

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

ALINE AMARAL DA SILVA

PARTO ANÔNIMO SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988

Porto Alegre

2012

ALINE AMARAL DA SILVA

PARTO ANÔNIMO SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Dr. Sérgio Viana Severo

Porto Alegre

2012

ALINE AMARAL DA SILVA

PARTO ANÔNIMO SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Porto Alegre, 20 de dezembro de 2012.

Conceito atribuído: A

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Sérgio Viana Severo
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Orientador

Professor Jamil Andraus Hanna Brannura
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Gerson Luiz Branco
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Ana e Amauri, por sempre por me apoiarem e acreditarem em mim quando eu mesma tinha dúvidas.

Ao meu namorado, Felipe, por ser um grande companheiro nos momentos de insegurança e medo.

Aos meus colegas de curso por compartilharem as angústias e experiências dessa fase tão marcante na vida que é a graduação.

Aos amigos que mesmo distantes ofereceram uma palavra de carinho.

A todos os professores que participaram da minha vida e que contribuíram para a minha formação escolar e acadêmica.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo examinar a viabilidade da introdução do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro como proposto nos projetos legislativos 2.747/08 e 3.220/08 apresentados ao Congresso Nacional. A criança, sob a égide da Constituição Federal de 1988, é sujeito de direito merecedor de proteção especial por parte da família e do Estado. Embora o parto anônimo surja como uma alternativa ao abandono infantil e um meio de proteção à vida da criança, analisados todos os direitos em conflito, acaba por violar direitos fundamentais dos menores.

Palavras-chave: Parto anônimo. Projeto de Lei 2.747/08 e 3.220/08. Constituição Federal de 1988.

ABSTRACT

This paper intends to examine the viability of introducing the Anonymous Birth into the Brazilian legal system as proposed by the Bill 2.747 and 3.220/08 presented to the National Congress. The children, as referred on the Federal Constitution of 1988, are subjects of rights deserving special protection provided by family and the State. Although the anonymous birth emerge as an alternative to child abandonment and a way to protect the life of children, analyzing all rights in conflict, it violates infant's fundamental rights.

Key-word: Anonymous Birth. Bill 2.747/08 and 3.220/08. Federal Constitution of 1988.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. Conceituação Histórica.....	8
1.1. Uma breve visão histórica do abandono infantil.....	8
1.2 A Roda dos Expostos no Brasil.....	11
1.3 Legislações estrangeiras sobre o parto anônimo.....	16
2. Parto anônimo no Brasil.....	22
2.1 Projeto de Lei 2.747/08.....	22
2.2 Projeto de Lei 3.220/08.....	25
2.3 Parecer da Comissão de Seguridade Social e Família e Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.....	29
3. Parto anônimo sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988.....	35
3.1 Direitos fundamentais.....	38
3.2 Dignidade da pessoa humana.....	43
3.3 Direito à vida.....	46
3.4 Direitos da personalidade.....	50
3.5 Planejamento Familiar.....	60
3.6 Paternidade Responsável.....	64
3.7 Direito à convivência familiar.....	69
3.8 Responsabilidade civil e criminal.....	81
3.9 Acesso à Justiça.....	86
CONCLUSÃO.....	91
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA.....	94
ANEXO A - PROJETO DE LEI 2.747/08.....	99
ANEXO B - PROJETO DE LEI 3.220/08.....	103
ANEXO C - COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E CIDADANIA.....	109

INTRODUÇÃO

Sobre o parto anônimo, dois projetos legislativos foram apresentados ao Congresso Nacional: o Projeto de Lei nº 2.747/2008, de iniciativa do Deputado Eduardo Valverde (PT – Rondônia), e o Projeto de Lei nº 3.220/2008, de iniciativa do Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT – Bahia). Ambos os projetos procuraram introduzir no ordenamento jurídico brasileiro o instituto do parto anônimo, situação em que a gestante poderia declarar desde o pré-natal a vontade de não ser mãe da criança em seu ventre, assim podendo entregá-la logo após o parto. O que diferencia o parto anônimo da adoção é que no primeiro a mulher poderia permanecer incógnita durante todo o período gestacional e até mesmo após o parto, enquanto na adoção a mãe que entrega seu filho tem que se identificar e passar por um rigoroso processo judicial antes de ter destituído o poder familiar sobre a criança.

Por vezes, a imprensa dá especial destaque a notícias sobre crianças recém-nascidas abandonadas em situações degradantes e desumanas e que, em muitos casos, põem em risco a sobrevivência do infante. Indefesos, esses pequenos humanos são abandonados à própria sorte, muitas vezes em lugares isolados e de difícil localização. Quando são finalmente encontradas, muitas dessas crianças estão com a saúde seriamente debilitada, quando não é o caso de serem encontradas já sem vida. A fim de evitar tais situações, o parto anônimo se apresenta como uma alternativa às mães que, por não desejarem ser identificadas, abandonam os próprios filhos.

Mesmo a legislação brasileira permitindo aos pais que, por algum motivo, não queiram assumir seus filhos, encaminhem os mesmos à adoção, ainda assim não são raros os casos de abandono de recém nascidos. Os genitores que querem entregar os filhos ao Estado, conforme o sistema judicial pátrio, devem primeiro reconhecer a filiação através do registro civil para somente após haver um processo de destituição de poder familiar onde participam juiz, Ministério Público e uma equipe multidisciplinar de psicólogos e assistente sociais entre outros profissionais. Assim, não é difícil entender porque algumas mulheres, e

homens também, preferem adotar uma medida simples, embora drástica, como o abandono para evitar todo esse processo judicial bem como o julgamento moral ao qual inevitavelmente serão submetidos.

Os defensores do parto anônimo argumentam que a aprovação de tal instituto acarretaria a diminuição nos números de caso de abandono em situações de risco, pois sem necessidade de se identificar, a mãe poderia anonimamente encaminhar seu filho para adoção sem que isso lhe atribua qualquer responsabilidade civil, criminal, nem a imputação de estigma social. Assim, seria caso de proteger a identidade da mulher em troca da entrega da criança em segurança.

Embora a justificativa para a criação do parto anônimo seja louvável, várias são as vozes contrárias, pois permitir que a genitora entregue o filho sem ao menos se identificar violaria os direitos da criança assegurados constitucionalmente. Garantir o direito de anonimato da mãe implicaria em afronta a alguns direitos assegurados à criança. Então, seriam os benefícios do parto anônimo suficientes a justificar a supressão de direitos assegurados à criança?

Para organizar o estudo, o trabalho divide-se em três capítulos. Inicialmente o parto anônimo é apresentado em sua evolução histórica, desde o surgimento das rudimentares rodas dos expostos do século XVIII até a criação legislativa no século XX da entrega anônima. Posteriormente passa-se à análise dos Projetos de Lei. 2.747/08 e 3.220/02, bem como do parecer da Comissão de Seguridade Social e Família, e do parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania que acarretou o arquivamento dos referidos projetos. Por fim, o parto anônimo é analisado sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988 apontando os possíveis conflitos de direitos existentes.

1. Conceituação Histórica

Embora o parto anônimo como criação legislativa seja recente, o abandono de crianças recém nascidas não é fenômeno restrito da era moderna. Para entender a necessidade de edição de uma lei objetivando resguardar a identidade das mães que entregam os filhos, antes é preciso analisar a evolução histórica do abandono infantil e do direito de família.

Na lição de Maria Antonieta Pisano Motta:

A maneira como conceituamos o abando varia no tempo e no espaço, pois a maternidade e o abandono são conceitos que modificam de acordo com o modelo vigente, ligado a mecanismos ideológicos e culturais dominantes em cada época. Surgem, portanto, diferentes modelos de ser mãe, baseados em diferenciação de papéis, sempre enaltecidos e defendidos de acordo com os interesses do sistema econômico abundante, especialmente em períodos de crise econômica¹.

1.1. Uma breve visão histórica do abandono infantil

De acordo com a bíblia hebraica, Joquebete ou Yochevéd, ao saber da determinação do rei Herodes de que toda criança egípcia minore de dois anos deveria morrer, colocou seu filho dentro de um cesto e lançou-o nas águas perigosas do rio Nilo. Enquanto se banhava nas águas do rio, a filha do faraó encontrou a criança dentro do cesto e a acolheu dando ao infante o nome de Moisés, cujo significado é “salvo das águas”². O patriarca judeu, profeta para

¹ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Mães abandonadas: a entrega de um filho em adoção. São Paulo: Cortez, 2008, p. 50

² Êxodo 2:10

cristão e mulçumanos, de acordo com os relatos bíblicos, foi uma criança abandonada pela mãe biológica.

Na mitologia romana pode-se citar o exemplo de Rômulo e Remo. Segundo a lenda, os irmãos seriam filhos de uma vestal e do deus Marte. O rei de Alba Longa, para eliminar as crianças que ameaçavam a sua pretensão ao trono, manda jogar os irmãos no rio Tibre. Assim como Moisés, Rômulo e Remo sobrevivem ao perigo das águas e são encontrados por uma loba que os amamenta³. Posteriormente, Rômulo cresce pra se tornar o fundador da cidade de Roma e seu primeiro rei. Embora a história dos gêmeos Rômulo e Remo seja considerada uma lenda e não propriamente um relato histórico, a narrativa nos serve para compreender que, para os romanos, a ideia de duas crianças serem jogadas ao rio logo após nascer não era inatural ou mesmo uma ato criminoso.

A noção da família romana é baseada no patriarcalismo, sendo o poder do homem absoluto sobre todos aqueles submetidos a sua *potesta*. Somente ingressava na família quem o *pater família* permitisse: “até os filhos de sua esposa devem ser reconhecidos como seus”⁴. Nascida criança de sua esposa, ou de qualquer outra mulher submetida a sua *potesta*, o *pater* podia decidir pela exposição da criança logo após o parto, ou então vende-la como escrava no estrangeiro. Não existindo a figura da maioridade no direito romano, a extinção do poder do patriarca somente ocorria com o consentimento do *pater*. Tão grande o poder do *pater família* sob as pessoas a ele subordinado, que o mesmo pode ser facilmente comparado a um déspota. Decidindo o *pater* pelo abandono ou mesmo a morte do recém-nascido, a mãe legalmente nada poderia fazer para impedir.

Com o advento do direito Justiniano, devido a diversas modificações no cenário da sociedade romana, a lei começa a diferenciar os filhos havidos dentro do casamento daqueles nascidos fora da relação matrimonial. Surge a figura do filho ilegítimo, o qual não possuía direito a recebimento de herança da mãe ilustre⁵. Posteriormente, o direito evolui e retira o poder arbitrário antes concedido

³ Lívio 27-25 a.C pp. I, 4

⁴ ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 605.

⁵ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Mães abandonadas: a entrega de um filho em adoção. São Paulo: Cortez, 2008.

ao *pater familia*. O patriarca deixa de ter poder absoluto sobre os filhos, permanecendo apenas com poderes educativos e corretivos. Com essa modificação, o poder do *pater* começa a se assemelhar com o pátrio poder hoje conhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Já na Idade Média, com o avanço do Cristianismo, a Igreja passou a ter importante papel na determinação das regras de convívio social. Para o direito canônico, a família é formada através do casamento religioso, o qual cria um vínculo sagrado e indissolúvel entre o casal e os filhos fruto dessa união. Para a moral cristã, as relações sexuais estavam restritas ao casamento e a reprodução ocorrida fora do matrimônio era alvo de sanções sociais e religiosas. Os filhos havidos fora do casamento, chamados de bastardos, eram verdadeiramente marginalizados por serem considerados frutos do pecado.

Em uma época em que os valores religiosos possuíam um importante papel na sociedade, a simples existência de uma criança nascida de mãe solteira era motivo de desonra. A ênfase ficava sobre a desonra e a expectativa de certa “morte civil” ou “social” se o fato de ter um filho ilegítimo viesse a público.⁶ O valor da honra era tão grande que a pena para infanticídio seria reduzido caso a mãe alegasse que ocultou a gravidez e a criança para esconder a sua vergonha.

Os registros sobre infanticídios ocorridos nos séculos XVI e XVII revelam que a vergonha e o receio de exclusão social levaram muitas mulheres, em sua maioria com menos de 20 anos, a ocultar a gravidez e a realizar o parto em completo isolamento para logo após se desfazer das crianças⁷. O infanticídio e o abandono assumem, desde então, uma relação com a ilegalidade.

Embora a Igreja Católica taxasse como “frutos do pecado” as crianças ilegítimas, sendo a mera existência delas motivo para desonra; ao mesmo tempo existia o dever católico de solidariedade e de respeito à vida. Há aí uma contradição, pois, ao mesmo tempo em que os bastardos não deveriam existir, eles não poderiam ser mortos. A Igreja então começa a se preocupar com o crescente número de infanticídios e busca uma solução.

⁶ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Mães abandonadas: a entrega de um filho em adoção*. São Paulo: Cortez, 2008.

⁷ MC LAUGHLIN *apud* MOTTA. *Ibid.*, p. 52.

Sendo a Itália o berço da Igreja Católica, não é estranho que as primeiras instituições destinadas ao acolhimento de crianças enjeitadas tenham surgido nesse país. Comovido pelo número de corpos de crianças retirados por pescadores do leito do rio, o Papa Inocêncio III determinou que um hospital ao lado do Vaticano fosse destinado ao recebimento dos expostos e abandonados⁸.

Ainda, registros demonstram a existência de casas de acolhimento de crianças em toda Europa Ocidental:

O primeiro albergue para essas crianças da Europa foi fundado em Milão, no ano de 787, por um padre chamado Datheus. O exemplo foi imitado por outras cidades européias. Sienna, em 832, Pádua em 1000, Montepelier, em 1070, Einbeck, em 1200, Florença, em 1317, Nuremberg, em 1331 e Paris, em 1326. Em Portugal, D. Isabel, rainha de D. Diniz, fundara um lar para enjeitados em Santarém que ficou conhecido como Hospital de Santa Maria dos Inocentes, em 1321⁹.

Na França, a roda dos expostos foi criada por volta do século XVII, através de uma ação revolucionária do padre São Vicente de Paulo, o qual contou com o “hospital das crianças encontradas” e com as amas de leite¹⁰.

1.2 A Roda dos Expostos no Brasil

A implementação da primeira roda dos expostos no Brasil ocorreu em Salvador, no ano de 1726, por meio de autorização concedida por Dom João VI¹¹. A roda consistia em um dispositivo cilíndrico unindo o interior da Santa Casa de Misericórdia à rua. A criança era depositada no lado aberto, para em seguida

⁸ VALDEZ, Diane. Inocentes expostos: o abandono de crianças na província de Goiás no século XIX. *Interação: Revista Faculdade de Educação*. UFG, v. 29, n.1, p. 107-129, jan/jun 2004.

⁹ RUSSEL-WOOD. Anthony John. R. Fidalgos e Filantropos. *A santa Casa de Misericórdia da Bahia, 1550-1755*. Brasília, UnB, 1981, p.233.

¹⁰ OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de Oliveira. *O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 44

¹¹ OLIVEIRA. *Ibid*, p. 26.

a roda ser girada sobre o próprio eixo, levando o infante ao interior da Santa Casa. O expositor então acionava o sino para dar conhecimento àqueles que estavam no interior de que mais uma criança havia sido depositada. Não havia nenhum contato entre a pessoa que entregava a criança e aquelas que a recebiam.

Os registros históricos comumente utilizavam a denominação “roda dos expostos” ou “roda dos enjeitados” para designar esses dispositivos cilíndricos, os quais poderiam ser encontrados em diversas Santa Casa ao longo de todo o território brasileiro. A primeira roda foi instalada em Salvador, em 1726, depois no Rio de Janeiro, em 1738; em São Paulo, em 1825, e em Desterro em 1828¹² Recife e outras cidades também receberam as rodas, sendo que em meados do século XIX elas chegavam ao montante de doze espalhadas por todo o Brasil (Rio de Janeiro, Paranaguá, Florianópolis, Rio Grande, Vitória, Salvador, São Paulo, Recife, Fortaleza, São Luis e Belém¹³).

Margareth Almeida Gonçalves¹⁴ esclarece que “exposto” e “enjeitado” eram termos recorrentemente empregados na sociedade brasileira para referir à criança abandonada no período colonial e imperial.

Antes mesmo de Dom João legalizar a existência das rodas dos expostos no Brasil, as Casas de Misericórdia informalmente já acolhiam as crianças que chegava às suas portas. O elevado número de abandono selvagem¹⁵ no Brasil colônia se justifica por diversos fatores, entre eles a pobreza da população em geral, o escravagismo, o crescente número de óbitos entre a população indígena e a forte influência católica na sociedade.

Na fase pré-colonial e no início da colonização, o número de crianças órfãs era maior entre as tribos indígenas. Tal se deve, principalmente, pelo falecimento de adultos em razão da ausência de sistema imunológico resistente

¹² TRINDADE, Judite Maria Barboza. O abandono de crianças ou a negação do óbvio. Revista Brasileira de História, São Paulo, vol 19, nº37, p. 35-38, 1999.

¹³ VELOZO, Zeno. Parto anônimo. Jornal O Liberal, 02 de fevereiro de 2008. Disponível em <<http://www.soleis.adv.br/artigopartoanonimo.htm>>.

¹⁴ GONÇALVES *apud* MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Mães abandonadas: a entrega de um filho em adoção. São Paulo: Cortez, 2008, p. 52

¹⁵ Olívia Oliveira (2011) fez uma necessária diferenciação entre abandono simples e abandono selvagem, esse último caracterizado pela renegação da criança em local impróprio e degradante.

às enfermidades trazidas pelos colonizadores¹⁶. Por muito tempo, a função de recolher e abrigar os pequenos órfãos era atribuída aos jesuítas, os quais encaminhavam os indiozinhos para instituições de abrigo denominada Colégios de Meninos¹⁷.

Com o aumento populacional na área urbana, também aumentou a pobreza ente a população em geral e, conseqüentemente, o número de crianças abandonadas. Agora, não era a morte dos pais não era mais a principal causa para o abandono de crianças, mas a pobreza que levava a família a rejeitar o filho ou então entregá-lo a quem pudesse sustenta-lo.

Importante destacar que os registros de abandono infantil em zona rural eram muito inferiores ao do meio urbano. A explicação para isso pode estar na falta de uma estrutura escravagista verdadeiramente organizada no país e do alto preço para emprego de mão de obra. Assim, os camponeses que não possuíam escravos recorriam ao trabalho braçal infantil para a subsistência doméstica.

Destaca Maria Antonieta Pisano Motta:

Junto às mães, desde tenra idade, meninos e meninas desempenhavam alguma função produtiva ou de apoio e talvez por isso evitava-se o "abandono selvagem" a qualquer custo. Mesmo enviar o filho para a casa de um vizinho ou parente implicava a perda de auxílio precioso para a economia doméstica dos pequenos proprietários rurais¹⁸.

Diferentemente, na cidade, a criança não era vista como útil ao sustento familiar, mas apenas como uma despesa para os pais. Fácil então entender porque a pobreza era o motivo alegado por muitos para depositar o filho na roda dos expostos. Não era incomum que junto com o recém-nascido fosse encontrada uma carta explicando as razões que levaram a mãe a entregar seu filho.

¹⁶ OLIVEIRA, Henrique Luis Pereira. Os filhos da falha: a assistência aos expostos e a remodelação das condutas em Desterro (1828-1887). São Paulo, PUC - SP, 1990.

¹⁷ VENÂNCIO, Renato Pinto. Maternidade negada. In: PRIORE, Mary Del (org); BASSANESSI, Carla (Coord de textos). História das mulheres no Brasil. 9 ed. São Paulo: Contexto, 2008. p. 189-222.

¹⁸ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Mães abandonadas: a entrega de um filho em adoção. 3ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 54.

Os bilhetes deixados com os expostos, em sua maioria, explicitavam a falta de recurso, por parte da mãe ou do pai, para criar o rebento, porém não era raro os expostos que ocupavam um certo prestígio social e não poderiam criá-los e, por isso os abandonavam¹⁹.

A escravidão também era um forte motivo para as mães entregassem os filhos à Casa de Misericórdia. Muitas mulheres escravas recorriam à roda na esperança que seus filhos pudessem ter a chance de viver uma vida de liberdade. Assim relato trazido por Renato Venâncio.

[...] se entregou esta criança ao senhor Mestre de campo Antônio Estanislau, por se averiguar ser verdadeiramente seu Senhor e ficar essa Santa Casa livre de pagar sua criação, por fugir a Mãe da Casa do dito Senhor e parir fora, pela confissão que a dita fez²⁰.

O abandono do filho de mãe escrava pode ser entendido como um meio trágico e desesperado da mulher tentar garantir um futuro para o rebento longe dos grilhões e das chibatadas. Nessa perspectiva, o abandono deixa de ser visto como ato cruel e egoístico, mas um ato de amor de uma mãe para seu filho. No entanto, essa não era a realidade da maioria das mulheres. Não apenas mulheres negras, escravas e pobres utilizavam as rodas, mas também mulheres brancas e integrantes da alta sociedade.

Enquanto entre a população negra e mestiça o motivo determinante para a entrega às rodas de expostos era a pobreza e a escravidão; entre a população branca de classe média e alta o motivo era a vergonha. Em uma sociedade fortemente católica, a mulher que engravidasse ainda solteira ou que gerasse filho de uma relação extraconjugal era motivo para desonra de toda sua família. O desespero em ocultar sua situação levava muitas gestantes a recorrer a manobras abortivas. Quando o aborto não ocorria, a única solução para muitas

¹⁹ VALDEZ, Diane. Inocentes expostos: o abandono de crianças na província de Goiás no século XIX. *Interação: Revista Faculdade de Educação*. UFG, v.29, n.1, p. 107-129, jan/jun, p 114.

²⁰ VENÂNCIO, Renato Pinto. Maternidade negada. *In: PRIORE, Mary Del (Org); BASSENESSI, Carla (Coord. de textos). História das mulheres no Brasil*. 9ed. São Paulo: Contexto, 2008, p.202

era a entrega do filho às rodas. Um filho ilegítimo de mulheres negras e mestiças não desonrava a mãe no mesmo grau que aquele de uma mulher branca²¹.

Levando em conta que as razões para abandono, em geral, eram de ordem econômica, social ou moral, "[...] não é exagero afirmar que a história do abandono de criança é a história da dor feminina"²².

As rodas dos expostos podiam ser encontradas em várias cidades brasileira, entre as quais, Salvador, Rio de Janeiro, Recife, Fortaleza, tendo sido a de São Paulo a última a suspender suas atividades em 1950. Embora não existam registros unificados quanto ao número de crianças entregues à Santa Casa, registros médicos isolados dão conta de um total de 5.696 expostos na capital paulista, enquanto o Rio de Janeiro e Salvador receberam cerca de 50 mil abandonados durante o século XVIII e XIX²³. Estima-se que 30% das crianças deixadas na Santa Casa de Misericórdia de São Paulo tenham morrido de desnutrição²⁴.

