

Desafio Pós-Moderno: Gestação e «Contratos de Gestação»

Luis Elói Azevedo *

«As teorias passam. A rã fica».

Jean Rostand, *Carnets d'un Biologiste* **.

«Não se pode acreditar em coisas impossíveis» — (diz Alice).
Suponho que tens falta de treino, diz a Rainha. «Aconteceu-me
algumas vezes acreditar em seis coisas impossíveis antes do
pequeno-almoço.»

Lewis Carroll, *Alice do Outro Lado do Espelho* **.

1. NOTA DE ABERTURA

Se em 1969 já se podia dizer, em Portugal, no domínio do Direito Público, que «à nossa volta tudo mudou», perto do ano 2000, podemos repetir sem dificuldade tal expressão no domínio do Direito Privado, em geral, e no do Direito da Filiação, em particular.

* Magistrado do Ministério Público.

Este texto corresponde, com pequenas alterações, ao relatório apresentado em Novembro de 1996 no seminário do Prof. Dr. Gomes Canotilho, Curso de Mestrado «Direito em Acção», U.A.L.

** Citações extraídas de François Jacob, *O Jogo dos Possíveis, Ensaio sobre a Diversidade do Mundo Vivo*, Gradiva, Lisboa, 1992.

E neste último, podíamos dizer, como o autor da supra-aludida expressão ¹, num belo trecho, que os juristas verificam «que o seu castelo de construções e os seus servidores estavam irremediavelmente submersos no silvado de uma nova realidade perante a qual se encontram indefesos. E o dramático, quase trágico, é que não há forças benfazejas que rasguem novas clareiras e tracem novas sendas para um regresso ao velho mundo, como uma readmissão ao paraíso e, apesar de tudo, de muitos lados se nota um esforço para mergulhar na realidade com um novo arsenal obsoleto e, pior ainda, com um *phatos* dissonante com os tempos».

Encarar a «nova realidade» da gestação e do contrato de gestação na perspectiva de um desafio pós-moderno, eis a nota de diferença e, simultaneamente, a dificuldade deste trabalho.

Na verdade, para nós, juristas «clássicos», é grande a tentação, ao pegar num tema como este, de esboçar o quadro legal do Direito da Filiação na sua vertente constitucional e civilística.

Obviar a tal abordagem, tentando introduzir alguma dimensão pós-moderna no nosso propósito, é o escopo fundamental pretendido.

Trabalho um pouco a destempo, se considerarmos os anátemas que, por aqui e por ali, começam a atirar-se ao pós-modernismo, e tarefa árdua, tanto mais que o próprio relator não se considera um subscritor cabal — e capaz... — de tal corrente do pensamento ².

Reconheçamos-lhe, desde já, o mérito de proporcionar uma grande abertura de horizontes metodológicos, o que, na temática em apreço, não é trunfo de desprezar...

¹ Rogério Soares, *Direito Público e Sociedade Técnica*, 1969, Coimbra, cit. in Gomes Canotilho, *O Direito Constitucional entre o Moderno e o Pós-Moderno*, Rev. Brasileira de Direito Comparado, n.º 9, p.76.

² Corrente de pensamento em que desempenharam papel fundamental autores como Michel Foucault, Gilles Deleuze, Jean Baudrillard, Jacques Derrida, Jean-François Lyotard, entre muitos outros.

2. INTRODUÇÃO AO DESAFIO PÓS-MODERNO

A utilização do termo «pós-moderno» começa nas querelas literárias dos finais da década de 30, nos Estados Unidos, e atravessa logo vários ramos desde a História (A. Toynbee) até à Arquitectura (Ch. Jencks).

Por exemplo, em 1945, Paolo Portoghesi, no domínio da Arquitectura, intitulou o catálogo da exposição da Bienal de Veneza, dedicado à Strada Novissima, *Postmodern*. E o Hotel Bonaventure de Los Angeles continua a ser visto como emblema do novo movimento, com as suas escadas rolantes e ascensores a serem definidos como «gigantescas esculturas cinéticas».

Podendo dizer-se que aquela foi das primeiras vezes que a palavra foi utilizada e que o Hotel Bonaventure é um dos seus símbolos, temos de admitir que a sua origem histórico-arquitectónica não é agora o mais importante.

Importante seria captar o conceito que a palavra encerra. Tentemos dar algumas pistas.

Com Boaventura Sousa Santos³, podemos dizer que o projecto sócio-cultural da modernidade assenta em dois pilares fundamentais: o pilar da regulação e o pilar da emancipação.

