief, as to their compliance with these provisions.
--	---	---	---

Fonte: Elaborado pela autora.

De acordo com o estudo desenvolvido, existem diferenças significativas entre os Estados estudados.

Quadro 5 - Comparativo da situação legal dos contratos de gestação de substituição nos Estados estudados

	FLORIDA	NOVA YORK	CALIFORNIA
PARENTES INTENCIONAIS	<ul style="list-style-type: none"> • Há necessidade de que pelo menos um dos pais tenha relação genética com o embrião. • A mãe intencional tem que demonstrar não ter condições de manter uma gravidez. • Há limitação quanto ao pagamento que pode ser feito à gestante de substituição. 	<ul style="list-style-type: none"> • A legislação considera o contrato de gestação de substituição contrário às políticas públicas do Estado. • Os contratos não são executáveis em caso de algum problema entre as partes. 	<ul style="list-style-type: none"> • Poderá ser manejada uma ação anterior ao nascimento da criança para determinar o parentesco, sendo específico o local onde a ação possa ser impetrada. • Sendo o contrato firmado de acordo com as cláusulas fixadas em lei, há a presunção de validade deste. • Os contratos não são públicos, podendo ser inspecionados apenas pelas partes, seus advogados e pelo Departamento Estadual de Serviços Sociais.

GESTANTE DE SUBSTITUIÇÃO	<ul style="list-style-type: none"> • Deve ter mais de 18 anos • Deverá fazer uma avaliação médica • Terá que abrir mão de seus direitos sobre a criança que vai nascer • Se nenhum dos parentes intencionais for relacionado geneticamente com a criança, será considerada a mãe desta. • Os parentes intencionais tem a obrigação de ficar com a criança independentemente de qualquer prejuízo. 	<ul style="list-style-type: none"> • A legislação considera o contrato de gestação de substituição contrários às políticas públicas do Estado. • É considerada a mãe da criança, só podendo abrir mão de seu direito após o nascimento. 	<ul style="list-style-type: none"> • A gestante de substituição e os parentes intencionais devem ter advogados diferentes assistindo ao acordo. • O acordo deverá ter cláusulas específicas fixadas em lei. • Para que o acorde seja executável pelas partes deverá ainda ser autenticado por notário ou assinado por testemunha.
POSIÇÃO DA CORTE	<ul style="list-style-type: none"> • Estando o contrato de acordo com os termos estabelecidos em lei, será executável. • Há o reconhecimento de que aquele que doa sêmen ou óvulo está automaticamente abrindo mão de seus direitos sobre o possível resultado (criança) 	<ul style="list-style-type: none"> • Casos que são levados ao judiciário para seja feito o registro da criança em nove dos pais intencionais, são aceitos pela Corte, mas só após o nascimento da criança e quando há acordo entre as parte 	<ul style="list-style-type: none"> • As partes devem executar o acordo antes de começarem os procedimentos médicos. • As partes deverão atestar, sob pena de perjúrio que pelo seu desejo e conhecimento estão de acordo com os termos estabelecidos no contrato de gestação de substituição.

Fonte: Elaborado pela autora.

Diante de diversidade legal apresentada, cabe avaliar o melhor modelo, ou quem sabe aproveitar o que cada modelo tem de melhor a fim de construir modelo para o Brasil, tendo em vista o sistema jurídico brasileiro, sempre de acordo com os princípios constitucionais.

4 O CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL: DESENHANDO UM MODELO NORMATIVO A PARTIR DO DIREITO COMPARADO ENTRE AS FONTES DO DIREITO BRASILEIRO E DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

A ausência de uma legislação para regular os contratos de gestação de substituição possibilita a busca por um modelo normativo compatível com sistema jurídico brasileiro. Neste sentido o Direito Comparado amplia o conhecimento jurídico, podendo trazer ao sistema jurídico pátrio novos conceitos que poderão ser adotados se de acordo com as normas brasileiras.

4.1 Os Desafios da Utilização do Direito Comparado

Os benefícios do Direito Comparado começam com o conhecimento de outro sistema jurídico para ampliar o entendimento de seu próprio sistema jurídico. Esse conhecimento pode dar uma resposta alternativa a questões legais comuns que não são respondidas de maneira adequada internamente no sistema.³⁴⁷

Através do Direito Comparado se realizam comparações com o objetivo de averiguar semelhanças e explicar divergências, sendo frequentemente utilizado o corpo legal de país em relação à outro, apontando as semelhanças e diferenças.³⁴⁸ Diante da utilização do método comparativo há a necessidade de compreensão dos sistemas jurídicos envolvidos, seus dados históricos, no sentido de aproximação dos sistemas escolhidos.³⁴⁹

Rodrigues salienta a importância do estudo entre ordenamentos distintos para servir de base a possíveis avanços internos:

O Direito Privado brasileiro, que sempre teve preeminência no avanço dos institutos jurídicos nacionais. Para manter essa privilegiada posição no ordenamento, é imperativa a retomada de estudos comparados, mas sem os danosos efeitos de uma recepção de

³⁴⁷ SCHADBACH, Kai. The benefits of comparative law: a Continental European view. **International Law Journal**, [S.l.], n. 331, p. 03, fall 1998.

³⁴⁸ EBERLE, Edward J. Comparative law. **Annual Survey of International & Comparative Law**, Westlaw, v. 13, n. 93, Spring 2007.

³⁴⁹ ANCEL, Marc. **Utilidade dos métodos comparados**. Porto Alegre: Fabris, 1980. p. 81.

categorias ou figuras jurídicas fossilizadas ou sem adequação ao Direito interno.³⁵⁰

Seguindo o método comparativo, a essa pesquisa abrangerá a o estudo da legislação alienígena sobre o tema, com o intuito de construir no Direito brasileiro a regulamentação pertinente observando-se a experiência norte americana.³⁵¹

Cury ao analisar as possibilidades de utilização do método comparado define o método funcional

Considerando, então, as características anteriormente discutidas do método funcional de Direito Comparado, pode-se compreendê-lo como aquele método no qual é empreendida a tentativa de identificar, em um ordenamento jurídico, normas jurídicas ou sociais que desempenhem o mesmo papel (função) que outras normas consideradas em outros ordenamentos jurídicos comparados.³⁵²

Ost destaca que se devam multiplicar os ângulos e analisar o tema de todos os lados. Neste sentido, pode-se colocar o tema em perspectiva comparatista verificando como problemas análogos estão sendo abordados em outros sistemas (Direito comparado).³⁵³

Existem muitos métodos para se fazer uma pesquisa de direito comparado. Uma típica comparação pode ocorrer em dois sistemas diferentes, podendo ainda variar de acordo com o foco a ser analisado. Para Karhu pode-se dividir esse foco em de *lege ferenda* (lei a ser criada) e de *lege lata* (lei existente) e suas combinações.³⁵⁴

O desafio a ser perseguido nesta pesquisa tem como foco *De lege Ferenda/ De lege Lata* com a finalidade de construir e planejar reformas no Direito brasileiro através do estudo do Direito alienígena. Antes mesmo das reformas, esta Tese de Doutorado sinalizará as possibilidades de juridicização do tema, com produção

³⁵⁰ RODRIGUES, Otavio Luiz. A influência do código civil alemão de 1900. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, p. 8, jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

³⁵¹ HOECKE, Mark Van. **Epistemology and methodology of comparative law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2004. p. 83.

³⁵² CURY, Paula Maria Nasser. Métodos de direito comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 6, n. 2, p. 176-185, p. 179, jul./set. 2014.

³⁵³ OST, François. A tese de doutorado em direito: do projeto à defesa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 7, n. 2. p. 107, maio/ago. 2015.

³⁵⁴ KARHU, Juha. How to make comparative things. In: HOECKE, Mark Van. **Epistemology and methodology of comparative law**. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 81.

de efeitos jurídicos, no movimento do diálogo entre as fontes do Direito, por meio do ingresso das contribuições do estudo comparado, desde a experiência americana. Essa possibilidade é relevante quando existem similaridades nos sistemas legais a serem comparados, como por exemplo razões históricas.³⁵⁵

O Direito Comparado é uma importante ferramenta para entender os sistemas jurídicos e neste sentido a história jurídico-legal de cada país é relevante para que se entenda o sentido das fontes do Direito. Independente do local em que a lei for promulgada, pode-se afirmar que o núcleo desta é sua autoridade. Essa autoridade depende da sociedade na qual a lei emerge, sendo que muitas vezes na história em razão da necessidade de autoridade houve o empréstimo de leis previamente existentes em outras sociedades. Sem dúvida é mais fácil pegar emprestado uma lei do que criar instituições novas, porém muitas vezes corre-se o risco de uma utilização inapropriada.

Alguns juízes e juristas na ausência de leis decidem conforme sua consciência e tentam justificar essa decisão utilizando-se da legislação alienígena sem contudo verificar se há ou não correspondência ao que está sendo decidido.³⁵⁶ As normas jurídicas no mundo possuem diversidade e podem ser agrupadas como sistemas, estilos, mentalidades, famílias, círculos ou esferas ou ainda civilizações. Dentre os sistemas pode-se referir o *Civil Law* e o *Common Law*.

Existem autores que preferem referir tradição legal e não sistema legal, uma vez que entendem como sistema legal como um conjunto de operações legais, instituições legais, procedimentos e regras. Neste caso, os Estados Unidos da América teriam um sistema legal federal e cinquenta sistemas legais estaduais. Neste sentido se pode referir duas grandes tradições legais no mundo contemporâneo: *Civil Law* e *Common Law*. Exemplos da tradição da *Common Law* está na Inglaterra, Nova Zelândia, Califórnia, Nova York e com relação à *Civil Law* pode-se referir a França, a Alemanha, a Suíça, a Argentina, o Brasil e o Chile. Interessante que Merryman refere como exemplo dois estados dentro dos Estados Unidos da América, uma vez que

³⁵⁵ KARHU, Juha. How to make comparative things. In: HOECKE, Mark Van. **Epistemology and methodology of comparative law**. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 81.

³⁵⁶ WATSON, Alan. Legal culture v Legal tradition. In: HOECKE, Mark Van. **Epistemology and methodology of comparative law**. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 3.

para este autor existem outros estados nesse país com alguma tradição legal embasada na *Civil Law*.³⁵⁷

Mesmo com similaridades, nos países acima referidos existem significativas diferenças na operação desses sistemas. A tradição jurídica relaciona o respectivo sistema com a cultura.

Nestes sistemas (*Common Law e Civil Law*) o costume pode ser referido de maneira diferente. Genericamente pode-se entender o costume como um comportamento repetido na convicção de que seja bom comportar-se assim, porém para os juristas esta definição é muito ampla. Desta forma seria um fato social que se estende para além do direito, introduzindo um juízo de valor subjetivo no elemento objetivo. Salienta-se que existem questões não resolvidas pelos juristas a respeito do costume. A relevância jurídica dos costumes varia conforme o sistema jurídico em que se manifestam, podendo-se referir sua grande importância no *Common Law* e sua mínima importância na *Civil Law*.³⁵⁸

Enquanto os sistemas jurídicos latino-germânicos fundamentam-se no direito romano, na Inglaterra desenvolveu-se um sistema diferente, em parte vinculado e em parte contraposto ao direito romano. Historicamente a Inglaterra possuía normas de direito germânico, romano e canônico, porém com a unificação da Grã-Bretanha houve a unificação do direito, sendo esse chamado de direito comum. Neste sistema o costume como fonte de direito nasceu não do comportamento popular mas sim do comportamento dos juizes. Nasceu desta forma um direito consuetudinário decorrente de uma classe profissional homogênea da qual saíram juizes que com suas sentenças criaram o *Common Law*.^{359, 360}

Esse fato explica porque o Direito Romano não foi adotado como mínimo denominador comum, pois a Grã-Bretanha já possuía o seu direito comum. Na Alemanha historicamente em razão da divisão em pequenos Estados tornou indispensável aceitar o direito romano como base. Assim o *Civil Law* entendeu-se o direito europeu continental de origem romanística.³⁶¹

³⁵⁷ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition: an Introduction to the legal Systems of Europe and Latin America**. 3rd ed. Stanford: Stanford University, 2007. p. 1.

³⁵⁸ LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 319.

³⁵⁹ LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 325.

³⁶⁰ Segundo Caenegem está claro que o *common law* foi produzido por juizes e que o Direito romano foi produzido por professores sendo ainda uma enorme massa do direito francês produzida por legisladores. CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores**. Tradução Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 47.

³⁶¹ LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 328.

A tradição da *civil law* é mais antiga, considerando sua origem na lei das XII Tábuas em Roma em 450 A.C. Essa é a tradição legal dominante na Europa, na América Latina, algumas partes da Ásia e África com algumas referências no mundo da *common law*, como por exemplo Louisiana, Quebec, e Porto Rico.³⁶²

Já a *common law* traz como referência o ano de 1066 D.C., quando os Normandos derrotaram os nativos de Hastings e conquistaram a Inglaterra. Na realidade pode-se dizer que esses sistemas não estiveram isolados um do outro. Como componente da história e cultura ocidental, tiveram múltiplos contatos e influências recíprocas. Pode-se dizer que a Constituição dos Estados Unidos da América foi influenciada pelo Iluminismo Europeu e mais tarde o constitucionalismo dos EUA tiveram uma grande influência na América Latina e na Europa. O condomínio, uma invenção da *civil law*, foi entusiasticamente agregada nos EUA, enquanto muitos sistemas de *civil law* tiveram incorporado o Trust originário do *common law*.³⁶³

Para Caenegem as diferenças de posição dos juizes, legisladores e professores fez com que houvesse diferenças significativas na origem do sistema jurídico de cada país.³⁶⁴

Este doutrinador destaca a importância da Inglaterra e da Alemanha para que se possa construir uma teoria para Europa. No primeiro o papel predominante é dos juizes e no segundo o papel importante foi dos juristas sendo que isso se deu em razão da história política das instituições diferentes em cada estado. Na Alemanha cerca de 1500 em diante o legislador era fraco em um país sem uma monarquia nacional ou um parlamento eficaz. Da mesma forma o judiciário era fraco, razão pela qual houve a recepção das leis escritas comuns, como uma tentativa de modernizar o Direito, consequência direta da introdução do Corpus Juris e seus acréscimos medievais. Esses livros eram escritos em latim e apenas as pessoas com instrução para ler e entender eram aqueles juristas doutos com títulos universitários liderados

³⁶² MERRYMAN, John Henry, PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. 3rd ed. Stanford: Stanford University, 2007. p. 3.

³⁶³ MERRYMAN, John Henry, PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. 3rd ed. Stanford: Stanford University, 2007. p. 5.

³⁶⁴ CAENEGEM, R. C. van. **Juizes, legisladores e professores**. Tradução Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 48.

por professores de Direito romano. Esses detinham a chave da ciência jurídica da época.³⁶⁵

No caso do Direito inglês não havia um livro “sagrado”, razão pela qual não caiu nas mãos de apenas os juristas doutos com acesso exclusivo as fontes escritas em latim. Na Inglaterra o Direito era o que o juiz dizia, já na Alemanha moderna era o que o professor dizia. Pode-se referir que o legislador é dominante em regimes socialistas, totalitários, onde juristas doutos pouco valem e o judiciário olha para o lado determinado pelo partido.³⁶⁶

Nos países de *common law* as ideias, teorias e livros de juristas tem pouca influência sobre a legislatura e juízes superiores bem como não são numerosos nem volumosos.³⁶⁷ Pode-se entender que na Europa havia um Direito continental baseado no Direito romano, nas doutrinas e princípios nada feudais e o *common law* que era um sistema jurídico baseado em princípios feudais, adaptado e modernizado no decorrer dos séculos. O caráter distinto entre o *civil law* e *common law* permanece até o presente.³⁶⁸

Os Estados Unidos da América adotaram o common law como sistema jurídico, sendo a Constituição a base de todas as leis federais e a mais alta e importante fonte de direito. Destaca-se que as fontes de direito refletem alguns aspectos fundamentais do direito norte-americano possuindo uma estrutura vertical de governo e princípios federalistas de duas formas: são criadas nos níveis federal e estadual, refletindo a supremacia das leis federais válidas sobre as estaduais e ainda possuem uma estrutura horizontal ou separação de poderes entre os governos federal e estadual, sendo que estas fontes de direito são oriundas de todos os ramos do governo – Legislativo, Executivo e Judiciário, havendo a primazia do *case law*, que ocupa um papel central na tradição do *common law* utilizado nos Estados Unidos.³⁶⁹

As fontes de direito no *common law* dos Estados Unidos podem ser de dois tipos: primárias, sendo estas as fontes normativas que criam direitos e obrigações,

³⁶⁵ CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores**. Tradução Luiz Carlos Borges, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 59.

³⁶⁶ CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores**. Tradução Luiz Carlos Borges, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 60.

³⁶⁷ CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores**. Tradução Luiz Carlos Borges, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 61.

³⁶⁸ CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores**. Tradução Luiz Carlos Borges, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 65.

³⁶⁹ FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Traduzido por Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 49.

fontes de direito positivo que carregam a força do direito e as secundárias que não são consideradas direito propriamente dito, mas explicam, discutem, interpretam, ressaltam e buscam por mudanças no direito.³⁷⁰

As fontes primárias refletem a estrutura do sistema jurídico norte-americano, havendo a separação dos poderes por meio de soberanias individualizadas, bem como a incorporação dos princípios do federalismo. Nessas fontes incluem-se as leis federais e estaduais, as cartas de governo – a Constituição do país e de cada estado, atos legais, leis positivadas, regulamentos e outros atos administrativos e o *case law* ou direito dos juízes (*judge made law*). Segundo Fine há uma hierarquia das fontes de direito primárias. Isso ocorre devida a que em relação a um fato pode mais de uma fonte ser aplicada, razão pela qual a hierarquia é de suma importância. Neste sentido a hierarquia das fontes em um caso incluirá duas problemáticas a serem resolvidas: federalismo e separação de poderes.³⁷¹

Quanto a questão do federalismo pode-se referir a supremacia do artigo IV da Constituição que determina que todas as leis válidas federais são superiores e se sobrepõem a qualquer lei estadual. Com relação a separação dos poderes dentro dos estados soberanos a Constituição é a fonte mais alta, sendo seguida pelos atos legais (emitidos pelo Congresso) e ainda pelos regulamentos administrativos e outras medidas administrativas e finalmente o *case law*. A fontes primárias são vinculantes dentro da jurisdição em que operam, desde que não sejam contrárias à Constituição. Com relação ao *case law* há divergência quanto à essa fonte ser vinculante.³⁷²

Destaca-se que no sistema anglo-americano o *case Law* tem uma posição de importante. Os precedentes, que são casos decididos anteriormente, vinculam a Corte subsequentemente quando tiver que apreciar uma mesma questão legal. Apesar das fontes constitucionais e legais terem uma superioridade na hierarquia das fontes de direito norte americano, qualquer *case Law* relevante é consultado quando da aplicação de regras constitucionais ou legais no futuro em casos semelhantes. Pode-se dizer que no sistema americano a interpretação da Lei e da Constituição não

³⁷⁰ FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Traduzido por Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 50.

³⁷¹ FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Traduzido por Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 50.

³⁷² FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Traduzido por Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 51.

é feita em cada caso, mas sim se utilizando decisões já existentes que estejam à disposição do julgador.³⁷³

Segundo Rodrigues o *case method* é:

a análise de decisões das cortes norte-americanas em detrimento do estudo de manuais ou da assistência das grandes aulas-magnas. O professor submete os estudantes a uma série de perguntas e vai construindo as soluções a partir dessas respostas. [...] A ausência de um sistema legal codificado, a força dos precedentes, o caráter estadualizado do Direito, a centralidade do juiz e a ruptura com os padrões romano-germânicos de ensino são elementos que tornaram o *case method* tão bem-sucedido nos Estados Unidos e também que explicam sua não proliferação para outros países.³⁷⁴

As fontes secundárias são importantes mas não são vinculantes. Pode-se destacar os artigos científicos, dissertações, Enciclopédias jurídicas, *treatises* e o *American Law Reports*. Os *treatises* são obras dirigidas à quem opera o direito na prática e explicam de forma detalhada o direito relativo a um assunto em específico. O *American Law Reports* é uma série de relatórios organizados por data de publicação.

Os compêndios ou *restatements* ocupam um lugar especial para esclarecimento e simplificação do direito. É dividido em seções as quais são referidos os princípios e regras seguidos de comentários que explicam o objetivo e alcance com exemplos de aplicações.³⁷⁵

Em razão da divergência entre as leis estaduais e o aumento das viagens interestaduais, e ainda o comércio entre os estados, surgiu a necessidade de criação de leis uniformes em relação a assuntos específicos. Na realidade são meras propostas para que o legislativo de cada estado siga uma tendência generalizada. Um exemplo bem sucedido de lei uniforme é o Código Comercial Uniforme, que tem sido adotado pela maior parte dos estados americanos.³⁷⁶

³⁷³ FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Traduzido por Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011. P. 4.

³⁷⁴ RODRIGUES, Otavio Luiz. Como se produz um jurista? o modelo norte-americano. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-08/direito-comparado-produz-jurista-modelo-norte-americano-parte-20>>. Acesso em: 01 set. 2016.

³⁷⁵ FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Traduzido por Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 55.

³⁷⁶ FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Traduzido por Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 56.

Uma das principais diferenças entre o *Common Law* e o *Civil Law* está nas fontes de Direito. No primeiro as decisões judiciais constituem uma importante fonte de Direito enquanto na segunda o papel de destaque está em um corpo de normas codificadas.

Esse Direito desenvolvido pelos juízes utiliza-se da doutrina do precedente, na qual os julgadores utilizam princípios estabelecidos em caso precedentes para decidir novos casos que apresentem similaridades. Essa tendência chama-se *stare decisis*. A Corte irá determinar os limites da utilização de casos precedentes. Para os casos em que não há precedente a Corte deverá decidir segundo os princípios gerais, por analogia e com o que ela acredita ser razoável e de interesse público.³⁷⁷

No Brasil não há esta liberdade dada ao judiciário uma vez que a principal fonte de Direito é a norma jurídica e não o precedente. Recentemente há uma tendência em valorizar as decisões judiciais no Brasil. Através das reformas do processo civil brasileiro, os “precedentes” dos Tribunais Superiores vinculam os Tribunais inferiores.³⁷⁸

No Direito Comparado pode-se ainda referir a força integrativa do Direito Privado. Neste sentido destaca-se que na doutrina geral (conceitos básicos e princípios) as diferenças tendem a ser relevantes. Por exemplo, a interpretação

³⁷⁷ FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Traduzido por Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 71.

³⁷⁸ O Novo CPC Lei refere am alguns artigos tal como o artigo 927 destacando a força vinculante dos precedentes. Art. 927 Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. (grifo nosso). BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. [Código de Processo Civil]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

desse conceitos básicos possivelmente será diferente. Desta forma, a possibilidade de comparação legal entre diferentes países pode ser explicada através do nível profundo de cognição. Os padrões e atividades no nível profundo não são considerados regras legais, mas sim regras gerais que aparecem no nível superficial, pertencendo ao nível cultural de onde foi produzida. Assim pode-se ir ao nível mais profundo de comparação, não apenas comparando leis válidas, mas buscando o nível cultural e a estrutura profunda. A estrutura mais profunda contém conceitos como subjetividade legal e os direitos fundamentais e humanos. Assim mudanças podem ser analisadas entendendo-se a dinâmica entre os níveis, da superfície para o mais profundo.³⁷⁹

Pode-se entender que a cultura legal particular daquele país constitui a moldura para as normas legais e as decisões judiciais do nível superficial.

Segundo Karhu pode-se entender uma mentalidade sobre normas privadas combinando-se com constitucionalismo e direitos humanos os quais serviriam de moldura para o entendimento de um determinado sistema.

A realidade na Europa tem servido de exemplo para o direito comparado e a tentativa de integração entre diversas realidades legais. Tais realidades além de possuírem diferentes leis, muitas vezes funcionam através de sistemas diferentes. Neste sentido se poderia referir o contrato como paradigmático modo de conexão, focando na integração. A integração acontece quando as pessoas fazem conexões e essas interações acontecem através da norma de direito privado. Por essa razão há quem diga que as pessoas são integradas através das normas de direito privado.³⁸⁰

O contrato desta forma é uma importante conexão entre pessoas, mas essa interação algumas vezes causa erros ou desentendimentos. O contrato pode ainda ser entendido como uma cooperação social, e essa cooperação cria o social que então retorna para a primeira troca e também deixa para o público como um distribuidor das redes de troca.³⁸¹ Para esse autor, pode-se ver que o mais privado pode ser ao mesmo tempo o mais público. Pensando nas sociedades artificiais nas formas mais modernas de atividades que são desenvolvidas através de redes ou

³⁷⁹ KARHU, Juha. How to make Comparative things. In: HOECKE, Mark Van. **Epistemology and methodology of comparative law**. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 84.

³⁸⁰ KARHU, Juha. How to make comparative things. In: HOECKE, Mark Van. **Epistemology and methodology of comparative law**. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 85.

³⁸¹ KARHU, Juha. How to make comparative things. In: HOECKE, Mark Van. **Epistemology and methodology of comparative law**. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 86.

“*networks*” se poderia tentar algo mais dinâmico, onde os conteúdos poderiam ser mais estáticos tal como autonomia da vontade ou a liberdade de contratar e suas restrições externas decorrentes de razões sociais. Os valores básicos estariam vinculados aos direitos humanos e fundamentais. O importante aqui não é cada direito fundamental, mas sim conjuntamente considerados. Os princípios para delimitar a moldura devem ser vistos como metanormas como as que tipicamente são importantes para uma sociedade, como o princípio da confiança e o princípio da abertura. Assim, não se poderia ter diferenças conceituais para formas de cooperação contratual ou não contratual.³⁸²

A metodologia pode fazer uma importante contribuição para a lei Europeia e também para as instituições, conceituando a produção e aplicação da lei em particular. O desenvolvimento de métodos normalmente ocorre internamente nos estados.³⁸³

Hoecke defende a harmonização das normas jurídicas de Direito Privado na Europa. Nos anos 90 muito foi escrito sobre esta matéria, sendo que alguns autores falavam unificação das leis. Houve uma tentativa de construção de um Código Civil único, mas isso ainda não foi possível.³⁸⁴ Neste sentido, algumas vozes continuam defendendo a ideia de que não há como os sistemas legais da Europa convergirem. Diz-se que a cultura legal seria uma moldura intangível na qual a interpretação legal das comunidades se opera gerando uma força normativa nessas mesmas comunidades. Desta forma só haveria possibilidade de comparação entre sistemas legais que possuíssem culturas legais homogêneas.

Aqui a referencia seria a impossibilidade de comparação entre o *common law* e o *civil law*. A primeira impressão dessa impossibilidade seria o conceito de lei que na primeira corresponderia a uma série de decisões judiciais e na segunda e um conjunto de regras escritas por legisladores.³⁸⁵

³⁸² KARHU, Juha. How to make comparative things. In: HOECKE, Mark Van. **Epistemology and methodology of comparative law**. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 87.

³⁸³ LADEUR, Karl-Heinz. Methodology and European law: can methodology change so as to cope with the multiplicity of the law? In: HOECKE, Mark Van. **Epistemology and methodology of comparative law**. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 92.

³⁸⁴ HOECKE, Mark Van. The harmonization of private law in Europe: some misunderstandings. In: HOECKE, Mark Van. OST, François. **The harmonization of European private law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000. p. 02.

³⁸⁵ HOECKE, Mark Van. The harmonization of private law in Europe: some misunderstandings. In: HOECKE, Mark Van. OST, François. **The harmonization of European private law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000. p. 03.

A questão da cultura legal de cada comunidade hoje, está cada vez mais dinâmica e aberta, incluindo desta forma a possibilidade de incluir novas culturas. Um exemplo trazido por Hoecke é a língua inglesa que hoje é utilizada por uma grande parte do mundo como segunda língua. Aqui resta demonstrado que as trocas culturais entre comunidades (países) estão cada vez mais velozes, utilizando-se novas expressões como a “*legal dogmatics*” ao invés de “*legal doctrine*” que é comumente utilizada na língua inglesa. Essa utilização da expressão *legal dogmatics* serve tanto para conceituar como para completar a cultura legal alienígena trazendo para a língua inglesa conceitos antes somente utilizados em outras línguas.³⁸⁶

A possibilidade de construção de uma lei comum no continente europeu deveria ser vista não como algo triste, ou uma imposição de uma parte da Europa para outra, mas sim como um processo natural de desenvolvimento da lei e da ciência legal através da Europa. De uma certa forma pode-se referir que a grande parte dos países europeus tem uma tradição jurídica baseada no direito romano porém isso não pode ser considerado um problema para a harmonização com o *common law*. A preparação de um novo código poderia ser uma forma de repensar a estrutura fundamental, distinções, conceito e princípios, tanto no *common law* como no *civil law*.³⁸⁷

Atualmente já existem questões que transitam entre os dois sistemas, tais como contratos internacionais, conferências legais, em que há a necessidade de conhecimento de mais de um sistema legal.³⁸⁸

Pode-se referir a possibilidade de integração entre culturas como algo que acontece a todo momento. Um exemplo claro a respeito disso esta no intercâmbio e costumes gastronômicos. O cappuccino era um costume italiano que hoje está em muitos lugares do mundo. Isso não quer dizer que nestes novos lugares a cultura local tenha que descartar sua original forma de tomar café. As pessoas poderão escolher tomar o tradicional café ou o cappuccino italiano. E ainda a interpretação do cappuccino italiano poderá ser diferente dependendo do local. Assim, pode-se dizer

³⁸⁶ HOECKE, Mark Van. The harmonization of private law in Europe: some misunderstandings. In: HOECKE, Mark Van. OST, François. **The harmonization of European private law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000. p. 06.