Apesar de uma inicial perspectiva de segurança da criança ao ser entregue na roda dos expostos, a realidade era muito mais dramática. Uma vez adentrando nas casas de acolhimento, as crianças iniciavam uma nova batalha pela vida. As condições sanitárias precárias a que eram submetidos contribuía para o elevado índice de mortalidade dos expostos. A degradação era tanta que as instalações eram verdadeiros focos autóctones de mortalidade infantil²⁵. Em Desterro, atual Florianópolis, "[...] dos 367 registros de entrada na Casa dos Expostos desde 1828 até 1840, faleceram 223, o que corresponde a 61% do total. A maior parte dos óbitos ocorria antes de a criança completar um ano de idade"²⁶.

²¹ GONÇALVES *apud* MOTTA MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Mães abandonadas: a entrega de um filho em adoção. São Paulo: Cortez, 2008.

²² VENÂNCIO, Renato Pinto. Maternidade negada. In: PRIORE, Mary Del (Org); BASSENESSI, Carla (Coord. de textos). História das mulheres no Brasil. 9ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 189.

²³ *Ibid*, p. 190.

²⁴ FREITAS, Douglas Philips. Parto Anônimo. Revista jurídica Consulex. Brasília, n. 280, ano XII, p. 14-17, 15 de setembro de 2008.

²⁵ COSTA, Jurandir Freire. Ordem médica e Norma Familiar. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 164.

²⁶ OLIVEIRA, Henrique Luis Pereira. Os filhos da falha: assistência aos expostos e a remodelação das condutas em Desterro (1828-1887). São Paulo, PUC-SP, 1990, p. 176.

Registros médicos da época apontavam as causas mais comuns de morte entre os infantes:

Segundo médicos baianos, as moléstias que mais afetavam os abandonados decorriam de complicações do aparelho digestivo, da fraqueza congênita, tétanos, sarnas, aftas, convulsões, inflamações oriundas dos problemas na dentição ou da infecção do aparelho respiratório. A etiologia de tais doenças era a mais vaga possível. Qual mal estaria por trás das convulsões registradas nos óbitos dos pequenos meninos. Nos escritos médicos do século XIX, um sintoma aparentemente objetivo quase sempre encobria diferentes tipos de doenças. O óbito causado por aftas é um bom exemplo. A ulceração nas partes internas da boca podia ser de natureza sifilítica ou decorrer de inflamação generalizada no aparelho gastrointestinal, havendo ainda a possibilidade de as aftas resultarem de estomatite aftosa ou de fungos tropicais²⁷.

A estrutura de cuidado ofertado aos expostos era caracterizada pelo improvisado. Enquanto as crianças não eram encaminhadas para lares adotivos ou famílias substitutas, mulheres livres ou escravas eram incumbidas da função de amamentar os mais novos. Olívia Oliveira assim aponta:

Na ausência de amas de leite, utilizava-se uma mistura de mel com água, caldos quentes, leite de vaca, água morna com açúcar, os quais eram misturados com panos de linho, colheres de pau, de marfim, de prata, bonecas de algodão ou esponjas forradas de linho²⁸.

A alta taxa de mortalidade entre os expostos, a reprovação social à roda e a mudança do pensamento, em meados do século XIX, no sentido de proteção à criança, contribuíram para que as rodas dos expostos fossem finalmente extintas.

²⁷ VENÂNCIO. VENÂNCIO, Renato Pinto. Maternidade negada. *In*: PRIORE, Mary Del (Org); BASSENESSI, Carla (Coord. de textos). História das mulheres no Brasil. 9ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 215

²⁸ OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de Oliveira. O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011, p. 33

1.3 Legislação estrangeira sobre o parto anônimo

O fenômeno que iniciou na Europa se espalhou, sendo que em meados do século XVIII era possível encontrar portinholas destinadas ao recebimento de crianças abandonadas em todos os continentes. Em muitos países, as rodas do enjeitado era uma forma clandestina de dispor da criança não desejada quando a legislação local não autorizava expressamente tal prática. No início do século XIX, enquanto alguns países optaram por desativar as rodas existentes em seu território, outras nações preferiram legalizar a entrega anônima de recém-nascidos.

A legislação francesa é provavelmente a maior e mais completa fonte de pesquisa sobre a aplicação e consequências da institucionalização do parto anônimo. No país, em 02/09/1941, a antiga roda dos expostos recebeu uma nova roupagem, transformando-se na publicação legislativa denominada "nascimento anônimo". Em 15/04/1943 a matéria passa a ser regulada através de Decreto, o qual dispôs sobre a obrigatoriedade da existência de uma casa maternal em cada prefeitura francesa. Finalmente, em 08/01/1993, é editada a Lei nº 93-22 que introduziu no Código Civil Francês o art. 341-1²⁹ regulando o denominado nascimento anônimo.

Com a mudança no Código Civil, a mulher adquiriu o direito de buscar assistência médica gratuita para realizar seu parto, sem que para isso tenha que se identificar previamente. No registro da criança, ao invés do nome da mãe biológica constará um "X". A identidade da genitora é mantida em sigilo, somente podendo ser revelada ao filho, eventualmente, quando esse atingir a maioridade e desde que a mãe expressamente concorde com a revelação. Caso o filho queira saber de sua origem biológica, ele deve recorrer ao órgão administrativo encarregado do arquivamento dos dados de seu nascimento. A pessoa competente então entrará em contato com a mãe e informará o desejo do filho. A genitora decide se quer ter sua identidade revelada e, em caso de negativa, deve

²⁹ "*Lors de l'accouchement, la mere peut demander que le secret de son dmission et de son identité soit préservé.*"

justificar a recusa. Se os motivos justificarem a manutenção do sigilo, sua vontade será respeitada³⁰. Esse procedimento ocorre âmbito administrativo, sendo que na hipótese de negativa por parte da genitora, o filho não poderá recorrer ao Judiciário. Isso porque o próprio art. 341-1 do Código Civil francês restringe a propositura de ação investigatória de maternidade no nascimento anônimo. Estima-se que cerca de 400 mil franceses não sabem quem são seus pais biológicos³¹.

No século XX, a França começou a presenciar o surgimento de diversos movimentos sociais organizados por pessoas diversamente afetadas pelo nascimento anônimo. Esses grupos sociais são formados tanto por pessoas frutos do nascimento anônimo quanto pais adotantes e mães que entregaram os filhos e agora se encontram impossibilitadas de localiza-los. O caso mais famoso relativo ao nascimento anônimo é o da francesa Pacale Odièvre. Ela ajuizou junto ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos ação contra o Estado da França alegando ter tido seus direitos violados por não possuir em seu registro de nascimento o nome de sua mãe biológica. Em suma, a senhora Odièvre alega que ter um "X" no local onde deveria estar o nome de sua mãe configura discriminação expressamente proibida pelo do art. 14 da Convenção Europeia dos direitos do Homem. Também haveria infração ao disposto no art. 8 do mesmo texto legal, o qual assegura direito a busca de sua identidade. O Tribunal, no entanto, entendeu que a legislação francesa em nada contrariou a Convenção e manteve a decisão do Judiciário francês que não forneceu o nome da mãe de Odièvre.

Na Alemanha, em 2000, o Parlamento recebeu o projeto de lei BT-Drs. 14/4425 de 12.10.2000 que procurava dilatar de uma para dez semanas o prazo de registro do filho por parte da mãe caso essa recorresse ao serviço de aconselhamento à gestante. Conforme o projeto, passado o prazo de dez semanas e se a criança ainda estivesse sem registro, o serviço de

³⁰ GOZZO, Débora. Nascimento anônimo em defesa do direito fundamental à vida. Revista Mestrado em Direito. Osasco, ano 6, nº 2, 2006, p. 123-137.

³¹ GOZZO, Débora. Nascimento anônimo em defesa do direito fundamental à vida. Revista Mestrado em Direito, Osasco, ano 6, nº2, 2006, p.123-137.

aconselhamento teria a obrigação de lavrar o termo de nascimento, declinando o nome da mãe. Conforme relato de Débora Gozzo:

O parlamento alemão recusou esse Projeto por entender, ainda conforme relato de Frank e Helms, que a prorrogação do prazo para a lavratura do termo de nascimento, o que só seria feito nesses casos, poderia levar ao comércio de crianças. Afinal, 'enquanto uma criança não está oficialmente registrada no Cartório de Registro Civil, parece relativamente fácil fazê-la desaparecer'³²

Em 2002 finalmente chega ao parlamento alemão um projeto de lei com objetivo de legalizar o parto anônimo em toda Alemanha. O projeto BT-Drs 14/8856, de 23.04.2002 foi também recusado pelo parlamento sob o argumento de inconstitucionalidade em virtude da impossibilidade do nascido de parto anônimo em momento algum acessar informações sobre sua ascendência biológica.

Não obstante, mais um projeto de lei sobre o parto anônimo foi apresentado na Alemanha ainda em 2002. Diferentemente do anterior, esse novo projeto, BT-DRs 506/02, de 06/06/2002, previa um prazo de oito semanas para a mulher decidir se gostaria ou não de ficar com a criança. Durante essas semanas, a mãe seria acompanhada por um grupo multidisciplinar que a orientaria sobre as possíveis consequências de sua decisão. Optando pela entrega da criança, a mãe ainda teria a possibilidade de autorizar que sua identidade fosse revelada ao filho, se esse assim desejasse, ao completar dezesseis anos. Mais uma vez, o parlamento alemão não aprovou o projeto, sob o argumento de inconstitucionalidade.

Mesmo o parlamento alemão já tendo recusado expressamente dois projetos versando sobre o parto anônimo, pois incompatível com a atual redação da Constituição do país, o assunto ainda não é pacificado. Embora não haja previsão legal permitindo o anonimato da genitora, existem na Alemanha as chamadas *babyklappe*, incubadoras que interligam o interior e exterior de hospitais. Assim, a mulher que desejar colocar ali uma criança não precisa se

³² GOZZO, Débora. Nascimento anônimo em defesa do direito fundamental à vida. Revista Mestrado em Direito, Osasco, ano 6, nº2, 2006, p.123-137.

identificar. A mera existência dessas babyklappe insinua a tolerância do povo alemão quanto ao parto anônimo que, embora não seja legalizado, é socialmente aceito por uma parcela da população. Atualmente existem cerca de 30 portinholas no país³³.

Em contraposição à Alemanha onde se estuda a adoção o parto anônimo, a Espanha aboliu de seu sistema jurídico tal instituto. O Comitê das Crianças e Adolescentes das Nações Unidas considerou o parto anônimo uma violação ao direito da criança de conhecer sua ascendência genética³⁴. Em 1999 a Suprema Corte espanhola julgou inconstitucional e expurgou da legislação nacional o art. 47 da lei de Registro Civil de 8 de julho de 1957 que permitia o registro de criança sem o nome da mãe³⁵.

Na Itália, há a prática do abandono seguro, também denominado "*culla per la vita*". Desde 1997 o país ampara imigrantes e meretrizes que, impedidas por seus cafetões de permanecer com o filho, acabavam por abandonar os recém-nascidos em condições desumanas³⁶.

Nos Estados Unidos, 28 dos 50 estados, regularam os intitulados *Baby Safe Haven*. No Texas, a lei do abandono seguro vige desde 1999. Naquele estado, a mãe ou pai de bebê até sessenta dias de idade pode deixá-lo aos cuidados do responsável de plantão em qualquer instituição médica ou de um servidor de agência de bem estar da criança. Assim aponta Tálita Gomes Versiani:

Não há obrigatoriedade do registro de informações mínimas acerca da origem genética e histórica médica da criança submetida a essa prática. Esse registro só ocorre caso o pai e/ou a mãe, ou alguém por eles e mediante autorização dos mesmos, o fizer de forma espontânea. Uma vez efetivada a entrega, consoante informações

³³ BITTENCOURT, Silvia. Berlim tem portinhola para mãe deixar bebê. Folha de São Paulo. Folha Mundo, 7 jun 2002. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0707200205.htm>>

³⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Pesquisa - Parto anônimo no mundo. Santo Agostinho, 21 de janeiro de 2008. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/374>>

³⁵ VERSIANI, Tálita Gomes. Parto anônimo, abandono infantil e morosidade nos processos de adoção. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 28 de junho, 2010. Disponível em <<http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.27283>>

³⁶ *Ibid*

obtidas no site da National Safe Haven Alliance (NSHA) <http://www.nationalsafehavenalliance.org/>, as autoridades de todos os Estados Unidos da América (E.U.A) são notificados, a fim de que se certifiquem de que nenhum familiar ou parente próximo tenha interesse em criar e cuidar da criança entregue ao programa³⁷.

O Japão, por sua vez, utiliza o dispositivo das "janelas de Moisés" para evitar o abandono e a morte trágica de recém-nascidos³⁸. A cidade japonesa de Kumamoto adotou extraoficialmente as portinholas sob o nome de konotori no yorikago³⁹.

Em 2000, na Bélgica, a Associação Moeder voo Moeder colocou em funcionamento a primeira roda no distrito de Antwerp. A República Tcheca teve em Praga a instalação da primeira portinhola 2005⁴⁰.

Em suma, França, Itália, Estados Unidos, Luxemburgo e Bélgica possuem legislação regulando de alguma forma o parto anônimo⁴¹. Ainda, países como Alemanha, Índia, Japão e Brasil já estudaram a possibilidade de inserção do instituto no regramento jurídico interno.

³⁷ *Ibid*

³⁸ OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de Oliveira. O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011 p.51

³⁹ VERSIANI, Tálita Gomes. Parto anônimo, abandono infantil e morosidade nos processos de adoção. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 28 de junho, 2010. Disponível em <<http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.27283>>

⁴⁰ *Ibid*

⁴¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Pesquisa - Parto anônimo no mundo. Santo Agostinho, 21 de janeiro de 2008. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/374>>

2. PARTO ANÔNIMO NO BRASIL

Acompanhando a tendência mundial de debate sobre a institucionalização do parto anônimo, no Brasil surgem os primeiros projetos legislativos sobre o tema. No ano de 2008, três projetos legislativos sobre o parto anônimo foram apresentados: Projetos de Lei 2.747/08, 2.834/08 e 3.220/08. No entanto, o presente trabalho não irá adentrar na análise do PL 2.833/08, pois este apenas determina a alteração do art. 1.638 do Código Civil para incluir o parto anônimo sem, no entanto, estabelecer os parâmetros de funcionamento do instituto.

2.1. Projeto de Lei 2.747/08

Em 2008, o Deputado Federal Eduardo Valverde apresentou à Câmara dos Deputados o projeto de lei 2.747, o qual "cria mecanismos para coibir o abandono materno e dispõe sobre o instituto do parto anônimo e dá outras providências" (ANEXO A).

Por esse projeto, fica assegurado a toda mulher, sem distinção de classe, etnia, idade ou religião, a realização do parto anônimo em todas as unidades gestoras de Sistema Único de Saúde.

Assim dispõe o art. 3º do projeto em comento:

Art. 3º O Estado, através do sistema único de saúde, as instâncias competentes do sistema educacional, promoverá condições e recursos informativos, educacionais para orientação as mulheres (sic) (ANEXO A)

Esse dispositivo merece especial crítica, pois carece de especificidade. A atribuição conferida ao Estado é por demais genérica, sem definir qual o tipo de condições ou recursos informativos devem ser disponibilizado e qual o público alvo. O artigo se limita a mencionar "as mulheres", sem, no entanto, esclarecer tratar-se do público feminino em geral, das gestantes ou das mulheres que expressamente desejarem optar pelo parto anônimo.

Pela proposta, os hospitais devem criar estruturas físicas adequadas a fim de permitir o acolhimento da criança sem que a mãe necessite abrir mão do sigilo de sua identidade. Inegável a associação entre tais estruturas físicas e as antigas rodas dos expostos. Não importa se é sob a roupagem de modernas incubadoras aquecidas como é o caso das *babyklappe* alemãs ou a estrutura arcaica das rodas cilíndricas, é evidente a intenção do legislador ressuscitar a roda os enjeitados.

Pelo projeto em comento, a mãe poderia optar por manter o sigilo de sua identidade tanto antes como durante o parto. Optando pelo anonimato, a mulher deve ser informada das consequências jurídicas do seu ato e da importância da criança conhecer sua história e origem genética. Caso assim queira, a mulher pode fornecer informações sobre sua saúde e a do pai da criança sem que isso importe em renúncia ao anonimato.

Entregue a criança, ela somente seria encaminhada à adoção após oito semanas a contar da data em que chegou ao hospital, ou, em caso de parto realizado nas dependências hospitalares, da data do seu nascimento.

O diretor, médicos e enfermeiras do hospital que receber o recém-nascido ficam responsáveis pelo seu encaminhamento à adoção. A parturiente fica isenta de qualquer responsabilidade civil ou criminal em relação ao filho. Essa disposição é especialmente preocupante. Isso porque transfere a responsabilidade dos cuidados com a criança, que normalmente é atribuída aos pais, à equipe médica do hospital. Ora, os servidores da saúde não podem ficar exclusivamente responsáveis pela saúde e pela responsabilidade jurídica da criança.

Por fim, o projeto 2.747/08 prevê apenas duas hipóteses de quebra do sigilo de identidade da genitora: por meio de ordem judicial ou em caso de doença genética da criança.

Pela leitura da justificativa do projeto de lei, fica claro que o deputado Eduardo Valverde buscou se espelhar no modelo adotado em diversos países, especialmente os de língua germânica. Assim está escrito:

O parto anônimo já era praticado na idade Média, através da roda dos expostos e que, em alguns países desenvolvidos, como Alemanha, Japão e França, estão reeditando essa prática e aprovando legislação que garanta o anonimato das mães que querem entregar seus filhos em adoção.

Por isso, em alguns países de língua germânica, há outras alternativas às mães que não querem abortar ou abandonar os filhos. Esses países oferecem opções que além de salvar a vida dos bebês, eximem as genitoras de qualquer responsabilidade judicial. Depois da criação das famosas 'janelas-camas', em hospitais austríacos e alemães, onde a mãe pode depositar de forma anônima o recém-nascido, que posteriormente será dado em adoção, os hospitais da França e de Luxemburgo institucionalizaram o chamado parto anônimo (ANEXO A).

A simples institucionalização da entrega anônima da criança em países europeus não pode, no entanto, ser justificava suficiente para que o mesmo ocorra no Brasil. Não basta que o instituto seja amplamente aplicado pela legislação francesa para que seja possível sua aplicação no Brasil. Há necessidade de uma concordância entre o parto anônimo e a legislação interna nacional. O projeto foi falho em demonstrar os motivos pelos quais o parto anônimo seria adequado especificamente à realidade jurídica e social do país.

Não obstante a falha em apresentar uma justificativa sólida, o projeto de lei também apresenta graves erros gramaticais e estruturais. Um exemplo é a repetição literal da redação do *caput* do art. 6º no art. 7º.

2.2. Projeto de Lei 3.220/2008

Após a apresentação do Projeto de Lei 2.747/2008, Sérgio Barradas Carneiro apresenta outro projeto legislativo, PL 3.220/2008, que igualmente intenta institucionalizar o parto anônimo no Brasil. Esse segundo projeto contém um total de dezesseis artigos e pode ser considerado mais detalhista do que o projeto anterior.

O art. 6º do Projeto de Lei 3.220/08 apresenta uma pequena diferença em comparação ao PL 2.747/08 quanto às informações a serem prestadas pela genitora. Enquanto o último concede à mulher a faculdade de fornecer seus dados médicos e do pai da criança, o projeto posterior fala em dever de prestar tais informações. Assim, a mãe não teria a opção, mas real dever de fornecer informações médicas relevantes, as quais ficariam guardadas em sigilo na própria unidade de saúde onde ocorreu o parto. Também há uma diferenciação entre os projetos quanto às hipóteses em que seria permitido o acesso aos referidos dados médicos. Pelo Projeto de Lei 3.220/08, somente o nascido de parto anônimo, mediante ordem judicial, poderia requerer acesso às informações de seu nascimento. A existência de enfermidade grave não é mais causa capaz de quebrar o sigilo dos dados.

O art. 7º determina um prazo de vinte e quatro horas para que a unidade de saúde onde o parto foi realizado informe o Juizado da Infância e Juventude sobre a entrega do recém-nascido. Fica determinada a competência do Juizado da comarca do local do parto, ressalvadas as hipótese de força maior.

Quanto ao tempo para encaminhamento da criança à adoção, o projeto prevê o prazo de apenas dez dias a contar da data de nascimento. Não ocorrendo o processo de adoção em um prazo máximo de trintas dias, a criança seria incluída no Cadastro Nacional de Adoção.

O recém-nascido seria registrado pelo Juizado da infância e Juventude recebendo um registro provisório constando apenas um prenome, sem nenhuma

indicação de nome de família. O espaço dedicado à filiação deveria permanecer em branco. No entanto, a mãe optante pelo parto anônimo poderia escolher um prenome para a criança.

O pouco tempo estipulado entre o nascimento da criança nascida de parto anônimo e o seu encaminhamento para a adoção sugere uma tendência a desvincular o mais rapidamente possível o recém-nascido da mãe que o rejeitou. No entanto, a lei determina ser possível que a genitora escolha o nome que desejaria que o filho carregasse. O projeto nesse ponto apresenta vontades conflitantes: por um lado desvincular o bebê o mais rápido possível da mãe para ser encaminhado à adoção e, no entanto, criar um vínculo muito forte entre os dois ao permitir a escolha do prenome pela mulher. O prenome é de suma importância para uma pessoa, fazendo parte de sua identificação perante a sociedade. Portanto, a atribuição do nome a uma criança não pode ser considerada como uma simples formalidade, mas um ato que vai influenciar toda a vida do infante.

Talvez tomando por experiência o caso Oviedre x França, o projeto tenha se preocupado em deixar claro que a mulher que optar pelo parto anônimo não poderá futuramente ser parte em ação objetivando o estabelecimento de maternidade. Assim, não somente a genitora fica impossibilitada de reassumir a sua situação de mãe, como o filho também não pode procurar as vias judiciais pretendendo um o reconhecimento de maternidade.

Uma novidade do Projeto de Lei 3.220/08 em relação ao Projeto de Lei 2.747/08 é a previsão legislativa do encontro de uma criança abandonada. Qualquer pessoa que encontrar um recém-nascido em situação de abandono ficaria obrigada a encaminhá-la a um centro de saúde. Todavia, não há qualquer previsão quanto a sanções pelo descumprimento do disposto. Esse dispositivo está de acordo com o princípio de proteção à criança, pois incumbe a toda a sociedade preservar a segurança dos menores indefesos. A pessoa que encontrou o abandonado ainda teria o dever de apresentar-se no Juizado da Infância e Juventude da Comarca onde o tiver encontrado e, caso desejasse ficar com o infante sob seus cuidados, teria preferência na adoção.

Assim como previsto do projeto legislativo anterior, a responsabilidade do encaminhamento da criança ao Juizado da Infância e Juventude recai sobre os profissionais da saúde que acolheram o recém-nascido.

Por fim, o Projeto de Lei 3220/08 prevê o prazo de seis meses a contar do data de publicação da lei para que os centros de saúde conveniados ao SUS criem condições adequadas para recebimento e atendimento de gestantes e crianças em anonimato. Se for preciso, as unidades de saúde podem criar, nas entradas de acesso, espaços onde as crianças pudessem ali ser entregues.