O pilar da regulação é constituído pelo princípio do Estado, cuja articulação se deve principalmente a Hobbes; pelo princípio do mercado, dominante na obra de Locke; e pelo princípio da comunidade, cuja formulação domina a filosofia de Rousseau. A lógica de emancipação racional encontra-se aobretudo inserida no pilar da regulação.

Ora, na situação de «capitalismo desorganizado» em que vivemos, «nenhum dos princípios da regulação, quer seja o mercado, quer seja o Estado, quer seja a comunidade, parece capaz de, por si só, garantir a regulação social em situação

³ *Pela Mão de Alice, O Social e o Político na Pós-Modernidade*, Ed. Afrontamento, 1994, p. 71.

de tanta volatilidade, mas o mais trágico é que a articulação de todos eles no sentido de convergirem numa nova regulação parece ainda mais remota»⁴.

Ou seja, a uma atmosfera de desregulação, de convencionalidade e flexibilidade de vários sectores da vida colectiva, corresponde uma atmosfera espessa, rígida e imóvel a nível societário.

Assim, o pós-modernismo considera o projecto moderno esgotado porque, sendo um processo de emancipação cultural e social, perdeu a credibilidade que lhe permitia afirmar-se como projecto. E tal aconteceu, segundo Jean-François Lyotard⁵, porque as pessoas deixaram de acreditar nas metanarrativas modernas de legitimação, tais como a emancipação progressiva da Razão ou da Liberdade ou o enriquecimento da humanidade inteira em consequência do progresso.

Daí que o pós-modernismo designe, segundo este autor, «o estado da cultura após as transformações que afectaram as regras do jogo da ciência, da literatura e das artes a partir do fim do séc. XIX».

Ou, na versão de Boaventura Sousa Santos⁶, «a crise do paradigma dominante traz consigo o perfil do paradigma emergente».

E que perfil é esse?⁷

1) O pós-modernismo substitui o paradigma modernista mas, como este, avança como um paradigma sistemático e racional: científico — um conhecimento prudente — e social — uma vida decente.

Porém, muda a visão global da ordem social e da legalidade tal como era entendida pelo positivismo legalista e pelo determinismo que sustenta a «ordem moderna».

⁴ B. Sousa Santos, ob. e loc. cit.

⁵ *A Condição Pós-Moderna*, Gradiva, Lisboa, 1989, p. 11.

⁶ *Um Discurso sobre as Ciências*, Ed. Afrontamento, Porto, p. 35.

⁷ Tomaram-se como ponto de partida as sínteses de André-Jean Arnaud e Maria José Fariñas Dulce, *Sistemas Jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Univ. Carlos III, Madrid, 1996.

2) O pós-modernismo assenta numa rede de conceitos como pragmatismo, relativismo, pluralismo de racionalizadas, policentricidade, etc.

3) O pós-modernismo desafia o intervalo entre pensamento e acção, propondo uma dialéctica permanente entre eles — isto significa, no que respeita à regulação legal, a substituição de uma ordem imposta por uma ordem negociada.

4) O pós-modernismo desafia as categorias tradicionais do conhecimento, assumindo-se de forma transdisciplinar. No paradigma emergente, o conhecimento é total, a fragmentação é, não disciplinar mas temática.

5) O pós-modernismo assume que a subjectividade está envolvida no conhecimento do objecto.

6) O pós-modernismo privilegia a beleza do pequeno (*small is beautiful*), a microperspectiva e o «caso» por oposição ao sistema.

É evidente que há vários pós-modernismos, do feminismo de Mac Kinnon⁸ à análise económica de Posner, de Sousa Santos a Lyotard, e não nos cabe, neste âmbito, tomar partido. A pretensão mais modesta de encontrar um fio condutor já nos satisfaz...

⁸ Como seria interessante fazer a abordagem de tal matéria à sua luz se atentarmos só neste trecho de Catherine Mac Kinnon: «(...) The sameness in women's lives is as striking as the diversity of conditions under which it is lived. Men rise and fall. Their dynasties and revolutions and intellectual fashions come and go. Things happen. In the lives of women, men are served, children are cared for, home is made, work is done. The sun goes down». *Reflexions on Law in the everyday life of women in Law in everyday life*, Michigan Press, 1993, p. 109.

3. MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO, BREVE CARACTERIZAÇÃO.

«Sara, mulher de Abraão, não lhe havia dado um filho. Ele tinha uma escrava egípcia de nome Hagar. E Sara disse a Abraão: O Senhor não me permitiu ter um filho, vai com a minha escrava e eu talvez terei a sorte de ter um filho através dela. E Hagar deu um filho a Abraão e Abraão o chamou Ismael».