³⁸⁷ HOECKE, Mark Van. The harmonization of private law in Europe: some misunderstandings. In: HOECKE, Mark Van. OST, François. **The harmonization of European private law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000. p. 08.

³⁸⁸ HOECKE, Mark Van. The harmonization of private law in Europe: some misunderstandings. In: HOECKE, Mark Van. OST, François. **The harmonization of European private law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000. p. 08.

que os hábitos alimentares têm convergido nas últimas décadas. Da mesma forma pode-se dizer que tem ocorrido com as leis privadas em que cada vez mais tem havido uma integração de culturas.³⁸⁹

Quanto ao diferente conceito de lei pode-se dizer que os advogados que atuam no *Common Law* tem uma percepção diferente sobre lei comparado aqueles que atuam no *Civil Law*. Apesar disso, existem questões que trazem uma certa regularidade na solução de problemas jurídicos entre os dois sistemas.

Hoecke destaca como exemplo um artigo do Código de Napoleão (art. 768) que se um proprietário morre sem deixar testamento e não tem herdeiros a propriedade passará para o estado. Este resultado ocorre igualmente nos países de *Common Law*.

Outra questão está na distinção entre regras e regularidades (decisões que criam um padrão). Regras costumeiras não são nada além de regularidades com força normativa, assim o *Common Law* é percebido como um direito costumeiro, sendo normal se verificar uma série de decisões como regularidades que inevitavelmente expressam regras. Assim o advogado que atua no sistema de *Common Law* irá perceber as regularidades como força normativa. Consequentemente se pode dizer que as decisões judiciais são a aplicação de regras sejam implícitas ou explícitas.³⁹⁰

Outra diferença referida entre os dois sistemas está em que no *Common Law* não existem direitos mas sim causas para a ação. Atualmente não há como se falar em causa para a ação sem que se tenha um direito implícito. A referência aqui está na ênfase dada por esse sistema. Mesmo os advogados que atuam no *Common Law* conseguem perceber os direitos humanos relacionados, principalmente após a influência da Corte Europeia de Direitos Humanos. Esses direitos influenciaram os dois sistemas e os juízes do *Common Law* terão que refletir sobre esses direitos e os advogados terão que pensar cada vez mais em termos de “direitos”.³⁹¹

³⁸⁹ HOECKE, Mark Van. The harmonization of private law in Europe: some misunderstandings. In: HOECKE, Mark Van. OST, François. **The harmonization of European private law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000. p. 09.

³⁹⁰ HOECKE, Mark Van. The harmonization of private law in Europe: some misunderstandings. In: HOECKE, Mark Van. OST, François. **The harmonization of European private law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000. p. 10.

³⁹¹ HOECKE, Mark Van. The harmonization of private law in Europe: some misunderstandings. In: HOECKE, Mark Van. OST, François. **The harmonization of European private law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000. p. 11.

Na União Europeia as leis do continente influenciaram por quantitativas razões a cultura legal continental, fazendo com que os países pensem em termos de direitos e causas para a ação.³⁹² Pode-se perceber que cada vez mais há um aumento de legislação nos países de *Common Law*, e isso é uma realidade principalmente após a influência da legislação da União Europeia.³⁹³

Outra questão referida pela doutrina é a diferente metodologia adotada pelo *Common Law* e pelo *Civil Law*. Seria como dizer que para o *Common Law* se utilizaria apenas o método indutivo, baseado em fatos e não regras enquanto para o *Civil Law* o método seria apenas o dedutivo baseado nas regras sem influencia dos fatos. Ocorre que essa visão está totalmente equivocada. Há necessidade de uma combinação dialética nos dois casos, motivo pelo qual há a utilização do método indutivo como do dedutivo para que se possa chegar a uma decisão jurídica que é influenciada pelos fatos e pelas regras existentes.³⁹⁴

Para que se possa chegar a alguma conclusão a respeito de um caso não há como desconectar o fato das regras e princípios. Nos dois sistemas há a necessidade dessa combinação para que se possa chegar a uma decisão jurídica.

Markesinis destaca que existem muitas similaridades entre os dois sistemas. Destaca através do estudo de dois casos, um nos Estados Unidos e outro na Alemanha questões similares no *Common Law* no *Civil Law*. Entre as similaridades dos sistemas há a mesma reação negativa para ações em que uma criança pede danos gerais por ter nascido com defeito. No caso americano há a referência que a política de consideração da corte desde muito tempo não reconhece nenhuma ação de uma criança por ser obrigada a viver com seu defeito (*wrongful life*). Na Alemanha a corte refere o mesmo ponto de vista, considerando que a corte acredita que nestes casos o limite do pedido deve ser de acordo com a lei não devendo ser ultrapassada.³⁹⁵

³⁹² HOECKE, Mark Van. The harmonization of private law in Europe: some misunderstandings. In: HOECKE, Mark Van. OST, François. **The harmonization of European private law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000. p. 11.

³⁹³ HOECKE, Mark Van. The harmonization of private law in Europe: some misunderstandings. In: HOECKE, Mark Van. OST, François. **The harmonization of European private law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000. p. 12.

³⁹⁴ HOECKE, Mark Van. The harmonization of private law in Europe: some misunderstandings. In: HOECKE, Mark Van. OST, François. **The harmonization of European private law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000. p. 14.

³⁹⁵ MARKESINIS, Basil. Studying judicial decisions in the common law and civil law: a good way of discovering some of most interesting similarities and differences that exist between these legal families. In: HOECKE, Mark Van; OST, François. **The harmonization of European private law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000. p. 120.

O que se percebe na realidade são estilos diferentes de julgar, e uma aproximação em diversos casos, com uma mistura de métodos e não indutivo verso dedutivo. Muitas vezes há ainda a utilização de leis alienígenas nos espaços não preenchidos internamente em casa país.³⁹⁶

Hoecke refere um caso decidido pelo judiciário francês³⁹⁷ em que um proprietário adquirente descobre 23 anos da construção da casa do vizinho que esta está 20 centímetros dentro de seu terreno. A lei francesa estabelece que deva ser demolida a parte que ultrapassou o limite entre os terrenos. Essa seria a decisão considerando-se apenas o método dedutivo: tem-se o fato e a regra incide. Porém a decisão levou em conta elementos concretos da situação posta em juízo com valores gerais, equidade, justiça, etc. Neste sentido foi criado um novo princípio geral de direito: a proibição do abuso de direito.

O exemplo da Alemanha nos casos de indenizações foi estruturado com base no desenvolvimento das leis contratuais onde responsabilidade pessoal pode ser incluída neste grupo. Esta tendência está sendo mudada em razão da construção de um direito geral de personalidade. A razão dedutiva deriva da hierarquia da Constituição. Aqui pode ser aplicado o provérbio americano que diz: “A lei é mais do que um exercício de lógica e análise lógica, embora essencial para um sistema de justiça, não deverá se tornar um instrumento de injustiça.”³⁹⁸

No sistema do *Common Law* também o juiz busca a solução da questão nas regras gerais e nos fatos. Muitas vezes pode ocorrer a busca pela justiça começando através de uma regra moral em que as regras legais serão interpretadas novamente podendo inclusive haver uma lacuna que será preenchida pela regra construída pelo judiciário. O juiz pode construir a regra que é buscada através da regularidade das decisões ou buscando uma lei específica para o caso concreto. Diante destas colocações se pode dizer que o jogo dialético entre fatos e normas são guiados por

³⁹⁶ MARKESINIS, Basil. *Styding judicial decisions in the common law and civil law: a good way of discovering some of most interesting similirities and differences that exist between these legal families*.vIn: HOECKE, Mark Van; OST, François. **The harmonization of European private law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000. p. 118.

³⁹⁷ Article 544 defined property as the "right of enjoying and disposing of things in the most absolute manner, provided they are not used in a way prohibited by the laws or statutes." HOLMBERG, Tom. **The civil code: an overview**. [S.l.], Sept. 2002. Disponível em <http://www.napoleon-series.org/research/government/code/c_code2.html>. Acesso em: 24 abr. 2016.

³⁹⁸ MARKESINIS, Basil. *Styding judicial decisions in the common law and civil law: a good way of discovering some of most interesting similirities and differences that exist between these legal families*.vIn: HOECKE, Mark Van; OST, François. **The harmonization of European private law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000. p. 126.

elementos externos, que fazem parte da doutrina legal e incluem a experiência do sistema legal.³⁹⁹

Na Europa outra objeção encontrada para a harmonização do Direito é a questão da sistematização. No *Common Law* não existem códigos sistematizando a matéria, sendo essa uma característica marcante do *Civil Law*. Mas a realidade demonstra que mesmo não havendo especificamente códigos no primeiro sistema, há uma compilação sistematizada de decisões, chamados precedentes que são utilizados pelos advogados e juízes. Por outro lado, cada vez mais os países de *Civil Law* estão adotando legislações esparsas, não mais em formato de códigos, mas sim compilados legais sobre determinadas matérias.

No caso brasileiro apesar da utilização de diversos códigos, existem muitas leis agrupadas por assunto para facilitar a pesquisa jurídica.

Pode-se referir uma distinção entre a sistematização das regras legais em legislação e nos casos legais e de outro lado a sistematização de conceitos legais, princípios e regras como um produto da ciência legal. No primeiro caso não há a chamada ciência legal tradicional, como vista nas universidades mas apenas os comentários escritos pelos juízes. Ocorre que nos países de *Civil Law* sempre houve um trabalho de adaptação e sistematização dos conceitos legais, princípios, regras feitos pelos professores universitários, começando pelo direito romano. Assim a sistematização é um produto da ciência legal. No *Common Law* não houve essa tradição uma vez que o direito surgiu a partir das decisões dos juízes que criaram uma regularidade a ser seguida. Neste sentido foi necessária uma sistematização das decisões para que o sistema legal pudesse funcionar. Assim os juízes tiveram que organizar e desenvolver um mínimo de sistematização.⁴⁰⁰

No caso europeu a grande parte dos países possui universidades com muitos anos de tradição no desenvolvimento de sistematizações legais em que foi desenvolvida uma vasta e rica doutrina jurídica. Apesar de no *Common Law* haver

³⁹⁹ HOECKE, Mark Van. The harmonization of private law in Europe: some misunderstandings. In: HOECKE, Mark Van. OST, François. **The harmonization of European private law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000. p. 15.

⁴⁰⁰ HOECKE, Mark Van. The harmonization of private law in Europe: some misunderstandings. In: HOECKE, Mark Van. OST, François. **The harmonization of European private law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000. p. 16.

um podre desenvolvimento de doutrina legal, ultimamente as coisas estão mudando rapidamente.⁴⁰¹

Segundo Schadbach no sistema da *Civil Law* uma lei nova abole outra antiga na mesma area enquanto as leis da *Common Law* normalmente suplementam ou codificam casos legais pré-existentes.⁴⁰²

Segundo Jost para conceituar o que é uma lei, haveria a necessidade de se verificar sob o ponto de vista do sistema ao qual essa está vinculada. Nos sistemas codificados existem códigos formados por leis, porém em outros sistemas baseados no *Common Law* não existem codificações ou princípios positivados mas sim estatutos. Tantos os Códigos como os estatutos⁴⁰³ são abstratos, razão pela qual em ambos os casos há a necessidade de interpretação quando são aplicados aos casos concretos. Estudando a lei e a metodologia do raciocínio legal, pode-se afirmar que há necessidade de muito mais que regras e sentenças do que as encontradas nos estatutos e nas regras decididas judicialmente.⁴⁰⁴

Pode-se afirmar que há a necessidade de métodos de interpretação e uma substancial teoria de aplicação das regras ao contexto a qual dá-se o nome de dogmática ou doutrina legal.⁴⁰⁵

A doutrina pode ser vista como um conceito decorrente da ideia de lei e decisões judiciais. Contribui para a utilização adequada das palavras referidas nos estatutos, ajudando na interpretação e aplicação em diferentes casos de maneira mais adequada. Seria impossível para o legislador prever todos os casos do dia a dia. Desta forma, a doutrina torna os estatutos abstratos utilizáveis nos casos concretos. Outra vantagem da utilização da doutrina está no caso de um eventual *hard case* não se precisar começar do zero a interpretação para atendê-lo. A doutrina ainda pode desenhar uma moldura relacionada às regras (leis, precedentes),

⁴⁰¹ HOECKE, Mark Van. The harmonization of private law in Europe: some misunderstandings. In: HOECKE, Mark Van. OST, François. **The harmonization of European private law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000. p. 17.

⁴⁰² SCHADBACH, Kai. The benefits of comparative law: a Continental European view. **International Law Journal**, [S.l.], n. 331, p. 08, fall 1998.

⁴⁰³ A palavra *Statute* é utilizada para identificar a lei criada pelo poder legislativo. A palavra *Law* é utilizada genericamente, abrangendo tanto as leis oriundas do poder legislativo como os *Cases Law*, que são as leis criadas pelo poder judiciário.

⁴⁰⁴ JOST, Fritz. The adjudication of law and the doctrine of private law. In: HOECKE, Mark Van. OST, François. **The harmonization of European private law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000. p. 167.

⁴⁰⁵ JOST, Fritz. The adjudication of law and the doctrine of private law. In: HOECKE, Mark Van. OST, François. **The harmonization of European private law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000. p. 168.

prevenindo contradições aos casos decididos. Isso pode marcar as lacunas do sistema jurídico, podendo aumentar a necessidade de proteção.⁴⁰⁶

Muitas vezes além da existência de regras, novas doutrinas decorrentes de instituições legais podem contribuir a solução dos casos.

Com referencia aos sistemas legais baseados no *Civil Law* pode-se referir que houve uma grande contribuição da doutrina na construção desse sistema. Foi necessária a resistemização do Direito Romano, Direito Canônico, Direito costumeiro, Direito decorrente dos estatutos para a construção do Código de napoleão. Assim o trabalho da doutrina foi fundamental para construção dos sistemas legais, sendo indispensável para a criação da sistematização da lei, bem como torna-la aplicável.⁴⁰⁷

Existem termos de são utilizados pela doutrina dependendo do sistema legal ao qual está vinculada. Contudo o sistemático ponto de vista do trabalho da doutrina está na descrição de uma moldura a ser aplicada aos casos concretos. Mesmo nos casos concretos no sistema do *Civil Law* a letra fria da lei muitas vezes não consegue solucionar o caso posto *sub judice*.

Uma análise de direito comparado pode revelar mais do que a mera relação entre dois sistemas. Muitas vezes é possível conhecer a cultura daquele local onde se está estudando o sistema legal. Vive-se em um mundo multicultural, onde a luz em que a pessoa vê os valores culturais depende do desenvolvimento pessoal que ele está acostumado. Desta forma, o direito comparado oferece uma forma de observar outros padrões de pensamento e organização decorrentes do estudo de diferentes culturas legais. Nesse estudo o pesquisador estará exposto a diferentes padrões que moldaram pessoas, instituições, sociedade e jurisdição.⁴⁰⁸

Poder-se-ia buscar princípios acima da natureza humana como um extrínseco código de conduta para regular o comportamento. Isso foi exatamente o objetivo da lei internacional do pós II Guerra Mundial. Decorrente dessa necessidade houve a criação do Convenção das Nações Unidas para os Direitos Humanos e para os

⁴⁰⁶ JOST, Fritz. The adjudication of law and the doctrine of private law. In: HOECKE, Mark Van. OST, François. **The harmonization of European private law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000. p. 169.

⁴⁰⁷ JOST, Fritz. The adjudication of law and the doctrine of private law. In: HOECKE, Mark Van. OST, François. **The harmonization of European private law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000. p. 170.

⁴⁰⁸ EBERLE, Edward J. Comparative law. **Annual Survey of International & Comparative Law**, Westlaw, v. 13, n. 93, p. 1, Spring 2007.

direitos das crianças, Comissão Internacional do Comércio, patrocinando um movimento para a harmonização do direito privado, incluindo a Convenção Internacional de Vendas de Produtos, que conectou os princípios contratuais entre o *Civil Law* e o *Common Law*. A busca por princípios comuns forma uma ponte para diferentes culturas, facilitando a mútua cooperação e entendimento ou no mínimo, aproxima as pessoas.⁴⁰⁹

Pode-se dizer que o direito comparado possibilita o entendimento do modelo decorrente de outra cultura. Aquele que compara leis, deve estudar a cultura legal para então entender como as regras se aplicam, como funcionam, qual a efetividade e como influenciam e formam a cultura. Algumas perguntas devem ser respondidas: Porque as regras se formaram dessa forma? As regras refletem as predisposições culturais? As regras influenciam a cultura? Em que a cultura se consiste? Como os elementos da cultura influenciam a lei?⁴¹⁰

Para que se possa responder a essas perguntas há a necessidade de que se entenda o que lei. Muitos entendem a lei como regras, e isto realmente faz parte da lei. Neste sentido se pode referir as Constituições, os Códigos, os Estatutos, os *regulations* (leis criadas por ministros e aprovadas pelo Parlamento) e os casos, como forma de lei. Essa seria a lei em sua externa manifestação. Na tradição ocidental a maior parte da manifestação externa da lei é escrita. O mundo escrito é forte porque palavras escritas concentram autoridade e respeito ou também em razão da tradição cultural desta parte do mundo. Os ocidentais estão acostumados a pensar a lei como escrita, onde as palavras em cada página concentram o máximo de significado. Ocorre que nas sociedades antigas nem todas as manifestações externas da lei eram na forma escrita. Algumas tribos nativas da América possuíam rituais, baseados na oralidade.⁴¹¹

Por outro viés, nem toda a lei é identificável na superfície. Existem forças que operam na sociedade e ajudam a formar e influenciar a lei e dão a essa sua substância. Poderia-se chamar de invisível essa dimensão da lei. Nesse sentido existem padrões a serem revelados, regras não verbalizadas ou padrões implícitos.

⁴⁰⁹ EBERLE, Edward J. Comparative law. **Annual Survey of International & Comparative Law**, Westlaw, v. 13, n. 93, p. 2, Spring 2007.

⁴¹⁰ EBERLE, Edward J. Comparative law. **Annual Survey of International & Comparative Law**, Westlaw, v. 13, n. 93, p. 2, Spring 2007.

⁴¹¹ EBERLE, Edward J. Comparative law. **Annual Survey of International & Comparative Law**, Westlaw, v. 13, n. 93, p. 2, Spring 2007.

Forças que operam abaixo da superfície da lei externa, mas que dá a lei um determinado sentido. Exemplos dessas forças estão na história, religião, geografia, língua, interpretação ou tradução. Há a necessidade de verificar-se tanto as manifestações externas da lei quanto às internas.⁴¹²

Como exemplo pode-se referir a interação entre a Alemanha e o Direito Privado Italiano. O movimento Pandectista influenciou fortemente o Código Civil italiano de 1865, como em outros países. Quando a Itália adotou o novo Código Civil em 1942, os pesquisadores continuaram a olhar para a ciência legal alemã. Eles entendiam que seria impossível compreender os conceitos escritos no referido código, sem busca-los no doutrinadores alemães. Assim consultavam a doutrina alemã para interpretar a força da lei. O Código Civil italiano dependia do ponto de vista dos Pandectistas alemães, que determinavam o modelo para o entendimento dessa lei escrita. Desta forma pode-se dizer que a lei externa (código) teve dada sua substancia revelada através da força interna da interpretação.⁴¹³

Não há dúvida da importância do direito comparado nos dias atuais. Cada vez mais o mundo encontra-se conectado, surgindo desta forma a necessidade do conhecimento do sistema jurídico das outras comunidades.

Beyond purely domestic concerns, increases in cross-border activity and the resulting collision of communities defined in large part by political borders intensify the need for comparisons of different national legal provisions, processes, and institutions. These comparisons serve the primary aims of comparative understanding, law reform, and international unification.⁴¹⁴

A facilidade de comunicação entre advogados estrangeiros, como parceiros de cooperação, pode ser vista como mais uma vantagem de trabalhar com o direito comparado. Clientes com negócios em mais de um país necessitam de advogados com conhecimento em mais de um sistema legal. Essa disciplina permite que estudantes e profissionais transitem em sistemas legais diferentes, sempre observando as condições políticas, sociais e econômicas e seus respectivos efeitos na perspectiva da comunidade e os possíveis efeitos na comunidade estrangeira.

⁴¹² EBERLE, Edward J. Comparative law. **Annual Survey of International & Comparative Law**, Westlaw, v. 13, n. 93, p. 3, Spring 2007.

⁴¹³ EBERLE, Edward J. Comparative law. **Annual Survey of International & Comparative Law**, Westlaw, v. 13, n. 93, p. 4, Spring 2007.

⁴¹⁴ CHODOSH, Hiram E. Comparing comparisons: in search of methodology. **Iowa L. Rev.** Iowa, v. 84, 1025, p. 9, Aug. 1999.

Esse intercâmbio entre cada política baseada na respectiva cultura de cada nação, possibilita ainda prevenir tendências totalitaristas.⁴¹⁵

O direito comparado amplia a possibilidade de soluções para questões internas que muitas vezes não são alcançadas pela legislação interna. Estudando como diferentes sistemas legais solucionam problemas similares, permite que se desenvolvam sistematicamente melhores soluções aos casos concretos. Sistemáticos melhoramentos ocorrem quando as regras em uma área são vistas como uma rede que está conectada a questões que emergem do respectivo campo a ser solucionado.

Schadbach entende que para que se possa avaliar as vantagens do direito comparado, é necessário distinguir as partes do conhecimento a entender o ganho trazido por essa disciplina. Pode-se mensurar o conhecimento por ele mesmo ao se observar a quantidade de informações que são obtidas, porém os benefícios do entendimento são mais dependentes de cada indivíduo. Neste sentido foi criada uma fórmula: $B=K + [\text{DELTA}] f\langle n \rangle U$.⁴¹⁶

Sob essa fórmula os benefícios intelectuais do direito comparado são compostos através da soma do novo conhecimento e o aumento marginal do entendimento do seu próprio sistema legal, dependendo de fatores circunstanciais e individuais, formando uma variável (DELTA). O mais forte desses fatores. Os benefícios em buscar um desenvolvimento no direito comparado é realizado através de pelo menos cinco fatores. Eles mostram o que pode ser mais eficiente, dependendo de quem estuda o direito comparado e do sistema legal que está sendo objeto de comparação.⁴¹⁷

O direito comparado tem contribuído para um grande desenvolvimento de teoria legal e metodologia em áreas onde existem grandes similaridades, ajudando a descrever o fenômeno econômico mundial e possibilitando a construção de modelos supranacionais. A teoria legal ganha um melhor entendimento com o direito comparado, na medida em que cada sistema legal se depara com similares fatos padrões que habilita a uma utilização da teoria legal para os estudos jurídicos. Teoria

⁴¹⁵ SCHADBACH, Kai. The benefits of comparative law: a Continental European view. **International Law Journal**, [S.l.], n. 331, p. 12, fall 1998.

⁴¹⁶ B= benefícios intelectuais do direito comparado, K= conhecimento, U= entendimento, $[\text{DELTA}] f\langle n \rangle =$ variáveis por fatores $f\langle n \rangle$ determinando a eficiência do entendimento.

⁴¹⁷ SCHADBACH, Kai. The benefits of comparative law: a Continental European view. **International Law Journal**, [S.l.], n. 331, p. 15, fall 1998.

legal ou jurisprudência, é sobre ou para o direito e não conectada a um sistema jurídico em particular. Este seria o mais alto grau de intercâmbio entre diferentes sistemas legais, em que se estaria fazendo um uso direto da teoria legal comparativa. Ela seria aplicável em mais de um sistema legal, em que a universalidade de conceitos e ramos da teoria legal, como a lógica ou a filosofia tem uma supranacionalidade aplicável.⁴¹⁸

Pode-se dizer que

O direito comparado pós-moderno pesquisa as diferenças entre as ordens jurídicas, tendo em vista especialmente as diferentes posturas e condutas como formas de expressão contemporânea de valores (Werten) e estilos de pensar (Denkstilen).⁴¹⁹

O comparatista contribui para o desenvolvimento de cada sistema legal, principalmente com relação à metodologia, pois o avanço intelectual na busca de bases mutuas, ou de um denominador comum, requer uma metodologia a ser útil para a comparação. Esse processo ajuda ao entendimento da linguagem que está conectada a cada sistema legal. Muitas vezes a ambiguidade de terminologias podem ser resolvidas através do foco nas funções comuns ou nos impactos desses conceitos. Como a metodologia é desenvolvida no próprio sistema legal, há ainda a possibilidade de um exame crítico na própria metodologia legal, podendo trazer novas ferramentas que permitam o desenvolvimento da metodologia legal.⁴²⁰

A comparação legal permite ainda a implementação e prospecção de reformas legais. As experiências de outros países podem trazer soluções aos países com similar desenvolvimento econômico, por exemplo, como o comportamento uma nova lei influencia no comportamento do povo. Esse conhecimento minimiza o risco de uma lei que tenha resultados indesejados.⁴²¹

Outra questão relevante que pode ser trazida pelo direito comparado é a possibilidade de abrir a discussão sobre temas “tabu”. O Direito Comparado pode

⁴¹⁸ SCHADBACH, Kai. The benefits of comparative law: a Continental European view. **International Law Journal**, [S.l.], n. 331, p. 27, fall 1998.

⁴¹⁹ JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. Tradução de Cláudia Lima Marques. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 759, p. 27, jun. 1999.

⁴²⁰ SCHADBACH, Kai. The benefits of comparative law: a Continental European view. **International Law Journal**, [S.l.], n. 331, p. 28, fall 1998.

⁴²¹ SCHADBACH, Kai. The benefits of comparative law: a Continental European view. **International Law Journal**, [S.l.], n. 331, p. 40, fall 1998.

demonstrar como determinado tema está sendo tratado em outro país, pois a sociedade constantemente muda seus valores, podendo abrir a discussões sobre novos temas até então intocáveis. Em alguns casos esses temas são oprimidos por ideologias ou religiões, afetando a lei daquele local.⁴²²

A questão da gestação de substituição no Brasil ainda é um tema delicado. Talvez beirando a um “tabu”. Não há legislação a respeito (produzida pelo poder legislativo) havendo apenas uma regulamentação proveniente do Conselho Federal de Medicina através da Resolução 2121/2015.⁴²³ A referida resolução restringe a utilização deste tipo de “doação” a determinadas pessoas.⁴²⁴

Desta forma a comparação legal será desenvolvida através da análise jurídica na legislação (estatutos e casos) dos estados da Florida, Nova York e Califórnia, todos nos Estados Unidos da América. A escolha por essa legislação decorre da proximidade entre Brasil e Estados Unidos, ambos países continentais, suas histórias, seus povos procedentes de diversas imigrações, oriundas principalmente da Europa.

Os modelos desenvolvidos nessas legislações alienígenas contribuirão para o melhor desenvolvimento de um modelo brasileiro a ser utilizado nos casos de gestação de substituição.

4.2 A Reprodução Humana Assistida e seus Reflexos Jurídicos

Com o avanço tecnológico ocorrido na área da reprodução assistida houve uma necessidade de adequação do Direito, principalmente na área do direito de família e sucessões. Nesse sentido o Código Civil de 2002 trouxe algumas inovações ao incluir no rol da presunção de paternidade os filhos provenientes das técnicas de reprodução assistida, homóloga e heteróloga.⁴²⁵ Pode-se referir ainda que esse ato de vontade, de

⁴²² SCHADBACH, Kai. The benefits of comparative law: a Continental European view. **International Law Journal**, [S.l.], n. 331, p. 40, fall 1998.

⁴²³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.121/2015**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 15 maio 2016.

⁴²⁴ VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO) 1- As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. 2- A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.121/2015**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 15 maio 2016.

⁴²⁵ Art. 1.597 Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

buscar uma solução para o direito de procriar, cria novas relações parentais, atendendo ao desejo das pessoas de constituírem uma família.⁴²⁶

Para Galimberti o homem deseja a técnica, isto é atingir os máximos objetivos com o emprego mínimo dos meios. Pode-se dizer que isso é um tipo de racionalidade.