Como justificativa para a proposição do referido projeto legislativo, o deputado federal Sérgio Barradas Carneiro assim argumenta:

O abandono de recém-nascidos é uma realidade recorrente. Em todo o Brasil é crescente o número de recém-nascidos abandonados em condições indignas e subumanas. A forma cruel com que os abandonos acontecem chocam a sociedade e demandam uma medida efetiva por parte do Poder Público.

A mera criminalização da conduta não basta para evitar as trágicas ocorrências. A criminalização da conduta, na verdade, agrava a situação, pois os genitores, por temor à punição, acabam por procurar maneiras, as mais clandestinas possíveis, para lançar "literalmente" os recém-nascidos à própria sorte. É nessa clandestinidade do abandono que confere maior crueldade e indignidade aos recém-nascidos. A clandestinidade do abandono feito "às escuras" torna a vida dessas crianças ainda mais vulnerável e exposta a sofrimentos de diversas ordens (ANEXO B).

Como justificativa, o deputado aduz que muitos genitores optam pelo abandono de crianças em condições subumanas não por desejarem mal ou mesmo a morte do filho, mas por temer a punição por rejeitar o filho. Embora o deputado tenha se restringido em mencionar as sanções penais pelo abandono de recém-nascidos, provavelmente a maior punição que recai sobre uma mulher que não deseja assumir o papel de mãe do próprio filho é a moral.

Nas palavras de Maria Antonieta Pisano Motta:

Há certa tendência em encarar toda a separação entre mãe e filho entregue em adoção como abandono e esta se deve primordialmente aos valores socialmente estabelecidos segundo os quais a maternidade e a maternagem são naturais e, portanto presentes em todas as mulheres.

O mito do amor materno deixa sua nítida influência sobre a construção de estigmas em relação às mães que entregam seus filhos.

O conceito do abandono, por sua vez, vem normalmente acoplado ao de adoção e é comumente compreendido como enjeitar, não aceitar, recusar, desprezar, repudiar, repelir⁴².

Mesmo em casos de entrega da criança em adoção, sem o anonimato da mãe, a reprovação social é muito grande. Pelo pensamento social dominante, toda mãe deve amar e desejar o filho. Quando isso não ocorre, a mulher é vista como ser vil e desprezível. Assim, mesmo na entrega legal da criança há uma punição à mulher que, mesmo não tendo cometido nenhum crime, é vista como um ser marginal.

Para evitar essa reprovação social, algumas mulheres escondem a gestação e mesmo o parto da criança. Clandestinamente abandonam os filhos na esperança de que não possam ser identificadas e punidas pela rejeição. Sob essa óptica, o parto anônimo realmente se apresenta como uma alternativa viável a essas mães.

Prosseguindo na justificativa do PL.3220/08, assim consta:

O que se pretende não é esconder a maternidade socialmente rejeitada, mas garantir a liberdade à mulher de ser ou não mãe do filho que gerou, com amplo acesso à rede pública de saúde.

[...]

Se colocarmos na balança o direito à vida e a identidade do nascituro, o primeiro, inquestionavelmente, deverá preponderar.

⁴² MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Mães abandonadas: a entrega de um filho em adoção. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2008, p.31.

Tendo em vista que a afetividade se sobrepõe ao critério biológico, se opor ao parto anônimo em virtude de uma possível mitigação do direito à identidade é uma atitude inaceitável (ANEXO B).

A leitura desse trecho deixa clara a intenção do projeto de proteger a mulher que não quer ser mãe do filho que gerou e ao mesmo tempo proteger a vida e integridade da criança. Já adentrando na análise de um possível conflito de direitos, o deputado esclarece que o direito a identidade não deve se sobrepor ao direito à vida, o qual, sem sombra de dúvida é o direito maior de qualquer ser humano.

Vale destacar que embora a justificativa do projeto em comento esteja bem estruturada, há uma pequena, mas importante contradição.

Já adotado em países como França, Luxemburgo, Itália, Bélgica, Holanda, Áustria e vários Estados dos Estados Unidos, o parto anônimo surge como uma solução ao abandono trágico de recém-nascido.

[...]

O parto anônimo não é a solução para o abandono de recém-nascidos, pois este fator está diretamente ligado à implementação de políticas públicas. Mas, certamente, poderia acabar com a forma trágica que ocorre esse abandono (ANEXO B).

Primeiramente, o parto anônimo foi citado como a solução ao abandono em diversos países, no entanto, posteriormente, há a argumentação de que o instituto não é a solução para o abandono de recém nascidos. Uma pequena contradição, mas que não maculo todo o projeto apresentado. Mas como mencionado pelo deputado, o parto anônimo não é realmente a solução para o abandono, mas uma alternativa.

2.3 Parecer da Comissão de Seguridade Social e Família e da Comissão de Constituição e Justiça de Cidadania

Para facilitar o relatório e o voto, os Projetos de Lei 3220/08 e 2834/08 foram apensados ao Projeto de Lei 2747/08 e julgados conjuntamente.

A relatora da Comissão de Seguridade Social e Família, deputada Rita Camata, rejeitou os projetos em virtude da evidente afronta aos direitos humanos das crianças e dos adolescentes e da ausência de embasamento científico das consequências da origem anônima no desenvolvimento do indivíduo.

A deputada manifestou apreço pela motivação apresentadas pelos projetos legislativos, os quais objetivam a redução no número de abandono infantil e de infanticídios, no entanto ressalta que não foram apresentados quaisquer dados capazes de sustentar a tese de aumento no número de abandono de bebês. Para a aprovação de uma lei regulamentando sistemas de recepção anônima de criança, como ocorria no século XVIII com as rodas dos enjeitados, não bastaria apenas, na opinião da relatora, o clamor social gerado pela veiculação de notícias sobre abandonos trágicos. A relatora ainda defende que a institucionalização do parto anônimo contraria a evolução jurídica atual que concede proteção total às crianças e adolescentes no Brasil.

Ainda, apresenta crítica à essência do projeto, que retira a responsabilidade de ambos os pais pelo filho e coloca toda a carga sobre a mãe. Argumenta a relatora, que se a mãe decidir que não deseja criar o próprio filho, ela pode legalmente encaminhar a criança para a adoção logo após o parto. A alternativa da adoção é completamente legal, não havendo razão para o abandono. Inclusive, adoção, em sua opinião, é amplamente aceita socialmente, tanto é que a fila de casais a espera de uma criança para adotar é imensa.

A alegação de que o parto anônimo é legalizado em países como a França, Itália, Bélgica também não se sustenta, pois o sistema brasileiro de proteção à criança seria muito mais avançado do que o dos mencionados países. O parecer ressalta que mesmo nos países que adotaram o parto anônimo em

seu ordenamento, há inúmeros questionamentos quanto às consequências negativas desse instituto.

Somente a título de informação, visto que a abordagem quanto a constitucionalidade dos projetos legislativos cabe à Comissão de Constituição e Justiça, o parecer aponta ter vislumbrado pelo menos duas afrontas claras à Carta Maior: a prioridade da criança para a família e sociedade (art. 277, CF) e a obrigação do Estado em fornecer informações quanto a pessoa e seu passado (art. 5º, XXXIII, CF). Os projetos também contrariam a Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 1990, a qual garante à criança o direito de conhecer e conviver com os pais, bem como o direito de ter preservada suas relações familiares e identidade. Ainda, todos os três projetos feririam o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), pois o anonimato da genitora implica em violação ao direito de identidade, sendo que o Comitê do Direito das Crianças da Nações Unidas considera o parto anônimo uma violação ao referido direito.

A relatora opina que a legalização de propostas como a do parto anônimo não preservam as mulheres, mas acabam por marcá-las por "irresponsáveis", pois nada impede que essas mães utilizem os meios legais para adoção, uma vez que o anonimato seria apenas uma ilusão. As barrigas crescem, portanto elas serão vistas todos os dias, não podendo realmente se esconder no anonimato.

Para a deputada, legalizar o parto anônimo seria apenas maquiagem a realidade. O abandono do filho pela mãe não seria apenas uma opção, mas resultado de falta de políticas públicas, como o planejamento familiar, realmente eficientes.

Outro ponto apontado pelo parecer, é o problema operacional que poderia ocorrer no pré-natal de uma mulher que recusa fornecer identificação. O sistema público de saúde pública brasileiro já é caótico e desorganizado e se os centros de saúde encontram problemas em entregar exames como o teste VDRL, que diagnostica a sífilis, a tempo para as mulheres que se identificam normalmente, a situação só seria agravada no caso de mulheres anônimas.

Também, no âmbito hospitalar, dois outros problemas se apresentam. O alto tempo de permanência da criança na unidade hospitalar, oito semanas conforme o projeto de lei 2.747/08, contribuiria para o surgimento de uma infecção hospitalar. Embora esse tempo tenha como objetivo conceder um tempo razoável para a mãe caso ela se arrependa e queira reaver o filho, recém-nascidos sabidamente tem a imunidade baixa e nessa idade o risco de contrair uma infecção é grande, ainda mais em um ambiente hospitalar. Quanto ao encaminhamento da criança à adoção, seria completamente inadequado atribuir tal responsabilidade a agente da saúde. Isso porque, somente o Ministério Público e as Varas da Infância e Juventude seriam órgão competentes para atuar nesses casos.

Ainda, a previsão de isenção de responsabilização cível e criminal à mãe que optasse pelo parto anônimo, seria um sério risco à criança. O instituto poderia ser usado de forma a encobrir e exonerar de responsabilidade aqueles que atentem contra a integridade do infante. Igualmente temerária seria a proposta do projeto de lei 3.220/08 ao prever que a pessoa que encontrar um menor abandonado teria preferência na adoção do mesmo. Conforme opinião da relatora, tal prerrogativa é injusta com as milhares de pessoas que aguardam para poderem adotar uma criança. Também, esse mecanismo poderia ser utilizado para encobrir casos de sequestro de crianças.

Por fim, a relatora aduz que para concretização da proteção integral a criança a ao adolescente como previsto na legislação pátria, é necessário a implementação de políticas públicas de educação sexual, de forma que o planejamento familiar pare de ser uma ideologia para se tornar uma realidade. Melhor que instituir o parto anônimo seria uma ação do Estado a fim de melhorar o atendimento durante a gestação, humanizar o parto e a criar uma estrutura completa de atendimento médico, creche e educação integral para proporcionar condições para que as mães criarem seus filhos.

Por todo anteriormente exposto, a Comissão de Seguridade Social e Família decidiu por rejeitar os Projetos de Lei 2.747/08; 2.834/08 e 3.220/08

Alinhando-se com o Parecer da CSSF, o Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, em análise dos PL 2.747/08, 2.834/08 e 3.220/08, decidiu pela rejeição de todos os projetos pela inconstitucionalidade e injuricidade. Ainda, o PL 2.747/08 foi classificado como possuidor de má técnica legislativa.

Conforme o parecer, a inconstitucionalidade recai justamente sobre a matéria das propostas. Conferir anonimato à mãe feriria diretamente o direito constitucional da criança à proteção integral assegurada através do art. 227 da Constituição. Ainda, a falta de registro da origem da criança implicaria afronta ao direito à dignidade e à convivência familiar.

O relator opina que encaminhar a criança a um lar substituto deveria ser somente a última alternativa, sendo que existindo possibilidade da mesma ser acolhida no seio da família consanguínea, essa alternativa deveria ser priorizada. A inexistência de registro de dados da mãe acabaria por impedir a localização de eventuais parentes, impossibilitando, assim, à criança o exercício do direito constitucional de convivência familiar.

O parto anônimo também entraria em confronto com o art. 5º, inciso XXX da Constituição Federal que garante o acesso à informação. Inaceitável a violação constitucional que excluiria de todos o acesso às informações do nascido anônimo. No art. 5º, inciso XXXIII há a previsão do direito de receber dos órgãos públicos informações do interesse particular do requerente, dessa forma, havendo informações sobre a mãe optante pelo parto anônimo, constitucionalmente, o filho teria direito de acessá-las.

O dispositivo do projeto de lei que prevê a não responsabilização tanto civil quanto criminal da mãe que escolha o parto anônimo feriria o art. 5º, XXXV, o qual proíbe que a lei exclua da apreciação do Judiciário ameaça ou lesão a direito individual. O relator do parecer ainda demonstra preocupação de que essa isenção de responsabilidade contribuiria para que o surgimento de mais casos de violência praticada contra menores e incapazes.

O direito de herança também seria violado pela impossibilidade da criança conhecer a mãe.

O art. 7º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, da qual o Brasil é signatário desde 1990, dispõe ser direito da criança possuir um nome e ser registrada desde o nascimento. Nas palavras do relator:

São violadoras do princípio garantidor do direito ao nome, como direito fundamental da criança, as normas dos projetos que mandam registrar-se apenas o prenome como se a criança produto do parto anônimo fosse um ser humano de segunda classe (ANEXO C)

A injuridicidade das propostas legislativas residiria na criação de uma lei que contraria o sistema de proteção integral à criança e ao adolescente vigente em nosso país desde a Constituição Federal de 1988. Outra injuridicidade estaria na disposição que determina que a responsabilidade e guarda criança até a início dos trâmites da adoção ficaria a cargo do hospital onde ela foi entregue e de seus funcionários. Alias, o relator classifica tal disposição como absurda, visto que, no sistema judiciário brasileiro, somente as autoridades judiciárias competentes e seus serviços auxiliares seriam aptos a interferir na guarda de uma criança abandonada.

Por fim, o relator expõe a sua preocupação quanto a aprovação de uma lei instituindo o parto anônimo, pois seria um retrocesso histórico ao tempo da existência da roda dos enjeitados. A motivação para a existência de tais rodas era esconder a maternidade socialmente rejeitada e os filhos gerados das relações extraconjugais. Para o relator, atualmente, a maternidade fora do casamento não é mais considerada motivo de vergonha social, portanto não haveria real necessidade de retorno àquele tempo de discriminação. A legislação de adoção em vigor no país permite que as mulheres que não desejam criar os filhos que geraram entreguem os mesmo à adoção para que cresçam em uma família substituta. Nas palavras do relator, “sempre haverá as que, por desequilíbrios vários, matem, abandonem ou exponham os recém nascidos nas ruas” (ANEXO C). Nessa medida, o parto anônimo não seria apto para proteger os menores em risco.

Nesses termos, os três projetos de lei - PL 2747/2008 ; PL 2834/2008 e PL 3220/2008 - foram rejeitados pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

3. PARTO ANÔNIMO SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

O parto anônimo surgiu primeiramente como uma opção para preservar a vida de recém nascidos, bem como assegurar que os mesmo sejam recebidos de forma segura preservando seu bem estar e integridade. No Brasil, legalmente, caso a mulher engravide não tem a opção de interromper a gestação salvo em casos de estupro e risco à vida da gestante⁴³. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencéfalos⁴⁴. No entanto, as hipóteses legais de interrupção de gravidez são poucas e realmente excepcionais. Uma vez grávida, a mulher somente tem a possibilidade de levar a gestação até o seu término. Nascido o bebê, a mãe pode tanto decidir por criar o filho ou então encaminha-lo para a adoção. Pelo parto anônimo, criar-se-ia uma terceira alternativa, qual seja, a entrega do filho anonimamente, o que não é hipótese diferente que a simples adoção.

Entregar anonimamente uma criança diretamente a um hospital se justifica pela preservação da identidade da mulher perante a sociedade. Embora adotar uma criança seja uma atitude socialmente aceitável, e até mencionada como um ato de amor, o mesmo não pode se dizer quanto ao ato de entrega da criança para uma família substituta. A figura da mãe que entrega seu filho à adoção é ainda muito estigmatizada em nossa sociedade, tanto é que Maria Antonieta Pisano Motta refere-se a essas mulheres como "mães abandonadas"⁴⁵. Em seu estudo sobre tais mulheres, a autora relata uma exclusão social muito grade direcionada a essas mulheres, as quais são vistas como seres vis e desumanos. Nas palavras da autora:

⁴³ Código Penal, Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto em caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é procedimento de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

⁴⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, julgado em 08 de Abril de 2012.

⁴⁵ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Mães abandonadas: a entrega de um filho em adoção. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2008.

Antes de entregar a criança em adoção, a mãe biológica é frequentemente "cortejadas" e "lembrada": lança-se mão do amor materno que é apontado à mulher, que chega às vezes, a ser aconselhada a entregar o filho por amor a ele.

Uma vez nascida a criança e entregue em adoção, ocorre uma abrupta modificação. As regras e até a linguagem pra designá-la relegam, então, a mãe biológica a um estado de "não ser", ou categoria de pessoa má, desumana e sem princípios morais e éticos. Configura-se assim a postura paradoxal que caracteriza a atitude em relação a estas mulheres no decorrer de todo o processo: de um lado, a expectativa pra que a entrega se concretize; de outro, a censura feroz em relação à mesma.

Preconiza-se, incessantemente, no processo de entrega-adoção a defesa dos interesses da criança, e o posicionamento mais comum diante das mães biológicas é o de que elas não têm a mesma importância que o filho⁴⁶.

E assim conclui:

Acreditamos também que o estigma social, a censura e a incompreensão em relação ao ato de entregar um filho em adoção, ou à ideia de vir a fazê-lo, dificultam a compreensão racional e a empatia, levando-nos aos afastamento e à exclusão destas mulheres no nosso mundo pessoal e até no nosso interesse profissional, explicando, pelo menos em parte, a escassez de pesquisa nesta área⁴⁷.

Embora a sociedade tenha evoluído para reconhecer a mulher como merecedora de direitos iguais aos conferidos aos homens e como ser produtivo economicamente, ainda em nossos dias persiste a ideia de que a mulher somente será plenamente realizada quando for mãe. Portanto, como compreender uma mulher que recusa o papel materno? Adotar um criança é atitude socialmente louvável, enquanto a entrega da mesma para adoção é imensamente reprovada. Antes mesmo da destituição do poder familiar e do

⁴⁶ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Mães abandonadas: a entrega de um filho em adoção*. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2008,. 24.

⁴⁷ *Ibid*, p.32.

recebimento da criança em uma família adotiva, a mãe biológica que pretende ceder o filho à adoção tem que passar pela avaliação de um grupo multidisciplinar de psicólogos e assistentes sociais e, muitas vezes, é censurada e desaconselhada de prosseguir com seu objetivo por esses mesmos profissionais. Nesse sentido, a entrega anônima de uma criança, mais do que uma forma de proteção da criança é uma meio de proteger a mãe biológica psicologicamente e socialmente.

Outra vantagem do parto anônimo seria a celeridade do processo de encaminhamento da criança à adoção. No sistema jurídico brasileiro atual, mesmo que a mulher manifeste antes do parto ou logo após a intenção de não exercer a maternidade do filho que gerou, há uma série de procedimentos a serem observados antes do encaminhamento da criança à adoção. Primeiro, a genitora tem sua maternidade reconhecida para após, ser confeccionada a certidão de nascimento do menor contendo o nome da mãe. Após, caso o nome do pai tenha sido indicado, esse deve ser citado para que manifeste sua aceitação ou recusa quanto à adoção. Por fim, para que o menor seja adotado é necessária sentença de adoção destituindo o poder familiar de ambos os pais biológicos para que só então o menor seja registrado em nome dos adotantes. Pelo parto anônimo, esse processo seria acelerado, visto que não haveria nem ao menos constituição de poder familiar da mãe biológica, portanto, desnecessário um processo judicial de destituição de poder familiar com contraditório. Em um país em a maioria dos casais que estão a espera de uma criança para adoção preferem recém-nascidos, o tempo do processo judicial pode significar a diferença entre ser adotado e permanecer indefinidamente em um abrigo à espera de uma família que aceite crianças maiores.

No entanto, mais importante do que apontar as vantagens do parto anônimo ou o sucesso desse em outros países, é de suma importância precisar se os direitos já consagrados na Constituição Federal de 1988 não serão violados caso o instituto seja introduzido no ordenamento jurídico pátrio.

3.1 Direitos fundamentais

Foi no século XVIII, especialmente com a eclosão da revolução francesa e americana, que começaram a emergir vigorosamente textos legislativos contendo declarações de direitos e garantias fundamentais ao homem. Nesse período histórico, toma força a ideia de que todo Estado deveria formular sua própria Constituição, onde seriam estabelecidas a ordem de organização do poder e a limitação à ação do Poder Público evitando, assim, que o mesmo cometesse excessos contra os cidadãos. Distanciando-se do pensamento predominante na era feudal, surge a percepção de legalidade no agir estatal como instrumento de luta da burguesia contra um Estado absolutista e centralizador. Nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos:

Nesse época, alimentava-se o ideal de que os interesses da sociedade estavam acima dos interesses particulares, buscando-se uma relação justa e harmônica, porquanto acreditava-se que chegaria o dia em que a democracia no governo a fraternidade na sociedade, a igualdade de direitos e a educação universal anteciparam o próximo plano mais elevado da sociedade, ao qual a experiência, o intelecto e o saber tendem firmemente. Será uma ressurreição, em forma mais elevada, da liberdade, igualdade e fraternidade das antigas gentes.⁴⁸

Aliás, a ideia de existência de direitos naturais, inerentes a todos os homens sem qualquer distinção, é mais antiga que o constitucionalismo. O Código de Hamurabi (aproximadamente 1.649 a.C) talvez seja o primeiro texto a codificar um rol de direito inerentes a todos os homens, tais como a vida, propriedade, honra e dignidade. Esses direitos seriam superiores aos governantes, os quais não poderiam, de forma alguma, restringi-los ou violá-los⁴⁹.

⁴⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 9ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 105.

⁴⁹ LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Introdução ao Biodireito. São Paulo: Saraiva, 2009.

Já no direito romano, as revoltas plebeias fazem surgir a necessidade de criação de mecanismos capazes de tutelar os direitos individuais contra os arbítrios estatais. A Lei das Doze Tábuas consagrou os princípios de liberdade, propriedade e proteção do cidadão. O *Interdicto de Homme Libero Exhibendo*, considerado antepassado do habeas corpus, foi instituído pelo direito romano como forma de tutela do *status libertatis*.

A Carta Magna inglesa de 1215 também pode ser citada como uma das principais declarações de direitos humanos fundamentais, pois o seu texto previa uma série de limitações ao poder do Estado sobre os indivíduos, tais como liberdade da Igreja, restrições ao poder de tributar, previsão do devido processo legal, liberdade de locomoção, proporcionalidade entre crime e sanção e o livre acesso à justiça⁵⁰.

Os estatutos da *Petition of Right* (1628), *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) e *Bill of Rights* (1688) são apenas alguns dos exemplos de embriões das declarações de direitos fundamentais. Em 1776, a Declaração do Bom Povo da Virgínia surge como primeiro instrumento moderno assecutório de direitos fundamentais, antes mesmo da declaração de independência dos Estados Unidos da América.

Entre todos os textos legais que podem ser citados como precursores na consolidação de direitos mínimos e comuns a todos os homens, notavelmente se destaca a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1798.

A França foi a responsável pela consagração dos direitos fundamentais, quando, em 1789, promulgou, pela Assembleia Nacional, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão com 17 artigos que previam, entre outros, os seguintes direitos: princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, legalidade e liberdade religiosa⁵¹.

Finalmente, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Resolução da Organização das Nações Unidas n. 217 A,

⁵⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1995; MORAES, Alexandre de. Direitos humanos. 3ed. São Paulo: Atlas, 2005.