Génesis 16, 1.12.

Estranha forma de começar uma abordagem «pós-moderna» da problemática da gestação e dos contratos de gestação.

Na verdade, pretendendo-se, tanto quanto possível, evitar uma abordagem jus-familiar da questão, a qual não terá relacionamento directo com o «desafio» lançado, não poderemos deixar de caracterizar a realidade que nos ocupa procurando delimitá-la.

É o que ora faremos.

Tenhamos em conta que a procriação artificial, tendo desenvolvimentos recentes, não deixa de ser considerada uma técnica «não tecnológica»⁹ de intervenção.

A sua história, que aqui não curaremos, tem quase dois séculos de existência¹⁰, e não falta quem lhe veja fundamentos bíblicos...

De entre as questões que este «admirável mundo novo» suscita, emerge claramente a da maternidade de substituição como sendo das mais complexas.

⁹ Assim, Mário Raposo, *O Direito e as Novas Tecnologias Médicas*, BMJ 356, p. 6.

¹⁰ Em 1785, Thouret, decano da Faculdade de Medicina de Paris, conseguiu fecundar a sua mulher «estéril» graças a uma injeção intravaginal do seu próprio sémen, com uma seringa de estanho. Em 1791, o cirurgião inglês Hunter, director do Hospital de S. Jorge, conseguiu que a mulher de um Lord tivesse um filho graças à inseminação.

Para maiores desenvolvimentos, v. Maria de Jesus Almaraz, *Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación «in vitro»*, Barcelona, 1988, pp. 28 e ss.

O que caracteriza estas «mères porteuses», como são designadas em França, ou «surrogatemothers», como lhes chamam em Inglaterra, é a disposição de suportar uma gravidez em vez de uma outra mulher, por princípio estéril, com a condição de a criança lhe ser restituída à nascença.

Basicamente, a maternidade de substituição, «ou por conta de outrem», pode revestir dois aspectos.

Num caso, a «mãe de substituição» aceita ser inseminada artificialmente com o esperma do marido do casal estéril, fornecendo, assim, o seu óvulo.

No outro, esta aceita que lhe seja implantado no útero o embrião resultante do óvulo da mulher (incapaz de conceber), fecundado por inseminação artificial ou por fecundação *in vitro* (F.I.V.).

No primeiro caso, a mulher somente necessita de uma seringa de esperma fresco, sem intervenção médica, e designar-se-á por «mãe biológica» (gestadora+genitora).

No segundo caso, já tem necessidade de recorrer ao auxílio da Ciência e da Medicina, através da F.I.V, tendo a mulher unicamente papel de gestadora ¹¹.

Trata-se de uma realidade com cerca de 40 anos nos E.U.A. e cerca de 20 anos na Europa, cujos números são indeterminados, abundando «cifras negras», pelo desconhecimento oficial que tais situações as mais das vezes revestem.

¹¹ A respeito da intrínseca teia de possibilidades da maternidade de substituição, noticiava recentemente o Jornal Expresso, de 15/3/97, sob o título «Gêmeos mas não irmãs», o caso de uma mãe italiana que está a hospedar dois fetos resultantes do desenvolvimento de embriões diferentes, originários de pais diferentes. Os gêmeos (!) que irão nascer serão entregues às respectivas mães sem possibilidade de erro; estão em duas placentas diferentes e não terão nenhum contacto entre eles, tendo um factor RH diferente que irá permitir a identificação.

«Três mães» de dois gêmeos que são (ou não) irmãs!

4. PROVOCAÇÕES PÓS-MODERNAS SOBRE O CONTRATO DE GESTAÇÃO

A) A Análise Económica do Direito

Com o fim de regular a vontade das partes — de um lado, o casal estéril que deseja um filho; do outro, uma mulher solteira ou casada que não se importa de «alugar» durante nove meses o seu ventre e que aceita ser inseminada ou ser-lhe implantado um embrião, devolvendo ao fim desse tempo o filho gerado —, tornou-se prática assinar um contrato.

O conteúdo de tal contrato é variável, mas o modelo normal prevê cláusulas até à inseminação (forma de a efectuar, precauções a tomar), da inseminação até ao nascimento (acompanhamento médico, compromisso de não prejudicialidade comportamental da «mãe de substituição») e depois do parto (forma de entrega da criança, aspectos económicos e jurídicos a facilitar).

A doutrina jurídica clássica definia contrato «como o acordo por que duas ou mais partes ajustam reciprocamente os seus interesses, dando-lhes uma regulamentação que a lei traduz em termos de efeitos jurídicos»¹².