427

Técnica não é uma entidade, é uma racionalidade de visão generalizada. É por isso que eu entendo o que é útil e necessário, mas não compreendo o que é bom, o que é belo, o que é verdadeiro, o que é santo e o que é justo. Todos esses valores se perdem e resta somente o valor da utilidade

Dentro das técnicas de reprodução assistida está a gestação de substituição, que acaba por alterar significativamente a presunção de quem é mãe é quem dá a luz à criança. Nesse sentido refere Barbosa: "momento em que não há a procriação natural, decorrente da relação sexual, pode-se atualmente recorrer a uma das técnicas de concepção para se ter o desejado filho".⁴²⁸

Outro aspecto interessante está na previsão constitucional do art. 227, § 7º "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal". Assim a Constituição do Brasil traz como princípio o planejamento familiar como uma decisão do casal.

Atualmente as técnicas de reprodução assistida trazem a possibilidade de ter filhos para aqueles que não poderiam naturalmente tê-los. Nos EUA não houve até o momento um pronunciamento da Suprema Corte reconhecendo a reprodução assistida como um direito fundamental protegido pela Constituição.

Segundo Daar a primeira pergunta a ser respondida está se o direito de procriar é um direito fundamental, e sendo, se a reprodução assistida estaria incluída nesse

III- Havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.IV – havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. [Código de Processo Civil]. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21 nov. 2016.

⁴²⁶ LOURENZON, Patrícia Miranda. Contrato de gestação de substituição: proibi-lo ou torná-lo obrigatório? **Revista de Direito Privado**, São Paulo, vl. 42, p. 106 – 135, abr./jun. 2010.

⁴²⁷ GALIMBERTI, Umberto. A dimensão racional da técnica e a modelagem da vida. Entrevista **Revista IHU On-Line**, São Leopoldo, 24 out. 2014. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/536697-a-dimensao-racional-da-tecnica-e-a-modelagem-da-vida-entrevista-especial-com-umberto-galimberti>>. Acesso em: 26 out. 2016.

⁴²⁸ BARBOSA, Heloísa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 163.

direito. A primeira posição refere a questão sob o prisma da liberdade de procriar. Decisões como ter ou não um filho afetam a pessoa diretamente envolvida e tem uma importância significativa com relação a vida que essa pessoa poderá ter. Pode-se ainda referir que a escolha da pessoa deve ser protegida contra medidas intrusivas do governo para controlar a reprodução das pessoas. Essas decisões podem afetar tanto questões éticas quanto questões de política pública. Neste sentido existiriam duas liberdades: uma de evitar a reprodução e outra de reproduzir.⁴²⁹

A questão relevante para a gestação de substituição está na liberdade de reproduzir. Esse direito seria um direito negativo contra a interferência pública ou privada nessa liberdade. Essa é uma importante liberdade que é amplamente aceita como base dos direitos humanos.⁴³⁰ A questão da utilização das técnicas de reprodução assistida tem sido debatida se estaria abrangida pelo direito fundamental de procriar. Nesse sentido um exemplo dado por Daar seria daquela pessoa que é cega e tem direito de ler um livro podendo-o fazer através da leitura em braile. O exemplo é dado em razão de que a primeira emenda da Constituição dos USA protegeria o direito à informação, sendo que o meio com que a informação é obtida não retira o direito por ela garantido.⁴³¹ Se a liberdade procriativa for considerada como garantida, então a utilização das técnicas de reprodução assistida teria uma presunção de proteção constitucional.

No Brasil a Constituição Federal garante a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, entre outras questões e considera a família a base da sociedade, considerando como entidade familiar qualquer dos pais e seus descendentes. Refere ainda que o planejamento familiar é uma decisão do casal devendo o Estado propiciar os meios educacionais e científicos para o exercício desse direito.⁴³² Além desses

⁴²⁹ DAAR, Judith F. **Reproductive technologies and the law**. Newark: NexisNexis, 2005. p. 137.

⁴³⁰ DAAR, Judith F. **Reproductive technologies and the law**. Newark: NexisNexis, 2005. p. 140.

⁴³¹ DAAR, Judith F. **Reproductive technologies and the law**. Newark: NexisNexis, 2005. p. 143.

⁴³² Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (grifo nosso). BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do**

direitos, o preâmbulo assegura “[...] o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”.⁴³³

Neste sentido, se poderia construir a ideia de que o direito de procriar seria abrangido pela dignidade da pessoa humana, podendo aquele que não consegue naturalmente atingir esse direito, buscar na reprodução assistida a realização desse direito. Abre-se desta forma a possibilidade da utilização de uma terceira pessoa (gestante substitutiva) para a realização do referido direito.

No ano de 2016, a Corregedoria Nacional de Justiça editou o provimento n. 52 regulamentando o registro de crianças nascidas através de gestação de substituição.⁴³⁴ Sua edição foi no sentido de uniformizar a via adequada para registro dessas crianças, sem necessidade de utilização do poder judiciário.

Ocorre que o Conselho Federal de Medicina vem regulamentando a matéria relativa à gestação de substituição. A questão a ser enfrentada é se Conselho Federal de Medicina tem legitimidade para regulamentar a matéria. Buscando-se uma resposta adequada a essa a essa pergunta, pode-se referir que: Cabem aos conselhos profissionais regularem as profissões a eles vinculadas.⁴³⁵

Com relação ao Conselho Federal de Medicina:

O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em tôda a República e ao mesmo tempo, juizadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente. (grifo nosso)⁴³⁶

Neste sentido, as resoluções do Conselho Federal de Medicina deveriam apenas regular a profissão médica e não interferirem nos acordos realizados entre

Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

⁴³³ Preâmbulo. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

⁴³⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Corregedoria Nacional de Justiça. **Provimento n. 52 de 14 de março de 2016.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2016.

⁴³⁵ BRASIL. **Lei 3.268 de 30 de setembro de 1957.** Criou o Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm>. Acesso em: 31 out. 2016.

⁴³⁶ Art. 2. BRASIL. **Lei 3.268 de 30 de setembro de 1957.** Criou o Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm>. Acesso em: 31 out. 2016.

não médicos. Salienta-se ainda que uma resolução de um conselho profissional não é considerada lei no Brasil.

De acordo com Petroni vários juristas condenam o conteúdo da resolução do Conselho Federal de Medicina relativa a gestação de substituição:

Vários juristas condenam o conteúdo da mencionada resolução pelo fato de o CFM não ter poderes para 'legislar' sobre este assunto, cuja regulamentação demandaria veiculação legal. Alegam, outrossim, que um contrato que previsse a situação de mãe portadora, e todos os corolários e responsabilidades com relação ao feto e aos pais biológicos, será nulo de pleno direito, por ser ilícito seu objeto ao 'coisificar' um ser humano. (grifo do autor) ⁴³⁷

Oliveira por sua vez comenta que a reprodução assistida modificou a estrutura de vários institutos jurídicos, concluindo que:

é inegável que a reprodução assistida abalou as estruturas de vários institutos jurídicos tanto na esfera civil quanto na criminal, e a divergência das soluções que se apresentam revela dúvidas quanto ao melhor caminho a ser seguido. Ainda que adotado este ou aquele projeto, situações não previstas vão surgir, e caberá aos juristas a orientação, que observará sempre os princípios básicos de direito, norteando-se pelas normas constitucionais.⁴³⁸

Em uma análise na lei civil brasileira, especialmente no Código Civil, pode-se verificar que não há proibição legal para utilização dos acordos de gestação de substituição. Poder-se-ia referir o art. 13 do Código Civil como uma regra que talvez restringisse o direito de alguém poder ser uma gestante de substituição. Mas observando-se mais atentamente a referida regra, se pode concluir que a tipificação dirige-se aos casos em que a pessoa dispõe do próprio corpo gerando uma diminuição permanente da integridade física. No caso da gestante de substituição não há diminuição permanente da integridade física, pois a mulher estaria gestando um embrião, e não transferindo uma parte de seu corpo para outra pessoa.⁴³⁹

⁴³⁷ PETRONI, João Guilherme Monteiro. Reprodução assistida: a chamada "Barriga de Aluguel". **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 11, n. 55, p. 27.ago./set. 2009.

⁴³⁸ OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JUNIOR, Edson. **Reprodução assistida: até onde podemos chegar?:** compreendendo a ética e a lei. São Paulo: Gaia, 2000. p. 87.

⁴³⁹ Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial. BRASIL. **Lei n. 10.402 de 10 de janeiro de 2002** [Código Civil Brasileiro]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

Com relação às pessoas envolvidas nesse tipo de acordo, tem-se os pais intencionais (que podem ser tanto um casal heterossexual como homossexual, podendo ainda ser iniciativa de uma só pessoa), a gestante de substituição. Tem-se ainda e o embrião que será gestado, mas esse ainda não pode ser considerado uma pessoa humana. A lei brasileira não reconhece o embrião como uma pessoa humana que tenha personalidade jurídica. Tem-se protegido alguns dos direitos do nascituro, tal como o direito a vida, a alimentos gravídicos, etc. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou a respeito dos embriões humanos, quando da decisão da Adin 3.510/2010.⁴⁴⁰

Neste sentido refere Leite:

Estos actos son éticamente válidos cuando son hechos con el respeto y la beneficencia debidos al ser humano en cualquier nivel. Esto porque un ser humano embrionario, fetal o adulto es siempre un ser humano y nunca otra cosa; un embrión o feto humano tiene la

⁴⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN 3.510, 28/05/2010, III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. (grifo nosso). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 3.510 Distrito Federal.** Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Intimados: Conectas Direitos Humanos. Centro de Direito Humanos – CDH. Movimento em Prol da Vida – MOVITAE. ANIS - Instituto de Bioética Direitos Humanos e Gênero. Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB. Relator: Min. Ayres Britto, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verpdfpaginado.asp?id=611723&tipo=ac&descricao=inteiro%20teor%20adi%20%203510>>. Acesso em: 31 out. 2016.

dignidad de ser humano (o persona en potencia) éticamente más valioso que cualquiera otra especie viviente.⁴⁴¹

Outra questão interessante está na nomenclatura equivocada que o Conselho Federal de Medicina adotou para o acordo a ser firmado nos casos de gestação de substituição: doação temporária de útero. Claramente não há qualquer doação relacionada a esse negócio jurídico. O Código Civil no art. 538 estabelece: Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.⁴⁴² No negócio em questão não há transferência de uma coisa ou vantagem para o patrimônio da outra pessoa, razão pela qual a utilização da palavra doação não é adequada.

O tipo de contrato que mais se aproxima ao acordo de gestação de substituição é o contrato de prestação de serviços. O art. 594 do Código Civil estabelece: Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.⁴⁴³ Neste sentido o serviço a ser prestado é gestar um embrião. Claramente um contrato de prestação de serviços “sui generis”. Neste sentido Rizzardo a espécie contratual que melhor se aperfeiçoa é a prestação de serviços, pois essa técnica sugere uma série de compromissos, deveres e posturas das partes envolvidas, que podem ser fixados ordinariamente nos contratos de prestação de serviços. Para esse doutrinador não há qualquer impedimento em que haja o pagamento a título de lucro à gestante de substituição. A justificativa está em que essa deverá ter uma série de posturas e cuidados especiais durante a prestação do serviço.⁴⁴⁴ Para Maluf o objeto do contrato seria ilícito o que traria nulidade ao contrato.

Negócio jurídico de comportamento, compreendendo para a mãe de aluguel obrigações de fazer e não fazer, culminando com obrigação de dar, consistente na entrega do filho. Como uma criança não pode

⁴⁴¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. El derecho y la bioética: estado actual de las cuestiones en Brasil. *Acta Bioethica*, [S.l.], ano 8, n. 2, p. 268, 2002. Disponível em <<http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v8n2/art08.pdf>>, Acesso em: 02 de novembro de 2016.

⁴⁴² BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 31 out. 2016.

⁴⁴³ BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 31 out. 2016.

⁴⁴⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: lei n. 10.406, de 10.01.2002. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 516.

ser objeto de contrato, o negócio seria nulo por ilicitude do seu objeto.⁴⁴⁵

Ocorre que não há a entrega do filho, pois o embrião que é gestado pela substituta é proveniente dos pais intencionais. A gestante participa do negócio jurídico com a finalidade de gestar um embrião que não é seu. O objeto do contrato não pode ser visto como a entrega de uma criança.

Existem outros autores que não concordam apenas com a possibilidade de remuneração da gestante. Barboza⁴⁴⁶ e Gama⁴⁴⁷ defendem a ideia de que seria ilícito o pagamento em razão do art. 199, §4º, da Constituição Federal que determina: “A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.” A questão é que não há qualquer remoção de órgão, tecido ou substância humana nos casos de gestação de substituição. Desta forma o impeditivo constitucional não deve ser aplicado a gestação de substituição.

Segundo Truzzi o pagamento à gestante estaria violando a dignidade da pessoa humana, pois estaria atrelado à personalidade dos contratantes e da criança, o que não seria admitido juridicamente. A criança e a gestante estariam reduzidas à condição de objeto, o que representaria a mercantilização das personalidades.⁴⁴⁸

Não há como concordar com o referido autor. O embrião que será gestado não está sendo comercializado. A participação da gestante de substituição no acordo refere-se a possibilitar que esse embrião se desenvolva. Não há qualquer violação em que haja uma retribuição a esta pela atividade prestada.

Para a realização de um acordo de gestação de substituição, obrigatoriamente deverá participar alguém que tenha intenção de ser pai/ mãe e uma mulher que tenha capacidade de gestar.

⁴⁴⁵ MALUF, Adriana Caldas Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 216.

⁴⁴⁶ BARBOZA, Heloisa H. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 37.

⁴⁴⁷ GAMA, Guilherme C. N. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 123.

⁴⁴⁸ TRUZZI, Marcelo Otero. Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalização, efeitos e o melhor interesse da criança. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, p. 22, 2007.

Na utilização das técnicas de reprodução assistida, o médico atuará no momento da criação dos embriões e depois na implantação destes no útero da gestante de substituição. A relação do médico com as partes ocorre somente nestes momentos, razão pela qual não deveria haver interferência do desse com relação as cláusulas estabelecidas no acordo de gestação de substituição realizado entre as partes, nem a exigência de que as partes sejam parentes até quarto grau. Para o médico deveria bastar que as partes envolvidas assinassem um termo de consentimento informado relativo aos procedimentos que estariam sendo realizados. Ao médico cabe realizar o procedimento para o qual foi contratado. Essa é a obrigação do médico, que deve ser regulada pelo Conselho Federal de Medicina.

Para Cindy a decisão das partes em entrar em um acordo de gestação de substituição é uma prática fundada na livre decisão de pessoas adultas e capazes, não prejudicando terceiros e nem a eles mesmos:

Todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de la misma: el niño que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido si la práctica no se hubiera realizado y encuentra una familia que lo recibe con mucho amor y que lo deseó profundamente; los padres logran acceder a la paternidad y tienen la posibilidad de dar amor y brindarle todos los cuidados necesarios a su hijo y por último la mujer portadora puede satisfacer sus deseos de ayudar a otras personas y obtener un beneficio, en general económico a cambio de esa ayuda.⁴⁴⁹

Para essa autora: “El contrato de maternidad sustituta es válido, en la medida en que ayuda al ser humano a cumplir sus expectativas, pues le brinda la posibilidad de concebir y criar un hijo genéticamente suyo, aunque haya sido gestado por otra mujer”.⁴⁵⁰

Sabe-se que a vontade dos pais intencionais é que tem o poder de criar o embrião. Essa vontade está conectada ao desejo de ter um filho com seu material genético. Assim, haverá conexão genética entre o embrião e ao menos um dos pais intencionais.

Esse embrião criado pela vontade dos pais intencionais será implantado em uma mulher que o gestará, terminando seu “serviço” ao dar a luz a criança que foi

⁴⁴⁹ CINDY, Arteta Acosta. Maternidad subrogada. **Rev. Ciencias Biomédicas**, [S.l.], v. 2, p. 94, 2011. Disponível em: <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E28DA358E29A9BE505257D4100786A2B/\\$FILE/60.pdf/view/65/60](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E28DA358E29A9BE505257D4100786A2B/$FILE/60.pdf/view/65/60)>. Acesso em: 02 nov. 2016.

⁴⁵⁰ CINDY, Arteta Acosta. Maternidad subrogada. **Rev. Ciencias Biomédicas**, [S.l.], v. 2, p. 97, 2011. Disponível em: <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E28DA358E29A9BE505257D4100786A2B/\\$FILE/60.pdf/view/65/60](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E28DA358E29A9BE505257D4100786A2B/$FILE/60.pdf/view/65/60)>. Acesso em: 02 nov. 2016.

gestada. Não se pode referir a entrega da criança por parte da gestante como uma comercialização da criança, o que seria vedado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.⁴⁵¹ Na realidade há a prestação de uma atividade que é gestar o embrião dos pais intencionais. O embrião colocado no útero da gestante pertence aos pais intencionais, que apenas necessitam do meio (gestação) para obterem a criança.

Para Ferraz:

Na reprodução humana assistida, o desejo de ter um filho e assumir todas as consequências da paternidade e da maternidade é muito mais forte do que qualquer traço genético que une os pais ao filho, assim como ocorre na adoção, assumindo a afetividade papel de destaque.⁴⁵²

Outro viés que deve ser analisado é com relação ao direito de personalidade da gestante, relativo a utilização do próprio corpo para realizar a atividade de gestar. Segundo Borges o art. 11 do Código Civil determina que os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis. Para a autora há de se questionar como ficam então as decisões judiciais que reconhecem os contratos sobre a imagem das pessoas entre outros.⁴⁵³ De um lado o sujeito tem a autonomia privada que atua como uma liberdade para agir e administrar seus interesses e essa ideia está associada com os direitos de personalidade. Em uma forma negativa relaciona-se com a proteção quanto a possíveis lesões cometidas por terceiros e na forma positiva podendo adequar seus direitos de personalidade a dignidade da pessoa humana. Neste sentido há inclusive há a possibilidade de doação de órgãos nos casos fixados em lei⁴⁵⁴, o que significa a uma disponibilidade ainda maior do corpo em prol de uma outra pessoa do que se dispor a gestar um embrião de outra pessoa.

A paternidade/maternidade da criança nascida de gestação de substituição é dos pais intencionais. Tanto a paternidade quanto a maternidade biológica e

⁴⁵¹ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 [Estatuto da Criança e do Adolescente]**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

⁴⁵² FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 111.

⁴⁵³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: 2007. p. 01.

⁴⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.

socioafetiva são reconhecidas no Brasil.⁴⁵⁵ Há ainda um enunciado do Conselho Federal de Justiça propondo a inclusão de um artigo no final do cap. II, subtítulo II, cap. XI, título I, do livro IV, com a seguinte redação: Art. 1.597-A. “A maternidade será presumida pela gestação. Parágrafo único: Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga”.⁴⁵⁶

A vontade dos pais intencionais cria o embrião o qual possuirá vínculo biológico com pelo menos um dos pais. A intenção de serem pais cria o vínculo sócio afetivo que se realizará no momento em que a criança nascer. Assim a vontade faz com que exista um início de vida humana e cria o vínculo biológico e socioafetivo. Há a prevalência da parentalidade daquele que manifesta a vontade na utilização das técnicas de reprodução assistida para ter um filho. Consoante anteriormente mencionado, a Constituição Brasileira protege o livre exercício do planejamento

⁴⁵⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Ementa: AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE MATERNIDADE. MATERNIDADE BIOLÓGICA INCONTROVERSA. PRESCRIÇÃO. A ação investigatória da origem biológica, de paternidade ou maternidade, é imprescritível. Precedentes jurisprudenciais. MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Para reconhecimento da existência da socioafetividade, a vontade das partes envolvidas é pressuposto fundamental, sendo ilegítima a pretensão da mãe biológica em imputar relação socioafetiva à terceira. Precedente deste Tribunal. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (SEGREDO DE JUSTIÇA). RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70044925113**, da Oitava Câmara Cível. Apelante: T. L. F. Apelado: G. I. V. Relator: Alzir Felipe Schmitz. Porto Alegre, Julgado em: 24 de novembro 2011. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20918168/apelacao-civel-ac-70044925113-rs-tjrs/inteiro-teor-20918169?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 01 nov. 2016. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE MATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA. DUPLICIDADE DE REGISTROS. É cada vez mais pacífico o entendimento dessa Corte, no sentido de que a paternidade sócio-afetiva se sobressai à paternidade biológica e à registral. Demonstrado que a mãe sócio-afetiva registrou a filha sem o consentimento do autor, bem como o autor não é pai sócio-afetivo; é de rigor reconhecer a falsidade do registro de nascimento e determinar sua retificação para excluir o pai registral. Considerando que os pais biológicos da menor entregaram a filha, com poucos dias de vida, à mãe sócio-afetiva, deve o primeiro registro de nascimento ser cancelado, porquanto tal registro não espelha a verdadeira paternidade da adolescente, no caso, a ζ maternidade sócio-afetiva ζ . Caso em que se cancela o primeiro registro feito pelos pais biológicos e se retifica o segundo registro para que passe a constar somente a mãe sócio-afetiva como genitora da menor. DERAM PROVIMENTO. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70024957607**, da Oitava Câmara Cível. Apelante: Germano Ernesto Rodrigues. Apelado: Irani da Silva Rodrigues. Interessado: Maria Amelia dos Santos Floriano e Bráulio Olavo Brum. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, Julgado em: 11 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://goo.gl/Ea5R4i>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

⁴⁵⁶ CONSELHO FEDERAL DE JUSTIÇA (CFJ). **Enunciado 129, Primeira Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<file:///Users/idabeatrizdeluca/Downloads/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

familiar sendo que a lei 9.263/1996 regulou a matéria prevista na Constituição.⁴⁵⁷O limite a esse direito está na dignidade da pessoa humana que poderá nascer.

Não há como negar que atividade a ser prestada é complexa e envolverá uma série de outras questões paralelas e importantes que necessitam estar conectadas ao acordo a ser realizado.

Algumas questões a serem analisadas:

- a) a saúde da gestante.
- b) se esta é casada ou vive em união estável ou não.
- c) a vida sexual da gestante.
- d) o custo relacionado com a gestação.
- e) o pagamento pelo desempenho da atividade.
- f) a situação econômica da gestante.

A primeira questão está relacionada a saúde da gestante. Para que haja uma adequada prestação no serviço há a necessidade de verificação das condições físicas e psicológicas da mulher que irá gestar. Além de uma análise anterior ao início da gestação será necessário um acompanhamento médico durante a gestação e após o nascimento da criança.

A segunda questão importa pois se a gestante for casada haverá a necessidade de alguns cuidados relacionados as atividades sexuais dessa, o que torna importante a anuência do marido ou companheiro.

A terceira questão é de suma importância pois, a gestante terá que se abster de atividades sexuais em alguns períodos.

A quarta questão está relacionada aos custos decorrentes da gestação, que deverão ser suportados pelos pais intencionais.

A quinta questão refere-se a gratificação a ser dada a gestante pelo serviço prestado, e por fim a sexta questão está relacionada autonomia da vontade da gestante. Cabe aqui uma análise relativa possível hipossuficiência da gestante, o que não seria desejável nessa relação contratual.

⁴⁵⁷ BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

Em 2016 chegou as bancas um livro escrito pela jornalista Tetê Ribeiro sobre sua experiência em contratar uma gestante de aluguel na Índia. Em uma entrevista para a revista *Veja* a autora revela que a experiência foi extremamente gratificante e hoje ela tem duas filhas gestadas desta forma. Na Índia a prática da gestação de substituição está legalizada desde 2002 e movimenta em torno de 1 bilhão de dólares por ano. Não há qualquer impedimento de pagamento para a gestante e ainda com relação aos valores praticados nos EUA, por exemplo, são muito inferiores. No caso referido, a jornalista pagou U\$ 8.000,00 (oito mil dólares) para a gestante.⁴⁵⁸

O desejo de ser pai/mãe movimenta um intercâmbio mundial, na busca de soluções mais seguras e com um custo menor.

Na busca por um modelo adequado para os contratos de gestação de substituição, serão analisadas as contribuições dos modelos estudados provenientes dos EUA.

4.3 A Delimitação da Autonomia Privada nos Contratos de Gestação de Substituição no Direito Brasileiro com a Contribuição do Modelo dos Estados Unidos da América

Há uma grande importância na determinação da autonomia privada nos contratos de gestação de substituição. Como anteriormente referido, o negócio jurídico a ser realizado entre as partes (pais intencionais de um lado e gestante de substituição do outro) envolverá uma série de questões a serem definidas.

Será que qualquer pessoa poderia participar deste tipo de negócio? Estaria-se protegendo a dignidade das pessoas?

Pode-se conectar a dignidade da pessoa humana com a liberdade. Para Kant, por exemplo, o conceito de liberdade está vinculado à dignidade da pessoa humana.⁴⁵⁹ Essa liberdade seria o principal fundamento da concretização da dignidade da pessoa humana.⁴⁶⁰ Há quem defenda essa liberdade como um direito subjetivo, necessitando de seu titular para sua efetivação. Segundo Barroso em

⁴⁵⁸ WEINBERG, Mônica. Maternidade, século XXI. *Veja*, São Paulo, n. 2484, p. 82- 83, 29 jun. 2016. Disponível em: <<https://acervo.veja.abril.com.br/index.html#/edition/2484?page=82§ion=1&word=barriga%20de%20aluguel>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

⁴⁵⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 38.

⁴⁶⁰ SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 53.

certos domínios como na bioética a autonomia figura como princípio fundamental, fundamentando-se no consentimento livre e esclarecido dos sujeitos envolvidos.

A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. Por trás da ideia de autonomia está um sujeito moral capaz de se autodeterminar, traçar planos de vida e realizá- los. (grifo nosso).⁴⁶¹

Para o referido autor escolhas personalíssimas que não violem o direito de terceiros não podem ser subtraídas do indivíduo.

Nem tudo na vida, naturalmente, depende de escolhas pessoais. Há decisões que o Estado pode tomar legitimamente, em nome de interesses e direitos diversos. Mas decisões sobre a própria vida de uma pessoa, escolhas existenciais sobre religião, casamento, ocupações e outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros não podem ser subtraídas do indivíduo, sob pena de se violar sua dignidade. (grifo nosso).⁴⁶²

Para que o indivíduo possa exercer sua autonomia, é indispensável que ele tenha os meios adequados para que sua liberdade seja real. Para isso, é necessário que haja um mínimo existencial para que o sujeito desempenhe adequadamente sua autonomia. Segundo Barroso esse mínimo deve abranger as condições econômicas, educacionais e psicofísicas.⁴⁶³

Nesse sentido, a prevalência da dignidade como autonomia não pode ser considerada ilimitada, pois a vida em sociedade pressupõe que pessoas com projetos de vida diferentes possam conviver harmoniosamente. Desta forma, há necessidade de que valores externos sejam impostos para evitarem que uma escolha individual

⁴⁶¹ BARROSO, Luis Roberto; MACIEL, L. C. V. **A morte como ela é:** dignidade e autonomia individual no final da vida. [S.l.], 2009. p. 18. Disponível em: <http://www.luisroberto_barroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2016.

⁴⁶² BARROSO, Luis Roberto; MACIEL, L. C. V. **A morte como ela é:** dignidade e autonomia individual no final da vida. [S.l.], 2009. p. 18. Disponível em: <http://www.luisroberto_barroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2016.

⁴⁶³ BARROSO, Luis Roberto; MACIEL, L. C. V. **A morte como ela é:** dignidade e autonomia individual no final da vida. [S.l.], 2009. p. 19. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2016.

possa trazer impactos a outras pessoas ou mesmo a própria humanidade.⁴⁶⁴ Segundo o referido autor a dignidade pode ser vista por duas vias: a primeira como autonomia, ampliando a liberdade humana, desde que respeitado os direitos de terceiros e o mínimo existencial do indivíduo para a capacidade de exercício da autodeterminação; e a segunda como heteronomia, focando nos valores sociais e no próprio bem do indivíduo, que são aferidos por critérios externos.

No primeiro caso, prevalecem o consentimento, as escolhas pessoais e o pluralismo. No segundo, o paternalismo e institutos afins, ao lado dos valores morais compartilhados pela sociedade. A liberdade e as escolhas individuais são limitadas mesmo quando não interferem com direitos de terceiros.⁴⁶⁵

Para Fachin existem pilares que delimitam a dignidade da pessoa humana, que se aproximam dos direitos da personalidade, compondo uma noção conformadora dessa dignidade da pessoa humana.⁴⁶⁶ Esses direitos de personalidade para Borges possuem um conteúdo dispositivo, sendo o poder de disposição o direito que as pessoas humanas tem de exercerem seus direitos de personalidade de forma ativa, com foco na realização de sua dignidade e o livre desenvolvimento de sua personalidade através dos seus direitos de personalidade.⁴⁶⁷

Para Fachin

Solidarity births as justifications for extension of the deriving duties also to private parties. Therefore, the dignity of a person is based on the premise of protection of the other person, whose diversity must be respected. This was the path that revealed the extraordinary legal

⁴⁶⁴ BARROSO, Luis Roberto; MACIEL, L. C. V. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida.** [S.l.], 2009. p. 27. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2016.

⁴⁶⁵ BARROSO, Luis Roberto; MACIEL, L. C. V. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida.** [S.l.], 2009. p. 2. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2016.