⁵¹ LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. Os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 62.

assinada pelo Brasil, reconheceu a dignidade como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 inovou ao prever expressamente em nosso ordenamento jurídico constitucional o princípio da prevalência dos direitos humanos fundamentais. O legislador constituinte certamente optou por seguir a tendência mundial e a evolução histórica de consagração do respeito às prerrogativas do homem frente ao Estado.

Comumente a terminologia "direitos humanos fundamentais" é utilizada para designar, especialmente nos textos constitucionais mais recentes, aqueles direitos garantidos a todas as pessoas sem distinção. No entanto, o conteúdo de tais direitos são tão amplos que terminologicamente não existe apenas uma designação correta para enquadrá-los. Designações como "direito natural", "direitos públicos subjetivos" e "liberdades fundamentais" são igualmente utilizadas e aceitas.

Uadi Lammerto Bulos esclarece que a opção pela designação de fundamentais reflete as características e a influência que tais direitos exercem sobre o sistema jurídico brasileiro:

Ao se utilizar a locução *direitos fundamentais do homem*, quer-se aduzir, com o seu emprego, o complexo das prerrogativas e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência digna, livre e igualitária de qualquer indivíduo, independentemente de credo, raça, origem ou cor. Os direitos são fundamentais, porque sem eles os seres humanos não têm a base normativa para serem realizadas, no plano concreto, suas aspirações e desejos viáveis de tutela constitucional. Ademais, são fundamentais, porque sem eles a pessoa humana não se realiza, não convive, e, em alguns casos, nem sobrevive. Como ficariam a igualdade, a legalidade, a liberdade, o respeito à dignidade, a tutela do patrimônio sem a constitucionalização, em bases legislativas sólidas, desses direitos impostergáveis da pessoa humana.

Por isso é que eles são, além de fundamentais, inatos, absolutos, invioláveis, intransferíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, porque

participam de contexto histórico, perfeitamente delimitado. Não surgiram à margem da história, porém em decorrência dela, ou melhor, em decorrência dos reclamos da igualdade, fraternidade e liberdade ente os homens. Homens não no sentido de integrantes do sexo masculino, mas no sentido de pessoas humanas. Os direitos fundamentais do homem nascem, morrem e extinguem-se. Não são obra da natureza, mas das necessidades humanas, ampliando-se ou limitando-se a depender do influxo de fato social cambiante⁵².

Para Sílvia Maria da Silveira Loureiro, os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna de 1988 podem ser divididos em três categorias distintas: direitos e garantias expressos (art. 5º, §2º, primeira parte); direitos e garantias não expressos (art. 5º, §2º, segunda parte) e direitos e garantias incorporados ao texto constitucional após a ratificação de tratados sobre direitos humanos (art. 5º, §2º, parte final). Assim explica:

[...] ao lado dos direitos e garantias fundamentais expressos e concentrados no Título II ou esparsos ao longo do texto da Carta de 1988, e daqueles direitos e garantias não expressos - implícitos ou decorrentes do regime democrático e dos princípios constitucionais -, estão as normas incorporadas através de tratados internacionais sobre direitos humanos, as quais possuem a mesma natureza jurídica das categorias normativas referidas⁵³.

Entendimento semelhante é o de Olivia Marcelo Pinto de Oliveira:

Afirmar a positivação dos direitos fundamentais não significa necessariamente que os mesmos estejam expressos no texto constitucional. Inclusive, a própria Constituição Federal é manifesta nesse sentido ao dispor em seu art. 5º, § 2º, acerca da cláusula de abertura.

A cláusula de abertura apresenta a possibilidade de serem considerados direitos fundamentais, não somente os direitos contidos expressamente no Título II da Constituição Federal de 1988 e os

⁵² BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 9ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009,p.106-7

⁵³ LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. Os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos da Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 88.

decorrentes de tratados internacionais que tenham sido aprovados com o quórum qualificado nos termos do art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988, mas também "outros decorrentes do regime e dos princípios adotado pela CF/1988"⁵⁴.

Assim, não somente os direitos e garantias expressos na Carta de 1988 são considerados fundamentais, mas também aqueles depreendidos da interpretação dos princípios constitucionais e dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte.

Através do inciso IV, parágrafo 4º do art. 60⁵⁵, a Constituição reveste os direitos individuais de tal importância, que nem mesmo uma emenda à constituição tem o condão de aboli-los⁵⁶. A modificação das denominadas cláusulas pétreas não é possível por simples emenda constitucional, portanto, somente a elaboração de uma Constituição completamente nova poderia interferir com os direitos fundamentais consolidados. As cláusulas pétreas não são apenas uma técnica legislativa para conferir estabilidade a normas pré-determinadas, mas também são a expressão dos fundamentos e princípios basilares do próprio Estado Democrático de Direito.

Os direitos fundamentais são complementares, devendo ser considerados em sua relatividade uns com os outros. Não é aceitável o sacrifício de um direito em detrimento de outro. Havendo conflito entre direitos fundamentais, utiliza-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de um em relação ao outro. A solução ideal é a redução proporcional do âmbito de alcance de cada um, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas.

Quanto a colisão de direitos fundamentais, assim leciona Gilmar Mendes:

⁵⁴ OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto. O parto anônimo á luz do constitucionalismo brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011, p.83-4.

⁵⁵ Art.60, § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir:

IV- os direitos e garantias individuais.

⁵⁶ FAGUNDES JÚNIOR. José Cabral Pereira. Limites da ciência e o respeito à dignidade. *In*: SANTOS, Maria Celeste Cordeiros. Biodireito: ciência da vida, novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 267-282.

É possível que uma das fórmulas ativadas para a solução de eventual conflito passe pela tentativa de estabelecimento de uma hierarquia entre direitos individuais.

Embora não se possa negar a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes pesos em uma determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de uma rigorosa hierarquia entre diferentes direitos individuais acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando também a constituição enquanto complexo normativo unitário e harmônico. Uma valoração hierárquica diferenciada de direitos individuais somente é admissível em casos especialíssimos.

Assim, afirma-se no direito alemão, que o postulado da dignidade humana (Grundsatz der Menschenwürde) integra os princípios fundamentais da ordem constitucional (Tragende Konstitutionsprinzipien) que balizam todas as demais disposições constitucionais (LF, arts. 1º, I, e 79, III)

[...]

Uma tentativa de sistematização da jurisprudência mostra que ela se orienta pelo estabelecimento de uma 'ponderação de bens em vista do caso concreto' (Güterabwägung im konkreten Fall), isto é, de uma ponderação que leve em conta todas circunstâncias do caso em apreço (Abwägung aller Umstände des Einzelfalles)⁵⁷.

Em suma, os direitos fundamentais, assim entendidos, são base República Federativa do Brasil e assegurados pelo ordenamento jurídico pátrio, sendo dever do Estado protegê-los de ameaça.

3.2 Dignidade da pessoa humana

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Repertório de jurisprudência IOB. São Paulo: IOB, v. , Tributário, constitucional e administrativo. n.5, p. 178-185, 1ª quinzena mar, 2003, p. 184.

A República Federativa do Brasil, como disposto de seu art. 1º, inciso III⁵⁸, tem como base fundamental a dignidade da pessoa humana. Tanto é que a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado brasileiro, sendo que o respeito ao ser humano deve ser assegurado em todas as fases da vida desde antes do nascer até após a morte.

Bulos assim define o princípio da dignidade humana:

A dignidade da pessoa humana é o valor constitucional supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos nesta Constituição. Daí envolver o direito à vida, os direitos educacionais, bem como as liberdades públicas em geral⁵⁹.

Assim comenta José Luiz Quadros de Magalhães:

A historicidade do conceito é seu elemento fundamental: dignidade é um conjunto de condições, econômicas, culturais e políticas que permitem que cada pessoa possa exercer seus direitos com liberdade e esclarecimento consciente, em meio a um ambiente de respeito e efetividade dos direitos individuais, sociais, políticos e econômicos de todos e cada uma das pessoas⁶⁰.

Na lição de José Afonso da Silva:

A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais; [...] o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta seu amplo sentido normativo-constitucional e não qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la

⁵⁸ A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:

III - a dignidade da pessoa humana.

⁵⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 9ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 93.

⁶⁰ AFRA, Wlber de Moura; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 21.

pra construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais⁶¹.

Colocando em contexto, somente assegurando o exercício e respeito aos direitos fundamentais é possível garantir a dignidade da pessoa humana. Portanto, para a interpretação de qualquer norma constitucional, obrigatoriamente deve-se observar a dignidade da pessoa humana, pois tal princípio atrai para si todos os direitos básicos e inalienáveis do homem.

Diversos ordenamentos jurídicos preveem a dignidade humana como fundamento constitucional, prova de que o homem é o centro, fundamento e fim das sociedades contemporâneas. Não somente o Brasil, mas toda a comunidade mundial preconiza a dignidade do ser humano como base de todo o Direito. Todo o sistema jurídico de lei deve se organizar para que seja garantida uma vida digna a todos.

Paulo Hamilton Siqueira Júnior assim contextualiza a dignidade humana na pós-modernidade:

A investigação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana ocupa na atualidade posição de destaque, vez o fenômeno da globalização e os pressupostos da sociedade pós-moderna têm colocado o aludido preceito em xeque.

Após os horrores perpetrados pelo nazismo na Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional despontou seus olhos pra o homem, o que se traduziu no valor da dignidade da pessoa humana, ponto nuclear dos direitos humanos. Busca-se um paradigma que sirva como preceito axiológico básico para todos os povos. Não há dúvida que o padrão é a dignidade da pessoa humana.

O alicerce e o fundamento dos direitos humanos surgem da concepção de que toda a nação e todos os povos têm o dever de respeitar direitos básicos de seus cidadãos e de que a comunidade

⁶¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 96.

internacional tem o direito de protestar pelo respeito à dignidade da pessoa humana⁶².

Por todo o exposto, possível entender que a dignidade humana fundamenta o Estado Democrático de Direito brasileiro, sendo a base, portanto, de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais. A dignidade da pessoa humana, como princípio, é base da interpretação de todas as normas jurídicas no sistema brasileiro de direito. Tanto as normas constitucionais como infraconstitucionais tem de ser entendidas de forma a preservar a dignidade daqueles afetados.

A Constituição Federal de 1988 garante direitos ao nascituro, aquele que ainda está por nascer. Embora não haja expressa previsão no texto legal quanto ao marco inicial da vida, se a partir da concepção ou somente após o nascimento, nosso ordenamento jurídico já reconhece o nascituro como sujeito possuidor de determinados direitos. Se ao nascituro já são reconhecidos direitos, natural supor que o mesmo possui dignidade como ser humano e, a qual deve ser protegida assim como acontece com as pessoas já nascidas.

Para a institucionalização do parto anônimo no Brasil importa, portanto, analisar se os direitos fundamentais, tanto da mãe quanto da criança, são respeitados, bem como se tal instituto está em harmonia com o princípio da dignidade humana.

3.3 Direito à vida

Assim dispõe Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

⁶² SIQUEIRA JÚNIOR. Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós modernidade. *In* MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 252.

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

Entre todos os direitos ditos como essenciais ao homem, sem nenhuma dúvida, o direito à vida é o principal, pois, sem vida não há que se falar em exercício de qualquer outro direito. Tanto é que o texto constitucional fez questão de citar o direito à vida antes de todos os direitos assegurados ao homem.

Maria Helena Diniz explana o alcance da proteção constitucional ao direito à vida nos seguintes termos:

Se assim é, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto *erga omnes*, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer. Ainda que não houvesse tutela constitucional ao direito à vida, que, por ser decorrente de norma de direito natural, é deduzida da natureza do ser humano, legitimaria aquela imposição *erga omnes*, por que o direito natural é o fundamento do dever-ser, ou melhor, do direito positivo, uma vez que se baseia num consenso, cuja expressão máxima é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, fruto concebido pela consciência coletiva da humanidade civilizada⁶³.

O direito à vida tem prioridade a todos os outros direitos, sendo que, existindo um conflito entre um o mais direitos, a vida, indubitavelmente, deve ser priorizada. Sem a proteção incondicional do direito à vida, os fundamentos da República Federativa do Brasil não se realizariam.

No âmbito internacional, o direito à vida está incluso no rol dos direitos humanos, como consta na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:

Art. III. Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

⁶³ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 6ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21-22.

Ao Estado cabe garantir o direito à vida em dois aspectos: direito de nascer e de sobreviver. Não somente o indivíduo já nascido deve ter sua vida protegida, mas também a expectativa de vida (vida intrauterina) deve ser assegurada.

Olívia Marcelo Pinto de Oliveira entende não ser a designação "direito à vida" a mais adequada, visto que, sendo a vida um pressuposto ao exercício de direitos, correto seria falar em "respeito à vida". Assim palavras da autora:

Fala-se portanto, em respeito à vida, e não, em direito à vida, porque esta é anterior à existência da Sociedade, do Estado e do Direito [...]

No cenário internacional pode-se constatar tal percepção mediante a leitura do Pacto de São José da Costa Rica, publicado em 22.11.1969 e ratificado pelo Brasil em 25.09.1992, o qual prevê no art. 4º, alínea "1" que "Toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito está protegido pela lei, em geral, a partir do momento da concepção"⁶⁴.

Irrelevante a diferenciação entre direito à vida ou respeito a vida, visto que ambas designação resumem-se no entendimento de que a vida é o bem jurídico maior e tem prioridade sobre todas as coisas, "uma vez que a dinâmica da vida nela contém e sem ela nada terá sentido" ⁶⁵.

Assim dispõe o Código Civil brasileiro de 2002:

Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Claro é que a legislação trata diferentemente os nascidos e aqueles que ainda estão por nascer, os nascituros. Enquanto o primeiro indubitavelmente é titular de direitos civis, ao nascituro, embora não tenha personalidade civil, são reconhecidos alguns direitos. A vida intrauterina, portanto, não possui o mesmo

⁶⁴ OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto. O parto anônimo á luz do constitucionalismo brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011, p. 65.

⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 6ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25.

grau de proteção da vida extrauterina, sendo certo que este posicionamento é prevalecente⁶⁶.

Juridicamente, poder-se-ia de logo afirmar que a concepção do ser humano no ventre da gestante seria o ponto de partida para o estabelecimento dos direitos do nascituro⁶⁷. Embora o nascituro não seja pessoa, posto que a legislação somente lhe outorga personalidade após o nascimento com vida, isso não significa que não seja ser humano. O nascituro é um pessoa em potencial, e como tal deve ser protegido, independente da sua qualidade de pré-embrião, embrião ou feto.

O Texto Constitucional protege todas as forma de vida, inclusive a intra-uterina⁶⁸. A vida é um bem que deve ser protegido a todo o custo. Nesse compasso, o parto anônimo se propõe a resguardar o direito à vida justamente de quem tem menos condições de se proteger: as crianças. A facilitação na entrega de crianças aos cuidados de um hospital ou casa de saúde tem como objetivo a preservação da vida dos pequenos em risco, portanto, sob esse aspecto, o parto anônimo se encontra em consonância com os preceitos fundamentais da Constituição Federal.

Mas a vida por si só não basta. O ser humano necessita ter garantido outros direitos para que possa usufruí-la, para viver dignamente. Os problemas humanos tem que ser resolvidos de forma a preservar não somente a vida, mas a vida digna. Importa então saber se o parto anônimo protege a vida da criança e proporciona que a mesma se dê de forma digna.

Garantir um meio para que as mulheres que não desejam exercer o papel de mãe entreguem os filhos em segurança a instituições hospitalares é uma forma de preservar não somente a incolumidade do infante, mas também sua dignidade. Indubitavelmente o abandono selvagem é indigno para qualquer pessoa e cabe ao Estado assegurar meios para evita-lo. O parto anônimo, nesse

⁶⁶ SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. *In*: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.33

⁶⁷ OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto. *O parto anônimo á luz do constitucionalismo brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011, p.66.

⁶⁸ TJSP, CDCCP, 4:299-302

ponto, o parto anônimo serve como uma forma de preservar a vida das crianças de forma digna.

3.4 Direitos da personalidade

O primeiro diploma legal que tratou especificamente de direito da personalidade foi a lei romana sobre o direito ao nome em 1895⁶⁹. Posteriormente, em 1900, o ordenamento jurídico alemão preocupou-se em abordar o tema no art. 12 do Código Civil⁷⁰. Os arts. 29 e 30 do Código Civil Suíço de 1907 também previam a proteção ao direito ao nome⁷¹. O Código italiano de 1942 se estendeu legislativamente ao prever não somente o direito ao nome, mas outros direitos da personalidade, entre eles o direito sobre o próprio corpo (art. 6º), direito ao uso pseudônimo (art. 9º) e o direito à imagem (art. 10)⁷².

A legislação brasileira não apresenta expressamente a conceituação de direito de personalidade, havendo somente previsão constitucional e infraconstitucional de direitos de personalidade específicos.

⁶⁹ LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Introdução ao biodireito. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁷⁰ Art 12 do Código civil Alemão "Se o direito ao uso de um nome for contestado ao titular por um outro, ou seja, lesado o interesse do titular pela circunstância de um outro, indevidamente, lesar o mesmo nome, poderá o titular exigir a cessação das perturbações. Se forem temidas outras perturbações, poderá ele propor ação cominatória (Trad. direta do alemão por Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1960)

⁷¹ Art. 29 do Código Suíço: "Se a alguém o uso de seu nome for contestado, poderá ele propor ação para a confirmação de seu direito. Quem for prejudicado pelas circunstância de que o outro usurpa o seu nome, poderá propor ação para que cesse esta usurpação assim como, no caso de culpa, para indenização do dano e, quando a natureza do prejuízo o justificar, para uma prestação em dinheiro como reparação moral. Art. 30 do Código Suíço: "A alteração do nome pode ser concedida a uma pessoa pelo governo do seu Cantão de origem se existirem motivos poderosos para isso. A alteração do nome deve ser inscrita no Registro do Estado Civil e publicada; não opera, porém, nenhuma mudança na condição da pessoa. Quem, pela alteração do nome, for lesado, poderá impugná-la judicialmente, dentro do prazo de uma no depois que obteve reconhecimento dela (Código Civil Suíço, Tradução original do texto alemão por Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1961)

⁷² LOUREIRO. *Op.cit.*

O Código Civil de 2002 atribui personalidade não somente às pessoas humanas, ou físicas, na denominação adotada pelo legislador, mas também às pessoas jurídicas. No entanto, para o estudo do parto anônimo, importa somente a análise da personalidade das pessoas humanas.

Embora mencionado Código não tenha se estendido na definição do que seriam direitos da personalidade, no art. 11 dispõe sobre suas características:

Art. 11. Com exceção dos casos previsto em lei, os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 determina serem fundamentais os direitos de personalidade, quando, em seu art. 5º, X, prescreve:

Art. 5º, X. São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano moral decorrente de sua violação.

No âmbito do direito internacional, vale lembrar que o Brasil figura como signatário do Pacto de São José da Costa Rica, o qual prevê o seguinte:

Art. 3º. Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Como visto, os denominados direitos de personalidade estão previstos tanto no texto constitucional como em normas infraconstitucionais e tratados internacionais. No entanto, o legislador não criou uma definição para o que seriam esses direitos, cabendo à doutrina e à jurisprudência procurar uma definição.

O conceito de personalidade está fortemente conectado ao sentido de individualidade, singularidade, particularidade de toda pessoa. Juridicamente, a personalidade pode ser entendida como qualidade identificadora da pessoa em sua essência, tornando-a apta para o exercício de direitos e deveres.

Nas palavras de Roberto Senise Lisboa:

Personalidade, na acepção clássica, é a capacidade de direito ou de gozo da pessoa de ser titular de direitos e obrigações, independente de seu grau de discernimento, em razão de direitos que são inerentes à natureza humana e sua projeção para o mundo exterior⁷³.

Para Orlando Gomes:

[...] sob denominação de direitos da personalidade compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos sobre o próprio corpo. São direitos considerados essenciais à pessoa humana⁷⁴.

Para Olívia Marcelo Pinto de Oliveira, os direitos de personalidade seriam desdobramentos do direito de liberdade e do princípio da dignidade humana:

[...] uma interpretação do art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, à luz da liberdade e da dignidade humana, traduziria a existência do direito de o ser humano desenvolver-se livremente enquanto pessoa: em outras palavras: direito geral de personalidade⁷⁵.

Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro assim se posiciona:

Não é correto afirmar que o ser humano tem direito à personalidade, pois ele não tem um direito; a personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto do direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens⁷⁶.

E por fim conclui:

Portanto, para nosso entendimento, a natureza jurídica dos direitos da personalidade é de direito subjetivo *sui generis*, inerentes à

⁷³ LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil. Teoria geral do direito civil. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v2, p. 245.

⁷⁴ GOMES, Orlando. Direitos da personalidade. Revista Forense, n. 216, 1966, p. 5.

⁷⁵ OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto. O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011, p.73

⁷⁶ LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Introdução ao biodireito. São Paulo: Saraiva, 2009, p.49.

condição humana e, conseqüentemente, ao embrião, e, por isso, são absolutos, pois ligados às qualidades essenciais e fundamentais da pessoa humana, consagrando a sua própria dignidade⁷⁷.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve, em seu art. 27 o direito ao reconhecimento do estado de filiação:

Art. 27. O reconhecimento ao estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo se exercido contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição observado o segredo de justiça

Pelo disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente percebem-se as características desse direito de reconhecimento de estado filiação, o qual, evidentemente, é um desdobramento do direito de personalidade. Nesse aspecto, falar em direito de personalidade implica em falar em direito de conhecimento da ancestralidade. Mais ainda, o mesmo Estatuto deixa claro que ao adotado cabe o direito de conhecer sua origem biológica, como disposto no art. 48:

Art. 48. O adotado tem o direito de conhecer sua origem biológica, bem como tem o direito de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seu eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

Quando se fala em parto anônimo, em geral, a maioria dos estudos levanta a questão de uma possível afronta aos direitos de personalidade da criança em virtude do anonimato da mãe. Permitir a entrega anônima poderia implicar uma violação aos direitos da criança, pois esta não teria como ter conhecimento sobre os seu pais, sobre o seu passado genético.

Olívia Marcelo Pinto de Oliveira entende que reconhecimento do estado de filiação e conhecimento de origem genética são direitos totalmente distintos e sem conexão entre si:

⁷⁷ LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Introdução ao biodireito. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 51.

É importante dizer que o direito ao conhecimento da ascendência genética, o qual se traduz na busca pela verdade biológica, não significa reivindicar um estado de filiação.

[...]

Importante ressaltar que a busca pela verdade biológica não autoriza necessariamente o reconhecimento do estado de filiação, pois trata-se de conceitos e situações distintas que, eventualmente, podem coincidir num mesmo caso concreto⁷⁸.