Estamos, assim, inegavelmente, num domínio em que o conceito jurídico «contrato» reflecte uma realidade exterior a si próprio, uma realidade de interesses, de relações, de situações económico-sociais, relativamente aos quais aquele cumpre uma função instrumental e que antecede o próprio Direito.

Daí que, «para conhecer verdadeiramente o conceito do qual nos ocupamos, se torne necessário tomar em atenta consideração a realidade económico-social que lhe subjaz e da qual ele representa a tradução científico-jurídica»¹³.

¹² Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, 1980, p. 48.

¹³ Enzo Roppo, *O Contrato*, Almedina, Coimbra, 1988, p. 7.

Tal realidade consiste na alta percentagem actual de casais estéreis e na crise geral que o instituto da adopção atravessa¹⁴, com o conseqüente interesse e desenvolvimento da «indústria de procriação artificial».

Não será, pois, de espantar o interesse que esta área despertou nos cultores da análise económica do Direito, levando dois dos seus maiores vultos a sugerir a organização de um verdadeiro mercado de bebés¹⁵ — «desregulação do direito em benefício do mercado».

Mas caracterizemos sumariamente a análise económica do Direito.

A análise económica do Direito constitui uma constelação relativamente recente, mesmo se considerarmos alguns afloramentos sumários nas obras de Beccaria-Bonesaro (1774), Bentham (1789) ou Marx (1861).

O «imperialismo económico» que lhe subjaz, ou seja, a extensão da análise económica para além das suas fronteiras tradicionais, organiza-se nos Estados Unidos a partir do final dos anos 50.

Pode indicar-se o ano de 1973 como aquele que viu surgir o primeiro tratado de análise económica do Direito e o primeiro manual universitário da nova disciplina. Tratou-se do livro *Economic Analysis of Law*, escrito por um professor de Chicago, Richard Posner, que depois viria a ser nomeado juiz federal num Tribunal de Apelação norte-americano¹⁶.

¹⁴ Nos E.U.A., cerca de 15% dos casais são estéreis, num número que, em 1979, abarcava 600 000 pessoas, demorando um processo de adopção cerca de 8 anos!

V. Stefano Azzali, *La Maternità Surrogata: in margine al caso Baby M*, in *la Procreazione Artificiale tra etica e Diritto*, Padova, 1989, p. 125.

¹⁵ Landes, Posner, *The Economics of the Baby Shortage*, *apud* Kopytoff, *Surrogate Motherhood: Questions of Law and Values*, University of San Francisco Law Revue, vol. 22, 1988, p. 241.

¹⁶ Realce-se, na obra de Posner, o seu excelente livro sobre as ligações entre o Direito e a Literatura, abordando, entre outras, as obras de Shakespeare, Dickens, Dostoievsky, Twain, Kafka, Camus e Yeats.

Não deixa, porém, nessa obra, de salientar os méritos da «sua» análise económica, dizendo significativamente: «In its insistence on the centrality of self-interest (and hence of incentives) in motivating human action, in its insistence that everything has a cost — that there is no such thing as a free lunch, and in its consequent skepticism about utopian projects, economics is revealed as a bastion of enlightenment values».

Law and Literature, A misunderstood relation, Harvard University Press, 1988, p. 312.

Posner escreveu o seu manual, declarando-se convicto de que a ciência económica era um «instrumento poderoso de análise de um vasto conjunto de questões jurídicas», instrumento que a maior parte dos juristas e dos estudantes de Direito não utilizava, por ser evidente a dificuldade de ligar os princípios económicos aos problemas jurídicos concretos.

No prefácio à 3.^a edição da citada obra, Posner considera que o mais importante desenvolvimento do pensamento jurídico no último quarto de século foi, provavelmente, o da «aplicação da ciência económica a um conjunto sempre crescente de áreas jurídicas, incluindo as que são de imediato tão fundamentais e aparentemente não económicas, como os actos ilícitos civis (*Torts*), o Direito Penal, o Direito da Família, o Processo e o Direito Constitucional. Ocupada como tem estado por uma controvérsia totalmente de esperar, respeitante a um movimento que desafia não só as predisposições metodológicas, mas também as políticas de muitos professores de Direito tradicionais e de muitos estudantes, advogados e juízes — ridicularizada como tem frequentemente sido, quer por se considerar óbvia, quer por ser obviamente errónea —, a análise económica do Direito tem conseguido, não obstante tal, atrair um interesse crescente, quer no plano académico, quer no prático, e gerar uma literatura em expansão que melhore a sua qualidade»¹⁷.