⁴⁶⁶ FACHIN, L. E. Fundamentos limites e transmissibilidade: anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade do código civil brasileiro. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, p. 55, 2005. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/53707/fundamentos_limites_transmissibilidade_fachin.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2016.

⁴⁶⁷ BORGES, Roxana C. B. **Direitos de personalidade e autonomia privada.** 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 02.

standing acquired by the principle of human dignity in the domestic and supranational constitutional levels.⁴⁶⁸

Quanto aos direitos de personalidade, esses são protegidos constitucionalmente através da cláusula geral que vincula a dignidade da pessoa humana com esses direitos. Assim, para Fachin:

Sem embargo da disciplina infraconstitucional e verticalizada dos direitos da personalidade pelo Código Civil de 2002, não se pode olvidar da existência, na Constituição, da cláusula geral de proteção dos direitos da personalidade na interseção do fundamento da dignidade com os direitos fundamentais, o que, na prática, propicia uma mobilidade necessária para o intérprete e permite uma adequada inserção na discussão relativa aos constantes avanços da biomedicina.⁴⁶⁹

Como uma das características dos direitos de personalidade há a sua indisponibilidade. Porém muito já se observa que há uma mitigação nessa indisponibilidade. Pode-se citar como exemplo o direito ao próprio corpo. Neste sentido pode-se constatar que há uma proteção para o caso de ofensa por ato de terceiros, tal como a impossibilidade de utilização de tortura (art. 5, III, CF/88), penas cruéis (art. 5, XLVII, CF/88) entre outros. Por outro lado se tem a possibilidade de doação de órgãos prevista em lei, a qual a pessoa pode doar um órgão nas condições estabelecidas na referida legislação. Essa mitigação não retira a característica de direito de personalidade, pois cabe ao ordenamento outorgar a autonomia privada ao indivíduo e a essa cabe ampliar sua abrangência, mesmo em detrimento dos direitos de personalidade.⁴⁷⁰No caso do direito ao corpo a Constituição Federal prevê: Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta,

⁴⁶⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Mind the GAP between the new portfolio and the so-called old systems.** [S.l.], 1º dez. 2012. p. 21 Disponível em: <http://bibjuufpr.blogspot.com/2012_12_01_archive.html>. Acesso em: 22 nov. 2016.

⁴⁶⁹ FACHIN, L. E. Fundamentos limites e transmissibilidade: anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade do código civil brasileiro. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, p. 61, 2005. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/53707/fundamentos_limites_transmissibilidade_fachin.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2016.

⁴⁷⁰ BORGES, Roxana C. B. **Direitos de personalidade e autonomia privada.** 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 221.

processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização. (grifo nosso).⁴⁷¹

Na legislação infraconstitucional igualmente há a previsão de possibilidade de disposição do corpo nos art. 13,14 e 15 do Código Civil bem como na Lei 9.434/97.⁴⁷² ⁴⁷³Aqui o legislador determinou alguns requisitos para que essa disposição pudesse ser feita, tal como para fins de transplante, que o consentimento seja da própria pessoa etc.

Nesta seara se deve concluir que essa mitigação vem atender a necessidade do contexto social ao qual está inserido o ordenamento jurídico. Cada vez mais o desenvolvimento de novas técnicas possibilitam ao ser humano a busca se sua realização como pessoa. Aqui se insere a questão das técnicas de reprodução assistida e a possibilidade de utilização de uma gestante de substituição.

Para Fachin os institutos e funções estão sendo repensados para manterem seu sentido na vida privada, e aquilo que poderia ser designado de uma certa decadência de valores, passa a ser considerado um renascimento. Assim cabe encontrar novos significantes de lugares jurídicos por meio da hermenêutica, quer através da interpretação, quer na integração. ⁴⁷⁴

A questão a ser analisada está na autonomia da vontade da pessoa que quer atuar como gestante de substituição. Para que se possa dizer que há uma verdadeira autonomia de vontade é necessário verificar quais as condições pessoas desta mulher. Neste sentido, cabe uma análise das condições econômicas, educacionais, psicológicas e físicas.

Não há como negar que o tipo de atividade que será prestado envolverá um complexo conjunto de situações físicas e psicológicas na futura gestante.

Sob o ponto de vista físico e psicológico cabe salientar que apenas uma mulher que já vivenciou uma gravidez pode ter condições de avaliar que atividade que será prestada. Neste sentido a importância de que a gestante de substituição já tenha vivenciado uma gravidez anterior.

⁴⁷¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

⁴⁷² BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 31 out. 2016.

⁴⁷³ BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.

⁴⁷⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 89.

Sob o ponto de vista educacional há necessidade de que esta mulher tenha condições de entender todas as implicações relacionadas a gestação de substituição. Alguém que não tenha um mínimo de esclarecimento ficará em uma situação de hipossuficiência, afetando sua real autonomia.

A questão econômica é igualmente importante em razão de que aquela que aceita ser gestante de substituição não pode estar em situação de necessidade financeira tal que comprometa seu discernimento para aceitar participar desse negócio jurídico.

No Estados analisados nos EUA, que permitem os contratos de gestação de substituição, a legislação faz algumas exigências principalmente para garantir que a mulher que irá servir como gestante de substituição realmente esteja agindo de acordo com sua vontade livre.

Na Florida por exemplo há a necessidade de que a futura gestante de substituição tenha 18 anos ou mais e se submeta a uma avaliação médica.

Seguindo esta ideia, isto é, que a pessoa que irá servir de gestante de substituição possa exercer sua real autonomia de vontade que está conectada a sua dignidade há a necessidade de se estabelecer alguns critérios que possam ser incluídos em um “modelo” de contrato de gestação de substituição.

Interessante ressaltar o tema gestação de substituição está sendo debatido na Conferência de Haia. Segundo Araujo, em 2012 em reunião do Conselho de Haia, iniciou discussão sobre o tema. Os Estados presentes apoiaram a continuidade das pesquisas para avaliar os problemas enfrentados pelos Estados quanto à gestação de substituição. A maioria dos países participantes foi favorável a uma regumanação global, desde que a questão da nacionalidade da criança ficasse na alçada de cada Estado. Na reunião de 2013, a Secretaria do por unanimidade entendeu que deveria continuar com as pesquisas a respeito do tema. O resultado da pesquisa seria apresentado na reunião final em 2014. A Associação Americana de Direito Internacional Privado, que tem participado como observadora das reuniões da Conferência de Haia, teria feito uma exortação especial de apoio ao tema, porém salientando que qualquer futura solução deveria proteger a criança e demais vulneráveis envolvidos nas gestações de substituição. Em 2013 houve a elaboração de um questionário que foi enviado para os Estados e as operadoras de Direito e profissionais da saúde. O questionário se chamou Documento Preliminar n. 03, de 2013. Foi respondido por aproximadamente 45 Estados, 50 advogados com

experiência na matéria e 14 profissionais da saúde.⁴⁷⁵ Com o resultado dessa pesquisa foi elaborado o documento preliminar n. 3B, de 2104.⁴⁷⁶ Uma das conclusões está na questão da determinação do parentesco das crianças nascidas através da gestação de substituição. Isso é importante pois cria direitos e obrigações entre os pais e filhos que irão interessar tanto internamente como externamente aos países. Neste sentido Araujo conclui que no plano internacional ainda há carência de regulamentação específica sobre o tema. Quanto a essa questão houve a manifestação dos Estados participantes no sentido de que seja promovida a unificação das regras de direito internacional privado para a determinação do parentesco, através de um documento que seria de caráter obrigatório.⁴⁷⁷

Segundo Araujo, Vargas e Martel as necessidades apontadas no questionário enviado aos Estados foram: “a) certeza jurídica e segurança na comprovação do status legal das crianças com relação à determinação de seu parentesco em situações de caráter internacional, e b) a proteção dos direitos da criança e de seus pais, bem como aqueles envolvidos na sua concepção nas situações internacionais, em linha com o standard de proteção garantidos pelos diplomas de direitos humanos.”⁴⁷⁸

Para essa autora há a necessidade de uma regulamentação de forma expressa, tanto a nível nacional como internacional. Há ainda necessidade de definir

⁴⁷⁵ ARAUJO, Nadia de; VARGAS Daniela Trejos; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Gestação de substituição**: regramento do direito brasileiro e seus aspectos no direito internacional privado. [S.l.], mar. 2015. p. 17. Disponível em: <<http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/GESTA%C3%87%C3%83O-DE-SUBSTITUI%C3%87%C3%83O-REGRAMENTO-NO-DIREITO-BRASILEIRO-E-SEUS-ASPECTOS-DE-DIREITO-INTERNACIONAL-PRIVADO.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

⁴⁷⁶ CONFERÊNCIA DE HAIA. **The private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements**. [S.l.], 2016. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

⁴⁷⁷ ARAUJO, Nadia de; VARGAS Daniela Trejos; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Gestação de substituição**: regramento do direito brasileiro e seus aspectos no direito internacional privado. [S.l.], mar. 2015. p. 18. Disponível em: <<http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/GESTA%C3%87%C3%83O-DE-SUBSTITUI%C3%87%C3%83O-REGRAMENTO-NO-DIREITO-BRASILEIRO-E-SEUS-ASPECTOS-DE-DIREITO-INTERNACIONAL-PRIVADO.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

⁴⁷⁸ ARAUJO, Nadia de; VARGAS Daniela Trejos; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Gestação de substituição**: regramento do direito brasileiro e seus aspectos no direito internacional privado. [S.l.], mar. 2015. p. 18. Disponível em: <<http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/GESTA%C3%87%C3%83O-DE-SUBSTITUI%C3%87%C3%83O-REGRAMENTO-NO-DIREITO-BRASILEIRO-E-SEUS-ASPECTOS-DE-DIREITO-INTERNACIONAL-PRIVADO.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

os limites da autonomia privada dos indivíduos nesse tipo de acordo. Entre os tópicos sugeridos por Araújo, Vargas e Martel está:

a) se a opção da legislação será pelo contrato do tipo oneroso ou gratuito; b) a possibilidade da determinação da maternidade por força do contrato, o que possui duas implicações – no que diz respeito ao registro de nascimento que espelhe essa nova situação, e às consequências advindas do registro para a determinação da nacionalidade brasileira por *ius sanguinis*, pois a situação cria um novo critério para sua declaração; c) aceitando-se a validade do consentimento pela gestante de substituição, não se pode deixar de impor aos pais contratantes todas as obrigações decorrentes da filiação; d) determinar com clareza os limites impostos àquela que se dispõe a participar como gestante de substituição; e) prever um sistema de supervisão e fiscalização das clínicas que praticam as técnicas da gestação de substituição, não apenas nos aspectos médicos, mas também quanto à observância das regras que regulamentam a prática médica e a bioética.⁴⁷⁹

Em 2016 o *bureau* permanente da Conferência de Haia editou um documento relativo ao *surrogacy Project*, com relação aos questionários que foram respondidos por grupos de *experts* em vários países, inclusive o Brasil. Os profissionais que responderam ao questionário são da área jurídica, da saúde e agências de gestação de substituição. Vários temas foram tratados nesta pesquisa organizada pela Conferência de Haia, mostrando as diferenças entre os diversos países que responderam ao questionário. Restou demonstrado ainda que existem diferenças de tratamento sobre o tema nos países pesquisados, e que o *Surrogacy Project* deve continuar em razão da complexidade do tema.

Vários tópicos foram levantados na reunião de 2016 em Haia, como por exemplo a questão do parentesco legal, as regras de direito internacional, entre outros. Restou demonstrado que a questão legal do parentesco é tratada pelos países da seguintes forma: registro de nascimento, reconhecimento voluntário do parentesco legal e procedimentos judiciais.

O grupo entendeu que seriam necessárias regras uniformes para determinar qual lei deveria ser aplicada para determinação do parentesco nos casos de gestação

⁴⁷⁹ ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Gestação de substituição**: regramento do direito brasileiro e seus aspectos no direito internacional privado. [S.l.], mar. 2015. p. 20. Disponível em: <<http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/GESTA%C3%87%C3%83O-DE-SUBSTITUI%C3%87%C3%83O-REGRAMENTO-NO-DIREITO-BRASILEIRO-E-SEUS-ASPECTOS-DE-DIREITO-INTERNACIONAL-PRIVADO.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

de substituição. Houve o reconhecimento de que há uma diversidade legislativa entre os países que participaram da pesquisa e que conclusões definitivas não devem ainda serem traçadas. No questionário respondido pelo Brasil houve a declaração de que não seria permitido o pagamento à gestante, que só poderia ser realizado entre parentes até quarto grau e que pelo menos um dos pais intencionais fosse ligado geneticamente ao embrião. Claramente essa resposta foi dada de acordo com o regramento da Resolução 2.112/15 do Conselho Federal de Medicina.

Essas questões são de grande importância nos acordos de gestação de substituição. No entanto, salienta-se que não há até o momento uma legislação no Brasil regulamentando esses acordos, apenas uma resolução do Conselho Federal de Medicina que não tem caráter de norma jurídica.⁴⁸⁰

Não se pode esquecer que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, que se submete ao império da lei. A lei neste sentido é um ato determinado pela própria Constituição, podendo ser negativamente ou positivamente determinado na lei fundamental.⁴⁸¹

A Constituição impõe diretivas que vinculam o legislador, não deixando à sua pura discricionariedade a qualificação dos interesses públicos. Assim, pode-se dizer que a Constituição dirige a lei e a atuação estatal, sendo classificada como uma Constituição dirigente.⁴⁸²

Tem consagrado o direito à liberdade no preâmbulo do art. 5º da Constituição Federal, mas é preciso delimitar o âmbito de proteção da norma consagradora dessa liberdade. Neste sentido se deve entender que apenas as atividades lícitas estariam

⁴⁸⁰ No sentido de esclarecer o objetivo da Resolução há um preâmbulo com o seguinte teor: Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 2121/ 2015**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2016.

⁴⁸¹ MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado liberal ao Estado democrático de direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 51, n. 204, p. 17, out./dez. 2014. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509938/001032358.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

⁴⁸² MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado liberal ao Estado democrático de direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 51, n. 204, p. 17, out./dez. 2014. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509938/001032358.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

protegidas. Assim poderia-se compreender que a lei que proíbe o contrabando, não é uma lei que restritiva da liberdade de profissão, pois a atividade é ilícita.⁴⁸³

A questão a ser analisada esta na restrição da liberdade de desempenhar a atividade de gestar um embrião decorrente de uma resolução do Conselho Federal de Medicina.

Conforme anteriormente referido, não há ilicitude na atividade a ser desempenhada pela gestante de substituição. Tampouco ha restrição na lei para que a mulher exerça essa atividade. As normas estabelecidas no Código Civil quanto aos Direitos de Personalidade, não impossibilitam que uma mulher possa gestar um embrião para outra pessoa. Neste sentido, é mantido o direito de liberdade estabelecido no *caput* do art 5º da Constituição Federal.

Seguindo ainda a questão das garantias fundamentais esculpidas no art. 5º da Constituição brasileira tem-se que “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”⁴⁸⁴ Aqui claramente se verifica que apenas uma lei poderia restringir uma liberdade individual na sistemática do Direito brasileiro. Ocorre que não há lei que estabeleça que uma mulher não possa gestar um embrião para outra, ou que restrinja seu direito estabelecendo que poderá fazê-lo apenas se for parente em até quarto grau dos pais intencionais da futura criança.

Igualmente não há lei que proíba o pagamento à gestante de substituição pela atividade desenvolvida.

Desta forma, não está na esfera de um conselho profissional restringir o direitos das pessoas. Sua função é reguladora da atividade profissional apenas.

Cabe ao poder legislativo a tarefa de editar leis. A Constituição Federal estabelece todo o regramento que deverá ser seguido para que uma lei seja aprovada. Isso garante que a democracia seja garantida uma vez que o povo escolhe seus representantes que irão compor o Poder Legislativo.

Tem-se uma Constituição que é o centro do ordenamento jurídico, que garante uma série de direitos aos indivíduos e que estabelece os procedimentos legislativos para a edição de leis. Estabelece ainda que as pessoas somente poderão ser restringidas em seus direitos através de leis que disciplinem essas restrições.

⁴⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 1276.

⁴⁸⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

As resoluções dos conselhos profissionais são atos administrativos e não leis, devendo estarem de acordo com a Constituição Federal. Há que se definir qual o limite para expedição de atos regulamentares. Não se deve admitir que mediante a edição desses atos, os Conselhos possam substituir a vontade geral (Poder Legislativo). Dessa forma não há como referir que o constituinte tenha dado um poder delegado aos Conselhos para que esses pudessem romper com a reserva da lei. Segundo Streck, Sarlet e Clèver o que distingue o conceito de lei de outros atos é sua estrutura e função.

Leis têm caráter geral, porque regulam situações em abstrato; atos regulamentares (resoluções, decretos, etc.) destinam-se a concreções e individualizações. Uma resolução não pode estar na mesma hierarquia de uma lei, pela simples razão de que a lei emana do poder legislativo, essência da democracia representativa, enquanto os atos regulamentares ficam restritos a matérias com menor amplitude normativa.⁴⁸⁵

A questão que deve ser ainda referida é que um órgão administrativo não pode expedir atos com força de lei que venham a avançar nos direitos fundamentais, fazendo que eles se tornem legislativos e executivos ao mesmo tempo. Isso afronta o Estado Democrático de Direito, na medida em que o órgão administrativo estaria criando e executando leis.⁴⁸⁶

Os conselhos enfrentam duas limitações:

Uma *stricto sensu*, pela qual não podem expedir regulamentos com caráter geral e abstrato, em face da reserva de lei; outra, *lato sensu*, que diz respeito à impossibilidade de ingerência nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Presente, aqui, a cláusula de proibição de restrição a direitos e garantias fundamentais, que se sustenta na reserva de lei, também garantia constitucional. Em outras palavras, não se concebe - e é nesse sentido a lição do direito alemão - regulamentos de substituição de leis (*gesetzvertretende Rechtsverordnungen*) e nem regulamentos de alteração das leis (*gesetzändernde Rechtsverordnungen*). É neste sentido que se fala,

⁴⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin Clève. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. [S.l.], 2006. p. 3. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15653-15654-1-PB.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

⁴⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin Clève. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. [S.l.], 2006. p. 3. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15653-15654-1-PB.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

com razão, de uma evolução do princípio da reserva legal para o de reserva parlamentar.⁴⁸⁷

Neste sentido as resoluções dos Conselhos não podem criar direitos ou obrigações e igualmente não podem restringir os direitos e garantias individuais ou coletivos garantidos pela Constituição Federal. Assim, regular é diferente de regulamentar. Quem tem legitimidade para regular, considerando em seu sentido estrito, é o Poder Legislativo que, por meio do processo legislativo, cria textos legais. Já a atividade de regulamentar, é secundária e dependente da atividade de regular. Neste caso, após a regulação do tema pelo Poder Legislativo, poderia o CFM regulamentar - dando detalhes, processos e procedimentos - o texto regulatório editado anteriormente. Do modo como a matéria está atualmente, o CFM está regulando sobre a gravidez de substituição, indo além das suas funções institucionais e contrariando o princípio da democracia, que é um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Quer dizer, antes de tudo, se deverão observar as regras e os princípios constitucionais. Assim sendo, e sob este viés, e por meio da perspectiva hermenêutica, a atribuição de sentido a uma resolução do CFM deverá ser orientada pelos princípios fundamentais constitucionais e das diretrizes inseridas num texto legislativamente construído. Não pode uma resolução restringir direitos e garantias das pessoas, pois estaria infringindo os elementos essenciais do Estado Democrático de Direito.⁴⁸⁸

Desta forma resta claro que a Resolução 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina⁴⁸⁹ não pode restringir o direito individual da mulher de poder gestar um embrião para outra mulher, independente de ser parente ou não dos pais intencionais, bem como seu direito de receber pela atividade desempenhada.

⁴⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin Clève. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. [S.l.], 2006. p. 3. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15653-15654-1-PB.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

⁴⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin Clève. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. [S.l.], 2006. p. 6. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15653-15654-1-PB.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

⁴⁸⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2121/2015**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2016.

4.4 Proposta de Modelo Normativo por meio de Diálogo entre as Fontes do Direito Relacionando o Direito Brasileiro e o Direito dos Estados Unidos da América

Segundo Marques, há necessidade de se reconstruir a coerência do sistema direito ou de uma ordem jurídica nacional em tempos pós- modernos⁴⁹⁰. Na atualidade há fragmentação, internacionalização e flexibilização de valores e hierarquias. Para essa autora, no Brasil o diálogo das fontes significa a aplicação simultânea, coerente e coordenada de diversas fontes legislativas, leis especiais e leis gerais. Poderá haver então antinomias e conflitos de leis no espaço, havendo a necessidade de coordená-las através do direito internacional privado.⁴⁹¹ Como valores importantes no século XXI, Jayme cita a autonomia e a transparência.

“A proteção da pessoa humana face à globalização e o direito internacional privado’, tentei alcançar a proteção do indivíduo através de um reforço na autonomia deste, ao mesmo tempo, que se crie e se assegure direitos de informação.”⁴⁹²

Assim para Marques

A teoria do diálogo das fontes é, em minha opinião, um método da nova teoria geral do direito muito útil e pode ser usada na aplicação de todos os ramos do direito, privado e público, nacional e internacional, como instrumento útil ao aplicador da lei no tempo, em

⁴⁹⁰ Para Erik Jayme a pós-modernidade caracteriza-se pela contraposição de conceitos, poré menses conceitos foram definidos na modernidade. Neste sentido o pluralismo passa a ser considerado um valor jurídico, bem como a diversidade vinculada à cultura e aos povos. Há assim uma característica importante no pós modern, que o retorno aos sentimentos. o retorno dos sentimentos (le retour des sentiments, Rückkehr derGefühle), algumas vezes descrito em um sentido pejorativo, como e novo irracionalismo. Podemos, porém, constatá-lo em relação à identidade cultural, que pode conduzir a conflitos culturais, baseados em um sentimento forte de defesa de sua própria identidade cultural, de sua religião e de todas as outras expressões do individualismo.” JAYME, Erik. Direito Internacional privado e cultura pós-moderna. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 105-115, p. 107, mar. 2003.

⁴⁹¹ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 21.

⁴⁹² JAYME, Erik. Entrevista com o Prof. Erik Jayme. **Revista Trimestral de Direito Civil: Cadernos de do Programa de Pós-graduação Direito/UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 63-67. 2003. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43484/27363>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

face do pluralismo pós-moderno de fontes, que parece não diminuir no século XXI.⁴⁹³

Marques refere três tipos de diálogo de fontes: de coerência, em que uma lei pode servir de base conceitual para outra; de subsidiariedade, uma lei pode complementar a aplicação de outra, a depender de seu campo de aplicação; e de adaptação, em que há a transposições de conquistas alcançadas em uma lei para a outra.⁴⁹⁴

O primeiro tipo, de coerência, pode ser referido quando se está diante de uma lei geral e de uma especial. Neste sentido, ter-se-ia que os conceitos e os institutos da lei geral deveriam ser aplicados igualmente aos microssistemas, mas a lei especial traria a regulamentação dos respectivos conceitos.⁴⁹⁵

O segundo tipo, de complementariedade, indicaria a aplicação complementar ou subsidiária de normas e princípios no que for necessário. Aqui estaria inserida a técnica legislativa da cláusula geral, abrindo um espaço para o julgador complementar aquilo que não está definido, buscando o sentido em outra norma.⁴⁹⁶

O terceiro tipo, de coordenação, seria verificável quando há eventual redefinição do campo de aplicação de uma lei.

Para Miragem, “a noção de diálogo das fontes ultrapassa a finalidade apenas de solução de antinomias, pretendendo examinar e fundamentar, igualmente, a possibilidade de influências recíprocas entre duas leis”.⁴⁹⁷

Miragem refere que modernamente a noção de lacuna não pode ser compreendida sem se ter em conta a interpretação como método de realização do Direito. Neste sentido, interpreta-se o Direito posto e em vista da unidade do sistema,

⁴⁹³ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 21.

⁴⁹⁴ MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 32.

⁴⁹⁵ MARIGHETO, Andrea. O “diálogo das fontes” como forma de passage da teoria sistemático-moderna à teoria finalística ou pós-moderna do direito. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 119.

⁴⁹⁶ MARIGHETO, Andrea. O “diálogo das fontes” como forma de passage da teoria sistemático-moderna à teoria finalística ou pós-moderna do direito. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 119.

⁴⁹⁷ MIRAGEM, Bruno. Eppur si Muove: Diálogo das Fontes como método de interpretação sistemática. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 83.

identifica-se as lacunas. Assim a ausência de um texto normativo expresso pode comprometer a realização do Direito que decorre de um projeto do legislador.⁴⁹⁸

Assim, o diálogo das fontes desenvolvido no Brasil passa a ser um método de interpretação sistemática

Não apenas porque admite a interpretação no sentido da norma em vista de sua coerência com as demais normas do ordenamento (coerência forma), mas especialmente porque coordena a possibilidade de aplicação de mais de uma norma à mesma situação, ao mesmo caso, como modo de assegurar coerência ao sistema.⁴⁹⁹

Quando se fala da interpretação de direitos fundamentais, se deve ter em mente o conteúdo e o alcance desse direito no caso concreto, pois é necessário que⁵⁰⁰ se dê efetividade a esses direitos, respeitando a Constituição e as obrigações internacionais.

Cuando hablamos de interpretación en materia de derechos fundamentales, hacemos referencia al ejercicio consistente en dotar de contenido y alcance a un derecho en un caso concreto, en forma tal de dar efectividad a los derechos y así cumplir con el mandato constitucional y con las obligaciones internacionales del Estado.⁵⁰¹

Através do diálogo das fontes é possível entender as fontes existentes para depois procurar na coexistência a colaboração e integração dessas fontes. Busca-se aqui conjugar as fontes do sistema, através do diálogo, para encontrar a melhor solução prática, sempre visando a coerência do sistema.⁵⁰²

Para Jayme há necessidade de se buscar uma proteção a identidade cultural da pessoa, devendo haver uma certa personalização das regras comuns para resolução de leis no espaço. “[...] uma sociedade pluricultural requer, caso procure-

⁴⁹⁸ MIRAGEM, Bruno. Eppur si Muove: Diálogo das Fontes como método de interpretação sistemática. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 85.

⁴⁹⁹ MIRAGEM, Bruno. Eppur si Muove: Diálogo das Fontes como método de interpretação sistemática. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 85.

⁵⁰⁰ JAYME, Erik. Sociedade multicultural e novos desenvolvimentos no direito internacional privado. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 102, 2003.

⁵⁰¹ ROJAS, Claudio Nash. La interpretación culturalmente sensible de los derechos humanos. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**, Colombia, n. 4, p. 76, 2014.

⁵⁰² JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, v. 1 n. 1, p. 114, mar. 2003.

se reconhecer um direito da pessoa à proteção da sua identidade cultural, uma certa ‘personalização’ das respectivas regras para resolver os conflitos de lei”⁵⁰³.

Para esse autor o direito comparado moderno “queria descrever o conteúdo constante, acima do tempo e do espaço, das normas jurídicas (Rechtssätze), o direito comparado pós-moderno volta-se justamente para o passageiro (dem Flüchtigen).”⁵⁰⁴ Nota-se dessa forma uma modificação nesta área do direito.

Nestes tempos de pós-modernidade há a pluralidade das formas de vida, a narração como o prazer na descrição, o não ser igual, e o retorno aos sentimentos.

Assim para Jayme a definição provisória do direito comparado pós-moderno seria: O direito comparado pós-moderno

pesquisa as diferenças entre as ordens jurídicas, tendo em vista especialmente as diferentes posturas e condutas como formas de expressão contemporânea de valores (*Werten*) e estilos de pensar (*Denkstilen*).⁵⁰⁵

Seguindo as ideias de Jayme, há neste momento do Direito o pluralismo que significa ter alternativas e possibilidades para solucionar os problemas jurídicos. Desta forma a lei “não mais conduz, ela administra.”⁵⁰⁶

Para Supiot existe um espaço profundo que separa o homem biológico e suas técnicas. Neste espaço, o Direito revela uma função de interposição entre o homem e suas ferramentas tecnológicas, sujeitando o uso a proibições decorrentes dos riscos a que essas produzem.⁵⁰⁷ Há a necessidade da construção de respostas jurídicas através de um diálogo entre as fontes do Direito para dar suporte aos novos direitos gerados pelas tecnologias de reprodução assistida.

Segundo Engelmann se poderia ir além do cenário nacional através do diálogo entre as fontes do Direito, para busca de uma resposta adequada a realidade atual.⁵⁰⁸

⁵⁰³ JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 116, mar. 2003.

⁵⁰⁴ JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 118, 2003.