Nesse mesmo sentido é o pensamento de Paulo Lôbo:

O direito ao conhecimento da origem genética não está coligado necessária ou exclusivamente à presunção de filiação e paternidade. Sua sede é o direito da personalidade, que toda pessoa humana é titular, na espécie direito à vida, pois as ciências biológicas têm ressaltado a insuperável relação entre medidas preventivas de saúde e ocorrência de doenças em parentes próximos. Ao mesmo tempo é forte e razoável a ideia de que alguém possa pretender tão apenas investigar a sua ancestralidade, buscando sua identidade biológica pela razão de simplesmente saber-se de si mesmo. O estado de filiação deriva da comunhão afetiva que se constrói entre pais e filhos, independentemente de serem parentes consanguíneos. Portanto, não se deve confundir o direito de personalidade à origem genética com o direito à filiação, seja genética ou não⁷⁹.

Para Maria Celina Bodin de Moraes, em uma interpretação mais ampla, a Constituição não assegura apenas o direito de personalidade, mas o direito da "verdadeira identidade" que não se resume apenas aos dados biológicos:

A integral tutela da criança, em particular de sua dignidade, reflete, nessa medida e ainda hoje, tarefa primária e urgente, da qual decorre, em primeiro lugar, o conhecimento da identidade verdadeira, e não presumida, dos progenitores. [...] Origens que não são apenas genéticas, mas também culturais e sociais. O patrimônio genético

⁷⁸ OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011, p.74-5.

⁷⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil - Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 203-4.

não é mais indiferente em relação às condições de vida nas quais a pessoa opera. Conhecê-lo significa não apenas impedir o incesto e a possibilitar a aplicação de impedimento matrimoniais ou prever e evitar enfermidades hereditárias, mas, responsabilmente, estabelecer o vínculo entre o titular do patrimônio genético e a sua descendência, assegurar o uso do seu sobrenome familiar, com a sua história e sua reputação, garantir o exercício dos direitos e deveres decorrentes do pátrio poder, além das repercussões patrimoniais e acessórias. A toda evidência, neste sistema jurídico, o conhecimento acerca da própria historicidade é direito elementar e fundamental. [...] Um direito humano que nenhuma lei e nenhuma corte pode frustrar⁸⁰.

O Projeto de Lei 3220/08 foi taxativo ao excluir a possibilidade da mulher optante do parto anônimo figurar no polo ativo ou passivo de qualquer ação judicial que objetive o estabelecimento de vínculo de maternidade. Alguns autores entendem que tal disposição é inconstitucional, pois fere o direito de personalidade do nascido de parto anônimo em conhecer o seu passado biológico. No entanto, como assevera Olívia Oliveira⁸¹, a ausência do reconhecimento do direito de filiação não impede o direito de conhecimento da ascendência genética. O reconhecimento do estado de filiação é exercido pelo filho mediante ajuizamento de investigação de maternidade ou paternidade, no entanto, investigar a ascendência genética não implica necessariamente em um reconhecimento judicial de filiação.

O reconhecimento da filiação, em geral, é a consequência da investigação de paternidade ou maternidade, no entanto, são situações diferentes que, em nome da economia processual, são condensadas na mesma ação judicial. Em exemplo prático, a procriação artificial, nos ditames do Código Civil em vigor que permite a inseminação artificial heteróloga devidamente autorizada, é forma de estabelecimento de vínculo de paternidade⁸². Todavia, a

⁸⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos de personalidade. *In*: BARRETO, Vicente (org.). A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 187-8.

⁸¹ OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011

⁸² Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

doutrina majoritária entende, que em tal caso, o doador de material genético não pode ser obrigado a reconhecer a paternidade com base somente no vínculo biológico.

Através de uma leitura mais atenta do art. 11 do Projeto de Lei 3.220/08, percebe-se que o parto anônimo, no tocante ao direito de personalidade, não veda a investigação da verdade biológica do nascido de parto anônimo, mas apenas veda a possibilidade de que, posteriormente, crie-se vínculo de filiação entre mãe e filho. Uma importante ressalva deve ser feita: embora o projeto de lei tenha sido específico ao excluir a possibilidade da mulher figurar em processo de estabelecimento de vínculo de maternidade, o mesmo não ocorre com a figura paterna. Talvez porque o genitor não seja um dos sujeitos do parto anônimo, o projeto de lei não tenha se importado em prever a situação do homem quanto a uma possível ação de reconhecimento de paternidade, no entanto, pela igualdade constitucional conferida a homens e mulheres, natural seria deduzir que a mesma vedação se aplica à figura paterna. Se diferente for, o projeto legislativo está viciado de inconstitucionalidade, pois determina tratamento diferente em razão do sexo.

O parágrafo único do art. 6º do projeto de lei mencionado determina que os dados e informações quanto aos genitores do nascido de parto anônimo somente serão revelados a mediante pedido deste e através de ordem judicial. Redação semelhante é a do art. 11 do Projeto de Lei 2.747/08 ao dispor que a identidade dos pais biológicos serão reveladas pelo Hospital somente por ordem judicial ou em caso de doença genética da criança. Para Olivia Oliveira⁸³, permitir que o nascido de parto anônimo, ao alcançar a maioridade, possa ter acesso aos dados de sua ascendência biológica preserva o direito à verdade biológica e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana. A autora, ainda seguindo essa linha de pensamento, argumenta que a utilização do termo "parto anônimo" no projetos apresentado é equivocada. Anonimato relaciona-se com segredo e mentira, sendo que, havendo previsão do acesso da pessoa aos seus dados biológico, não haveria anonimato. Na verdade, tratar-se-ia de proposta de parto

⁸³ OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011.

sigiloso, posto que as informações dos genitores não são inalcançáveis ao filho. No entanto, esse parece ser o pensamento minoritário.

Em sentido contrário, Fernanda Molinari acredita ser o parto anônimo um retrocesso histórico contra os direitos consolidados da criança. Assim explica:

A garantia do eterno anonimato é prova de que os projetos retrocedem aos direitos já conferidos às crianças, tratando-as como meros objetos de direito e não como sujeitos que possuem direitos. Ser sujeito de direito implica possuir direitos e ter proteção da ordem jurídica caso eles não sejam efetivados; ser objeto de direito implica a situação de alguém ter direito sobre alguma coisa ou alguém⁸⁴.

E assim conclui:

A sonegação da origem biológica, além das graves consequências que podem recair sobre a criança, hoje, sujeito de direito, levará, inclusive, nos casos em que não forem encontrados registros sobre a origem da criança, uma vez que caberá ao hospital armazená-lo, à impossibilidade de examinar-se, por ocasião da habilitação, um dos mais severos impedimentos para o casamento, isto é, a proibição de ascendentes casar com descendente, de irmão casar com irmã, e vice-versa, previsto no art. 1.512, inciso IV e IV, do Código Civil brasileiro, levando a considerar um dos mais importantes pilares da civilização, a interdição imposta pelo incesto

Investigar o nascedouro biológico é conhecer a ancestralidade, a identidade pessoal, para impedir, por exemplo, o incesto, preservar os impedimentos matrimoniais, evitar enfermidades hereditárias, enfim, para receber o direito de cidadania no qual estão incluídos todos os direitos e garantias do parentesco genético, afetivo e ontológico⁸⁵.

Semelhante o posicionamento de Luiz Edson Fachin e Silvana Carbonera:

⁸⁴ MOLINARI, Fernanda. Parto anônimo: uma origem na obscuridade frente aos direitos fundamentais da criança. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 138.

⁸⁵ *Ibid*, p.140.

Diante da proposta em análise, parece certo que o aforismo romano *mater semper certa est* sofre abalo jamais antes ocorrido em relação à certeza da maternidade. Se até os dias corrente a mãe sempre é certa, o pai não. Grande número de crianças vem à luz sem paternidade definida. A única chance que estas crianças têm de um dia conhecer o pai ou ascendente genético se dá pela informação da mãe pelo exercício do direito à investigação de paternidade. O parto anônimo quitará dessas crianças, que sequer nasceram, a possibilidade de conhecer seus ascendentes. Não se estaria, assim, diante de um retrocesso? Havendo parto anônimo, faticamente seria impossível ao nascido ter acesso à filiação, à semelhança da situação dos filhos ditos ilegítimos, quando da vigência do Código Civil de 1916. Dessa conquista, se pode dizer, o pleno acesso à filiação, não se pode descurar⁸⁶.

Como apontado por Olívia de Oliveira⁸⁷, os projetos sobre o parto anônimo apresentados no Brasil não proíbem de fato a investigação da ancestralidade genética por parte do nascido de parto anônimo, mas impedem tão somente que a mãe biológica seja parte de ação de reconhecimento de maternidade do filho. É opinião da autora que o filho poderia livremente buscar tanto por meios jurídicos como independentes suas origens, somente não podendo ter reconhecido judicialmente o vínculo de parentesco com a genitora.

No entanto, se a mãe não é obrigada a prestar qualquer informação relativa a sua identidade e a do pai da criança, parece pouco crível que o filho, na ausência dos referidos dados, consiga de fato investigar o seu passado. Se o parto anônimo não impede a busca pela verdade biológica, o instituto, no mínimo dificulta de forma inaceitável a busca do filho pela sua origem. Como já visto anteriormente, os direitos da personalidade são irrenunciáveis, imprescritíveis e não podem ser restringidos. Não poderia, então, a mãe dificultar o acesso do filho aos dados do seu passado, o que aconteceria caso essa opte pelo anonimato.

⁸⁶ CABORNERA, Sílvia Maria; FACHIN, Luiz Edson; SILVA, Marcos Alves da. Parto sem mãe - uma questão em debate. Disponível em <www.nqn.com.br/imprimir.php?visualizar=10116849>.

⁸⁷ OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011.

Também não é possível admitir que a mulher, antes mesmo do nascimento da criança venha a determinar que a o filho não terá mãe registral, porque é isso que de fato o parto anônimo permite. A criança nascerá "filha de ninguém", sem mãe e nem pai. Isso não somente fere o direito ao conhecimento da ascendência genética, afinal, todos possuem uma origem, mas afronta completamente a dignidade da criança que, com certeza não é "filho de chocadeira".

Outra questão preocupante apontada por Maria Regina Fay de Azambuja e Ivone Coelho de Souza refere-se à responsabilidade pelo fornecimento de informações para o nascido de parto anônimo:

Sabe-se que é impossível ao hospital garantir o sigilo destes dados, o que estaria a exigir a criação de um sofisticado sistema de registro e armazenamento de dados, criado, especificamente, para esse fim. E no caso de vazamento de informações, o que fazer? Dirão então alguns: pouco importa, pois ela é criança, é ainda pequena, nada sente, sequer sabe falar, reclamar e tampouco cobrar seus direitos; e, por outro lado, a mulher que deu à luz, a esta altura, estará longe, usufruindo de um novo direito, o direito à irresponsabilidade, repetindo, ao certo, cenas de abandono que marcaram sua vida, uma vez que o nascimento do filho, que poderia ser uma forma de resgatar um passado trágico, caso recebesse o apoio que a lei assegura, passará, doravante, a ser determinado de parto anônimo, numa tentativa de negar o ocorrido, não enfrentar a dor do abandono. Onde estão a família, a sociedade, o Poder Público? Onde estão as políticas públicas voltadas à prevenção do abandono?⁸⁸

O Projeto de Lei 2.747/08 atribuiu ao Hospital a responsabilidade de fornecer informações concernentes aos pais biológicos da criança, se possuir tais dados, enquanto o Projeto de Lei 3.220/08 determinam que tais informações serão guardadas em sigilo na unidade de saúde em que ocorreu o parto. Na sistemática jurídica atual, os dados dos pais biológicos da criança levada à

⁸⁸ SOUZA, Ivone Coelho de; AZAMBUJA, Maria Regina Fey de. Parto anônimo: uma omissão que não protege. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre: Magister, v. 4, jun/jul 2008, p. 66-7.

adoção são levados ao processo judicial para que no futuro possam ser acessados. Conferir a responsabilidade de armazenamento e manutenção do sigilo de tais informações às unidades de saúde é totalmente incabível, pois essas entidades tem como função tratar e preservar a vida humana e não funcionar como um depósito de segredos.

Portanto, quanto ao aspecto do direito de personalidade, o parto anônimo não pode ser considerado outra coisa que não contrário à Constituição.

3.5 Planejamento familiar

A Constituição Federal de 1988 preocupou-se em reservar uma parte especial, capítulo VII, para dispor sobre a família. Inseridos nesse capítulo estão os conceitos de planejamento familiar, paternidade responsável e direito familiar que serão analisados logo a seguir. Para o presente trabalho, importa analisar o planejamento familiar e a paternidade responsável quanto valores voltados à mulher optante ao parto anônimo, enquanto o direito de convivência familiar tem de ser analisado sob a perspectiva da criança.

Primeiramente, cabe uma pequena consideração acerca da evolução do conceito de direito ao planejamento familiar.

No ano de 1968 em Teerã ocorreu a Conferência de Direitos Humanos da Nações Unidas, na qual reconheceu-se pela primeira vez o direito básico do ser humano controlar a gravidez, atribuindo aos pais o poder de decidir sobre a quantidade de filhos que desejam, assim como o intervalo entre uma gestação e outra⁸⁹.

⁸⁹ Parágrafo 16 do Conferência Internacional de Direitos Humanos: "A proteção da família e da criança mantém-se como interesse da comunidade internacional. Os pais têm o direito básico a determinar livre e responsabilmente o número e espaçamento do nascimento dos seus filhos."

Com a temática de desenvolvimento populacional, foram realizadas cinco Conferências Mundiais de População: Roma em 1954, Belgrado em 1965, Bucareste em 1974, México em 1984 e Cairo em 1994. O que havia iniciado como uma Conferência Mundial de cunho científico em 1954, acabou por evoluir, nas edições posteriores para um encontro entre países ricos e pobres com o intuito de discutir e buscar uma solução para a evolução demográfica. A Conferência Mundial de População de Bucareste teve como principal questão de debate a relação existente entre desenvolvimento econômico e a expansão demográfica, em especial nos chamados países de Terceiro Mundo. Maria José Garcia Werebe aponta que a Conferência foi marcada pelo antagonismo entre o "bloco ocidental", liderado pelos Estados Unidos, e o "bloco socialista":

Na Conferência de Bucareste os estados socialistas (com liderança da China) e os países do Terceiro Mundo (em particular a Argélia e a Argentina) denunciaram a oposição dos ocidentais, argumentando que esses estavam interessados em impedir o desenvolvimento dos países mais pobres e limitar sua influência no mundo. Consideravam que o maior problema de seus países era econômico, e não demográfico. O slogan que lançaram foi: "O melhor contraceptivo é o desenvolvimento".

Muitos países aprovaram a ideia de se oferecer aos indivíduos e casais informações e meios anticoncepcionais. Foi o caso do Brasil⁹⁰.

Por fim, a Conferência Mundial sobre População de 1974 reconheceu o direito de todo ser humano receber informações do Poder Público que lhe permitam tomar decisões conscientes acerca de sua reprodução.

Na Conferência Mundial sobre população em 1984 no México, a posição oficial foi pela defesa da estabilização da população mundial, no prazo mais ágil

⁹⁰ WEREBE, Maria José Garcia. Sexualidade, política e educação, Campinas - SP: Autores Associados, 1998, p. 113.

possível, de forma que fosse possível melhorar o padrão de vida da população dos países desenvolvidos ⁹¹.

Dez anos após, em 1994 no Cairo, o cenário mundial já havia mudado e as preocupações mundiais passaram a abranger a questão ambiental e a diminuição das diferenças entre os gêneros. Não somente os homens deveriam ser o foco das preocupações mundiais quanto à pobreza, mas também as mulheres, pois essas eram as mais afetadas com as condições sociais, econômicas e culturais. Sem dúvidas, a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD) realizada em 1994 foi um marco no que concerne ao direito reprodutivo, pois abordou a questão sexual dos adolescentes. Essa parcela jovem da população passa a ser o público-alvo das campanhas de saúde sexual, não somente para evitar gravidez indesejadas, mas também para diminuir a transmissão de doenças sexualmente transmissíveis.

No Brasil, a partir da metade do século XX, começa a surgir a preocupação com o controle da população que estava constantemente em expansão. Em 1965 foi criada a Sociedade Civil de Bem-Estar Familiar (BEN-FAM) com o objetivo de treinar profissionais da saúde para assistir ações contraceptivas através de convênios com Prefeituras e Secretarias de Saúde⁹². Em meados dos anos 70, o Ministério da Saúde implementou o Programa de Saúde materno-infantil utilizando a expressão paternidade responsável para designar o que, na verdade, era planejamento familiar. Em 1977 ocorreu uma tentativa de implementar o denominado Programa de Prevenção de Gravidez de alto risco que acabou sendo arquivado após duras críticas da imprensa, partidos político e entidades religiosas, pois visava o controle de natalidade somente entre a população pobre e negra, considerada de "alto risco". O Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher, criado em 1983, também pode ser citado como programa brasileiro voltado aos cuidados da mulher, especialmente àquelas em fase reprodutiva.

⁹¹ CORRÊS, Sônia; JANUZZIA, Paulo de Martino; ALVES, José Eustáquio Diniz. Direito e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistemas indicadores, Rio de Janeiro: ABEP, 2003. Disponível em <http://abep.org.br/fotos/Dir_Sau_Rep.pdf>.

⁹² DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 6ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

Finalmente, com a vigência da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro passa a consagrar o direito ao planejamento familiar de cada pessoa que, individualmente e livremente, fica responsável pela decisão quanto ao número de filhos que deseja ter. Vale ressaltar, o planejamento familiar não abrange somente o direito de decidir quanto ao exercício da maternidade ou paternidade, mas também com a liberdade de constituir ou não família. Um indivíduo quando decide adotar, casar ou mesmo constituir união estável está exercendo seu direito de planejamento.

Maria Helena Diniz entende o planejamento familiar como um conceito ainda mais amplo, abrangendo diversos direitos:

O planejamento familiar não se restringe apenas a procriação, decisão pelo número de filhos, espaçamento ou intervalo entre uma gestação e outra, controle de natalidade ou da fecundidade, mas também, em sentido amplo, a moradia, alimentação, lazer, educação etc⁹³.

E assim finaliza:

[..] O planejamento familiar não é planejamento populacional, porque não deve induzir o comportamento social ou sexual, nem deliberar quantos filhos o casal pode ou deve ter⁹⁴.

Embora ainda seja comum referir-se ao planejamento familiar como uma decisão "do casal" quanto à extensão e constituição da família, a Carta Magna de 1988 reconhece como entidade familiar a comunidade formada por só um dos pais e seu descendente⁹⁵. Com o reconhecimento das famílias monoparentais, logicamente, o planejamento familiar tem que ser entendido como uma decisão individual. Nesse sentido, o planejamento familiar tem direta relação com a liberdade individual assegurada constitucionalmente, visto que cada pessoa pode, usando seu livre arbítrio e sem sofrer nenhuma coação por parte do Estado, escolher como será composta sua família. No entanto, em que pese ser

⁹³ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 6ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 138.

⁹⁴ *Ibid.* p.141.

⁹⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

uma decisão livre, ela não é ilimitada. Como todo direito, também o planejamento familiar deve se harmonizar com os princípios contidos na Constituição Federal de 1989.

Antônio Jorge Pereira Júnior mostra uma grande preocupação com as interpretações semânticas que podem surgir do conceito de planejamento familiar, as quais poderiam encobrir uma violação ao direito à vida:

[...] Assiste-se uma manipulação semântica e cruel por parte dos que defendem o direito de matar o ser humano concebido e não nascido. Explico, a Organização Mundial da Saúde afirma que a gravidez tem início com a nidação, ou seja, quando ocorre a fixação do ovo no útero materno. Os que defendem o aborto como um direito da mulher gostam de dizer que o aborto é *a interrupção da gravidez* e tentam, com isso, encobrir a realidade da morte do ser humano concebido e não nascido⁹⁶.

O planejamento familiar não pode, ferir direitos fundamentais, como o direito à vida, nem afrontar outros princípios básicos da República Federativa do Brasil. O parto anônimo pode então ser considerado um instituto em conformidade com o planejamento familiar, pois, ao mesmo tempo que preserva a vida da criança, permite à mulher decidir não exercer a maternidade sobre o filho que gerou.

3.6 Paternidade Responsável

Enquanto a planejamento familiar preocupa-se com o plano pré maternidade, antes de existir um real vínculo registral entre pais e filhos, por outro lado, a paternidade responsável, refere-se ao plano pós formação desse

⁹⁶ AGRA, Wlber de Moura; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge (Coord). Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2382-3.

vínculo. Esclarecendo, o planejamento refere-se à concepção e à contracepção, enquanto a paternidade responsável refere-se à filiação, momento pós concepção.

Atualmente, alguns juristas, como é o caso de Maria Helena Diniz⁹⁷, defendem a substituição da expressão "paternidade responsável" por "parentalidade responsável". Isso porque, a palavra paternidade sugere uma abrangência somente ao pai, à figura masculina, sendo que, com a equiparação entre homens e mulheres garantida pela Constituição, a mãe também tem igual responsabilidade para com o filho. Nesse sentido expõe Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

[...] o termo não se limita ao homem, mas logicamente se refere também à mulher que, desse modo, terá vários deveres decorrentes das consequências e efeitos jurídico - no campo da filiação - do exercício dos direitos reprodutivos e sexuais⁹⁸.

Maria Berenice Dias também opta por usar a expressão "parentalidade" como tradução do vínculo parental no caso de ação investigatória.

[...] falar somente em paternidade lembra a época que só se cogitava a hipótese de o filho buscar o reconhecimento de sua paternidade, como se houvesse possibilidade de identificação da verdade biológica por meio de ações de declaração maternidade, anulatória de registro, declaratória de filiação, negatória de paternidade, declaratória de ascendência genética etc. Redimensionado o leque de forma de buscar socorro ao Judiciário, em face da diversidade de demandas atrás da definição dos vínculos paterno-filiais, faz-se necessário ampliar também a expressão que identifica as diversas ações. Daí, declaração de parentalidade⁹⁹

Utilizar a expressão parentalidade, portanto, seria muito mais adequada para expressar um responsabilidade que recai sobre os parentes, sobre a família.

⁹⁷ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 6ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁹⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da paternidade responsável. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. Revista de Direito privado nº 18. Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 28.

⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 8 ed, rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 386.

No entanto, como a Carta Magna optou pelo uso da expressão paternidade, o presente trabalho utilizará essa denominação escolhida pelo legislador.

Assim prescreve art. 227 da Constituição Federal de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O citado dispositivo determina ser um dever da família, da sociedade e do Estado a proteção da criança e do adolescente. A família, como primeiro agente socializador e integrador da criança à sociedade, deve ser a principal responsável pela salvaguarda dos direitos dos menores. Nesse sentido se insere o princípio da paternidade responsável, pois incumbe à família, em especial aos pais, a responsabilidade de garantir a especial proteção que toda criança merece.

Com o princípio da paternidade responsável, a legislação pátria quer deixar claro que não basta apenas assumir registralmente a maternidade ou paternidade de uma criança, mas há o dever de assumir as responsabilidades decorrentes do exercício dos direitos sexuais e reprodutivos. Tornar-se pai ou mãe significa não somente gerar um criança e registrá-la em cartório como filho. Exercer a paternidade de forma responsável significa assumir o papel de protetor do menor, e dessa forma se esforçar para garantir e proteger os direitos da criança para que ela possa crescer e se desenvolver de forma saudável.