Os cultores da teoria em apreço partem de uma concepção liberal do Estado e da sociedade, concebendo o *homo economicus* como ser racional e livre, consciente daquilo que pretende e que sabe executar de forma eficiente todos os cálculos indispensáveis à tomada de decisões económicas que conduzam a resultados óptimos.

A postura da análise económica não é normativista, moralizadora ou educativa. Não se debruça sobre a justiça e a equidade, mas preocupa-se com a racionalidade e a eficiência.

¹⁷ *Economic Analysis of Law*, Boston e Toronto, 3.^a Ed., 1986, p. XIX.

Como refere Lewis A. Kornhauser: « A análise económica do direito exclui, com efeito, a hipótese segundo a qual as normas jurídicas teriam um impacte educativo ou moral sobre o agente. Pelo facto de o indivíduo agir no seu próprio interesse, a moral, enquanto conjunto de razões distintas conducentes a uma acção, não tem qualquer incidência sobre ele. Sendo as suas próprias preferências imutáveis e fixas, as mudanças que intervêm no Direito não podem levá-lo a alterar os seus desejos. O Direito não pode influenciar o comportamento individual, a não ser introduzindo as mudanças no domínio dos estímulos e da riqueza»¹⁸.

Estritamente ligada a tal análise está o princípio da liberdade contratual, visto como o respeito da liberdade de cada um escolher, em concorrência com os outros, o contrato que considere como sendo aquele que melhor corresponde aos seus interesses pessoais¹⁹.

Pelo que «suprimir essa liberdade ou somente reduzi-la não pode senão privar a colectividade do conjunto de ganhos de produção e especialização aos quais essa extrema fluidez de escolha permite aceder»²⁰.

Com estes dados, capta-se melhor a defesa que tais autores fazem de um mercado aberto, com regras conhecidas e estabelecidas, eliminando o tráfico clandestino e os desmandos que sempre acarreta.

E julgar, neste contexto, seria sempre uma recondução ao face-a-face imperfeitamente ocorrido e a rescrever as cláusulas imaginárias de um contrato fictício para tirar as conclusões (eficientes) que se impuserem.

¹⁸ *Análise Económica do Direito*, Subjudece/Ideias n.º 2, p. 43. Em sentido semelhante, v. Koen Raes, *Vers une Logique Economique du Droit?*, R.I.E.J., 1988²⁰, p. 68.

¹⁹ O ponto de partida da análise é o de um contrato ideal que especificaria, rigorosamente e sem ambiguidades os direitos e os deveres das partes contratantes para todas as situações possíveis, tendo em conta todos os elementos susceptíveis de intervir, desde a conclusão do contrato até à sua execução. Tratar-se-ia de um contrato definido para todos os «estados do mundo» possíveis e, nessa medida, possuiria a chamada «eficiência de Pareto»: não conteria nenhuma cláusula modificável com vista a aumentar o bem-estar esperado de uma das partes sem reduzir o da outra.

²⁰ Henri Lepage, *L'Analyse Economique et la Théorie du Droit de Propriété*, Droits, n.º 1, Paris, PUF, 1985, p. 100.

Não pretendendo a teoria económica substituir-se ao estudo do Direito e das Ciências Jurídicas, é inegável que da sua interpenetração podem surgir perspectivas novas e válidas para os juristas.

Na decisão do juiz Harvey Sorkow, no célebre e polémico caso «Baby M», podemos vislumbrar alguns afloramentos de tal pensamento.

Senão vejamos: numa longa sentença, o juiz Sorkow apreciou os argumentos correntes na doutrina, quer os relativos ao fenómeno das mães-hospedeiras, quer os que dizem respeito, de um modo geral, à procriação e ao uso do corpo²¹.

Concluiu, em síntese:

— O direito de participar num acordo deste género assenta no direito constitucional de procriar, que implica a faculdade de recorrer a todos os meios não proibidos e aptos para satisfazer a pretensão de ter um filho.

— O exercício do direito de procriar está protegido pelo direito fundamental à reserva da intimidade privada, pelo que as decisões, nesta matéria, devem ser livres da ingerência do Estado.

— Na falta de uma proibição destes contratos, não há razão para não lhes dar o valor jurídico vulgar que obriga as partes ao cumprimento integral.

— O contrato de gestação para outrem não está sujeito à proibição de venda de crianças, pela razão evidente que o marido, W. Stern, é o pai biológico da criança e, portanto, não pode ser acusado de a comprar (ninguém compra o que é seu).