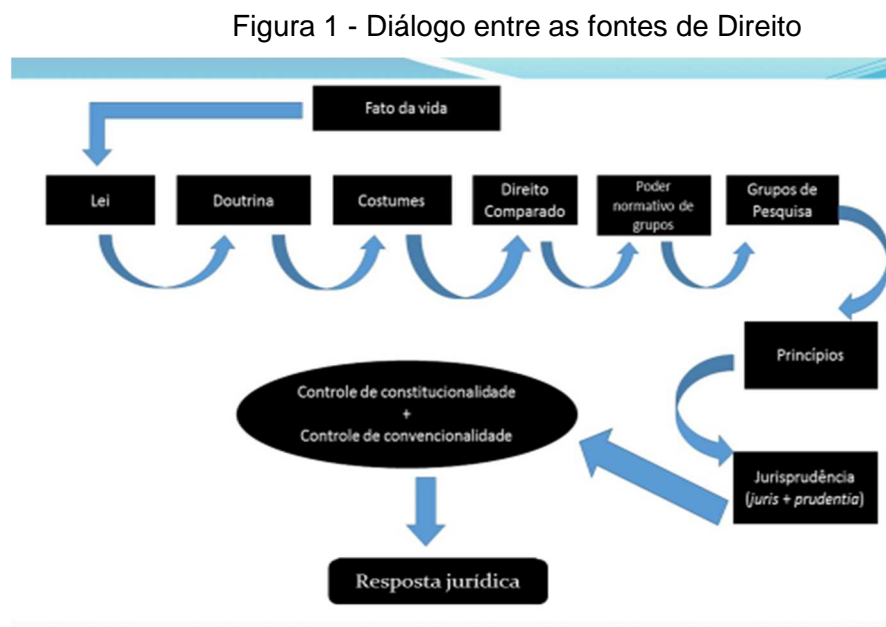
⁵⁰⁵ JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 118, 2003.

⁵⁰⁶ JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 120, 2003.

⁵⁰⁷ SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaios sobre a função antropológica do direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 162.

⁵⁰⁸ ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias como um exemplo de inovação e os reflexos jurídicos no cenário da pesquisa e inovação responsáveis (Responsible Research and Innovation) e das implicações éticas, legais e sociais (Ethical, Legal and Social Implications). In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e**

Conforme Engelmann, ao tratar dos fatos nanotecnológicos, sugere um diálogo entre diversas fontes de Direito conforme a seguir demonstrado:



Fonte: Engelmann.⁵⁰⁹

Para uma resposta jurídica adequada, os fatos relativos à gestão de substituição no cenário nacional devem percorrer várias fontes de Direito.

Para Tepedino

O desafio do jurista na atualidade consiste, justamente, na harmonização das fontes normativas, a partir dos valores e princípios constitucionais. Sendo o ordenamento jurídico composto por uma pluralidade de fontes normativas, apresenta-se necessariamente como sistema heterogêneo e aberto; e, daí a sua complexidade que, só alcançará a unidade, caso seja assegurada a centralidade da Constituição, que contém a tábua de valores que caracterizam a identidade cultural da sociedade.⁵¹⁰

hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, n. 12. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2016. p. 242.

⁵⁰⁹ ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias como um exemplo de inovação e os reflexos jurídicos no cenário da pesquisa e inovação responsáveis (Responsible Research and Innovation) e das implicações éticas, legais e sociais (Ethical, Legal and Social Implications). In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:** anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, n. 12. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2016. p. 242.

⁵¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República. **Revista (Syn)thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 19, 2012.

Ainda para Tepedino

A comunicação e o pluralismo falam por si. É inegável a rapidez e a eficiência das comunicações, interferindo diretamente nos modelos e disciplinas contratuais. Igualmente o pluralismo de fontes legislativas, intensificado pela produção sempre crescente de normas supranacionais.⁵¹¹

No cenário nacional não há lei proibindo ou regulamentando a atividade de gerar um embrião. Quanto à doutrina nacional, não há uma posição consolidada a respeito do tema. Ocorrem gestações de substituição no Brasil, tanto que houve a edição do Provimento n. 52, de 14 de março de 2016 do Conselho Nacional de Justiça para facilitar o registro das crianças que viessem a nascer provenientes de gestações de substituição.⁵¹² O Direito Comparado pode contribuir para a construção de um modelo adequado para a realidade brasileira, através da experiência vivida pela sociedade alienígena relativa a fatos similares. Quanto ao poder normativo de grupos, suas decisões só poderiam atuar em um cenário em que não houvesse restrição de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, sob pena de violação ao Estado Democrático de Direito. No cenário mundial não há ainda convenção internacional específica a respeito do tema. O que há é um projeto da Conferência de Haia no sentido de tentar uniformizar questões como parentesco e outras que possam ocorrer nos acordos envolvendo pessoas de diferentes países. Na União Europeia foi editada uma resolução em 2015, condenando a prática de gestações de substituição, pois ferem a dignidade da mulher que tem seu corpo e sua função reprodutiva utilizada como *commodity*. Salienta-se que diversos países que fazem parte da Comunidade Europeia permitem a prática deste tipo de acordo.⁵¹³

⁵¹¹ TEPEDINO, Gustavo. Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República. **Revista (Syn)thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 19, 2012.

⁵¹² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Provimento n. 52, de 14 de março de 2016**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

⁵¹³ Artigo 114. "Condemns the practice of surrogacy, which undermines the human dignity of the woman since her body and its reproductive functions are used as a commodity; considers that the practice of gestational surrogacy which involves reproductive exploitation and use of the human body for financial or other gain, in particular in the case of vulnerable women in developing countries, shall be prohibited and treated as a matter of urgency in human rights instruments." UNIÃO EUROPEIA. **Resolução de 17 de dezembro de 2015**. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&mode=XML&reference=A8-2015-0344&language=EN>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

Segundo Gadamer o intérprete deve buscar na tradição o conteúdo das normas, referindo ainda que o ser humano possui preconceitos legítimos, os quais, gerados pela mediação do conhecimento fazendo com que o intérprete se confronte com a sua própria tradição.⁵¹⁴ Neste sentido se pode referir que a gestação de substituição já faz parte do contexto social brasileiro e mundial há muitos anos. Mesmo antes das técnicas de reprodução há na história referência da utilização da chamada *traditional surrogacy*. Um exemplo seria o caso escrito na Bíblia, no velho testamento, em que Hagar acorda com Abraão gestar uma criança para a mulher deste, que era infértil. Nos EUA os acordos de gestação de substituição iniciaram formalmente em 1976.⁵¹⁵ No Brasil não se tem dados com relação ao período em que as gestações de substituição iniciaram, porém desde 1992 o Conselho Federal de Medicina começou a primeira resolução para tratar das técnicas de reprodução assistida, já incluindo a gestação de substituição no texto.⁵¹⁶

Neste sentido se pode concluir que a gestação de substituição já está inserida na tradição social brasileira, devendo o intérprete buscar nessa tradição subsídios para a construção de sua compreensão. Assim os valores sociais devem ser incorporados à norma conduzindo o intérprete ao reconhecimento de que o Direito não está apenas nas normas escritas.

Para Tepedino surge a necessidade de novas classificações para os novos institutos, fruto do atual momento do Direito Civil, preservando-se contudo a tradição.

Em relação aos novos institutos, reclama-se a necessidade de novas classificações, aos moldes das antigas, com leis que as regulamentem, sendo mais que natural, segundo se argumenta, diante do surgimento de figuras jurídicas, que o direito se mobilize

⁵¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 12 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 432-433.

⁵¹⁵ Surrogacy has been around for centuries. The existence of the concept of one woman bearing a child for another dates back to the Old Testament, when Hagar, the maidservant of Sarah, lies with Abraham to bear a child for her infertile mistress. However, the first formal surrogacy agreement was not arranged until 1976, in the United States. After this, surrogacy was marketed as a solution for women with fertility issues. Firms and companies began to spring up dedicated to promoting surrogacy and taking care of surrogate mothers. SURROGACY. In: NEW WORLD ENCYCLOPEDIA. [S.l.], 5 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.newworldencyclopedia.org/entry/Surrogacy>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

⁵¹⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 1.358/92**,. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em 02 de dezembro de 2016.

para adaptar seus velhos esquemas aos fatos atuais, preservando-se, também sob esse ponto de vista, a tradição.⁵¹⁷

Há a necessidade de compreender o Direito não mais como um instrumento de mera racionalização de movimentos históricos, mas como um fenômeno dialético e social.

Compreender o direito como um fenômeno social significa vê-lo como fruto da interação do dado normativo com as demandas sociais e culturais que se alteram a cada dia, forjando-o e alterando-o a todo tempo.⁵¹⁸

Posner refere que o próprio Direito deverá entender “o declínio do Direito como disciplina autônoma”, havendo a necessidade de se conhecer “[...] os textos jurídicos dotados de autoridade”. Assim a importância da doutrina além da produção legislativa. Ocorre que uma análise de nossa realidade, torna evidente que o conhecimento jurídico se tornou frágil, pois não dá ao estudante de Direito o mecanismo adequado para uso das ferramentas para “[...] lidar eficazmente com os problemas que estão por vir”.⁵¹⁹ Há uma grande variedade de livros que não passam de reprodução da lei, sem uma análise mais aprofundada do Direito como um todo.

O papel do Direito precisa ser atualizado. Pode-se dizer, “[...] o Direito é uma realidade que se move dentro do tempo e que é condicionado pelo próprio tempo. O Direito é também tempo, mas, sobretudo, temporalidade.”⁵²⁰ Desta forma, o que se pode concluir é que há a necessidade de se colocar a capacidade do jurídico em responder adequadamente, e dentro de um tempo razoável, para atender às demandas sociais gerada pela sociedade pós-moderna.

Assim a temporaridade será “[...] aperfeiçoamento, enriquecimento, transformação, alteração desse magma complexo e único que é o Direito na sua concreta aplicação [...]”.⁵²¹ Há desta forma a materialização do Direito através da

⁵¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República. **Revista (Syn)thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 17, 2012.

⁵¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República. **Revista (Syn)thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 18, 2012.

⁵¹⁹ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 566-75.

⁵²⁰ COSTA, José de Faria. **As linhas rectas do direito**. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2009. p. 27. (Os espaços curvos do direito, v. 8).

⁵²¹ COSTA, José de Faria. **As linhas rectas do direito**. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2009. p. 27. (Os espaços curvos do direito, v. 8).

realidade da vida, revelando que o Direito “[...] é um dado cultural, um valor inerente à condição humana e que está aí para ajudar os homens e mulheres deste tempo a serem melhores.”⁵²²

Há desta forma um retorno aos sentimentos, em que o Direito se preocupa com os direitos humanos, a valorização da pessoa humana, suas relações concretas, talvez como uma forma de reação à impessoalidade ditada pela globalização.⁵²³

Na busca por uma resposta adequada a regulamentação das gestações de substituição no Brasil, cabe referir que o sistema jurídico brasileiro é o da *Civil Law*, tendo como principal característica estar baseado nas leis produzidas pelo poder legislativo.

Entretanto, na atualidade existem elementos extra-normativos que devem ser levados em conta, eis que a sociedade está em constante mudança, havendo a necessidade de que o Direito esteja conectado a essas mudanças.⁵²⁴

A questão aqui levantada está na possibilidade de utilização da pesquisa realizada nos Estados Unidos da América para sugerir um modelo de contrato para os casos de gestação de substituição, sem afrontar os princípios e regras do Direito brasileiro.

Primeiramente cabe referir novamente que a Resolução do Conselho Federal de Medicina não possui natureza de lei, sendo apenas uma norma de caráter ético dirigida à conduta profissional dos médicos, não podendo restringir os direitos das pessoas.

Considerando o contrato de gestação de substituição como um contrato de prestação de serviços *sui generis*, cabe a análise de seus elementos. Como elementos essenciais desse tipo de contrato temos: o objeto, a remuneração, e o consentimento.

Quanto ao objeto: neste sentido a prestação humana a ser realizada é a gestação de um embrião humano, podendo ser classificada como uma prestação de fazer infungível. Considera-se incompatível com a dignidade da pessoa humana a sujeição total do prestador ao tomador do serviço, quando fora dos limites estipulados

⁵²² COSTA, José de Faria. **As linhas rectas do direito**. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2009. p. 27. (Os espaços curvos do direito, v. 8).

⁵²³ TEPEDINO, Gustavo. Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República. **Revista (Syn)thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 21, 2012.

⁵²⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007. p. 71.

no contrato. No caso do contrato de gestação de substituição o limite seria as cláusulas acordadas que diretamente influenciariam na gestação contrada. Assim poderiam haver cláusulas determinando a conduta da prestadora de serviço, tais como: não fumar, não utilizar bebida alcólica ou outras drogas durante a gestação. Este tipo de estipulação poderia ser feita em razão de afetar diretamente o sucesso da tarefa gestação.⁵²⁵

Quanto a remuneração: Nesse tipo de contrato tem-se como regra o pagamento em dinheiro pelo serviço realizado, mas não há impeditivo de que haja outra espécie de pagamento, tal como alimentos, vestuário, moradia, seguro de saúde, seguro de vida, tratamento médico, etc.⁵²⁶

Com relação ao consentimento, a natureza *sui generis* do contrato exigirá a forma escrita, uma vez que a prestação do serviço envolve a utilização do corpo por parte da gestante e ainda o desenvolvimento de um ou mais embriões humanos. Como analisado anteriormente no item 4.3 desta pesquisa, a autonomia da vontade nesse tipo de negócio deve ser “qualificada”, para que possa ser considerada real. Neste sentido há a necessidade de verificação das condições econômicas, médicas, psicológicas e educacionais da prestadora do serviço. Pode-se incluir ainda a assistência por parte de um advogado como algo desejável para garantir que as partes tenham pleno conhecimento do que estão acordando.

Neste sentido cabe uma adaptação das regras utilizadas nos EUA para a realidade brasileira. Apesar da divergência encontrada entre os Estados norteamericanos estudados⁵²⁷, o *Uniform Parentage Act*⁵²⁸ traz uma série de considerações interessantes que podem ser utilizadas no Brasil. Salienta-se que este texto foi produzido por uma comissão nacional para tentar uniformizar a legislação referente ao Direito de Família, principalmente com relação ao parentesco. O artigo oitavo refere-se aos acordos de gestação de substituição.

Neste sentido, alguns requisitos referidos:

⁵²⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3, p. 379.

⁵²⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3, p. 380.

⁵²⁷ O estudo foi realizado nas legislações e decisões dos Estados da Flórida, Nova York e Califórnia. Das regras utilizadas por esses estados destacam-se as que estão sendo sugeridas para um futuro modelo brasileiro.

⁵²⁸ UNIFORM PARENTAGE ACT. NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. **Uniform parentage Act (Last Amended or Revised in 2002)**. Chicago, Feb. 10, 2003. Disponível em: <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/upa_final_2002.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2016.

- a) que as partes façam o acordo por escrito. Se a gestante de substituição for casada que o cônjuge também assine o acordo;
- b) que haja a concordância da gestante de substituição na utilização das técnicas de reprodução assistida;
- c) que a gestante de substituição e seu marido, se houver, declarem não ter qualquer direito ou obrigação na criança que será gestada através das técnicas de reprodução assistida;
- d) o acordo deve ser homologado pelo poder judiciário, antes do início da implantação o embrião;
- e) o acordo terá a previsão de pagamento à gestante, além do pagamento de despesas médicas e hospitalares decorrentes da gestação até o nascimento da criança, bem como o pagamento das despesas se este terminar antes do termo previsto;
- f) o acordo não retira ou limita o direito da gestante de substituição de poder decidir sobre sua saúde ou saúde do embrião ou feto;
- g) as partes deverão ser assistidas por advogado.

Salienta-se novamente a importância da questão da autonomia privada da gestante de substituição pois, conforme referido no título anterior, para que haja uma real autonomia privada, a essa mulher deverá ser avaliada em alguns aspectos. Para isso, importante que acompanhe o acordo uma avaliação médica e psicológica a ser realizada por profissionais habilitados.

Com o intuito de trazer maior segurança as partes envolvidas nesse tipo acordo, seria importante ainda a homologação judicial deste. Neste contexto caberia a utilização da jurisdição voluntária, prevista no art 719 e seguintes do NCPC.⁵²⁹

⁵²⁹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. [Código de Processo Civil]. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21 nov. 2016.

Neste sentido seguem algumas sugestões a serem implementadas nos contratos de gestação de substituição:

Quadro 6 - Sugestões para os contratos de gestação de substituição

Pais intencionais	Gestante de substituição	Cláusulas Contratuais obrigatórias	Judiciário
<ul style="list-style-type: none"> • Deveria haver indicação médica para utilização da uma gestante de substituição • Não deve haver qualquer vínculo genético entre o embrião e a gestante de substituição. • Os pais intencionais poderiam ser solteiros, casados, heterossexuais ou homossexuais. 	<ul style="list-style-type: none"> • Maior de 18 anos, independente do estado civil. Se casada ou vivendo em união estável, o cônjuge ou companheiro deveria anuir ao acordo. • Já ter experimentado uma gestação ao menos. • Ser submetida a exame médico e psicológico. • Deverá se abster de ter relações sexuais por período a ser fixado pelo médico assistente, para que não haja risco a gestação. • Não consumir drogas ou outras substâncias que possam trazer risco ao embrião. 	<ul style="list-style-type: none"> • Seguro médico em favor da gestante de substituição, durante a gestação e no período pós parto. (período que abranja questões médicas relacionadas ao parto) • Pagamento das despesas por parte dos pais intencionais, relacionadas a gestação. • Estabelecimento do valor a ser pago a gestante, independente da gestação ser levada a termo, para os casos em que não haja culpa da gestante. • Declaração dos pais intencionais de que o embrião a ser implantado na futura gestante de substituição lhe pertence e que a criança resultado da gestação será seu(s) filho(s), com todos os direitos e obrigações decorrentes da filiação. • Declaração da gestante de substituição de que não é a mãe da criança que será gestada, não possuindo qualquer direito ou obrigação sobre essa. • Fique ressaltado que caso fique comprovado que a criança gestada não é resultado do embrião implantado na gestante, e sim resultado de alguma relação sexual realizada pela gestante, deverá esta assumir todos os direitos e obrigações sobre a criança, bem como devolver o valor recebido pela atividade que deveria ter prestado. 	<ul style="list-style-type: none"> • Homologação judicial do acordo a ser efetuada antes do início da prestação do serviço.

Fonte: Elaborado pela autora.

Enquanto não há legislação no Brasil para regulamentar a matéria, cabe a busca por soluções jurídicas que estejam de acordo com os princípios e regras em vigor. O Direito não pode deixar de regular as situações sociais decorrentes dos avanços tecnológicos, como os casos de gestação de substituição. A utilização exclusiva da resolução do Conselho Federal de Medicina para regulamentar a matéria, restringindo a autonomia privada das pessoas, não parece ser a solução adequada a esses casos, pois confere poder regulatório geral a uma organização que tem um caráter fiscalizatório de certa classe profissional. Para tanto, no âmbito deste Tese de Doutorado se propõe a adoção de um modelo jurídico-regulatório misto, incorporando as contribuições da pesquisa comparada - a partir da experiência de alguns Estados dos Estados Unidos da América, permeado pelas demais fontes do Direito admitidos pelo Direito brasileiro, iluminados pelo filtro constitucional - regras e princípios - além do filtro que se poderá desenvolver a partir da categoria dos Direitos Humanos, onde se encontra o melhor interesse da pessoa humana, no contexto das características da cultura jurídica pós-moderna, desenhadas a partir de Erick Jayme, destacadamente o retorno aos sentimentos - onde está a revalorização ou ressignificação dos Direitos Humanos - e o pluralismo - onde se inserem as fontes do Direito.

Desta forma, não havendo legislação que restrinja o direito das pessoas de buscar a realização do desejo da maternidade/paternidade através da utilização de uma gestante de substituição, os contratos entre as partes poderão ser realizados, inclusive em caráter oneroso, desde que as partes envolvidas estejam realizando o contrato de acordo com sua real autonomia privada.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa foi desenvolvida no sentido de ressignificar a autonomia privada nos contratos de gestão de substituição, resguardando a dignidade da pessoa humana como princípio balizador dessas relações privadas objetivando a construção de um modelo normativo que possa ser utilizado nos acordos dessa natureza.

O primeiro capítulo da pesquisa tratou do Direito Contratual e o papel da autonomia privada no horizonte histórico e atual. Neste sentido o contrato passou por duas fases, sendo a primeira com a primazia da liberdade igualdade e a outra com regras interventivas em que houve um controle da autonomia privada.

Nesta segunda fase, os princípios fundamentais passaram a limitar a autonomia privada, e os contratos passaram a ser vistos como mais do que um acordo de vontades, mas um sistema de comunicação entre as pessoas, em que deve ser garantido o equilíbrio entre as partes envolvidas. Esse equilíbrio real não era considerado no modelo liberal de Direito Contratual. No referido modelo partia-se da premissa de que as partes contratantes eram iguais.

No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988 foram incorporados Direitos Individuais Fundamentais ao Direito Civil que modificaram consideravelmente a noção de contrato e outros conceitos que anteriormente tratados na esfera exclusiva do Direito Civil.

Com o advento do Código Civil de 2002, houve a implementação de uma série de novidades, tais como função social do contrato e boa-fé contratual, que são exemplos de cláusulas gerais relacionadas ao Direito Contratual. A vagueza semântica da cláusula geral possibilita ao intérprete diante das situações novas dar o significado com os valores reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Houve a releitura do Direito Contratual através dos princípios constitucionais, que transformou-o em um verdadeiro ente vivo de caráter dinâmico.

A globalização igualmente foi um marco decisivo na nova leitura do Direito Contratual. Houve a necessidade do contrato adapta-se ao dinamismo das sociedades pós-modernas.

A pessoa humana passou a ser o centro das relações privadas, havendo a valorização dos pressupostos éticos na relação dos sujeitos de direito, devendo haver a proteção da confiança nas relações civis.

A boa-fé como cláusula geral, passou a ser vista como princípio interpretativo dos negócios, princípio fundamental do regime contratual e critério limitador do exercício de direitos. Já a função social do contrato tornou-se a elemento limitador da liberdade contratual, devendo os contratantes ao lado de seus interesses individuais, atender a questões extracontratuais socialmente relevantes.

Nessa nova imagem do Direito Civil há a necessidade de redefinir a autonomia privada. Essa, permanece sendo a pedra angular do sistema civil, porém, na atualidade, pode-se dizer que há um espaço reservado para que os particulares possam dispor de seus interesses, sempre tendo como limite os princípios constitucionais. Constatou-se que houve a restrição da autonomia privada através do dirigismo contratual, em razão de que este protege os interesses coletivos acima dos interesses individuais dos contratantes.

Com relação à liberdade contratual, pode-se referir que essa é desdobrada em liberdade de modelação do conteúdo contratual, e liberdade de celebração e conclusão do contrato. Neste sentido há um Direito Fundamental geral de liberdade que é assegurado a todos no caput do artigo 5º “[...] Todos são iguais perante a lei... garantindo-se...direito à liberdade, [...]”.

O Direito não deve afastar-se da moralidade, da política e dos Princípios Fundamentais do Direito, cabendo aplicador do Direito buscar uma interpretação jurídica alinhada ao Sistema Constitucional bem como ao Sistema Internacional dos Direitos Humanos.

Sendo de grande importância a interpretação jurídica, foi analisada a contribuição de Heidegger na compreensão e interpretação do Direito. Para esse filósofo o homem é finito e isso impõe limites à sua capacidade de compreender, eis que nasce em um mundo em já existe linguagem. Para Heidegger o homem é um ser-no-mundo, que compreende em razão de que já houve uma antecipação do sentido de compreensão do ser. Há aqui o reconhecimento de que é essencial a toda compreensão uma pré-compreensão do significado da coisa. Assim, pode-se dizer que a hermenêutica é compreensão e através dela se produz o sentido. O homem já está envolvido em um mundo bem antes de que se possa separar-se dele teoricamente para entendê-lo. Assim a compreensão está inserida em um contexto histórico, que é resultado do movimento da vida fática.

Desta forma, a interpretação deve levar em conta o hábito da linguagem da época do autor do texto, e não a inserção direta dos hábitos do intérprete extraídos

de sua linguagem. O intérprete deve deixar que o texto diga algo. No caso da interpretação do texto jurídico, o intérprete deve reconhecer o significado jurídico da lei, e não o significado histórico de sua promulgação. Cada interpretação é uma nova interpretação, que gera novos sentidos. Desta forma o processo hermenêutico é sempre produtivo, gerando sentido. Aqui destaca-se a contribuição de Gadamer ao referir que a interpretação se move em uma estrutura prévia já caracterizada, isto é dentro de uma tradição.

Assim o jurista deve ter em mente a lei, mas entender que o conteúdo normativo será sempre determinado de acordo com o caso concreto. Há a necessidade de conhecer o sentido originário e histórico da lei, mas entender que as circunstâncias se alteram com o tempo, podendo haver uma nova função normativa na lei. Aqui se poderia referir a questão da maternidade como um conceito que deva ser atualizado em razão dos avanços tecnológicos na área da reprodução assistida.

Destaca-se desta forma que norma e texto podem se distanciar, pois norma é o resultado da interpretação do texto. Assim quando o intérprete se depara com um texto jurídico, esse já está dotado de norma, pois já existe tradição e historicidade. O caso concreto dá sentido a norma, mas sempre conectado a tradição a qual está envolvido. Neste sentido, a hermenêutica não autoriza atribuições de sentido discricionárias.

Seguindo com a análise do contrato no horizonte histórico brasileiro, cabe entender o modelo solidarista de contrato. O Estado passou a intervir nas relações contratuais primeiramente visando a proteção dos mais fracos, e em uma segunda fase passando a ditar as regras do jogo. Neste contexto, houve a edição de normas cogentes visando disciplinar os contratos, limitando a autonomia privada. Assim a autonomia privada passa a ter um papel residual no Estado Social. Inicia-se a fase do chamado dirigismo contratual, em que o Estado intervinha nas relações negociais realizadas entre os particulares, no sentido de viabilizar uma sociedade mais justa. A chamada funcionalização dos institutos jurídicos teve a pretensão de tornar a sociedade injusta em uma comunidade solidária e justa. Nesta fase o papel do Direito era servir de instrumento de planejamento econômico com a finalidade de diminuir as injustiças sociais. Assim o modelo solidarista permite e reaproximação do Direito com a moral.

Diante dessa realidade o Código Civil brasileiro apresentou três princípios fundamentais: a eticidade, a socialidade e a operabilidade. A eticidade servindo como

uma alternativa ao formalismo jurídico, permitindo que valores éticos ingressem no ordenamento jurídico. A socialidade transparecendo nas situações que regulam o indivíduo em sua vida na comunidade, fazendo prevalecer o social ao individual, para conciliar as diretrizes centrais do ordenamento. Já operabilidade permitindo que se tornassem efetivas as disposições éticas e sociais. Assim haveria a interpretação conforme a Constituição, cabendo a concreção do Direito independentemente da existência ou não de uma regra positivada.

O contrato passou a refletir os ideais do Estado Social, em que as prestações e contraprestações deveriam ser permeadas pela boa-fé e pela função social e ainda abarcar uma proteção por parte do Estado aos contratos privados objetivando proteger os direitos fundamentais.

Com a realidade apresentada, pode-se referir que as chamadas cláusulas gerais permitem um ordenamento jurídico sempre atualizado, passando o intérprete e o julgador a ter um papel de grande alcance, condicionado pelos elementos estruturantes presentes em um duplo controle: a Constituição Federal, além dos documentos relativos aos Direitos Humanos e decisões proferidas pelas Cortes específicas que julgam casos sobre esta temática, gerando o denominado controle de convencionalidade. Neste sentido há a necessidade de que os juízes reconheçam que o Direito não está somente nas normas legisladas, mas em um conjunto plural de fontes. Aqui case ressaltar que independente da ausência de lei para regulamentar os contratos de gestação de substituição no Brasil, em razão da disponibilidade da técnica, há grande importância em se delimitar a autonomia privada nestes negócios jurídicos.

O segundo capítulo da pesquisa abordou o Direito Contratual nos Estados Unidos da América, com foco no princípio da autonomia privada, especialmente com relação aos contratos de gestação de substituição.

Neste contexto coube situar o Direito Contratual no ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América, salientando que essa matéria é de competência legislativa dos Estados. Cada Estado tem sua própria legislação para regular a matéria. Na sistemática da legislação alienígena, cabe ressaltar que a contrapartida entre as partes contratantes é extremamente importante no Direito Contratual dos EUA. Dá-se o nome de *consideration* a vantagem que cada parte recebe ao contratar. Em razão da diversidade legislativa, o *Uniform Commercial Code* e o *Restatement Second of Contracts* surgiram como uma tentativa de unificação do Direito Contratual.

O UCC foi criado para *sale of goods*, isto é, venda de coisas móveis, com o objetivo de sugestão de adoção pelos Estados. O referido diploma não é considerado uma lei, mas sim um texto organizado por uma comissão para servir de base aos legisladores estaduais. Já o *Restatement* é uma doutrina utilizada pelos julgadores e operadores do Direito como base para o Direito Contratual, quando não há uma legislação própria quanto à matéria. Em razão do sistema do *Common Law*, as decisões definitivas proferidas nos processos judiciais poderão ser obrigatórias de acordo com a jurisdição da Corte que proferiu a decisão, sendo consideradas lei. Chama-se de *Case Law* a lei criada pelo precedente judicial.