Em tempo, pensando no parto anônimo, a entrega da criança aos cuidados do Estado, em especial a entrega a anônima, entra em conflito com o princípio da paternidade responsável? Antes, cabe saber, quando os pais se tornam responsáveis pelos filhos.

Evelise Leite Pâncaro da Silva é enfática ao defender a ideia de que a partir do nascimento da criança já surgem as responsabilidades decorrentes da paternidade:

O novo dispositivo faz nascer a responsabilidade de todo aquele que venha a gerar uma vida humana, seja casado ou não, viva ou não em união estável, priorizando o bem-estar físico e espiritual do novo ser. E a responsabilidade nasce não apenas quando a pessoa deseja tornar-se pai ou mãe por livre vontade, mas também quando corre o risco de gerar uma criança no exercício de sua liberdade sexual. Ainda que os pais não queiram assumir a paternidade ou a maternidade, a responsabilidade em relação ao filho passa a existir com o nascimento, pois a nova ordem constitucional protege os interesses e a dignidade do novo ser, estabelecendo que o simples risco já é capaz de formar vínculos de parentalidade e filiação¹⁰⁰.

Data vênua o entendimento da autora, a responsabilidade dos pais em relação ao filho ocorre antes mesmo do nascimento da criança. Ainda na vida intrauterina, a criança tem necessidades que devem ser supridas por seus responsáveis. À mãe incumbe a proteção à saúde do feto através da realização de exame pré-natal buscando identificar e eventualmente sanar qualquer problema que comprometa o ser em desenvolvimento. Também, a mulher deve se abster de práticas que eventualmente possam prejudicar o desenvolvimento do bebê como o consumo de substâncias nocivas tais como álcool e entorpecentes. Prova de que a legislação pátria entende que as responsabilidades com o filho começam ainda na gestação é a possibilidade de fixar alimentos gravídicos¹⁰¹.

Enfim, resumidamente, o princípio da paternidade responsável implica na busca do melhor interesse da criança, concebida ou ainda em formação, por parte dos pais, os quais devem ser os principais protetores dos direitos dos filhos.

¹⁰⁰ SILVA, Evelise Pâncaro da. Da Obrigatoriedade do exame de DNA na busca da Identidade Genética: consideração sobre os direitos da personalidade e reflexos na dignidade humana. 142 páginas. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007, p. 27.

¹⁰¹ Lei 11.804/08 que em, seu art. 6º, dispõe não ser necessário para fixação dos alimentos gravídicos a prova de paternidade, mas apenas indícios de paternidade.

No entanto, a abdicação da parentalidade, através do parto anônimo, violaria o princípio constitucional da paternidade responsável?

Ser um pai ou uma mãe responsável significa buscar sempre atender o melhor interesse da criança. Amar o filho que se gera é uma expectativa normal, no entanto não pode ser um imperativo. Quando não há afeto ou amor em uma relação parental, a criança possivelmente não será tão bem cuidada como se habitasse em um ambiente cercado de carinho e cuidados. Natural entender que o melhor interesse da criança é desenvolver-se plenamente em um ambiente saudável e protetor. No entanto, tal ambiente pode não ser junto à mãe biológica. Reconhecer que o filho possivelmente será melhor cuidado longe dos braços materno não pode ser visto como algo contrário à paternidade responsável. Alias, a visão de que toda separação entre mãe e filho implica em violação ao princípio da paternidade responsável significa considerar que adoção, instituto amplamente aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro, está em desacordo com os princípios constitucionais.

Entregar, quaisquer sejam os motivos para tal, uma criança aos cuidados do Estado para que ela possa ser adotada e criada em ambiente saudável não pode ser considerada uma atitude irresponsável. Se atender o interesse maior da criança é o objetivo da paternidade responsável, a possibilidade de ser encaminhada para uma lar afetivo e amoroso, ainda que seja hipótese distante e remota, não fere tal princípio.

Por fim, Fabíola Santos Albuquerque faz um resumo necessário demonstrando a direta interligação entre o acesso às informações sobre sexualidade e o exercício do direito ao planejamento familiar e o exercício da paternidade de forma responsável:

Quem tem informação, em tese, tem autonomia sobre seu corpo, sobre sua sexualidade e compreende o significado do que seja paternidade responsável e planejamento familiar, mas o problema reside exatamente no fato que há uma massa de pessoa à margem de qualquer traço denotativo de dignidade e cidadania. Excluídas de um patamar mínimo de direitos é o retrato da miserabilidade. Como então imaginar que as informações, o acesso aos métodos

contraceptivos, ao controle efetivo de natalidade e, portanto ao planejamento familiar atinja esta camada de excluídos¹⁰².

Embora, como exposto anteriormente, o parto anônimo esteja em conformidade com o direito de planejamento familiar e a paternidade responsável, melhor solução para o problema das crianças exposta não é a edição de uma lei permitindo a entrega anônima. Melhor seria a aprimorar o acesso da população em geral às informações sobre sexualidade e reprodução a fim de que a escolha por tornar-se pai ou mãe seja tomada conscientemente.

3.7 Direito à convivência familiar

Não somente o texto constitucional, através do ser artigo 227¹⁰³, prevê o direito à convivência familiar, mas também o Estatuto da Criança e do Adolescente claramente apresenta, em seu art. 19¹⁰⁴, tal direito conferido aos menores. Nesses termos, partindo do pressuposto de que são fundamentais todos os direitos relacionados à dignidade da pessoa humana, o direito ao convívio familiar, indubitavelmente, é pressuposto para o exercício da vida digna.

Para o estudo do parto anônimo, importa saber se, com o sigilo na entrega da criança ao Estado, macula-se ao direito a convivência familiar

¹⁰² ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O instituto do parto anônimo no direito brasileiro. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: magister., v.1, p. 143-159, dez/jan, 2008. Também disponível em <<http://pt.dcribd.com/doc/92088551/Artigo-ALBUQUERQUE-FS-O-Instituto-Do-Parto-Aninimo-No-Direito-Brasileiro>>.

¹⁰³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do estado assegurar á criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito á vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência e opressão.

¹⁰⁴ Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

A família é o primeiro agente integrador do indivíduo com o mundo, onde a criança irá aprender a socializar-se e conviver em comunidade. O direito à convivência familiar, conforme prescreve o Estatuto da Criança e do Adolescente, deve ser exercido no âmbito da família natural e, somente excepcionalmente, em família substituta mediante guarda, tutela ou adoção.

Família não é um conceito jurídico estático, pois varia conforme contexto histórico em que está inserido. Assim as palavras de Clóvis Bevilacqua ao definir a família:

Penso, ao contrário, que não passa ela de uma criação natural, que a sociedade amolda e aperfeiçoa. Sabe-se, no entanto, que a família não é resultado apenas de um fato natural, recebendo influências culturais dos povos, sendo moldada de acordo com aspectos religiosos, culturais e sociais¹⁰⁵.

De fato, o conceito de família reflete as mudanças da sociedade com o passar do tempo. Fatores religiosos, culturais, profissionais e sexuais influenciam diretamente a instituição familiar. Em alguns períodos da história, por exemplo, a influência da Igreja era tão forte que a família era vista como uma associação religiosa.

A família do início do século XX era patriarcal e altamente hierarquizada tendo como principal função garantir a transmissão dos bens e do nome, não existindo preocupação quanto à defesa do filho dentro do âmbito familiar. Com o passar dos anos, a família deixa de ser uma instituição fechada, passando a existir um sentimento de preocupação e cuidado com os seus membros. A família que antes era comandada pelo patriarca vai mudando seus moldes, permitindo à mulher autonomia para, no exercício da sua vontade, dissolver a relação conjugal, o que somente ocorria por iniciativa do homem antes da vigência da lei do divórcio de 1977¹⁰⁶. Somente a partir da vigência da Carta Magna de 1988 passou a ser reconhecida a igualdade entre homens e mulheres tanto dentro como fora da relação conjugal. Finalmente, o Direito, assim como a sociedade, começou a entender que a família é composta por várias pessoas e que todas,

¹⁰⁵ BEVILAGUA, Clóvis. Direito de família. 7ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 17.

¹⁰⁶ O parágrafo único do art. 24 da Lei nº 6.515 de 1977 inovou ao determinar ser de competência dos cônjuges, e não somente do varão, o pedido de divórcio.

individualmente, são possuidoras de direitos e deveres dentro da família e merecem proteção igualitária do Estado.

Nas palavras de Patrícia Pimentel de Oliveira Ramos:

[...] o reconhecimento deste direito à felicidade individual, o princípio da dignidade da pessoa humana e a afirmação dos direitos fundamentais do infante vêm inspirando o legislador e orientando as interpretações dos múltiplos aspectos da regulamentação jurídica da vida familiar. A proteção da família e a preservação da dignidade da pessoa humana em cada um dos membros da família existe não só na família matrimonializada, como também na família matrimonial desfeita, e nas demais formas de entidade familiar. A criança e o adolescente, qualquer que seja a forma da família em que estejam inseridos, hão de sentir-se protegidos, confortados, respeitados, gozando de todos os direitos fundamentais. Tanto o pai quanto a mãe, querendo e tendo condições morais e psicológicas, devem estar presentes no processo de formação do filho, e estão em igualdade de condições para exercerem esse *múnus*¹⁰⁷.

Com o advento da Carta Magna de 1988 e, posteriormente, com o estatuto da Criança e do Adolescente não há mais dúvidas da importância que o ordenamento jurídico, atribui à família, qualquer seja sua forma. Embora o texto do mencionado Estatuto disponha que a criança e o adolescente devam crescer junto ao seio da família natural e somente em casos excepcionais em família substituta, a doutrina atual vem entendendo que o critério biológico de definição de família não é necessariamente o melhor. Nesse sentido opina Fabíola Santos Albuquerque:

Vivenciamos a consolidação de novas molduras das relações familiares comprometidas com valores humanos e solidários, logo inconcebível privilegiar os ditames do biologismo em prejuízo da afetividade das relações estabelecidas no tempo.

A verdade arrogante da ciência, a qual se manifesta pelo exame de DNA, não pode ter condão da primazia da verdade e simplesmente

¹⁰⁷ RAMOS, Patrícia Pimentel de oliveira Chambers. O poder familiar e a guarda compartilhada sobre o enfoque dos novos paradigmas do Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.18-9.

apagar todo um conjunto valorativo comprometido com a dignidade da pessoa humana.

A diretriz perseguida é a estabilidade das relações de família, uma vez constituída a posse do estado (filho/pai), há de se considerarem as relações fáticas consolidadas no tempo, de tal sorte que sobre o ato de entregar o filho não mais recaiam a discriminação e a sanção social contra mãe¹⁰⁸.

Paulo Lôbo também opina pela secundarização do critério biológico como definidor da família:

[...] a Constituição abandonou a primazia da origem genética ou biológica para fixar a filiação, quando desconsiderou qualquer traço da família patriarcal e exclusivamente matrimonializada, quando equiparou aos filhos naturais os filhos adotados e quando atribuiu propriedade absoluta à convivência familiar. Fazer coincidir a filiação com a origem genética é transformar um fato cultural em determinismo biológico, o que não contempla suas dimensões existenciais¹⁰⁹.

Maria Berenice Dias inclusive ressalta que o afeto é o maior fator de diferenciação entre o direito de família e o direito obrigacional:

O desafio dos dias de hoje é achar o toque diferenciador das estruturas interpessoais que autorize nominá-las como família. Esse referencial só pode ser identificado no vínculo que une os seus integrantes. É o desenvolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento de amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos. Esse é o divisor entre o direito obrigacional e o familiar: os

¹⁰⁸ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O instituto do parto anônimo no direito brasileiro. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Mafister, v1, p. 143-159, dez/jan, 2008. Também disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/92088551/Artigo-ALBUQUERQUE-FS-O-Instituto-Do-Parto-Anonimo-No-Direito-Brasileiro>>. Acesso em 02 de Novembro de 2012.

¹⁰⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. direito civil - Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p.203

negócios têm por substrato exclusivamente a vontade, enquanto o traço diferenciador do direito da família é o afeto¹¹⁰.

E assim conclui:

A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir *status* de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (1º III) consagra, em norma pétreia, o respeito à dignidade da pessoa humana¹¹¹.

A doutrina e a jurisprudência vêm se alinhando no entendimento de que, mais importante que a relação familiar estabelecida por vínculo natural, ou biológico, é aquela criada pelo vínculo afetivo. Tanto é que a jurisprudência já reconhece ser incabível o reconhecimento de paternidade biológica quando já há uma relação de paternidade socioafetiva estabelecida. Nesse sentido:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. DESCABIMENTO. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA CONSOLIDADA. 1. Mostra-se flagrantemente descabida a investigação de paternidade com o propósito manifesto, único e exclusivo, de obter herança do pai biológico, quando restou consolidada a relação jurídica de paternidade socioafetiva com o pai registral, com mais de meio século de vigência, sendo que o relacionamento das autoras com o pai registral perdurou desde o nascimento até a data do óbito dele, perdurando por aproximadamente 15 anos. 2. Se era de conhecimento público a paternidade do pai biológico, deveria ele ter reconhecido as recorrentes ou as recorrentes deveriam ter buscado o estabelecimento dessa relação jurídica logo após atingirem a maioridade civil, sendo inadmissível que venham vindicar a relação parental, de forma forçada, somente após o óbito do pai registral e quando o pai biológico já se encontrava no leito de morte. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70050807593, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 24/10/2012)

¹¹⁰ DIAS, Maria Berenice. manual de Direito das famílias. 8 ed. rev. atual e aumpl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.43.

¹¹¹ *Ibid*, p. 47.

Através do julgado apresentado é possível compreender que o reconhecimento de paternidade com o exclusivo intuito patrimonial não é mais aceito em nossa sociedade. Havendo vínculo de paternidade afetiva entre duas pessoas não relacionadas biologicamente, esse tem prioridade ao vínculo biológico.

O mesmo entende a Terceira Tuma do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL INVERÍDICO. ANULAÇÃO. POSSIBILIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA.

1. Ação negatória de paternidade decorrente de dúvida manifestada pelo pai registral, quanto a existência de vínculo biológico com a menor que reconheceu voluntariamente como filha.

2. Hipótese em que as dúvidas do pai registral, quanto a existência de vínculo biológico, já existiam à época do reconhecimento da paternidade, porém não serviram como elemento dissuasório do intuito de registrar a infante como se filha fosse.

3. Em processos que lidam com o direito de filiação, as diretrizes determinantes da validade de uma declaração de reconhecimento de paternidade devem ser fixadas com extremo zelo e cuidado, para que não haja possibilidade de uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, conscientemente, reconhece paternidade da qual duvidava, e que posteriormente se rebela contra a declaração auto-produzida, colocando a menor em limbo jurídico e psicológico.

4. Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva - relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1244957/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 27/09/2012)

Inclusive, a Justiça já reconhece que havendo relação baseada no afeto mútuo, pouco importa se a família é formada por um casal heterossexual ou homossexual, não mais subsistindo o entendimento arcaico de que somente o casal formado por homem e mulher pode constituir família.

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70013801592, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/04/2006).

Buscando atender ao melhor interesse da criança, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entende que, existindo uma relação de afeto entre pais e filhos, pouco importa se a família é formada por um casal homossexual. Igual o posicionamento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES

DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.

1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento.

2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.

3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".

4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo.

5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si.

6. Os diversos e respeitáveis estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores".

7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido,

bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral.

8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento.

9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe.

10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.

11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações.

12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária.

13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança.

14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão

legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida.

15. Recurso especial improvido.

(REsp 889.852/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010)

Portanto, quando a legislação menciona a proteção ao direito de convivência familiar, na verdade, tem-se que interpretar como convivência familiar afetiva. Cabe agora analisar se o parto anônimo fere o direito da criança de convivência familiar afetiva.

Fernanda Molinari entende que o parto anônimo retira o direito da criança crescer no âmbito familiar.

Conforma prevê o artigo 9º do Projeto-de-Lei nº 2.747/2008, a criança só será levada à adoção após oito semanas da data em que chegou ao Hospital, período em que a mãe ou parentes biológico poderão *revindicá-la*. Dispondo no mesmo sentido, o artigo 8º, §1º, do Projeto-de-Lei 3.220/2008 estabelece um prazo de 10 dias, após a data do nascimento da criança, para encaminhá-la à adoção.

Ou seja, em caso de a mãe ou parente biológico não reivindicar a criança, consoante terminologia utilizada em um dos Projetos, que remete a associação ao direito das coisas, o recém-nascido ficará privado do convívio familiar, até que seja concretizada uma possível adoção. E, considerando a hipótese de essa criança não ser adotada, ela será privada de qualquer convívio familiar, uma vez que permanecerá institucionalizada em abrigo¹¹².

Data vênua, a autora não faz diferenciação entre família biológica e família afetiva. Nesse entendimento, qualquer convivência familiar é preferível à institucionalização em abrigo. No entanto, manter a criança em um ambiente onde não é desejada não pode ser considerada alternativa melhor que o

¹¹² MOLINARI, Fernanda. Parto anônimo: uma origem na obscuridade frente aos direitos fundamentais da criança. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 146-7.

acolhimento em abrigo. Simplesmente deixar a criança na convivência de pessoas que preferiam, em uma evidente falta de afeto, entregá-la ao Estado não defende, mas afronta o direitos da criança.

Pensamento diverso é o de Olívia Macedo Pinto de Oliveira que entende que o parto anônimo, na verdade, assegura à criança o direito de conviver em família afetiva:

[...] isso o que se deduz da leitura do projeto de Lei 3.220/08 e de sua justificativa, quando propõe assegurar direitos fundamentais aos sujeitos envolvidos, notadamente o recebimento do nascente pelo Estado, sem oferecer preconceito, medo, dúvida aos pais biológico e em especial à mãe biológica, bem como ao intermediar a colocação do mesmo em uma família substituta que o deseje realmente e ofereça um lar afetivo¹¹³.

Importante lembrar que sob a égide da dignidade humana, vive aquele que o faz com dignidade. Não há vida digna quando se vive em um lar no qual não se é desejado; ou quando, possuindo um filho biológico, não se deseja exercer a maternidade. Afinal, a maternidade não é inata, além de não poder ser considerada anormal uma mulher que não deseja ser mãe¹¹⁴. Assim:

Se é indiscutível que uma criança não pode sobreviver e desenvolver-se sem uma atenção e cuidados maternos, não é certo que todas as mães humana sejam predestinadas a oferecer-lhe esse amor de que ela necessita. Não parece existir nenhuma harmonia preestabelecida nem interação necessária entre as exigências da criança e as respostas da mãe. Nesse domínio, cada mulher é um caso particular. Algumas sabem compreender, outras menos, e outras ainda nada compreendem¹¹⁵.

¹¹³ OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de Oliveira. O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011p.85.

¹¹⁴ BADINTER, Elisabeth. Um amor conquistado: o mito do amor materno. trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, p.16.

¹¹⁵ *Ibid*, p. 18.

Como a lei vem sempre depois do fato, congela uma realidade dada¹¹⁶. Muito antes da alteração legislativa, há uma modificação no cenário social que justifique tal mutação. Assim, as leis, muitas vezes, estão atrasadas em relação à dinâmica social e familiar.

Como já mencionado anteriormente, o Estatuto da Criança e do Adolescente determina que a criança deve ser mantida prioritariamente no seio de sua família biológica e somente excepcionalmente enviada a uma família substituta. A denominação de substituta utilizada pelo legislador claramente dá a noção de que o caráter biológico da família é prioritário em nosso ordenamento jurídico. Tanto é que o Judiciário procura esgotar todas as tentativas possíveis de manter a criança com a família biológica para somente após encaminhá-la a adoção. No entanto, não estaria a lei desatualizada, visto que a jurisprudência já vem se consolidando no sentido de que o critério biológico não deve prevalecer sobre o afeto?

Tomando por referência o entendimento jurisprudencial atual, quando fala-se em direito ao convívio familiar, têm-se que interpretar como convívio familiar afetivo. Pensando agora na situação do parto anônimo, lógico entender que a mulher que entrega o filho aos cuidados do Estado anonimamente não nutre afeição pelo infante. Ao menos não afeição capaz de configurar o vínculo de amor e cuidado caracterizador da família. Ao contrário, não se pode em nome do direito de convivência familiar deixar a criança sob os cuidados daqueles que realmente não a desejam. Manter a criança em uma família que não a deseja é verdadeiramente uma afronta aos direitos da criança, a qual merece ser acolhida em um ambiente de amor, onde seus responsáveis realmente a desejem como filho. Não é qualquer convivência familiar que deve ser protegida, mas aquela capaz de permitir um desenvolvimento saudável à criança.

Nesse aspecto, o parto anônimo proporciona à criança rejeitada pela mãe a possibilidade de ser acolhida, em caso de adoção, por uma família e assim, ter assegurado o seu direito de convivência familiar afetiva.

¹¹⁶ DIAS, Maria Berenice. manual de Direito das famílias. 8 ed. rev. atual e aumpl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

3.8 Responsabilidade Civil e Criminal

O surgimento da responsabilidade civil e criminal remonta aos tempos primórdios da civilização. No início da sociedade, o homem encontrava somente uma forma se defender de uma agressão física, moral ou patrimonial: utilizar as próprias mão para revidar a agressão. A vingança era a única forma conhecida de buscar uma espécie de satisfação quando seu direito era lesado por outro e muitas vezes, essa retaliação era desproporcional e muito superior a agressão sofrida. A vingança era entendida como uma forma de justiça. A punição do ofensor, naquele tempo, era mais importante do que efetivamente a reparação da lesão ou dos danos suportados.

Um dos primeiros registro históricos acerca da disciplina da reparação do dano, no sistema codificado de leis, é o nominado Código de Hamurabi, promulgado pelo Rei da Babilônia aproximadamente 2.000 a.C. Por esse texto legal, o dano deveria ser reparado de duas formas: mediante igual ofensa ou por pagamento pecuniário. Daí veio a famosa expressão “olho por olho, dente por dente”, pois a agressão física sofrida pela vítima justificava retribuição igual ao agressor. Embora tais leis sejam vistas como bárbaras na atualidade, na verdade foram um revolução jurídica e social ao permitir uma retaliação somente proporcional, proibindo excessos. A vingança simples era reparação mais utilizada, mas também havia previsão de indenização monetária como se extrai do parágrafo 209 que prescrevia “se um homem livre ferir a filha de um outro homem livre e, em consequência disso, lhe sobrevier um aborto, pagar-lhe-á 10 ciclos de prata pelo aborto”¹¹⁷

Com a evolução social e a formação dos Estados, esse passou a assumir o papel de distribuição de justiça, colocando-se no lugar do ofendido e apenando o agressor para, em nome da harmonia social, garantir o bem-estar coletivo¹¹⁸. A evolução histórica e, especialmente, a social obrigou a substituição da vingança

¹¹⁷ MELO, Nehemias Domingos de. Da culpa e do risco: como fundamento da responsabilidade civil. 2ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Atlas, 2012, p.2.

¹¹⁸ *Ibid.*

pessoal pela reparação do dano, não mais na forma de agressão física, mas atingindo o patrimônio do agressor. Nas relações particulares, o Estado passa a intervir nos conflitos arbitrando um valor ao prejuízo obrigando o agressor ao ressarcimento pecuniário e impondo à vítima a renúncia à vingança.