Independentemente do facto de a decisão do juiz Sorkow ter sido revogada pelo Supremo Tribunal de New Jersey, o que será interessante avaliar o modo como

²¹ V. para desenvolvimento:

Stefano Azzali, *La maternità Surrogata: in margine al caso Baby M*, in *La Procrezione Artificiale tra Etica e Diritto*, Padova, Cedam, 1989, p. 125 e ss.

Guilherme de Oliveira, *Mãe Há só Uma! O Contrato de Gestação*, Coimbra Editora, 1992, p. 87 e ss.

é como determinados princípios económicos estão subjacentes ao pensamento judicial neste *leading case* norte-americano.

O que não é de espantar se tomarmos em conta que, por exemplo, o eminente jurista e sociólogo alemão Niklas Luhman considera que a primeira vez que os Americanos viveram, com maior ou menor intensidade, a teoria no domínio jurídico foi com a análise económica do Direito.

Os membros do Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos estão sujeitos a uma intensiva aprendizagem da análise económica do Direito, o que está perfeitamente de acordo com a frase que se atribui a um seu ilustre antecessor, em 1896: «The man of the future is the man of statistics and the master of economics» (Oliver Wendel Holmes).

Poderemos dizer que nesta, como noutras áreas, o maior mérito da análise económica do Direito — evitar o divórcio entre as consequências práticas de um certo idealismo jurídico e uma vida social cada vez menos conforme àquilo que o sistema normativo e institucional deseja que ela seja — é simultaneamente o seu maior demérito — fazer depender a sua validade da admissão do ponto de vista utilitarista de que o único bem é a felicidade humana, definida não como aquilo que as pessoas deviam querer, mas como aquilo que efectivamente querem.

O que sempre nos levará à questão: o que é que as pessoas deviam querer?

B) O não Direito e a regulática

É costume dizer-se que, em matéria de procriação artificial, se vive em muitos países — incluído o nosso — uma situação de «não Direito», «non Droit», na expressão de Carbonnier²².

O «não Direito» pode ser definido como uma ausência de direito num certo número de relações humanas onde o direito teria vocação teórica para estar presente.

²² Jean Carbonnier, *Flexible Droit*, Paris, 1983, p. 24 a 50.

Não se trata, obviamente, do «Direito injusto» que é um fenómeno de Direito positivo, mas sim de uma baixa, mais ou menos considerável, da pressão jurídica, que não precisa traduzir-se no vazio absoluto de Direito²³.

Como ensina Carbonnier, o essencial na hipótese do não Direito é o abandono, pelo Direito, de um terreno que ocupou ou que seria da sua competência ocupar²⁴.

Ora, esta visão «moderna» do não Direito parece-nos já «pobre» para retratar uma situação que, no domínio da gestação e dos contratos de gestação, é hoje de ine-ficácia do Direito tradicional para responder às necessidades e expectativas gerais.

A tal ponto que quase se pode falar de «um Direito bloqueado»²⁵, uma vez que não se trata de um acto voluntário do próprio Direito.

Parece-nos que, neste domínio, tem algum interesse a ideia da regulática, que defende que «o que nós necessitamos não é fazer uma lei, mas obter direitos individualizantes, direitos que se adequem às situações concretas. Deveremos ter, não imposições autoritativas mas mecanismos adequados, prontos e eficazes para regular os problemas sociais»²⁶.

Ou seja, neste âmbito, teremos de abandonar a nossa visão intervencionista do Direito, para ter dele uma perspectiva de mera articulação de vários subsistemas: cultural, económico e de saúde.

O Direito não deve entrar em concorrência com o mecanismo interno dos outros sistemas. Estes devem regular eles mesmos a sua auto-reprodução, se

²³ Em Portugal, temos duas normas jurídicas directamente relacionadas com a procriação artificial, o art.º 168 do C. Penal e o art.º 1839, n.º 3 do C. Civil.

²⁴ Carbonnier, ob. e loc. cit., p. 26.

²⁵ García Cantero tem esta interrogação espantosa: «Podría sintetizarse así el giro copernicano que introduce la nueva tecnología de la procreación humana: *Pater et mater semper certos sumt*. Pero, quienes son, ahora, para el Derecho el padre y la madre?» in *Notas sobre la incidencia de las nuevas técnicas de procreación humana en el Derecho de familia*, Madrid, Tapia, 1987, p. 37.

²⁶ Gomes Canotilho, *A ciência da legislação como ramo novo do Direito*, Comunicação ao I.N.A., fls. policop., p. 26.

quisermos que eles cumpram a sua missão social. Ao Direito caberá regular a inter-relação entre os sistemas e a sua inserção na organização geral, abstendo-se de interferir nos seus comportamentos internos²⁷.