A autonomia privada nos EUA é ampla e vinculada ao sistema econômico que coordena a sociedade. Neste sistema existem leis que proíbem ou tornam inexecutáveis determinados tipos de contrato, tal como o contrato de gestação de substituição em Nova York, que é considerado contrário às políticas públicas.

Foi realizada ainda pesquisa relacionando a liberdade contratual e suas raízes históricas. A liberdade contratual encontra suas raízes no utilitarismo Inglês, que não aceitava a intervenção regulativa na economia. Com o passar do tempo houve a adoção do pragmatismo que aceitou a regulação através de leis que restringem a liberdade contratual. Pode-se referir que a liberdade contratual está na fundação dos contratos no *Common Law*, mas é aceita a intervenção através da lei para resolver casos concretos.

No sistema do *Common Law* houve a adoção da teoria da confiança que definiu que a pedra fundamental do Direito Contratual não era a promessa realizada, mas sim a expectativa dela decorrente na qual a parte confiou. Isso possibilitou que decisões judiciais fossem tomadas no sentido de aliviar a promessa feita em razão de não haver dano com relação a confiança depositada na promessa realizada. Com a criação da análise econômica do contrato, houve a valorização deste instrumento como uma ferramenta da ordem econômica apoiada na autonomia individual.

No panorama constitucional dos EUA, a Constituição tem um impacto substancial no que os indivíduos podem legalmente fazer ou requerer, pois as leis que regulam as relações privadas são governadas pelos Direitos Constitucionais e não somente influenciadas por valores constitucionais.

Na pesquisa realizada no Direito dos EUA, tanto com relação aos contratos de gestação de substituição como em todo o Direito Contratual, os Estados tem liberdade para legislar, porém dentro das limitações impostas pela Constituição

Federal. Desta forma, em razão de não estar definido um Direito Constitucional de procriar com a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, podem os Estados regulamentarem a matéria de acordo com seus valores.

Salienta-se que a matéria permanece polêmica, tanto que o *Uniform Parentage Act*, que foi documento produzido por uma comissão para servir de modelo aos legisladores estaduais quanto as questões de direito de família e parentesco, incluiu o artigo 8º, que trata dos contratos de gestação de substituição, porém ressaltando que esse artigo seria facultativo para aqueles que optassem por adotar as regras descritas nesse texto.

Nos EUA a gestação de substituição é realizada de duas formas. A primeira chamada tradicional, em que a gestante doa seu próprio óvulo, e este é fertilizado através de inseminação artificial. Esse procedimento trouxe muitos problemas devido ao vínculo biológico entre a gestante e o feto. O caso *Baby M* foi paradigmático pois houve o arrependimento da mãe biológica e gestacional em entregar a criança após o nascimento, tendo a Corte resolvido a questão em razão do melhor interesse da criança.

A segunda forma de gestação de substituição é a propriamente dita, em que não há qualquer vínculo biológico entre a gestante e o embrião. Os pais intencionais produzem o embrião a partir de seus materiais genéticos ou com a ajuda de um doador diferente da futura gestante. Atualmente essa forma de gestação de substituição é a mais utilizada nos EUA, pois não havendo vínculo biológico entre a gestante e a criança, facilita as decisões judiciais em favor dos pais intencionais nos casos em que a gestante de substituição não queira entregar a criança e a lei não proteja esse tipo de acordo.

Devido às divergências legislativas entre os Estados dos EUA, foram pesquisadas legislações e decisões na Flórida, Nova York e Califórnia a respeito das gestações de substituição.

Na Flórida há possibilidade de utilização tanto da tradicional gestação de substituição como a puramente gestacional. A tradicional é tratada como adoção pré-planejada, e deverá passar por um processo judicial para a adoção da criança. A mãe biológica poderá rescindir o acordo até 48 horas após o nascimento da criança. Na hipótese da puramente gestacional existem exigências legais para que o acordo seja executável. Entre as exigências está que a mãe intencional não possa gestar sem que tenha riscos a sua saúde ou do feto, que o casal intencional seja casado legalmente,

que ao menos um deles tenha seja relacionado biologicamente com o embrião, que a gestante de substituição se submeta à avaliação, e que o valor a ser pago a ela seja o razoável para pagar as despesas regulares, médicas e psicológicas relacionadas diretamente com a gestação. Deverá haver um procedimento judicial posterior ao nascimento da criança para transferir os direitos e obrigações para o casal contratante. Interessante ressaltar que na pesquisa realizada não foi encontrada nenhuma decisão na Florida relativa a disputa da criança entre os pais intencionais e a gestante de substituição. As decisões encontradas foram relativas à disputa entre casais de lésbicas em que uma delas gestou a criança mas o óvulo era da outra. Neste caso a Corte decidiu que ambas teriam direitos e deveres sobre a criança.

A legislação da Florida, bem como a jurisprudência são firmes com relação a quem doa sêmen ou óvulo. Essas pessoas não terão qualquer direito sobre a criança que eventualmente seja resultado da doação.

No Estado de Nova York os contratos de gestação de substituição são considerados contrários às políticas públicas. Há ainda previsão legal de que a gestação de substituição com fins comerciais é proibida, e que a mãe gestacional não pode ser obrigada a abrir mão de seus direitos. Contudo, nos julgados pesquisados houve o entendimento de que poderiam ser colocados os nomes dos pais intencionais na certidão de nascimento da criança, desde que aguardassem o prazo previsto em lei. Salieta-se que nos casos pesquisados não houve litígio entre os pais intencionais e a gestante de substituição. O litígio ocorreu em face do *NY State Department of Health* que não concordou com o registro das crianças em nome dos pais intencionais.

No Estado da Califórnia há legislação permitindo os contratos de gestação de substituição, tendo sido adotado o artigo 8 do *Uniform Parentage Act*. Há o reconhecimento de que a mãe intencional é a mãe da criança, havendo previsão legal de certos requisitos para esse tipo de acordo, entre eles que o contrato seja escrito, que as partes tenham advogados diferentes e que o acordo seja levado a Corte antes do início de sua execução.

O capítulo final da pesquisa abrangeu o estudo do Direito Comparado com a finalidade de sua utilização para a construção de um modelo normativo a ser utilizado no Brasil para os casos de gestação de substituição e a elaboração de um modelo a partir das fontes do Direito brasileiro e do Direito dos EUA. O Direito Comparado é de extrema importância uma vez que o estudo de um sistema jurídico alienígena possibilita que se amplie o conhecimento de seu próprio sistema jurídico.

Desenvolveu-se a pesquisa neste capítulo com estudo dos dois principais sistemas jurídicos, com suas diferenças e semelhanças. Aqui coube a análise das principais características do *Civil Law* e do *Common Law*. Neste sentido se revelou extremamente importante o costume no *Common Law*, que no caso Inglês, passou a ser fonte de Direito, não o chamado costume comum. O importante nesse sistema é o chamado costume dos juízes. Já o *Civil Law* consoante o estudo realizado, adotou o Direito Romano como mínimo denominador comum, e tornou-se a tradição legal em vários países.

No caso dos EUA houve a adoção do *Common Law* como sistema jurídico, sendo a Constituição a base de todas as leis federais e estaduais e a mais alta e importante fonte de direito. São consideradas fontes primárias de Direito a Constituição, as leis, os Case Law, e os regulamentos, e neste sentido criam direitos e obrigações. Por outro lado existem fontes secundárias de Direito, que não são consideradas leis mas servem para explicar, interpretar e buscar mudanças no próprio Direito.

Cabe destacar ainda que nos EUA os regulamentos (resoluções) provenientes das agencias reguladoras são considerados leis. No Brasil, no entanto, essas resoluções não tem força de lei e são consideradas atos meramente administrativos.

Já o precedente nos EUA tem uma posição de destaque pois é considerado lei, podendo ser obrigatório a depender das regras que atribuem competência e hierarquia entre as Cortes.

Na pesquisa realizada foi verificado que a Europa tem servido de exemplo para o Direito Comparado no sentido de tentativa de integração entre as diversas realidades legais. Há uma predominância do *Civil Law*, mas o *Common Law* também está presente no continente. Defende-se a possibilidade de harmonização entre as normas jurídicas de Direito Privado na Europa, uma vez que já existem questões que transitam pelos dois sistemas, como por exemplo os contratos internacionais e as conferências legais que exigem um conhecimento de mais de um sistema jurídico.

Assim o Direito Comparado tem contribuído para o desenvolvimento de uma teoria legal e metodologia em áreas onde existem grandes similaridades, ajudando a descrever o fenômeno econômico mundial e possibilitando a construção de modelos que vão além das fronteiras dos países. O estudo do Direito Comparado possibilita ainda que se possa analisar o risco de que uma lei tenha um resultado indesejado,

analisando-se uma lei semelhante em países com similar desenvolvimento econômico.

Outro ponto importante está nas questões “tabu”. Aqui a contribuição do Direito Comparado está em verificar como o tema está sendo tratado em outro país, entendendo que a sociedade está em constante mudança de valores, podendo abrir a discussão sobre temas até então intocados.

Desta forma, foi pesquisada a gestação de substituição em três Estados dos EUA para verificar como essa questão está sendo resolvida no Direito alienígena.

O tema da gestação de substituição é complexo em razão das questões envolvidas, podendo ser considerado “tabu”. Em razão de não haver legislação no Brasil a respeito do tema, buscou-se relacionar o Direito brasileiro e dos EUA no sentido de construir um modelo normativo que pudesse ser utilizado no Brasil, salientando-se que independente da ausência de uma lei escrita, o Direito está em um conjunto plural de fontes.

Com a evolução tecnológica, cada vez mais a estruturação das fontes do Direito deverá ser prospectiva, focando no presente e futuro dos fatos sociais. Já não se poderá aceitar que as fontes do Direito se desenhem após os fatos. A dinamicidade social exige uma compreensão-interpretação-aplicação concomitante ao nascimento dos fatos na sociedade. O tema desta Tese de Doutorado vai no mesmo sentido, isto é, o desejo da maternidade já integra a tradição feminina e masculina da nossa sociedade, seja a brasileira ou a estrangeira. Por isso, a normatividade jurídica também deverá ser acelerada, flexível e criativa. Esta a proposta deste trabalho.

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina editou uma resolução com a finalidade de regulamentar a matéria relativa gestação de substituição. Neste regramento houve a restrição a autonomia privada das partes que poderiam participar dos acordos de gestação de substituição, pois restringiu aos parentes em até quarto grau de um dos pais intencionais a possibilidade de desempenharem a atividade de gestar o embrião, deixando a critério exclusivo do CFM analisar os demais casos. Além dessa restrição, a referida resolução impede que seja feito pagamento à gestante pela atividade a ser desenvolvida.

Contudo, a resolução do Conselho Federal de Medicina não é considerada uma lei no Brasil, servindo apenas para regular a profissão médica, não podendo restringir direitos ou criar direitos e obrigações.

A pesquisa realizada demonstrou que apesar dos direitos de personalidade serem considerados indisponíveis, há a possibilidade de uma certa disponibilidade nesses direitos. Como exemplo dessa disponibilidade se pode citar o direito a imagem e a doação de órgãos. Assim se pode concluir que a atividade de gestar um embrião para outra pessoa é uma atividade lícita, mesmo considerando que o corpo da gestante está sendo utilizado para desempenhar essa atividade.

Quanto ao embrião humano que será gestado, já houve uma decisão do STF na ADIN 3.510, definindo que o embrião pré-implanto não é uma pessoa humana, mas sim um bem a ser protegido.

No caso das gestações de substituição o embrião pré-implanto é dos pais intencionais que irão decidir sobre o destino deste. A vontade criadora desses pais faz que o embrião exista e possa futuramente se tornar uma pessoa humana. Desta forma, não há que se falar em comercialização de uma criança, pois os pais intencionais serão os pais da criança que será gestada.

Diante das razões expostas, conclui-se que não há ilegalidade na utilização dos contratos de gestação de substituição no Brasil. Esses negócios jurídicos estão de acordo com os princípios constitucionais e com as normas do Direito brasileiro.

Assim confirmando a hipótese do projeto, a autonomia privada das partes envolvidas no negócio deve estar limitada pelos princípios constitucionais e principalmente pela Dignidade da Pessoa Humana, salientando-se que em razão de que direitos de personalidade estão envolvidos no negócio, há a necessidade de verificação da real autonomia privada daquela que servirá de gestante de substituição. Essa real autonomia poderá ser aferida através da avaliação das condições econômicas, educacionais e psicológicas dessa mulher.

Assim buscou-se superar as dicotomias, reposicionando o papel dos princípios constitucionais-contratuais na interpretação dos contratos de gestação de substituição, com a valorização da real autonomia privada limitada pela Dignidade da Pessoa Humana.

O legislador e o intérprete estão diante de uma realidade plural, em que houve um retorno aos sentimentos, e uma preocupação Constitucional na defesa da cultura local, do solidarismo e do humanismo.

Seguindo as ideias de Jayme pode-se dizer que o Direito e a cultura pós moderna tem valores em comum que permitem evidenciar a ligação entre eles. Os principais valores são: pluralismo, comunicação, narração, e o retorno aos

sentimentos. O pluralismo pode ser traduzido como a possibilidade de escolha de seu próprio estilo de vida, o que caracteriza um direito à diferença, havendo a valorização da autonomia da vontade das partes. A comunicação permite que o mundo seja “sem fronteiras”, em que os avanços tecnológicos permitem uma rápida troca de informações e um desejo de se comunicar das pessoas como um valor comum, conduzindo à ideia de integração. Aqui se pode referir a técnica do diálogo entre as fontes normativas como um exemplo dessa integração judicial, pois considera a aplicação simultânea de fontes através de um diálogo. A narrativa aparece como a vontade de narrar, contar, aquilo que foi comunicado, sendo que no Direito aparece como a necessidade do juiz considerar várias normas para resolver um caso prático. Por fim, o retorno aos sentimentos traz a ideia de defesa de sua identidade cultural e o de todas as outras expressões do individualismo, renascendo o princípio da nacionalidade relacionado a proteção da identidade do indivíduo.⁵³⁰

Diante do Direito na sociedade pós-moderna, considerando os valores anteriormente referidos, buscou-se ir além do cenário nacional através do diálogo das fontes do Direito, no sentido de tentar construir uma resposta adequada a realidade brasileira para os casos de gestação de substituição.

Assim, o contrato de gestação de substituição seria um contrato de prestação de serviços *sui generis*, consistente em gestar um embrião humano, com possibilidade de cláusulas determinando a conduta da gestante quando diretamente influenciarem na gestação, tal como fumar ou consumir drogas, A remuneração a ser paga a gestante pelo serviço prestado poderá ser em dinheiro ou outra espécie de pagamento, devendo incluir seguro médico, tratamento médico relacionado à gestação, durante a gestação, o parto e pós parto. A avaliação médica e psicológica da futura gestante é fundamental para garantia de sua real autonomia privada. O acompanhamento por advogado na realização do contrato é desejável, tendo em vista os natureza dos direitos envolvidos neste tipo de negócio jurídico.

Por fim, com intuito de trazer maior segurança jurídica ao negócio entabulado entre as partes, sugere-se ainda a homologação judicial do contrato, utilizando-se o procedimento de jurisdição voluntária previsto no art. 719 e seguintes do CPC, antes da implantação do óvulo no útero da futura gestante de substituição.

⁵³⁰ JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 120 e 130, 2003.

A regras sugeridas anteriormente foram extraídas da fusão entre modelos normativos dos EUA no sentido de encontrar uma melhor solução para a realidade brasileira.

Nesta seara pode-se dizer que houve a ressignificação da autonomia privada, na medida em que deve ser respeitada a vontade das partes que estão exercendo sua real autonomia, resguardando a dignidade da pessoa humana nas relações contratuais, especialmente nos contratos de gestação de substituição. Assim, o Direito não deve afastar-se da moralidade da política, e os Princípios Fundamentais do Direito, que, mesmo quando não positivados, devem servir de orientação ao aplicador do Direito para a busca de uma interpretação alinhada ao Sistema Constitucional e ao Sistema Internacional dos Direitos Humanos.

Com a presente pesquisa se espera ter contribuído para a possibilidade de implementação de um novo formato de contrato para os casos de gestação de substituição, em que a vontade privada das partes envolvidas deva prevalecer, tendo como limite a Constituição Federal e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

REFERÊNCIAS

ALARCÃO, Rui. Contrato democracia e direito. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, v.20, p. 3-4, 2001.

ALEXY Robert. **Teoria do direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVES, Jones Figueredo. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2006.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada. **Revista CEJ**, Brasília, DF, v. 3, n. 9, p. 2, set./dez. 1999. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo5.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Direito civil**: introdução. 6. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMERICAN LAW INSTITUTE. **Restatement (second) of contracts**. Pensilvânia, 1981. Disponível em: <<https://goo.gl/CaaYtP>>. Acesso em: 14 out. 2016. Acesso mediante senha.

ANCEL, Marc. **Utilidade dos métodos comparados**. Porto Alegre: Fabris, 1980.

Apelação Cível Nº 70051398550, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 21/11/2012). Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em 22 de novembro de 2016.

ARAUJO, Nadia de; VARGAS Daniela Trejos; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Gestação de substituição**: regramento do direito brasileiro e seus aspectos no direito internacional privado. [S.l.], mar. 2015. Disponível em: <<http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/GESTA%C3%87%C3%83O-DE-SUBSTITUI%C3%87%C3%83O-REGRAMENTO-NO-DIREITO-BRASILEIRO-E-SEUS-ASPECTOS-DE-DIREITO-INTERNACIONAL-PRIVADO.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

AREEN, Judith; SPINDELMAN, Marc; TSOUKALA, Philomena. **Family law, cases and materials**. New York: Foundation Press, 2012.

AVILA, Humberto Bergman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz (Org.). **Faculdade de direito**: o ensino jurídico no limiar do novo século Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA, Heloísa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARBOZA, Heloisa H. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARROSO, Luis Roberto; MACIEL, L. C. V. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. [S.l.], 2009. Disponível em: <http://www.luisroberto-barroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2016.

BARTON, Jill, SMITH, Rachel H. **The handbook for the new legal writer**. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Traduzido por Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. O dirigismo econômico e o direito contratual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 17, n. 66, p. 239-236, abr./jun. 1980.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: 2007.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Elementos para interpretação da liberdade contractual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da Teoria Geral dos Contratos. In: MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 257-290.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 mar. 2016.

BRASIL. **Lei 3.268 de 30 de setembro de 1957**. Criou o Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm>. Acesso em: 31 out. 2016.

BRASIL. **Lei n. 10.402 de 10 de janeiro de 2002** [Código Civil Brasileiro]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 31 out. 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. [Código de Processo Civil]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 06 set. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 [Estatuto da Criança e do Adolescente]**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 3.510 Distrito Federal**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Intimados: Conectas Direitos Humanos. Centro de Direito Humanos – CDH. Movimento em Prol da Vida – MOVITAE. ANIS - Instituto de Bioética Direitos Humanos e Gênero. Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB. Relator: Min. Ayres Britto, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verpdfpaginado.asp?id=611723&tipo=ac&descricao=inteiro%20teor%20adi%20/%203510>>. Acesso em: 31 out. 2016.

CABRAL, Eurico de Pina. A “autonomia” no direito privado. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 5, n. 19, jul./set., 2004.

CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores**. Tradução Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CALIFORNIA. **Cal. Fam. Code**, § 7962. Disponível em: <[https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=L&pubNum=1003409&cite=CAFAMS7962&originatingDoc=1ac4905202e6511e68e80d394640dd07e&refType=LQ&originationContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.History*oc.Search\)](https://1.next.westlaw.com/Link/Document/FullText?findType=L&pubNum=1003409&cite=CAFAMS7962&originatingDoc=1ac4905202e6511e68e80d394640dd07e&refType=LQ&originationContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.History*oc.Search))>. Acesso em: 27 set. 2016. Acesso mediante senha.

CALIFORNIA. California Family Code. **Article § 7962**. Assisted reproduction agreements for gestational carriers; requirements; actions to establish parent-child relationship; rebuttal of presumptions; judgment or order; confidentiality; presumption

of validity. Disponível em: <<https://goo.gl/TMkJOk>>. Acesso em: 27 set. 2016. Acesso mediante senha.

CALIFORNIA. California Family Code. **Section 7960-7962**. California, 2016. Disponível em: <<http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=fam&group=07001-08000&file=7960-7962>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

CALIFORNIA. Supreme Court. **Johnson v. Calvert**, 5 Cal.4th 84, 19 Cal.Rptr.2d 494, 851 P.2d 776, cert. denied 510 U.S. 874, 114 S.Ct. 206, 126 L.Ed.2d 163, cert. dismissed 510 U.S. 938, 114 S.Ct. 374, 126 L.Ed.2d 324, 1993. Disponível em: <<https://goo.gl/vpTkyf>>. Disponível em: 05 set. 2016. Documento com acesso exclusivo mediante senha.

CALIFORNIA. Supreme Court. **Johnson v. Calvert**, May 20, 1993. Disponível em: <<https://goo.gl/j6lPYs>>. Acesso em: 21 set. 2016. Documento disponível mediante senha.

CALIFORNIA. Supreme Court. **K.M. v. E.G.** 19 Oct. 2005. Disponível em: <<https://goo.gl/tfS4Te>>. Acesso em: 25 set. 2016. Acesso mediante senha.

CALIFORNIA. United States District Court. C.D. California. June 6, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/aJI086>>. Acesso em: 27 set. 2016. Acesso mediante senha.

CAMPANILE, Carl. Surrogate carrying triplets sues to stop forced abortion. **New York Post**, New York, Jan 4, 2016. Disponível em: <<http://nypost.com/2016/01/04/surrogate-mom-carrying-triplets-sues-to-stop-forced-abortion/>>. Acesso em: 05 set. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CARBONNIER, Jean. **Flexible droit**: pour une sociologie du Droit sans rigueur. 10. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001.

CHODOSH, Hiram E. Comparing comparisons: in search of methodology. **Iowa L. Rev.** Iowa, v. 84, 1025, p. 9, Aug. 1999.

CHOUDHURY, Cyra Akila. The political economy and legal regulation of transnational commercial surrogate labor. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, [S.l.], v. 48, p. 1-65, 2015.

CINDY, Arteta Acosta. Maternidad Subrogada. **Rev. Ciencias Biomédicas**, [S.l.], v. 2, p. 91-97, 2011. Disponível em: <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E28DA358E29A9BE505257D4100786A2B/\\$FILE/60.pdf/view/65/60](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E28DA358E29A9BE505257D4100786A2B/$FILE/60.pdf/view/65/60)>. Acesso em: 02 nov. 2016.

COLLIN, P.H. **Dictionary of law**. 4th ed. London: Blomsbury, 2004.

CONFERÊNCIA DE HAIA. **The private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements**. [S.l.], 2016. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE JUSTIÇA (CFJ). **Enunciado 129, Primeira Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <file:///Users/idabeatrizdeluca/Downloads/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.121/2015**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 15 maio 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Corregedoria Nacional de Justiça. **Provimento n. 52 de 14 de março de 2016**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2016.

CURY, Paula Maria Nasser. Métodos de direito comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 6, n. 2, p. 176-185, p. 179, jul./set. 2014.

DAAR, Judith F. **Reproductive technologies and the law**. Newark: NexisNexis, 2005.

DANTAS, F. C. San Tiago; Direito privado brasileiro. Aspectos gerais de sua evolução nos últimos cinquenta anos. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/direito-privado-brasileiro-aspectos-gerais-de-sua-evolucao/>>. Acesso em 08 jan. 2016.

DE CUPIS, Adriano. A proposito di códice e di decodificazione. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, n. 2, 1979.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Quem é o pai?** [S.l.], 2002. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/uploads/2_-_quem_%E9_o_pai.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2016.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constiuição**: drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergencia à luz dos contratos de consumo. São Paulo: RT, 2013.

EBERLE, Edward J. Comparative law. **Annual. Survey of International & Comparative Law**, Westlaw, v. 13, n. 93, Spring 2007.

ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias como um exemplo de inovação e os reflexos jurídicos no cenário da pesquisa e inovação responsáveis (Responsible Research and Innovation) e das implicações éticas, legais e sociais (Ethical, Legal and Social Implications). In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**:

anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, n. 12. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: TUNISINOS, 2016. p. 227-247.

ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ENGLISH, Kar.I **Introdução ao pensamento jurídico**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouse Gubenkian, 1972.

EXECUTIVE summary of assisted reproductive technologies: analysis and recommendations for public policy. **New York State Task Force on Life and Law**, New York, Jan. 2011. Disponível em: <http://www.health.ny.gov/regulations/task_force/reports_publications/execsum.htm>. Acesso em: 29 ago. 2016.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 115-147

FACHIN, L. E. Fundamentos limites e transmissibilidade: anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade do código civil brasileiro. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, p. 51-61, 2005. p.55. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/53707/fundamentos_limites_transmissibilidade_fachin.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico**. Curitiba: Educa, Scientia et Labor, 1988.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

FIELD, Martha A. **Surrogate motherhood: the legal and human issues**. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Traduzido por Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freide de; NAVES, Bruno Torquato de Olivera. **Direito civil: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: DelRey. 2007.

FLORIDA. Constitution (1968). **Constitution of the State of Florida**. Disponível em: <<http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?submenu=3>>. Acesso em: 05 set. 2016. Documento com acesso exclusive mediante senha.

FLORIDA. Court of Appeal. A.A.B. v. B.O.C. **Southern Reporter**, Third Series, v. 112, 2013. Disponível em: < <https://goo.gl/VBpdVp>>. Acesso em: 05 set. 2016. Documento com acesso exclusivo mediante senha.

FLORIDA. State of Florida. **The 2016 Florida Statutes**. Florida Statutes. Title XLII, Chapter 742, section 742.13, Determination of parentage, Disponível em: <http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0700-0799/0742/Sections/0742.13.html>. Acesso em: 05 set. 2016.

FLORIDA. State of Florida. **The 2016 Florida Statutes**. Title VI, Chapter 63, section 63.213 prepanned adoption agreement. Disponível em: <http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0000-0099/0063/Sections/0063.213.html>. Acesso em: 16 ago. 2016.

FLORIDA. State of Florida. **The 2016 Florida Statutes**. Title XLII, Chapter 742, section 742.14 Donation of eggs, sperm, or preembryos Disponível em: <http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0700-0799/0742/Sections/0742.14.html>. Acesso em: 05 set. 2016.

FLORIDA. Supreme Court. D.M.T. v. T.M.H. **Southern Reporter**, Third Series, v. 129, 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/HPtYlt>>. Acesso em: 05 set. 2016. Documento com acesso exclusivo mediante senha.

GADAMER, Hans-Georg, **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, Traduzido por Flávio Paulo Meurer. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**: a virada hermenêutica. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

GALIMBERTI, Umberto. A dimensão racional da técnica e a modelagem da vida. Entrevista **Revista IHU On-Line**, São Leopoldo, 24 out. 2014. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/536697-a-dimensao-racional-da-tecnica-e-a-modelagem-da-vida-entrevista-especial-com-umberto-galimberti>>. Acesso em: 26 out. 2016.

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

GARDBAUM, Stephen. The horizontal effect of constitutional rights. **Michigan Law Review**, [S.l.], v. 102, n. 387, 2003.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. Tradução de Maria Cristina de Cicco. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 747, p. 35 e ss., jan. 1998.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: RT, 1980.

GUGUCHEVA, Magdalina. **Surrogacy in America**. Cambridge: Council for Responsible Genetics, 2010. p. 10. Disponível em: <<http://www.councilforresponsiblegenetics.org/pageDocuments/KAEVEJ0A1M.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2016.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução Fausto Castilho. Petrópolis: Vozes, 2012.

HEIDEGGER, Martin. **Ser y tiempo**. Madrid: Trotta, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria de Fernandes Novaes. **Contrato**: estrutura milenar de fundação do direito privado. Superando a crise e renovando princípios, no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa civil brasileira. Uberlândia, 2002. p. 07. Trabalho apresentado no 5º Seminário de Estudos sobre o Novo Código Civil, em Uberlândia. Disponível em: <<file:///Users/idabeatrizdeluca/Downloads/67537-88959-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

HOECKE, Mark Van. **Epistemology and methodology of comparative law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2004.

HOECKE, Mark Van. The harmonization of private law in Europe: some misunderstandings. In: HOECKE, Mark Van. OST, François. **The harmonization of European private law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000.

HOLMBERG, Tom. **The civil code**: an overview. [S.l.], Sept. 2002. Disponível em <http://www.napoleon-series.org/research/government/code/c_code2.html>. Acesso em: 24 abr. 2016.

IRTI, Natalino. L'Età dela decodificazione. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, v. 10, ano 3, p. 15-33, out./dez. 1979.

JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, v. 1 n. 1, p. 105-115, mar. 2003.