Um dos pontos mais preocupante dos Projetos de Lei 2.747/08 e 3.220/08 sobre o parto anônimo é a previsão de exclusão da responsabilidade criminal e civil¹¹⁹ de quem entregue a criança abandonada a um centro da saúde.

A ordem constitucional brasileira atual referencia a responsabilidade civil no art. 5º inciso X:

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

Embora a responsabilidade seja, primordialmente, matéria de direito constitucional, a conceituação do que é responsabilidade civil é dada principalmente pelos estudiosos do Código Civil brasileiro. Assim o conceito de responsabilidade civil utilizado por Paulo Nader:

A nomenclatura *responsabilidade civil* possui significado técnico específico: refere-se à situação jurídica de quem descumpriu determinado dever jurídico, causando dano material ou moral a ser reparado¹²⁰.

A responsabilidade civil pode ser originada pela violação de lei ou descumprimento de obrigação derivada de contrato¹²¹. Na primeira hipótese trata-se de responsabilidade extracontratual ou aquiliana, enquanto na segunda a responsabilidade é negocial ou contratual. O ato ilícito, essencial à responsabilidade civil, pressupõe conduta lesiva intencional ou a culpa *stricto*

¹¹⁹ Enquanto o Projeto de Lei 2.746/08 exclui a responsabilidade tanto civil quanto criminal da parturiente optante pelo parto anônimo, o Projeto de Lei 3.220/08 isenta somente da responsabilidade criminal da mãe e de quem venha a entregar a criança em segurança em unidade médica.

¹²⁰ NADER, Paulo. curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: forense, 2008, p. 6.

¹²¹ Paulo Nader (2008) ressalta que embora a terminologia do direito comparado refira-se a responsabilidade extracontratual e contratual, mais preciso seria levar-se em conta o negócio jurídico, pois alcança tanto o contrato quanto a declaração unilateral de vontade, sendo que o descumprimento da obrigação derivada de qualquer um deles pode gerar responsabilidade civil.

*sensu*¹²² - negligência imperícia ou imprudência – e, excepcionalmente é possível a responsabilização independente de culpa *lato sensu*¹²³. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho:

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se reestabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *status quo ante*¹²⁴.

As leis que regulam as relações familiares, relações essas extracontratuais, não preveem indenizações por danos sofridos tanto de ordem material quanto moral decorrentes do descumprimento das obrigações parentais afetivas. A jurisprudência pátria, em sua maioria, ainda reluta em reconhecer indenização por danos morais em virtude de abandono afetivo, pelo uso do poder educacional e corretivo, e por lesões ao direito de personalidade. Aliás, a questão do abandono moral ou afetivo é polêmica e controvertida permeando as discussões recentes do direito de família.

As questões familiares, justamente por sua característica de base no afeto e carinho, têm de ser analisadas com extremo cuidado e cautela, porquanto não se pode tornar o Judiciário uma arma de vingança para sentimentos feridos.

Pelo principio constitucional da igualdade entre as pessoas, todos tem de ser tratados pela lei igualmente, exceto se a diferença no tratamento se justificar. Nas relações familiares, a lei dispõe tratamento igualitário entre os filhos não importando se originados de relação matrimonial legítima ou de relações extraconjugais. Tal entendimento de igualdade entre os filhos foi uma grande evolução legislativa, deixado pra trás o pensamento de que os filhos ditos incestuosos eram inferiores aos legítimos. Nesse compasso, se é possível a um filho responsabilizar civilmente os pais, tomando por base a hipótese de

¹²² Art. 186 do Código Civil.

¹²³ Art. 927, parágrafo único do Código Civil.

¹²⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 8. ed. - 2. reimpr - São Paulo: Atlas, 2008, p. 13.

abandono afetivo, mesmo que essa possibilidade seja remota, tal prerrogativa tem de ser concedida a todos os filhos sem distinção.

O que o projeto de Lei 2.747/08 propõe é a exclusão da responsabilidade civil da mãe que opte pelo parto em anonimato. Embora a justificativa para tal seja transmitir confiança à mulher de que não sofrerá represálias pela entrega do filho, essa exclusão de responsabilidade não encontra abrigo constitucional. A responsabilidade civil tem como base as relações privadas, particulares, cabendo ao lesado procurar o ressarcimento pelos danos ocorridos. O que o legislador está propondo pelo projeto de lei em questão é uma exclusão unilateral da responsabilidade civil da mãe. Certamente o bebê não pode se manifestar e, portanto, não se pode concluir que abre mão de seus direitos para o presente e para o futuro. Não cabe à mãe, embora o indiscutível papel importante na vida do filho, decidir quanto aos direitos do infante. A criança é um ser independente da mãe e pode, inclusive, exercer direitos contra ela. Portanto, mesmo a mãe pode, e deve quando praticar ato ilícito contra o filho, ser responsabilizada civilmente por seus atos.

Determinar que a responsabilidade civil em relação ao filho está excluída unicamente pelo fato deste ter nascido de parto anônimo se apresenta como um violação inaceitável à Constituição.

A ordem jurídica brasileira, além de responsabilidade civil, contempla também a responsabilidade criminal. Enquanto a primeira se restringe à esfera privada, ao interesse exclusivo do lesado, a segunda pretende proteger a sociedade como um todo. A lesão ao interesse público é tão gravemente considerada que o legislador a tipifica como crime.

A responsabilidade civil tem por mira a reparação *in natura* ou *pecuniária*, a cargo do autor da lesão, enquanto a penal se caracteriza pela imposição de pena privativa de liberdade ou multa¹²⁵. A ocorrência de condenação por responsabilidade civil não exclui a possibilidade de responsabilização penal.

¹²⁵ NADER, Paulo. curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: forense, 2008. p. 17.

A condenação penal importa não somente em reparação ao interesse da coletividade, mas também a ressocialização do ofensor. Assim, a pena não serve somente para punir o transgressor, mas também conscientizá-lo de seu erro e oportunizar que no futuro não venha novamente a agredir a sociedade.

Havendo lesão a direito, a responsabilidade civil ou criminal pelo dano somente é excluída, atendidos os pressupostos legais, em hipótese de legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito.

Como já dito, a hipótese de exclusão da responsabilidade civil da mãe em relação ao filho no parto anônimo é constitucionalmente inaceitável. No entanto, a exclusão da responsabilidade criminal é ainda mais absurda. O potencial para abuso de norma excludente de responsabilidade é imenso. Imaginando a hipótese de uma mulher que após várias tentativas abortivas frustradas acaba por se dirigir a um hospital prestes a dar a luz e informa a escolha pelo parto anônimo. Nesse caso, se o parto anônimo estivesse institucionalizado, nascendo a criança com terríveis anomalias físicas em decorrência das tentativas abortivas, a mulher não poderia ser responsabilizada pelas lesões do filho. Pensando agora na hipótese de criança entregue anonimamente por uma pessoa que não a mãe a um hospital, também essa estaria isenta de responsabilidade, conforme previsão do projeto de lei 3.220/08, mesmo se posteriormente fosse constatado que a criança sofreu abusos físicos, psicológicos, violência sexual, tortura, humilhação ou ofensas de qualquer outra natureza.

Evidente que a entrega da criança em segurança deve ser valorizada, mas não se pode excluir todo o passado, todo o sofrimento e dificuldade a que o menor foi exposto antes de ser acolhido pelo Estado. A violência psicológica sofrida na infância, assim como a física, tem enorme consequências no desenvolvimento da criança e na formação do adulto. Não se pode achar que tudo pode ser esquecido e perdoado sem grandes consequências. Excluir a responsabilidade criminal e civil daqueles se utilizam do parto anônimo é tentar apagar um passado que não pode ser esquecido sob pena de permitir abusos justamente àqueles que são mais indefesos e devem ser merecedores de

especial proteção do estado. Nesse ponto, a lei que supostamente tem por objetivo preservar e proteger a vida da criança acaba por fazer justamente o contrário, ou seja, coloca em risco a integridade física e moral do infante.

3.9 Acesso à Justiça

No parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania sobre o Projeto de Lei 2.747/08, o relator, em seu voto, expressou a opinião de que o parto anônimo como proposto afronta o disposto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988.

Assim o disposto no referido artigo:

Art. 5, inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

Da inteligência do mencionado artigo deriva princípio que recebe várias denominações tais como princípio da inafastabilidade da jurisdição, princípio do acesso à Justiça ou princípio do direito de ação. Pontes de Miranda refere-se a ele como princípio da ubiqüidade¹²⁶. Embora as diversas nomações possíveis, na essência, todos os nomes traduzem o mesmo entendimento, que o Poder Judiciário não pode se furtar da análise de lesão ou ameaça a direito trazido a apreciação.

Assim definição dada por Uadi Lammego Bulos:

Trata-se de pórtico constitucional do processo, cognominado princípio do direito de ação, também conhecido como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional¹²⁷

¹²⁶ LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 13 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 689.

¹²⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 9ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 223.

Similar a definição dada por Misael Montenegro Filho ao falar em princípio da inafastabilidade da jurisdição:

O dispositivo em exame abriga o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também intitulado direito de ação, principalmente destinado ao legislador infraconstitucional, que na edição de lei não pode vedar o acesso da pessoa natural ou jurídica aos órgãos do Poder Judiciário¹²⁸.

O acesso à jurisdição é alcançado quando a pessoa natural ou jurídica, ou mesmo um ente despersonalizado, exercita o direito fundamental de ação e recebe a resposta jurisdicional ao problema apresentado. Portanto, a denominação de acesso à Justiça parece ser mais adequada para o princípio constitucional em comento, visto que não abrange somente o direito de propor ação, mas também o direito a receber uma resposta do Poder Judiciário.

Nelson Nery Junior faz uma necessária distinção entre direito à ação e direito à petição, ambos previstos no texto constitucional, mas distintos entre si:

Enquanto o direito à ação é um direito público subjetivo, pessoal, portanto, salvo nos casos dos direitos difusos e coletivos, onde os titulares são indetermináveis e indeterminados, respectivamente, o direito de petição, por ser político, é impessoal, porque dirigido a autoridade para noticiar a existência de ilegalidade ou abuso de poder, solicitando as providências cabíveis¹²⁹.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero apontam uma evolução do conceito clássico do direito à ação para abranger também o direito a uma prestação jurisdicional adequada:

[...] a necessidade de compreender a ação como um direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, como direito à

¹²⁸ In AGRA, Wlader de Moura; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge (Coord.). Comentário à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 172.

¹²⁹ NERY JUNIRO, Nelson. Princípio do Processo Civil na Constituição Federal. 4 ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 92.

ação adequada, e não mais como um simples direito ao processo e a um julgamento do mérito¹³⁰.

Pela inteligência do princípio do acesso à justiça, a todos é conferido o direito de buscar prestação jurisdicional preventiva ou reparatória a ameaça de lesão ou lesão efetiva a direito individual, coletivo ou difuso¹³¹. O Poder Judiciário, na existência de plausível ameaça ao direito, deve analisar o pedido de prestação jurisdicional, pois "a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição"¹³². A importância dada ao acesso à justiça é tanta que o Supremo Tribunal Federal modificou seu posicionamento para afastar a "barreira ao acesso ao Poder Judiciário"¹³³, como definido pelo Ministro Eros Graus, ao declarar inconstitucional qualquer exigência de depósito próprio ou arrolamento prévio de bens como pressuposto para a admissibilidade de recurso administrativo.

Rodolfo de Camargo Mancuso aponta que o destinatário da norma constitucional do art. 5º, inciso XXXV é o legislador:

Numa abordagem ponderada e aderente à realidade judiciária nacional, cabe, desde logo, reconhecer que aquele enunciado é precipuamente endereçado ao *legislador*, antes que ao jurisdicionado, pela boa razão de que este último não tem controle sobre a criação de norma legal futura que pudesse porventura excluir da apreciação judicial algum histórico de direito lesado ou ameaçado¹³⁴.

Portanto, o que se pretende com a previsão constitucional do direito à ação, ou princípio do acesso à Justiça é que o legislador infraconstitucional não edite leis suprimindo ou obstaculizando o acesso das pessoas ao Poder Judiciário. Garantir o acesso à Justiça não significa obter o provimento da ação proposta, mas ter uma resposta judicial para demanda, mesmo que seja pela

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado artigo por artigo. 2 ed. rev. atual e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 96.

¹³¹ Anteriormente, a lei previa somente o acesso à Justiça ante lesão a direito individual. Com o advento da Carta de 1988, o texto constitucional passou a designar somente "direito" de forma genérica, assim abrangendo tanto os direitos individuais quanto os transindividuais.

¹³² MORAES Alexandre de. Direito Constitucional. 24ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 83.

¹³³ STF - Pleno - ADI 1.074/ES - Rel. Min. Eros Graus, Seção I, 25 maio 2007, p. 63.

¹³⁴ MANCUSO, Rodolfo Camargo. Acesso à Justiça: condicionantes legítima e ilegítimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 194.

improcedência ou extinção do processo sem resolução do mérito. Aliás, o direito de ação é abstrato e, como tal, não está condicionado à existência de pretensão material fundada. Nas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso:

Não por acaso, o constituinte, acertadamente, valeu-se do verbo *aprecias*, justamente por sua conotação de neutralidade, já que a apreciação do *meritum causae* em Juízo tanto pode redundar numa avaliação positiva, como negativa.

[...]

A ser de outro modo, ficaria subvertida a ordem natural das coisas: uma ação teria que primeiro ser procedente (=pretensão fundada) para, então, ser admitida; de outro lado, ficariam sem explicação as ações julgadas improcedentes, nas quais, inobstante a rejeição da pretensão material, terá havido o regular exercício de um direito, terá havido o regular exercício do direito de ação, numa relação processual hígida¹³⁵.

O cidadão tem que ter a certeza de que o Judiciário irá analisar o litígio e buscará uma resolução, mesmo a que prestação jurisdicional não seja em favor da parte demandante.

Sobre o parto anônimo, embora os projetos de lei apresentados pretendam excluir a responsabilidade civil e criminal daquele que entrega a criança anonimamente ao Estado, bem como pretendem impedir que a mulher optante pelo parto anônimo figure no polo passivo de ação de investigação de maternidade, não há uma violação ao princípio do acesso a justiça. Isso porque, não há um impedimento para a propositura da ação, pois a mesma pode ser proposta, embora o resultado provável seja pela improcedência.

O que se infere ao dizer que mulher optante pelo parto anônimo não pode figurar em polo de ação pretendendo o estabelecimento do vínculo de maternidade é que ação investigatória de maternidade pode ser proposta, no entanto, não irá prosperar em vista de proibição legislativa. O mesmo acontece com o exclusão de responsabilidade civil e criminal: a ação pode ser proposta no

¹³⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 195.

intuito de condenar aqueles que se utilizam do parto anônimo, no entanto o resultado provável é a improcedência da ação.

O acesso à Justiça, como princípio constitucional, configura uma vedação ao legislador infraconstitucional de editar leis que obstaculizem de alguma forma o acesso das pessoas à prestação jurisdicional. Assim, no parto anônimo, o acesso à Justiça não é maculado.

CONCLUSÃO

Mais do que um instituto com vista à proteção da criança, o parto anônimo, nos moldes como foi apresentado no Brasil, se apresenta como uma forma de proteção à mulher. Socialmente, se espera que a mulher se realize através da maternidade, que venha a amar incondicionalmente o filho e faça de tudo para mantê-lo perto de si. Eventualmente, isso não acontece e a mulher, por diversas razões, decide que não quer exercer a maternidade sobre o filho que gerou. A partir desse momento, a mulher passa a ser estigmatizada e censurada por não atender às expectativas sociais.

Adotar é um ato de amor, sem dúvidas, mas entregar um filho em adoção o que é? É fácil esquecer que a história de uma criança adotada tem dois lados, o lado da família biológica que corta os vínculos com o menor e o da família adotante que recebe o infante no seio familiar. Enquanto a segunda família é cercada de admiração e respeito, o tratamento dispensado à primeira é justamente o oposto. A mãe que entrega o filho biológico à adoção muitas vezes é vista como ser vil e cruel, pois capaz de rejeitar um ser indefeso, totalmente vulnerável e merecedor de amor incondicional.

Para tentar escapar desse hostilidade direcionada às mães biológicas que entregam os filho em adoção, algumas mulheres abandonam os pequenos esperando não serem identificadas. Claro que também há diversas mulheres que abandonam os filhos por problemas emocionais, financeiros, religiosos entre tantos outros. A motivação do abandono infantil não é única, havendo diversos tipos de justificativas das mais diferentes ordens. No entanto, não se pode ignorar que o medo de ser identificada e punida leva muitas mulheres a esconder o nascimento do filho e até a atentar contra a vida do mesmo.

Justamente com a pretensão de tentar reduzir o número de abortos, infanticídios e abandono infantil é que foram apresentados no Congresso Nacional os Projetos de Lei 2.747/08 e 3.220/08.

A realidade social não é alterada apenas através da edição de uma lei. De fato, especialmente no direito de família, as alterações sociais acontecem bem antes da modificação legislativa, de forma que comumente as leis estão defasadas no tempo. O abandono de crianças é realidade muito antiga, ocorrendo, provavelmente desde o surgimento da humanidade. Qualquer lei que se proponha a erradicar esse mal está fadada ao insucesso.

O parto anônimo está longe de ser a solução para a realidade das crianças que são largadas logo após nascer em situações de extremo perigo. A institucionalização do parto anônimo pode até a primeira vista reduzir o número situações de abandono selvagem, mas é uma solução apenas paliativa. Na verdade, essa tentativa de resolução de problemas no presente pode acabar gerando outros problemas no futuro.

Analisando todos os direitos conferidos às crianças pela Constituição Federal de 1988, o parto anônimo, uma inicial proposta de proteção aos infantes, acaba por ser desfavorável a quem justamente deveria proteger. Os Projetos de Lei 2.747/08 e 3.220/08 sob a pretensão de proteger os direitos da criança, em especial o direito à vida, acabam por, sobrepesando todos os direitos em conflito, ser mais prejudicial do que benéfico. Isso porque as consequências de um nascimento anônimo são por demais graves para serem ignorados.

No parto anônimo, a criança entregue ao Estado ficará sem o registro da mãe na certidão de nascimento. A expectativa natural é de que toda criança encaminhada à adoção seja efetivamente adotada em algum tempo. Mas se tal situação não ocorre, pensando na situação de uma criança nascida de parto anônimo sem registro do nome do pai e da mãe e que não venha a ser adotada, ela crescerá para se tornar um adulto "filho de ninguém". Há uma real e perigosa hipótese que o parto anônimo produza uma geração de pessoas sem pai nem mãe registral, possuindo apenas um espaço em branco onde deveria haver o nome dos genitores. E isso com o aval do Estado.

A experiência brasileira com a roda dos expostos no século XVII já ensinou que a entrega anônima de crianças não é uma alternativa adequada para o problema social do abandono infantil. Também a experiência da França,

principal país onde o parto anônimo vige, demonstra que o instituto afronta a dignidade humana ao impedir o acesso às informações sobre a origem biológica.

Por todas as considerações expostas neste trabalho, o parto anônimo se apresenta em desconformidade com a Constituição Federal de 1988 e, como tal, acertada a decisão da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania de arquivar os Projeto de Lei 2.747/08 e 3.220/08, pois inconstitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA; Wlber de Moura; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O instituto do parto anônimo no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister, v1, p. 143-159, dez/jan. 2008. Também disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/92088551/Artigo-ALBUQUERQUE-FS-O-Instituto-Do-Parto-Aninimo-No-Direito-Brasileiro>>. Acesso em 02 de Novembro de 2012.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado**: o mito do amor materno. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de família**. 7ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BITTENCOURT, Sílvia. Berlim tem portinhola para mãe deixar bebê. **Folha de São Paulo**, Folha Mundo, 7 jun 2002. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0707200205.htm>>. Consulta em 12 de novembro de 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 9.ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 57/2008 - São Paulo: Saraiva, 2009.

CABORNERA, Sílvia Maria; FACHIN, Luiz Edson; SILVA, Marcos Alves da. **Parto sem mãe - uma questão em debate**. Disponível em <www.nqn.com.br/imprimir.php?visualizar=10116849>. Acesso em 30 de outubro de 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. - 2. reimpr - São Paulo: Atlas, 2008.

CORRÊA, Sônia; JANUZZI, Paulo de Martino; ALVES, José Eustáquio Diniz. **Direito e saúde sexual e reprodutiva**: marco teórico-conceitual e sistemas indicadores. Rio de Janeiro: ABEP, 2003. Disponível em

<http://www.abep.org.br/fotos/Dir_Sau_Rep.pdf>. Acesso em 06 de novembro de 2012

COSTA, Jurandir Freire. **Ordem Médica e Norma Familiar**. Rio de Janeiro, Graal. 1989.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. Limites da ciência e o respeito à dignidade humana. *In* SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Coord.). **Biodireito: ciência da vida, novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.267-282

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**, São Paulo: Saraiva, 1995.

FREITAS, Douglas Philips. Parto Anônimo. **Revista jurídica Consulex**, Brasília, n. 280, ano XII, p.15-17, 15 de setembro de 2008

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da paternidade responsável. *In* NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. **Revista de Direito privado nº 18**. Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES, Orlando. Direitos da personalidade. **Revista Forense**, n. 216, 1966.

GOZZO, Débora. Nascimento anônimo em defesa do direito fundamentas à vida. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, ano 6, nº2, 2006, p.123-137.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA. **Pesquisa - Parto anônimo no mundo**. Santo Agostinho, 21 de janeiro de 2008. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/374>>. Acesso em 12 de novembro de 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 13 ed. ver., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2009.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil. **Teoria geral do direito civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, v2.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil - Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. **Introdução ao Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. **Os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. 2ed rev. atual e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MELO, Nehemias Domingos de. **Da culpa e do risco**: como fundamentos da responsabilidade civil. 2ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Repertório de Jurisprudência IOB**. São Paulo: IOB, v. 1, Tributário, constitucional e administrativo, n. 5, p. 178-185, 1ª quinzena mar, 2003.

MOLINARI, Fernanda. **Parto anônimo**: uma origem na obscuridade frente aos direitos fundamentais da criança. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos**. 3ed. São Paulo: Atlas, 2005

_____. **Direito constitucional**. 24 ed., São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos de personalidade. In: BARRETO, Vicente (Org.) **A nova família**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Mães abandonadas**: a entrega de um filho em adoção. 3ed. São Paulo: Cortez, 2008.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: forense, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 4ed. rev. e aum., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Henrique Luis Pereira. **Os filhos da falha: assistência aos expostos e a remodelação das condutas em Desterro (1828-1887).** São Paulo, PUC-SP, 1990.

OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de Oliveira. **O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro.** Curitiba: Juruá, 2011.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do Direito de Família.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RUSSEL-WOOD, Anthony John. R. **Fidalgos e Filantropos.** A Santa Casa de Misericórdia da Bahia, 1550 - 1755. Brasília, UnB, 1981, p.233

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. *In:* SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.3-51.