E é nesse esquema pós-moderno de regulação individualizante, flexível, auto-regulador dos equilíbrios sociais, que provavelmente teremos de repensar o esquema clássico de divisão de poderes em que nos formámos: legislador, administrador e juiz. O que nos transporta para o capítulo seguinte.

C) Papel do juiz, «o quinto paradoxo»

«... não terá chegado o momento de o juiz, numa democracia velha, fluida, tão abalada pelas mutações do seu tempo, conquistar um poder quase soberano numa sociedade sem soberania?».

Jean Denis Bredin, cit. in Alain Minc, *A Embriaguez Democrática*, Difel, 1995, p. 101.

Talvez pela consciência de que não basta formular uma norma para que ela seja aceite e praticada, em poucos domínios existirá uma hesitação e divisão maior sobre a necessidade de legislar do que no domínio bioético da procriação artificial.

Foi Montesquieu quem inventou a imagem que, durante muito tempo, descreveu o papel dos juizes: «a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor» (*L'Esprit des Lois*, L. XI, chap. VI). Antes dele, Hobbes tinha descrito o seu lugar na República falando de pessoas públicas dotadas pelo soberano de autoridade para julgar o povo e que se comparariam «aos órgãos da voz no corpo natural» (*Leviathan*, chap. XXIII).

²⁷ V. J. A. Garcia Amado, *La Société et le Droit chez Luhman*, in Niklas Luhman *Observateur du Droit*, col. *Droit et Société* n.º 5, L.G.D.J., 1993, p. 144.

Muito mais tarde, num contexto obviamente diferente, Max Weber também avançou com a «cruel» metáfora do juiz transformado em *Paragraphen Automat*. Tratava-se, nas suas palavras, de um juiz «reduzido à interpretação dos parágrafos e dos contratos, trabalhando como um autómato a quem se lançariam os factos e as custas da justiça e que imediatamente cuspiria o julgamento e os motivos.»

Só que o juiz não tem, na matéria em apreço, lei onde se agarrar, caindo por terra as figuras de estilo de Montesquieu, Hobbes e Weber.

Ora, não podendo o juiz escudar-se na falta de texto legal para não julgar e decidir nestas situações — art.º 8 do Código Civil, estão criadas condições para que se assuma como uma «fonte abusiva», mas obrigatória, do Direito biomédico.

E tal pode inscrever-se no âmbito mais geral da «jurisdicionalização da vida colectiva», atingindo o juiz um conjunto cada vez mais lato de sectores que vão da vida política e económica à vida moral, como é o caso em apreço.

O que nos leva ao enunciado do «quinto paradoxo», exposto por André Jean Arnaud²⁸ e que poderemos traduzir desta forma:

«Enquanto os juízes são tratados com indiferença, muitas vezes com desrespeito, mais e mais poder é dado aos juízes para assegurar a regularização social através da intervenção judicial.»

Ou seja, enquanto se advogam formas «alternativas» e «informais» de resolução dos problemas, assiste-se ao crescimento simultâneo da tarefa judicial e à sua cuidadosa reconsideração...

Tal problemática é patente no domínio dos contratos de gestação.

Na verdade, embora possamos seguir, admitir e fazer nosso todo o raciocínio efectuado por Guilherme Oliveira²⁹ no sentido da nulidade daqueles — quer do contrato pago, quer do contrato gratuito —, resta um problema por resolver.

²⁸ *Some Challenges to Law through Post-Modern Thought*, texto de conferência distribuído ao auditório da Universidade Autónoma no âmbito do Mestrado «Direito em Acção».

²⁹ *O Contrato de Gestação*, ob. e loc. cit.

A nulidade dos contratos, só por si, não constitui motivo dissuasor bastante da sua celebração e das realidades que deles emergem.

Conforme escreveu Lacruz Berdejo³⁰, «as circunstâncias fácticas acabam por apresentar-se com independência da legalidade ou ilegalidade das manipulações em questão.

Os filhos de certas práticas contrárias ao Direito deparar-se-ão à nossa frente e é inquestionável que não poderão ser objecto de qualquer sanção, do mesmo modo que não poderão considerar-se inexistentes ou inválidos ou ignorar-se os vínculos que os possam unir àqueles que, dum modo ou doutro, são ou poderiam ser seus progenitores, segundo as leis da natureza ou de acordo com critérios de vontade».

Ou seja, os filhos nascidos de tais acordos existem e importa resolver a sua situação jurídica, o que se traduz numa situação tipicamente pós-moderna: abordagem da realidade a partir das consequências.