JAYME, Erik. Sociedade multicultural e novos desenvolvimentos no direito internacional privado. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 93-103, 2003.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, v. 1 n. 1, p. 115-131, 2003.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. Tradução de Cláudia Lima Marques. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 759, p. 24-40, jun. 1999.

JAYME, Erik. Entrevista com o Prof. Erik Jayme. **Revista Trimestral de Direito Civil**: Cadernos de do Programa de Pós-graduação Direito/UFRGS, Porto Alegre, v.

1, n. 1, p. 63-67. 2003. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43484/27363>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

JOST, Fritz. The adjudication of law and the doctrine of private law. In: HOECKE, Mark Van. OST, François. **The harmonization of European private law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000. p. 167- 177.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KAPLAN, Karen. More than 1.5% of American babies owe their births to IVF, report says. **Los Angeles Times**, Los Angeles, March 3 2015. Disponível em: <<http://www.latimes.com/science/sciencenow/la-sci-sn-ivf-live-births-success-rate-20150303-story.html>>. Acesso em: 27 set. 2016.

KARHU, Juha. How to make comparative things. In: HOECKE, Mark Van. **Epistemology and methodology of comparative law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2004.

LADEUR, Karl-Heinz. Methodology and European law: can methodology change so as to cope with the multiplicity of the law? In: HOECKE, Mark Van. **Epistemology and methodology of comparative law**. Oxford: Hart Publishing, 2004.

LAHL, Jennifer. Statement from CBC president Jennifer Lahl on Melissa Cook's Landmark surrogacy case. **The Center for Bioethics and Culture**, [S.I.], Jan. 5, 2016 Disponível em: <http://www.cbc-network.org/2016/01/statement-from-cbc-president-jennifer-lahl-on-melissa-cooks-landmark-surrogacy-case/>>. Acesso em: 05 set. 2016.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Traduzido por José Iamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, ano 9, n. 33, p. 12-65, out./dez. 2015.

LEITE, Eduardo de Oliveira. El derecho y la bioética: estado actual de las cuestiones en Brasil. **Acta Bioethica**, [S.I.], ano 8, n. 2, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v8n2/art08.pdf>>, Acesso em: 02 de novembro de 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **O contrato**: exigências e concepções atuais. São Paulo: Saraiva, 1986.

LÔBO, Paulo. Constitucionalização do direito civil: novas perspectivas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3754, p. 5, 11 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25361/novas-perspectivas-da-constitucionalizacao-do-direito-civil>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

LÔBO, Paulo. **Direito civil-famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

LÔBO, Paulo. Metodologia do direito constitucional In: PIANOVSKI, Carlos Eduardo (Org.). **Direito civil constitucional: ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis:

Conceito, 2014. p. 21. Disponível em: <<https://goo.gl/0bHYgk>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

LOPES JR, Dalmir. O contrato como intertextualidade: o papel do direito privado em face da policontextualidade. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LOPES, José Reinaldo Lima. **Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 1992.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Analisis crítico de la autonomia privada contratual. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 14, p. 5-9, abr./jun. 1995.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. La nueva teoría contractual. In: AMEAL, Oscar José (Dir.). **Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2010.

LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOURENZON, Patrícia Miranda. Contrato de gestação de substituição: proibi-lo ou torná-lo obrigatório? **Revista de Direito Privado**, São Paulo, vl. 42, p. 106-135, abr./jun. 2010.

LUISIANA. **La.Rev.Stat. Ann.** § 9:2713 (West 1991). Disponível em: <<https://goo.gl/sl2jgO>>. Acesso em: 05 set. 2016.

MALUF, Adriana Caldas Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 216.

MARIGHETO, Andrea. O “diálogo das fontes” como forma de passage da teoria sistemático-moderna à teoria finalística ou pós-moderna do direito. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 112-124.

MARKESINIS, Basil. Studying judicial decisions in the common law and civil law: a good way of discovering some of most interesting similarities and differences that exist between these legal families. In: HOECKE, Mark Van; OST, François. **The harmonization of European private law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes**. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

- MARQUES, Claudia Lima. O "diálogo das fontes" como método da nova teoria geral do direito. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 9-66.
- MARSHALL, Kevin S.; DANIEL, Juanda Lowder. **Principles of contract law**. 3rd ed. Lake Mary: Vandepias Publishing, 2013.
- MARTINS-COSTA, Hofmeister Judith. O novo código civil brasileiro: em busca da "ética da situação". **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 577-639, 2004.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no Direito Brasileiro e a natureza da sua reparação. In: MARTINS-COSTA (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 408-446.
- MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1 p. 41-66, 2014. Disponível em: <file:///Users/idabeatrizdeluca/Downloads/35261-68343-1-PB.pdf>. Acesso em 21 de novembro de 2016.
- MASSACHUSETTS. Supreme Court. **R.R. v. M.H. & another**. 1998, v. 426, p. 501, 689, North Eastern Reporter, Second Series. Disponível em: <<https://goo.gl/etpa3S>>. Acesso em: 05 set. 2016. Documento com acesso exclusivo mediante senha.
- MASSACHUSETTS. Supreme Court. **Smith v. Brown**. v. 430, p. 1005, 1999. North Eastern Reporter, Second Series, Disponível em: <<https://goo.gl/Vcq2rw>>. Acesso em: 05 set.2016. Documento com acesso exclusivo mediante senha.
- MATTIETTO, Leonardo de Andrade. O papel da vontade nas situações jurídicas patrimoniais: o negócio jurídico e o novo Código Civil. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al. (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Construindo uma realidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- MC EWEN, Angie G. So you're having another woman's baby: economics and exploitation in gestational surrogacy. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, [S.l.], v. 32, p. 272-347, 1999.
- MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 50, p. 9-35, abr./jun. 2004.

MERRYMAN, John Henry, PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. 3rd ed. Stanford: Standford University, 2007.

MICKLITZ, Hans-W. On the intelectual history of freedom of contract and regulation. **The Penn State Journal of Law & International Affairs (JLIA)**, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 08, Dic. 2015.

MIRAGEM, Bruno. Eppur si Muove: Diálogo das Fontes como método de interpretação sistemática. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 67-109.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Bookseller, 2000. t. 2.

MODERN FAMILY SURROGACY CENTER. **What are the state laws in California for surrogacy?** El Cajon, 2016. Disponível em: <http://www.modernfamilysurrogacy.com/page/state_laws_in_california_for_surrogacy>. Acesso em: 02 nov. 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Dignidade da pessoa humana e dano moral: as duas faces d e uma moeda. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional doa danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 57-140.

MORAES, Maria Celina Bodin. Constituição e direito civil: tendências. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 779, p. 46-63, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. Paraná: Juruá, 2006.

NEBRASKA. **Neb. Rev. Stat §§ 25-21**, 200, 1995. Disponível em: <<https://goo.gl/k4FIL8>>. Acesso em: 05 set. 2016. Documento com acesso exclusive mediante senha.

NEW JERSEY. Supreme Court. **In Re Baby M**, 1988, Disponível em: <<https://goo.gl/Xaer5j>>. Acesso em: 05 set. 2016. Documento com acesso exclusive mediante senha.

NEW YORK Domestic Relations Section 73 - Legitimacy Of Children Born By Artificial Insemination. New York. Disponível em: <http://law.onecle.com/new-york/domestic-relations/DOM073_73.html>. Acesso em: 05 set. 2016.

NEW YORK. Family Court Act. **Article 542**. Disponível em: <<https://goo.gl/HaKQik>> Acesso em: 06 set. 2016. Documento com acesso exclusive mediante senha.

NEW YORK. Family Court of New York. **Queens County**, Apr. 3, 2014. Disponível em: <[https:// goo.gl/sYQthx](https://goo.gl/sYQthx)> Acesso em: 20 set. 2016. Documento disponível mediante senha.

NEW YORK. **Law, Domestic Relations Law § 122**. Mountain View. Disponível em: <<https://goo.gl/f8KDwf>>. Acesso em: 05 set. 2016. Documento com acesso exclusivo mediante senha.

NEW YORK. **Laws, Dom - Domestic Relations**. Article 8. Mountain View, 2015. Disponível em: <<http://law.justia.com/codes/new-york/2015/dom/article-8/122>>. Acesso em: 05 set. 2016.

NEW YORK. **New York Domestic Relations Law**. Disponível em: <<http://codes.findlaw.com/ny/domestic-relations-law/dom-sect-123.html#sthash.p9MD1gT8.dpuf>> Acesso em: 20 out. 2016.

NEW YORK. **New York Domestic Relations Law**. New York. 2016. Disponível em: <<http://codes.findlaw.com/ny/domestic-relations-law/dom-sect-122.html#sthash.1Xh0QM74.dpuf>> Acesso em: 20 set. 2016.

NEW YORK. Public Health Law, Article § 4130. Mountain View, 2012. Disponível em: <<http://law.justia.com/codes/new-york/2012/pbh/article-41/title-3/4130>>. Acesso em: 05 set. 2016.

NEW YORK. Supreme Court of New York., New York County. **Doe v. N.Y. City Bd. of Health**. 2004, Disponível em: <<https://goo.gl/mC5ivD>>. Acesso em: 08 set. 2016. - Documento com acesso exclusive mediante senha.

NEW YORK. Supreme Court. Suffolk County. **Feigenbaum v New York State Dept. of Health**. 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/x9obtX>>. Acesso em: 06 out. 2016. Documento com acesso exclusive mediante senha.

NEW YORK. Supreme Court. **T.V. v New York State Dept. of Health**. 2010. p. 1378. Disponível em: <<https://goo.gl/i1EZcq>>. Acesso em: 05 set. 2016. Documento com acesso exclusivo mediante senha.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NYPPERDAY, Hans Carl. Livre desenvolvimento da personalidade. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris, 2012.

OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JUNIOR, Edson. **Reprodução assistida: até onde podemos chegar?: compreendendo a ética e a lei**. São Paulo: Gaia, 2000.

OST, François. A tese de doutorado em direito: do projeto à defesa. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 7, n. 2, p. 98-116, maio/ago. 2015.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3.

PERILLO, Joseph M.; CALAMARI, John. **Contracts**. 6th ed. New York: West Publishing, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. Realidade social e ordenamento jurídico; fontes, técnicas, valores. In: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 1-34.

PETRONI, João Guilherme Monteiro. Reprodução assistida: a chamada “Barriga de Aluguel”. **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 11, n. 55, p. 27.ago./set. 2009.

PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 361- 404.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

REALE, Miguel. **Exposição de motivos do código civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdssf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 15 out. 2016.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. **Um artigo-chave do código civil**. [S.l.], 21 mar. 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos>>. Acesso em: 10 out. 2016.

REALE, Miguel. Visão geral do novo código civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 808, p. 11-19, fev. 2003.

RIO GRANDE DO SUL. **Processo nº: 025/1.10.0004112-0**, da Comarca de Santana do Livramento/RS Autor: J. V. R. Réu: R. C. S, C. C. M. C. e R. C. S. Juiz Prolator: Juíza de Direito: Dra. Carine Labres. Santana do Livramento, 08 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/sitenovo/wp-content/uploads/2014/12/SENTENCA-DOIS-PAIS-CARINE-LABRES.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70024957607**, da Oitava Câmara Cível. Apelante: Germano Ernesto Rodrigues. Apelado: Irani da Silva Rodrigues. Interessado: Maria Amelia dos Santos Floriano e Braulio Olavo Brum. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, Julgado em: 11 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://goo.gl/Ea5R4i>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70044925113**, da Oitava Câmara Cível. Apelante: T. L. F. Apelado: G. I. V. Relator: Alzir Felipe Schmitz. Porto Alegre, Julgado em: 24 de novembro 2011. Disponível em: <

rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20918168/apelacao-civel-ac-70044925113-rs-tjrs/inteiro-teor-20918169?ref=juris-tabs>. Acesso em: 01 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70045659554**, da Oitava Câmara Cível Comarca de Bagé. Apelante: E.S.M.M.Y.; S.S.M.M.M.; M.S.M.S. Apelado: L.F.R.L. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 26 de janeiro de 2012. Disponível em: < <http://rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21177934/apelacao-civel-ac-70045659554-rs-tjrs/inteiro-teor-21177935>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70050745819**, da Oitava Câmara Cível Comarca de Sananduva. Apelante: O.M.M. Apelado: M.T.A.S. Interessado: A.P. Presidente e Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 29 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112427851/apelacao-civel-ac-70050745819-rs/inteiro-teor-112427860>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70057989337 (Nº CNJ: 0523560-50.2013.8.21.7000)**, Oitava Câmara Cível, Comarca de Encruzilhada do Sul. Apelante: Catia Berenice dos Santos. Apelados: Sandra Vargas Duarte e Outros e Joao Luz Soares. Relator: des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 08 de maio de 2014. Disponível em: < <http://rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120130949/apelacao-civel-ac-70057989337-rs/inteiro-teor-120130950>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70062004999**, da Nona Câmara Cível. Apelado: Joao Bazi. Apelante: BRF S. A. Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 17 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70062440326**, da Vigésima Câmara Cível. Apelante: Banco do Brasil S/A. Apelado: Singular do Brasil Industria de Maquinas e Equipamentos LTDA. Relator: Dilso Domingos Pereira, Julgado em: 19 de novembro de 2014. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70069260784**, da Oitava Câmara Cível. Apelante: M. I. M. A. O. Apelado: A. M. S. M. Relator: Rui Portanova, Porto Alegre, julgado em: 25 de agosto de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/h3Vz9g>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70070607965** da Sétima Câmara Cível. Apelante: V.S. Apelado: E.M.E.K.C. Interessado: E.K. Relator: Jorge Luís Dall'Agnol. Porto Alegre, julgado em 26 de outubro de 2016 Disponível: <<https://goo.gl/QqQvNj>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Processo nº: 125/1.12.0001221-8**. Autor: Daiana Brondani Guizolfi Espig, Jari Antônio Lara Corrêa Guizolfi Espig Júnior e Carlos Eugenio Lara Correa Guisolfi Espig Netto. Réu: Não consta. Juiz Prolator: Juíza Substituta - Dr. Carine Labres São Francisco de Assis, 7 de agosto de 2014. Disponível em: <[HTTP://www.jus.br/busca?tb=proc](http://www.jus.br/busca?tb=proc)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: lei n. 10.406, de 10.01.2002. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROCHA, Rafael da Silva. Autonomia privada e direitos de personalidade. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 145-158, 2011. Disponível em: <www4.jrj.jus.br/ser/index.php/revista_sjtrj/article/258/232> Acesso em: 09 mar. 2016.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. Notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/982/R163-08.pdf?SEQUENCE=4>. Acesso em: 11 jan. 2016.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **O Direito**, Coimbra, ano 143, n. 2, p.43-66 p. 23, 2011. Disponível em: <<https://goo.gl/VIPNbO>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

RODRIGUES, Otavio Luiz. Como se produz um jurista? o modelo norte-americano. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-08/direito-comparado-produz-jurista-modelo-norte-americano-parte-20>>. Acesso em: 01 set. 2016.

ROJAS, Claudio Nash. La interpretación culturalmente sensible de los derechos humanos. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**, Colombia, n. 4, p. 76, 2014.

SÁBATO, Ernesto. **Homens e engrenagens**. Tradução de Janer Cristaldo. Campinas: Parirus, 1993.

SACCO, Rodolfo. Codificare: modo superato di legisferare? **Rivista di Diritto Civile**, Padova, n. 2, 1983.

SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger**: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. São Paulo: Geração, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, Ingo W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHADBACH, Kai. The benefits of comparative law: a Continental European view. **International Law Journal**, [S.I.], n. 331, fall 1998.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**: tutela da confiança e venire contra factum proprium. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. **La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato**. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/825/82510616.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

SOTO COÁGUILA, Carlos Alberto. **La contratación masiva y la crisis del contrato**: a proposito del proyecto del Codigo Civil argentino de 1998. [S.l.], 1999. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2004-30114701186_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_contrataci%F3n_masiva_y_la_%22crisis%22_de_la_teor%EDa_cl%E1sica_del_contrato>. Acesso em: 12 ago. 2016.

STARK, Barbara, International surrogacy: transnational surrogacy and international human rights law. **Journal of International & Comparative Law**, [S.l.], v. 18, 2011-2012. Disponível em: <<https://goo.gl/3jo1eR>>. Acesso em: 05 set. 2016. Documento com acesso exclusive mediante senha.

STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Editora Unijuí. 2001.

STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**. Ijuí: Unijuí, 2002.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “ser e tempo”**. Petrópolis: Vozes, 2005.

STRECK, Lenio Luiz **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin Clève. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. [S.l.], 2006. p. 3. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15653-15654-1-PB.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

STRECK, Lenio. **Hermeneutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lenio. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STUMPF, Andrea E. Redefining mother: a legal matrix for new reproductive technologies. **The Yale Law Journal**, New Haven, n. 96, p. 1-12, 1986. Disponível em: <www.Westlaw.com> Acesso em: 21 set. 2016. Acesso mediante senha.

SUBTIL, Leonardo de Camargo; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Por uma hermenêutica gadameriana no direito internacional público: da discricionariedade do solipsismo soberano à hermenêutica da (in)finitude internacional rumo ao cosmopolitismo. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., Fortaleza, 2010. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 3789-3802.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaios sobre a função antropológica do direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SURROGACY. In: NEW WORLD ENCYCLOPEDIA. [S.l.], 5 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.newworldencyclopedia.org/entry/Surrogacy>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

SWAB, Dieter. Liberdade contractual e fomação dos contratos ex vi legis'. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, v. 39, 1987.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2013.

TEPEDINO, Gustavo. Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República. **Revista (Syn)thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 15-21, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEMAS de direito civil. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 1-23.

TEUBER, Gunther. Níveis de conflito no sistema contractual. In: **O direito como sistema autopoético**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: FUnção Caolouste Gulbenkian, 1993. p. 239-242.

TEUBER, Gunther. Níveis de conflito no sistema contractual. In: TEUBER, Gunther. **O direito como sistema autopoético**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: FUnção Caolouste Gulbenkian, 1993.

THE AMERICAN LAW INSTITUTE. THE NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. **Uniform commercial code**. Ithaca, 2001. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/ucc>>. Acesso em: 13 out. 2016.

THE NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. Uniform Law Commissioners. **Parentage act summary**. Chicago, 2016. Disponível em: <<http://www.uniformlaws.org/ActSummary.aspx?title=Parentage%20Act>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

THE NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. **Uniform commercial code**. Chicago, 2011. Disponível em: <<https://goo.gl/1ErX3l>> Acesso em: 14 out. 2016. Acesso mediante senha.

THE UNIFORM LAW COMMISSION (ULC). **Uniform parentage ACT**. Seattle, Dec. 2002. Disponível em: <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/upa_final_2002.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2016.

TIM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TRUZZI, Marcelo Otero. Contratação da barriga de aluguel gratuita e onerosa: legalização, efeitos e o melhor interesse da criança. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, p. 22, 2007.

UNIÃO EUROPÉIA. **Resolução de 17 de dezembro de 2015**. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&mode=XML&reference=A8-2015-0344&language=EN>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

UNIFORM PARENTAGE ACT. NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. **Uniform parentage Act (Last Amended or Revised in 2002)**. Washington, Feb. 10, 2003. Disponível em: <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/upa_final_2002.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2016.

UNITED STATES OF AMERICA. Constitution (1787). **The Constitution of the United States of America**. Disponível em: <<https://www.congress.gov/content/conan/pdf/GPO-CONAN-REV-2014-10-15.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

UNITED STATES. Constitution (1866). **The US Constitution: 14th Amendment**. Disponível em: <http://www.14thamendment.us/amendment/14th_amendment.html>. Acesso em: 24 ago. 2016.

UNITED STATES. Department of State. Bureau of Consular Affairs. Important Information for U.S. **Citizens considering the Use of Assisted Reproductive Technology (ART) Abroad**. Washington, 2015. Disponível em: <<http://travel.state.gov/content/travel/english/legal-considerations/us-citizenship-laws-policies/assisted-reproductive-technology.html>>. Acesso em: 12 out. 2016.

UNITED STATES. Supreme Court. **Home Building & Loan Ass'n v. Blaisdell et ux**. Decided Jan. 8, 1934. Disponível em: <<https://goo.gl/qY7rbK>>. Acesso em: 19 out. 2016.

VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Lisboa: Instituto Piaget. 1996.

VINAGRE, Marta Maria. A outra face do contrato. **RDCI**, [S.l.], n. 44, p. 102, abr./jun. 1988.

WALD, Arnaldo. **Direito civil: introdução e parte geral**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

WASHINGTON. **Rev. Code Ann §§ 26.26.230-26.26.240**. West, 1997. Disponível em: <<https://goo.gl/2NPLj6>>. Acesso em: 05 set. 2016. LOUISIANA. **La.Rev.Stat. Ann. § 9:2713 (West 1991)**. Disponível em: <<https://goo.gl/sl2jgO>>. Acesso em: 05 set. 2016.

WASHINGTON. Supreme Court of United States. Troxel v. Granville. **United States Reporter**, v. 530, p. 57-120, 2000. Disponível em: <<https://goo.gl/eh1LgC>>. Acesso em: 05 set. 2016. Documento com acesso exclusivo mediante senha.

WATSON, Alan. Legal culture v Legal tradition. In: HOECKE, Mark Van. **Epistemology and methodology of comparative law**. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 1-7.

WEINBERG, Mônica. Maternidade, século XXI. **Veja**, São Paulo, n. 2484, p. 82- 83, 29 jun. 2016. Disponível em: <<https://acervo.veja.abril.com.br/index.html#/edition/2484?page=82§ion=1&word=barriga%20de%20aluguel>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

ZWEIGERT, Konratz. KOTZ, Hein. **Introduction to comparative law**. Translator: Tony Weir. 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1998.

ANEXO A - UNIFORM PARENTAGE ACT

UNIFORM PARENTAGE ACT

(Last Amended or Revised in 2002)

drafted by the

NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS
ON UNIFORM STATE LAWS

and by it

APPROVED AND RECOMMENDED FOR ENACTMENT

at its

ANNUAL CONFERENCE
MEETING IN ITS ONE-HUNDRED-AND-NINTH YEAR
ST. AUGUSTINE, FLORIDA

JULY 28 – AUGUST 4, 2000

WITH PREFATORY NOTE AND COMMENTS

Approved by the American Bar Association
Seattle, Washington, February 10, 2003

For an electronic version of the Act, see
www.nccusl.org http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc_frame.htm

December 2002

**DRAFTING COMMITTEE TO REVISE
THE UNIFORM PARENTAGE ACT**

HARRY I. TINDALL, 1300 Post Oak Blvd., Suite 2200, Houston, TX 77056-3014, *Chair*
 JACK DAVIDS, 687 Woodridge Drive, Mendota Heights, MN 55118-1809
 FRANK W. DAYKIN, 4745 Giles Way, Carson City, NV 89704-9158, *Committee on Style Liaison*
 GAIL H. HAGERTY, P.O. Box 1013, 514 E. Thayer Avenue, Bismarck, ND 58502-1013
 LYLE W. HILLYARD, 175 E. 100 N., Logan, UT 84321-4688
 PETER K. MUNSON, P.O. Box 1949, 123 S. Travis Street, Sherman, TX 75091-1949
 JAMES C. NELSON, Montana Supreme Court, 215 N. Sanders Street, Room 425, P.O. Box 20031, Helena, MT 59601-4522
 ARTHUR H. PETERSON, 350 N. Franklin Street, Juneau, AK 99801-1148, *Enactment Plan Coordinator*
 EL WAINE F. POMEROY, 1415 S.W. Topeka Boulevard, Topeka, KS 66612-1818
 JOHN J. SAMPSON, University of Texas Law School, 727 E. Dean Keeton Street, Austin, TX 78705-3299, *Reporter*

EX OFFICIO

JOHN L. McCLAUGHERTY, P.O. Box 553, Charleston, WV 25332-0533, *President*
 ROBERT C. ROBINSON, P.O. Box 568, 12 Portland Pier, Portland, ME 04112-0568, *Division Chair*

AMERICAN BAR ASSOCIATION ADVISOR

NINA VILEK, 222 E. Mason Street, 2nd Floor, Milwaukee, WI 53202-3602

EXECUTIVE DIRECTOR

FRED H. MILLER, University of Oklahoma, College of Law, 300 Timberdell Road, Norman, OK 73019, *Executive Director*
 WILLIAM J. PIERCE, 1505 Roxbury Road, Ann Arbor, MI 48104, *Executive Director Emeritus*

OBSERVERS

RICHARD K. BAYS, Nat'l. Assoc. for Public Health Statistics and Information Systems, 1100 W. 49th St., Austin, TX 78756-3191
 MARY LOUISE FELLOWS, American Law Institute, 229 19th Ave. S., Minneapolis, MN 55455-0401
 AMI JAEGER, Bio Law Group, 7 Ave. Vista Grande, Suite 7B-205, Santa Fe NM 87505
 GEORGE C. MAHA, Laboratory Corp. of America Holdings, 1440 York Court Extension, Burlington, NC 27215
 SUSAN NOTAR, Federal Office of Child Support Enforcement, 370 L'Enfant Promenade SW, Washington, D.C. 20447
 WALLY MURRAY, Natl. District Attorneys' Assoc., 206 10th Ave. S.E., Olympia, WA 98501-1333
 SUSAN F. PAIKIN, Eastern Regional Interstate Child Support Assoc., 13 Deer Run, Newark, DE 19711-2424
 PAULA ROBERTS, Center for Law & Social Policy, 1616 P Street NW, Suite 150, Washington, D.C. 20036-1492
 MARILYN RAY SMITH, Natl. Child Support Enforcement Assoc., 141 Portland St., 10th Floor, Cambridge, MA 02139-1937
 ELLEN A. YARRELL, American Academy of Matrimonial Lawyers, 1900 St. James Pl., Suite 850, Houston, TX 77056

UNIFORM PARENTAGE ACT

TABLE OF CONTENTS

PREFATORY NOTE	1
ARTICLE 1	
GENERAL PROVISIONS	
SECTION 101. SHORT TITLE	3
SECTION 102. DEFINITIONS	3
SECTION 103. SCOPE OF [ACT]; CHOICE OF LAW	8
SECTION 104. COURT OF THIS STATE	9
SECTION 105. PROTECTION OF PARTICIPANTS	9
SECTION 106. DETERMINATION OF MATERNITY	10
ARTICLE 2	
PARENT-CHILD RELATIONSHIP	
SECTION 201. ESTABLISHMENT OF PARENT-CHILD RELATIONSHIP	11
SECTION 202. NO DISCRIMINATION BASED ON MARITAL STATUS	12
SECTION 203. CONSEQUENCES OF ESTABLISHMENT OF PARENTAGE	12
SECTION 204. PRESUMPTION OF PATERNITY	13
ARTICLE 3	
VOLUNTARY ACKNOWLEDGMENT OF PATERNITY	
SECTION 301. ACKNOWLEDGMENT OF PATERNITY	16
SECTION 302. EXECUTION OF ACKNOWLEDGMENT OF PATERNITY	17
SECTION 303. DENIAL OF PATERNITY	18
SECTION 304. RULES FOR ACKNOWLEDGMENT AND DENIAL OF PATERNITY	19
SECTION 305. EFFECT OF ACKNOWLEDGMENT OR DENIAL OF PATERNITY	20
SECTION 306. NO FILING FEE	20
SECTION 307. PROCEEDING FOR RESCISSION	20
SECTION 308. CHALLENGE AFTER EXPIRATION OF PERIOD FOR RESCISSION	21
SECTION 309. PROCEDURE FOR RESCISSION OR CHALLENGE	21
SECTION 310. RAFFICATION BARRED	22
SECTION 311. FULL FAITH AND CREDIT	23
SECTION 312. FORMS FOR ACKNOWLEDGMENT AND DENIAL OF PATERNITY	23
SECTION 313. RELEASE OF INFORMATION	23
SECTION 314. ADOPTION OF RULES	24
ARTICLE 4	
REGISTRY OF PATERNITY	
PART 1	
GENERAL PROVISIONS	
SECTION 401. ESTABLISHMENT OF REGISTRY	26
SECTION 402. REGISTRATION FOR NOTIFICATION	26
SECTION 403. NOTICE OF PROCEEDING	27
SECTION 404. TERMINATION OF PARENTAL RIGHTS: CHILD UNDER ONE YEAR OF AGE	27
SECTION 405. TERMINATION OF PARENTAL RIGHTS: CHILD AT LEAST ONE YEAR OF AGE	28