SILVA, Evelise Pâncaro da . **Da obrigatoriedade do Exame de DNA na busca da Identidade Genética:** considerações sobre os direitos da personalidade e reflexos na dignidade humana. 142 páginas. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 1993.

SIQUEIRA JÚNIOR., Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade. *In:* MIRANDA, Jorge; SILVA; Marco Antonio Marques da (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana.** 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.251-276.

SOUZA, Ivone Coelho de; AZAMBUJA, Maria Regina Fey de. Parto anônimo: uma omissão que não protege. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre**: Magister, v. 4, p.63-73, jun/jul 2008.

TRINDADE, Judite Maria Barboza. O abandono de crianças ou a negação do óbvio. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, vol. 19, nº 37, p. 35-58, 1999. Também disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-01881999000100003>>. Acesso em 1 de dezembro de 2012.

VALDEZ, Diane. Inocentes expostos: o abandono de crianças na província de Goiás no século XIX. Interação: **Revista Faculdade de Educação**. UFG, v.29, n.1, p. 107-129, jan/jun 2004.

VELOZO, Zeno. **Parto anônimo**. Jornal O Liberal, 02 de fevereiro de 2008. Disponível em <<http://www.soleis.adv.br/artigopartoanonimo.htm>>. Consulta em 14 de agosto de 2012

VENÂNCIO, Renato Pinto. Maternidade negada. *In* PRIORE, Mary Del (Org); BASSANESSI, Carla (Coord. de textos). **Historias das mulheres no Brasil**. 9ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 189-222

VERSIANI, Tátilla Gomes. **Parto anônimo, abandono infantil e morosidade nos processos de adoção**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 28 de junho, 2010. Disponível em <<http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.27283>>. Acesso em 14 de agosto de 2012

WEREBE, Maria José Garcia. **Sexualidade, política e educação**. Campinas: SP, Autores associados, 1998.

ANEXO A

PROJETO DE LEI Nº 2.747/2008

(Do Sr. Eduardo Valverde)

Cria mecanismos para coibir o abandono materno e dispõe sobre o instituto do parto anônimo e dá outras providências.

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir o abandono materno de crianças recém nascidas, e institui no Brasil o parto anônimo nos termos da presente lei.

Art. 2º Toda mulher, independente de classe, raça, etnia, idade e religião, será assegurado as condições para a realização do “ parto anônimo”

Parágrafo Único - Todas as unidades gestoras do Sistema Único de Saúde, obrigam-se a criar um programa específico com a finalidade de garantir, em toda sua rede de serviços o acompanhamento e a realização do parto anônimo.

Art. 3º O Estado, através do sistema único de saúde, as instancias competentes do sistema educacional, promoverá condições e recursos informativos, educacionais para orientação as mulheres.

Art. 4º A rede do SUS garantira as mães, antes do nascimento, que comparecerem aos Hospitais declarando que não deseja a criança, contudo, quer realizar o pré-natal e o parto, sem ser identificada.

Art. 5º Os hospitais deverão criar estruturas físicas adequadas que permitam o acesso sigiloso da mãe ao hospital e o acolhimento da criança pelos médicos.

Art. 6º A mulher que, antes ou no momento do parto, demandar o sigilo de sua identidade será informada das consequências jurídicas desse pedido e da importância para as pessoas em conhecer sua origem genética e sua história.

Parágrafo Único – A instituição de saúde garantira a toda mulher que demandar ao Hospital o parto anônimo acompanhamento psicológico.

Art. 7º A mulher que, antes ou no momento do parto, demandar o sigilo de sua identidade será informada das conseqüências jurídicas desse pedido e da importância para as pessoas em conhecer sua origem genética e sua história.

Art. 8º A mulher que se submeter ao parto anônimo será informada da possibilidade de fornecer informações sobre sua saúde ou a do pai, as origens da criança e as circunstâncias do nascimento, bem como, sua identidade que será mantida em sigilo, e só revelada nas hipóteses do art. 11º desta lei.

Art. 9º A criança só será levada à adoção após oito semanas da data em que chegou ao Hospital, período em que a mãe ou parentes biológicos poderão reivindicá-la.

Parágrafo único. Quando o parto ocorrer no Hospital, sob sigilo de identidade da mãe, a criança será levada à adoção após oito semanas de seu nascimento.

Art. 10º As formalidades e o encaminhamento à adoção serão de responsabilidade dos médicos e enfermeiros que acolheram a criança abandonada, bem como, do diretor do Hospital.

Art. 11º A identidade dos pais biológicos será revelada pelo Hospital, caso possua, somente por ordem judicial ou em caso de doença genética do filho.

Art. 12º A parturiente, em casos de parto anônimo, fica isenta de qualquer responsabilidade civil ou criminal em relação ao filho.

Art. 13º Modifica-se ou derroga-se toda disposição que se oponha ao disposto na presente lei.

Art. 12 Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O abandono trágico de crianças no Brasil em valas, esgotos, lixões, portas de casas de desconhecidos e em calçadas têm se tornado atos constantes que em

sua maioria é ligada a questões socioeconômicas. Essa atitude tem, que por muitas vezes ocasionando o falecimento da criança.

A Lei do parto anônimo protege as mulheres angustiadas, desesperadas com uma gravidez indesejada, que cometem o aborto, podendo matar até a si próprias com ingestão de medicamentos e em clínicas clandestinas ou, até mesmo, o infanticídio tendo como escopo um acompanhamento por um rápido processo de adoção da criança por uma família.

Este rápido processo de adoção da criança servirá para que ela não fique esperando por anos dentro de um abrigo, sem uma família que possa dar o que ela precisa e merece, pois há muitas que querem fazer adoção, mas o processo no Brasil é por demais demorado.

O parto anônimo já era praticado na Idade Média, através da roda dos expostos e que, em alguns países desenvolvidos, como Alemanha, Japão e França, estão reeditando essa prática e aprovando legislação que garanta o anonimato das mães que querem entregar seus filhos para a adoção.

Por isso, em alguns países de língua germânica, há outras alternativas às mães que não querem abortar ou abandonar seu filho. Esses países oferecem opções que além de salvar a vida do bebê, eximem as genitoras de qualquer responsabilidade judicial. Depois da criação das famosas 'janelas-camas', em hospitais austríacos e alemães, onde a mãe pode depositar de forma anônima o recém-nascido, que posteriormente será dado em adoção, os hospitais da França e de Luxemburgo institucionalizaram o chamado parto anônimo.

Esta forma de 'dar a luz', permite que a mulher que não pode ou não quer o filho seja atendida de forma gratuita no hospital, durante toda a gravidez, sem ter de fornecer seu nome ou seus dados verdadeiros. Tendo sua identidade mantida em segredo, com um nome fictício, a grávida realiza o parto com todas as condições sanitárias necessárias. O problema é que a criança em questão não tem identidade até que seja adotada por uma família. A mãe ainda deve autorizar que o filho seja adotado, renunciando ao poder familiar, sem possibilidade de arrependê-lo. Esse consentimento de dar o filho em adoção deve ser feito num certo período após o parto: Na Bélgica o prazo é de 2 meses após o parto; na

Grã Bretanha de 6 semanas; na Alemanha e na França de 2 meses. O Código de Família estabelece que 'o consentimento da mãe não será dado até que ela tenha se recuperado suficientemente depois do parto', a fim de que a mulher não esteja mais em estado puerperal.

Hoje o parto anônimo é permitido na Áustria, Estados Unidos, França, Itália, Luxemburgo e Bélgica e a intenção é implementar também no Brasil.

ANEXO B

PROJETO DE LEI Nº 3220 , DE 2008

(Do Sr. Sérgio Barradas Carneiro)

Regula o direito ao
parto anônimo e dá outras
providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Fica instituído no Brasil o direito ao parto anônimo nos termos da presente lei.

Art. 2º É assegurada à mulher, durante o período da gravidez ou até o dia em que deixar a unidade de saúde após o parto, a possibilidade de não assumir a maternidade da criança que gerou.

Art. 3º A mulher que desejar manter seu anonimato terá direito à realização de pré-natal e de parto, gratuitamente, em todos os postos de saúde e hospitais da rede pública e em todos os demais serviços que tenham convênio com o Sistema Único de Saúde (SUS) e mantenham serviços de atendimento neonatal.

Art. 4º A mulher que solicitar, durante o pré-natal ou o parto, a preservação do segredo de sua admissão e de sua identidade pelo estabelecimento de saúde, será informada das consequências jurídicas de seu pedido e da importância que o conhecimento das próprias origens e história pessoal tem para todos os indivíduos.

Parágrafo único. A partir do momento em que a mulher optar pelo parto anônimo, será oferecido à ela acompanhamento psicossocial.

Art. 5º É assegurada à mulher todas as garantias de sigilo que lhes são conferidas pela presente lei.

Art. 6º A mulher deverá fornecer e prestar informações sobre a sua saúde e a do genitor, as origens da criança e as circunstâncias do nascimento, que permanecerão em sigilo na unidade de saúde em que ocorreu o parto.

Parágrafo único. Os dados somente serão revelados a pedido do nascido de parto anônimo e mediante ordem judicial

Art. 7º A unidade de saúde onde ocorreu o nascimento deverá, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, informar o fato ao Juizado da Infância e Juventude, por meio de formulário próprio.

Parágrafo único. O Juizado da Infância e Juventude competente para receber a criança advinda do parto anônimo é o da Comarca em que ocorreu o parto, salvo motivo de força maior.

Art. 8º Tão logo tenha condições de alta médica, a criança deverá ser encaminhada ao local indicado pelo Juizado da Infância e Juventude.

§ 1º A criança será encaminhada à adoção somente 10 (dez) dias após a data de seu nascimento.

§ 2º Não ocorrendo o processo de adoção no prazo de 30 (trinta) dias, a criança será incluída no Cadastro Nacional de Adoção.

Art. 9º A criança será registrada pelo Juizado da Infância e Juventude com um registro civil provisório, recebendo um prenome. Não serão preenchidos os campos reservados à filiação.

Parágrafo único. A mulher que optar pelo segredo de sua identidade pode escolher o nome que gostaria que fosse dado à criança.

Art. 10 A mulher que desejar manter segredo sobre sua identidade, fica isenta de qualquer responsabilidade criminal em relação ao filho, ressalvado o art. 123¹³⁶ do Código Penal Brasileiro.

Parágrafo único. Também será isento de responsabilidade criminal quem abandonar o filho em hospitais, postos de saúde ou unidades médicas, de modo que a criança possa ser imediatamente encontrada.

¹³⁶ Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:
Pena - detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Art. 11 A mulher que se submeter ao parto anônimo não poderá ser autora ou ré em qualquer ação judicial de estabelecimento da maternidade.

Art. 12 Toda e qualquer pessoa que encontrar uma criança recém-nascida em condições de abandono está obrigada a encaminhá-la ao hospital ou posto de saúde.

Parágrafo único. A unidade de saúde onde for entregue a criança deverá, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, informar o fato ao Juizado da Infância e Juventude, por meio de formulário próprio.

Art. 13 A pessoa que encontrou a criança deverá apresentar-se ao Juizado da Infância e da Juventude da Comarca onde a tiver encontrado.

§ 1º O Juiz procederá à perquirição verbal detalhada sobre as condições em que se deu o encontro da criança, a qual, além das formalidades de praxe, deverá precisar o lugar e as circunstâncias da descoberta, a idade aparente e o sexo da criança, todas as particularidades que possam contribuir para a sua identificação futura e, também, a autoridade ou pessoa à qual ela foi confiada.

§ 2º A pessoa que encontrou a criança, se o desejar, poderá ficar com ela sob seus cuidados, tendo a preferência para a adoção.

§ 3º Para ser deferida a adoção é necessário que a pessoa seja considerada apta para fazê-la.

Art. 14 As formalidades e o encaminhamento da criança ao Juizado da Infância e Juventude serão de responsabilidade dos profissionais de saúde que a acolheram, bem como da diretoria do hospital ou unidade de saúde onde ocorreu o nascimento ou onde a criança foi deixada.

Art. 15 Os hospitais e postos de saúde conveniados ao Sistema Único de Saúde (SUS), que mantêm serviços de atendimento neonatal, deverão criar, no prazo de 6 (seis) meses contados da data da publicação da presente lei, condições adequadas para recebimento e atendimento de gestantes e crianças em anonimato.

Parágrafo único. As unidades de saúde poderão manter, nas entradas de acesso, espaços adequados para receber as crianças ali deixadas, de modo a preservar a identidade de quem ali as deixa.

Art. 16 Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

O abandono de recém-nascidos é uma realidade recorrente. Em todo Brasil é crescente o número de recém-nascidos abandonados em condições indignas e subumanas. A forma cruel com que os abandonos acontecem chocam a sociedade e demandam uma medida efetiva por parte do Poder Público.

A mera criminalização da conduta não basta para evitar as trágicas ocorrências. A criminalização da conduta, na verdade, agrava a situação, pois os genitores, por temor à punição, acabam por procurar maneiras, as mais clandestinas possíveis, para lançar “literalmente” os recém-nascidos à própria sorte. É essa clandestinidade do abandono que confere maior crueldade e indignidade aos recém-nascidos. A clandestinidade do abandono feito “às escuras” torna a vida dessas crianças ainda mais vulnerável e exposta a sofrimentos de diversas ordens.

Já adotado em países como França, Luxemburgo, Itália, Bélgica, Holanda, Áustria e vários Estados dos Estados Unidos, o parto anônimo surge como uma solução ao abandono trágico de recém-nascidos. O instituto afasta a clandestinidade do abandono, evitando, conseqüentemente, as situações indignas nas quais os recém-nascidos são deixados. Há a substituição do abandono pela entrega. A criança é entregue em segurança a hospitais ou unidade de saúde que irão cuidar de sua saúde e em seguida irão encaminhá-la à adoção, assegurando a potencial chance de convivência em família substituta. Por sua vez, a mãe terá assegurada a liberdade de abrir mão da maternidade sem ser condenada, civil ou penalmente, por sua conduta.

O que se pretende não é esconder a maternidade socialmente rejeitada, mas garantir a liberdade à mulher de ser ou não mãe do filho que gerou, com amplo

acesso à rede pública de saúde. As crianças terão, a partir de então, resguardados o seu direito à vida, à saúde e à integridade e potencializado o direito à convivência familiar.

Se colocarmos numa balança o direito à vida e a identidade do nascituro, o primeiro, inquestionavelmente, deverá preponderar. Tendo em vista que a afetividade se sobrepõe ao critério biológico, se opor ao parto anônimo em virtude de uma possível mitigação do direito à identidade, é uma atitude inaceitável. Diante do número crescente de abandonos de recém-nascidos ocorridos no Brasil o Instituto Brasileiro de Direito de Família- IBDFAM mobilizou diversos seguimentos da sociedade, principalmente instituições e associações que trabalham em defesa da vida, dos direitos fundamentais, dos direitos da mulher, da criança e da saúde, para que juntos discutissem sobre a institucionalização do Parto Anônimo no Brasil.

Este Anteprojeto foi elaborado com as várias contribuições recebidas, estando de acordo com a necessidade da sociedade e da demanda jurídica de concretização dos direitos fundamentais positivados, atendendo, também, à repulsa social ao abandono de recém-nascidos em condições subumanas. Entretanto, caberá ainda à casa legislativa ampliar o debate por meio de audiências públicas, fomentando a discussão com outras entidades ligadas e interessadas no assunto.

O parto anônimo encontra respaldo jurídico na Constituição Federal, ao assegurar a dignidade humana (art. 1º, III), o direito à vida (art. 5º, caput) e a proteção especial à criança (art. 227), bem como no ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) ao assegurar a efetivação de políticas públicas relacionadas à educação e ao planejamento familiar que permitam o nascimento e desenvolvimento sadio, em condições dignas de existência (art. 7º).

O parto em anonimato não é a solução para o abandono de recém-nascidos, pois este fator está diretamente ligado à implementação de políticas públicas. Mas, certamente, poderia acabar com a forma trágica que ocorre esse abandono.

Certo de que a importância deste projeto de lei e os benefícios dele advindos serão percebidos pelos nossos ilustres Pares, espero contar com o apoio necessário para a sua aprovação.

Sala das Sessões, 09 de abril de 2008.

SÉRGIO BARRADAS CARNEIRO

Deputado Federal PT/BA

ANEXO C

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

PROJETO DE LEI Nº 2.747 , DE 2008

(Apensos os Projetos de Lei 2.834/2008 e 3.220/2008)

Cria mecanismos para coibir o abandono materno e dispõe sobre o instituto do parto anônimo e dá outras providências.

Autor: Deputado Eduardo Valverde

Relator: Deputado Luiz Couto

I – RELATÓRIO

Trata-se de Proposição que visa a instituir a figura do parto anônimo, criando mecanismos para coibir o abandono materno.

A justificção aponta que tal instituto existe de há muito em outros países e que serviria para evitar o abandono de crianças em lixões, valas, portas de casas, por estimular que as mães que não desejassem criar seus filhos tivessem garantido o anonimato se encaminhassem a criança imediatamente a adoção. Elas seriam atendidas em hospitais públicos, aos quais nunca chegariam a fornecer seus dados pessoais. Haveria um prazo de até oito semanas para a mãe anônima se arrepender, período em que a criança permaneceria no hospital em que nasceu, sob responsabilidade dos médicos. A mãe biológica seria isentada de qualquer responsabilidade civil ou criminal em relação ao filho.

À proposição principal encontram-se apensadas as seguintes: PL 2.834/2008, do Deputado Carlos Bezerra, que “Institui o parto anônimo”, alterando o Art. 1638 do Código Civil, apenas para definir o parto anônimo, cuja

justificação seria semelhante à do Projeto principal; PL 3.220/2008, do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, que “Regula o direito ao parto anônimo e dá outras providências”, cuja justificação é semelhante à do Principal, porém dando diferentes prazos para o tempo que decorre entre o parto anônimo e a realização da adoção.

Apreciados pela Comissão de Seguridade Social e Família, os Projetos foram rejeitados.

A competência final é do Plenário da Câmara dos Deputados.

É o Relatório.

II - VOTO DO RELATOR

Embora sob o ponto de vista da competência do Congresso Nacional e iniciativa legislativa as proposições estejam conformes aos ditames constitucionais, vislumbramos, de pronto, que são eivadas de inconstitucionalidade insanável em razão da matéria que abordam.

Todas as Proposições, ao permitirem o anonimato da mãe, afetam o direito constitucional da criança à proteção integral, prevista no Art. 227 da Carta Maior.

Indubitavelmente, o anonimato da mãe impede que a criança tenha o direito de que sejam registradas suas origens, ou seja, lhe seria negado o direito à dignidade e à convivência familiar, que são garantidos no dispositivo supra citado, nos seguintes termos:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado **assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, alimentação, á educação, ao lazer, á profissionalização, á cultura, **à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar** e comunitária,

além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Muito antes de pensar em encaminhar a criança a uma adoção por desconhecidos é preciso que o Estado saiba quem são os parentes, para que a criança possa permanecer no seio da família na qual nasceu, sendo medida excepcional a colocação em lar substituto. O estímulo ao encaminhamento à adoção sem que nem se conheçam eventuais parentes, por certo, vai de encontro à garantia constitucional da convivência familiar.

Ao dispor que a criança não terá acesso aos dados sobre sua genitora, as proposições também violam o Art. 5º da Constituição Federal, que assegura a todos, em seu inciso XIV, o acesso à informação. Não poderia, em hipótese alguma, violar-se a ordem constitucional para excluir de “todos” aos que têm acesso à informação os nascidos do parto anônimo. Os mesmos artigos violam o Art. 5º, XXXIII, que estabelece que todos tem o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular.

Os dispositivos que preveem a não responsabilidade civil e criminal da mãe que opte pelo parto anônimo violam frontalmente o Art. 5º, XXXV, que proíbe que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário ameaça ou lesão a direito individual.

Todos as disposições que vedam que a criança conheça a mãe também violam o Art. 5º, XXX, pois podem constituir violação ao direito de herança.

A análise da juridicidade não leva a melhor destino os Projetos. Todos eles são contrários a princípios que inspiram e fundamentam toda a legislação brasileira sobre crianças e adolescentes, a começar por contrariarem a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, da qual o Brasil é signatário desde 1990, que garante, no Art. 7º, que a criança tem direito a um nome e a ser registrada desde o nascimento. São violadoras do princípio garantidor do direito ao nome, como direito fundamental da criança, as normas dos projetos que mandam registrar-se apenas o prenome, como se a criança produto do parto anônimo fosse um ser humano de segunda classe.

Outrossim, a injuricidade se revela por criar uma lei que, nos seus fundamentos, contraria o chamado sistema de proteção integral à criança e ao adolescente, que embasa, desde a Constituição Federal de 1988, todo o ordenamento jurídico brasileiro a respeito.

Outra grave injuricidade é criada pelas disposições que determinam que a responsabilidade e guarda das criança nascidas do parto anônimo sejam dos hospitais e médicos. A norma é absurda, uma vez que em nosso sistema jurídico somente as autoridades judiciárias competentes, e seus serviços auxiliares, estão aptos a interferir na guarda de abandonados e são responsáveis pela manutenção das crianças. Isso sem mencionar que os Projetos não se preocupam com o custeio das despesas oriundas das guardas dos bebês, que estariam sendo de forma completamente ilegal e indevida repassadas aos particulares.

Reconhecemos a boa técnica legislativa dos PLs 2834/2008 e 3220/2008. A proposição principal não atende aos requisitos da Lei Complementar 95/98, tendo sido redigida com má técnica legislativa.

No mérito, não obstante seja louvável a preocupação dos Autores em diminuir os casos de crianças abandonadas em condições precárias, não há como aprovar os Projetos.

Historicamente, essa medida seria um evidente retrocesso ao tempo das “rodas de enjeitados” medievais. O que justificava a existência dessas rodas e o anonimato era que a maternidade fora do casamento era considerada socialmente abominável, assim como seus frutos. É absurdo que na atual conjuntura social, onde a maternidade fora do casamento não é mais vista como maldição ou nódoa, haja um retorno a esses tempos de discriminação.

Os Projetos, ademais, criam medidas completamente ineficientes para o fim a que se propõem. A verdade é que com a atual legislação em vigor, nada impede que mães que desejam encaminhar seus filhos à adoção o façam livremente. Sempre haverá as que o façam, como também sempre haverá as que, por desequilíbrios vários, matem, abandonem ou exponham os recém nascidos nas ruas.

Da mesma maneira que o Estado pode divulgar o parto anônimo, poderia criar amplas campanhas contra o abandono nas ruas, publicizando a forma correta de encaminhamento do bebê ao Juizado da Infância e Adolescência.

A não responsabilização criminal e civil da mãe certamente contribuiria ainda mais para que houvesse casos de violência e abuso dos incapazes.

Assiste, quanto ao mérito, total razão ao parecer da Comissão de Seguridade Social e Família, ao qual nos remetemos.

Por todo o exposto, votamos pela boa técnica legislativa dos PL 2834/2008 e 3220/2008 e má técnica legislativa do PL 2747/2008, e pela inconstitucionalidade, injuridicidade e, no mérito, pela rejeição de todas as proposições.

Sala da Comissão, em 16 de abril de 2009.

Deputado LUIZ COUTO

Relator