E das três vias que se oferecem aos detentores do poder normativo — regulamentar, proibir ou «deixar fazer por outros», v.g., os juízes — parece ser esta última a via adoptada.

O que não pode deixar de nos transportar para uma certa transformação do papel do juiz, o qual traduz uma mutação profunda da racionalidade moderna.

O juiz acciona uma concepção mais pragmática da razão «que supõe» a instauração de um diálogo em situação com todos os actores afectados pela norma em discussão³¹.

A produção normativa faz-se, cada vez mais, de maneira secundária pela concertação, isto é, homologando um direito proveniente das próprias partes interessadas, v.g., negociação colectiva.

³⁰ *La paternidad, la reforma de 1981 del Código Civil y los progresos de la biología*, in Tapia n.º 36, 1987, p. 42, cit. por J. Álvaro Dias, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra Ed., 1966, p. 93.

³¹ J. Munck, J. Lenoble, M. Molitor, *L'Avenir de la Concertation en Europe*, Centre de Philosophie du Droit, Université Catholique de Louvain-La-Neuve, Mars, 1995.

Assistimos hoje ao declínio do modelo legislativo jupiteriano «proferido do alto», emanando de um ponto focal donde irradia toda a justiça.

Ao lado do Estado habitual, detentor do monopólio da produção normativa, vemos desenvolverem-se outros fóruns de jurisdição — família, sociedades profissionais, mercado, etc.

Neste contexto, «o papel ao mesmo tempo unificador e reflexivo do Direito numa sociedade cada vez mais policêntrica só pode ser assegurado pelo juiz»³².

Talvez por isso, Marcel Foulou, Presidente do Tribunal de Grande Instância de Toulon, expressava, num debate, as suas reticências à feitura de uma lei, dizendo que esta deve ser uma linha de orientação e que a técnica vai tão depressa que o espírito e a moral não a conseguem acompanhar³³.

Contraponto de uma lei geral e abstracta, contendo permanência, a vantagem da decisão judicial é a de que «o juiz se pode enganar». Acima dele há sempre outro grau de jurisdição, e a eficácia de tal decisão é limitada aos intervenientes.

A «questão central do juiz» é, pois, fulcral na relação de continuidade que se possa estabelecer entre o moderno e o pós-moderno, com os seus paraísos e infernos.

A recomposição, a que assistimos diariamente, da sua função tem inegáveis reflexos nos domínios da Biotecnologia e da Engenharia Genética, com as suas dificuldades de imposição de uma normatividade clássica.

O recente documento apresentado pela Ministra da Saúde ao Parlamento, em 19/3/97, sobre reprodução medicamente assistida dispõe a este respeito que:

«É proibido o recurso à maternidade de substituição.»

«A mulher que suportar uma gravidez em substituição de outrem é havida para todos os efeitos legais como a mãe da criança que vier a nascer.»

³² Antoine Garapon, *La Question du Juge*, p. 23, in Les Juges, Pouvoirs, n.º 47, Seuil, Paris, 1995.

³³ *De la bioéthique au biodroit*, Droit et Société, LGDJ, 8, p. 167.

Porém, não será essa eventual lei que impedirá que os contratos se celebrem, que os conflitos possam surgir e que o juiz tenha de decidir sem poder deixar de olhar à factualidade específica de cada caso concreto.

A abstracção da lei lembra aqui a célebre metáfora de Anatole France, que referia ser «a majestosa igualdade das leis que proíbe ao rico como ao pobre, de dormir sob a ponte, de mendigar nas ruas e de roubar pão».

A lei aparece, neste domínio, quase associada ao mundo da profecia, com funções meramente psicológicas e anestésicas e as dificuldades e perigos que estas comportam, enquanto o mundo judiciário, com as suas tentativas experimentais, de provas e contraprovas (*trial and error*), vai exercendo o seu fascínio, num esforço continuado de encontrar alguns princípios.

E voltamos ao paradoxo inicial: crise da justiça, desconfiança dos juizes, maior poder judicial...

E para que se não diga que o escriba se transformou, nesta última parte do seu trabalho, de «amador em coisa amada», terminaremos com uma nota de cepticismo um pouco pós-moderna: dotados de inegáveis poderes no domínio em apreço, conseguirão os magistrados contornar as «intimidações de linguagem»³⁴ em que sempre esteve baseada a sua forma de chegar ao Direito e estarão preparados para assumir os riscos da sua liberdade?

³⁴ Expressão de Roland Barthes, *Dominici ou le triomphe de la littérature*, Mythologies, Seuil, 1955, p. 50.