PART 2	
OPERATION OF REGISTRY	
SECTION 411. REQUIRED FORM.	28
SECTION 412. FURNISHING OF INFORMATION; CONFIDENTIALITY.	29
SECTION 413. PENALTY FOR RELEASING INFORMATION.	30
SECTION 414. RESCISSION OF REGISTRATION.	30
SECTION 415. UNTIMELY REGISTRATION.	30
SECTION 416. FEES FOR REGISTRY.	30
PART 3	
SEARCH OF REGISTRIES	
SECTION 421. SEARCH OF APPROPRIATE REGISTRY.	31
SECTION 422. CERTIFICATE OF SEARCH OF REGISTRY.	31
SECTION 423. ADMISSIBILITY OF REGISTERED INFORMATION.	31
ARTICLE 5	
GENETIC TESTING	
SECTION 501. SCOPE OF ARTICLE.	33
SECTION 502. ORDER FOR TESTING.	33
SECTION 503. REQUIREMENTS FOR GENETIC TESTING.	34
SECTION 504. REPORT OF GENETIC TESTING.	36
SECTION 505. GENETIC TESTING RESULTS; REBUTTAL.	37
SECTION 506. COSTS OF GENETIC TESTING.	38
SECTION 507. ADDITIONAL GENETIC TESTING.	39
SECTION 508. GENETIC TESTING WHEN SPECIMENS NOT AVAILABLE.	39
SECTION 509. DECEASED INDIVIDUAL.	40
SECTION 510. IDENTICAL BROTHERS.	40
SECTION 511. CONFIDENTIALITY OF GENETIC TESTING.	41
ARTICLE 6	
PROCEEDING TO ADJUDICATE PARENTAGE	
PART 1	
NATURE OF PROCEEDING	
SECTION 601. PROCEEDING AUTHORIZED.	43
SECTION 602. STANDING TO MAINTAIN PROCEEDING.	43
SECTION 603. PARTIES TO PROCEEDING.	44
SECTION 604. PERSONAL JURISDICTION.	44
SECTION 605. VENUE.	45
SECTION 606. NO LIMITATION: CHILD HAVING NO PRESUMED, ACKNOWLEDGED, OR ADJUDICATED FATHER.	46
SECTION 607. LIMITATION: CHILD HAVING PRESUMED FATHER.	46
SECTION 608. AUTHORITY TO DENY MOTION FOR GENETIC TESTING.	48
SECTION 609. LIMITATION: CHILD HAVING ACKNOWLEDGED OR ADJUDICATED FATHER.	49
SECTION 610. JOINDER OF PROCEEDINGS.	50
SECTION 611. PROCEEDING BEFORE BIRTH.	51
SECTION 612. CHILD AS PARTY; REPRESENTATION.	51
PART 2	
SPECIAL RULES FOR PROCEEDING TO ADJUDICATE PARENTAGE	
SECTION 621. ADMISSIBILITY OF RESULTS OF GENETIC TESTING: EXPENSES.	52
SECTION 622. CONSEQUENCES OF DECLINING GENETIC TESTING.	53
SECTION 623. ADMISSION OF PATERNITY AUTHORIZED.	53
SECTION 624. TEMPORARY ORDER.	54

PART 3	
HEARINGS AND ADJUDICATION	
SECTION 631. RULES FOR ADJUDICATION OF PATERNITY.	54
SECTION 632. JURY PROHIBITED.	56
SECTION 633. HEARINGS: INSPECTION OF RECORDS.	56
SECTION 634. ORDER ON DEFAULT.	56
SECTION 635. DISMISSAL FOR WANT OF PROSECUTION.	57
SECTION 636. ORDER ADJUDICATING PARENTAGE.	57
SECTION 637. BINDING EFFECT OF DETERMINATION OF PARENTAGE.	58
ARTICLE 7	
CHILD OF ASSISTED REPRODUCTION	
SECTION 701. SCOPE OF ARTICLE.	60
SECTION 702. PARENTAL STATUS OF DONOR.	61
SECTION 703. PATERNITY OF CHILD OF ASSISTED REPRODUCTION.	62
SECTION 704. CONSENT TO ASSISTED REPRODUCTION.	62
SECTION 705. LIMITATION ON HUSBAND'S DISPUTE OF PATERNITY.	63
SECTION 706. EFFECT OF DISSOLUTION OF MARRIAGE OR WITHDRAWAL OF CONSENT.	64
SECTION 707. PARENTAL STATUS OF DECEASED INDIVIDUAL.	65
ARTICLE 8	
GESTATIONAL AGREEMENT	
SECTION 801. GESTATIONAL AGREEMENT AUTHORIZED.	68
SECTION 802. REQUIREMENTS OF PETITION.	69
SECTION 803. HEARING TO VALIDATE GESTATIONAL AGREEMENT.	70
SECTION 804. INSPECTION OF RECORDS.	72
SECTION 805. EXCLUSIVE, CONTINUING JURISDICTION.	72
SECTION 806. TERMINATION OF GESTATIONAL AGREEMENT.	72
SECTION 807. PARENTAGE UNDER VALIDATED GESTATIONAL AGREEMENT.	74
SECTION 808. GESTATIONAL AGREEMENT: EFFECT OF SUBSEQUENT MARRIAGE.	75
SECTION 809. EFFECT OF NONVALIDATED GESTATIONAL AGREEMENT.	75
ARTICLE 9	
MISCELLANEOUS PROVISIONS	
SECTION 901. UNIFORMITY OF APPLICATION AND CONSTRUCTION.	77
SECTION 902. SEVERABILITY CLAUSE.	77
SECTION 903. TIME OF TAKING EFFECT.	77
SECTION 904. REPEAL.	77
SECTION 905. TRANSITIONAL PROVISION.	77
APPENDIX: FEDERAL IV-D STATUTE RELATING TO PARENTAGE.	78

UNIFORM PARENTAGE ACT

PREFATORY NOTE

The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws has addressed the subject of parentage throughout the 20th Century. In 1922, the Conference promulgated the "Uniform Illegitimacy Act," followed by the "Uniform Blood Tests To Determine Paternity Act" in 1952, the "Uniform Paternity Act" in 1960, and certain provisions in the "Uniform Probate Code" in 1969. The "Uniform Illegitimacy Act" was withdrawn by the Conference and none of the other Acts were widely adopted. As of June 1973, the Blood Tests to Determine Paternity Act had been enacted in nine states, the "Uniform Paternity Act" in four, and the "Uniform Probate Code" in five.

The most important uniform act addressing the status of the nonmarital child was the Uniform Parentage Act approved in 1973 [hereinafter referred to as UPA (1973)]. As of December, 2000, UPA (1973) was in effect in 19 states stretching from Delaware to California; in addition, many other states have enacted significant portions of it. Among the many notable features of this landmark Act was the declaration that all children should be treated equally without regard to marital status of the parents. In addition, the Act established a set of rules for presumptions of parentage, shunned the term "illegitimate," and chose instead to employ the term "child with no presumed father."

UPA (1973) had its genesis in a law review article, Harry D. Krause, *A Proposed Uniform Act on Legitimacy*, 44 TEX. L. REV. 829 (1966); see also Krause, *Equal Protection for the Illegitimate*, 65 MICH. L. REV. 477 (1967). Professor Krause followed with a pathfinding book, *ILLEGITIMACY: LAW AND SOCIAL POLICY* (1971), and then went on to serve as the reporter for UPA (1973). When work on the Act began, the notion of substantive legal equality of children regardless of the marital status of their parents seemed revolutionary. Even though the Conference had put itself on record in favor of equal rights of support and inheritance in the Paternity Act and the Probate Code, the law of many states continued to differentiate very significantly in the legal treatment of marital and nonmarital children. A series of United States Supreme Court decisions invalidating state inheritance, custody, and tort laws that disadvantaged out-of-wedlock children provided the both the impetus and a receptive climate for the Conference to promulgate UPA (1973).

Case law has not always reached consistent results in construing UPA (1973). Moreover, widely differing treatment on subjects not dealt with by the Act has been common. For example, California courts have held that a nonmarital father does not have standing to sue an intact family to assert his rights of fatherhood. Another UPA (1973) state, Colorado, has declared that under its state constitution the father may not be denied such rights. Texas, which has adopted many of the provisions of UPA (1973), reached much the same conclusion. Similarly, a judgment's binding effect on the child or on others seeking to claim a benefit of the judgment or to attack the judgment collaterally is confused in the case law. Adding to the confusion is the fact that UPA (1973) is entirely silent regarding the relationship between a divorce and a determination of parentage. Finally, the incredible scientific advances in parentage testing since 1973 warrant a thoroughgoing revision of the Act.

Beginning in the 1980s, states began to adopt paternity registries in an attempt to deal with the risk of a man's subsequent claim of paternity after the mother relinquishes a child for adoption. Although at that time the Conference rejected a paternity registry as a solution, it promulgated the Uniform Putative and Unknown Fathers Act in 1988 (UPUFA) to deal

ARTICLE 8
GESTATIONAL AGREEMENT

Comment

The longstanding shortage of adoptable children in this country has led many would-be parents to enlist a gestational mother (previously referred to as a "surrogate mother") to bear a child for them. As contrasted with the assisted reproduction regulated by Article 7, which involves the would-be parent or parents and most commonly one and sometimes two anonymous donors, the gestational agreement (previously known as a surrogacy agreement) provided in this article is designed to involve at least three parties; the intended mother and father and the woman who agrees to bear a child for them through the use of assisted reproduction (the gestational mother). Additional people may be involved. For example, if the proposed gestational mother is married, her husband, if any, must be included in the agreement to dispense with his presumptive paternity of a child born to his wife. Further, an egg donor or a sperm donor, or both, may be involved, although neither will be joined as a party to the agreement. Thus, by definition, a child born pursuant to a gestational agreement will need to have maternity as well as paternity clarified.

The subject of gestational agreements was last addressed by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws in 1988 with the adoption of the UNIFORM STATUS OF CHILDREN OF ASSISTED CONCEPTION ACT (USCACA). Because some Commissioners believed that such agreements should be prohibited, while others believed that such agreements should be allowed, but regulated, USCACA offered two alternatives on the subject; either to regulate such activities through a judicial review process or to void such contracts. As might have been predicted, the only two states to enact USCACA selected opposite options; Virginia chose to regulate such agreements, while North Dakota opted to void them.

In the years since the promulgation of USCACA (and virtual de facto rejection of that Act), approximately one-half of the states developed statutory or case law on the issue. Of those, about one-half recognized such agreements, and the other half rejected them. A survey in December, 2000, revealed a wide variety of approaches: eleven states allow gestational agreements by statute or case law; six states void such agreements by statute; eight states do not ban agreements per se, but statutorily ban compensation to the gestational mother, which as a practical matter limits the likelihood of agreement to close relatives; and two states judicially refuse to recognize such agreements. In states rejecting gestational agreements, the legal status of children born pursuant to such an agreement is uncertain. If gestational agreements are voided or criminalized, individuals determined to become parents through this method will seek a friendlier legal forum. This raises a host of legal issues. For example, a couple may return to their home state with a child born as the consequence of a gestational agreement recognized in another state. This presents a full faith and credit question if their home state has a statute declaring gestational agreements to be void or criminal.

Despite the legal uncertainties, thousands of children are born each year pursuant to gestational agreements. One thing is clear: a child born under these circumstances is entitled to have its status clarified. Therefore, NCCUSL once again ventured into this controversial subject, withdrawing USCACA and substituting bracketed Article 8 of the new UPA. The article incorporates many of the USCACA provisions allowing validation and enforcement of gestational agreements, along with some important modifications. The article is bracketed

because of a concern that state legislatures may decide that they are still not ready to address gestational agreements, or that they want to treat them differently from what Article 8 provides. States may omit this article without undermining the other provisions of the UPA (2002).

Article 8's replacement of the USCACA terminology, "surrogate mother," by "gestational mother" is important. First, labeling a woman who bears a child a "surrogate" does not comport with the dictionary definition of the term under any construction, to wit: "a person appointed to act in the place of another" or "something serving as a substitute." The term is especially misleading when "surrogate" refers to a woman who supplies both "egg and womb," that is, a woman who is a genetic as well as gestational mother. That combination is now typically avoided by the majority of ART practitioners in order to decrease the possibility that a genetic/gestational mother will be unwilling to relinquish her child to unrelated intended parents. Further, the term "surrogate" has acquired a negative connotation in American society, which confuses rather than enlightens the discussion.

In contrast, term "gestational mother" is both more accurate and more inclusive. It applies to both a woman who, through assisted reproduction, performs the gestational function without being genetically related to a child, and a woman who is both the gestational and genetic mother. The key is that an agreement has been made that the child is to be raised by the intended parents. The latter practice has elicited disfavor in the ART community, which has concluded that the gestational mother's genetic link to the child too often creates additional emotional and psychological problems in enforcing a gestational agreement.

The new UPA treats entering into a gestational agreement as a significant legal act that should be approved by a court, just as an adoption is judicially approved. The procedure established generally follows that of USCACA, but departs from its terms in several important ways. First, nonvalidated gestational agreements are unenforceable (not void), thereby providing a strong incentive for the participants to seek judicial scrutiny. Second, there is no longer a requirement that at least one of the intended parents would be genetically related to the child born of the gestational agreement. Third, individuals who enter into nonvalidated gestational agreements and later refuse to adopt the resulting child may be liable for support of the child.

Although legal recognition of gestational agreements remains controversial, the plain fact is that medical technologies have raced ahead of the law without heed to the views of the general public--or legislators. Courts have recently come to acknowledge this reality when forced to render decisions regarding collaborative reproduction, noting that artificial insemination, gestational carriers, cloning and gene splicing are part of the present, as well as of the future. One court predicted that even if all forms of assisted reproduction were outlawed in a particular state, its courts would still be called upon to decide on the identity of the lawful parents of a child resulting from those procedures undertaken in less restrictive states. This court noted:

Again we must call on the Legislature to sort out the parental rights and responsibilities of those involved in artificial reproduction. No matter what one thinks of artificial insemination, traditional and gestational surrogacy (in all of its permutations) and--as now appears in the not-too-distant future, cloning and even gene splicing--courts are still going to be faced with the problem of determining lawful parentage. A child cannot be ignored. Even if all the means of artificial reproduction were outlawed with draconian criminal penalties visited on the doctors and parties involved, courts would still be called upon to decide who the lawful parents are and who--other than the taxpayers--is obligated to provide maintenance

and support for the child. These cases will not go away. Again we must call on the Legislature to sort out the parental rights and responsibilities of those involved in artificial reproduction. Courts can continue to make decisions on an ad hoc basis without necessarily imposing some grand scheme. Or, the Legislature can act to impose a broader order which, even though it might not be perfect on a case-by-case basis, would bring some predictability to those who seek to make use of artificial reproductive techniques.

Buzanca v. Buzanca, 72 Cal. Rptr. 2d 280 (Cal. Ct. App. 1998).

SECTION 801. GESTATIONAL AGREEMENT AUTHORIZED.

(a) A prospective gestational mother, her husband if she is married, a donor or the donors, and the intended parents may enter into a written agreement providing that:

(1) the prospective gestational mother agrees to pregnancy by means of assisted reproduction;

(2) the prospective gestational mother, her husband if she is married, and the donors relinquish all rights and duties as the parents of a child conceived through assisted reproduction; and

(3) the intended parents become the parents of the child.

(b) The man and the woman who are the intended parents must both be parties to the gestational agreement.

(c) A gestational agreement is enforceable only if validated as provided in Section 803.

(d) A gestational agreement does not apply to the birth of a child conceived by means of sexual intercourse.

(e) A gestational agreement may provide for payment of consideration.

(f) A gestational agreement may not limit the right of the gestational mother to make decisions to safeguard her health or that of the embryos or fetus.

Comment

Source: USCACA §§ 1(3), 5, 9.

The previous uniform act on this subject, USCACA, proposed two alternatives, one of which was to declare that gestational agreements were void. Subsection (a) rejects that approach. The scientific state of the art and the medical facilities providing the technological capacity to utilize a woman other than the woman who intends to raise the child to be the gestational mother, guarantee that such agreements will continue to be written. Subsection (a) recognizes that certainty and initiates a procedure for its regulation by a judicial officer. This section permits all of the individuals directly involved in the procedure to enter into a written agreement; this includes the intended parents, the gestational mother, and her husband, if she is married. In addition, if known donors are involved, they also must sign the agreement. The agreement must provide that the intended parents will be the parents of any child born pursuant to the agreement while all of the others (gestational mother, her husband, if any, and the donors, as appropriate) relinquish all parental rights and duties.

Under subsection (b), a valid gestational agreement requires that the man and woman who are the intended parents, whether married or unmarried, to be parties to the gestational agreement. This reflects the Act's comprehensive concern for the best interest of nonmarital as well as marital children born as the result of a gestational agreement. Throughout U.P.A the goal is to treat marital and nonmarital children equally.

Subsection (c) provides that in order to be enforceable, the agreement must be validated by the appropriate court under § 803.

Subsection (e) is intended to shield gestational agreements that include payment of the gestational mother from challenge under "baby-selling" statutes that prohibit payment of money to the birth mother for her consent to an adoption.

Subsection (f) is intended to acknowledge that the gestational mother, as a pregnant woman, has a constitutionally-recognized right to decide issues regarding her prenatal care. In other words, the intended parents have no right to demand that the gestational mother undergo any particular medical regimen at their behest.
(*Comment updated December 2002*)

SECTION 802. REQUIREMENTS OF PETITION.

(a) The intended parents and the prospective gestational mother may commence a proceeding in the [appropriate court] to validate a gestational agreement.

(b) A proceeding to validate a gestational agreement may not be maintained unless:

- (1) the mother or the intended parents have been residents of this State for at least 90 days;
- (2) the prospective gestational mother's husband, if she is married, is joined in the proceeding; and
- (3) a copy of the gestational agreement is attached to the [petition].

Comment

Source: USCACA § 6(a).

Sections 802 and 803, the core sections of this article, provide for state involvement, through judicial oversight, of the gestational agreement before, during, and after the assisted reproduction process. The purpose of early involvement is to ensure that the parties are appropriate for a gestational agreement, that they understand the consequences of what they are about to do, and that the best interests of a child born of the gestational agreement are considered before the arrangement is validated. The trigger for state involvement is a petition brought by all the parties to the arrangement requesting a judicial order authorizing the assisted reproduction contemplated by their agreement. The agreement itself must be submitted to the court.

To discourage forum shopping, subsection (b)(1) requires that the petition may be filed only in a state in which the intended parents or the gestational mother have been residents for at least ninety days.

SECTION 803. HEARING TO VALIDATE GESTATIONAL AGREEMENT.

(a) If the requirements of subsection (b) are satisfied, a court may issue an order validating the gestational agreement and declaring that the intended parents will be the parents of a child born during the term of the of the agreement.

(b) The court may issue an order under subsection (a) only on finding that:

(1) the residence requirements of Section 802 have been satisfied and the parties have submitted to the jurisdiction of the court under the jurisdictional standards of this [Act];

(2) unless waived by the court, the [relevant child-welfare agency] has made a home study of the intended parents and the intended parents meet the standards of suitability applicable to adoptive parents;

(3) all parties have voluntarily entered into the agreement and understand its terms;

(4) adequate provision has been made for all reasonable health-care expense associated with the gestational agreement until the birth of the child, including responsibility for those expenses if the agreement is terminated; and

(5) the consideration, if any, paid to the prospective gestational mother is reasonable.

Comment

Source: USCACA § 6(b).

This pre-conception authorization process for a gestational agreement is roughly analogous to prevailing adoption procedures in place in most states. Just as adoption contemplates the transfer of parentage of a child from the birth parents to the adoptive parents, a gestational agreement involves the transfer from the gestational mother to the intended parents. The Act is designed to protect the interests of the child to be born under the gestational agreement as well as the interests of the gestational mother and the intended parents.

In contrast to USCACA (1988) § 1(3), there is no requirement that at least one of the intended parents be genetically related to the child born of a gestational agreement. Similarly, the likelihood that the gestational mother will also be the genetic mother is not directly addressed in the new Act, while USCACA (1988) apparently assumed that such a fact pattern would be typical. Experience with the intractable problems caused by such a combination has dissuaded the majority of fertility laboratories from following that practice. See *In re Matter of Baby M*, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988).

This section seeks to protect the interests of the child in several ways. The major protection of the child is the authorization procedure itself. The Act requires closely supervised gestational arrangements to ensure the security and well being of the child. Once a petition has been filed, subsection (a) permits—but does not require—the court to validate a gestational agreement. If it validates, the court must declare that the intended parents will be the parents of any child born pursuant to, and during the term of, the agreement.

Subsection (b) requires the court to make five separate findings before validating the agreement. Subsection (b)(1) requires the court to ensure that the 90-day residency requirement of § 802 has been satisfied and that it has jurisdiction over the parties;

Under subsection(b)(2), the court will be informed of the results of a home study of the intended parents who must satisfy the suitability standards required of prospective adoptive parents.

The interests of all the parties are protected by subsection (b)(3), which is designed to protect the individuals involved from the possibility of overreaching or fraud. The court must find that all parties consented to the gestational agreement with full knowledge of what they agreed to do, which necessarily includes relinquishing the resulting child to the intended parents who are obligated to accept the child.

The requirement of assurance of health-care expenses until birth of the resulting child imposed by subsection (b)(4) further protects the gestational mother.

Finally, subsection (b)(5) mandates that the court find that compensation of the gestational mother, if any, is reasonable in amount.

Section 803. spells out detailed requirements for the petition and the findings that must be made before an authorizing order can be issued, but nowhere states the consequences of violations of the rules. Because of the variety of types of violations that could possibly occur, a bright-line rule concerning the effect of such violations is inappropriate. The consequences of a failure to abide by the rules of this section are left to a case-by-case determination. A

court should be guided by the Act's intention to permit gestational agreements and the equities of a particular situation. Note that § 806 provides a period for termination of the agreement and vacating of the order. The discovery of a failure to abide by the rules of § 803 would certainly provide an occasion for terminating the agreement. On the other hand, if a failure to abide by the rules of § 803 is discovered by a party during a time when § 806 termination is permissible, failure to seek termination might be an appropriate reason to estop the party from later seeking to overturn or ignore the § 803 order.
(Comment updated December 2002)

SECTION 804. INSPECTION OF RECORDS. The proceedings, records, and identities of the individual parties to a gestational agreement under this [article] are subject to inspection under the standards of confidentiality applicable to adoptions as provided under other law of this State.

Comment

The procedures involved in this article are exceptionally personal, thereby warranting protection from invasions of privacy. Adoption records provide a suitable model for these records.

SECTION 805. EXCLUSIVE, CONTINUING JURISDICTION. Subject to the jurisdictional standards of [Section 201 of the Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act], the court conducting a proceeding under this [article] has exclusive, continuing jurisdiction of all matters arising out of the gestational agreement until a child born to the gestational mother during the period governed by the agreement attains the age of 180 days.

Comment

Source: USCACA § 6(e).

This section is designed to minimize the possibility of parallel litigation in different states and the consequent risk of child-snapping for strategic purposes. The court that validated the gestational agreement will have authority to enforce the gestational agreement until the child is 180 days old. Note that only the parentage issues and enforcement issues are covered; collateral matters, such as custody, visitation, and child support are not covered by this Act.

SECTION 806. TERMINATION OF GESTATIONAL AGREEMENT.

(a) After issuance of an order under this [article], but before the prospective gestational mother becomes pregnant by means of assisted reproduction, the prospective gestational mother, her husband, or either of the intended parents may terminate the gestational agreement by giving written notice of termination to all other parties.

(b) The court for good cause shown may terminate the gestational agreement.

(c) An individual who terminates a gestational agreement shall file notice of the termination with the court. On receipt of the notice, the court shall vacate the order issued under this [article]. An individual who does not notify the court of the termination of the agreement is subject to appropriate sanctions.

(d) Neither a prospective gestational mother nor her husband, if any, is liable to the intended parents for terminating a gestational agreement pursuant to this section.

Comment

Source: USCACA § 7.

Subsection (a) permits a party to terminate a gestational agreement after the authorization order by canceling the arrangement before the pregnancy has been established. This provides for cancellation during a time when the interests of the parties would not be unduly prejudiced by termination. By definition, the procreation process has not begun. The intended parents certainly have an expectation interest during this time, but the nature of this interest is little different from that which they would have while they were attempting to create a pregnancy through traditional means. In contrast to the next subsection, termination of the agreement does not require "good cause."

Subsection (b) gives the court the right to cancel the agreement for cause, which is left undefined.

Under subsection (c) a party who wishes to terminate the agreement must inform the other parties in writing, and must also file notice with the court. The court must then vacate the order validating the agreement. An individual who does not notify the court of his/her termination of the agreement is subject to sanction.

USCACA § 7(b) specifically dealt with termination of a "surrogacy agreement" by a gestational mother who provided the egg for the assisted conception. This possibility is not repeated in the new UPA because there is only a remote likelihood that an agreement for the gestational mother to furnish the egg will be countenanced. Assisted reproduction, as generally conducted by medical facilities today, disapproves of that practice.

Subsection (d) provides that before pregnancy a gestational mother is not liable to the

intended parents for terminating the agreement. Although the new Act does not explicitly provide for termination of the agreement after pregnancy. Several sections deal with this issue under certain described circumstances. Section 801(f) recognizes that the gestational mother has plenary power to decide issues of her health and the health of the fetus. Sections 803(a) and 807(a) direct that the intended parents are in fact the parents of the child with an enforceable right to the possession of the child.

SECTION 807. PARENTAGE UNDER VALIDATED GESTATIONAL AGREEMENT.

(a) Upon birth of a child to a gestational mother, the intended parents shall file notice with the court that a child has been born to the gestational mother within 300 days after assisted reproduction. Thereupon, the court shall issue an order:

- (1) confirming that the intended parents are the parents of the child ;
- (2) if necessary, ordering that the child be surrendered to the intended parents;

and

- (3) directing the [agency maintaining birth records] to issue a birth certificate naming the intended parents as parents of the child.

(b) If the parentage of a child born to a gestational mother is alleged not to be the result of assisted reproduction, the court shall order genetic testing to determine the parentage of the child.

(c) If the intended parents fail to file notice required under subsection (a), the gestational mother or the appropriate State agency may file notice with the court that a child has been born to the gestational mother within 300 days after assisted reproduction. Upon proof of a court order issued pursuant to Section 803 validating the gestational agreement, the court shall order the intended parents are the parents of the child and are financially responsible for the child.

Comment

Source: USCACA § 8.

Under subsection (a), the intended parents of a child born pursuant to an approved

gestational agreement within 300 days of the use of assisted reproduction are deemed to be the legal parents if the order under § 803 is still in effect. Notice of the birth of the child must be filed by the intended parents. On receipt of the notice, the court shall issue an order confirming that the intended parents are the legal parents of the child and direct the issuance of a birth certificate to confirm the court's determination. If necessary, the court may also order the gestational mother to surrender the child to the intended parents.

Subsection (c) clarifies the remedies available if the intended parents refuse to accept a child who is born as the result of a gestational agreement.
(*Comment updated December 2002*)

SECTION 808. GESTATIONAL AGREEMENT: EFFECT OF SUBSEQUENT MARRIAGE.

After the issuance of an order under this [article], subsequent marriage of the gestational mother does not affect the validity of a gestational agreement, her husband's consent to the agreement is not required, and her husband is not a presumed father of the resulting child.

Comment

Source: USCACA § 9.

If, after the original court order validates the gestational agreement, the gestational mother marries, the gestational agreement continues to be valid and the consent of her new husband is not required. The new husband is neither a party to the original action nor the presumed father of a resulting child, and therefore ought not be burdened with the status of parent unless he is the genetic father or chooses to adopt the child.

SECTION 809. EFFECT OF NONVALIDATED GESTATIONAL AGREEMENT.

(a) A gestational agreement, whether in a record or not, that is not judicially validated is not enforceable.

(b) If a birth results under a gestational agreement that is not judicially validated as provided in this [article], the parent-child relationship is determined as provided in [Article] 2.

(c) Individuals who are parties to a nonvalidated gestational agreement as intended parents may be held liable for support of the resulting child, even if the agreement is otherwise unenforceable. The liability under this subsection includes assessing all expenses

and fees as provided in Section 636.]

Comment

Source: USCACA §§ 5(b), 10.

This section distinguishes between an unenforceable agreement and a prohibited one. Given the widespread use of assisted reproductive technologies in modern society, the Act attempts only to regularize the parentage aspects of the science, not to regulate the practice of assisted reproduction. If individuals choose to ignore the protections afforded gestational agreements by the Act, parentage questions will remain when a child is born as a result of a nonvalidated gestational agreement. The Act provides no legal assistance to the intended parents. The gestational mother is denominated the mother irrespective of the source of the eggs, and donors of either eggs or sperm are not parents of the child. Notwithstanding the fact that the intended parents in a nonvalidated agreement may not enforce that agreement, subsection (c) provides that a court may hold the intended parents to an obligation to support the resulting child of the unenforceable agreement.

Under USCACA (1988), agreements that were not approved were declared "void." Under the new UPA, a nonapproved agreement is "unenforceable." The result may be virtually the same in some instances. As under the prior Act, the gestational mother is the mother of a child conceived through assisted reproduction if the gestational agreement has not been judicially approved as provided in this article. Her husband, if he is a party to such agreement, is presumed to be the father. If the gestational mother's husband is not a party to the agreement, or if she is unmarried, paternity of the child will be left to existing law, if any. If the mother decides to keep the child, the intended parents have no recourse. If the parties agree that the intended parents will raise the child, adoption is the only means through which they may become the legal parents of the child will be through adoption.